



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

Exp. 2016-000479

Magistrado Ponente: GUILLERMO BLANCO VÁZQUEZ

En el juicio por divorcio, incoado ante el Juzgado Noveno de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por el ciudadano **ENRIQUE LUIS RONDÓN FUENTES**, representado judicialmente por los abogados Yoselyn Dulcey, Paulette Nunes, Antonio Denis de Jesús, Tomas Briceño y Enrique Luis Rondón Fuentes, contra la ciudadana **MARÍA ADELINA COVUCCIA FALCO**, representada por los abogados Oswaldo Buloz Saleh, Nilka Cedeño Cedeño, Roberto Barroeta y Gustavo Domínguez Florido; el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la misma Circunscripción Judicial, conociendo en apelación, dictó sentencia en fecha 09 de mayo de 2016, mediante la cual declaró: 1) Sin lugar el recurso de apelación ejercido por la demandada, contra la decisión del 3 de diciembre de 2015 dictada por el *a quo*, que dictaminó con lugar la solicitud de divorcio y disuelto el vínculo conyugal; 2) Con lugar la demanda; 3) Confirmó el fallo apelado.

Contra la precitada decisión de alzada, la representación judicial de la demandada, ciudadana **MARÍA ADELINA COVUCCIA FALCO** en fecha 24 de mayo de 2016 anunció recurso extraordinario de casación, el cual fue admitido por auto de fecha 14 de junio de 2016. Fue formalizado, hubo impugnación, réplica y contrarréplica.

Con ocasión de la elección de la nueva junta directiva de este Tribunal Supremo en data de 24 de febrero de 2017, por su Sala Plena, para el período 2017-2019, se reconstituyó

esta Sala de Casación Civil en fecha 2 de marzo de 2017, por los Magistrados: Yván Darío Bastardo Flores, Presidente; Francisco Ramón Velázquez Estévez, Vicepresidente; Guillermo Blanco Vázquez, Vilma María Fernández González, Marisela Valentina Godoy Estaba; Secretario Temporal, Ricardo Antonio Infante y Alguacil: Roldan Velásquez Durán.

Concluida la sustanciación del recurso de casación y cumplidas las demás formalidades de ley, pasa la Sala a dictar sentencia bajo la ponencia del Magistrado que con tal carácter la suscribe, en los siguientes términos:

RECURSO POR DEFECTO DE ACTIVIDAD

ÚNICA

De conformidad con el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente denuncia la infracción del ordinal 4° del artículo 243 *eiusdem*, en concordancia con el artículo 12 *ibidem*, al incurrir el sentenciador de alzada en el vicio de inmotivación por petición de principio.

Para fundamentar la delación, alega lo siguiente:

“...La violación del ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, se configura porque la Juzgadora (Sic) de Alzada (Sic) dejó totalmente desprovista su sentencia de la motivación requerida para garantizar la legalidad de su dispositivo, pues para declarar procedente la acción y, por ende, disuelto el vínculo matrimonial que une a los cónyuges Rondón-Covuccia, se basó en simples peticiones de principio, sin aportar los elementos y fundamentos que permitan conocer las razones que la condujeron a decidir de esa manera.

Ciertamente, el Juzgado (Sic) Superior (Sic) declaró con lugar la demanda porque consideró que habían quedado demostrados los hechos constitutivos de la acción, conclusión a la que llega, sin hacer la debida concatenación de los medios probatorios de que se valió la parte actora, -específicamente de unos correos electrónicos-, con los hechos que habrían quedado probados con ellos, pues simplemente se limitó a otorgarle valor probatorio sin hacer el debido análisis de dichos instrumentos, ni mucho menos dar las explicaciones necesarias, aun cuando fueren someras, sobre el contenido de los referidos correos, así como tampoco la Juzgadora (Sic) expresó los motivos por los cuales consideró, que con tales instrumentos quedó demostrado que las partes estaban realizando diligencias para gestionar el divorcio; es más, de manera

alguna señaló cuáles habrían sido esas ‘diligencias’. Así tenemos que en la parte motiva del fallo, y con ocasión del análisis de los medios probatorios promovidos por el actor, en el numeral 6, aseveró lo siguiente:

(...Omissis...)

Como fácilmente puede observarse, el *Ad-quem* (Sic) se limitó a darle valor probatorio a unos correos electrónicos sin señalar, aunque fuere sucintamente, en que consistían esos correos, sus datos identificatorios como su fecha de emisión, dirección del correo electrónico, parte pertinente de su texto o contenido, etc., elementos estos que se hacían indispensables, previo su análisis, para poder determinar cuáles hechos habrían quedado probados con dichos instrumentos, o en todo caso, cuáles serían las diligencias que estarían efectuando los cónyuges tendentes a extinguir el vínculo matrimonial. Esa falta de explicación, de capital importancia para el justiciable, de manera alguna quedó subsanada con la simple remisión a los folios donde cursarían esas probanzas, desde luego que el Juzgador (Sic) se encontraba en el ineludible deber de estampar en la parte pertinente de su fallo la respectiva motivación.

Pero esa conducta omisiva no quedó allí, sino que en la parte conclusiva del fallo, se oscurece aún más la situación, ya que simplemente se limita a expresar lo que a continuación pasamos a transcribir:

(...Omissis...)

De la transcripción que precede, queda también evidenciado el vicio de inmotivación, pues la Juez (Sic) se apoyó en frases sin contenido como por ejemplo: ‘*con los medios probatorios que aportó a estos autos*’, ‘*con las pruebas aportadas al proceso*’ y ‘*logró demostrar las diligencias que estaban realizando las partes con la intención de obtener el divorcio de conformidad con la señalada norma*’.

Al decidir de esa manera incurrió la Sentenciadora (Sic) en el sofisma denominado petición de principio, desde luego, que dio por cierto en su decisión, lo que precisamente debía ser objeto de análisis, pues con esas frases no podemos determinar cuáles serían los hechos que quedaron demostrados con los medios probatorios, ni cuáles o en qué consistieron las diligencias que habrían realizado las partes con la intención de divorciarse, a través del procedimiento del 185-A, lo que en definitiva condujo al *Ad-quem* (Sic) a declarar con lugar la acción incoada; ello independientemente de que ese hecho ‘diligencias’ no constituye el presupuesto de la norma, lo que será objeto de la respectiva denuncia por infracción de ley.

(...Omissis...)

En el caso que nos ocupa, tal como se desprende de los extractos de la sentencia recurrida, citados con anterioridad, se evidencia claramente que, la Alzada (Sic), cuando utiliza las expresiones ‘*con los medios probatorios que aportó a estos autos*’, ‘*con las pruebas aportadas al proceso*’ y ‘*logró demostrar las diligencias que estaban realizando las partes con la intención de obtener el divorcio de conformidad con la señalada norma*’, lo que hace realmente es encubrir o disfrazar las fallas del examen integral que estaba obligada a realizar, pues, lo cierto ciudadanos Magistrados (Sic) es que, la Sentenciadora (Sic) de Alzada (Sic), no se atuvo a lo alegado en autos, cuando omite indicar, así sea en forma sintética, las razones que revelen el estudio que se hizo de la litis, de las alegaciones suministradas por las partes y de los hechos que con éstas fueron establecidos o fijados en el proceso, ni tampoco

que le sirven de apoyo a la decisión a la que arribó, incurriendo por tanto en el vicio de inmotivación por petición de principio a que hemos venido haciendo referencia...” (Mayúsculas y cursivas del escrito de formalización).

De acuerdo a lo aducido por el formalizante, el juzgador de alzada concluyó en que habrían quedado demostrados los hechos constitutivos de la acción, sin hacer el debido análisis y la consecuente concatenación de los correos electrónicos que sirvieron como medio probatorio del actor con los hechos que dichos correos habrían dejado de manifiesto, limitándose la recurrida a otorgarle valor probatorio, apoyándose en frases sin contenido como: *‘con los medios probatorios que aportó a estos autos’*, *‘con las pruebas aportadas al proceso’*, y *‘logró demostrar las diligencias que estaban realizando las partes con la intención de obtener el divorcio de conformidad con la señalada norma’*, evidenciándose de esa forma –a su decir- el vicio de inmotivación por petición de principio en que habría incurrido el sentenciador de alzada.

Según el recurrente, con esas *“frases sin contenido”*, no se puede determinar cuáles serían los hechos que quedaron demostrados con los medios probatorios, ni cuáles o en qué consistieron las diligencias que habrían realizado las partes con la intención de divorciarse.

Para decidir, la Sala observa:

Entre los requisitos formales de la decisión, figura la exigencia de los motivos de hecho y de derecho que sirvan de fundamento a la decisión. Así, el artículo 243, ordinal 4°, del Código de Procedimiento Civil, establece expresamente que toda sentencia debe contener los motivos de hecho y derecho de lo decidido, es decir, el conjunto de razonamientos lógicos expresados por el juez al analizar los hechos alegados y probados por las partes y subsumirlos en las normas y en los principios jurídicos que considera aplicables al caso.

La relevancia en el cumplimiento de este requisito radica en que al estar obligado el juez a expresar los motivos de su decisión, se le garantiza a las partes la protección contra lo arbitrario, y en caso de desacuerdo, el control de la legalidad de lo decidido mediante el ejercicio de los recursos pertinentes.

En este sentido, el vicio de inmotivación en el fallo, **consiste en la falta absoluta de fundamentos** y no cuando los mismos son escasos o exiguos, con lo cual no debe

confundirse. No obstante lo anterior, la Sala ha indicado en reiteradas oportunidades, que las modalidades bajo las cuales puede configurarse tal vicio son las siguientes: **i)** Cuando los motivos son tan vagos, generales, inocuos, ilógicos o absurdos que impiden conocer el criterio jurídico que siguió el juez para dictar su decisión; **ii)** Cuando en la sentencia hay una falta absoluta de motivos tanto de derecho como de hecho; **iii)** Cuando surge una contradicción entre los motivos y el dispositivo, y; **iv)** Cuando hay una contradicción en los motivos (Vid. Sentencia N° 199, de fecha 02 de abril de 2014, expediente 13-574).

En tal sentido, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal ha expresado de manera clara, que las razones dadas por el juez en la sentencia de mérito, conforme al principio de autosuficiencia de la decisión, deben ser capaces no solo de lograr el convencimiento de las partes y de la opinión pública, sino también de permitir conocer el por qué concretó lo acordado y constatar la vinculación de tal decisión a la ley y a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Vid. Sentencia N° 2958 del 29 de noviembre de 2002).

Razón por la cual, la correcta motivación de los fallos judiciales, como expresión del derecho constitucional a la tutela Judicial efectiva contenida en el artículo 26 de la Carta Política de 1.999, debe ser entendida como un deber de la jurisdicción, destinado a evitar la arbitrariedad, al otorgarle a los litigantes la posibilidad de ejercer el control judicial sobre la legalidad e incluso sobre la constitucionalidad del pronunciamiento judicial.

Con respecto a la vinculación del precitado requisito con el derecho a la defensa contenido en nuestro texto fundamental, la Sala Constitucional en decisión N° 33, del 30 de enero de 2.009, Exp. N° 08-220, en el caso de Hielo Manolo, C.A., señaló:

“...Aunque no lo dice expresamente el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es de la esencia de dicha norma, que todo fallo debe ser motivado, de manera que las partes conozcan los motivos de la absolución o de la condena, del por qué se declara con o sin lugar una demanda. Solo así, puede calificarse el error judicial a que se refiere el numeral 8 del citado artículo 49; sólo así, puede tener lugar el acto de juzgamiento, el cual corresponde a los jueces, según el numeral 4 del mismo artículo; sólo así, puede determinarse si a la persona se le sanciona por actos u omisiones, como lo establece el numeral 6 del mencionado artículo; y es más, todo acto de juzgamiento, a juicio de esta Sala, debe contener una motivación, que es la que caracteriza el juzgar. Es la falta de motivación de la sentencia, en criterio de esta Sala, un vicio que afecta el orden público, ya que todo el sistema de responsabilidad civil de los jueces no podría aplicarse y la cosa juzgada no se conocería como se obtuvo, y

principios rectores como el de congruencia y de la defensa se minimizarían, por lo cual surgiría un caos social.

Fallos judiciales sin juzgamientos (motivación) atentan contra el orden público, y siendo éste el vicio que se denuncia en la solicitud de amparo, considera la Sala, que debe examinar la sentencia para calificar si realmente hay falta de motivación...” (Destacado de este fallo).

La motivación en la sentencia conlleva, entonces, a establecer con certeza la justificación de lo ordenado en ella, por lo que **el vicio de inmotivación existe, cuando la decisión carece totalmente de fundamentos sin permitir, en consecuencia, que se entienda el por qué de lo prescrito y no debe confundirse la escasez o exigüidad de la motivación, con la falta absoluta de fundamentos** (cuando los motivos del fallo, por ser impertinentes o contradictorios, o integralmente vagos e inocuos, no le proporcionan apoyo alguno al dispositivo de la sentencia), que es la infracción que da lugar al recurso de casación.

En relación con el sofisma denominado petición de principio, tenemos que esta Sala en sentencia N° 317 del 3 de junio de 2014, expediente N° 14-113, ratificó el contenido de la decisión de esta misma Sala, de fecha 13 de abril del 2000, caso: Guillermo Alonso Cerdeño contra Luigi Faratro Ciccone, expediente N° 99-468, que confirmó el criterio previamente establecido en decisión de fecha 4 de octubre de 1989, el cual textualmente estableció:

“...La lógica del razonamiento rechaza el sofisma denominado petición de principio, que consiste en dar como cierto lo que se trata de probar. La determinación de un hecho, de un concepto, no debe realizarse con el mismo concepto definido: Lo definido no debe entrar en la definición...”.

Entonces, tenemos que el vicio de petición de principio, consiste en la infracción de un silogismo lógico, a través del cual, el juez da por demostrado lo que tiene que ser efectivamente probado, es decir, da por definido lo que tiene que ser objeto de definición.

En el caso de estudio, el formalizante alega que la recurrida es inmotivada respecto al análisis de las razones de hecho que conllevaron a declarar la disolución del vínculo conyugal, lo cual se traduce en inmotivación por petición de principio, debido a que el juez de alzada no realizó un juicio lógico de las circunstancias de hecho y de derecho aportadas por el actor a través del medio probatorio de correos electrónicos, es decir, no cumplió el silogismo judicial de edificar el fallo.

A fin de constatar lo argumentado por el recurrente, la Sala pasa de seguidas a transcribir del texto de la sentencia de alzada lo siguiente:

“...Ahora bien, mediante sentencia N° 446 del 15 de mayo de 2014, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, fijó un nuevo criterio con respecto al procedimiento de divorcio previsto en el artículo 185-A del Código Civil, según el cual 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...

(...Omissis...)

El demandante de autos, con el objeto de demostrar los presupuestos de hecho de su demanda de Divorcio (Sic), promovió las siguientes pruebas:

(...Omissis...)

6) Correos electrónicos cursantes a los folios ciento ocho (108) al ciento quince (115) del expediente, con los cuales se demuestra que desde el año 2011 las partes estaban realizando las diligencias para gestionar el divorcio conforme al artículo 185-A del Código Civil.

Estos documentos a pesar de que fueron impugnados por la contraparte durante la secuela del proceso, se les otorgaron validez mediante la prueba de experticia, por lo que tienen pleno valor probatorio y así se decide.

(...Omissis...)

Por consiguiente, observa este Tribunal de Alzada, que en el presente caso la parte demandante, ENRIQUE LUÍS RONDON FUENTES, logró demostrar con los medios probatorios que aportó a estos autos, los hechos constitutivos que crearan o generaran un derecho a su favor una vez que la acción fue contradicha en los términos que dispone el artículo 185-A del Código Civil, pues como hemos visto, con las pruebas aportadas al proceso, logró demostrar las diligencias que estaban realizando las partes con la intención de obtener el divorcio de conformidad con la señalada norma, es por lo que este Juzgado Superior debe declarar el DIVORCIO, como en su oportunidad lo hiciera el Juez de Primera Instancia, en su sentencia recurrida en apelación, y así se decide.

(...Omissis...)

Siendo esto así, resulta de imposible aceptación lo señalado por la representación judicial de la accionada en sus Informes (sic), pues, pretender que en un proceso donde existen pruebas sobre los alegatos que se fundamenta la acción, se declare sin lugar la demanda únicamente por los alegatos esgrimidos en su contestación a la demanda, sin aportar elemento probatorio alguno, resulta absurdo y contrario a derecho....” (Mayúsculas de la sentencia, subrayado de la Sala).

Se desprende de la reproducción *supra* realizada del fallo recurrido, que la juez *ad quem* consideró sobre la base de la legislación y la sentencia N° 446 –con carácter vinculante- de fecha 15 de mayo de 2014 dictada por la Sala Constitucional (vigente para la

fecha de presentación de la demanda 3 de diciembre de 2014) cumplidos los supuestos de hecho establecidos en el artículo 185-A, por cuanto el demandante habría “*logrado demostrar que ambas partes estaban realizando las diligencias para el divorcio*”, sin que la demandada, por su parte, aportara elemento de prueba alguno.

Lo anteriormente señalado, más allá de ser acertado o no, constituye la mínima motivación requerida, pues la manera de decidir anteriormente transcrita, en criterio de esta Sala, permite realizar el control de la legalidad del fallo, por cuanto refleja las razones de hecho y de derecho que justificarían la declaratoria con lugar la demanda; razón por la cual, esta Sala, al verificar que la sentencia posibilita que se entienda el por qué de lo prescrito, declara improcedente la presente denuncia al no haberse configurado la infracción de los artículos 12 y 243 ordinal 4° del Código de Procedimiento Civil. Así se decide.

RECURSO POR INFRACCIÓN DE LEY

I

De conformidad con lo previsto en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, el formalizante denuncia que la sentencia recurrida infringió por falsa aplicación el artículo 185-A del Código Civil. A tal efecto, expresa:

“...La Juez (Sic) de la recurrida para proceder a declarar disuelto el vínculo matrimonial existente entre los cónyuges Rondón-Covuccia, expresó con inusitada indeterminación y vaguedad, lo siguiente:

(...Omissis...)

De la afirmación anterior, en la cual quedó circunscrita la fundamentación de la sentencia impugnada, no puede derivarse ni remotamente, que los cónyuges hayan permanecido separados de hecho por más de cinco años, que es inequívocamente el supuesto de hecho a que se refiere la norma del 185-A; de esa fundamentación sólo puede colegirse que éstos *habrían hecho las diligencias con la intención de obtener el divorcio de conformidad con la señalada norma*. Nótese, que en ese párrafo, -ni en ninguna otra parte del fallo recurrido-, aparece reflejado que haya quedado sustentada y, mucho menos demostrada la separación fáctica de los cónyuges por un lapso superior a cinco años. Así tenemos que, a la Juez (Sic) de Alzada (Sic), le pareció suficiente para proceder a aplicar la consecuencia jurídica del artículo 185-A, que hubiere quedado demostrado -por cierto, con una prueba irregular que será motivo de otra denuncia- las simples diligencias que habrían hecho las partes con la intención de obtener un divorcio por el procedimiento previsto en la denunciada norma. Es allí, donde precisamente radica, la falsa aplicación delatada y el error de subsunción en que incurrió la juez (Sic) de Alzada (Sic), ya que la norma no consagra como presupuesto, unas simples diligencias para obtener el divorcio, sino necesariamente una separación de hecho por más de

cinco años, que demostrada como fuere, daría paso a la aplicación de la consecuencia jurídica, en este caso, sería el divorcio.

Es evidente que esa inexplicable fundamentación totalmente ajena a la norma, condujo al Ad-quem (Sic) a aplicar falsamente el dispositivo del artículo 185-A, desde luego que el hecho abstractamente considerado en la misma, se refiere a un hecho concreto –separación fáctica por más de cinco años-, mas no a unas simples diligencias con la intención de lograr el divorcio, en razón de lo cual la Alzada (Sic) erró en la subsunción de los hechos en esa norma jurídica...” (Mayúsculas y cursivas del escrito de formalización).

Conforme a lo alegado por el formalizante, la recurrida al declarar con lugar la solicitud y, en consecuencia, el divorcio, habría aplicado falsamente el artículo 185-A, ya que a su decir, no se deriva de los autos que cursan en el expediente, que las partes hayan permanecido separadas por más de cinco años, hecho que es el supuesto al que se refiere la norma *in commento*.

Para decidir, la Sala observa:

El vicio de falsa aplicación de una norma ha sido definido por parte de la doctrina nacional como el que ocurre cuando el juez aplica de manera errada el supuesto de hecho de una norma jurídica ante hechos que no se subsumen en ella; en otras palabras, no hay correspondencia entre los hechos y la norma jurídica aplicada al caso en concreto.

En sentencia N° 661 de esta Sala de Casación Civil, de fecha 5 de diciembre de 2011, expediente N° 09-525, se ratificó decisión N° 236 de fecha 11 de abril de 2008 Caso: Josefa G. Pérez Contra Silverio Pérez, la cual señaló: “...*la falsa aplicación de una norma jurídica ocurre cuando el juez aplica una norma jurídica, a una situación fáctica que no está comprendida en el precepto. Es decir, la falsa aplicación ocurre cuando un hecho que ha sido establecido por el sentenciador se califica mal y en consecuencia, se subsume en una norma jurídica, la cual no debía regular la situación planteada en el proceso...*”

En conclusión, la falsa aplicación de una norma jurídica ocurre cuando el sentenciador aplica al caso bajo análisis una norma que no era la llamada a resolver la controversia, es decir, yerra el sentenciador al escoger la norma aplicable.

A fin de verificar la falsa aplicación expuesta por el recurrente, se transcribe del dispositivo del fallo, lo establecido respecto a los hechos constitutivos de la solicitud de

divorcio:

“...Observa este Tribunal (Sic) de Alzada (Sic), que en el presente caso la parte demandante, ENRIQUE LUÍS RONDON (Sic) FUENTES, logró demostrar con los medios probatorios que aportó a estos autos, los hechos constitutivos que crearan o generaran un derecho a su favor una vez que la acción fue contradicha en los términos que dispone el artículo 185-A del Código Civil, pues como hemos visto, con las pruebas aportadas al proceso, logró demostrar las diligencias que estaban realizando las partes con la intención de obtener el divorcio de conformidad con la señalada norma, es por lo que este Juzgado (Sic) Superior (Sic) debe declarar el DIVORCIO, como en su oportunidad lo hiciera el Juez (Sic) de Primera (Sic) Instancia (Sic), en su sentencia recurrida en apelación, y así se decide...” (Mayúsculas de la sentencia citada).

Visto lo anterior, estima la Sala pertinente transcribir el artículo 185-A del Código Civil, denunciado como infringido, el cual establece:

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

La norma transcrita señala que cualquiera de los cónyuges puede solicitar el divorcio, con fundamento en la ruptura de la vida en común, prolongada por más de cinco (5) años, hechos que se verifican fueron los alegados por el actor en su libelo de solicitud, a saber:

“...Por las razones de hecho y de derecho anteriormente expuestas, solicitamos a este digno **Tribunal** (Sic), se sirva declarar **“CON LUGAR”**, la presente solicitud de **“DIVORCIO”**, con fundamento en el **Artículo 185 “A”** (Sic), **del código Civil Venezolano** (Sic) **Vigente** (Sic), declarando de esta manera **Disuelto** (Sic) **el Vínculo** (Sic) **Matrimonial** (Sic) **existente entre nosotros...**” (Mayúsculas y negrillas del libelo).

Del extracto del fallo transcrito se observa con meridiana claridad que el juez *ad quem* declara el divorcio una vez que el actor, según lo establecido, *“logró demostrar con los medios probatorios que aportó a estos autos, los hechos constitutivos que crearan o generaran un derecho a su favor una vez que la acción fue contradicha en los términos que dispone el artículo 185-A del Código Civil, pues como hemos visto, con las pruebas aportadas al proceso, logró demostrar las diligencias que estaban realizando las partes con la intención de obtener el divorcio de conformidad con la señalada norma”*.

La infracción delatada, como fue estudiado *supra*, requiere forzosamente que la norma seleccionada por el juez no sea aplicable al caso, lo cual no ocurre en el presente asunto, pues el artículo 185-A, aplicado para declarar el divorcio, fue el invocado por el actor para fundamentar su solicitud, y en dicho artículo se subsumen los hechos deducidos por el juez, sobre la intención de separación que tienen los cónyuges.

Las anteriores consideraciones conllevan a declarar la improcedencia de la presente denuncia. Así se decide.

II

A la luz del artículo 313, ordinal 2° del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 320 *eiusdem*, el recurrente denuncia la infracción de los artículos 12, 254, 395 y 506 del mismo código, así como el artículo 1.354 del Código Civil y los artículos 4 y 7 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, todos por falta de aplicación. Asimismo, delata por falsa aplicación, la transgresión del artículo 472 del Código de Procedimiento Civil. En ese sentido, el formalizante arguye lo siguiente:

“...Ciertamente, nuestra mandante, en la oportunidad en que procedió a hacer oposición a la solicitud de divorcio formulada por su cónyuge, mediante escrito presentado en fecha 05 (Sic) de marzo de 2015, expuso lo siguiente:

(...Omissis...)

Al haber sido contradicha la demanda, en los términos antes transcritos, quedó ineludiblemente en cabeza del actor, la carga de probar sus afirmaciones de hecho, tal como lo establece el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas, y correspondiéndoles al actor probar los hechos constitutivos de su pretensión, se valió de diversos medios probatorios (...), unos correos electrónicos o mensajes de datos, que fueron acogidos por la sentenciadora al atribuirle valor probatorio en los siguientes términos:

(...Omissis...)

A los efectos de esta denuncia, es importante destacar que la decisión de la recurrida para declarar procedente la acción, se fundamentó, única y exclusivamente, en el supuesto valor probatorio que habrían arrojado los señalados correos electrónicos.

Ahora bien, en primer lugar, debemos alegar que los mensajes de datos que fueron acogidos por el sentenciador, se constituyen, por la forma en que pretendieron ser validados, en una prueba absolutamente inepta o irregular, incapaz de producir efecto probatorio alguno, pues habiendo sido oportunamente impugnados por esta representación, lo que correspondía a su promovente era validarla mediante la certificación emanada del organismo oficial llamado a verificar su autenticidad, la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, cuya creación fue ordenada mediante el Decreto-Ley

N° 1.024 de fecha 10 de febrero de 2001, sobre Mensajes de Dato y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001, y si bien es cierto, que el inicio de su funcionamiento se postergó en el tiempo, para la oportunidad procesal en que fueron promovidos dichos correos, ya la Superintendencia (Sic) se encontraba totalmente en funciones, en razón de lo cual, era a este organismo a quien competía exclusivamente la verificación de la autenticidad de los correos electrónicos impugnados. Antes por el contrario, y totalmente divorciado de la Ley (Sic), la parte actora promovió una inspección judicial que se practicó con la asistencia de un experto.

En este orden de ideas, debemos observar que esa aludida certificación, emitida por el organismo competente, es la forma idónea de acreditar que los correos electrónicos o mensajes de datos, se han mantenido inalterados y conservados desde su emisión, tal como lo tiene establecido esta honorable Sala de Casación Civil, en sentencia de fecha 24 de octubre de 2007, en el juicio seguido por Distribuidora Industrial de Materiales C.A. DIMCA contra Rockwell Automation De (Sic) Venezuela, Exp. N° 2006-000119, la cual fue ratificada mediante fallo dictado por esa misma Sala, en fecha 05 de octubre de 2011, Exp. N° 2011-000237, en la que se explica de manera exhaustiva, la carga procesal correcta que debe asumir la parte que quisiera servirse de un mensaje de datos o correo electrónico, cuando este ha sido impugnado. Dejó establecido la Sala,

(...Omissis...)

Como puede observarse, tal como se afirmó anteriormente, el organismo que debe certificar la autenticidad de los correos electrónicos o mensajes de datos que han sido objeto de impugnación, es la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE), o algún otro organismo que haya sido debidamente autorizado previamente por ésta, lo que no ocurrió en el caso de marras.

Es más, y para poner más de bulto la irregularidad y por tanto ilegalidad del medio probatorio que fue validado por el sentenciador, es preciso señalar que ante la impugnación de que fueron objeto los señalados correos, la parte actora solicitó se acordara una inspección judicial con el auxilio de un experto para demostrar la supuesta autenticidad del medio probatorio, lo cual fue en esos mismos términos acordado por el Tribunal, mediante auto de fecha 27 de abril de 2015. Así las cosas, y llegada la oportunidad de la evacuación de la inspección judicial acordada, la misma se llevó a cabo no en la base de datos del PC o en el servidor de quien había emitido los correos, sino en un PC del mismo Tribunal (Sic), de lo cual, en forma expresa, se dejó constancia, a solicitud de esta representación, en el Acta (Sic) levantada con motivo de la práctica de dicha inspección, en fecha 26 de mayo de 2015, amén de que se alegó que la presencia en la evacuación de tan irregular medio probatorio no se convalidaba en forma alguna. En consonancia con lo antes expuesto, solicitamos muy respetuosamente de esa Sala, de conformidad con las previsiones del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, descienda a las actas para que haga la constatación respectiva.

No obstante lo evidente de la irregularidad de la aludida probanza, la Alzada (Sic) en la decisión impugnada, al analizar las pruebas aportadas por el actor y específicamente al examinar los correos electrónicos, decisión lo siguiente:

(...Omissis...)

Del párrafo anterior que constituye parte de la motiva del fallo, se evidencia:

i) Que la Juez (Sic), suponemos en base a un error material, afirma que los correos electrónicos habrían quedado validados con una experticia, cuando lo cierto es y así se puede constatar de las actas que rielan en el expediente, que se intentó darle validez a través de una inspección judicial con auxilio de un experto, y,

ii) En segundo lugar, que la Juez (Sic) consideró que esa prueba era suficiente para concederle valor probatorio a los correos impugnados, lo cual, como ya hemos argüido, no es la vía idónea o pertinente para hacer eficaz esa probanza, pues repetimos, la prueba idónea, a raíz de la promulgación del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, era una certificación emitida por la Superintendencia de Servicio de Certificación Electrónica (SUSCERTE).

Como consecuencia de lo antes expuesto, resulta evidente la transgresión, por falta de aplicación, de los artículos 4 y 7 del Decreto-Ley Sobre (Sic) Mensajes d Datos y Firmas Electrónicas, pues la verificación de la autenticidad de los correos electrónicos no se hizo a través del medio idóneo, y por ende, no quedó demostrado que los mismos fueron conservados e inalterados desde que habrían sido generados, razón por la cual al haberse declarado con lugar la demanda de divorcio, valiéndose de un medio probatorio irregular y por tanto, ineficaz, resultaron transgredidos también los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil y 1.354 del Código Civil, que consagran las cargas probatorias; el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, por no haberse el sentenciador (Sic) a lo alegado y probado en autos; el 395 del Código de Procedimiento Civil , que consagra como medios probatorios admisibles, los previstos en otras leyes de la República, como lo es, en este caso, el Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas; el artículo 472 del Código de procedimiento Civil, pues resultó impertinente e inidónea la evacuación de una inspección judicial a los efectos del *onus probandi* y finalmete el artículo 254 del Código últimamente citado, pues el Juez declaró con lugar la demanda sin haber existido plena prueba.

A lo expuesto cabe agregar, que aun asumiendo *gratita arguendi*, que los correos hubiesen quedado validados con el medio probatorio empleado, -que no lo fueron-, de ninguna manera quedó demostrado que los cónyuges permanecieron separados por más de cinco (5) años, que es en puridad la prueba que debía hacerse, pues ni del texto de los correos electrónicos, ni de la fecha en que habrían sido enviados, puede inferirse dicho lapso de separación.

Es importante también traer a colación, con ocasión de las anteriores delaciones, que al darle la Sentenciadora mérito probatorio a los correos o mensajes de datos tantas veces aludidos, también violó el Principio (Sic) de Alteridad (Sic) de la Prueba (Sic), por cuanto esos correos habrían sido enviados por el mismo actor y en ellos solo se encuentran estampados sus propios dichos, esto es, se habría prefabricado unilateralmente su propia probanza, lo cual está vedado en nuestra Legislación (Sic), y que la Doctrina (Sic) ha resumido en la siguiente expresión “la fuente de la prueba debe ser ajena a quien se aprovecha de ella”; con lo cual ponemos nuevamente de manifiesto la violación por parte de la recurrida del artículo 506 del Código de Procedimiento Civil y 1.354 del Código Civil, pues el actor no demostró los hechos constitutivos de su pretensión, esto es, la separación fáctica de los cónyuges por más de cinco años, y, como consecuencia de ello, también resultó transgredido el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, pues el

Juez (Sic) no se atuvo a lo alegado y probado en autos...”. (Subrayado de la Sala).

Según el recurrente, la transgresión, de los artículos 4 y 7 del Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, por falta de aplicación, se configuró porque la verificación de la autenticidad de los correos electrónicos no se hizo a través del medio idóneo, es decir, a través de la certificación que otorga la superintendencia creada para tal fin.

Asimismo, arguye la infracción de los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil y 1.354 del Código Civil, igualmente por falta de aplicación, dado que a su decir, no quedó demostrado que los correos electrónicos valorados por el juez de la alzada fueron conservados e inalterados desde que fueron generados, originando de esa forma un medio probatorio irregular e ineficaz.

De igual forma, el recurrente alega la violación del contenido del artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación, y a su vez del artículo 472 *eiusdem*, por cuanto sobre la prueba de correos electrónicos admitida por el juez superior, resultó *“impertinente e inidónea la evacuación de una inspección judicial a los efectos del onus probandi”*.

Finalmente, delata el formalizante la infracción del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, pues el juez declaró con lugar el divorcio, sin haber existido plena prueba de los hechos constitutivos de la solicitud.

Todo lo anterior, de acuerdo a lo dicho por el formalizante, conllevó a la recurrida a cometer la falta de aplicación del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, cuando el sentenciador no se atuvo a lo alegado y probado en autos.

Para decidir, la Sala observa:

La falta de aplicación de una norma jurídica, ocurre cuando el juez deja de utilizar una regla legal determinada para resolver la controversia, es decir, no utiliza la norma apropiada para resolver lo que debaten las partes y de haberlo hecho cambiaría radicalmente el dispositivo de la sentencia. (Sentencia SCC N° 501 del 28 de julio de 2008).

Por su parte, la falsa aplicación, como se estableció en la solución de la denuncia anterior, ocurre cuando el sentenciador aplica al caso bajo análisis una norma que no era la llamada a resolver la controversia, es decir, yerra el sentenciador al escoger la norma aplicable pues, la opción escogida no era aplicable al *sub iudice*.

Ahora bien, es pertinente invocar lo establecido en las normas que el recurrente denuncia como infringidas.

Del Código de Procedimiento Civil, tenemos:

“Artículo 12. Los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.”

“Artículo 254. Los jueces no podrán declarar con lugar la demanda sino cuando, a su juicio, exista plena prueba de los hechos alegados en ella. En caso de duda, sentenciarán a favor del demandado y, en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor prescindiendo en sus decisiones de sutilezas y de puntos de mera forma.

En ningún caso usarán los Tribunales de providencias vagas u oscuras, como las de vengas en forma, ocurra a quien corresponda, u otras semejantes, pues siempre deberá indicarse la ley aplicable al caso, la formalidad a que se haya faltado, o el Juez a quien deba ocurrirse.”

“Artículo 395. Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez.”

“Artículo 472. El Juez, a pedimento de cualquiera de las partes o cuando lo juzgue oportuno, acordará la inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos. La inspección ocular prevista en el Código Civil se promoverá y evacuará conforme a las disposiciones de este Capítulo.”

“Artículo 506. Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.

Los hechos notorios no son objeto de prueba”

Del Código Civil, está:

“Artículo 1.354.- Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.”

Y finalmente, de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, se encuentran denunciados como infringidos los siguientes.

“Artículo 4.- Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas.”

“Artículo 7.- Cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un Mensaje de Datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho Mensaje de Datos esté disponible. A tales efectos, se considerará que un Mensaje de

Datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación.”

Ahora bien, es conveniente señalar lo dispuesto por el juzgador de alzada en su decisión, el cual se basó en los siguientes motivos:

“...De manera pues, precisado lo anterior, para decidir se observa:

El demandante de autos, con el objeto de demostrar los presupuestos de hecho de su demanda de Divorcio, promovió las siguientes pruebas:

(...Omissis...)

6) Correos electrónicos cursantes a los folios ciento ocho (108) al ciento quince (115) del expediente, con los cuales se demuestra que desde el año 2011 las partes estaban realizando las diligencias para gestionar el divorcio conforme al artículo 185-A del Código Civil.

Estos documentos a pesar de que fueron impugnados por la contraparte durante la secuela del proceso, se les otorgaron validez mediante la prueba de experticia, por lo que tienen pleno valor probatorio y así se decide.

Ahora bien, la función de todo Juez debe estar enmarcada en impartir legalidad de una manera imparcial, en el entendido, que debe decidir conforme a lo que se pide y sólo sobre lo que solicita, y al fallar debe hacerlo tomando

en consideración los hechos alegados así como los elementos de convicción que se hayan producido en juicio.

Así, el artículo 1.354 del Código Civil, dispone:

(...Omissis...)

Principio de la carga probatoria, igualmente contenido en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, que establece:

(...Omissis...)

Estas reglas, a juicio de quien decide, constituyen un aforismo en el Derecho (Sic) Procesal (Sic). El Juez no decide entre las simples y contrapuestas afirmaciones de las partes, ni según su propio entender, sino conforme a los hechos alegados y probados por las partes en el juicio.

(...Omissis...)

Como se ve, la carga de la prueba se impone por Ley y la doctrina, pero además la ampara el interés de las partes pues si quien está obligado a probar su afirmación no lo hace, su pretensión será destinada dado que el Juez (Sic) sólo procede según lo dispuesto en el artículo 1.354 del Código Civil, en concordancia con los artículos 12 y 506 del Código de Procedimiento Civil.

Por consiguiente, observa este Tribunal (Sic) de Alzada (Sic), que en el presente caso la parte demandante, ENRIQUE LUÍS RONDON (Sic) FUENTES, logró demostrar con los medios probatorios que aportó a estos autos, los hechos constitutivos que crearan o generaran un derecho a su favor una vez que la acción fue contradicha en los términos que dispone el artículo 185-A del Código Civil, pues como hemos visto, con las pruebas aportadas al proceso, logró demostrar las diligencias que estaban realizando las partes con la intención de obtener el divorcio de conformidad con la señalada norma, es por lo que este Juzgado Superior debe declarar el DIVORCIO, como en su oportunidad lo hiciera el Juez de Primera Instancia, en su sentencia recurrida en apelación, y así se decide.

(...Omissis...)

De manera pues que, la carga de la prueba se impone por Ley (Sic) y la doctrina, pero además la ampara el interés de las partes pues si quien está obligado a probar su afirmación no lo hace, su pretensión será desestimada dado que el Juez sólo procede según lo dispuesto en el artículo 1.354 del Código Civil, en concordancia con los artículos 12 y 506 del Código de Procedimiento Civil.

Siendo esto así, resulta de imposible aceptación lo señalado por la representación de la accionada en sus Informes (Sic), pues, pretender que en un proceso donde existen pruebas sobre los alegatos que se fundamenta la acción, se declare sin lugar la demanda únicamente por los alegatos esgrimidos en su contestación a la demanda, sin aportar elemento probatorio alguno, resulta absurdo y contrario a derecho...” (Mayúsculas de la sentencia citada).

El recurrente, en la delación propuesta -de manera errónea- pretende combatir en una misma delación dos (2) aspectos referidos a la incorporación de la prueba (infracción de ley) y a la demostración de hechos con pruebas cuya inexactitud resulta de actas mismas del

expediente (casación sobre los hechos), lo cual bajo esa forma conjunta le está vedado hacer so pena de declarar la improcedencia de la delación por falta de técnica.

Sin embargo, a los fines de garantizar el postulado constitucional de ofrecer a los justiciables una tutela judicial efectiva, la Sala observa que aún cuando resultaren procedentes tales infracciones, ello conllevaría a una casación inútil, teniendo en cuenta la nueva visión que se ha dado a la institución de naturaleza civil y de carácter social del divorcio de cara a la merecida relevancia que la Sala Constitucional mediante sentencias de contenido adjetivo –vinculantes- *infra* analizadas concede a una de sus actuales causales, en concreto, la manifestación de voluntad de uno cualesquiera de los cónyuges al deseo de poner fin a la relación matrimonial por la invocación expresa de la incompatibilidad de caracteres o el desafecto, tal como ocurrió en el caso planteado, pues en el libelo se afirma “...hasta el punto de hacerse imposible la vida en común por una incompatibilidad manifiesta en nuestros caracteres...”. Lo anterior responde a que nadie puede estar obligado a permanecer casado – derecho que asiste por igual a los cónyuges-.

Por ello, una vez expresada en los términos descritos la voluntad de disolver la unión matrimonial, “...debe tener como efecto la disolución del vínculo...” *máxime* si cualquier posible discusión en cuanto a una eventual reconciliación estaría –como ocurre en el *sub iudice*- fuera de contexto por ser ajena a las defensas que se plantearen.

Por las razones antes expuestas, esta Sala declara improcedente la presente denuncia. Así se decide.

Al ser desestimadas las denuncias del escrito de formalización, el recurso de casación será declarado sin lugar. Así se decide.

OBITER DICTUM

Sin perjuicio de haber sido declarado sin lugar el presente recurso de casación, no puede esta Sala de Casación Civil dejar de hacer las siguientes consideraciones:

Desde que se reconoció el matrimonio civil en Venezuela en 1873, fue considerado un vínculo indisoluble y perpetuo; que si bien es cierto está rodeado de un considerable número de requisitos, que como bien afirma FRANCISCO LÓPEZ HERRERA “*Derecho de Familia*.

Tomo I. pág 237”, es producto de que la materia: “... *aparece tratada en el Código Civil con bastante desorden y sin el rigor técnico que la institución amerita ...*”, lo cual produjo que la Carta Política de 1999, en su artículo 77, destacará y fundará la institución del matrimonio en el “**libre consentimiento**”, que se refleja en la legislación comparada verbi gratia en el Código Civil Colombiano, específicamente en su artículo 115, que expresa: “*se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento entre los contrayentes ...*”; así, para tratadista SOJO BIANCO, Raúl, en la obra “*Apuntes de Derecho de Familia Y Sucesiones*”, Caracas, 2007, pág. 82, citando al jurista italiano ROBERTO DE RUGGIERO, quien sostiene que el matrimonio “*es una sociedad conyugal, **unión no sólo de cuerpos sino de almas**, que tiene carácter de permanencia y de perpetuidad, **que se origina en el amor y se consolida en el afecto sereno** que excluye la pasión desordenada y la mera atracción sexual, que tiene como fin no sólo la protección de los hijos y la perpetuación de la especie, sino también la asistencia recíproca y la prosperidad económica; que crea una comunidad de vida indisoluble que engendra deberes recíprocos entre los esposos y de los esposos con la prole*” (Negrillas agregadas). Siendo el consentimiento esa voluntad de **ambas partes**, donde manifiestan tomarse por marido y mujer quedando unidos, se aceptan como esposos, lo cual pone el acento no en el aspecto de legalidad sino al establecimiento de una plena comunidad de vida que debe renovarse de momento en momento para darle vida al elemento volitivo del consentimiento para vivir juntos y auxiliarse mutuamente de forma bilateral.

Asimismo, el autor, CALVO BACA, Emilio, en su obra “*Terminología Jurídica Venezolana*” lo conceptualiza como la institución jurídica constituida por la unión legal del hombre y la mujer, basada en una relación de derechos y obligaciones recíprocas, fundadas en el afecto e instituidas con el propósito de organizar la familia además de realizar distintos propósitos propios de la causa de la institución. De la misma manera LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y otros, en su obra: “*Elementos de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia. Ed. Bosch, 1990, Vol. I*”, definió al matrimonio como: “...*constituye una institución fundamental del Derecho de Familia, que se manifiesta en la unión formal y legal ordenada a una plena comunidad de vida...*”

Ahora bien, tal institución debe ser disuelta, de la misma manera como se forjó, a través de la manifestación de la voluntad, así, en Venezuela, no es sino hasta el año 1904 que

el divorcio fue reconocido como causal de extinción del matrimonio, contemplado básicamente como una especie de sanción por el incumplimiento de deberes conyugales, como por ejemplo, el deber de fidelidad.

La situación se mantuvo hasta la reforma del Código Civil de 1982, cuando se introduce la figura del “divorcio-remedio”, o sea, la extinción del matrimonio cuando éste ha dejado de cumplir el propósito fundamental al cual ha de servir, esto es, como vínculo de base de la unión familiar.

De modo que, la disolución del matrimonio estuvo regulada por el Código Civil, en su título IV “Del matrimonio”, capítulo XII denominado “De la disolución del matrimonio y de la separación de cuerpos”, el cual comprende los artículos del 184 al 196, y procede por dos razones fundamentales (artículo 184 del Código Civil):

- Por la muerte de uno de los cónyuges. Ante la desaparición física de uno de los esposos, el vínculo entre ambos deja de existir y de producir efectos jurídicos válidos.
- Por el divorcio.

El Divorcio es definido por LUIS ALBERTO RODRIGUEZ, EN SU TEXTO: *“Comentarios al Código Civil Venezolano. El Divorcio. Ed. Librosca, Caracas, pág. 73”*, como: *“... la manera establecida por la ley para disolver el vínculo matrimonial, cuando concurren las causas que, de acuerdo al ordenamiento, justifiquen la ocurrencia de tal disolución...”*. Por su parte, SOJO BIANCO, Raúl, en la obra *“Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones”*, undécima edición, Caracas, 1992, pág. 172, como *“La disolución legal del matrimonio en vida de ambos cónyuges, como consecuencia de un pronunciamiento judicial dirigido precisamente a ese fin”*.

Es decir, que el divorcio es sinónimo de rompimiento absoluto y definitivo del vínculo matrimonial entre los esposos, por la intervención de una autoridad judicial facultada por las leyes, pero obviando que esta institución puede disolverse entre otras, de la misma manera que como se creó, a través de la sola manifestación de la voluntad, sin adición de un presupuesto de tiempo – castigo por querer disolver el vínculo.

Así, la legislación sólo permitió el divorcio bajo tres supuestos:

a) Separación de Cuerpos por más de un año (Artículo 188 del Código Civil):

Cuando una pareja de mutuo acuerdo decide separarse, pueden solicitar a un juez la declaratoria por medio de decreto de su separación legal de cuerpos. El procedimiento se lleva a cabo mediante una solicitud escrita que deberá ser presentada personalmente por ambos cónyuges, debidamente asistidos de un abogado. Una vez decretada la separación de cuerpos por el juez, ambos cónyuges se liberan de la obligación de vivir juntos, pero permanecen casados hasta tanto esa separación no se convierta en divorcio. Si transcurre un año desde que el tribunal concede la separación y la pareja no se ha reconciliado, uno de los cónyuges o ambos podrán solicitar que se convierta la separación de cuerpos en divorcio. La separación de cuerpos no es una situación definitiva y hasta tanto no se declare el divorcio la pareja puede reconciliarse en cualquier momento sin necesidad de un documento o autorización.

b) Separación de hecho por más de 5 años (Artículo 185-A del Código Civil):

Si han transcurrido más de cinco años desde su separación de hecho, bastará con que cualquiera de los cónyuges, acudan personalmente ante un tribunal acompañados por un abogado y soliciten mediante escrito de solicitud visado, el divorcio.

c) Demanda de Divorcio (Artículo 185 del Código Civil):

La demanda de divorcio, es el proceso legal sustentado mediante la presentación de documento formal, por ante los tribunales competentes y asistido por un abogado, en el cual uno de los esposos solicita a un juez que se abra un juicio para determinar si su esposo o esposa ha cometido una falta grave o es incapaz de vivir en matrimonio. El Código Civil venezolano, en su artículo 185 sólo lo permitía en siete casos muy específicos, a saber:

“Artículo 185.- Son causales únicas de divorcio:

1º El adulterio.

2º El abandono voluntario.

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

4º 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 adición 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 este caso el Juez no decretará el divorcio sin antes procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo...”.

Ahora bien, en la actualidad resulta arcaico e irreconciliable con el ordenamiento constitucional, el mantenimiento de un número de causales válidas para accionar el divorcio frente a la garantía de los derechos fundamentales, tales como:

- **Protección constitucional de la familia por encima del matrimonio:** Porque es más sano para la familia llevar a cabo el divorcio de la pareja unida en matrimonio, como una solución válida para poner fin a una situación dañina familiarmente, cargada de insultos, de irrespeto, de intolerancia y de humillaciones, donde se relajan los principios y valores fundamentales en la familia como son, la solidaridad, el esfuerzo común y el respeto recíproco entre sus integrantes. El divorcio remedio o solución, lejos de atentar contra el orden público, aboga por él al cuando el vínculo se ha hecho intolerable, cuando el vínculo está roto, independientemente de a cuál de los cónyuges deba imputársele el incumplimiento, o sin existir incumplimiento, y existir la pérdida del afecto individualmente manifestado.

- **Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad:** Considerado como un derecho fundamental y relativo a la libertad del ser humano, solo limitado por los derechos de los demás así como el orden público y social, permitiendo al individuo una vida libre de coacciones, definido como un espacio de autonomía individual, de inmunidad, frente al poder estatal. De modo que, mantener un proceso judicial para la disolución del matrimonio que implique que una de las partes deba probar alguna de las causales taxativas, estaría limitando a quien demanda en su libre consentimiento de disolver el vínculo matrimonial.

- **Derecho a la dignidad del ser humano,** y el respeto de la autonomía de la personalidad, de su individualidad, de la potestad de cada individuo de la especie humana de decidir en libertad y conforme a sus propias creencias, gustos y valores.

- **La tutela judicial efectiva:** Considerada como el derecho que tiene el justiciable de activar el órgano jurisdiccional a los fines de obtener un pronunciamiento sobre sus pretensiones, concatenado con el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, con lo cual el ciudadano puede “*acceder a los órganos de administración de justicia para obtener una sentencia que satisfaga su pretensión*”.

- **Protección constitucional del matrimonio** entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges; en consecuencia, nadie puede ser coaccionado a contraer nupcias, y, por interpretación lógica ningún ser humano está obligado a permanecer unido en matrimonio.

Ello cobra relevancia, con la concepción actual del divorcio, la cual se fundamenta en el desafecto y la incompatibilidad de caracteres, tal como fue desarrollado por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, y plasmada en sentencia N° 1070 del 9 de diciembre de 2016, en la solicitud de avocamiento realizada por el ciudadano Hugo Armando Carvajal Barrios, de la siguiente manera:

“...Por lo tanto, el matrimonio se erige como la **voluntad** de las partes, nacida del **afecto**, para lograr los fines de la vida en pareja y durante su lapso de vida constituir el pilar fundamental de la sociedad organizada: **la familia**.

Así pues, en nuestra sociedad el contrato de matrimonio nace a través de un **vínculo afectivo** de libre consentimiento preexistente entre dos personas de distinto sexo, mediante el cual se genera una serie de derechos y deberes con el fin de realizar una vida en comunidad.

Dentro de este orden de ideas, la institución romana del *affectio maritalis* trataba acerca de la voluntad de ser marido o de ser mujer, viniendo a ser el sustento fundamental del matrimonio, por lo que ha de ser continua y su ruptura desembocaba en el divorcio.

Siendo así las cosas, el afecto, proveniente del latín *affectus*, refiere a un sentimiento, el cual es el resultado de las emociones, hacia alguien o algo, especialmente de amor o cariño, por lo que podemos concluir que el afecto o cariño es la principal fuente del matrimonio y de su permanencia.

Es de agregar, tal y como en la institución del *affectio maritalis*, dicho **afecto** que origina la unión de una pareja en matrimonio debe ser **permanente**, por cuanto éste es la fuente directa de la creación del contrato matrimonial y la existencia, de hecho, del vínculo marital depende de tal afecto.

En este sentido, al momento en el cual perece el afecto y cariño ocurre el nacimiento del **desafecto**, el cual es definido por la Real Academia Española como la falta de estima por algo o alguien a quien se muestra desvío o indiferencia.

Dicho **desafecto** consiste en la pérdida gradual del apego sentimental, habiendo de una disminución del interés por el otro, que conlleva a una

sensación creciente de apatía, indiferencia y de alejamiento emocional, lo que con el tiempo lleva a que los sentimientos positivos que existían hacia el o la cónyuge cambien a sentimientos negativos o neutrales.

En este orden de ideas, resulta conveniente citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, Reino de España, del 27 de Marzo de 2003, lo siguiente:

(...) se ha venido desarrollando doctrinalmente la (teoría) del divorcio-separación remedio, con fundamento en la teoría de la 'DESAFECCTIO' y del principio que no pueden imponerse convivencia no deseadas, por ello, AÚN CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES SE OPONGA A LA SEPARACIÓN, los Tribunales la vienen sancionando bajo el manto de la reciprocidad en los deberes de convivencia, fidelidad, ayuda y cariño mutuo, entendiendo que si por parte de uno ha desaparecido, es imposible que el otro los cumpla porque el matrimonio es cosa de dos, la pérdida (sic) de la felicidad conyugal de cualquiera de ellos convierte al matrimonio en un infierno. (Resaltado de esta Sala).

A este respecto tenemos pues que al momento en el cual perece el afecto la relación matrimonial pasa a ser apática con un alejamiento sentimental que causa infelicidad entre los cónyuges, por ende, al existir una falta de afecto, entendida como **desafecto**, será muy difícil, prácticamente imposible, que los cónyuges cumplan con sus deberes maritales.

De la misma forma, durante la unión matrimonial puede surgir la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges, la cual consiste en una intolerancia de alguno de los cónyuges para con su pareja, siendo exteriorizada en diversas formas lo que genera una permanente aversión que hace imposible la vida en común.

De modo pues que tales situaciones no se pueden encasillar a las causales previstas en el artículo 185 del Código Civil, tal y como se estableció en la sentencia n° 693/2015, ya que al ser sentimientos intrínsecos de alguno de los cónyuges, estos pueden nacer o perecer de forma inesperada sin que exista un motivo específico.

Es evidente entonces, que cuando aparece el fenómeno del desafecto o la incompatibilidad entre los cónyuges, resulta fracturado y acabado, de hecho, el vínculo matrimonial, por cuanto ya no existe el sentimiento afectuoso que originó dicha unión, más sin embargo, esto no implica que, desde el punto de vista jurídico se haya roto la unión matrimonial.

Por lo tanto y en razón de encontrarse, de hecho, roto tal vínculo que originó el contrato de matrimonio, este no debe de seguir surtiendo efectos en el mundo jurídico, motivo por el cual no se puede someter a un procedimiento controversial al cónyuge que alegue o haga evidenciar el desafecto o la incompatibilidad de caracteres en su demanda de divorcio, pues esta Sala estando en franca sintonía con el respeto a los derechos constitucionales relativos a la libertad y el libre desenvolvimiento de la personalidad, desarrollados en la sentencia 693/2015, estableció la posibilidad de que la ruptura jurídica del vínculo matrimonial se pueda generar por causas no previstas en la legislación patria, es decir, que el desafecto y la incompatibilidad de caracteres, creadores de disfunciones en el matrimonio y la familia, siendo esta la base fundamental para el desarrollo de la sociedad, pueden ser alegados con el fin de obtener una sentencia que disuelva el vínculo jurídico que une a los cónyuges, para así lograr el desenvolvimiento efectivo de los principios, valores y derechos constitucionales que rigen la

materia, así como la protección familia[r] y de los hijos –si es el caso- habidos durante esa unión matrimonial en la cual se produjo el desafecto o la incompatibilidad señalada.

Por ello, a los fines de la protección familiar debe entenderse el divorcio como una solución al conflicto marital surgido entre los cónyuges, con el propósito de aligerar la carga emocional de la familia.

(...Omissis...)

En consecuencia, considera esta Sala que con la manifestación de incompatibilidad o desafecto para con el otro cónyuge aparece la posibilidad del divorcio en las demandas presentadas a tenor de lo dispuesto en el artículo 185 y 185-A, que conforme al criterio vinculante de esta Sala 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.

En efecto, la competencia de los Tribunales es producir como juez natural conforme lo dispone el artículo 49 constitucional, una decisión que fije la ruptura jurídica del vínculo con los efectos que dicho divorcio aparece, sin que pueda admitirse la posibilidad de que manifestada la existencia de dicha ruptura matrimonial de hecho, se obligue a uno de los cónyuges a mantener un vínculo matrimonial cuando éste ya no lo desea, pues de considerarse así se verían lesionados derechos constitucionales como el libre desenvolvimiento de la personalidad, la de adquirir un estado civil distinto, el de constituir legalmente una familia, y otros derechos sociales que son intrínsecos a la persona....” (Negritas de la sentencia citada, subrayado agregado).

Asimismo, con base en los mencionados principios, la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 693, del 2 de junio de 2015, realizó interpretación constitucional del artículo 185 del Código Civil y estableció, con carácter vinculante, que las causales de divorcio contenidas en dicho artículo son enunciativas y no 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 dictada por la Sala Constitucional el 15 de mayo de 2014, incluyéndose el mutuo consentimiento, de la siguiente manera:

“...Este derecho fundamental del ciudadano, consistente en el reconocimiento por parte del Estado de la dignidad del ser humano, persigue el respeto de la autonomía de la personalidad; de su individualidad; de la potestad de cada individuo de la especie humana de decidir en libertad y conforme a sus propias creencias, gustos y valores, garantizando así su autodeterminación frente al Estado mismo y frente a otros individuos, con la única limitación que es el respeto a las demás personas, y el orden público y social.

(...Omissis...)

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone en el artículo 26: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”.

De donde de forma concatenada se sigue que negar la posibilidad a un individuo de acudir a los órganos jurisdiccionales para encontrar solución a un conflicto parece confiscar al Derecho su función de ordenador de la conducta humana y un medio de resolución de conflictos.

De tal modo que el ordenamiento jurídico confiere al titular de un derecho subjetivo la posibilidad de defenderlo, en tanto y en cuanto posea un interés en hacerlo (artículo 16 del Código de Procedimiento Civil), con lo cual el ciudadano puede acceder a los órganos de administración de justicia para obtener una sentencia que satisfaga su pretensión.

Siendo el caso que de las normas citadas respecto del divorcio se desprende que se desconoce un derecho humano, se desconoce el interés y se conculca el derecho de acceso a la jurisdicción, como expresiones del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la acción para demandar la resolución del vínculo matrimonial está limitada y puede incluso resultar denegada en derecho. Ciertamente, cuando se determinan previamente y se encasillan como causales “únicas” para demandar el divorcio, aquellas previamente descritas por el Legislador, y se niega al cónyuge exponer y sostener ante los órganos jurisdiccionales un motivo distinto a los enumerados por la ley para disolver el vínculo conyugal que voluntariamente creó se desconoce el derecho a obtener una tutela judicial efectiva.

(...Omissis...)

Es indiscutible para esta Sala Constitucional que quien se une en matrimonio aspira y se compromete a las obligaciones que de tal institución derivan, definidas en el encabezamiento del artículo 137 del Código Civil cuando establece: “Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”.

Asimismo, es indudable que el cónyuge, aun habiéndose comprometido moral y jurídicamente a esa relación, puede con posterioridad y debido a innumerables razones sobrevenidas estar interesado en poner fin al matrimonio. Ese interés debe traducirse en un interés jurídico procesal, de acudir a los órganos jurisdiccionales e incoar una demanda donde pueda obtener una sentencia que ponga fin al vínculo conyugal.

Desde luego que esa posibilidad no está negada y el ordenamiento jurídico ofrece como mecanismo la demanda de divorcio, empero cuando se limita éste de manera irrestricta a una tipificación que en la actualidad luce sumamente estrecha, nos encontramos frente a un vacío, que hace nugatorio el núcleo central del derecho por lo menos en lo que al libre desarrollo de la personalidad y a la tutela judicial efectiva se refiere, específicamente a obtener una sentencia judicial favorable que tutele la libertad del individuo de decidir un importante aspecto de su vida, a través del divorcio, frente a una regulación pre constitucional escasa, incapaz de satisfacer las expectativas creadas frente a las vicisitudes de la vida y las nuevas tendencias sociales.

De la tangibilidad de estos derechos debe concluirse que la previsión del artículo 185 del Código Civil, que establece una limitación al número de las

causales para demandar el divorcio, deviene insostenible de cara al ejercicio de los derechos constitucionales ya comentados devenidos de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esto es el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y a obtener una tutela judicial efectiva. Es decir, que 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 los derechos fundamentales del ciudadano al libre desarrollo de la personalidad y a la tutela judicial efectiva....” (Resaltados de esta Sala).

De la sentencia parcialmente transcrita, se desprende que la Sala Constitucional consideró que es indudable que el cónyuge, aun habiéndose comprometido moral y jurídicamente en la relación matrimonial, puede con posterioridad y debido a innumerables razones sobrevenidas estar interesado en poner fin al matrimonio. Ese interés debe traducirse en un interés jurídico procesal, de acudir a los órganos jurisdiccionales e incoar una demanda donde pueda obtener una sentencia que ponga fin al vínculo conyugal.

Además, califica la taxatividad del artículo 185 del Código Civil como una regulación pre constitucional escasa, incapaz de satisfacer las expectativas creadas frente a las vicisitudes de la vida y las nuevas tendencias sociales, y que establece una limitación al número de las causales para demandar el divorcio, la cual es insostenible de cara al ejercicio de los derechos constitucionales ya comentados devenidos de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como es el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y a obtener una tutela judicial efectiva.

Todo lo cual conllevó a la Sala Constitucional a dictaminar 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 los motivos previstos en dicho artículo o por cualquier otra situación que estime impida la continuación de la vida en común, incluyéndose el mutuo consentimiento.

En ese mismo orden de ideas, vale traer a colación el contenido del artículo 185-A del Código Civil, el cual establece:

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

Con la solicitud deberá acompañar copia certificada de la partida de matrimonio. En caso de que la solicitud sea presentada por un extranjero que

hubiere contraído matrimonio en el exterior, deberá acreditar constancia de residencia de diez (10) años en el país.

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

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

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

La norma en cuestión regula lo referido a la figura del divorcio, bajo el especial supuesto según el cual, producto de la ruptura de la “vida en común” se genera la separación de hecho alegada por alguno de los cónyuges por más de (5) años, procediendo la declaratoria del mismo, siempre y cuando el otro cónyuge reconociere el hecho y no exista oposición por parte del Ministerio Público.

Ahora bien, ¿Qué ocurre cuando el otro cónyuge no compareciere o negare el hecho de la separación prolongada por más de cinco años?

Al respecto, la Sala Constitucional, en su sentencia número 446, del 15 de mayo de 2014, sobre el procedimiento previsto en el comentado artículo, dispuso la necesidad de la apertura de una articulación probatoria, y señaló lo siguiente:

“...la actual Constitución tiene otros elementos para entender jurídica y socialmente a la familia y al matrimonio y que implica un examen de la constitucionalidad del comentado artículo 185-A de origen preconstitucional.

En este sentido, el artículo 75 de la Constitución de 1999 considera a la familia una asociación natural de la sociedad; pero así ella sea natural, toda asociación corresponde a una voluntad y a un consentimiento en formar la familia. Igualmente, considera que la familia (asociación fundamental) es el espacio para el desarrollo integral de la persona, lo que presupone –como parte de ese desarrollo integral– la preparación para que las personas ejerzan el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social. Por su parte, el artículo 77 *eiusdem* establece la protección al matrimonio, entre un hombre y una mujer fundada en el **libre consentimiento** y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges, lo que se concatena con los lineamientos del referido artículo 75.

De allí que, el matrimonio solo puede ser entendido como institución que existe por el libre consentimiento de los cónyuges, como una expresión de su libre voluntad y, en consecuencia, nadie puede ser obligado a contraerlo, pero igualmente –por interpretación lógica– nadie puede estar obligado a permanecer casado, derecho que tienen por igual ambos cónyuges. Este derecho surge cuando cesa por parte de ambos cónyuges o al menos de uno de ellos –como consecuencia de su libre consentimiento– la vida en común, entendida ésta como la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente (artículo 137 del Código Civil) y, de mutuo acuerdo, tomar las decisiones relativas a la vida familiar y la fijación del domicilio conyugal (artículo 140 *eiusdem*). En efecto, esta última norma del mencionado Código prevé que el domicilio conyugal “*será el lugar donde el marido y la mujer tengan establecido, de mutuo acuerdo, su residencia*”.

Ahora, a pesar de ser estas normas pre-constitucionales –con relación de la Constitución vigente–, ellas encajan perfectamente en las características del matrimonio según la Constitución de 1999, ya que el consentimiento libre para mantenerlo es el fundamento del matrimonio, y cuando éste se modifica por cualquier causa y por parte de cualquiera de los cónyuges, surge lo que el vigente Código Civil Alemán en su artículo 1566, califica como el fracaso del matrimonio, lo cual se patentiza por el cese de la vida en común, uno de cuyos indicadores es el establecimiento de residencias separadas de hecho y que puede conducir al divorcio, como lo reconoce el citado artículo. La suspensión de la vida en común significa que el consentimiento para mantener el vínculo ha terminado, pero ello no basta *per se*, ya que el matrimonio, con motivo de su celebración mediante documento público da la certeza para que surja la presunción *pater is est* (artículo 201 del Código Civil), la existencia de un régimen patrimonial-matrimonial que crea efectos entre los cónyuges (artículo 148 *eiusdem*) y, con respecto a terceros, la posibilidad entre ellos de efectuar capitulaciones matrimoniales con motivo del matrimonio y registrarlas, surgiendo negocios que puedan involucrar a terceros sin que éstos pertenezcan al régimen patrimonial-matrimonial e igualmente permite determinar los efectos sucesorales entre cónyuges, y hace necesario que la ruptura del vínculo matrimonial requiera una sentencia emanada de un tribunal competente para dictarla, mediante los artículos 185 y 185-A del Código Civil.

Justamente, entre las causales de divorcio hay dos que se fundan en la modificación del libre consentimiento de uno de los cónyuges de mantener la vida en común, las cuales son: el abandono voluntario (ordinal 2º del artículo 185 del Código Civil) y la separación de hecho por más de cinco años (artículo 185-A *eiusdem*), la cual al igual que la separación de cuerpos decretada judicialmente, bien como resultado de un proceso a ese fin o bien por mutuo consentimiento, requiere de una declaración judicial que la reconozca como requisito previo al divorcio. Luego, para el derecho venezolano, el cese de la vida en común por voluntad de ambos o de uno de los cónyuges es una causal de divorcio, de igual entidad en todos los anteriores supuestos, ya que en la actualidad se adapta a la previsión del artículo 77 constitucional, según el cual el matrimonio se fundamenta en el libre consentimiento. Adicionalmente, la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23-3), como la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17-3), establecen que el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes; derecho que también está contemplado en el artículo 16-2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Estos derechos, conforme al artículo 19 de la Constitución vigente, son

de goce y ejercicio irrenunciables, indivisibles e interdependientes y regidos por el principio de progresividad y sin discriminación alguna.

Sobre este particular, la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n.º 192 del 26 de julio de 2001 (caso: *Víctor José Hernández Oliveros contra Irma Yolanda Calimán Ramos*) declaró que “[e]l antiguo divorcio–sanción, que tiene sus orígenes en el Código Napoleón ha dado paso en la interpretación, a la concepción del divorcio como solución, que no necesariamente es el resultado de la culpa del cónyuge demandado, sino que constituye un remedio que da el Estado a una situación que de mantenerse, resulta perjudicial para los cónyuges, los hijos y la sociedad en general”.

Por tanto, conforme a las citadas normas, a juicio de esta Sala, si el libre consentimiento de los contrayentes es necesario para celebrar el matrimonio, es este consentimiento el que priva durante su existencia y, por tanto, su expresión destinada a la ruptura del vínculo matrimonial, conduce al divorcio. Así, debe ser interpretada en el sentido que –manifestada formalmente ante los tribunales en base a hechos que constituyen una reiterada y seria manifestación en el tiempo de disolver la unión matrimonial, como es la separación de hecho, contemplada como causal de divorcio en el artículo 185-A del Código Civil–, ante los hechos alegados, el juez que conoce de la solicitud, debe otorgar oportunidad para probarlos, ya que un cambio del consentimiento para que se mantenga el matrimonio, expresado libremente mediante hechos, debe tener como efecto la disolución del vínculo, si éste se pide mediante un procedimiento de divorcio. Resulta contrario al libre desenvolvimiento de la personalidad individual (artículo 20 constitucional), así como para el desarrollo integral de las personas (artículo 75 *eiusdem*), mantener un matrimonio desavenido, con las secuelas que ello deja tanto a los cónyuges como a las familias, lo que es contrario a la protección de la familia que debe el Estado (artículo 75 *ibidem*).

Por otra parte, el artículo 137 del Código Civil, que refiere la obligación de los cónyuges de cohabitar, establece:

“Artículo 137.- Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Del matrimonio deriva la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”.

Planteada así la situación, no hay razón alguna, salvo una estrictamente formal, para sostener que en casos de que se invoque el abandono voluntario para solicitar el divorcio (artículo 185.2 del Código Civil) o que se pida la conversión en divorcio de la separación de cuerpos por mutuo consentimiento decretada judicialmente (artículo 185 del Código Civil), se pruebe en el procedimiento de divorcio que el abandono existió, o que no hubo reconciliación (artículos 759 y 765 del Código de Procedimiento Civil), mientras que para el caso de que en base al artículo 185-A del Código Civil, se pida que se declare el divorcio por existir una separación de hecho permanente por más de cinco años, no se ventile judicialmente la existencia real de tal situación por el solo hecho de que uno de los cónyuges (el citado) no concurriera a la citación, o no reconociera el hecho, o el Ministerio Público simplemente se opusiera. Sostener esta última solución, a juicio de esta Sala Constitucional crea una discriminación ante una situación de naturaleza idéntica en los mencionados casos de suspensión de la vida en común, suspensión que denota que un presupuesto constitucional del matrimonio: el libre consentimiento para mantenerlo de al menos uno de los esposos, ha dejado de existir.

Ante la negativa del hecho de la separación por parte del cónyuge demandado prevista en el artículo 185-A del Código Civil, el juez que conoce la pretensión debe abrir una articulación probatoria para constatar si es cierto lo que señala el solicitante, la cual será la del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, ya que ante un caso de igual naturaleza: la petición de conversión de la separación de cuerpos por mutuo consentimiento en divorcio, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 765 prevé que si citado el cónyuge que no solicitó la conversión, éste alegare reconciliación, se abrirá la articulación probatoria del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil para que se pruebe la reconciliación, habiendo quedado ya probada la suspensión de la vida en común con el decreto judicial que autoriza la separación de cuerpos.

Por ello, no encuentra esta Sala ninguna razón para que una articulación probatoria similar no sea ordenada, para probar la separación de hecho, si al aplicarse el artículo 185-A del Código Civil, el cónyuge demandado (quien no solicitó el divorcio) no compareciere, o se limite a negar los hechos, o el Ministerio Público objete la solicitud. La diferencia es que en el caso de la conversión de la separación de cuerpos en divorcio, la carga de la prueba de la reconciliación la tiene quien la invocó, y en el caso del mencionado artículo 185-A, la carga de la prueba de la separación de hecho prolongada la tiene quien solicita el divorcio. Debe advertir la Sala, que la interpretación del artículo 185-A del Código Civil, en razón de la actual Constitución (artículo 77), del desarrollo de la personalidad, de la expresión del libre consentimiento, que se ha manifestado por aquel (cónyuge) quien suspendió la vida conyugal por un tiempo que el legislador lo consideró suficiente, no puede ser otra que ante la no comparecencia del otro cónyuge o la negativa por éste de los hechos, o la objeción del Ministerio Público, por tratarse de una negativa u objeción a los hechos (negativa que está involucrada en la no comparecencia del cónyuge de quien solicitó el divorcio), resulta absurdo interpretar que los hechos afirmados no los puede probar quien los alega. Es un principio de derecho que cuando se alegan hechos, ellos tienen que ser objeto de prueba, ya que ésta tiene como fin primordial y material constatarlos; y el artículo 185-A, plantea la negativa del hecho alegado por el solicitante del divorcio, quien, ante tal negativa, debe probar que no existe tal separación.

(...Omissis...)

Razones todas estas que generan certeza y convicción en esta Sala, que una interpretación del artículo 185-A del Código Civil conforme con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe ser aquella que admita la apertura de una articulación probatoria para el supuesto que cualquiera de los cónyuges cuestione la verificación de la ruptura de la vida en común por un tiempo superior a cinco (5) años...” (Resaltado del fallo citado).

Se desprende de la transcripción *ut supra*, que la Sala Constitucional estableció para el caso de la ruptura prolongada de la vida en común, que tal como ocurre en la petición de la conversión de la separación de cuerpos por mutuo consentimiento en divorcio, que se abra una articulación probatoria para que la parte que niega la veracidad del fin de la vida en común pruebe sus dichos ante el juez, evitando así que el caso sea desechado

automáticamente, todo de conformidad con el principio del libre desenvolvimiento de la personalidad, para cuyo ejercicio se requiere del consentimiento, ya que nadie puede estar casado en contra de su voluntad, y cualquier disposición de rango legal de la cual se pueda extraer otra conclusión, es contraria al Texto Fundamental.

Entonces, el cambio procedimental *in commento* encuentra su justificación en el hecho de que el Código Civil, que data de 1982, es previo a la Carta Política vigente y debe por tanto, adaptarse a las garantías consagradas en el constitucionalismo moderno que exigen la existencia de un debate probatorio en donde las partes puedan comprobar los hechos que le asisten, así como también controlar las pruebas evacuadas en oposición a sus posturas.

Así, de acuerdo con la interpretación realizada por la Sala Constitucional, del artículo 185-A del Código Civil, no basta la negativa del otro cónyuge para que el procedimiento termine, pues en sintonía con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todo aquel que acude a un órgano jurisdiccional para formular una petición, tiene el derecho constitucional a probar los fundamentos de su solicitud. Por tanto, también el solicitante puede probar que de hecho existe la separación alegada.

Para llegar a esa conclusión, la sentencia transcrita recordó que el matrimonio se fundamenta en el libre consentimiento (artículo 77 de la Carta Política), con lo cual, ese libre consentimiento no solo opera para contraer matrimonio, sino también para no mantener la vida en común en contra de la voluntad, pero siempre mediante decisión judicial.

De esa manera, la Sala Constitucional interpretó el artículo 185-A, y resolvió un concreto aspecto procesal concluyendo que el artículo no regula un “divorcio por mutuo acuerdo”, sino un supuesto de divorcio basado en un hecho específico, como es la separación de hecho prolongada.

En ese orden de ideas, esta Sala de Casación Civil acoge los criterios doctrinales y jurisprudenciales antes citados, especialmente la sentencia N° 1070 dictada con carácter vinculante por la Sala Constitucional en fecha 9 de diciembre de 2016, y concluye que cualquiera de los cónyuges que así lo desee, podrá demandar el divorcio por las causales previstas en el artículo 185 del Código Civil, o por cualquier otro motivo, como la incompatibilidad de caracteres o desafecto, sin que quepa la posibilidad de que manifestada

la ruptura matrimonial de hecho, se obligue a alguno de los cónyuges a mantener el vínculo jurídico cuando éste ya no lo desea, pues de lo contrario, se verían lesionados derechos constitucionales como el libre desenvolvimiento de la personalidad, la de adquirir un estado civil distinto, el de constituir legalmente una familia, y otros derechos sociales que son intrínsecos a la persona.

Asimismo, procede esta Sala a determinar el procedimiento de divorcio, por separación de cuerpos y Separación de hecho por más de 5 años, desafecto y/o incompatibilidad de caracteres (Artículo 185-A del Código Civil); a seguir por el cónyuge interesado en obtener una sentencia con esa finalidad, en los siguientes casos:

- **a) La separación de cuerpos (Artículo 762 del Código de Procedimiento Civil)**

Es el procedimiento mediante el cual ambos cónyuges de forma libre y espontánea, peticionan ante el juez competente un dictamen que declare la ruptura de la vida en común.

Una vez acordada la misma, los cónyuges pueden de mutuo acuerdo y sin contención alguna, solicitar la conversión de la aludida separación en divorcio.

No obstante, si una vez efectuada dicha solicitud de conversión en divorcio por uno solo de los cónyuges, el otro alegare la reconciliación, el juez para resolver procederá, dentro de los tres días establecidos en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, a la apertura de la articulación probatoria a que se refiere el artículo 607 *eiusdem*.

- **b) Separación de hecho por más de 5 años, desafecto y/o incompatibilidad de caracteres (Artículo 185-A del Código Civil)**

Cuando uno de los cónyuges manifieste la incompatibilidad de caracteres o el desafecto para con el esposo o la esposa, el procedimiento de divorcio no requiere de un contradictorio, ya que es suficiente el deseo de no seguir en matrimonio por parte del cónyuge solicitante para que se decrete el divorcio, en armonía con los preceptos constitucionales y las sentencias vinculantes *supra* desarrolladas, pues es evidente que el libre desarrollo de la personalidad como parte del derecho a la libertad, definen un espacio de autonomía individual, de inmunidad, frente al poder estatal, cuya interdicción sólo procede bajo causas específicas.

Entonces, cuando la causal de divorcio verse sobre el desamor, el desafecto o la incompatibilidad de caracteres, el procedimiento a seguir será el de la jurisdicción voluntaria, **establecido en los artículos del 895 al 902 del Código de Procedimiento Civil**, ordenando la citación del otro cónyuge (quien deberá comparecer representado o debidamente asistido de abogado) y del Fiscal del Ministerio Público, pues una vez expresada en los términos descritos la voluntad de disolver la unión matrimonial “...debe tener como efecto la disolución del vínculo...”. Así lo refleja la sentencia 1070/2016 *supra* transcrita de la Sala Constitucional, procedimiento en el cual fue suprimida la articulación probatoria, ya que tal manifestación no puede depender de la valoración subjetiva que haga el Juez de la entidad de la razón del solicitante.

Por último, ratifica esta Sala que el fin que deben perseguir los tribunales, es producir como jueces naturales conforme lo dispone el artículo 49 de la Carta Política, una **decisión que entienda el divorcio como una solución al conflicto marital surgido entre los cónyuges, con el propósito de la protección familiar y de aligerar la carga emocional de la misma**. Cabe destacar que no obstante el procedimiento apropiado para tramitar la solicitud de divorcio que en este punto se ha abordado, sin lugar a dudas que la correspondiente decisión proferida por el tribunal **causará cosa juzgada material a tenor de lo previsto en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil**, sería un absurdo considerar que toda la interpretación progresiva de carácter constitucional (vinculante) dada a la institución del divorcio en aras –entre otros aspectos- de materializar en él un procedimiento célere, breve y expedito pudiera sacrificar la fuerza de cosa juzgada material.

Por ello, una vez expresada en los términos descritos la voluntad de disolver la unión matrimonial, “...debe tener como efecto la disolución del vínculo...” *máxime* si cualquier posible discusión en cuanto a una eventual reconciliación estaría –como ocurre en el *sub iudice*- fuera de contexto por ser ajena a las defensas que se plantearen, sin condicionantes probatorios, pues no existe prueba del sentimiento de desafecto ya que ello no está vinculada a condiciones ni a hechos comprobables; por el contrario, debe depender de la libre manifestación de voluntad del cónyuge de disolver el vínculo por la terminación del afecto, lo cual es más acorde con las exigencias constitucionales del libre consentimiento que impone el derecho de libre desarrollo de la personalidad y sin que el procedimiento pretenda

invadir la esfera privada del cónyuge solicitante y sin cuestionar el libre desarrollo de su personalidad, pues las relaciones conyugales se establecen para vivir manteniendo el vínculo afectivo, por lo que a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria el Juez cuenta un amplio margen de discrecionalidad para acordar la demanda y sus pretensiones y de conformidad al artículo 11 del Código ritual, pueda, en casos excepcionales de duda, requerir alguna prueba que considere indispensable, sin permitírsele al Juez inmiscuirse en el libre desarrollo de la personalidad del individuo al valorar los motivos por los cuales el solicitante adoptó la decisión. El trámite es estrictamente objetivo y nada invasivo de la esfera individual del o la solicitante.

Todo ello obedece al respeto a los derechos constitucionales relativos a la libertad y el libre desenvolvimiento de la personalidad, desarrollados en las sentencias de la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, N° 446, del 15 de mayo de 2014, expediente N° 14-094; N° 693, de fecha 2 de junio de 2015, expediente N° 12-1163; y N° 1070, del 9 de diciembre de 2016, expediente N° 16-916. Así se decide.

DECISIÓN

En mérito de las consideraciones expuestas, el Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara: **SIN LUGAR** el recurso de casación propuesto por la representación judicial de la ciudadana MARÍA ADELINA COVUCCIA FALCO, contra la decisión de fecha 09 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas

De conformidad con los artículos 274 y 320 del Código de Procedimiento Civil, se condena en costas procesales a la recurrente.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente al Juzgado Noveno de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Particípese la presente decisión al juzgado superior de origen antes mencionado, de conformidad con lo previsto en el artículo 326 del Código de Procedimiento Civil.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Civil, del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los treinta (30) días del mes de marzo de dos mil diecisiete. Años: 206° de la Independencia y 158° de la Federación.

Presidente de la Sala,

YVÁN DARÍO BASTARDO FLORES

Vicepresidente,

FRANCISCO RAMÓN VELÁZQUEZ ESTÉVEZ

Magistrado Ponente,

GUILLERMO BLANCO VÁZQUEZ

Magistrada,

VILMA MARÍA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Magistrada,

MARISELA VALENTINA GODOY ESTABA

Secretario Temporal,

RICARDO ANTONIO INFANTE

Exp. N° AA20-C-2016-000479

Nota: Publicado en su fechas a las

El Secretario,