

RÉGIMEN DEL DIVORCIO Y RECIENTES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA* .

PROF. ENRIQUE URDANETA FONTIVEROS**

SUMARIO

I. Introducción. II. El tratamiento del divorcio en nuestra Legislación Civil y su regulación Procesal. III. La liberalización del divorcio mediante sentencias del Tribunal Supremo De Justicia. IV. La práctica seguida para la tramitación del divorcio. V. Examen crítico de las Sentencias del Tribunal Supremo De Justicia. A. Advertencia previa. B. Consideraciones críticas. VI. Comentario final.

* Documento preparado como base para la exposición del Dr. Enrique Urdaneta Fontiveros en el *Foro de Derecho Privado: Temas de Actualidad y Recientes Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia* organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 27 de septiembre de 2023.

** Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

I. INTRODUCCIÓN

El régimen del divorcio en Venezuela ha experimentado una profunda transformación en los últimos años en razón de sentencias dictadas por la Sala Constitucional y la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Tanto las causales que hacen procedente el divorcio como el procedimiento para su obtención han cambiado radicalmente. Además, los propios fundamentos del divorcio y la manera como se concibe este instituto han sido sacudidos por las decisiones de nuestros tribunales.

Para apreciar cabalmente el alcance de estas reformas legales al régimen del divorcio, efectuadas por vía jurisprudencial, en esta exposición me referiré, en primer lugar, en forma sumaria, a las causales tradicionales que lo hacían procedente según el Código Civil y su regulación procesal. Luego, pasaré revista a los principales cambios introducidos en el régimen del divorcio consagrado en nuestra legislación civil por diversas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, para terminar con un examen crítico de dichas sentencias y su fundamentación.

II. EL TRATAMIENTO DEL DIVORCIO EN NUESTRA LEGISLACIÓN CIVIL Y SU REGULACIÓN PROCESAL

Por lo que respecta a las causales de divorcio, los artículos 185 y 185-A del Código Civil establecen las siguientes *causas únicas* de divorcio:

Art. 185. ...

1º El adulterio.

2º El abandono voluntario.

3° Los excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común,

4° El 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.

5° La condenación a presidio.

6° La adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común,

7° La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común. En ese caso el Juez no decretara el divorcio sin antes procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo.

También se podrá declarar el divorcio por el transcurso de más de un año, después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges...

Art. 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...

Según la Ley de Reforma Parcial del Código Civil sancionada por el Congreso Nacional en 1982¹ son pues nueve las causales taxativas de divorcio.

Como el divorcio atenta contra la normalidad y la estabilidad del matrimonio y de la institución familiar que el Estado está en la obligación de proteger (Constitución Nacional, arts. 75 y 77), todo lo relativo al divorcio es una materia en la cual está interesado el orden público. De ahí que, en nuestra legislación civil, el divorcio se concibió siempre como un instituto de carácter excepcional. Además, precisamente por su carácter de orden público, las causales de divorcio se consideraron siempre de interpretación restrictiva y no podían aplicarse analógicamente en otros casos no previstos².

Conforme a la redacción del texto legal, se admitía sin discusiones que la autoridad judicial competente solo podía declarar el divorcio cuando se lo hubiera demandado o solicitado en base a alguna de

¹ La Ley de Reforma Parcial del Código Civil fue publicada en la Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario de fecha 26 de julio de 1982.

² Francisco López Herrera, *Derecho de Familia*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 220.

las causales consagradas al efecto y de manera taxativa por el Código Civil. Ninguna otra circunstancia, por grave que fuera, podía servir de base para la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges.

Según lo dispuesto en el artículo 755 del Código de Procedimiento Civil, la autoridad judicial no puede admitir la demanda de divorcio que no esté fundamentada en alguno de estos motivos. Si el tribunal admitía la solicitud de divorcio por una causa distinta, lo procedente era oponer la cuestión previa de prohibición de la ley de admitir la acción propuesta prevista en el numeral 11 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil. Declarada con lugar dicha cuestión previa, la demanda quedaba desechada y el proceso extinguido, conforme a lo dispuesto en el artículo 356 *ejusdem*.

Además, la acción de divorcio solo podía intentarse por el cónyuge inocente, es decir, el que no hubiere dado causa al divorcio (Código Civil, art. 191). El divorcio fue consagrado en nuestra legislación principalmente como un castigo o una sanción aplicable al cónyuge culpable de haber infringido gravemente y de manera injustificada sus deberes conyugales.

Por otra parte, en el juicio de divorcio no bastaba con alegar la causal respectiva, sino que era necesario demostrar los hechos constitutivos de la causal invocada. Pero la prueba de estos hechos era realmente difícil. Así, para poder decretarse el divorcio por adulterio, el cónyuge debía ser sorprendido *in fraganti* cometiendo la infidelidad. Lo mismo sucedía con los excesos, sevicias e injurias y el abandono voluntario: el demandante tenía que probar las circunstancias de lugar, modo y tiempo en que dichos hechos ocurrieron.

Por lo que respecta al *divorcio contencioso*, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, el juicio se inicia mediante demanda de divorcio que debe ser intentada por uno de los cónyuges ante el juez de primera instancia que ejerza la jurisdicción civil ordinaria, en el lugar del domicilio conyugal, que es aquel “donde los cónyuges ejercen sus derechos y cumplen con los deberes de su estado” (art. 754); admitida la demanda de divorcio, el Juez debe emplazar “a ambas partes para un acto conciliatorio” en el cual las “excitará a reconciliarse, haciéndoles al efecto las reflexiones conducentes” (art. 756); el acto conciliatorio debe tener lugar “pasados que sean cuarenta y cinco días después de

la citación del demandado, a la hora que fije el Tribunal.” A dicho acto deben comparecer “las partes personalmente” y pueden “hacerse acompañar de parientes o amigos, en número no mayor de dos por cada parte;” “la falta de comparecencia del demandante a este acto será causa de extinción del proceso” (art. 756); de no lograrse la conciliación de los cónyuges en dicho acto, se debe emplazar a las partes para un segundo acto de la misma naturaleza, “pasados que sean cuarenta y cinco días del anterior, a la hora que fije el Tribunal.” Para este acto se deben cumplir los mismos requisitos establecidos anteriormente para el primer acto conciliatorio (art. 757); si tampoco se lograre la conciliación de las partes en este acto, el demandante debe “manifestar si insiste en continuar con su demanda.” Si no lo hace, la misma debe tenerse “por desistida.” En cambio, “si el demandante insiste en continuar con la demanda, las partes quedarán emplazadas para el acto de contestación en el quinto día siguiente” (art. 757); “la falta de comparecencia del demandante al acto de contestación de la demanda causará la extinción del proceso” y la falta de comparecencia “del demandado se estimará como contradicción de la demanda en todas sus partes” (art. 758); una vez contestada la demanda, o dada la misma por contradicha por falta de comparecencia del demandado, “la causa continuará por todos los trámites del procedimiento ordinario” (art. 759). Contra la sentencia de última instancia procede el recurso de casación (art. 312).

En caso de que haya hijos menores de edad para la fecha de la introducción de la demanda, o cuando cualquiera de los esposos sea todavía un adolescente, su conocimiento corresponde a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. El juicio de divorcio se tramita según el procedimiento ordinario fijado para asuntos contenciosos de conformidad con los artículos 520 y siguientes de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA)³ y no según las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Aparte del régimen general del divorcio antes descrito, el artículo 185-A del Código Civil contempla el divorcio por la separación de hecho que se hubiera prolongado por más de cinco años. Se admitía pacíficamente que se trataba de un procedimiento judicial de jurisdicción

³ La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes fue publicada en la Gaceta Oficial N° 6.185 Extraordinario de fecha 8 de junio de 2015.

graciosa o voluntaria que nunca era susceptible de transformarse en un procedimiento contencioso de divorcio⁴.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185-A, cualquiera de los cónyuges puede formular la correspondiente solicitud ante la autoridad judicial competente, “alegando ruptura prolongada de la vida en común” a cuyo efecto solo debe “acompañar copia certificada de la partida de matrimonio”. El Juez, una vez admitida la solicitud, debe librar “sendas boletas de citación al otro cónyuge y al Fiscal del Ministerio Público, enviándoles, además, copia de la solicitud; el otro cónyuge debe “comparecer personalmente ante el Juez en la tercera audiencia después de citado.” Si el otro cónyuge “reconociere el hecho y si el Fiscal del Ministerio Público no hiciere oposición dentro de las diez audiencias siguientes”, el Juez debe declarar “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 debe declarar “terminado el procedimiento” y se debe ordenar “el archivo del expediente.” Este era el régimen del divorcio por separación prolongada de hecho contemplado en el Código Civil, con anterioridad a las sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la materia a partir de 2014.

Con base al texto del artículo 185-A se admitía que la causal de divorcio por separación de hecho prolongada no era sino el mismo acuerdo de los esposos luego de una separación de hecho por más de cinco años⁵.

Sin embargo, en la práctica, el divorcio contemplado en el artículo 185-A se hacía muchas veces inoperante pues si bien cualquiera de los cónyuges podía pedir el divorcio, si el otro se oponía a la solicitud, como indicamos poco antes, el Tribunal debía declarar terminado el procedimiento y cerrado el caso, quedándole al solicitante solamente la vía del divorcio contencioso antes señalado.

Pero si ambos cónyuges estaban de acuerdo en divorciarse, surgían complicaciones para optar por el procedimiento contemplado en el ar-

⁴ María Candelaria Domínguez Guillén, *Manual de Derecho de Familia*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, pp. 200-202.

⁵ Francisco López Herrera, ob. cit., Tomo II, p. 217.

título 185-A. Los cónyuges, como se dijo, debían tener más de cinco años separados de hecho. Por lo cual, en caso de que no cumplieran con este requisito y estuvieran de acuerdo en disolver su matrimonio, debían presentar una solicitud de separación de cuerpos (y, en su caso, de bienes) y luego aguardar un año para quedar finalmente divorciados, conforme a lo dispuesto en los dos últimos apartes del artículo 185 del Código Civil⁶.

A esto hay que agregar que las solicitudes de separación de cuerpos por mutuo consentimiento debían presentarse *personalmente* (Código Civil, art. 189 y Código de Procedimiento Civil, art. 762), quedando excluida la posibilidad de hacerlo mediante apoderados judiciales.

En fin, debido a la importancia social de la familia, nuestra legislación civil buscó preservar el vínculo matrimonial y, por ende, dificultar su disolución en vida de los cónyuges. Por ello se estableció que la autoridad judicial competente solo puede declarar el divorcio cuando se lo demanda o solicita por las causas expresamente señaladas en la ley de manera taxativa y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Por ser un asunto en el cual está interesado el orden público, según el régimen del Código Civil, el divorcio no procedía libremente a voluntad de los cónyuges sin que pudieran los particulares modificar las reglas de carácter imperativo que lo regulan⁷.

III. LA LIBERALIZACIÓN DEL DIVORCIO MEDIANTE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

El panorama antes descrito comenzó a cambiar desde el año 2014, tanto en lo concerniente a las causales que hacen procedente el divorcio, como por lo que respecta a sus aspectos procedimentales. Veamos.

1. Mediante sentencia N°446 del 15 de mayo de 2014, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia modificó el procedi-

⁶ Al respecto, véase: Pablo Trivella, “Breve reseña sobre las nuevas tendencias jurisprudenciales que han agilizado el divorcio en Venezuela.” Disponible en: <https://tuabogado.com/breve-resena-sobre-las-nuevas-tendencias-jurisprudenciales-que-han-agilizado-el-divorcio-en-venezuela/#gsc.tab=0>.

⁷ Manuel Espinoza Melet, *Estudios sobre el Divorcio*, Editorial Hammurabi, Chile, 2020, pp. 40-41.

miento de divorcio contemplado en el artículo 185-A estableciendo que cuando alguno de los cónyuges alega la separación de hecho por más de cinco años, si el otro cónyuge niega el hecho, no se declara terminado el procedimiento sino que el mismo se transforma en un procedimiento contencioso, pudiendo el solicitante comprobar que la separación alegada se prolongó efectivamente por un lapso mayor de cinco años. Demostrada dicha separación, el juez debe decretar el divorcio sin que el otro cónyuge tenga el derecho de mantener el matrimonio contra la voluntad del cónyuge solicitante⁸.

Por consiguiente, este procedimiento, al igual que el procedimiento de la conversión de la separación de cuerpos en divorcio, de acuerdo con lo declarado por la Sala Constitucional, se tramita en principio como un procedimiento judicial de jurisdicción graciosa o voluntaria que culmina con un decreto de divorcio; pero puede eventualmente transformarse en contencioso si el otro cónyuge cuestiona el hecho de la ruptura de la vida en común por un tiempo superior a cinco años, en cuyo caso la incidencia se resolverá conforme a lo previsto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil: el juez ordenará la apertura de una articulación probatoria para que se determine si es cierto o no lo que señala el cónyuge solicitante del divorcio. Si en el curso de la articulación prevista en esta disposición legal se comprueba que el distanciamiento de hecho de los cónyuges ha perdurado ininterrumpidamente por más de cinco años, como se dijo, el juez decretará el divorcio; en caso contrario, el Juez dejará sin efecto y terminado el procedimiento de divorcio iniciado.

Para fundamentar su decisión, la Sala Constitucional sostuvo que cuando uno de los cónyuges invoca como causal de divorcio la separación prolongada de hecho tiene el derecho constitucional a probar los fundamentos de su solicitud, es decir, las circunstancias de la ruptura de la vida en común por más de cinco años. Por lo cual, el juez que conoce la solicitud debe otorgar la oportunidad para probar dicha separación prolongada de hecho la cual, una vez demostrada, debe tener como efecto la disolución del vínculo.

⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 446 del 15 de mayo de 2014. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/164289-446-15514-2014-14-0094.HTML>.

En criterio de la Sala, sería contrario a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y al derecho a la prueba del cónyuge que pretende divorciarse alegando la separación permanente por más de cinco años prevista como causal de divorcio en el artículo 185-A, que el otro cónyuge por su sola voluntad (no concurriendo a la citación o negando el hecho) pudiera poner fin al procedimiento de divorcio iniciado y hacer que el divorcio se declare improcedente, sin que se le permita a la parte solicitante demostrar los hechos en que fundamenta su solicitud de divorcio. De ahí que, si el otro cónyuge niega el hecho, lo procedente es abrir una articulación probatoria para que el procedimiento continúe permitiéndose al cónyuge demandante probar la separación prolongada por más de cinco años a que se refiere artículo 185-A del Código Civil.

La Sala Constitucional fijó con carácter vinculante el criterio contenido en su sentencia respecto al artículo 185-A del Código Civil y ordenó la publicación íntegra del fallo en la Gaceta Oficial con el siguiente texto en el sumario:

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 expediente⁹.

En nuestro concepto, es lógico y razonable que en caso de separación prolongada de hecho, el solicitante tenga el derecho a probar que esta situación se ha prolongado por más de cinco años para que se decrete el divorcio. En efecto, el derecho a la comprobación de los hechos que fundamentan el divorcio solicitado es un principio que integra la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 49(1) de la Constitución¹⁰. No se compece con el debido proceso que la pre-

⁹ La sentencia N° 446/2014 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fue publicada en la Gaceta Oficial N° 40.414 de fecha 19 de mayo de 2014.

¹⁰ José Ignacio Hernández, “Breves comentarios sobre las bases constitucionales de la familia y el divorcio en Venezuela,” en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 6, Caracas, 2016, pp. 131-133; José Ignacio Hernández, “¿Cómo cambió el divorcio en Vene-

tensión procesal del solicitante del divorcio que alega la existencia de una separación de hecho prolongada no reciba respuesta alguna de los órganos de la administración de justicia, simplemente porque la voluntad unilateral del otro cónyuge se lo impide. Este proceder privaría de toda protección judicial el derecho del cónyuge que desea poner fin al matrimonio al cual ni siquiera se le daría la oportunidad de probar que, efectivamente, existe la referida separación prolongada que el legislador erige en causal de divorcio, así como la ruptura de la vida conyugal común.

Habría en tal caso una violación de la garantía del debido proceso, ya que la contención planteada por la pretensión procesal resistida no recibiría trámite procesal alguno sino la orden fatal e ineludible de archivo del expediente, con lo cual no habría ni derecho a ser oído, ni oportunidad alguna para controlar y contradecir las pruebas del otro cónyuge, ni derecho alguno a una decisión de fondo que resolviera la cuestión planteada. No habría pues proceso.

Empero, con lo que no estamos de acuerdo, como se indica poco más adelante, es con la decisión de la Sala de reformar el Código Civil para imponer con carácter general y abstracto este criterio y modificar normas procedimentales sobre el divorcio por separación prolongada de hecho, mediante sentencia. Al haber procedido como lo hizo, la Sala usurpó las funciones legislativas de la Asamblea Nacional (*infra*, N° V.B.1 y 2)¹¹.

2. Luego, mediante sentencia N°712 del 17 de noviembre de 2014, la Sala de Casación Civil, contrariamente a lo dispuesto en los artículos 189 del Código Civil y 762 del Código de Procedimiento Civil que exigen que la separación de cuerpos por mutuo consentimiento debe ser *personalmente* solicitada por los cónyuges, decidió que la solicitud en cuestión puede presentarse por medio de apoderado judicial expre-

zuela después de la sentencia de la Sala Constitucional?”, 28 de mayo de 2014. Disponible en: <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>.

¹¹ Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional como Legislador Positivo ‘Reformando’ el Código Civil en Materia de Divorcio,” 20 de mayo de 2014. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2014/05/104.-Brewer.-La-Sala-Constitucional-como-Legislator-Positivo-reformando-el-art.-185-A-del-C%C3%B3digo-Civil.-mayo-2014.d.pdf>.

samente facultado al efecto (al igual que las acciones de divorcio, de separación de cuerpos y la solicitud de divorcio alegando ruptura prolongada e la vida en común)¹².

La Sala consideró contrario a la tutela judicial efectiva limitar el acceso a la justicia mediante la presentación personal de la solicitud, pues si la intención de los cónyuges es no mantener la vida en común no puede impedirse que lo hagan presentando su solicitud a través de apoderado especialmente facultado para hacerlo. Siendo la única condición para la separación de cuerpos por mutuo consentimiento la intención manifiesta e inequívoca de los cónyuges de no seguir cohabitando, en criterio de la Sala, la solicitud respectiva puede presentarse ante la autoridad judicial personalmente o por sus apoderados constituidos expresamente para tal fin.

3. Poco tiempo después, mediante sentencia N°693 del 2 de junio de 2015, la Sala Constitucional declaró que las causales de divorcio contempladas en el artículo 185 del Código Civil no eran únicas y taxativas, de manera que para pedir el divorcio puede ahora invocarse un motivo distinto a los legalmente previstos, incluyendo el mutuo consentimiento de los cónyuges de no permanecer casados¹³.

Para fundamentar su decisión, la Sala consideró que el matrimonio es un contrato civil solemne que se funda en el libre consentimiento de los cónyuges (Constitución Nacional, art. 77). Por lo cual, “nadie puede ser obligado a contraer matrimonio”, pero igualmente “nadie puede estar obligado a permanecer casado”. Permitir el divorcio solamente por las causales taxativas que señala la ley, en criterio de la Sala, lesiona el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la tutela judicial efectiva. En palabras de la Sala:

En la actualidad resulta vetusto e irreconciliable con el ordenamiento constitucional, el mantenimiento de un *numerus clausus* de las causales válidas para accionar el divorcio frente a la garantía de

¹² Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 712 del 17 de noviembre de 2014. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/171633-RC.000712-171114-2014-13-735.HTML>.

¹³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 693 del 2 de junio de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178096-693-2615-2015-12-1163.HTML>.

los derechos fundamentales del ciudadano al libre desarrollo de la personalidad y a la tutela judicial efectiva.

Por tanto, la Sala Constitucional declaró que puede pedirse la disolución del matrimonio con base en alguno de los motivos indicados en el artículo 185 del Código Civil o por cualquier otra circunstancia que impida la vida conyugal común. La Sala Constitucional ordenó la publicación de su sentencia en la Gaceta Oficial con el siguiente texto en el sumario:

Sentencia de la Sala Constitucional que realiza una interpretación constitucionalizante del artículo 185 del Código Civil y establece, con carácter vinculante, que las causales de divorcio contenidas en el artículo 185 del Código Civil 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° 446/2014, ampliamente citada en este fallo, incluyéndose el mutuo consentimiento¹⁴.

De ese modo, por decisión de la Sala Constitucional, se liberalizó el divorcio en nuestro ordenamiento reconociéndose el divorcio consensual puesto que la voluntad de ambos cónyuges de no desear continuar con su matrimonio es suficiente para instar el divorcio y obtener un pronunciamiento judicial que así lo acuerde. En fin, con esta decisión la Sala Constitucional declaró que el mutuo consentimiento o mutuo disenso constituye causal de divorcio. Por las razones que se indican poco más adelante, en nuestro concepto, este criterio carece de toda base legal (*infra*, N° V.B.3).

En esta sentencia se introdujo otro cambio fundamental puesto que se estableció que, en caso de existir hijos menores de edad, los cónyuges, aunque no tengan cinco años separados pueden pedir el divorcio de común acuerdo directamente ante los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, siempre y cuando fijen en su solicitud su acuerdo previo acerca de las instituciones familiares de sus hijos.

¹⁴ La sentencia N° 693/2015 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fue publicada en la Gaceta Oficial N°40.707 de fecha 21 de julio de 2015.

Los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, según lo decidido por la Sala Constitucional, tramitarán las solicitudes de divorcio por mutuo consentimiento que presenten ambos cónyuges:

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..., 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 y custodia del menor o los menores de edad que hubiesen procreado, la obligación de manutención y el régimen de convivencia familiar a efectos de que sean evaluados por el Juez de niños, niñas y adolescentes y determinar si son convenientes para los niños, niñas y adolescentes y conferir la homologación. En caso de que no lo sean, el Juez o Jueza ordenará su corrección. La homologación del acuerdo acerca de las instituciones familiares será requisito necesario para la declaratoria del divorcio.

4. Un año después, mediante sentencia N°1.070 del 9 de diciembre de 2016, la Sala Constitucional cerró el círculo al consagrar que el desafecto y la incompatibilidad de caracteres constituyen causales de divorcio y que la manifestación por uno de los cónyuges de incompatibilidad o desafecto para con el otro no precisa de contradictorio para que se pronuncie el divorcio por tratarse de un “sentimiento intrínseco de la persona... que difiere de las demandas contenciosas”¹⁵.

El desafecto, según esta decisión de la Sala Constitucional, consiste en:

la pérdida gradual del apego sentimental, habiendo una disminución del interés en 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.

¹⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1.070 del 9 de diciembre de 2016. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/193699-1070-91216-2016-16-0916.HTML>.

Asimismo, durante la unión matrimonial, según esta decisión de la Sala, puede surgir la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges que se manifiesta:

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 común.

Cuando aparece el fenómeno del desafecto o la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges, en palabras de la Sala Constitucional:

resulta fracturado y acabado, de hecho, el vínculo matrimonial... este no debe seguir surtiendo efectos en el mundo jurídico, motivo por el cual no se puede someter a un procedimiento controversial de un cónyuge que alegue o haga evidenciar el desafecto o la incompatibilidad de caracteres en su demanda de divorcio.

La Sala Constitucional fundamentó su decisión en la noción del divorcio solución o divorcio remedio que constituye una de las modernas tendencias del Derecho de Familia acogida expresamente en otros ordenamientos. Consideró la Sala que, de obligarse a uno de los cónyuges a permanecer casado contra su voluntad cuando manifiesta la existencia de una ruptura matrimonial de hecho, se lesionarían:

derechos constitucionales como el libre desenvolvimiento de la personalidad, adquirir un estado civil distinto, constituir legalmente una familia y otros derechos intrínsecos a la persona.

Con esta decisión de la Sala Constitucional se consagró en nuestro ordenamiento un procedimiento que se tramita como de mero derecho para obtener el divorcio. Basta pues con la voluntad de uno cualquiera de los cónyuges de no desear continuar su matrimonio para solicitar el divorcio y obtener, sin contención alguna sujeta a prueba, un pronunciamiento judicial que pronuncie la disolución del matrimonio.

Este criterio fue reiterado por la Sala Constitucional mediante sentencia N° 389 del 28 de abril de 2023 en donde se lee:

[E]l divorcio peticionado [refiriéndose a una solicitud de divorcio por desafecto o incompatibilidad de caracteres], es de naturaleza no contenciosa, toda vez que, al manifestarse el consentimiento del otro o petición unilateral de incompatibilidad o desafecto por parte de uno de los cónyuges, no precisa de un contradictorio, 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 contenciosas...¹⁶

Hay una suerte de presunción de ruptura irremediable del matrimonio que no admite prueba en contrario cuando uno de los cónyuges solicita el divorcio invocando el desafecto. Ante esta situación la autoridad judicial debe pronunciar la disolución del vínculo conyugal.

5. La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, por su parte, mediante sentencia N°136 del 30 de marzo de 2017, acogió la doctrina de la Sala Constitucional y estableció el procedimiento a seguirse en caso de que se alegue como fundamento del divorcio el desafecto o la incompatibilidad de caracteres¹⁷.

Al alegarse cualquiera de estas circunstancias, de acuerdo con lo establecido por la Sala, el divorcio se tramita mediante un *procedimiento judicial de jurisdicción graciosa o voluntaria* previsto en los artículos 895 al 902 del Código de Procedimiento Civil¹⁸ siendo necesaria únicamente la citación del otro cónyuge (quien deberá comparecer, representado o debidamente asistido de abogado) y del Fiscal del Ministerio Público, puesto que una vez expresada la voluntad de disolver la unión matrimonial por estos motivos, debe tener como efecto la disolución del vínculo.

¹⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia, sentencia N° 389 del 28 de abril de 2023. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/324659-0389-28423-2023-23-0004.HTML>.

¹⁷ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 136 del 30 de marzo de 2017. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/197371-RC.000136-30317-2017-16-476.HTML>.

¹⁸ Este criterio fue avalado por la Sala Constitucional mediante sentencia N° 389 del 28 de abril de 2023 citada en la nota 16 *ut. supra*.

Este mismo procedimiento se aplica en caso de que ambos cónyuges presenten la solicitud de común acuerdo: solo es necesario notificar al Ministerio Público para que se decrete el divorcio sumariamente.

En este procedimiento no hay pues lugar a contención ni a la apertura de una articulación probatoria puesto que, en palabras de la Sala, la manifestación de desafecto por incompatibilidad de caracteres “no puede depender de la valoración subjetiva que haga el juez acerca de la entidad de la razón del solicitante”. Como el sentimiento de desafecto no está vinculado a hechos comprobables, sino que depende de la libre manifestación de voluntad del cónyuge de disolver la unión por terminación del afecto, no cabe debate probatorio alguno tendiente a la comprobación del desamor o desafecto, siendo suficiente la simple alegación del cónyuge acerca de su existencia para que el mismo quede demostrado y se decrete el divorcio¹⁹.

En casos excepcionales de duda, el Tribunal puede, no obstante, requerir alguna prueba que considere indispensable *ex* artículo 11 del Código de Procedimiento Civil; por lo cual, la autoridad judicial, obrando con conocimiento de causa, podrá al efecto exigir que se amplíe la prueba sobre los puntos en que la encontrare deficiente y aún requerir otras pruebas que juzgare indispensables; todo sin necesidad de las formalidades del juicio, y sin que se le permita al juez “inmiscuirse en el libre desarrollo de la personalidad del solicitante al valorar los motivos por los cuales adoptó la decisión.”

Contra la decisión que decreta la disolución del matrimonio no resulta admisible recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario. Como en tal caso el divorcio se trata como un procedimiento de mero derecho y no contencioso, no existe la posibilidad de que pueda proponerse contra la decisión del juez algún recurso ordinario y mucho menos que pueda proponerse el recurso extraordinario de casación. Así lo dejó establecido la Sala de Casación Civil mediante la sentencia N° 2 del 30 de enero de 2019²⁰, criterio este que fue avalado por la Sala Constitucional

¹⁹ Edison Varela Cáceres, “El nuevo divorcio en Venezuela,” en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 15, Caracas, 2020, pp. 211 y 218.

²⁰ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 2 del 30 de enero de 2019. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/enero/303474-2-30119-2019-18-633.HTML>.

mediante sentencias N° 831 del 25 de octubre de 2022 y N° 389 del 28 de abril de 2023²¹.

Además, contrariamente a lo que ocurre normalmente en los procesos de jurisdicción voluntaria, la Sala de Casación Civil declaró que la decisión del Tribunal que decreta el divorcio por la causal de desafecto (o incompatibilidad de caracteres) causa *cosa juzgada en sentido material*. Por lo cual, la decisión respectiva es vinculante en todo proceso futuro, según lo dispuesto en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil²².

Como el estado familiar que resulta de la disolución del vínculo matrimonial es materia de orden público y de carácter indivisible, el mismo se impone no sólo a los miembros de la familia sino aun a los terceros. La decisión judicial, por su propia naturaleza, produce efectos absolutos para las partes y también para los terceros extraños al proceso.

IV. LA PRÁCTICA SEGUIDA PARA LA TRAMITACIÓN DEL DIVORCIO

1. En la práctica, al haberse establecido por decisiones de la Sala Constitucional y de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia un procedimiento simplificado y expedito de jurisdicción graciosa o voluntaria para el divorcio, la mayoría de los casos se tramitan ahora conforme a este procedimiento no contencioso invocándose el mutuo consentimiento, el desafecto o la incompatibilidad de caracteres como fundamento de la solicitud de divorcio. El procedimiento se desarrolla sin contención o debate contradictorio y culmina con una decisión judicial que pronuncia el divorcio.

En estos casos conocen actualmente de la solicitud de divorcio los Tribunales de Municipio que ejerzan la jurisdicción en el lugar del do-

²¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 831 del 25 de octubre de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/320213-0831-251022-2022-21-0698.HTML>; Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 389 del 28 de abril de 2023. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/324659-0389-28423-2023-23-0004.HTML>.

²² Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 136 del 30 de marzo de 2017. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/197371-RC.000136-30317-2017-16-476.HTML>.

micilio conyugal puesto que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, mediante Resolución N°2009-0006 del 18 de marzo de 2009, amplió las competencias de los Juzgados de Municipio para que conocieran de forma exclusiva y excluyente acerca de todos los asuntos de jurisdicción voluntaria o no contenciosa en materia civil, mercantil y de familia en los cuales no participen niños, niñas y adolescentes, según las reglas ordinarias de la competencia por el territorio, así como de cualquier otro de semejante naturaleza (art. 3)²³.

Sin embargo, cuando cualquiera de los cónyuges es todavía menor de edad e igualmente, cuando los esposos tienen hijos comunes y alguno de estos es menor de 18 años (aunque los esposos progenitores sean de mayor edad), es competente para conocer del procedimiento el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, correspondiente al sitio donde se encuentre el domicilio conyugal (LOPNNA, art. 177, par. 2º, literal g). El asunto se tramita en estos casos de conformidad con las disposiciones del procedimiento especial de jurisdicción voluntaria contemplado en los artículos 511 y siguientes de la LOPNNA (art. 178) y no por las del Código de Procedimiento Civil. Se fija la audiencia única de acuerdo con el artículo 512 de esta ley, en la cual el juez declara el divorcio (art. 513) y, oída la opinión de los hijos menores, establece el régimen de las instituciones familiares homologando los acuerdos de los progenitores relativos a la responsabilidad de crianza, obligación de manutención y régimen de convivencia familiar, teniendo en cuenta el interés de dichos hijos menores.

Cuando no existe acuerdo sobre el régimen de las instituciones familiares por parte de los progenitores, algunos Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes decretan el divorcio y ordenan tramitar por procedimientos separados (contenciosos) la cuestión relativa a las

²³ Esta Resolución fue publicada en la Gaceta Oficial N°39.152 de fecha 2 de abril de 2009. Además, la Sala Constitucional mediante sentencia N° 1.710 del 18 de diciembre de 2015 atribuyó competencia a los Tribunales de Municipio, en aquellas Circunscripciones Judiciales donde no existan Jueces de Paz Comunal, para conocer y decidir acerca de los casos de divorcio por mutuo consentimiento originalmente asignados a dichos Jueces de Paz por la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal (art.8, ord.8). Al respecto véase: Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1.710 del 18 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/184156-1710-181215-2015-15-1085.HTML>.

instituciones familiares de los hijos menores de edad conforme a las disposiciones especiales de la LOPNNA²⁴.

Otros, en cambio, al decretar el divorcio por desafecto, atendiendo al interés superior de los hijos e hijas menores de edad, fijan un régimen preliminar de las instituciones familiares de los niños o adolescentes con base en el contenido del convenio regulador de tales instituciones propuesto por el progenitor solicitante del divorcio en cuyo caso el otro progenitor, si no estuviere de acuerdo con este régimen, tendrá que solicitar su revisión mediante acciones independientes conforme a las disposiciones especiales de la LOPNNA cuando el bienestar del niño, niña o adolescente lo justifique, o cuando varíen las circunstancias existentes al tiempo de la fijación del régimen de las instituciones familiares²⁵. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia avaló este criterio mediante sentencia N°101 del 2 de junio de 2022²⁶.

²⁴ Sentencia del Tribunal Décimo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional de fecha 8 de octubre de 2019, citada en sentencia N°173 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 3 de noviembre de 2021. Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scs/noviembre/313999-173-31121-2021-21-040.HTML>; Juzgado Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, sentencia del 19 de febrero de 2019. Disponible en: <http://jca.tsj.gov.ve/DECISIONES/2019/FEBRERO/2569-19-GP02-R-2019-000003-63-2019.HTML>.

²⁵ Tribunal Superior Segundo del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, sentencia del 8 de mayo de 2019. Disponible en: <http://lara.tsj.gov.ve/DECISIONES/2019/MAYO/3172-8-VP31-R-2019-000004-004.HTML>; Tribunal Segundo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, sentencia del 12 de julio de 2018. Disponible en: <http://jca.tsj.gov.ve/DECISIONES/2018/JULIO/2403-12-FP02-J-2018-000240-PJ0832018000309.HTML>; Tribunal Segundo de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, sentencia del 4 de mayo de 2018. Disponible en: <http://jca.tsj.gov.ve/DECISIONES/2018/MAYO/2403-4-FP02-J-2018-000027-PJ0832018000177.HTML>; Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Apure, sentencia del 5 de septiembre de 2018. Disponible en: <http://caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/2018/DICIEMBRE/2418-5-JMSS1-8974-18-.HTML>.

²⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 101 del 2 de junio de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/316858-0101-2622-2022-20-0145.HTML>.

Conviene tener en cuenta, además, que en los procedimientos en que se alegue el desafecto como fundamento del divorcio, los Juzgados de Municipio y los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en la práctica, se han negado a decretar las medidas preventivas previstas en el artículo 191 del Código Civil y en los artículos 351 y 360 de la LOPNNA. La jurisprudencia de nuestros tribunales parece mantener el criterio de que el artículo 191 sólo contempla la posibilidad de dictar estas medidas precautelativas una vez admitida la *demandas de divorcio*, es decir, en un juicio o procedimiento contencioso de divorcio y no cuando el divorcio se tramita mediante un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria. Empero, no faltan decisiones de nuestros tribunales que han decretado estas medidas cuando se solicita el divorcio por desafecto o incompatibilidad de caracteres²⁷.

2. Al consagrarse de este modo un sistema de divorcio libre y un procedimiento sumario sin contradictorio para su obtención, el divorcio contencioso por las siete primeras causales del artículo 185 del Código Civil ha caído prácticamente en desuso²⁸. La disolución del matrimonio

²⁷ Al respecto véase: Sentencia del Tribunal Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes de fecha 24 de abril de 2019. Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2019/ABRIL/1519-24-1154-.HTML>; Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Lara de fecha 24 de enero de 2022. Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2022/ENERO/2328-24-KP12-J-2021-000158-11-2022.HTML>; Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Lara de fecha 15 de febrero de 2022. Disponible en: <http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2022/FEBRERO/2328-15-KP12-J-2021-000148-49-2022.HTML>.

En la misma dirección, cabe hacer notar que la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de fecha 22 de noviembre de 1989, declaró que pueden dictarse medidas cautelares, nominadas o innominadas, en un *procedimiento no contencioso de divorcio por separación prolongada de hecho iniciado con base en el artículo 185-A del Código Civil*. La Sala sostuvo el criterio de que el procedimiento del artículo 185-A no limita ese poder cautelar del juez que puede hacerse presente para salvaguardar los intereses de uno de los cónyuges o de ambos, o para preservar los intereses de los hijos menores, o los bienes de la comunidad conyugal; por lo cual, “cuando la parte interesada así lo requiera o cuando las circunstancias así lo aconsejen [el juez], en uso de ese poder tutelar y discrecional podrá decretar cualquiera de las medidas provisionales que pauten el citado artículo 191 del Código Civil”. Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 22 de noviembre de 1989, caso “Banco Consolidado C.A.”, consultada en Ramírez & Garay, Tomo CX, p. 505.

²⁸ Edison Varela Cáceres, “El nuevo divorcio en Venezuela”, ob. cit., p. 214.

en la generalidad de los casos, como se dijo atrás, se tramita ahora con base en la conversión de la separación de cuerpos por mutuo consentimiento en divorcio, la separación de hecho prolongada, el desafecto, la incompatibilidad de caracteres y el mutuo consentimiento²⁹.

Cuando los cónyuges no están de acuerdo en divorciarse, lo usual es que uno de ellos presente una solicitud de divorcio por desafecto o incompatibilidad de caracteres. Como se dijo, la respectiva solicitud puede presentarse mediante apoderado judicial especialmente constituido al efecto. El divorcio se decreta luego de citar al otro cónyuge y al Ministerio Público. Si el otro cónyuge no comparece se le nombra un defensor *ad litem*.

Cuando los cónyuges están de acuerdo en disolver el vínculo matrimonial, lo usual es que presenten una solicitud de divorcio por desafecto o incompatibilidad de caracteres suscrita por ambos cónyuges o sus apoderados judiciales con facultad expresa para hacerlo. El divorcio se decreta luego de notificar al Ministerio Público.

Sin embargo, cuando existen bienes de la comunidad conyugal y las partes deseen celebrar un convenio que regule la ulterior partición y adjudicación de dichos bienes, lo aconsejable es que soliciten la separación de cuerpos y de bienes con su correspondiente convenio sobre partición y que, transcurrido un año después de declarada judicialmente dicha separación, pidan su conversión en divorcio, conforme a lo dispuesto en la parte final del artículo 185 del Código Civil³⁰. Esto debido a que, según lo dispuesto en el artículo 173 *ejusdem*, toda disolución y liquidación voluntaria de la comunidad conyugal mientras subsista el matrimonio es nula salvo lo dispuesto en el artículo 190 que se refiere a la separación judicial de bienes entre los esposos en caso de separación de cuerpos.

²⁹ Cabe hacer notar, sin embargo, que en el supuesto de que el cónyuge que no haya dado causa al divorcio aspire a tener una prestación alimentaria, cuando por incapacidad física u otro impedimento se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de otros medios para sufragar sus necesidades, tendrá que demandar el divorcio invocando alguna de las primeras seis causales contempladas en el artículo 185 del Código Civil (arg.: *ex art.* 195 del Código Civil).

³⁰ Dichos convenios son válidos cuando se los sujeta a la condición suspensiva de que producirán sus efectos sin retroacción cuando sea efectivamente decretada la separación de cuerpos entre los cónyuges. Al respecto, véase: Francisco López Herrera, *ob. cit.*, Tomo II, pp. 112-113.

Aunque la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considera válidos los convenios de división de bienes plasmados por los cónyuges en una solicitud de separación de cuerpos y de bienes³¹, la Sala de Casación Civil ha negado la validez de los convenios de separación de bienes realizados conjuntamente con la solicitud de divorcio por *separación de hecho* prolongada, incluso cuando se los somete a la condición suspensiva de que producirán sus efectos, sin retroacción alguna, solo después de pronunciado el divorcio³². No conocemos decisiones de nuestros tribunales que se hayan pronunciado por la validez de los acuerdos voluntarios sobre la división de los bienes de la comunidad conyugal entre los esposos contenidos en una solicitud de divorcio por desafecto suscrita por ambos cónyuges. En la doctrina nacional, el profesor Juan Enrique Croes Campbell se pronuncia por la validez de tales acuerdos siempre y cuando se sometan a la condición suspensiva de que se decrete el divorcio y que sus efectos se produzcan en un momento posterior al divorcio³³.

Aun cuando la Sala Constitucional, mediante sentencia No 652 del 26 de noviembre de 2021³⁴, modificó el régimen de las capitulaciones matrimoniales y declaró que las mismas pueden celebrarse después del matrimonio (!) pudiendo, por tanto, los cónyuges convenir en un régimen de separación de bienes, la Sala no declaró la nulidad de la parte

³¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N°120 del 26 de febrero de 2013. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/120-26213-2013-12-0174.HTML>

³² En tal sentido, véase: Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 739 del 15 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/205313-RC.000739-151117-2017-17-564.HTML>; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N°158 del 22 de junio de 2001. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/RC-0158-220601-00843.HTM>; Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de julio de 1999, caso L.T. Mujica, consultada en Ramírez & Garay, Tomo CLVI, pp. 377-378.

³³ Juan Enrique Croes Campbell, “Validez de los acuerdos sobre división de la comunidad de gananciales realizados en divorcios no contenciosos y solicitudes de separación de cuerpos y de bienes,” en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N°10-III, Caracas, 2018, pp. 825-835.

³⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 652 del 26 de noviembre de 2021. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/314728-0652-261121-2021-17-0293.HTML>.

final del artículo 173 del Código Civil; por lo cual, los problemas que suscita la aplicación de esta disposición legal aún subsisten³⁵.

De ahí cuando no existen bienes de la comunidad que requieran de una partición, los cónyuges que deseen disolver su matrimonio no deben tener, al menos en principio, inconveniente en solicitar de común acuerdo el divorcio por desafecto. En cambio, cuando existen bienes comunes que deban ser objeto de una liquidación, como se dijo, para evitar cualquier problema, lo conveniente es firmar un acuerdo de separación de cuerpos y bienes con las normas que regulen cómo se realizará la partición de los bienes comunes cuando sea decretada judicialmente la separación de cuerpos y de bienes entre los cónyuges, aguardando un año para materializar el divorcio³⁶.

V. EXAMEN CRÍTICO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

A. Advertencia previa

Debemos advertir que no es el propósito de estas páginas asumir una posición acerca de las modalidades de divorcio, su mayor o menor amplitud y posibilidad de acceso, aspectos estos respecto de los cuales existen en el Derecho Comparado sistemas muy distintos. Asimismo, en la doctrina nacional y extranjera existen posiciones encontradas sobre la materia³⁷.

Algunos autores afirman que liberalizar el divorcio contribuye a la desorganización y desunión de la familia cuyas consecuencias negativas padecerán los hijos del matrimonio divorciado. Se sostiene,

³⁵ Para un examen del contenido de la sentencia citada en la nota 34 precedente, véase: Sacha Rohán Fernández Cabrera, “Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional No 652/2021 sobre las capitulaciones matrimoniales”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No 18, Caracas, 2022, pp. 227-303.

³⁶ En algunos casos hemos observado que los cónyuges optan por separarse de cuerpos y de bienes y, una vez decretada y firme dicha separación, solicitan por ante otro tribunal el divorcio por desafecto, sin esperar un año para que la separación se convierta en divorcio.

³⁷ Para un examen de los diversos sistemas de divorcio adoptados en el Derecho Comparado y las posiciones doctrinarias sobre la materia, véase: Martín Miguel Culaciati, *El Divorcio Contemporáneo. Pasado, Presente y Perspectivas de Futuro*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018; Ángel Acedo Penco y Leonardo Pérez Gallardo (Coords.), *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Buenos Aires, 2009.

además, que la facilitación del divorcio no favorece la eliminación del conflicto conyugal sino que lo acrecienta. Que, en fin, el divorcio hace descender al matrimonio de la categoría de institución a la de una “es-tipulación cualquiera”³⁸.

Otros autores, por el contrario, sostienen que, en realidad, no es el divorcio *per se* el que fragmenta la estabilidad de la familia, sino otros factores perturbadores que son los que, en definitiva, conducen a los cónyuges a optar por la disolución del vínculo que los une a través del divorcio. De ahí que cuando, por un motivo u otro, cesa la *affectio maritalis*, el matrimonio por coacción impuesto por la sola voluntad de uno de los cónyuges contra la voluntad del otro se convierte en un elemento perturbador y dañino para la paz y el desarrollo armonioso de la familia³⁹.

En la misma dirección, se afirma que no es saludable para la sociedad y para el núcleo familiar sostener y mantener un matrimonio con evidentes signos de deterioro; por lo cual, cuando se hace evidente la ruptura del matrimonio el Estado debe disolver el vínculo conyugal aplicando un remedio a una situación que de perdurar resultaría altamente perjudicial para los cónyuges, los hijos y la sociedad en general⁴⁰. De ahí que los esposos deben tener⁴¹ la posibilidad de recurrir al divorcio como una solución que en definitiva es socialmente más conveniente que el mantenimiento de una situación irregular, sin que se exija como requisito la alegación de una falta específica a los deberes matrimoniales o la culpa de alguno de los cónyuges.

Por lo demás, la corriente del divorcio solución o remedio ha sido ampliamente receptada en la práctica por nuestros tribunales a partir de las aludidas sentencias de la Sala Constitucional objeto de nuestros comentarios⁴¹. La jurisprudencia nacional ha sostenido que cuando se hace

³⁸ Al respecto, véase: Mauricio Luis Mizrahi, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 164.

³⁹ *Ibíd.* pp. 224-229.

⁴⁰ Manuel Espinoza Melet, *ob. cit.*, p. 21.

⁴¹ Al respecto, véase, a título ilustrativo: Tribunal Tercero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Nueva Esparta, sentencia del 7 de mayo de 2018. Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2018/MAYO/2395-7-OP02-J-2018-000137-PJ0392018000175.HTML>; Tribunal Segundo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia

evidente la ruptura del lazo matrimonial, el Estado debe disolver el vínculo conyugal, aunque no se haya demostrado la existencia de una causal de divorcio, posición esta que ha sido ampliamente acogida en el foro venezolano y ha tenido un gran impacto en nuestros procedimientos.

B. Consideraciones críticas

Las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia que liberalizaron el divorcio dieron lugar a una serie de opiniones y comentarios, aprobatorios algunos, pero la mayoría adversos, fundados estos últimos en que la Sala Constitucional, de manera inconstitucional e ilegítima, usurpando las funciones legislativas de la Asamblea Nacional, sancionó una reforma de la ley, en este caso del Código Civil, en materia de divorcio⁴².

del 30 de octubre de 2019. Disponible en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2019/OCTUBRE/3045-30-AP31-S-2019-001779-.HTML>; Tribunal Décimo Cuarto de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia del 2 de diciembre de 2020. Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2020/DICIEMBRE/3057-2-AP31-S-2020-00224-.HTML>; Tribunal Segundo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, sentencia del 17 de enero de 2022. Disponible en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2022/ENERO/3027-17-S-3509-01-2022.HTML>; Juzgado Primero de Primera Instancia de Mediación Sustanciación y Ejecución de Niños, Niñas y Adolescentes del Estado Lara, sentencia del 7 de febrero de 2022. Disponible en: <http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/2022/FEBRERO/2328-7-KP12-J-2021-000187-38-2022.HTML>; Tribunal Décimo Séptimo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia del 8 de agosto de 2022. Disponible en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2022/AGOSTO/3060-8-AP31-F-S-2022-001835-PJ0132022000089.HTML>; Tribunal Décimo Cuarto de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia del 16 de septiembre de 2022. Disponible en: <http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2022/SEPTIEMBRE/3057-16-AP31-F-S-2022-715-.HTML>; Tribunal Tercero de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Municipio Iribarren de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, sentencia del 28 de julio de 2023. Disponible en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2023/JULIO/2825-28-KP02-F-2023-000790-.HTML>; Tribunal Undécimo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia del 14 de agosto de 2023. Disponible en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2023/AGOSTO/3054-14-AP31-F-S-2023-003613-PJ0112021000409.HTML>; Tribunal Segundo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, sentencia del 9 de enero de 2023. Disponible en: <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2023/ENERO/2521-19-UP11-J-2022-000390-.HTML>.

⁴² En favor de la facilitación del divorcio a través de sentencias de la Sala Constitucional: Ramón Escovar León, “Reflexiones sobre la reinterpretación del Artículo 185-A del Código

1. Por nuestra parte consideramos que, efectivamente, la Sala Constitucional invadió la esfera de competencia legislativa de la Asamblea Nacional, actuando en esta materia como legislador positivo, en ejercicio de la llamada jurisdicción normativa, para reformar el régimen legal del divorcio establecido en el Código Civil, primero, modificando el procedimiento de divorcio fundado en la separación prolongada de hecho y, luego, declarando que las causales “únicas” de divorcio contenidas en el artículo 185 del Código Civil no son taxativas; por lo cual, cualquiera de los cónyuges puede ahora demandar el divorcio por las causales previstas en dicha disposición legal o por cualquier otro motivo que estime impida la continuación de la vida en común.

Del mismo modo, la Sala de Casación Civil, mediante la sentencia N°136 del 30 de marzo de 2017 antes comentada, usurpó la función propia y exclusiva de la Asamblea Nacional al legislar en las materias de la competencia nacional previstas en el artículo 156(32) de la Constitución, y “determinar el procedimiento de divorcio, por separación de cuerpos y separación de hecho por más de cinco años, desafecto y/o incompatibilidad de caracteres (Artículo 185-A del Código Civil) a seguir por el cónyuge interesado en obtener una sentencia con esta finalidad”, violando la reserva legal sobre la regulación de los procedimientos, consagrada en el artículo 156(32) de la Constitución Nacional, el principio de la separación de poderes establecido en el artículo 136 de la Constitución y el principio de legalidad previsto en el artículo 137 de la Constitución.

Civil,” en *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación 1915-2015*, Tomo III, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, pp. 2257-2270; María Candelaria Domínguez Guillén, *Instituciones Fundamentales de Derecho Civil*, Centro Latinoamericano de Estudios e Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2019, pp. 255-257; María Cristina Parra, “La inconstitucionalidad del Código Civil”, 28 de mayo de 2014. Disponible en: <https://vocesvitalesvenezuela.org/site/?p=1329>. En contra: Allan R. Brewer Carías, ob. cit., p. 10; Antonio Silva Aranguren, “La Asamblea Nacional como Amanuense de la Sala Constitucional,” en *Revista de Derecho Público*, N° 142 (abril-junio 2015), Editorial Jurídica Venezolana, pp. 202-205; Fernando Sanquírigo Pittevil, “El Principio *expressio unius est exclusio alterius* en el artículo 185 del CC y la Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ Correa Rampersad,” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila Derecho y Sociedad*, N° 12, Universidad Monteávila, Caracas, 2016, pp. 241-248.

En efecto, de acuerdo con la Constitución, corresponde en forma exclusiva a la Asamblea Nacional legislar en las materias de la competencia nacional (art. 187(1)) entre las cuales está sancionar la legislación civil y de procedimientos (art. 156(32)). Esta competencia, como es bien sabido, solo se puede ejercer según el procedimiento de formación de las leyes establecido en los artículos 204 y siguientes de la Constitución. Las leyes, además, como es también hartamente conocido, solo pueden ser reformadas o derogadas, total o parcialmente, por otras leyes (art. 218).

Todas estas disposiciones de la Constitución fueron violadas por la Sala Constitucional y la Sala de Casación Civil mediante las sentencias comentadas en esta ponencia que reformaron el Código Civil ampliando las causales únicas de divorcio contenidas en los artículos 185 y 185-A del Código Civil, y modificando su régimen procesal; además, todo ello sin cumplir con la obligación que le impone el artículo 201 de la Constitución al legislador ordinario de realizar siempre una consulta popular y, en esta materia relativa a la estabilidad de la familia, en especial consultar a los órganos y entes especializados del Estado que conforman el Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre estos asuntos.

Con estos precedentes, el Tribunal Supremo de Justicia al legislar sobre materias de la reserva legal, en usurpación de las facultades legislativas propias de la Asamblea Nacional, violó de manera ilegal e ilegítima, el principio de separación de poderes, que es uno de los presupuestos para el mantenimiento del Estado de Derecho y la democracia representativa, con el agravante de que la actuación de la Sala Constitucional no es susceptible de control jurisdiccional alguno. Mediante estas decisiones por las cuales la Sala Constitucional y la Sala de Casación Civil modificaron disposiciones del Código Civil en materia de divorcio sin que exista una previa declaratoria de nulidad de las mismas, se infringe el artículo 218 de la Constitución según el cual “las leyes se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución”.

2. Las sentencias dictadas por la Sala Constitucional, en ejercicio de la llamada jurisdicción normativa, que modificaron por vía juris-

prudencial disposiciones expresas del Código Civil sobre el divorcio sustituyéndolas por otras que se adaptan más, en su criterio, a la Constitución no tienen en Venezuela ninguna base constitucional. Calificada doctrina nacional sostiene que, en caso de que el juez constitucional constate la necesidad de que una disposición legal sea modificada a fin de adecuarse a la Constitución

debe ejercer la atribución de control de omisiones legislativas que le otorgan la Constitución de 1999 y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, bien a través de la demanda de inconstitucionalidad por omisión, bien a través del control incidental por omisión, y en esta medida, debe ordenar al órgano legislativo en mora a que, en un plazo determinado y siguiendo los lineamientos generales que establezca la sentencia, proceda... a modificar el sentido y alcance de la norma legal para adaptarla a la Constitución, y mientras tanto se difieren los efectos de la sentencia anulatoria, esto es, se declara la nulidad del precepto pero ella surtirá efecto a partir de un término posterior, que es el que se le concede al legislador para modificarlo. Por más loable que sea la intención de dar solución inmediata a una situación concreta de acomodar directamente los preceptos legales para adaptarlos a la Constitución, el juez constitucional no debe, en modo alguno, sustituirse al órgano legislativo a través de la sentencia y dictar él la norma jurídica, ni aún siquiera en los casos en que exista urgencia en el restablecimiento de la efectividad constitucional, caso en el cual, se dijo ya, podrán dictarse medidas provisionales o cautelares, tal como lo permite expresamente el artículo 19, párrafo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁴³.

De manera que, de acuerdo con la Constitución, cuando la Sala Constitucional, en el ejercicio del control concentrado o incidental de constitucionalidad de las leyes, advierta que una ley colide con la Constitución, lo procedente es que declare su nulidad total o parcial (o su desaplicación en el caso concreto) (Constitución Nacional, art. 334 *in fine*) y, para garantizar el cumplimiento de la Constitución, ordene al órgano legislativo que modifique el texto legal para adaptarlo a la Cons-

⁴³ Daniela Urosa Maggi, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Legislador Positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011, pp. 217-218.

titución estableciendo el plazo y, en su caso, los lineamientos constitucionales para su corrección (art. 336(7)).

A la Sala Constitucional, por supuesto, le corresponde también, en su rol de máximo intérprete de la Constitución (art. 335 *in fine*), interpretar las normas constitucionales incluso con carácter vinculante, pero ello tampoco la autoriza a legislar. Por consiguiente, al interpretar la Constitución y fijar la “interpretación constitucionalizante” de una norma, la Sala Constitucional no puede dictar disposiciones legales o modificar y reformar las que estén contenidas en las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional⁴⁴. Como expresa Brewer-Carías:

En todo caso, en su labor de interpretar la Constitución, la Sala Constitucional no puede sustituirse en el pueblo, es decir, no puede crear nuevas normas constitucionales no previstas en el Texto o que no resulten de la integración de sus normas, ni puede modificarlas, estableciendo, por ejemplo, excepciones no previstas en ellas; así como tampoco puede dictar normas legales o modificar o reformar las que estén contenidas en las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional.

El juez constitucional nunca puede ser legislador; puede anular las leyes con efectos *erga omnes*, eliminándolas del ordenamiento jurídico, con efecto similar a la derogación como si fuera un “legislador negativo” (H. Kelsen); pero nunca puede ser un “legislador positivo” que dicta normas.

De hacerlo, no sólo incurriría en usurpación de autoridad por la usurpación de las funciones legislativas que corresponden a la Asamblea Nacional, lo que haría de la sentencia un acto nulo e ineficaz (art. 138 C), sino que violaría el principio democrático que impone que la “ley” sólo puede ser emanación de los órganos del Estado integrados por representantes del pueblo, elegidos mediante votación popular. Es decir, al determinar la interpretación de una norma, la Sala no puede crear nuevas normas o reformar o derogar las que están expresamente en la ley.

...

En todo caso, además, puede interpretar las normas constitucionales incluso con carácter vinculante, pero ello no la autoriza a legislar...

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 196-197.

....

[L]o que debe quedar claramente precisado es que la Sala Constitucional no puede pretender por la vía de interpretación de la Constitución sustituir las funciones de los otros Poderes Públicos, ni asumir las tareas del Legislador ni de la Administración⁴⁵.

En ningún caso corresponde pues a la Sala Constitucional dictar ella misma la norma legal sustituyéndose al órgano legislativo ni tampoco señalarle su contenido específico, puesto que si así lo hiciere violaría los principios de separación de poderes y reserva legal, usurpando las funciones privativas de la Asamblea Nacional⁴⁶. Pues bien, esto fue precisamente lo que hizo la Sala Constitucional cuando modificó mediante sentencias vinculantes el régimen legal del divorcio imperante en Venezuela. Al fijar la Sala criterios vinculantes generales y abstractos de interpretación de los artículos 185 y 185-A del Código Civil modificando la redacción del texto legal, se sustituyó en el órgano legislativo y a través de sus “sentencias interpretativas” dictó ella misma las nuevas normas generales de derecho, sustantivas y adjetivas, aplicables al divorcio que, en su criterio, se adaptaban mejor a la Constitución. Sencillamente la Sala, por la vía de interpretar la Constitución y fijar la “interpretación constitucionalizante” de las disposiciones legales sobre el divorcio contenidas en el Código Civil, ha legislado creando nuevas normas diferentes de las contenidas en nuestra legislación civil. Esto constituye una evidente usurpación de autoridad.

3. Pero además de las consideraciones constitucionales expuestas en los numerales 1) y 2) precedentes, tampoco compartimos el fundamento de las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia que establecieron el divorcio libre e ilimitado, así como su procedimiento *express*.

Como se dijo, estas sentencias parten de la base de que el matrimonio es un “contrato civil solemne” que se funda en el libre consentimiento y así como no puede obligarse a alguien a contraer matrimonio, nadie puede ser obligado a permanecer casado; por lo que si una persona desea la disolución del vínculo matrimonial puede hacerlo instando el divorcio por cualquier circunstancia que, a su

⁴⁵ Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Constitucional: Justicia Constitucional y Jurisdicción Constitucional*, Tomo XII, Fundación Estudios de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 1105-1107.

⁴⁶ José Ignacio Hernández, “Breves comentarios...”, cit., pp. 141-142.

juicio, impida la vida conyugal común. Lo contrario, en criterio de la Sala Constitucional, afectaría el derecho que tiene toda persona al libre desenvolvimiento de su personalidad, a adquirir un estado civil distinto y a la tutela judicial efectiva reconocidos en los artículos 21 y 26 de la Constitución.

A nuestro modo de ver, tal criterio es total y absolutamente erróneo, como lo ponen en evidencia las siguientes consideraciones.

(i) Es un principio generalmente admitido en la doctrina jurídica moderna, tanto nacional como extranjera, que el matrimonio no es un contrato sino una institución que está configurada por un conjunto de reglas que deben ser respetadas so pena de que se desvirtúe su esencia⁴⁷. Contraer matrimonio es algo muy distinto a comprar un bien, celebrar un contrato de mandato, constituir una sociedad o arrendar un bien inmueble. El matrimonio carece de las notas elementales y características propias de los contratos debido a que los efectos del matrimonio se encuentran definidos en la ley⁴⁸. El denominado *estatuto matrimonial*, salvo por lo que respecta al régimen patrimonial de los cónyuges, queda enteramente sustraído a la voluntad de los contrayentes y está determinado de forma imperativa por la legislación aplicable (arg.: *ex art. 142 del Código Civil*).

La tesis contractualista del matrimonio que estuvo muy en boga entre los canonistas tropieza pues con obstáculos y contradicciones de muy difícil superación. Lo que sucede, como afirma López Herrera, es que tanto el matrimonio como el contrato son negocios jurídicos bilaterales, pero excepción hecha del necesario consentimiento de las partes, las normas y principios característicos del contrato, no tienen vigencia en cuanto al matrimonio; y a la inversa, las reglas propias y específicas del matrimonio, no se aplican a los contratos⁴⁹. Es erróneo, pues, pretender asimilar, como lo hace la Sala Constitucional, el régimen del matrimonio al de los contratos. Pero adicionalmente, aun en materia de contratos bilaterales, no puede una sola de las partes desligarse unilateralmente del contrato

⁴⁷ Sobre el particular véase, en la doctrina patria contemporánea, Enrique Urdaneta Fontiveros, *Régimen Jurídico de la Exceptio Non Adimpleti Contractus*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, p. 82 y la doctrina ahí citada.

⁴⁸ Carlos Lasarte y Belén Sáinz-Cantero, *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil V*, Vigésima edición revisada y actualizada con la colaboración de Patria López Peláez y María del Mar Heras Hernández, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 23-24.

⁴⁹ Francisco López Herrera, *ob. cit.*, Tomo I, p. 219.

sino en los casos previstos por la ley y previo el cumplimiento de los requisitos sustantivos y adjetivos legalmente establecidos. En efecto, el artículo 1159 del Código Civil consagra la imposibilidad jurídica de pretender la disolución de un contrato por voluntad unilateral⁵⁰. Es erróneo pues invocar la tesis del matrimonio-contrato para fundamental el divorcio libre.

(ii) Por otra parte, cuando el artículo 77 de la Constitución Nacional dice que se protege el matrimonio fundado en el libre consentimiento, lo que es objeto de reconocimiento constitucional es el derecho o la libertad de contraer matrimonio, no el derecho a descasarse el cual solo tiene un origen y reconocimiento legales, no supralegal o constitucional. La lógica consecuencia de la libertad o derecho a contraer matrimonio es el derecho a no casarse, pero no la libertad de descasarse y, por ello, la Constitución, inmediatamente después de consagrar la protección del matrimonio fundado en el libre consentimiento, legitima las uniones estables de hecho (Constitución Nacional, art. 77), reconociendo la decisión de un hombre y una mujer de convivir *more uxorium* sin contraer matrimonio.

(iii) El matrimonio requiere en el acto de la celebración el acuerdo de las partes de tomarse recíprocamente por marido y mujer y el deseo de compartir la vida con el otro cónyuge, sin lo cual no puede surgir la unión matrimonial. De modo que el matrimonio solo puede existir cuando los contrayentes han consentido en él en forma expresa, pura y simple, y seria. Es por ello que el funcionario que autoriza con su presencia la celebración del matrimonio solo puede declarar a los contrayentes unidos en matrimonio después del acuerdo de las partes de tomarse recíprocamente por marido y mujer (Código Civil, art. 88). El legislador procura también que el matrimonio sea expresión del libre consentimiento de las partes del mismo y para impedir toda coacción sobre la voluntad matrimonial autoriza a cualquiera de los novios comprometidos a romper, por cualquier motivo, su promesa matrimonial (Código Civil, art. 41). Además, para garantizar la sanidad del consentimiento, se establece que los vicios de la voluntad de los contrayentes afectan la validez del matrimonio celebrado, en los términos que señala la ley (Código Civil, art. 49).

⁵⁰ José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 5ta edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012, p. 434.

Pero la circunstancia de que la intención o el consentimiento matrimonial de uno o ambos cónyuges desaparezca no implica la extinción del matrimonio el cual, de acuerdo con el Código Civil, para su disolución en vida de los esposos requiere que exista alguna de las causales tipificadas en la ley (Código Civil, art. 185 y 185-A)⁵¹. Esto es lo que dice la prescripción legal. Se puede estar de acuerdo o no con el contenido de la norma, pero no puede el juez -como lo hizo la Sala Constitucional- darle una redacción contraria a la expresada en el propio texto legal de acuerdo con la intención y el propósito del legislador; y mucho menos cuando se trata de una disposición perfectamente clara y precisa como el artículo 185 del Código Civil. La determinación del legislador no puede ser alterada ni cambiada por la autoridad judicial toda vez que, como se dijo, esta carece de facultades legislativas. No le corresponde al juez dedicarse a determinar a su antojo cuáles son las causales de divorcio. (iv) En contra de ello no cabe aducir, como lo hizo la Sala Constitucional, que según el artículo 20 de la Constitución, “toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad”, puesto que dicho principio constitucional está a su vez limitado por el “derecho de los demás y el orden público y social”; y todo lo relativo a las causales que hacen procedente el divorcio de acuerdo con la ley, ya lo hemos dicho, es materia de riguroso orden público.

En el estado actual de nuestra legislación, rige el principio de que las normas del Derecho de Familia están conformadas en general por reglas de orden público inexcusable, cuyo contenido se encuentra predeterminado y se funda en el carácter institucional de la familia⁵². Aunque se trate de la vida íntima y familiar, nuestro Código Civil, por consideraciones de orden público y social, se decantó por restringir el juego de la autonomía de la voluntad en las normas relativas a las relaciones familiares. Estando en juego instituciones como el matrimonio y la familia que el Estado y la sociedad consideran fundamentales para su desarrollo, el legislador ha marcado la limitación de la libertad y de los derechos en general de las personas, incluyendo el del libre desarrollo de la personalidad⁵³.

⁵¹ María Candelaria Domínguez Guillén, *Manual de Derecho de Familia...* cit., p. 151; Manuel Espinoza Melet, ob. cit., pp. 42-44.

⁵² Francisco López Herrera, ob. cit., Tomo I, p. 28.

⁵³ María Candelaria Domínguez Guillén, “Alcance del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libre desenvolvimiento de la personalidad),” en *Revista de Derecho*, N° 13, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, p. 32-33.

(v) Como es bien sabido, la materia que atañe al orden público está sustraída a la autonomía de la voluntad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil. Además, el artículo 29,2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra al orden público, además de los derechos de los demás y el bienestar general, como límite al ejercicio de los derechos y libertades. Precisamente por su naturaleza de orden público, no puede el intérprete y mucho menos el juez ampliar las causales de divorcio consagradas al efecto y de manera taxativa por el Código Civil, so pretexto de que de otra forma se lesionaría el libre desenvolvimiento de la personalidad.

Desde luego, la noción de orden público puede variar en cada contexto espacial y temporal⁵⁴. Principios o normas que en una época determinada son de orden público pueden después dejar de serlo, puesto que la sociedad se enfrenta día a día a transformaciones diversas que modulan sus instituciones e inciden en las normas que las regulan. Todo esto puede traer como consecuencia de *lege ferenda* la incorporación en mayor medida de la autonomía de la voluntad en la resolución de los conflictos familiares y la ampliación del ámbito de la libertad de las personas en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución del matrimonio.

En cualquier caso, la decisión respectiva corresponde al legislador pudiendo, si así lo estima conveniente en un momento determinado, optar por abandonar el sistema causalista de divorcio consagrado en el Código Civil según el cual los cónyuges para incoar la acción de divorcio tienen que acreditar la preexistencia de alguna de las causas establecidas en la ley. Puede también incluso contemplar que los cónyuges no tengan que alegar razón alguna para fundamentar su solicitud de divorcio, ni cuando actúan de común acuerdo, ni cuando lo plantea uno solo de ellos. En resumidas cuentas, la configuración legislativa concreta del divorcio dependerá en un momento determinado de cuáles sean los criterios que establezca el legislador al respecto⁵⁵.

(vi) El divorcio afecta la normalidad y la estabilidad del matrimonio que el Estado está en el deber de proteger (Constitución, art. 77). La

⁵⁴ María Petzold Rodríguez, “La noción de orden público en el Derecho Civil venezolano – doctrina y jurisprudencia,” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 110, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, p. 215; Martín Miguel Culaciati, ob. cit., p. 156.

⁵⁵ Carlos Lasarte y Belén Sáinz-Cantero, ob. cit., p. 98.

voluntad entra en juego si la ley o la propia naturaleza del instituto lo permite. Por lo cual, como se dijo, la intención de disolver el vínculo solo tiene relevancia cuando goza de reconocimiento legal y en las condiciones, límites y extensión que señala la ley.

Como afirma la profesora Edilia De Freitas:

para su disolución a través de la muerte o el divorcio, no está sujeto a la voluntad de la persona crear otra forma de extinción diferentes a las previstas en el artículo 184 del Código Civil. El matrimonio es fundamental para el orden jurídico; la intención interviene en la medida que la propia ley lo permita. Así juega la intención al contraer matrimonio o al divorciarse por las causales previstas en la ley⁵⁶.

Es evidente que, al permitirse el divorcio unilateral o el divorcio libre al margen de las causales que consagra la ley, el matrimonio deja de ser un vínculo estable conforme a la ley, lo cual atenta contra la institución familiar a la que el Estado igualmente debe protección (Constitución, art. 75)⁵⁷.

(vii) Respecto a que la limitación de las causales de divorcio lesiona el derecho constitucional de las personas a adquirir un estado civil distinto, olvida la Sala Constitucional que el estado civil también es un asunto que interesa al orden público. Por lo cual, la voluntad de los particulares en la adquisición, modificación o extinción de estados civiles mediante el ejercicio de las respectivas acciones de estado, solo interviene y puede producir efecto en la medida en que la propia ley le da intervención⁵⁸. En otras palabras, no rige tampoco aquí el principio de la autonomía de la voluntad. No existe, por tanto, un derecho constitucional absoluto e ilimitado a adquirir un estado civil diferente sino

⁵⁶ Edilia De Freitas, "La autonomía de la voluntad en el derecho de la persona natural," en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 1, Caracas, 2013, pp. 124-125.

⁵⁷ José Ignacio Hernández, "Breves comentarios...", cit., p. 137. Agrega este autor que "la sentencia [refiriéndose a la sentencia N° 693/2015 de la Sala Constitucional] se aparta del principio de 'ponderación', pues interpreta el divorcio solo desde la perspectiva de la libertad, obviando la interpretación del divorcio desde la necesaria protección de la familia." *Ibid.*, p. 140. En nuestro concepto, ciertamente, faltó en esta sentencia una ponderación adecuada de los valores constitucionales en juego a través de un ejercicio serio de argumentación jurídica.

⁵⁸ Al respecto, véase: José Luis Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil I Personas*, 21 edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, pp. 76-77.

que, como todas las libertades, también está sujeta a las limitaciones establecidas en la ley. En fin, el ordenamiento jurídico impone las posibilidades de actuación de la persona en materia de estados civiles.

(viii) Tampoco vale aducir que limitar la admisión de la demanda de divorcio por las causales que señala la ley, como lo hace el artículo 755 del Código de Procedimiento Civil, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva.

Desde luego, toda persona puede acceder a los órganos de la administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses (Constitución, art. 26). El derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales a través de la acción es la primera garantía de la tutela judicial efectiva a que se refiere la precitada norma constitucional. El contenido de ese derecho, se afirma, consiste en obtener un pronunciamiento judicial que reconozca o no el derecho del accionante.

Naturalmente, lo anterior no implica ni mucho menos que los órganos judiciales no puedan dictar resoluciones que, sin entrar en el fondo del asunto, pongan fin al proceso al apreciar que no se cumplen los requisitos legalmente exigibles para obtener una decisión sobre el fondo del asunto. Una resolución de inadmisión es, al menos en principio, compatible con el artículo 26 de la Constitución. Como afirman Bello Tabares y Jiménez Ramos, para satisfacer el derecho a la tutela jurisdiccional:

el pronunciamiento judicial... puede ser acogiendo la tesis del accionante, desestimándola, incluso negando la admisión de la pretensión del accionante, situación esta última que también satisface el derecho de acción, pues hubo un pronunciamiento judicial producto del ejercicio del derecho de acción⁵⁹.

Desde luego, el juez no puede impedir el acceso a la jurisdicción por causas que no están legalmente previstas. Pero el derecho de acceso al proceso y a obtener una sentencia sobre el fondo del asunto puede quedar condicionado a la satisfacción de los requisitos establecidos por el legislador para salvaguardar otros bienes o intereses dignos de pro-

⁵⁹ Humberto Bello Tabares y Dorgi Jiménez Ramos, *Tutela Judicial Efectiva y Otras Garantías Constitucionales Procesales*, Ediciones Paredes, Caracas, 2004, p. 35.

tección. Lo que no es admisible, constitucionalmente hablando, es que estos requisitos que determinan el acceso a la jurisdicción respondan al simple capricho del legislador o que las cargas exigidas al litigante resulten desproporcionadas puestas en relación con la salvaguarda de los otros bienes o derechos que se pretende proteger mediante tales impedimentos⁶⁰.

La propia Sala Constitucional ha dejado establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva entra en juego cumplidos como hayan sido los requisitos establecidos en las leyes adjetivas siempre y cuando, desde luego, no se trate de meros formalismos que impidan el acceso a la justicia, lo cual claramente no es el caso. En palabras de la Sala Constitucional:

el derecho a la tutela judicial efectiva... comprende... el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales⁶¹.

También el Tribunal Constitucional español, apoyándose en calificada doctrina sobre la materia, en un fallo al cual curiosamente se refiere la Sala Constitucional en la aludida sentencia N°693 para fundamentar la pretendida lesión a la tutela judicial efectiva cuando solo se admite la demanda de divorcio por las causales tipificadas en la ley, declaró que una resolución de inadmisión que impide un examen de fondo es un principio constitucionalmente admisible que no lesiona el derecho a la tutela jurisdiccional. En efecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional español a que alude la Sala, se reproduce el siguiente párrafo de la obra del renombrado tratadista Jesús González Pérez:

⁶⁰ Alicia González Alonso, “La Tutela Jurisdiccional de los Derechos del Artículo 24.1 de la Constitución Española”, tesis doctoral, marzo de 2012, pp. 161-164. Disponible en: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r38315.pdf>.

⁶¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 708 del 10 de mayo de 2001. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/708-100501-00-1683.HTM>.

El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales dictan resoluciones apreciando la concurrencia de un motivo legalmente previsto que impide el examen del fondo, de tal forma que una resolución de inadmisión o meramente procesal es un principio constitucionalmente admisible, si bien la interpretación judicial del correspondiente obstáculo... no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimiento no razonables de las normas procesales (Vid. Jesús González Pérez, *El derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Editorial Civitas, 3ra edición, 2001, p. 37).

En resumidas cuentas, para preservar fines constitucionalmente protegidos, el legislador puede perfectamente exigir a los litigantes el cumplimiento de requisitos para el acceso al proceso siempre y cuando, por supuesto, los mismos no resulten irrazonables, arbitrarios o desproporcionados. Es lo que precisamente ha hecho el legislador en los artículos 185 y 185-A del Código Civil y 755 del Código de Procedimiento Civil. Por lo cual, carece de fundamento en derecho sostener, como lo hizo la Sala Constitucional, que limitar la admisión de la demanda de divorcio por las causales que señala la ley lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva.

Tal y como lo expresó el profesor Edison Varela, al comentar la aludida sentencia N°693 de la Sala Constitucional, sostener que:

las causales taxativas de divorcio, al representar motivos para la admisión de la demanda, vulneren el referido derecho fundamental [a la tutela judicial efectiva] es tanto como sostener que no conocer de una pretensión de amparo porque no se agotó la vía procesal ordinaria para la reparación quebranta la tutela judicial, o que las causales de admisión de los recursos, las limitaciones temporales para intentar la acción producto de la perención o desistimiento, los supuestos de obligaciones naturales, la cláusula de arbitraje, la declaración de cuestiones previas o preliminares, y cualquier pronunciamiento que lo sea de forma y no de fondo transgrediría el referido derecho, lo cual es evidentemente un contrasentido.

Así pues, no se atina a captar cómo puede racionalmente justificarse la eliminación de las causales taxativas de divorcio en una inexistente

contradicción con el derecho a la tutela judicial efectiva. Ciertamente, “es muy grave que la sentencia convierta al juzgador en constituyente y haga decir a la Constitución lo que no dice”⁶².

Compartimos el criterio antes expuesto.

(ix) Por último, la Sala Constitucional cuando describe los inconvenientes del sistema causalista de divorcio, para favorecer la incorporación en nuestro ordenamiento de un régimen de divorcio libre, en su sentencia N°693 tantas veces mencionada, dedica muchas páginas para referirse a las tendencias legislativas contemporáneas desarrolladas en otras naciones que, basadas en la concepción del divorcio remedio, han liberalizado el divorcio y flexibilizado el procedimiento para su obtención. Menciona a Australia, España, Perú, Argentina y México como ejemplos de algunos países que han consagrado en sus respectivos ordenamientos el divorcio por mutuo consentimiento, por incompatibilidad de caracteres e incluso por voluntad de uno solo de los cónyuges a través de un procedimiento de divorcio breve y sumario, incluso por vía administrativa.

A nuestro juicio, este argumento carece de valor. Se trata sencillamente de que los legisladores de estos países -porque así lo estimaron conveniente- optaron por relajar o atemperar el principio de la estabilidad del matrimonio y flexibilizar el divorcio modificando sus respectivas legislaciones sobre la disolución del vínculo conyugal en vida de los esposos, para pasar de un sistema en el cual el divorcio es procedente solo por las causas señaladas en la ley (*divorcio causal*) a un sistema en el cual el divorcio procede cuando es solicitado por ambos cónyuges o por uno de ellos sin que sea necesario que exista una causa legalmente prevista (*divorcio consensual o divorcio libre*). De manera que los ejemplos utilizados por la Sala Constitucional son inapropiados, puesto que la legislación civil venezolana no es igual a la australiana, española, peruana, argentina o mexicana.

Por lo que a Venezuela concierne, en nuestra legislación civil se estableció que el divorcio solo es procedente por las causas señaladas en la ley porque existe, en el estado actual de nuestra legislación, un in-

⁶² Edison Varela Cáceres, “La última sentencia de divorcio de la Sala Constitucional (comentarios a la sentencia N° 693 de fecha 02 de junio de 2015),” en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 6, Caracas, 2016, p. 170.

terés de orden público en velar por la estabilidad del matrimonio y este principio resulta gravemente afectado cuando el Juez Constitucional “interpreta” el artículo 185 del Código Civil en un sentido totalmente contrario al que resulta evidente del texto de la ley y la intención del legislador. Por consiguiente, es contrario a derecho introducir, por vía jurisprudencial, el divorcio libre en nuestro ordenamiento sobre la base de las ventajas del sistema del divorcio remedio o solución que han adoptado otros países en sus respectivas legislaciones.

VI. COMENTARIO FINAL

Queremos concluir esta exposición señalando que ciertamente las tendencias actuales del Derecho de Familia, en lo relativo al matrimonio, se orientan en el sentido de facilitar -por razones perfectamente atendibles- su disolución por medio del divorcio ampliando el radio de la libertad en este campo para hacer prevalecer la voluntad de los cónyuges que deciden poner fin a su matrimonio. Lamentamos, sin embargo, que entre nosotros se hayan introducido estos cambios mediante sentencias del Tribunal Supremo de Justicia que han reformado el Código Civil en materia de divorcio puesto que, por un lado, esto significa una usurpación de las funciones legislativas exclusivas de la Asamblea Nacional y, por el otro, representa una modificación de las estructuras básicas del Derecho Familiar venezolano, contenidas en nuestro Código Civil, realizada sin suficiente estudio, meditación y ponderación.

En efecto, se ha admitido por vía jurisprudencial no solo el divorcio por mutuo consentimiento sino también el divorcio por la mera voluntad de uno de los cónyuges, el cual en la práctica impone al otro su decisión de disolver el matrimonio en cualquier momento, sin necesidad de acreditar ninguna situación objetiva de cese efectivo de la vida en común. En nuestro concepto, ello afecta gravemente la estabilidad del matrimonio cuya protección queda totalmente olvidada con el establecimiento del divorcio libre e ilimitado.

Enrique Urdaneta Fontiveros
Caracas, 27 de septiembre de 2023