



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO**  
**VICERRECTORADO ACADÉMICO**  
**DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**ÁREA DE DERECHO**  
**POSTGRADO DE DERECHO DE LA FAMILIA Y NIÑO**

**TRABAJO ESPECIAL DE GRADO**

**ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N° 446 DE SALA CONSTITUCIONAL Y SU  
INFLUENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO CONTENCIOSO EN  
MATERIA DE PROTECCIÓN**

Presentado por  
Innecco Duran María Fernanda

Para Optar al Título de  
Especialista en Derecho de la Familia y Niño

Asesor  
Revette Aponte Jeanett del Carmen  
Caracas, 24 de enero del 2018.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO**  
**VICERRECTORADO ACADÉMICO**  
**DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**ÁREA DE DERECHO**  
**POSTGRADO DE DERECHO DE LA FAMILIA Y NIÑO**

**ACEPTACIÓN DEL ASESOR**

Por la presente hago constar que el Trabajo Especial de Grado presentado por la ciudadana **María Fernanda Innecco Duran**, titular de la Cédula de identidad **V-19.247.177** para optar al Título de Especialista en **Derecho de Familia y Niño**, cuyo título definitivo es: **ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N° 446 DE SALA CONSTITUCIONAL Y SU INFLUENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO CONTENCIOSO EN MATERIA DE PROTECCIÓN**; reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de **Caracas**, a los **24** días del mes de **enero** de **2018**.

---

Jeanett del Carmen Revete Aponte

CI. V-5.891.138

## **DEDICATORIA**

A mi familia y MM por ser siempre mi apoyo en todos los momentos de mi vida.

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios por darme la constancia y paciencia para realizar este trabajo de grado, bien sabe que la necesitaba.

A mis padres y mi hermano por siempre apoyarme en cada momento de mi vida.

A mi familia quienes siempre son mi bastión.

A la Dra Jeanett Revete por aceptar ser mi asesora en este arduo proceso que implica la realización de una tesis.

A la Dra Janesky Lehmann, por siempre ser fuente de consejos.

A mí adorado FA por entender que algunos viernes y sábados no podía jugar fútbol.

Finalmente y no menos importante a MM quien si su motivación, apoyo, paciencia y guía no hubiese sido posible la realización de este Trabajo de Grado.



**VICERRECTORADO ACADÉMICO**  
**DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**ÁREA DE DERECHO**  
**POSTGRADO DE DERECHO DE LA FAMILIA Y NIÑO**

**ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N° 446 DE SALA CONSTITUCIONAL Y SU  
INFLUENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO EN MATERIA DE  
PROTECCIÓN**

Autor: Maria Fernanda Innecco Duran

Asesor: Jeanett del Carmen Revete Aponte

Fecha: Enero 2018

El presente trabajo tiene como finalidad analizar la sentencia N° 446 de la Sala Constitucional, como consecuencia de esta se originó un cambio en el procedimiento de divorcio 185-A del Código Civil de Venezuela, teniendo una influencia directa en el procedimiento de divorcio contencioso que regula la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Para llegar a una conclusión correcta sobre la implementación de esta sentencia, primero es necesario analizar los fines del divorcio, esto es, el divorcio remedio y el divorcio sanción, ya que el primero conjuntamente con la Constitución son los fundamentos de la sentencia N° 446 para proceder al cambio del artículo ya mencionado. Para un análisis completo de la sentencia, es necesario describir los procedimientos establecidos legislativamente con relación al divorcio, ya sea el contencioso o el voluntario, tanto de en el área de civil ordinario como el de protección y como ha sido la práctica forense.

Palabras Claves: Procedimiento, Jurisdicción, Sentencia, Sala Constitucional, Jurisprudencia, Legislador Postitivo, Control Difuso

## ÍNDICE

Aceptación del Asesor	
Dedicatoria	
Agradecimientos	
Resumen	
Introducción.....	1
<b>Capítulo I</b>	
<b>Los Antecedentes Relacionados Con los Fines del Divorcio en la Legislación Venezolana</b>	
Consideraciones del Divorcio Sanción .....	5
Consideraciones del Divorcio Remedio .....	10
<b>Capítulo II</b>	
<b>Los Procedimientos de Divorcio regulados en el Código Civil de Venezuela y el Código de Procedimiento Civil</b>	
El Procedimiento de Jurisdicción Contenciosa.....	16
El Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria.....	18
El Procedimiento de Divorcio 185-A.....	24
<b>Capítulo III</b>	
<b>Los Procedimientos de Divorcio previstos en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes</b>	
El Procedimientos de Jurisdicción Voluntaria.....	32
El Procedimiento de Jurisdicción Contenciosa.....	37
<b>Capítulo IV</b>	
<b>Consideraciones sobre la Jurisprudencia N° 446 de la Sala Constitucional</b>	
Reforma del Procedimiento de Divorcio establecido en el artículo 185-A del Código Civil de Venezuela de 1982 mediante la sentencia N° 446 de la Sala Constitucional.....	49

Implementación del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil en el procedimiento de divorcio contencioso establecido en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.....	57
---	----

## **Capítulo V**

### **Práctica Forense en Materia de Protección con el uso de la sentencia n° 446 de la Sala Constitucional.**

Consecuencias del uso de la Sentencia N° 446 de la Sala Constitucional en el procedimiento de divorcio contencioso regulado en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.....	74
Conclusiones.....	81
Referencias.....	86

## **Lista de Siglas**

LOPNA	Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente
LOPNNA	Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente
CC	Código Civil de Venezuela
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
NNA	Niños, Niñas y Adolescentes
CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela



## **Introducción**

El Divorcio es un tema importante analizar desde el punto de vista legal, ya que, el representa el mecanismo legal establecido para finalizar el vínculo matrimonial por medio de la voluntad de los cónyuges, con lo cual es necesario que todos aquellos abogados que desenvuelvan su vida profesional en esta área del Derecho estén en conocimiento de los supuestos sustantivos y adjetivos aplicables actualmente en materia de Divorcio.

Resulta oportuno señalar que la investigación desarrollada en este trabajo ha sido bastante compleja, porque la institución jurídica del divorcio no es una institución aislada o en desuso sino por el contrario tiene una vigencia significativa, pues es un supuesto de hecho que se le presentan a un número importante de las familias del país, con lo cual cualquier normativa o jurisprudencia que se dicte al respecto tendrá una repercusión directa en una cantidad importante de beneficiarios.

La sentencia objeto de esta tesis, estableció un procedimiento nuevo para tramitar el divorcio 185-A o mejor conocido divorcio de mutuo acuerdo, esto es, que los cónyuges están de acuerdo en separarse y alegan que tienen más de 5 años separados, antiguamente el procedimiento era sencillo, rápido, los cónyuges acudían conjuntamente ante los tribunales competentes que pudiesen ser los de municipio o de protección si hay niños, niñas o adolescentes involucrados, con la solicitud de divorcio, el juez admitía, se notificaba al Fiscal del Ministerio Público y en caso de no existir oposición se decretaba el divorcio y posteriormente la liquidación de la comunidad conyugal, hasta su protocolización.

Y en caso de que uno de los cónyuges negara la separación o el Fiscal del Ministerio Público lo objetare se decretaba el archivo del expediente y por ende terminaba ese procedimiento.

La sentencia modifica esto, y ahora en vez de decretar el archivo del expediente si se da la negativa del Fiscal del Ministerio Público o de uno de los cónyuges, se ordena el inicio de una articulación probatoria de conformidad a lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil.

Se tiene entonces una sentencia de Sala Constitucional, actuando como legislador, es decir, por iniciativa propia, dicta leyes o reforma leyes, tal como sucedió con la sentencia N° 446 de la Sala Constitucional, realizando una función que no le compete al Tribunal Constitucional, pues se trata de una facultad dada expresamente a la Asamblea Nacional, dado que se trata de una modificación de normas de naturaleza procedimental, es decir, normas de orden público las cuales están sometidas al principio de reserva legal, es por ello que su reforma ha debido ser mediante ley, esto será tratado en el trabajo pero no es el objeto general del mismo.

Con referencia a lo anterior, es necesario analizar primero en qué consistían los fines del divorcio, lo que se conoce como divorcio sanción y divorcio remedio, esto porque depende de cuál de los dos aceptemos se tendrá una concepción más restringida sobre las causales y procedimiento de divorcio, en Venezuela se veía una clara concepción del divorcio como sanción en las causales establecidas en el artículo 185 del Código Civil, ya que se trataban de causales taxativas, esto también cambió recientemente con la sentencia del 2 de junio del 2015, la del 9 de diciembre del 2016 y la del 31 de marzo del 2017, las cuales amplían y establecen que las causales antes mencionadas son enunciativas, incluso se agrega la teoría del desafecto y se establece que en caso de alegar este último el procedimiento aplicable será el de Jurisdicción Voluntaria, en conclusión la teoría del divorcio remedio fue el fundamento para la sentencia objeto de estudio, de ahí la importancia de tener este objetivo como el punto inicial de la investigación.

En este mismo orden de ideas, es importante analizar cuidadosamente el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo regulado en el Código Civil de Venezuela, haciendo las comparaciones necesarias entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa, dado que el divorcio de mutuo acuerdo es un asunto de naturaleza no contenciosa, teniendo esto claro se podrá establecer claramente la influencia de la sentencia ya identificada y el cambio procedimental que esta origina.

El tercer capítulo de este trabajo de grado, está orientado al análisis de los procedimientos de divorcio regulados en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, esto porque esa articulación probatoria que ordena la sentencia N° 446 no tiene sustento o desarrollo ni en el procedimiento de jurisdicción voluntaria ni en el procedimiento de jurisdicción contenciosa, ya que ambos son de naturaleza oral y exclusivo para la materia específica que regula el área de protección, es entonces donde se presenta la interrogante de qué se hará en la práctica para que exista una correlación entre lo establecido jurisprudencialmente y la ley.

Como puede observarse, cobra entonces un importante valor el análisis que se pueda hacer de la sentencia ya tantas veces mencionada, un primer punto debe ser el procedimiento por el cual fue dictada, en virtud de que su origen es en virtud del ejercicio del control difuso de la Constitución por parte de un juez de instancia hasta llegar al contenido de fondo que es el objetivo principal de nuestro trabajo, todo ello por el impacto que puede llegar a tener en la práctica forense en materia de divorcio en Venezuela.

Por último, es importante precisar las características o el desarrollo de la práctica forense sobre este punto, añadiendo las recientes jurisprudencias del 2015, 2016 y 2017 que también modifican en el plano sustantivo lo relacionado a las causales de Divorcio, con lo cual es necesario aclarar de qué manera los tribunales de

protección y los abogados están actuando de conformidad a lo establecido en las sentencias, pues el desconocimiento del procedimiento no es solo a nivel de la sociedad civil, sino dentro de la práctica diaria, tratando de aportar uniformidad en los criterios que se usen.

## CAPÍTULO I

### LOS ANTECEDENTES RELACIONADOS CON LOS FINES DEL DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

#### Concepto

El divorcio, es definido como aquel mecanismo que rompe o extingue el vínculo matrimonial, un vínculo cuyo origen ha de ser el matrimonio celebrado bajo todos los parámetros o requisitos legamente establecidos.

El artículo 184 del CC (1982) establece: *“todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por divorcio”*. Nos deja claro que los únicos dos supuestos para la disolución del vínculo matrimonial son esos; el primero no necesita mayor explicación, es el cese de la vida de uno de los cónyuges y por tal motivo no pueden seguir siendo sujetos de derechos y deberes ni de obligaciones, provocando de forma inmediata la viudez como el estado civil de la persona que lo sobrevive. Ahora bien, el segundo supuesto es el que nos interesa analizar.

Calvo Baca en sus Comentarios al Código Civil Venezolano (2008) define el divorcio como “la causa legal de disolución del matrimonio. Es la ruptura o extinción de un matrimonio válido, en vida de ambos cónyuges, en virtud de un pronunciamiento judicial”; lo explica también como “la disolución del vínculo matrimonial judicialmente declarada, sobre la base de una demanda interpuesta por uno de los cónyuges, con causales taxativamente previstas por la ley” (p.155 y 156)

Por su parte, Domínguez en su libro Manual de Derecho de Familia (2008) expresa que “el divorcio precisa de una decisión jurisdiccional que se pronuncia en función de algunos de los supuestos taxativos en que el legislador permita la disolución del vínculo matrimonial contraído válidamente” (p.150)

Asimismo, Calvo Baca (2008) también explica que el divorcio es materia de orden público y “los particulares no pueden, mediante convenio, modificarlas, relajarlas, ni renunciarlas” (p.157) porque “el matrimonio es la base principal y más perfecta de la familia y ésta, a su vez, la base de la sociedad.

Siendo esto así, el divorcio anteriormente había sido considerado como un tema tabú y se pretendía que este fuese prácticamente indisoluble, cuando entramos a investigar el tema, todos los tratadistas y doctrinarios e incluso los legisladores al momento de debatir la elaboración del CC (1982) abogan por un “numerus clausus” con relación a las causales para el divorcio. Siendo esto así no llegamos a tener causales abiertas en materia de Divorcio, hasta la reforma al CC del año 1982 que es cuando se consagra la separación fáctica de cuerpos o como es conocida la separación de hecho o en otras palabra se establece el Divorcio por el 185-A.

El Divorcio 185-A, se le conoce como el mal llamado Divorcio Express, este le permite a los cónyuges que han estado separados de hecho por más de cinco años, alegar la ruptura prolongada de la vida en común y por ende obtener una sentencia de divorcio mucho más rápida siempre y cuando ambas partes estén de acuerdo y se tenga una opinión favorable del Fiscal del Ministerio Público, cuya participación termina siendo de vital importancia.

La doctrina venezolana así como la práctica forense se enfocaron en proteger a la familia como esa célula fundamental de la sociedad, por ello se elaboraron las definiciones del divorcio remedio y el divorcio sanción como fines de esta institución jurídica.

Como se ha venido diciendo, la idea del legislador así como de los juristas para el momento de la promulgación del CC (1982) es que una de las características del matrimonio es su perpetuidad y solo debería ser disuelto por la muerte de una de

los cónyuges teniendo una enorme importancia el aspecto religioso, es decir, una influencia clara del matrimonio eclesiástico sobre el matrimonio civil, tal como se expresó anteriormente, la idea siempre fue proteger a la familia como un instrumento para el desarrollo de la sociedad, siendo el divorcio una excepción a la regla, con lo cual se estableció el divorcio bajo dos aspectos, el divorcio remedio y el divorcio sanción.

### **Divorcio Sanción**

Grisanti (1994) define al divorcio sanción como “Un castigo para el cónyuge que ha transgredido en forma grave, intencional e injustificada, sus deberes conyugales. Por eso precisamente solo puede demandar el divorcio el cónyuge inocente nunca el culpable” (p. 283), sin duda alguna que se trata de un concepto antiguo el cual tiene su origen en el Código Napoleón y marcado con un matiz netamente religioso.

En este caso, es el cónyuge inocente que amparado por las causales establecidas en el artículo 185 del CC (1982) demandaría el divorcio obteniendo como resultado el castigo al cónyuge culpable mediante la sentencia de divorcio. Sobre este aparte hay que hacer la salvedad que esta era la concepción antigua, hoy en día la sentencia N° 693 de fecha 2 de junio de 2015 dictada por la Sala Constitucional, estableció de forma vinculante que las causales del artículo 185 del CC (1982) no son taxativas por ende cualquiera de los cónyuges podrá demandar el divorcio por las causales establecidas en el mencionado artículo o por cualquier otra situación que impida la continuidad de la vida en común y en aquellos casos en los cuales se proceda a demandar mediante esta vía se deberá usar el procedimiento establecido en el artículo 607 del CPC (1990) tal y como señala la Sentencia N° 446 de la Sala Constitucional que forma parte de nuestro objetivo general.

Este divorcio sanción, tiene su fundamento en la infracción que habría cometido el cónyuge culpable, por eso buscó una condena a través de la solicitud de divorcio, buscaba de una manera u otra limitar la voluntad de los cónyuges.

Se puede decir que a partir de la sentencia objeto de estudio, así como las sentencias del 2 de junio del 2015, 9 de diciembre del 2016 y la de 31 de marzo del 2017, las dos primeras de Sala Constitucional y la última de Sala de Casación Civil, no solo se abre la puerta para considerar al divorcio como un remedio a una situación de hecho que viva determinada pareja sino que se establece sin ningún tipo de duda que su finalidad debe ser la de corregir una situación insostenible para ese grupo familiar.

Lo anterior es una clara indicación de que hoy en día priva la teoría del divorcio remedio, el cual es definido por Grisanti (1994) como “una solución al problema que representa la subsistencia del matrimonio cuando el vínculo se ha hecho intolerable, cuando ya estaba roto, aunque subsistía, independientemente de que esa situación pueda imputársele a alguno de los cónyuges” (p. 284).

El divorcio no es algo nuevo, incluso para nuestro país cuyo CC (1982) se encuentra marcado por matices religiosos, desde los años 1800 se ha venido legislando sobre esta materia, por supuesto se trata de una institución jurídica que así como ha progresado la sociedad ella también lo ha hecho.

En los primeros marcos normativos se nota la influencia religiosa que mencionamos anteriormente, por ejemplo el artículo 95 del Código Civil de 1867 establecía: “El matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges. Toca a la autoridad eclesiástica juzgar de las demás causas de disolución del matrimonio y la sentencia que pronuncie producirá los mismos efectos que la disolución por causa de muerte”. En este caso era la iglesia quien determinaba si procedía o no el divorcio y no el juez como sucede hoy en día.



Posteriormente esto fue cambiando hasta llegar al punto en donde el divorcio era decretado mediante una sentencia emitida en este caso por un órgano judicial y con causales abiertas.

En vista de que se buscaba proteger en extremo a la familia, el divorcio era considerado como un procedimiento engorroso, un procedimiento excepcional porque la idea del matrimonio es que se trataba de dos personas que deberían estar juntas “hasta que la muerte los separe”.

En Venezuela, es el Código Civil de 1904 el que establece una serie de causales taxativas mediante la cual los cónyuges podían solicitar el divorcio, estas causales todas relacionados con el incumplimiento a los deberes matrimoniales y eran vistas como una especie de sanción y como menciona López Herrera (2009), “adicional a esto se tenía una sanción complementaria al establecer que la patria potestad de los hijos de menor edad correspondía al esposo inocente”. Situación que hoy se reconoce que no se trata de definir quien tendrá la patria potestad, pues ambos padres son titulares de la misma a menos que prive alguna causal que impida esto, lo que hay que establecer es quien tendrá la custodia de los hijos.

Al hablar de sanción ya se comienzan a ver los matices del denominado divorcio sanción, esto porque una vez declarado el divorcio se consideraba que el mismo implicaba una sanción al cónyuge culpable, repetimos porque esto era considerado una excepción, situación que veníamos arrastrando desde la época romana, cuando se tenía un procedimiento un tanto flexible pero que se comenzó a dificultar por la iglesia la cual condenaba la idea de divorcio por cualquier tipo de causal.

## **Divorcio Remedio**

López Herrera (2009) define la teoría de divorcio remedio, como la tradicional, “la disolución del matrimonio en vida de los esposos, solo tiene sentido como un castigo que el cónyuge inocente puede pedir sea aplicado al que ha incumplido gravemente sus deberes matrimoniales. De ahí que el cónyuge culpable no pueda demandar el divorcio” es por esta definición que teníamos en Venezuela unas causales taxativas, es decir, eran esas y ninguna otra, limitando en este caso cuando se podía solicitar el divorcio.

Con esto se pretendía la prohibición de cualquier demanda y su inadmisión, cuando no se enfocara en ninguna de las causales establecidas en el artículo 185 del CC (1982), todo ello en virtud de que se trataba de un vínculo perpetuo teniendo un matiz de castigo cuando este fuese solicitado, esta era la base del divorcio sanción.

Pero no solo se apreciaba en lo estricto de las causales, sino que se podía ver procesalmente hablando en la forma de probarlas, esta situación se complicó en extremo para así poder evitar que se pudiera en definitiva sentenciar el divorcio, importándole muy poco a los doctrinarios, legisladores y jueces del momento la salud mental de esa familia.

Por ejemplo en el caso de la causal de adulterio, López Herrera establece:

“Para que haya adulterio deben coexistir dos elementos: el material de la cópula carnal llevada a cabo por una persona casada, con quien no es su cónyuge; y el intencional de realizar el acto de manera consciente y voluntaria. No constituye adulterio, por ejemplo, la conducta impropia o la relación más o menos íntima de uno de los esposos con

tercera personas, si no se llega a producir la unión sexual” (p. 189).

Es difícil saber en qué consiste una relación más o menos cercana, se trata de un concepto por demás abstracto, que vuelve prácticamente imposible la prueba del mismo, sobre este aspecto sigue López Herrera “la prueba del adulterio implica la demostración precisa de que el cónyuge de quien se trata ha mantenido relaciones carnales, durante su matrimonio, con una pareja diferente del otro esposo”. (p.191).

Sin duda que la única prueba posible sería la filiación con un hijo nacido de esa relación extramarital, sin esto no sería posible poder decretar el divorcio, esto es una prueba de que los legisladores veían el divorcio como una excepción a la regla y por ende la tendencia del divorcio sanción privando sobre esta materia.

Con el transcurso del tiempo esto fue cambiando, como sabemos el derecho es dinámico y se debe ir adaptando a la realidad que lo rodea, por ello inicia entonces la tendencia del divorcio remedio, en la práctica se puede apreciar muchas veces como afecta la vida de una familia la mala relación entre los cónyuges, esto debe importar mucho más que la concepción de juntos por siempre.

La realidad es que en aquellos casos en donde existan niños involucrados, propiciar la unión de esos cónyuges que desean separarse es limitada por una ley taxativa y arcaica, por ello el divorcio remedio busca mejorar esa situación en el seno de esa familia.

López Herrera (2009) la define de la siguiente manera:

La disolución del matrimonio en vida de los cónyuges se explica con base, en la necesidad de liberar a los esposos de un

vínculo que, de hecho, ya no tiene sentido o resulta intolerable, independientemente de que esa situación pueda o no imputarse a alguna de las partes. (p. 181)

La corriente que impera hoy en día ya no se enfoca en el tema del divorcio como una sanción, sino más bien que es un mecanismo para solventar la crisis familiar que se pueda estar viviendo, pues se le podría hacer más daño a un grupo familiar obligándolos a seguir juntos que a través del divorcio.

La figura del divorcio remedio se vio reflejada en la sentencia de Sala de Casación Social de fecha 26 de julio del 2001, la cual analizando la figura estableció:

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.

Esto se evidencia de la inclusión, como causal de divorcio, de la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común, pues en tal situación no puede pensarse en culpa, sino en una aflicción que necesita ser resuelta; e igualmente incide en la interpretación de las otras causas de divorcio establecidas por la ley. (Sección Para Decidir de la Sala, párr. 2 y 3).

La Sala continua en la misma sentencia explicando:

No debe ser el matrimonio un vínculo que ate a los ciudadanos en represalia por su conducta, sino por el común afecto; por tanto, las razones que haya podido tener un cónyuge para proferir injurias contra el otro, sólo demuestran lo hondo de la ruptura y la imposibilidad de una futura vida común. En estas circunstancias, en protección de los hijos y de ambos cónyuges, la única solución posible es el divorcio. (Sección Para Decidir de la Sala, párr. 7).

Esto sin duda ha sido el camino en el cual ha ido avanzando el divorcio, en el sentido de que no se trata de un castigo para la pareja sino un medio para mejorar el entorno familiar, si bien se trata de una figura jurídica cuya principal obligación será extinguir el matrimonio y por ende una serie de deberes y obligaciones, no puede pensarse que el matrimonio debe ser una institución jurídica que afecte el libre desarrollo de la personalidad lo cual ha sido consagrado constitucionalmente.

En conclusión con relación al divorcio, este ha sido ampliamente desarrollado por nuestro legislador en los primeros CC de Venezuela y sin duda alguna que ha ido avanzando progresivamente de acuerdo al desarrollo de los derechos, como es bien sabido el derecho es dinámico y debe ir adaptándose a la sociedad, si nos mantuviésemos aun con una figura jurídica desarrollada para los años 1900, estaríamos en una clara transgresión al ejercicio progresivo de los derechos, esto fue lo que planteó la Sala Constitucional con la Sentencia N° 446 con relación al divorcio por separación de hecho y posteriormente con la ampliación de las causales establecidas en el CC (1982).

Sobre este punto, queremos dejar asentado que se entiende el objetivo que perseguía la sentencia al flexibilizar el divorcio, sin embargo este autor no está de acuerdo en la manera en que se procedió a reformar el CC (1982), el divorcio es una institución de orden público, sometido entonces al Principio de Reserva Legal, con lo cual si queríamos adecuar las leyes a la Constitución de la República Bolivariana de

Venezuela (CRBV, 1999), se ha debido legislar sobre la materia y no proceder a un cambio mediante la figura del legislador positivo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Las personas que desarrollan su vida profesional en esta área saben lo difícil que resulta para una familia obligarlos a mantenerse unidos, situación que se ve prácticamente todos los días en los tribunales del país y en donde los que resultan más afectados por esta situación siempre serán los niños.

En esto radica la importancia de la doctrina del divorcio remedio, en definitiva si bien la mayoría de las personas se casan con la idea de la perpetuidad, tenemos que tomar en cuenta que no siempre será así y por ello es que se debe facilitar la institución del divorcio, no podemos someter una situación que ya de por sí es difícil además a un arduo y extenso proceso de divorcio y mucho menos limitarlo a determinadas causales, pues se sabe que es imposible para el legislador poder determinar todas las situaciones fácticas posibles en la vida de una pareja.

Pues es producto de esta teoría del divorcio remedio que parte el artículo 185-A del CC (1982), como ya lo hemos mencionado, este establece la posibilidad del divorcio cuando los cónyuges tengan más de cinco años separados, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de ambos cónyuges y la venia del Ministerio Público (esto previo a la sentencia N° 446 de la Sala Constitucional que representa el objetivo general de nuestro trabajo).

No se puede hablar del divorcio remedio sin señalar las sentencias del 2 de junio de 2015 de Sala Constitucional y la del 31 de marzo del 2017 de la Sala de Casación Civil, ambas establecen que las causales de divorcio son enunciativas, la última incluso realiza una explicación bastante extensa sobre la teoría de la “Desafecctio”, esta tiene su fundamento en que si para el matrimonio es necesario la manifestación de voluntad de querer casarse manifestada ante un funcionario público

para seguir casado es necesario también que exista esa voluntad o ese deseo, sino estamos en presencia de lo que se llama desafecto.

En este sentido, la sentencia del 31 de marzo del 2017, señala:

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 perdida (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 parece 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. (parr. 20 del Obiter Dictum, pág 33)

Es decir, es una manera de establecer como causal de divorcio la incompatibilidad de caracteres, estableciendo claramente la figura del divorcio remedio en el derecho venezolano como la predominante aun y cuando no se haya legislado sobre ninguna de las causales reguladas jurisprudencialmente.

## **CAPITULO II**

### **Los Procedimientos de Divorcio regulados en el Código de Civil de Venezuela y el Código de Procedimiento Civil**

#### **El Procedimiento de Jurisdicción Contenciosa**

Para hablar de Jurisdicción Contenciosa, hay que empezar por definir la Jurisdicción, Puppio (2010) dice:

Es la función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución. (p.125)

Para algunos esta es la verdadera jurisdicción, pues como se dijo anteriormente, aquí prevalece el principio del contradictorio, es decir, hay una



controversia con partes contrapuestas cuya necesidad es que sea resuelta por los tribunales competentes.

Para Cuenca (1969) “en la concepción tradicional, la del contradictor ha sido la más objetiva, que consiste en distinguir si se somete a la consideración del juez un conflicto, o sea, un choque de intereses entre contendientes, se encuentra la jurisdicción contenciosa” (p.87).

En materia de divorcio contencioso se aplicará dicho procedimiento cuando las causales que se aleguen sean las del artículo 185 del CC (1982), en estos casos se deberá seguir las normas establecidas en el CPC (1990), con lo cual se presentará la demanda de divorcio ante los tribunales competentes de conformidad al último domicilio conyugal de la pareja.

En este caso, la demanda deberá contener todos los requisitos del 340 del CPC (1990), esta se puede hacer a través de un apoderado, presentada la misma y una vez distribuida, el tribunal competente la admitirá si no es contraria al orden público y las buenas costumbres, pasada esta fase el tribunal emplazará a las partes para un acto conciliatorio, recordemos que la idea del matrimonio es que debería ser perpetuo, el propósito de esta norma es que los jueces insten a la reconciliación, si en esa primera audiencia no se logra dicho objetivo se emplazará a las partes para un segundo acto conciliatorio si en ese momento nuevamente no hay reconciliación, deberá el demandante decir si desea continuar con la demanda, de ser afirmativo se emplazará al demandando para que presente la contestación, una vez contestada se deberá seguir el procedimiento ordinario del CPC (1990).

Es decir, se deberá pasar por la fase de promoción y evacuación de pruebas, posteriormente pasar por la fase de informes, hasta finalmente llegar a la sentencia definitiva, una vez se tenga la sentencia definitiva, se procederá a solicitar la ejecución de la misma y finalmente las copias certificadas que deberán ser presentadas ante las autoridades civiles correspondientes.

Aquellos que nos desenvolvemos en este ámbito sabemos que en muchas ocasiones los jueces actualmente no están preparados para realizar estas mediaciones familiares y todo lo que ellas implican, incluso he tenido conocimiento de causas en donde se celebran estos actos conciliatorios sin que esté presente el juez, violando así lo consagrado en las disposiciones normativas.

### **El Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria**

Sobre la jurisdicción voluntaria, muchos dicen que no es exactamente jurisdicción, entendida como aquella facultad que tienen todos los jueces de la república para dirimir o resolver controversias mediante la emisión de una sentencia, esto porque en los trámites realizados ante la jurisdicción voluntaria no hay una verdadera controversia, no tenemos el principio de contradicción reinando en ese proceso, porque se supone que las partes están de mutuo acuerdo solicitando una determinada decisión.

Para Puppio (2010), “las determinaciones del juez (no sentencia), en materia de jurisdicción voluntaria no causan cosa juzgada, simplemente establecen una presunción iuris tantum, sobre hechos”, es sobre este proceso que se lleva a cabo el divorcio de mutuo acuerdo (185-A) (p.131)

Para Couture (1972), la jurisdicción voluntaria, “son los procedimientos judiciales seguidos sin oposición de partes y en los cuales la decisión que el juez profiere no causa perjuicio a persona conocida” (p. 45) y sigue con son procedimientos de jurisdicción voluntaria “aquellos en que sea necesaria o se solicita la intervención del juez” (p.46).

Esta jurisdicción voluntaria no tiene partes como tal, es decir, como aquellos sujetos con posiciones contrapuestas en el juicio, con lo cual este es un elemento

esencial para la jurisdicción contenciosa propiamente dicha, como se ha repetido no existe el principio de contradicción necesario, pues las partes no están en conflicto.

Algunos autores incluso hacen mención a que estas actuaciones de jurisdicción voluntaria, es una especie de actividad administrativa y sobre este aspecto señala Couture (1972).

Lo que no podrá acontecer nunca es que los cometidos jurisdiccionales queden sometidos a la administración sin procesos ulteriores de revisión. Y ello acontece porque una de las garantías sustanciales del acto jurisdiccional es que el emane de jueces que sean, como se señala reiteradamente a lo largo de este libro, independientes, responsables y dotados de autoridad como para imponer su voluntad a la de los gobernantes” (p.47).

Sin embargo para Cuenca (1969) “la diferencia entre jurisdicción contenciosa y voluntaria debe desaparecer. La jurisdicción solo tiene una finalidad: resolver conflictos y toda demanda o solicitud que se presente ante el tribunal tiene un conflicto en potencia” (p.88)

Se puede decir que el procedimiento de jurisdicción voluntaria en materia de divorcio lo determina la causal establecida por la Sala Constitucional conjuntamente con la Sala de Casación Civil, con las sentencia ya mencionadas, si bien el procedimiento aplicable en caso de no existir NNA será el establecido en el CPC (1990) su aplicación no se desprende de la ley sino de la jurisprudencia, pues la sentencia del 31 de marzo del 2017 dejó asentado lo siguiente:

En consecuencia, considera esta Sala que con la manifestación de incompatibilidad o desafecto para con el otro cónyuge apareja 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 apareja, 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... (Negrillas de la sentencia citada, subrayado agregado) (parr. 29 del Obiter Dictum, pág 35)

Esta motivación de la Sala deja claramente establecido que en los casos del llamado desafecto no privará el contradictorio entendido este como el principio fundamental de todo proceso judicial en donde haya desacuerdo entre las partes, Calamandrei dice que es la fuerza motriz, en el entendido que el proceso es una estructura dialéctica es este principio lo que diferencia un procedimiento contencioso de uno de jurisdicción voluntaria.

Cuenca (1969) define al principio de contradictorio de la siguiente manera:

El proceso es dialéctico, si esencialmente se suscita por conflicto de intereses particulares y públicos, es lógico que ese choque de intereses se refleje en el curso del proceso en forma contradictoria.

Su fin es resolver estas disidencias sociales y por ello la pugna es lo que impulsa y desenvuelve la relación procesal. De allí que el principio de contradicción, o sea, la antítesis de pretensiones, resulte esencial para que se provoque la controversia (p.256)

Partiendo de lo anterior, si bien en el caso de divorcio puede existir una de las partes que no desea el divorcio independientemente de los motivos que tenga para ello, esto no implica un contradictorio, aun y cuando se trata de posturas adversas, esto en virtud del desenvolvimiento de la libre personalidad, dignidad del ser humano y de la manifestación de voluntad necesaria para querer seguir casado ambos son requisitos para contraer matrimonio, tal como sigue exponiendo la sentencia in comento:

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. (parr. 15 y 16 del Obiter Dictum, pág 31).

Siendo esto así, la actual causal para la figura del procedimiento de jurisdicción voluntaria sería por la causal del desafecto, al manifestar uno de los cónyuges que no desea seguir en esa relación matrimonial, dicho procedimiento se encuentra regulado en los artículos 895 al 902 del CPC (1990).

El procedimiento inicia con solicitud que realizará uno de los cónyuges o ambos o sus apoderados, porque si bien existe el supuesto que sea uno solo quien manifieste la voluntad de no querer continuar con la relación matrimonial, pudiese ocurrir que ambos cónyuges deseen romper el vínculo matrimonial pero no tengan más de 5 años separados, esto es, que no se pueda aplicar la figura del 185-A (separación prolongada), la figura entonces aplicable será la causal de diferencias irreconciliables.

La solicitud antes mencionada, deberá contener todos los requisitos del artículo 340 del CPC (1990), es decir, tal y como si fueses una demanda, será presentada ante los Tribunales de Municipio del último domicilio conyugal, aquí es importante recordar que de acuerdo a la resolución N° 2009-0006 del 18 de marzo del 2009, los juzgados de Municipio son los competentes para conocer de forma exclusiva y excluyente los asuntos de jurisdicción voluntaria, como sería el presente caso.

Una vez presentada la solicitud de divorcio, se deberá esperar la admisión del tribunal que conozca de la causa, en la admisión el tribunal ordenará la notificación al Fiscal del Ministerio Público, dado que al ser el divorcio de orden público es necesaria la participación de este en el proceso, en caso de que la solicitud haya sido presentada por uno solo de los cónyuges en el auto de admisión también se ordenará la notificación al otro, una vez conste en autos la notificación de este y la opinión del fiscal del Ministerio Público, el juez podrá dictar la sentencia correspondiente. En este caso hay que recordar lo que estableció la jurisprudencia antes mencionada, si el otro cónyuge no presta su voluntad para divorciarse esto no será un impedimento para dictar la sentencia y tampoco acarrea la apertura de una articulación probatoria, dado

que el desafecto no es un supuesto susceptible de pruebas tal como lo ha regulado la jurisprudencia.

La misma sentencia, expone:

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.

Con lo cual, las resultas de este procedimiento de jurisdicción voluntaria será una sentencia constitutiva que causa cosa juzgada material, siendo una excepción a lo explicado anteriormente. Esta sentencia constitutiva va orientada a la modificación del estado civil de las solicitantes, el cambio de casado a divorciado.

Finalmente, una vez se tenga la sentencia se solicitará mediante diligencia solicitando su ejecución, luego se pedirán las copias certificadas correspondientes, para posteriormente y finalmente registrarla ante las autoridades civiles correspondientes, terminando así el procedimiento de divorcio de jurisdicción voluntaria.

### **El Procedimiento de Divorcio del Artículo 185-A.**

Es en esta causal en donde reside el objetivo general de nuestra investigación, pues es este procedimiento el que fue cambiado con la sentencia N° 446 del 15 de mayo del 2014, el mencionado artículo 185-A del CC establece:

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.

Esta causal es para cuando los cónyuges tengan más de cinco años separados, siempre y cuando estén de mutuo acuerdo y se obtenga una opinión favorable del Fiscal del Ministerio Público el Juez decretará el divorcio y ordenará la respectiva liquidación de comunidad conyugal, sin ningún otro procedimiento necesario.

Calvo Baca (2008), sobre este particular señala:

Es cierto que en este caso de divorcio la reforma impone la intervención del Fiscal del Ministerio Público, quien puede hacer oposición a la declaración del divorcio, pero esta atribución realmente es simbólica. En verdad no llega a entenderse qué puede alegar el mencionado funcionario para oponerse al divorcio si la ley misma faculta a los cónyuges para solicitarlo. No podría basar su oposición en que no existen pruebas de la separación de hecho durante el plazo

legal, porque la reforma no las exige. La intervención de este funcionario puede resultar inoperante. (p.164)

De acuerdo a lo anterior se hace énfasis en que este artículo fue incluido en el CC (1982), pues previo a este año no existía la posibilidad del divorcio fáctico, se trató de un artículo en extremo debatido por los legisladores en su momento.

Al ser el mencionado artículo novedoso para su época se observa en la transcripción de las discusiones celebradas por los legisladores así como por los doctrinarios del momento, la preocupación por el abuso excesivo de esta vía para la solicitud de divorcio.

Se debe citar así a Harting el cual exponía en el Código Civil de Venezuela: antecedentes, comisiones codificadoras, debates parlamentarios, jurisprudencia, doctrina, concordancias (1985):

La reforma introduce, con la finalidad de solucionar el problema de las separaciones hecho, que por ser tales, e independientemente de su permanencia, no permite el divorcio, la posibilidad de obtener éste al existir una ruptura de la vida en común por un lapso mayor de cinco (5) años, con la condición de que el otro cónyuge, reconozca formalmente tal circunstancia ante el órgano judicial.

Es factible que la antedicha figura jurídica pueda ser desnaturalizada, por utilizarla realmente para la obtención del divorcio en un plazo perentorio, cuando la relación conyugal excede de cinco (5) años, sin que verdaderamente exista el requisito de la separación de hecho.

... Pues la circunstancia de la necesaria intervención del Fiscal del Ministerio Público, en la respectiva tramitación, por ser en la práctica una simple formalidad no obstaculizará un

modo alguno la deformada finalidad que hemos referido.  
(p.355).

Teníamos entonces una norma que establecía un procedimiento legal para proceder al divorcio bajo la figura del 185-A, que repetimos era novedoso para la época y fue atacado por los doctrinarios para el momento de su publicación.

Una nota importante sobre lo discutido por los legisladores, se orientaba al espíritu del artículo y al procedimiento que se tenía que seguir, lo cual incide directamente en la presente investigación, pues recordemos que el objetivo general es analizar como la sentencia N° 446 y la implementación del artículo 607 del CPC (1990) y cómo afecta al Divorcio 185-A en materia de protección, esto significa que la LOPNNA (2007), lo cual será desarrollado posteriormente.

En el CC antecedentes, comisiones codificadoras, debates parlamentarios, jurisprudencia, doctrina, concordancias (1985), se deja establecido que “la intención de los proyectista era crear un procedimiento simple y poco costoso, a fin de dar alguna solución al problema social que se deriva de las separaciones de hecho” (p.358).

Continúan entonces los legisladores estableciendo las reglas del procedimiento que se ven transformadas por la sentencia objeto de análisis, “Si niega el cónyuge citado el hecho de la separación sin pruebas de ninguna especie, se ordena e archivo del expediente y se termina el procedimiento” (p.369), este es el procedimiento que establece el artículo 185-A de la reforma de 1982, es el antecedente de la investigación, ya que si tenemos a los legisladores diciéndonos de que manera ha de llevarse el divorcio 185-A, hoy en día la Sala Constitucional en uso de sus atribuciones como máximo intérprete de las leyes y como legislador positivo termina cambiando todo lo que fue discutido por los legisladores en su momento.

El procedimiento inicia con la solicitud realizada por ambas partes o mediante apoderado ante los tribunales competentes estos serían los juzgados de Municipio del domicilio conyugal, al igual que el supuesto de jurisdicción voluntaria, ya que, este divorcio también se deberá tramitar bajo esta figura jurídica. En el caso de los juzgados de Municipios podrá el juez solicitar las copias certificadas que considere pertinente para el correcto desarrollo del proceso.

Una vez presentada la solicitud, el juez deberá admitirla si no es contrario a las orden pública y las buenas costumbres, en ese auto de admisión el tribunal ordenará la notificación al Fiscal del Ministerio Público y en caso de que la solicitud no haya sido interpuesta por ambos cónyuges también se deberá librar la respectiva boleta al otro cónyuge, si por el contrario el divorcio ha sido interpuesto por ambos se omitirá esta fase. En materia civil ordinaria la notificación al Fiscal del Ministerio Público es obligatoria porque así lo establece el CC (1982).

Sobre esta notificación se recoge de los diarios de debate plasmado en el libro Código Civil antecedentes, comisiones codificadores, debates parlamentarios (1985), lo siguiente:

En esta clase de divorcio es fundamental la intervención del Fiscal del Ministerio Público pero su actuación en el proceso parece contradecir principios constitucionales que atribuyen a los jueces la potestad de la sentencia, pues el Ministerio Público al hacer oposición a la solicitud de divorcio dentro del plazo de diez audiencias siguientes a la comparecencia da por terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente (p.370).

Se sigue sobre este aspecto con lo siguiente:

Sostiene con razón el Dr. Alberto La Roche lo siguiente: la oposición del Fiscal debe versar sobre condiciones o requisitos del procedimiento, no podrá un Fiscal oponerse, en contra de la voluntad de los cónyuges que se pretendan divorciar, por el simple deseo de oponerse, debe existir un fundamento, un hecho real de orden jurídico que justifique su posición, de lo contrario tal oposición-entendemos nosotros- no podrá el juez quedándole al Fiscal el solo recurso de apelar. (p.371)

Es cierto que en este caso de divorcio la reforma impone la intervención del Fiscal del Ministerio Público, quien puede hacer oposición a la declaración de divorcio. Pero esta atribución del Fiscal del Ministerio Público es simbólica. En verdad no llega a entenderse que puede alegar el mencionado funcionario para oponerse al divorcio si la ley misma faculta a los cónyuges para solicitarlo. No podría basar su oposición en que no existen pruebas de la separación de hecho durante el plazo legal, porque la reforma no las exige. (p.371).

Con relación a lo anterior, sin duda es importante señalar que en la actualidad se había exagerado la intervención del Fiscal del Ministerio Público, se comprende que se trata de un asunto de orden público y ahí radica su intervención, pero no se ha debido supeditar la declaratoria de divorcio a la negativa de este, pues no será él quien conozca lo que sucede en el seno de ese grupo familiar, se puede pensar que solo debería ser posible la oposición en aquellos casos en que el tribunal admita la solicitud de divorcio por separación de hecho y no sé percate que la pareja tiene menos de cinco años de casados, de lo contrario será muy difícil encontrar un

supuesto idóneo para que esa intervención del Fiscal del Ministerio Público pueda privar sobre la voluntad de los cónyuges en divorciarse.

Una vez conste en autos la notificación al Fiscal del Ministerio Público el CC (1982), señala que este podrá dentro de las diez audiencias siguientes oponerse o no a la solicitud de divorcio, si el cónyuge que no interpuso el divorcio y el Fiscal del Ministerio Público no se oponen, el Juez decretará el divorcio y posterior a ello las partes solicitarán la ejecución de esa sentencia y se ordenará la respectiva liquidación de los bienes.

Se puede apreciar que se trata de un procedimiento relativamente sencillo y rápido, sin embargo en la práctica, se trata de un procedimiento que dura una cierta cantidad de meses y no es decretado tan rápidamente, esta situación se puede apreciar por ejemplo, una vez decretado el divorcio es necesario que el tribunal emita las copias certificadas del divorcio y del auto de ejecución decretado por el Tribunal, para que se presenten antes las autoridades civiles correspondientes, en la actualidad pues para que el Tribunal otorgue estas copias tarda alrededor de 35 a 40 días, existiendo en esta fase un retraso importante.

En conclusión, cuando el divorcio era solicitado bajo este supuesto de hecho, el juez antes de la sentencia N° 446, se limitaba a verificar que ambas partes estaban de acuerdo con el divorcio, la opinión favorable del fiscal del Ministerio Público y procedía a emitir la decisión, situación que como será analizada cambiará sustancialmente con la sentencia objeto de estudio.

También es importante señalar en la solicitud si hay o no bienes adquiridos dentro del matrimonio, esto con la finalidad de que sean liquidados posterior a la sentencia de divorcio, fijando también el domicilio conyugal que como se dijo será el que determine el tribunal competente en razón al territorio y señalando el tiempo que han estado separados.

### **CAPITULO III**

#### **Los Procedimientos de Divorcio previstos en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes**

En materia de protección, la ley, establece tres procedimientos aplicables dependiendo de los supuestos de hechos que se planteen ante los Tribunales.

El primer procedimiento es el que rige para todos aquellos asuntos de naturaleza contenciosa, tal como lo establece el artículo 177 de la LOPNNA (2007) Parágrafo Primero, esto es, todos aquellos asuntos en donde se encuentren dos partes cuyos intereses se contraponen, encontrándose presente el llamado principio de contradicción, el claro ejemplo de esta situación en esta materia sería un procedimiento de divorcio de conformidad al resto de las causales que establece el CC (1982) , obviando en este momento la sentencia N° 446.

El segundo procedimiento, es el de jurisdicción voluntaria o mal llamado jurisdicción graciosa, regulado también en el artículo 177 de la LOPNNA (2007) pero en su Parágrafo segundo, constituido por todos aquellos casos en que las partes estén de común acuerdo, se trata entonces de un procedimiento que no produce una sentencia como lo ha explicado la doctrina vinculante a la materia y un claro ejemplo de esto sería hasta hace dos años la solicitud de divorcio de conformidad con el artículo 185-A del CC (1982), o también el decreto de un título supletorio, justificativo de únicos y universales herederos, entre otros.

El tercer procedimiento, lo constituye el procedimiento de adopción, el cual es extremadamente específico, conformado primero por un procedimiento administrativo realizado en la sede del Instituto Autónomo Consejo Nacional de

Derechos del Niño, Niña y Adolescentes (IDENNA) y un procedimiento judicial tramitado por el juez de protección designado para ello.

### **El Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria**

En esta materia aplica igualmente lo señalado en el capítulo II con relación al concepto de Jurisdicción Voluntaria, este procedimiento de jurisdicción voluntaria comprenderá entonces tanto el supuesto del artículo 185-A (si no existe oposición) y la causal del desafecto establecida en la sentencia del 31 de marzo del 2017.

El procedimiento inicia igual que los anteriores, la solicitud que se presenta ante los Tribunales de Protección deberá cumplir con los requisitos del 340 del CPC (1990), en esta se deberá establecer la custodia como elemento de la responsabilidad de crianza, la obligación de manutención y el régimen de convivencia familiar.

La responsabilidad de crianza ha sido definida por la LOPNNA (2007) en su artículo 358 como:

La Responsabilidad de Crianza comprende el deber y derecho compartido, igual e irrenunciable del padre y de la madre de amar, criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas, así como la facultad de aplicar correctivos adecuados que no vulneren su dignidad, derechos, garantías o desarrollo integral. En consecuencia, se prohíbe cualquier tipo de correctivos físicos, de violencia psicológica o de trato humillante en perjuicio de los niños, niña y adolescente.

Dentro de esta encontramos la custodia, la cual se requiere para su ejercicio que el padre o la madre que sea titular mantenga un contacto directo con el NNA, por ello en la mayoría de los casos se le fija a uno de los padres y en aquellos casos en



que no se pueda se le fijará a ambos, es decir, se usa la figura de la custodia compartida.

Otro de los puntos que aborda esta solicitud en caso de que se encuentren involucrados NNA, será la obligación de manutención y el régimen de convivencia familiar, el primero básicamente consiste en el apoyo monetario que da el padre o la madre que no mantiene el contacto directo con el niño, es decir, aquel que no tiene la custodia, este apoyo orientado al sustento del NNA, el mismo se establece en la LOPNNA (2007) de la siguiente manera:

La Obligación de Manutención comprende todo lo relativo al sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes, requeridos por el niño, niña y adolescente.

Y por otro lado tenemos el régimen de convivencia familiar, el cual es tanto un deber como un derecho del padre o la madre al que se le fije, esto en la mayoría de los casos representa un problema importante en el divorcio, porque al padre o la madre que tiene la custodia muchas veces niega el acceso del NNA al otro padre, evitando así el contacto necesario entre padres e hijos, porque decimos que es un derecho, porque se ha demostrado científicamente lo importante que resulta para ese niño poder compartir con sus padres, si negamos este acceso estamos también evitando el desarrollo y el contacto entre los integrantes de esa familia, por eso es que es tan importante fijarlo.

La mayoría de los problemas se presentan cuando el padre o la madre al cual se le fijó ese régimen de convivencia tiene una nueva pareja, es en este caso cuando el que tiene la custodia comienza a negar ese derecho de convivencia, inmiscuyendo a

los NNA en problemas de los padres, violando así el derecho de ese niño a compartir con su padre o madre.

La LOPNNA (2007), establece el siguiente contenido para el régimen de convivencia familiar:

La convivencia familiar puede comprender no sólo el acceso a la residencia del niño, niña o adolescente, sino también la posibilidad de conducirlo a un lugar distinto al de su residencia, sí se autorizare especialmente para ello al interesado o interesada en la convivencia familiar. Asimismo, pueden comprender cualquier otra forma de contacto entre el niño, niña o adolescente y la persona a quien se le acuerda la convivencia familiar, tales como: comunicaciones telefónicas, telegráficas, epistolares y computarizadas.

Teniendo esto claro, es importante señalar que la convivencia no solo será que se pueda compartir con el niño directamente, sino también será todo tipo de comunicación con ese NNA siempre y cuando no trasgreda su derecho al buen trato y a una vida libre de violencia.

Estos aspectos se tomarán en cuenta como se dijo previamente cuando existan NNA involucrados y son verdaderamente importantes, ya que, no se trata de un mero capricho del legislador el fijar las llamadas instituciones familiares, sino que se consideran como un asunto de orden público, no pudiendo ningún escrito que se presente obviar la fijación de las mismas, además de ello, la obligación de manutención y el régimen de convivencia familiar, son derechos de los NNA, la LOPNNA (2007), en su artículo 12 establece:

Los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes reconocidos y consagrados en esta Ley son inherentes a la persona humana, en consecuencia son: a) De orden público; b) Intransigibles; c) Irrenunciables; d) Interdependientes entre sí; e) Indivisibles.

Lo anterior es el fundamento, de que el legislador haya creado procedimientos especiales para los casos en los cuales se encuentran involucrados NNA, dado que constituyen una especie de Derechos Humanos y el procedimiento preferente que se ha de aplicar debe ser el regulado para estos casos

Esto porque no se estaría debatiendo cualquier asunto, dado que, la fijación del régimen de convivencia familiar como el de obligación de manutención, forman parte del desarrollo de los NNA involucrados en supuestos de hechos de divorcios, separaciones de cuerpos y fin de uniones estables de hechos, por ello había que crear un procedimiento especial, en dónde las mencionadas instituciones fuesen salvaguardadas.

Una vez señaladas las instituciones familiares, si la solicitud cumple con todos los extremos de la ley, el tribunal procederá a admitirla, en este auto podrá el juez si lo considera ejercer el despacho saneador, que será una forma de depurar esa solicitud cuando alguno de los elementos no quede suficientemente claro.

En caso de que exista despacho saneador los solicitantes tendrán un lapso de 5 días hábiles para reformar o aclarar los puntos dudosos de la solicitud, aun y cuando las partes están de acuerdo, se tiene una audiencia única a los fines de fijar las llamadas instituciones familiares, tal como se explicó anteriormente, por ello es que se tratan de procedimiento distintos por la especialidad de la situación planteada. A

esta audiencia deberán acudir personalmente los padres, no pueden ir los apoderados en caso de existir.

Con relación a las notificaciones, al igual que en materia civil ordinaria, si la solicitud ha sido presentada por uno solo de los cónyuges se deberá citar al otro y en referencia a la notificación del Fiscal del Ministerio Público, en protección es posible tanto que lo notifiquen como que no suceda, en materia civil ordinaria recordemos que es obligatoria, esto significa que podemos tener casos en donde el tribunal no emita la respectiva notificación, en virtud de lo establecido en los artículos 321 y 463 de la LOPNNA (2007) que si emita la notificación, los mismos establecen:

#### Artículo 321

Debe notificarse al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo en aquellos procedimientos referidos a los asuntos previstos en los Parágrafos Tercero y Quinto del Artículo 177 de esta Ley que no hayan sido iniciados por éstos; sin embargo su falta de intervención no es causal de reposición del proceso. No podrá demorarse o diferirse el trámite de estos procedimientos bajo pretexto de consultas al Ministerio Público o a la Defensoría del Pueblo.

#### Artículo 463

##### Notificación del Ministerio Público

De la admisión de la demanda debe notificarse al Ministerio Público sólo en los casos previstos expresamente en la ley.

Para entender el porqué de esta situación es necesario señalar que el procedimiento de divorcio por el artículo 185-A, es decir, la separación de hecho prolongada, se encuentra regulada en el Parágrafo Primero del artículo 177 de la

LOPNNA (2007), con la cual no es uno de los supuestos establecidos en el artículo 321 antes señalado, sin embargo, en la práctica dependerá del tribunal que conozca de la causa quien determine si se notificará o no al Fiscal del Ministerio Público.

En la audiencia antes señalada, las partes deberán ratificar lo señalado en el escrito de solicitud, recordemos que se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria y los solicitantes deberían estar de acuerdo y así lo deben haber señalado en el escrito presentado.

Al final el juez escuchará a los cónyuges, decretará el divorcio y se deberá proceder igual que en el procedimiento civil ordinario, con relación a la ejecución y copia de la sentencia.

Dicho procedimiento de jurisdicción voluntaria, no se aplica únicamente a los casos de divorcio de mutuo acuerdo, sino que existe un conjunto de acciones que se ventilaría por el mismo, de acuerdo a lo regulado en el artículo 177 Parágrafo Segundo de la LOPNNA (2007).

### **El Procedimiento de Jurisdicción Contenciosa**

Este procedimiento será aplicado en aquellos casos en donde las partes no estén de acuerdo, es decir, tenga prevalencia el llamado principio contradictorio, el mismo se encuentra regulado desde el artículo 456 al 486 de la LOPNNA (2007).

Inicia con demanda escrita que deberá cumplir con los requisitos señalados en el artículo 340 del CPC (1990), en este caso al ser una caso de protección deberá incluir lo correspondiente a las instituciones familiares. Una situación particular en estos casos es que la parte podría solicitar en la demanda cualquier tipo de diligencia preliminar necesaria para el proceso, situación distinta al procedimiento civil ordinario.

Admitida la demanda se procederá a notificar al demandando, en este caso priva el principio de notificación único consagrado en el artículo 450 de la LOPNNA (2007) literal S, el cual establece:

s) Notificación única. Realizada la notificación del demandado o demandada para la audiencia preliminar, las partes quedan a derecho, sin necesidad de nueva notificación para ningún otro acto del proceso, salvo los casos expresamente señalados en esta Ley.

Una vez conste en auto la notificación del demandado, el juez procederá a fijar mediante auto la audiencia preliminar, en dicha audiencia el juez deberá instar a la mediación, con relación al artículo 470 la LOPNNA (2007) señala:

#### Artículo 470. Tramitación de la fase de mediación

Al inicio de la audiencia preliminar, el juez o jueza de mediación y sustanciación debe explicar a las partes en que consiste la mediación, su finalidad y conveniencia. La fase de mediación puede desarrollarse en sesiones previamente fijadas de común acuerdo entre las partes o, cuando ello fuere imposible, por el juez o jueza.

El juez o jueza tiene la mayor autonomía en la dirección y desarrollo de la mediación, debiendo actuar con imparcialidad y confidencialidad. En tal sentido, podrá entrevistarse de forma conjunta o separada con las partes o sus apoderados y apoderadas, con o sin la presencia de sus abogados o abogadas. Asimismo, podrá solicitar los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario del Tribunal para el mejor desarrollo de la mediación.

La mediación puede concluir con un acuerdo total o parcial que homologará el juez o jueza de mediación y sustanciación, el cual se debe reducir en un acta y tendrá efecto de sentencia firme ejecutoriada. En caso de acuerdo total se pone fin al proceso.

En caso de acuerdo parcial, se debe dejar constancia de tal hecho en un acta, especificando los asuntos en los cuales no hubo acuerdo y continuar el proceso en relación con éstos. En interés de los niños, niñas o adolescentes, el acuerdo puede versar sobre asuntos distintos a los contenidos en la demanda. El juez o jueza no homologará el acuerdo de mediación cuando vulnere los derechos de los niños niñas o adolescentes, trate sobre asuntos sobre los cuales no es posible la mediación o por estar referido a materias no disponibles.

La mediación también puede concluir por haber transcurrido el tiempo máximo para ella o antes, si a criterio del juez o jueza resulta imposible. De estos hechos se debe dejar constancia en auto expreso y continuará el proceso.

Un aspecto importante es que los jueces deben tener claro en que consiste la mediación, esta es básicamente una forma de resolver conflictos entre dos o más personas, con la ayuda de una tercera persona imparcial, el mediador, que en este caso sería el Juez.

El Juez debería contar con ciertas características para ser un mediador idóneo, entre las cuales están: habilidades comunicacionales, debe construir la equidistancia funcional, tolerante, respetuoso, flexible hasta el margen que la ley le permita, esto es que genere un clima de confianza entre las partes, el Juez debe tomar en cuenta que él

no es protagonista de la Mediación, él debe ser un vehículo que ayude a la solución del conflicto.

La práctica debería ser que el Juez al inicio de esta indique el conjunto de normas que regularan ese procedimiento, es decir, en qué consiste, el por qué están ahí, cuánto tiempo se estima dure, orden para hablar, importancia de ese procedimiento para solucionar esa controversia, entre otros, esto creará un clima de confianza que mencionamos anteriormente.

En materia de protección y en función a las edades se podrá citar al NNA involucrado en la controversia para escuchar su opinión, de conformidad a lo establecido en el artículo 80 de la LOPNNA (2007), el cual establece:

Artículo 80 Derecho a opinar y a ser oído y oída.

Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a:

- a) Expresar libremente su opinión en los asuntos en que tengan interés.
- b) Que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños, niñas y adolescentes, entre ellos: al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreacional.

Parágrafo Primero. Se garantiza a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte sus derechos, garantías e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior.



Parágrafo Segundo. En los procedimientos administrativos o judiciales, la comparecencia del niño, niña o adolescente se realizará de la forma más adecuada a su situación personal y desarrollo. En los casos de niños, niñas y adolescentes con necesidades especiales o discapacidad se debe garantizar la asistencia de personas que, por su profesión o relación especial de confianza, puedan transmitir objetivamente su opinión.

Parágrafo Tercero. Cuando el ejercicio personal de este derecho no resulte conveniente al interés superior del niño, niña o adolescente, éste se ejercerá por medio de su padre, madre, representantes o responsables, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del niño, niña o adolescente, o a través de otras personas que, por su profesión o relación especial de confianza puedan transmitir objetivamente su opinión.

Parágrafo Cuarto. La opinión del niño, niña o adolescente sólo será vinculante cuando la ley así lo establezca. Nadie puede constreñir a los niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión, especialmente en los procedimientos administrativos y judiciales.

Esta disposición hay que concatenarla con lo regulado en el artículo 13 de la LOPNNA (2007) el cual establece:

#### Artículo.13. Ejercicio progresivo de los derechos y garantías

Se reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal de sus derechos y garantías, de manera progresiva y conforme a su capacidad evolutiva. De la misma forma, se le exigirá el cumplimiento de sus deberes.

Parágrafo Primero. El padre, la madre, representantes o responsables tienen el deber y el derecho de orientar a los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio progresivo de sus derechos y garantías, así como en el cumplimiento de sus deberes, de forma que contribuya a su desarrollo integral y a su incorporación a la ciudadanía activa.

Parágrafo Segundo. Los niños, niñas y adolescentes en condición de discapacidad mental ejercerán sus derechos hasta el máximo de sus facultades.

Esto quiere decir que la opinión se tomará en función al desarrollo de los NNA, tomando en cuenta todas las circunstancias que lo rodean, en los casos de divorcio como el planteado en esta tesis, es realmente importante el escuchar la opinión de los NNA involucrados para la fijación de las llamadas instituciones familiares, ellos nos podrían indicar claramente cuál es la situación familiar, como es el ambiente, con cual padre se siente más cómodo, como los tratan, entre otros, recordemos que estas opiniones las escucha tanto el Juez como el equipo multidisciplinario del Tribunal de Protección, ellos sin duda serán orientadores para que el Juez tome la mejor decisión para ellos de conformidad a lo planteado en los escrito y a la probado en autos.

Tanto es así que en fecha tres (03) de abril del 2013, el Tribunal Supremo de Justicia dictó los Lineamientos sobre el testimonio de los NNA en los procedimientos judiciales de protección, estos tienen como finalidad informar a los miembros del Tribunal de Protección de qué manera deberán escuchar la opinión de los NNA no solo como sujetos de derechos sino también en el caso de que sean testigos en juicio, específicamente el punto tercero de los lineamientos expone:

TERCERO.- Recomendaciones generales sobre el trato de los niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Protección.

En el trato de los niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Protección se debe tener en consideración los siguientes Lineamientos:

1. Trato digno y comprensivo:

Todo niño, niña y adolescente debe ser tratado con respeto y sensibilidad a lo largo de todo proceso judicial, tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, situación de salud, discapacidad y nivel de madurez, respetando plenamente su integridad física, mental y moral.

Todos los Jueces, Juezas y demás integrantes del sistema de justicia deben ofrecer un trato sensible, comprensivo constructivo y tranquilizador a todos los niños, niñas y adolescentes que acuden a los Tribunales de Protección. Ello comprende, entre otros aspectos a los niños, niñas y adolescentes llamarlos por su nombre y apellido, saludarlos, despedirse, proporcionarles una silla, dirigirse directamente a ellos y ellas, escuchar sus expectativas sobre su intervención en el proceso, explicar de manera sencilla donde está, que se espera de ellos y ellas, aclarar las dudas que puedan tener, todo ello con el fin de hacer su permanencia en el órgano jurisdiccional lo más amigable posible. En caso de niños, niñas y adolescentes de pueblos y comunidades indígenas deberá respetarse y considerarse sus usos y costumbres, de conformidad con la legislación aplicable, y solicitar cuando se estime conveniente la intervención del especialista intercultural bilingüe del Equipo Multidisciplinario del Tribunal de Protección.

Todos los Jueces, Juezas y demás integrantes del Sistema de Justicia deben adoptar todas las medidas necesarias para asegurar

que los niños, niñas y adolescentes reciban un trato digno por parte de las personas que acuden a los Tribunales de Protección, incluyendo sus familiares, representantes y responsables.

#### 2. Simplificación del lenguaje judicial:

Todos los Jueces, Juezas y demás integrantes del Sistema de Justicia deben simplificar el lenguaje judicial, utilizando una terminología sencilla y adecuada a la madurez del niño, niña y adolescente, especialmente aquellos con algún tipo de discapacidad.

#### 3. Protección contra la discriminación:

Los niños, niñas y adolescentes deben tener acceso a un proceso de justicia en condiciones de igualdad y que los proteja de todo tipo de discriminación basada en la raza, color, sexo, idioma, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, condición de salud, discapacidad, o cualquier otra condición del niño, niña o adolescente, de sus padres, representantes o responsables, o de sus familiares. En consecuencia, los Jueces, Juezas y demás integrantes del Sistema de Justicia deben garantizar que la igualdad sea real y efectiva, así como evitar e impedir cualquier trato discriminatorio en sus relaciones con los niños, niñas y adolescentes durante su pertenencia en el órgano jurisdiccional.

#### 4. Seguridad personal.

El Tribunal de Protección debe garantizar la seguridad de los niños, niñas y adolescentes durante su permanencia en el órgano jurisdiccional. En consecuencia, es necesario prevenir toda situación de riesgo que pueda ponerlo en peligro de ser víctima de cualquier tipo de violencia. Por ello, deberán adoptarse las medidas apropiadas para que se comuniqué ese riesgo a las autoridades

competentes y para proteger al niño, niña y adolescente del mismo, antes, durante y después del procedimiento judicial.

#### 5. Tiempo mínimo de espera:

Los Jueces y Juezas deberán tomar las previsiones necesarias para que los niños, niñas y adolescentes que acudan al Tribunal de Protección esperen el menor tiempo posible para la realización de cualquier diligencia o acto procesal. La intervención del niño, niña y adolescente deberá planificarse con antelación, previendo todo lo indispensable para que su comparecencia ante el órgano jurisdiccional sea lo más breve posible.

Durante el tiempo de espera el niño, niña y adolescentes deberá permanecer en la Sala de Espera de Niños y Niñas del Tribunal de Protección con el fin de garantizarles un ambiente seguro, cálido y didáctico, de conformidad con el Reglamento aplicable, siempre que esto afecte la validez de su testimonio.

Pero estos lineamientos no solo indican las recomendaciones, sino cual es la metodología para interrogarlos, específicamente lo señalado en el punto sexto de la mencionada resolución

SEXTO. Lineamientos sobre la metodología para la intervención de niños, niñas y adolescentes en el acto de testimonio desde una perspectiva bio-psico-social: ... 2. Etapas para testimoniar de un niño, niña o adolescente:

Para que el acto procesal del testimonio de un niño, niña o adolescente logre su objeto respetando sus derechos humanos y garantías, es necesario que el Juez o Jueza de Protección conduzca al acto siguiendo las etapas que se indican.

a) Primera Etapa: Preliminares y Rapport.

En esta etapa se sugiere establecer una relación cálida y de confianza con el niño, niña o adolescente antes de entrar al tema que se ventila. Con ello se pretende disminuir su ansiedad y desconfianza frente a personas extrañas para él o ella. Se recomienda saludarlo por su nombre, presentarse, invitarlo a sentarse, ofrecerle material lúdico y conversar sobre temas inocuos o generalidades. Algunos ejemplos pueden ser: “¿Qué edad tienes?”, “¿Dónde vives y con quiénes?”, “¿Cómo es tu casa?” (Que describa su cuarto), “¿Cómo se llaman tus padres y que hacen?”, “¿tienes hermanos, que edad tienen?”, “¿Cómo te llaman tus familiares y amigos?”, “¿en qué grado estas?”, “¿Cómo se llama tu colegio?”, “¿tienes amigos en la escuela y por tu casa?”, “¿Quién es tu amigo preferido y por qué lo es?” o “¿Qué te gusta hacer para divertirse?” (Juegos, deportes, entre otras).

b) Segunda Etapa: Narrativa libre o espontanea.

Se sugiere empezar con preguntas abiertas, amplias y generales que inviten respuestas amplias y espontaneas. Por ejemplo: “¿dime todo lo que puedas sobre esto...incluso pequeñas cosas aunque creas que no son importantes...” o “¿sabes para que estamos reunidos aquí?”. Se recomienda en esta etapa repetir lo que diga el niño, niña o adolescente con el fin de obtener mayor información. En ningún caso, se debe introducir información que no haya brindado el propio niño, niña o adolescente.

El uso de los dibujos espontáneos o propuestos puede ser útil en esta etapa de la entrevista. En todo caso, es importante tomar en cuenta que los dibujos no tienen un fin diagnóstico, no tienen fines probatorios.

En síntesis, con este tipo de preguntas, se obtiene en forma más fiel la perspectiva del niño, niña o adolescente que rinde testimonio, sin

deformaciones por la intervención de las partes e, inclusive, del Juez o Jueza de Protección.

c) Tercera Etapa: Interrogatorio.

Esta es la etapa de precisión de la información aportada por el niño, niña o adolescente. Se recomienda que las preguntas sean formuladas en forma lenta y relajada, asegurándose que el niño, niña o adolescente entienda. Igualmente, se pueden repetir las frases más importantes del niño, niña o adolescente entrevistado y preguntar con base en sus respuestas o indagar sobre su estado emocional. Por regla general se deben evitar los comentarios o preguntas sugestivas, así como las preguntas formuladas negativamente, ya que suelen generar confusión.

d) Cuarta Etapa: Cierre.

En esta etapa se regresa a temas neutrales que faciliten la salida del niño, niña o adolescente del acto procesal del testimonio. Se dan gracias por su comparecencia y participación en el proceso judicial. Se da la oportunidad al niño, niña o adolescente de agregar lo que considere necesario...

Un punto importante de este artículo es el llamado método de rapport, quizás para los abogados es un término desconocido pero para los psicólogos no, esta es una herramienta con la que cuentan ellos para acercarse a sus pacientes, este es definido como una relación cordial, afectuosa, de confianza, de aprecio y respeto mutuo que fomenta la unión entre dos personas, que tienen como objetivo el trabajo en conjunto, para provocar el estado de ánimo adecuado que permita una interacción fluida y beneficiosa, es una forma de acercarse a las personas involucradas en un conflicto.

En nuestro trabajo diario hemos tenido la oportunidad de aplicar estas técnicas, debido a la continua interacción que NNA, con lo cual se puede concluir que

con relación a estos, es importante que se tomen en consideración los siguientes recomendaciones: debemos usar un tono de voz cálido, amigable e interesado, saludarlo por su nombre, presentarse formalmente con título (ej: doctora, licenciada, señora, señorita), consentimiento informado, hablar sobre tópicos inocuos y placenteros (ej: hobby, amigos, mascota) o para los más pequeños se recomienda un periodo de juego donde el niño se acostumbre a la persona que está haciendo el acercamiento.

Todo lo anterior debería ser de conocimiento de los jueces de mediación y sustanciación de los Juzgados de Protección, ya que, deberán aplicarlo en esta primera audiencia de mediación que se realiza, en caso de que el demandante no comparezca a la audiencia de mediación se considerará desistido el procedimiento y si no comparece el demandando se admitirán los hechos salvo prueba en contrario.

En esta audiencia si llega a un acuerdo se terminará el procedimiento y se homologará el acuerdo al que lleguen las partes, si finalizada la audiencia de mediación y las partes no llegan a ningún acuerdo el juez deberá fijar mediante auto expreso la fecha y la hora para que inicie la fase de sustanciación, en esta el demandante deberá consignar su escrito de promoción de pruebas y el demandando su escrito de contestación.

Posterior a esto habrá una audiencia preliminar de sustanciación, esta tiene como finalidad depurar el proceso, se prepararán las pruebas y todo lo que conste en autos para el posterior envío al Juez de Juicio. El 476 de la LOPNNA (2007) señala:

La fase de sustanciación de la audiencia preliminar puede prolongarse así cuantas veces sea necesario hasta agotar su objeto. Concluida la preparación de las pruebas, se da por finalizada la audiencia preliminar. En ningún caso, la fase de sustanciación de la audiencia preliminar debe exceder de tres meses. El juez o jueza debe dejar constancia en auto expreso de la terminación de la



audiencia preliminar y remitirá el mismo día o al día siguiente el expediente al juez o jueza del juicio.

Cuando las pruebas ya están preparadas y evacuadas con anterioridad aquellos que lo requieran, se remitirán las actuaciones al Juez de Juicio, que una recibido el expediente deberá indicar para cuando se fijará la audiencia de juicio, en esta el Juez deberá explicar en qué consiste, con cuanto tiempo cuentan cada una para sus alegatos, en fin las normas que se deberán seguir, en esta misma audiencias las partes expondrán lo que consideren convenientes, se evacuarán las pruebas como las testimoniales teniendo cada parte la oportunidad de oponerse y ejercer el correspondiente control de la prueba, al final cada parte concluirá y el Juez se retirará para tomar la decisión, en caso de no decidir ese mismo día el Juez deberá fijar la fecha mediante auto cuando será la próxima audiencia.

Cuando el Juez retorne a la sala en caso de tener la decisión, el mismo dictará lo que se conoce como dispositiva teniendo un lapso de cinco (05) días para presentar por escrito la narrativa y la motiva.

## **CAPÍTULO IV**

### **CONSIDERACIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA N° 446 DE LA SALA CONSTITUCIONAL**

**Reforma del Procedimiento de Divorcio establecido en el artículo 185-A del Código Civil de Venezuela de 1982 mediante la sentencia N° 446 de la Sala Constitucional.**

Como ya se ha explicado el CC (1982) tenía con relación al divorcio del artículo 185-A un procedimiento bastante claro diseñado es este procedimiento lo que viene a cambiar la sentencia en cuestión, cambiando incluso el supuesto establecido en las disposiciones normativas para su culminación.

Esta sentencia básicamente reformó lo establecido en el artículo señalado, tal como cita la norma, en caso de que el otro cónyuge (el que no solicita el divorcio) no compareciere o negare el hecho de estar más de 5 años separados o si por el contrario el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, se declara terminado el procedimiento y se ordena su archivo, esto es, que ese procedimiento termina, tomando en cuenta el hecho que este procedimiento había sido considerado por la doctrina y la jurisprudencia como de naturaleza voluntaria y por ende no se enmarcaba dentro del principio de contradicción aplicado a los procedimientos de naturaleza contenciosa.

La sentencia modifica el artículo 185-A y ordena que en caso de que el cónyuge negare el hecho o el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, se deberá abrir una articulación probatoria de conformidad con el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil (CPC, 1990), es decir, ya no se extinguirá la causa, sino que por el contrario se transforma en un asunto de verdadera naturaleza contenciosa, en donde cada una de las partes tendrá que probar sus correspondientes alegatos.

Si algo es importante al momento de analizar la sentencia N° 446 de Sala Constitucional, es que cuando hablamos de procedimientos, nos estamos refiriendo a un tema de orden público, lo cual no puede ser relajado por las partes, tal como lo señalan una serie de sentencias entre las cuales se encuentran la dictada por Sala de Casación Civil en fecha 11 de diciembre de 2007, caso Addias Ramos Díaz y otros, que “no es potestativo de los tribunales subvertir las formas procesales dispuestas por el legislador para la tramitación de los juicios, pues su observancia es de orden público” (p. 23).

Además tal como se expone en doctrina inveterada desde el año 1915, “que aún cuando las partes litigantes manifiesten su acuerdo, no es potestativo a los tribunales subvertir las reglas legales con que el legislador ha revestido la tramitación de los juicios; pues su estricta observancia es materia íntimamente ligada al orden

público” (Sentencia del 15 de mayo del 2015, SC, p. 23) Es desde este punto de vista que dicho análisis adquiere una gran importancia, ya que si algo tienen que tener claro los tribunales de la república son los procedimientos de divorcio que se tienen establecidos legalmente y no dejarlo a la simple interpretación de los jueces.

El concepto de orden público no es algo etéreo y es definido en la Sentencia de Sala de Casación Civil N° 301, de fecha 10 de Agosto de 2000, como “una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada. La indicación de estos signos característicos del concepto de orden público, esto es, la necesidad de la observancia incondicional de sus normas...” (p.9)

Siendo esto así, la importancia de esta Sentencia para el desarrollo de la sociedad es que no se trata de casos aislados o hipotéticos, se trata de problemas que pueden afectar a una generalidad de familia, se trata de unos procedimientos que constituyen modelos legales y teóricos ya establecidos, lo cual viene a ser modificado por una sentencia.

Con relación a lo anterior, el Profesor Brewer Carias, expuso “Una vez más, la Sala Constitucional, se excusa de interpretar conforme a la Constitución una norma legal, no sólo no la interpretó conforme al texto fundamental, sino que inconstitucional e ilegítimamente efectuó una “reforma” de la Ley, en este caso, del propio Código Civil” (p.10), sin duda que este procedimiento de reforma, en virtud del artículo 335 de la CRBV (1999) puede ser objeto de otro trabajo de grado.

Sin mencionar que en la práctica aún se trata de un procedimiento en desarrollo y no existe una normativa general para todos los tribunales, tal como será señalado en el capítulo V de este trabajo.

En este orden de ideas, resulta importante analizar la sentencia N° 446 de la Sala Constitucional con relación al divorcio 185-A, la mencionada sentencia establece:

Si el otro cónyuge no compareciere o si al comparecer negare el hecho, o si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, el juez abrirá una articulación probatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, y si de la misma no resultare negado el hecho de la separación se decretará el divorcio; en caso contrario, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente. (parr. 4 de la parte de Decisión de la Sentencia)

Precisando de una vez que regula el artículo 607 del CPC (1990)

Artículo 607 Si por resistencia de una parte a alguna medida legal del Juez, por abuso de algún funcionario, o por alguna necesidad del procedimiento, una de las partes reclamare alguna providencia, el Juez ordenará en el mismo día que la otra parte conteste en el siguiente, y hágalo ésta o no, resolverá a más tardar dentro del tercer día, lo que considere justo; a menos que haya necesidad de esclarecer algún hecho, caso en el cual abrirá una articulación por ocho días sin término de distancia.

Si la resolución de la incidencia debiere influir en la decisión de la causa, el Juez resolverá la articulación en la sentencia definitiva; en caso contrario decidirá al noveno día.

Si leemos detenidamente el mencionado artículo se puede apreciar que la sentencia establece un procedimiento regido por el principio de escritura, el cual no es aplicable en los casos de protección tal como será explicado posteriormente.

Esto sin entrar a analizar el origen de la misma, pues como se dijo en los antecedentes es emitida por la Sala Constitucional actuando como legislador, esto es, que tenemos al máximo órgano judicial legislando y no sobre cualquier particular, lo tenemos creando leyes sobre materias procedimentales, por ello es importante recordar que las normas de procedimiento son de orden público y por lo tanto no pueden ser relajadas por las partes ni mucho menos por el juez o jueces, en virtud de que se tienen que cumplir con el principio de reserva legal, esto es, que la única manera de reformar estos procedimientos debería ser mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional.

Esta sentencia tiene su inicio en un juzgado de Municipio, el cual realiza una interpretación del CC (1982) de conformidad a lo establecido en la CRBV (1999), en aplicación del famoso control difuso de la constitución, tal como lo expresamos en los antecedentes es claro que tenemos una CC (1982) anticuado no cónsono a la Constitución, en cuanto al concepto de familia pero no por ello tiene la autoridad el Juez de Municipio de reformar procesalmente el procedimiento de divorcio.

Sobre este particular expone Brewer Carías lo siguiente:

Esto es lo que le impone la ley, no estando autorizado ni legal ni constitucionalmente un juez de municipio a proceder a “inventar” un “proceso de divorcio” donde no lo hay, y proceder a aplicar el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil y “permitir la promoción y evacuación de pruebas por vía de articulación, a fin de clarificar y resolver la situación que se presenta cuando el cónyuge citado niega la

separación de hecho o la ruptura fáctica respecto al otro cónyuge por más de cinco (5) años.” Eso no es ejercicio de control difuso de constitucionalidad alguno por un juez ordinario, sino mera arbitrariedad judicial. (p.6)

Tal como lo señala Brewer Carías, el control difuso no consiste en crear un procedimiento nuevo, el control difuso es adecuar una determinada norma a la Constitución, pero la misma no puede ser de procedimiento como lo fue en este caso, posterior a ello y tras un largo proceso que no se transcribirá en el presente trabajo, se llega hasta la Sala Constitucional, la cual le da la razón al juez de instancia, por la ponderación de derechos entre la CRBV (1999) y el CC (1982), bajo los siguientes parámetros tal y como sigue Brewer Carías:

La Sala Constitucional, sin embargo, no lo estimó así, y procedió entonces ella misma no sólo a avalar la inconstitucional decisión del juzgado municipal, sino a realizar la misma Sala, “una interpretación “conforme a la Constitución” del mencionado artículo 185-A,” haciendo supuestamente una “ponderación de derechos y garantías constitucionales, como los contenidos en los artículos 75 y 77 constitucionales, los relacionados con las libertades del ser humano y el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva,” incluyendo además, en la “ponderación”, “el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 26); los derechos al debido proceso y a la prueba (artículo 49); así como el derecho a la protección de la familia (artículo 77).” (p.6)

Escovar León (2015) en el Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación con relación a la interpretación de la sentencia expuso:

De tal forma que si el intérprete se encuentra ante un asunto complejo, como lo es ciertamente un divorcio y sobre manera si se alega separación de hecho por más de cinco años, tendremos que determinar si la interpretación literal resuelve el problema o, más bien, lo deja sin resolver y con ello agrava la situación fáctica. (p.2259).

Se puede pensar que la respuesta no puede ser el archivo del expediente como incluso se llegó a discutir en el proceso de elaboración del CC (1982), porque como se ha dicho complicaría el trámite de divorcio termina afectando el medio familiar, ya que es un problema que no se está resolviendo, en donde el juez se queda solo con una parte de la verdad, siendo entonces la respuesta de la jurisprudencia la aplicación de lo contemplado en el artículo 607 del CPC (1990).

Sin embargo, con relación a la aplicación del Artículo 607 del CPC (1990), el sustento no es solo, que se trata de un situación jurídica incierta al dejar al aire esa solicitud de divorcio de mutuo acuerdo que fue negado por uno de los cónyuges o por el Fiscal del Ministerio Público, sino que también en el CPC (1990) admite la aplicación de este cuando hay una contradicción en la conversión de separación de cuerpos a divorcio tal como lo señala el artículo 765 del CPC (1990), de ahí que se considerara ajustado a derecho la aplicación supletoria de este procedimiento de incidencias que regula el CPC (1990).

En el anterior orden de ideas, es claro que no se está de acuerdo con el procedimiento mediante el cual fue modificado el artículo 185-A del CC (1982), se

trata de un procedimiento contrario a lo que se encuentra regulado, porque repetimos es irregular que se haya reformado normas procedimentales a través de una sentencia, la intención de la investigación es enfocarse en la influencia de esta sentencia en un procedimiento cuya naturaleza oral es inobservable y choca con el artículo 607 del CPC (1990) porque el mismo se encuentra orientado a un procedimiento de naturaleza escrita y para aquellos casos en donde no existe un procedimiento previsto para el trámite.

Con relación a la aplicación del artículo 607 del CPC (1990), es importante señalar que este se encuentra actualmente en proceso de reforma, modificando en este caso lo establecido en el artículo 607 antes mencionado, quedando incluso en un estado más profundo de inseguridad jurídica, los ciudadanos al no tener claro cuál será el procedimiento que se usará para estos casos de divorcio, se tiene entonces la modificación del artículo 607 por el 576 del proyecto de reforma a la fecha del 17 de marzo del 2016, el mismo establece:

Son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan objeto principal del juicio, guarden alguna relación mediata o inmediata por su influencia sobre este. Salvo que exista otro medio de tramitación o por disposición expresa de la ley, toda cuestión incidental debe proponerse en forma concentrada y resolverse inmediatamente en las audiencias, una vez oída la parte contraria.

Cuando surja alguna cuestión incidental fuera de las audiencias, el juez jueza la decidirá en estas, salvo que por alguna necesidad de procedimiento, razones de urgencia o de continuación del trámite ordinario justifiquen una decisión inmediata antes de la audiencia, en cuyo caso la interlocutoria que se produzca tendrá apelación diferida con la definitiva.



Esta cuestión incidental se presentará por escrito acompañada de las pruebas documentales y de la proposición de cualquier otra prueba que quiera hacer valer el solicitante. Una vez admitida por el tribunal, la parte contraria deberá contestarla al tercer día de despacho siguiente, acompañándola igualmente de las pruebas documentales y de la proposición de cualquier otra prueba que quiera esta hacer valer en su defensa. Al día de despacho siguiente, el tribunal decidirá sobre la cuestión sin más dilación, salvo que estime necesaria la materialización de alguna otra prueba de las propuestas por las partes o de oficio por el tribunal, en cuyo caso fijará un lapso que no excederá de ocho días de despacho, luego del cual pronunciará por escrito su decisión de inmediato. (p.138)

Sin duda alguna, sería entonces una vez aprobada la reforma, objeto quizás de otra tesis, a los fines de analizar cuál será en definitiva el procedimiento a usarse en materia de divorcio 185-A en protección cuando exista una negativa por parte de alguno de los cónyuges o del Fiscal del Ministerio Público.

**Implementación del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil en el procedimiento de divorcio contencioso establecido en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.**

Ya como se ha podido analizar, el artículo 607 del CPC (1990) parece diseñado a circunstancias particulares cuando dentro de un proceso judicial debe aclararse cierto punto, en materia de situaciones relacionadas con el estado civil de las personas el razonamiento que usa la Sala Constitucional al dictar la sentencia

objeto de estudio, fue que tal como se explicó en el caso de la conversión de separación de cuerpos en divorcio.

El problema con este artículo es que se encuentra incurso en un Código cuya naturaleza escrita es la que priva, es decir, el principio de escritura, en donde existe una prevalencia por las actuaciones escritas, siendo totalmente distinto a lo regulado en la LOPNNA (2007), como ya se ha explicado, dado que este consta de dos fases, en una de ella se realiza una audiencia de mediación y otro una audiencia oral, por ello la aplicación de la sentencia en materia de protección altera considerablemente lo consagrado por el legislador, el principio de oralidad antes señalado es fundamental para todo los procedimientos en materia de familia regulados por la LOPNNA (2007), la cual establece que el juicio es oral y solo se admiten las formas escritas previstas en la Ley, como por ejemplo la demanda y la contestación.

La implementación de este principio no ha sido nada fácil, pues como lo expone Puppio (2010) “el reto para el juez civil en el procedimiento oral es cambiar la idiosincrasia judicial tradicional, fundada en una comunicación escrita que impide la aproximación entre el juez como conductor del proceso y las partes” (p. 169).

En este mismo orden Anuel Morales, expone en su artículo sobre los Principios Procesales en el Procedimiento Contencioso lo siguiente:

La fórmula acogida por el legislador en la LOPNNA, consiste en determinar de manera precisa cuales de los actos deben efectuarse en forma oral y mantener con la formalidad de la escrituralidad todos aquellos en los que no se señale expresamente que deben ser efectuados verbalmente (p.443).

Como se ha explicado, este principio se manifiesta en la audiencia preliminar, en la audiencia de sustanciación y en la audiencia de juicio, todas teniendo por norte la oralidad, además de que se puede apreciar también en el derecho a opinar que tienen los NNA bajo el concepto de la Doctrina de la Protección Integral, esta opinión se da de forma oral no de forma escrita, siendo esto así tenemos un proceso integrado por la oralidad distinto a lo establecido en el CPC (1990).

La implementación de este principio de oralidad, supone una derogatoria parcial del artículo 25 del CPC (1990), sin embargo expone Morales (2002) lo siguiente:

En todo proceso oral, sin embargo, hay una oportunidad en la cual el principio de oralidad se aplica de manera estricta, que es en el acto en el cual confluyen juez, partes, testigos, peritos y pruebas para ser apreciados de manera directa y sin mediación por el sentenciador, denominado en algunos juicios “audiencia oral”.

Con lo cual, es importante que exista una mixtura en los procedimientos porque es imposible realizar todo un proceso sin que esté presente la escritura, lo que parece complicado desde el punto de vista procesal es aplicar un artículo del CPC (1990) al procedimiento contencioso ya regulado en la LOPNNA y más cuando se trata de un aspecto sustantivo tan delicado como lo es el divorcio.

Ahora bien, circunstancias como estas se intentaron cubrir por el legislador, esto es, que pasa si se está frente a un supuesto de hecho que no está regulado en la LOPNNA (2007), es decir, estamos en presencia de lo que se denomina laguna legal, la misma ley señala que la aplicación preferente corresponderá a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT, 2002), específicamente se encuentra señalado en el artículo 452 de la LOPNNA (2007):

#### **Artículo 452. Materias y normas supletorias aplicables**

El procedimiento ordinario al que se refiere este Capítulo se observará para tramitar todas las materias contempladas en el artículo 177 de esta Ley, salvo las excepciones previstas expresamente en esta Ley.

Se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil en cuanto no se opongan a las aquí previstas.

La razón de ser de este artículo es que en materia Laboral y Protección existe un símil entre los procedimientos dado que ambos priva el principio oralidad en virtud de las audiencias que se realizan en estos, es decir, es un proceso de audiencias, en la primera tiene como finalidad como ya se ha explicado tratar de llegar a un acuerdo entre las partes dado que en ambos se trata de una mediación por parte del juez, además que se cuenta en esta fase con una fase de fijación de hechos controvertidos y preparación de pruebas para finalmente llegar a la audiencia de juicio, en donde las partes verbalmente expondrán sus respectivos alegatos y evacuarán las pruebas pertinentes hasta finalmente tener una decisión, específicamente, la parte dispositiva de la sentencia, cuando se aprecia la relación que existe entre ambos procedimientos se entiende porque existe una preferencia en aplicar la LOPT (2002) que el CPC (1990).

En estos procedimientos por audiencias como explica Perdomo en el libro Constitución, Proceso, Pruebas y Reforma Procesal (2012):

Los principios procedimentales: inmediación, concentración y publicidad, adquieren su máximo relieve en el proceso por audiencia. El juez recibe directamente el impacto de las pruebas. Su razonamiento tiene mayor fuerza e idoneidad en

la sentencia, al analizar el debate probatorio. El establecimiento de los hechos y la valoración de las pruebas, definen las posibilidades del juicio y la respectiva solución. Es el demandado, quien al contestar la demanda delimita el alcance del debate probatorio. La audiencia produce ese encuentro para el examen de la pretensión, para el establecimiento de los hechos, para la valoración y apreciación de las pruebas. En algunos sistemas procesales se prevé la conciliación antes del juicio oral (caso España), pero juez está limitado por la normativa y no puede avanzar criterio, aunque es obligatoria la comparecencia al procedimiento conciliatorio y es un requisito preliminar (caso España). (p. 207)

En el caso de Venezuela, la aplicación de estos principios se plasman en el éxito que han tenido la aplicación del procedimiento oral en el proceso laboral y en el de protección, que queremos hacer énfasis son completamente distintos al procedimiento ordinario del CPC (1990) que es de donde se origina el artículo 607, el cual es de obligatorio cumplimiento acorde a la sentencia de la Sala Constitucional.

Además de la diferencias de procedimientos planteadas anteriormente, un aspecto importante para imposibilitar la aplicación de este procedimiento creado jurisprudencialmente es que en materia de protección se discuten derechos de NNA, los cuales son considerados Derechos Humanos y es por ello que existe un procedimiento creado especialmente para solucionar las controversias que los envuelva.

En este orden de ideas, Requena en su artículo sobre el Divorcio con base en el artículo 185-A del Código Civil y los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (2001) señala:

¿Tendrán algún interés un niño, niña o adolescente, hijo o hija de una pareja obviamente casada, que pretendan divorciarse por la vía del artículo 185-A del Código Civil? La respuesta deberá ser en todo tiempo afirmativa, por supuesto que sí, muchísimo interés, todo el interés, no en la decisión que han tomado sus padres de divorciarse sino en los aspectos relativos a la obligación alimentaria, al régimen de visitas y guarda, los cual le conciernen ciertamente. (p. 291)

Esto es así, porque en función de los NNA se ha venido desarrollando y aplicando la llamada Doctrina de la Protección Integral, la cual consiste en ver a los NNA como sujetos de derechos, esto es, como titular de derechos y no como objetos de derechos, es decir, que no tienen espacio para expresarse o realizar un efectivo ejercicio de sus derechos.

Ahora bien, porque hacemos mención a la Doctrina de la Protección Integral, porque venimos de un paradigma llamado Situación Irregular la cual es la que se asocia con la figura de los NNA como objetos de derechos, esta ha creado esa noción de que los niños y adolescentes no tienen derechos, así como a limitarlos y no pensar en función del desarrollo de estos, dicha situación se ve plasmada en el momento en que un procedimiento de divorcio que involucre a NNA la opinión de estos no se tome en cuenta, es por ello que con la entrada en vigencia de la LOPNA (2000) y luego LOPNNA (2007) se establece el derecho a opinar y es en función de todo esto que se dictan unos lineamientos para escuchar o tomar la opinión de los NNA en los procedimientos judiciales.

Esta Doctrina de la Protección Integral cuenta con una serie de principios claros y ampliamente desarrollados para su correcta aplicación, estos son: el Principio de Igualdad y No Discriminación, el del Interés Superior del Niño, el de Efectividad, el de Prioridad Absoluta y el de Corresponsabilidad.

El primero es el pilar fundamental sobre el cual se edifica la filosofía de los Derechos Humanos y se hace referencia a los Derechos Humanos porque los Derechos de los Niños y Adolescentes son considerados como tales, esto es que son inherentes a ellos por ser niños y adolescentes, así como los derechos humanos son inherentes al hombre por simplemente tener esa condición de humano, el carácter universal de las políticas sociales tiene que ver de manera inmediata con este principio, está dirigido a vencer las condiciones, situaciones y circunstancias, generalmente sociales, económicas y culturales, que generan discriminación y por ende desigualdad.

Se encuentra regulado en el artículo 2 de la CDN (1989) que dispone:

“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

Este principio está destinado al desarrollo de políticas de justicia y equidad en el ámbito público y privado que garanticen el respeto de los DDHH de los niños. No debe haber distinción para negar o conceder derechos, utilizándose como fundamento la condición social, el sexo, la religión, la edad, pero al mismo tiempo este principio de igualdad establece un elemento novedoso en materia de DDHH con alcance posterior, que se proyecta más allá de la propia condición del niño, al prohibir no solo la discriminación en razón de las condiciones inherentes a la propia persona del NNA, sino que además abarca el amplio sentido de traspasar su propia condición de NNA, para evitar y prohibir la discriminación en razón de alguna condición de sus padres o representantes legales (la condición de los padres no debe ser nunca un elemento de juicio para la condición discriminatoria del niño).

En Venezuela este principio se encuentra en el Artículo 3 de la LOPNNA (2007) que establece:

“Las disposiciones de esta Ley se aplican por igual a todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, pensamiento, conciencia, religión, creencias, cultura, opinión política o de otra índole, posición económica, origen social, étnico o nacional, discapacidad, enfermedad, nacimiento o cualquier otra condición de los niños, niñas o adolescentes, de su padre, madre, representante o responsable, o de sus familiares”.

Podemos decir, que el mencionado principio tiene una especial relevancia, con relación a ciertas medidas que toman los órganos integrantes del Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, como por ejemplo si dictan una medida de protección por causa de pobreza, en vez de ayudar a través de algún programa que



ayude a mejorar la situación socioeconómica de la familia, para así mejorar la calidad de vida.

El segundo principio es el Interés Superior del Niño, este sin duda es uno de los más importantes, es considerado el principio base de la Doctrina, pero este al ser un concepto jurídico indeterminado en muchas oportunidades puede ser aplicado arbitrariamente.

Este se encuentra regulado en el artículo 8 de la LOPNNA (2007):

“El Interés Superior del Niños, Niñas y Adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

**Parágrafo Primero.** Para determinar el interés superior de niños, niñas y adolescentes en una situación concreta se debe apreciar:

- a) La opinión de los niños, niñas y adolescentes
- b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y sus deberes.
- c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente.
- d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las personas y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente.

e) La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.

**Parágrafo Segundo.** En aplicación del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

Cuando se hace referencia a este principio se suele exponer como un principio-derecho, es decir, que se puede no solo usar como principio de interpretación y de aplicación de toda la Convención, sino que además se puede alegar como derecho sustantivo y subjetivo de NNA, además que se trata de un principio garantista que busca de cierta manera hacer valer los derechos de los NNA.

El principio del Interés Superior del Niño tiene que ver con todas las decisiones, es de aplicación individual, colectiva y difusa, es por ello que en casos de divorcio en donde estos se encuentren involucrados es claro que todas las decisiones deberán tener por norte el Interés Superior de los NNA.

El tercero va orientado con la efectividad de los derechos de los NNA, este tiene relación con el correcto cumplimiento y ejecución de los derechos de los NNA, esto es, pensemos en el conjunto de derechos de los NNA como una diana, que está conformada por un conjunto de órganos encargados de proteger y aplicar las normas contenidas en la LOPNNA (2007) y en la CDN (1989), pero si no apuntamos al medio y acertamos, no tiene sentido, significa que nada hacemos con las leyes y órganos si no logramos que esos derechos sean ejecutados, es decir, respetados y salvaguardados tanto por el Estado como por la sociedad.

Al final este principio busca que existan las garantías necesarias para el ejercicio y cumplimiento de los derechos de los NNA, porque nada se hace con

marcos normativos muy bien desarrollados pero que lamentándolo mucho no son aplicados correctamente.

Luego tenemos el principio de prioridad absoluta, en el entendido que prioridad no es un concepto simple, dar prioridad a algo es tenerlo antes que cualquier otra cosa, es lo principal, es más que los demás, en términos jurídicos la prioridad significa asignación preferente, atención preferente y protección preferente, dicho principio se encuentra consagrado en la LOPNNA (2007) en el artículo 7:

“El Estado, la familia y la sociedad deben asegurar, con Prioridad Absoluta, todos los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. La prioridad absoluta es imperativa para todos y comprende:

- a) Especial preferencia y atención de los niños, niñas y adolescentes en la formulación y ejecución de todas las políticas públicas.
- b) Asignación privilegiada y preferente, en el presupuesto, de los recursos públicos para las áreas relacionadas con los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y para las políticas y programas de protección integral de niños, niñas y adolescentes.
- c) Precedencia de los niños, niñas y adolescentes en el acceso y la atención a los servicios públicos.
- d) Primacía de los niños, niñas y adolescentes en la protección y socorro en cualquier circunstancia

Por último y no menos importante la Doctrina de la Protección Integral desarrolla el principio de corresponsabilidad, aquí se busca que exista una interrelación entre Estado, familia y sociedad con la finalidad de garantizar el

cumplimiento y ejercicio de los derechos de los NNA, el mismo se encuentra regulado en la LOPNNA (2007) en el artículo 4-A:

**Artículo 4-A** que dispone “El Estado, las familias y la sociedad son corresponsables en la defensa y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que asegurarán con prioridad absoluta su protección integral, para lo cual tomarán en cuenta su interés superior, en las decisiones y acciones que les conciernan”

Si se analizan todos estos principios se entiende la razón de los procedimientos especiales en materia de protección, como se ha explicado en estos casos no se están resolviendo cualquier derecho, sino que se trata de derechos humanos relacionados con NNA, mal pudiese entonces una sentencia omitir en su texto estos derechos y pretender su aplicación de manera preferente al procedimiento legalmente diseñado para estos casos particulares.

Como se esté un evidente análisis procesal en materia de protección, no se puede obviar que dentro de estas normas especiales hay que hacer referencia al Derecho a Oír al Niño regulado en el artículo 80 de la LOPNNA (2007) y con anterioridad en la LOPNNA (2000), sobre este es importante considerar que su incorporación representa un cambio de paradigma radical, ya que, era la primera vez que se le daba tanta importancia a lo que tuviese que exponer cualquier NNA que esté incurso en un procedimiento judicial.

Morales en su artículo Los Procedimientos Familiares Contenidos en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2002) señala:

Ahora bien el receptor de la opinión del niño debe, necesariamente plasmar la información en un acta.

Dependiendo de las circunstancias del caso y de la edad del niño, el acta deberá recoger en términos claros y objetivos lo expresado, habiéndosele previamente informado al niño de lo que se trata, él deberá firmarla conjuntamente con el juez e igualmente de haber un tercero presente. La garantía de su derecho a expresar su opinión debe traducirse en este acta, el cual cursará a los autos ya que no se trata de una información que pertenece al fuero privado del juez, sino que constituye parte de la recopilación necesaria para el conocimiento del mérito (p.258)

Como ya se ha explicado, hoy en día existen unos lineamientos para tomar su opinión y esto es consecuencia de la especificidad del tema, por esto es que se tienen procedimientos especiales creados para esta área del derecho y es muy difícil adaptarlos a un aspectos procesales creados vía jurisprudencia sin tomar en cuenta todos los principios que influyen en el derecho de los NNA.

Al respecto la Sala Constitucional en sentencia N° 09-1082 del 24 de mayo del 2010 señala:

Que “la opinión del niño, niña y adolescente de acuerdo a lo que prevé el artículo 80 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, es una actuación que se lleva a cabo para garantizar su derecho a expresarse libremente, y conlleva a que en el ejercicio personal y directo del escuchado, éste exprese libremente sus ideas, inquietudes y decisiones las cuales deben ser tomadas en cuenta en cualquier asunto que les concierna. En su actuación el Juez a quien corresponda oírle, como garante de tal derecho, realizará el acto de la forma más adecuada a la situación

personal y desarrollo de quien opina sin más límites que los derivados de su interés superior, de resultar lo contrario a la normativa prevista para el caso, el fallo que se produzca sin tomar las consideraciones necesarias previstas en la Ley causará un gravamen que procesalmente sólo puede ser reparado en la definitiva con la nulidad del fallo”.(párr 4 del Obiter Dictum).

Como se ha dicho, el fundamento de la aplicación preferente en materia de protección de sus procedimientos es por la naturaleza y principios procesales contenidos en la Ley.

En el caso de divorcio 185-A que involucre a NNA, tendrá que en dicha solicitud, establecer la custodia como elemento de la responsabilidad de crianza, la obligación de manutención y el régimen de convivencia familiar, tal como fue explicado y cuyas ideas damos por reproducidas.

Esto porque repetimos no se estaría debatiendo cualquier asunto, dado que, la fijación del régimen de convivencia familiar como el de obligación de manutención, forman parte del desarrollo de los NNA involucrados en supuestos de hechos de divorcios, separaciones de cuerpos y fin de uniones estables de hechos, por ello había que crear un procedimiento especial, en dónde las mencionadas instituciones fuesen salvaguardadas.

Este es la base para que exista un fuero de atracción en materia de protección cuando se trate de casos de NNA, con lo cual si bien la sentencia N° 446 de Sala Constitucional establece un nuevo supuesto sustantivo y adjetivo en materia del

divorcio 185-A, en caso de que existan NNA se deberá aplicar el procedimiento contencioso establecido en la LOPNNA (2007) por la razones ya explicadas.

Con relación al fuero atrayente en materia de protección la Sala Constitucional en Sentencia 994 del 10 julio del 2012 señala:

Ello así, esta Sala considera que para resolver cuál es el tribunal competente *ratione materiae* debe atenderse entonces al principio del interés superior del niño y a la circunstancia de que se trata de la alegación de infracciones impetradas en sujetos de derecho cuya protección interesa de manera primordial al Estado, toda vez que la protección integral de los niños, niñas y adolescentes se ha erigido en un desiderátum de éste, que se traduce, entre otras cosas, en la implementación de un fuero atrayente en esta materia, a los fines de procurar que tales asuntos sean conocidos y decididos por jueces formados en la doctrina de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, para alcanzar la mayor efectividad en la tutela judicial de estos sujetos. Tal afirmación se fundamenta igualmente en la enumeración meramente enunciativa contenida en el artículo 177 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que establece la competencia de los Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (parr. 18 del punto IV de la sentencia)

A su vez la sentencia N° 926 del 1 de junio del 2001, igual se Sala Constitucional señala:

Al respecto considera esta Sala que, dentro del litis consorcio activo a que se refiere el juicio intentado se encuentran comprendidos cuatro adolescentes, situación que justifica que su conocimiento se encuentre asignado, en virtud del fuero de atracción personal, a los órganos jurisdiccionales que tienen atribuida la competencia especialísima en materia de protección al niño y al adolescente, ello además, implica que, en principio, la normativa aplicable será la contenida en la Ley especial que rige la materia, tal razonamiento se desprende del espíritu, propósito y alcance de las disposiciones normativas contenidas en la Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente y en su exposición de motivos, muy especialmente en las normas insertas en los artículos 177 y 452 de dicho texto legal.

Ahora bien, esta última disposición citada previene:

Artículo 452.- Materias.

El procedimiento contencioso a que se refiere este capítulo se observará para tramitar todas las materias relativas a los asuntos de familia y los asuntos patrimoniales, señalados en los párrafos primero y segundo del artículo 177 de esta Ley, excepto adopción, guarda y obligación alimentaria.

Los procedimientos para los asuntos contenidos en el párrafo cuarto del artículo 177 de esta Ley serán los previstos en el Código de Procedimiento Civil para las correspondientes materias, excepto el régimen de visitas en el cual se aplicará lo dispuesto en esta Ley.



Por otra parte la norma contenida en el artículo 178 establece:

Artículo 178. - Atribuciones.

Los jueces conocerán de los distintos asuntos y de los recursos, conforme al procedimiento que, en cada caso, prevé esta Ley y, en su defecto, conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con lo dispuesto en las normas transcritas será menester determinar, en cada caso, si el asunto sometido al conocimiento del juez, es de carácter familiar, patrimonial o posee cualquier otra naturaleza; asimismo, será necesario establecer si se encuentra regulado por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente o si debe sustanciarse de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil u otra ley especial, para determinar el procedimiento que le resulte aplicable para su tramitación. Tal precisión la realiza el juzgador cuando examina el asunto sometido a su consideración. (parr. 4 del punto Consideraciones para decidir)

A su vez la sentencia N° 2099 del 5 de agosto del 2003 igualmente de Sala Constitucional señala:

Ciertamente como señala la sentencia parcialmente transcrita existe un fuero atrayente en materia de niños y adolescentes, lo que esta Sala y la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia han venido reconociendo pacífica y reiteradamente. Sin embargo, y aun cuando en principio

siempre resulte preferentemente aplicable la Ley especial de la materia, que en este caso es la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, ello no excluye que, excepcionalmente, se aplique el Código de Procedimiento Civil por la remisión expresa que realiza la citada norma legal, cuando algún procedimiento o institución no se encuentre regulado en aquella Ley, siempre que no exista contradicción entre ambos instrumentos. (parr 14 de Consideraciones para decidir)

Tal como se desprende de las sentencias antes mencionadas, existe un fuero atrayente en materia de protección, no solo para que sea el Juez de esta materia quien conozca de estos asuntos, sino que además debe existir una aplicación preferente también cuando se habla de los procedimientos, como lo explica la sentencia anterior, si no está regulado en la LOPNNA, entonces en ese momento si se usa supletoriamente el resto de las normas, pero en el caso del divorcio, existen dos procedimientos creados para su tramitación, por ello resulta inviable la aplicación de un artículo del CPC (1990), que no tiene relación ni con los principios desarrollados en la LOPNNA ni con el procedimiento de audiencias diseñado para este. Añadiendo el hecho de que en caso de que no se aplique el procedimiento señalado en la LOPNNA este no podrá contradecir los principios en ella contenidos.

## **CAPÍTULO V**

### **PRÁCTICA FORENSE EN MATERIA DE PROTECCIÓN CON EL USO DE LA SENTENCIA N° 446 DE LA SALA CONSTITUCIONAL.**

**Consecuencias del uso de la Sentencia N° 446 de la Sala Constitucional en el procedimiento de divorcio contencioso regulado en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.**

La práctica forense con relación al procedimiento de divorcio hoy en día no se ve afectada únicamente por la sentencia objeto de estudio, sino que se debe sumar las sentencias del 2 de junio del 2015, la del 9 de diciembre del 2016 y la del 31 de marzo del 2017, las dos primeras de Sala Constitucional y la última de la Sala de Casación Civil, la primera reforma nuevamente el CC (1982), con relación a las causales de divorcio, pues antes de esta sentencia, se consideraban que eran de carácter taxativas, es decir, un número cerrado, no estando dentro de las posibilidades del justiciable presentar una demanda de divorcio por una causal distinta a la regulada en el CC (1982), actualmente producto de las sentencias antes mencionadas, las causales de divorcio son enunciativas, pudiendo aquellos sujetos que no se encuentren dentro de los supuestos de hechos planteadas en el artículo 185 del CC (1982), alegar cualquier otra causal, como por ejemplo diferencias irreconciliables. Lo que aún queda en duda es el procedimiento aplicable para esos supuestos no establecido en el CC (1982). La sentencia del 2 de junio del 2015 expone:

Esta Sala Constitucional realiza una interpretación constitucionalizante del artículo 185 del Código Civil, y declara, con carácter vinculante, que las causales de divorcio contenidas en el artículo 185 del Código Civil no son taxativas, por lo cual cualquiera de los cónyuges podrá demandar el divorcio por las causales previstas en dicho artículo o por cualquier otra situación que estime impida la continuación de la vida en común, en los términos señalados en la sentencia N° 446/2014, ampliamente citada en este fallo;

incluyéndose el mutuo consentimiento (parr. 1 del punto V de Consideraciones para decidir).

Ese procedimiento al cual hace mención la sentencia del 2 de junio del 2015, es el aplicable de conformidad al artículo 607 del CPC (1990), sobre este artículo Henríquez La Roche (1991) señala, “ la pertinencia de este procedimiento para incidentes surgidos en fase de ejecución del procedimiento ordinario”(p.396), en otras palabras este no se encuentra orientado para resolver el fondo de un asunto, tal como se espera se aplique con la sentencia N° 446, pues será a través de este procedimiento que entonces se decidirá un tema tan delicado, complicado y extenso como lo es el Divorcio, ya no de mutuo acuerdo porque estaríamos hablando de un procedimiento cuya naturaleza es contenciosa, aunado a esto estaríamos haciendo caso omiso al procedimiento legalmente establecido para el caso de los divorcios de naturaleza contenciosa regulado en el CPC (1990) e incluso el procedimiento contencioso regulado en la LOPNNA (2007).

Siendo esto así cabe entonces preguntarse ¿Cuál es entonces el procedimiento aplicable a estos supuestos de hecho, esto es, aquellos divorcios en los cuales el demandante alegue diferencias irreconciliables pero dicha situación sea adversada por el otro y existan NNA involucrados? , es decir, los casos considerados contenciosos que se deban tramitar ante los tribunales de protección.

La decisión antes citada hace referencia, que se deberán observar los términos planteados en la sentencia objeto de estudio, esto es, que se aplique la articulación del 607 del CPC (1990), preguntándose ¿cómo quedará el procedimiento contencioso establecido en la LOPNNA (2007)?, ¿Está derogado para este tipo de trámite en virtud de la sentencia del 2 de junio del 2015?, ¿No crearía esto inseguridad jurídica respecto al procedimiento de divorcio?

En virtud de todo lo que se ha explicado, el trámite que ha de seguirse en aquellos casos en que el cónyuge niegue la separación o el Fiscal del Ministerio Público se oponga o se alegue una causal distinta a la estipulada en el 185 del CC (1982), estando en un caso evidente de jurisdicción contenciosa, dado que son dos partes que no están de acuerdo en los términos del divorcio planteado, se debe aplicar el procedimiento contencioso establecido por la LOPNNA (2007), lo regulado en los artículos 450 y siguientes de la LOPNNA (2007) para tal supuesto, más no el artículo 607 del CPC (1990).

Pues como se ha dicho en reiteradas oportunidades, el mencionado artículo formar parte de un código cuyo principio rector es el de escritura, además de que las normas contenidas en la LOPNNA (2007), son de aplicación preferente por la naturaleza jurídica de los derechos involucrados, no pudiendo aplicar normas con principios procesales distintos que además vayan en contra a lo consagrado por el legislador con relación a las normas procesales aplicables.

Es importante señalar que en aquellos casos de divorcio de mutuo consentimiento, en donde las partes alegan diferencias irreconciliables y no tienen más de 5 años separados, los Tribunales de protección han acatado la nueva doctrina, declarándolo con lugar y el procedimiento empleado es el de jurisdicción voluntaria, sobre este punto la sentencia del 2 de junio del 2015 señaló con carácter vinculante lo siguiente:

Ello así, en atención a lo dispuesto en el artículo 177 de la ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, los cónyuges cuyos hijos sean menores de edad que de mutuo acuerdo deseen divorciarse, acudirán ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en función de sustanciación y mediación del lugar donde hayan establecido su último domicilio conyugal y, previo acuerdo igualmente, expreso e inequívoco, de las instituciones

familiares que les son inherentes, para solicitar y obtener, en jurisdicción voluntaria, una sentencia de divorcio. Así se declara. (parr. 3 del punto V de Consideraciones para decidir).

Destacando entonces que en la sentencia del 2 de junio del 2015 si se hizo referencia al procedimiento especial de jurisdicción voluntaria regulado en la LOPNNA (2007), esto es, que efectivamente en aquellos casos en dónde las partes aleguen diferencias irreconciliables de mutuo acuerdo y hayan NNA involucrados, el procedimiento aplicable es el regulado en los artículos 511 y siguientes de la LOPNNA (2007).

En este mismo orden de ideas, las sentencias de los Tribunales de Protección, al momento de dilucidar los divorcios bajo el supuesto de hecho de diferencias irreconciliables de mutuo acuerdo, hacen referencia a que una vez comprobada la voluntad de divorciarse y haber fijado las instituciones familiares de conformidad al artículo 512 de la LOPNNA (2007) en la audiencia única, no hay razón para que no prospere la solicitud de divorcio, con lo cual podemos concluir que efectivamente se están realizando divorcios bajo esta nueva modalidad y que desde el punto de vista procedimental se aplican las normas establecidas en la LOPNNA (2007), haciendo la salvedad que en las sentencias del 2 de junio del 2015 y del 9 de diciembre del 2016, hacen referencia a la aplicación del procedimiento de jurisdicción voluntaria establecido en la Ley, situación distinta en los casos contenciosos, ya que, recordemos que en este supuesto la sentencia N° 446 de Sala Constitucional no dijo nada al respecto.

En la práctica hemos podido realizar trámites de divorcio con fundamento en la sentencia del 2 de junio de 2015 y la del 31 de marzo del 2017, específicamente casos de mutuo acuerdo, en donde el procedimiento aplicado por el tribunal que

conocía de la causa fue el de jurisdicción voluntaria contemplado en la LOPNNA (2007).

Analizado todo lo anterior, es posible decir que en materia de divorcio se ha dado recientemente un cambio tanto desde el punto de vista sustantivo y adjetivo, el primero se origina porque ya no existe una limitante en función a las causales que pueden ser alegadas, esto porque la sentencia del 2 de junio del 2015, 9 de diciembre del 2016 y la del 31 de marzo del 2017, establecen que las causales de divorcio ya no son taxativas sino enunciativas, este supuesto es aplicable tanto para los casos de protección como lo de civil ordinario.

Desde el segundo punto de vista, es decir, en la fase adjetiva en materia de divorcio, también hay una variedad de procedimientos aplicables, primero el artículo 185-A ya no termina con la negativa del cónyuge o con la oposición del Fiscal del Ministerio Público, sino que abrirá una articulación probatoria bajo el supuesto del artículo 607 del CPC (1990), aquí repetimos que este sería el caso cuando se ventile el asunto ante los tribunales civiles ordinarios. Dicho procedimiento según la sentencia del 2 de junio del 2015, será aplicable también en el caso de que se alegue alguna otra causal que no esté contemplado en el artículo 185 del CC (1982).

En este mismo orden de ideas, si la solicitud de divorcio es de conformidad a la causal del desafecto, es decir, al criterio establecido por la sentencia del 31 de marzo del 2017 el procedimiento aplicable será el de jurisdicción voluntaria, ya sea del CPC (1990) o el de protección de la LOPNNA (2007), esto porque se considera que no existe un contradictorio, por lo que hemos explicado en función a la manifestación de voluntad de uno de los cónyuges de no querer continuar con el vínculo matrimonial.

Por su parte en materia de protección, se podrán implementar los supuestos sustantivos establecidos jurisprudencialmente, pero el procedimiento aplicable debe ser el consagrado en la LOPNNA (2007) aun y cuando las sentencias no digan nada

con relación esto, en virtud de la explicación anterior por el foro de atracción en materia de protección.



## **Conclusiones**

Nuestro objetivo principal en la investigación era analizar como la sentencia N° 446 de la Sala Constitucional del 15 de mayo del 2014, influía en el procedimiento de divorcio establecido en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Hoy en día como se explicó en el extenso del trabajo se han originado una serie de cambios en el ámbito del divorcio por las sentencias que han sido dictadas por el Tribunal Constitucional, este ha tenido su fundamento en el hecho de que las normas del CC (1982) y el CPC (1990) son preconstitucionales y por ello se encuentran en una contradicción con el marco normativo constitucional actual.

Para llegar a la conclusión de que se tratan normas antiguas era necesario primero abordar los fines del divorcio, en ese aspecto se comprende que antes teníamos la aplicación del divorcio sanción, como se explicó este consistía en castigar al cónyuge que no cumplía con los deberes inherentes al matrimonio, por ello se buscaba limitar la diferentes maneras de poner fin a ese vínculo matrimonial, teniendo como finalidad la protección de la familia.

La Sala Constitucional considera que mantener esta concepción del divorcio no está acorde al avance de la sociedad, además de que dichas normas coliden con lo señalado en el artículo 77 de la Constitución, ya que, esta señala que se protegerá al matrimonio pero fundado en el libre consentimiento de los cónyuges, con lo cual si para contraer matrimonio es necesario que se cuente con el consentimiento dado de manera expresa, seria, pura y simple, es necesario entonces que ese mismo escenario aplique para el caso del divorcio.

Mal pudiera pensarse que obligando a una persona que no quiere a estar con otra, será un mecanismo para proteger a la familia y más cuando existan niños involucrados en este supuesto, es harto conocido que mantener esta relación podría

traer más problemas que soluciones, incluso que haya un reiterado incumplimiento de los deberes matrimoniales independientemente de cual se incumpla.

Por ello la Sala Constitucional busca flexibilizar los mecanismos legales para tramitar el divorcio, fundamentándose en lo anterior y en el Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, ahora bien, el contenido o el fundamento sustantivo aportado por la Sala nos parece correcto dado el avance que existe en la sociedad, tomando en cuenta que el Derecho debe ser dinámico y cambiante, sino sería obsoleta su aplicación, el problema está en el procedimiento aplicado para el cambio legislativo que impera en el país.

Como se explicó en el trabajo, la consecuencia de la sentencia N° 446 de Sala Constitucional y subsiguientes, produjeron una serie de cambios en aspectos procedimentales lo cual no ha debido suceder, pues estas normas son de eminentemente orden público siendo necesario para su modificación que el órgano legislativo actuara en función a lo dictado por la Sala, esto es, que las dispositivas de la sentencia en vez de cambiar las normas del Código Civil, ordenara a la Asamblea Nacional que se dictaran las leyes correspondientes para que existiera una armonía entre la Constitución y el Código Civil.

Como sabemos lo anterior no sucedió, sino que fue la misma Sala quien creó tanto las causales como el procedimiento aplicable en materia de Divorcio, esto significa tal como se señaló en el trabajo que las causales hoy día son enunciativas, con lo cual las personas que se encuentran en estas circunstancias podrán alegar cualquier supuesto aunque no esté establecido en el artículo 185 del Código Civil.

A lo anterior hay que añadir que una de las causales más importantes establecidas por la Sala Constitucional es la que tiene su fundamento en la teoría del desafecto y es extremadamente relevante porque esta consiste básicamente en que cualquiera de los cónyuges alegue que ya no tiene interés en seguir con ese vínculo

matrimonial y por ende desea terminarlo, es una especie de alegato relacionado con diferencias irreconciliables.

Si es la vía anterior la que usa cualquier de los cónyuges, porque tal como señala la sentencia puede ser alegado por uno solo, el tribunal que conozca de la causa revisará que la solicitud cumple con todos los requisitos de ley, se notificará al Fiscal del Ministerio Público y sin necesidad de contradictorio procederá a romper ese vínculo matrimonial, con lo cual tenemos la creación de una nueva causal de jurisdicción voluntaria que impedirá entonces que aquellos cónyuges que no deseen dar su consentimiento mantengan casi que de manera impositiva la relación matrimonial.

Es importante destacar que la causal antes señalada, puede ser alegada tanto en los tribunales civiles ordinarios como en los de protección y se deberá tramitar por el procedimiento de jurisdicción voluntaria que señalan los cuerpos normativos aplicables a cada caso.

Ahora bien, la Sentencia N° 446, debe ser considerada como la pionera cuando se refiere a las reformas que ha sufrido la institución del divorcio actualmente, ya que, es a partir de esta que se originan el resto, esta primera sentencia cambia radicalmente el supuesto del artículo 185-A del Código Civil, tal como hemos explicado y es por ello que colige con las normas procedimentales de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, dejando claro que si bien la sentencia ordena la apertura de una articulación probatoria transformando un caso de jurisdicción voluntaria en un evidente proceso contencioso, en materia de protección se deberá aplicar las normas procedimentales establecidas para el procedimiento de jurisdicción contenciosa.

Dejando claro entonces que en civil ordinario si se aplicará el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, cuando el Fiscal del Ministerio Público o el cónyuge

se opongan a la solicitud de divorcio por separación de hecho, este es el aspecto innovador de la Sentencia N° 446 de Sala Constitucional.

Adicionalmente, las sentencias que siguieron usaron como base esta para comenzar a flexibilizar las causales de divorcio, alejándonos entonces de la figura del divorcio sanción y entrando al campo del divorcio remedio, las 3 sentencias señaladas en el extenso del trabajo hacen mención expresa al procedimiento creado por la N° 446, por ello es que podemos afirmar que es esta la que cambia todo el marco normativo en materia de divorcio.

Finalmente, después de analizadas cada una de ellas, es evidente que se torna necesario la unificación de todos los criterios normativos, no es idóneo que a los fines de saber cuál es el procedimiento aplicable en cada caso tengamos que revisar la jurisprudencia, además que remitir a un artículo específico como lo es el 607 del Código de Procedimiento Civil, la resolución de los casos contenciosos cuya causal no esté en los supuestos del artículo 185 y el 185-A cuando el Fiscal o el otro cónyuge se oponga, pudiera acarrear una inseguridad jurídica en caso de que se produzca la reforma del mencionado instrumento normativo pues estaría cambiando la regulación señalada por la Sala Constitucional.

Luego tendremos el supuesto en que se alegue la causal relacionada con el desafecto en ese caso como señalamos se tramitará bajo el procedimiento de jurisdicción voluntaria, como se explicó. También estará vigente la aplicación del procedimiento ordinario del Código de Procedimiento Civil y de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando se alegue cualquiera de las causales del artículo 185 del Código Civil.

En conclusión, se han creado 3 procedimientos distintos en materia de divorcio y todos se encuentran regulados vía jurisprudencia, sin lograr que se pueda condensar todo en un mismo marco normativo.

Finalmente aún está vigente la figura de la separación de cuerpos y bienes, la cual era usada en su mayoría para aquellos casos en donde la pareja deseaba divorciarse pero no tenía los 5 años que requería el Código Civil, ahora bien si ya no es necesario tener los 5 años por haber mutuo acuerdo para solicitar el divorcio, queda preguntarse ¿se mantendrá vigente la figura de la separación de cuerpos y bienes? Pareciera ser que la respuesta es no, a menos que las partes deseen liquidar los bienes adquiridos durante esa comunidad conyugal si no celebraron matrimonio civil con capitulaciones matrimoniales, de lo contrario mal pudiese pensarse que la pareja tenga que esperar un año después del decreto de separación de cuerpos y bienes para solicitar la conversión en divorcio cuando es posible ahora solicitarlo mediante la causal del desafecto.

## Referencias

Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil

Calvo, E (2006). *Código de Procedimiento Civil (Comentado y Concordado)*. Caracas: Edit Libra.

Código Civil de Venezuela (1982). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 2.990 (Extraordinaria), julio 26, 1982

Código Civil de Venezuela (1985). *Antecedentes, comisiones codificadoras, debates parlamentarios, jurisprudencia, doctrina, concordancias*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado.

Código de Procedimiento Civil de Venezuela. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 4.209 (Extraordinaria), septiembre 18, 1990.

Cornieles, C y Morais, M. (2006). *Un nuevo procedimiento para LOPNA. Aproximación al Procedimiento Ordinario. En el quinto año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y Adolescente*. Caracas: Publicaciones Ucab.

Couture, E. (1972). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Dominguez, María. (2008). *Manual de Derecho de Familia*. Caracas: Colección Estudios Jurídicos.

Escovar, R. (2015). *Reflexiones sobre la reinterpretación del Artículo 185-A del Código Civil. En el libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Grisanti, Isabel. (1983). *Lecciones de derecho de familia*. Valencia: Vadell Hermanos Editores.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. (2007). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.859 (Extraordinario), diciembre 10, 2007.

López, F (2009). *Derecho de familia*, Caracas: Publicaciones Ucab.

Anuel, C. (2002). *Los Principios Procesales en el Procedimiento contencioso en asuntos de familia y patrimoniales. Segundo Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la protección de Niños y Adolescentes. Terceras Jornadas sobre LOPNA*. Caracas: Publicaciones Ucab

Puppio, V. (2010). *Teoría General de Proceso*. Caracas: Publicaciones Ucab.

Sentencia N° 446 de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mayo 15, 2014.

Sentencia N° 693 de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, junio 2, 2015.

Solangel Marquina, S. (2008) Influencia de la existencia de dualidad de procedimientos análogos establecidos en el ordenamiento jurídico para el conocimiento del divorcio contencioso según la legislación venezolana vigente (Trabajo de grado no publicado), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela.