

CONSIDERACIONES SOBRE LAS SENTENCIAS N° 446, 693, 1070 DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y LA N° 136 DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL EN EL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN

María Fernanda Innecco Duran

Profesora de las cátedras Derecho Civil V y Clínica Jurídica de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)

Resumen

El artículo tiene como finalidad analizar la influencia de las sentencias N° 446, 693, 1070 de Sala Constitucional y la N° 135 de Sala de Casación Civil, las cuales trajeron como consecuencia un cambio radical tanto en las causales de divorcio como en el procedimiento aplicable, ya sea de jurisdicción voluntaria o contenciosa, esta situación afecta especialmente lo regulado en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, ya que, esta Ley tiene desarrollado los procedimientos aplicables en los casos en donde se encuentren involucrados Niños, Niñas y Adolescentes, existiendo así una disparidad entre lo señalado en las sentencias y lo establecido en la Ley. Por último, es necesario señalar como ha sido la práctica forense a partir de la implementación de este nuevo marco normativo en materia de Divorcio.

Palabras claves: Procedimiento, Jurisdicción, Sentencia, Sala Constitucional, Jurisprudencia, Legislador Positivo, Control Difuso.

Abstract

The purpose of the article is to analyse the influence of judgments No. 446, 693, 1070 of the Constitutional Chamber and No. 135 of the Civil Chamber of Cassation, this judgments brings a radical change in the grounds for divorce and the applicable procedure, whether it's voluntary or contentious jurisdiction, this situation especially affects what is mandated in the Organic Law for the Protection of Children and Adolescents (LOPNNA), in this context the Law has developed the applicable procedures in cases where children or Adolescents are involved creating a disparity between the Law AND the judgments. Finally, it is necessary to point out how the forensic practice has operated with the implementation of this new regulations regarding to the grounds for Divorce.

Keywords: Procedure, Jurisdiction, Judgments, Constitutional Chamber, Case Law, Constitutionally Control Constitutional Chamber acting as a Law Maker.

INTRODUCCIÓN

El Divorcio es un tema importante de 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.

Actualmente se puede decir que dicha institución jurídica ha sufrido una serie de transformaciones, producto de las sentencias dictadas tanto por la Sala Constitucional como por la Sala de Casación Civil, cambiando radicalmente lo establecido por el Código Civil de Venezuela de 1982 (CC)

Se tiene entonces una primera sentencia de Sala Constitucional, la cual fue dictada por esta actuando como legislador positivo, es decir, por iniciativa propia, dicta leyes o reforma leyes, tal como sucedió con la sentencia N° 446, esta realiza una función que no le compete, pues se trata de una facultad dada expresamente a la Asamblea Nacional, dado que modifica 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 y no a través de la sentencia antes señalada.

Sin duda que esta sentencia abre la puerta al cambio que ha sufrido todo el procedimiento de divorcio en Venezuela, las sentencias N° 693 y 1070 del 2 de junio del 2015 y la del 9 de diciembre del 2016 respectivamente ambas de Sala Constitucional, establecen que las causales de divorcio son enunciativa y no taxativas, con lo cual se adopta la teoría del divorcio remedio como fundamento para el cambio que impera hoy en día. Y finalmente la Sala de Casación Civil en sentencia N° 136 del 30 de marzo del 2017, amplía más las causales de divorcio al establecer la teoría del divorcio remedio como base legal para solicitar el divorcio, sin duda, todo esto hace que las normas establecidas en el CC de 1982, queden prácticamente en desuso tal como será explicado.

I. 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

El CC de 1982 tenía con relación al divorcio del artículo 185-A un procedimiento bastante claro y es este procedimiento lo que viene a cambiar la sentencia N° 446.

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 de 1990 (CPC), 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 señala una serie de sentencias entre las cuales se encuentra la dictada por la SCC 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”

Y la razón de que no sea potestativo de los tribunales subvertir normas procedimiento es bastante obvia, no se puede permitir que cada tribunal dependiendo del juez, establezca su propio procedimiento de divorcio, las normas procedimentales no se pueden dejar a la simple interpretación de los jueces, ya que, al final del día las normas procedimentales son de orden público.

El concepto de orden público no es algo etéreo y es definido en la STC 301/2000, del 10 de agosto, 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...”

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 familias, 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 en su Blog en fecha 20 de mayo de 2014 lo siguiente: “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”.

Sin mencionar que en la práctica aún se trata de un procedimiento en desarrollo y no existe una normativa general para todos los tribunales y cuando añadimos las sentencias posteriores, se complica más los supuestos de hechos, pues hemos experimentado como los mismos miembros de los tribunales desconocen de las sentencias antes señaladas.

En este orden de ideas, resulta importante analizar la STC 446/2014 de SCC con relación al divorcio 185-A, la mencionada en fecha 15 de mayo 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. (párr. 4 de la parte de Decisión de la Sentencia)

Precisando de una vez que regula el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil

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 día¹.

¹ Código de Procedimiento Civil de Venezuela. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 4.209 (Extraordinaria), septiembre 18, 1990

Como se aprecia, es un cambio radical a lo que establecía el CC de 1982, esta sentencia tiene su inicio en un Juzgado de Municipio, el cual realiza una interpretación del CC de 1982 de conformidad a lo establecido en la CRBV de 1999, en aplicación del famoso control difuso de la constitución, es claro que tenemos un CC de 1982 anticuado no cónsono a la Constitución, en cuanto al concepto de familia pero no por ello tiene la autoridad el Juez de reformar procesalmente el procedimiento de divorcio.

Sobre este particular expone Brewer Carías en el mismo blog en fecha 20 de mayo del 2014, 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 artículo, se llega hasta la Sala Constitucional, la cual le da la razón al juez de instancia, por la ponderación de derechos entre la CRBV de 1999 y el CC de 1982, bajo los siguientes parámetros tal y como sigue Brewer Carías en el blog antes mencionada el 20 de mayo de 2014:

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 en el libro por el centenario de la Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas 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 fáctica².

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 de 1982, porque como se ha dicho complicaría el trámite de divorcio y 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 de 1990.

Sin embargo, con relación a la aplicación del Artículo 607 del CPC de 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 de 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 de 1990, de ahí que se considerara ajustado a derecho la aplicación supletoria de este procedimiento de incidencias que regula el CPC de 1990.

En este 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 de 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.

Con relación a la aplicación del artículo 607 del CPC de 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 del Código de Procedimiento Civil 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

² Ramón Escovar «Reflexiones sobre la reinterpretación del Artículo 185-A del Código Civil » en *En el libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación, ed por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Caracas, 2015), 2259*

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.

Sin duda alguna, sería entonces una vez aprobada la reforma necesaria analizar cuál será en definitiva el procedimiento a usarse en materia de divorcio 185-A cuando se presente la negativa del cónyuge o del Fiscal del Ministerio Público.

II. 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 de 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 el mismo se aplica en aquellos casos de negativa 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 del 2007, ya que los juicios de protección constan de dos fases, en una de ella se realiza una audiencia de mediación y en la otra una audiencia oral, por ello la aplicación de la sentencia N° 446 en materia de protección altera considerablemente lo consagrado por el legislador, ya que, el fundamento de los procedimientos de protección es el principio de oralidad.

El principio de oralidad antes mencionado, 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 Niños, Niñas y Adolescentes (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 de 1990.

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 de 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 del 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 del 2007:

Artículo 452. Materias y normas supletorias aplicables

El procedimiento o 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 prevista 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 previstas³.

La razón de ser de este artículo es que en materia Laboral y Protección existe un símil entre los procedimientos dado que en ambos priva el principio de 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 procedimientos 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 evacuaran las pruebas pertinentes hasta finalmente tener un decisión, específicamente, la parte dispositiva de la sentencia, cuando se aprecia la relación que existe entre ambos procedimientos se entiende entonces porque existe una preferencia en aplicar la LOPT del 2002 que el CPC de 1990.

³ 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

En estos procedimientos por audiencias, los principios que rigen el proceso, tales como el de inmediación, el de concentración y el de oralidad, serán realmente importante porque forman parte del proceso decisorio del juez.

En el caso de Venezuela, las aplicaciones de estos principios se plasman en el éxito que ha 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 de 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 las 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 envuelve.

En este orden de ideas, cabe preguntarse ¿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, es obviamente si, dado que se tienen que fijar las instituciones familiares y en virtud de la Doctrina de la Protección Integral que será explicada posteriormente, siempre será importante contar con la opinión del NNA, cuando esta pueda ser tomada en función a la edad y desarrollo del mismo.

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 del 2000 y luego LOPNNA de 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.

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.

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 Convención sobre los Derechos del Niño de (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.

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.

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 está 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.

En el caso del 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.

Esta 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 las razones ya explicadas.

Con relación al fuero atrayente en materia de protección la STC 994/2012 del 10 julio 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 (párr. 18 del punto IV de la sentencia)

A su vez la STC 926/2001, de fecha 1 de junio, igual de 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. (párr. 4 del punto Consideraciones para decidir)

A su vez la STC 2099/2003, del 5 de agosto 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. (párr. 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 explican las sentencia anteriores, si no está regulado en la LOPNNA del 2007, 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 de 1990, que no tiene relación ni con los principios desarrollados en la LOPNNA del 2007 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 del 2007 este no podrá contradecir los principios en ella contenidos.

III. SENTENCIAS N° 693, 1070 DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y LA N° 136 DE SALA DE CASACIÓN CIVIL

La práctica forense con relación al procedimiento de divorcio hoy en día no se ve afectada únicamente por la sentencia N° 446, sino que se debe sumar las sentencias N° 693 y 1070 del 2 de junio del 2015 y del 9 de diciembre del 2016 respectivamente y la N° 136 del 30 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 de 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 de 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 de 1982, alegar cualquier otra causal, como por ejemplo diferencias irreconciliables. Lo que aún queda en duda es el procedimiento aplicable para esos supuestos no establecidos en el CC de 1982. La STC 693/2015, del 2 de junio emitida por la Sala Constitucional 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 (párr. 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 de 1990, sobre este artículo, se ha dicho que debe ser usado únicamente para resolver alguna incidencia que se suscite durante el procedimiento ordinario, 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 de 1990 e incluso el procedimiento contencioso regulado en la LOPNNA del 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 de 1990, preguntándose ¿cómo quedará el procedimiento contencioso establecido en la LOPNNA del 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 de 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 del 2007, lo regulado en los artículos 450 y siguientes de la LOPNNA del 2007 para tal supuesto, más no el artículo 607 del CPC de 1990.

Pues como se ha dicho en reiteradas oportunidades, el mencionado artículo forma parte de un código cuyo principio rector es el de escritura, además de que las normas contenidas en la LOPNNA del 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 STC 693/2015, del 2 de junio emitida por la Sala Constitucional 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. (párr. 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 del 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 del 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 del 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 del 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.

Adicionalmente, es importantísimo hacer referencia a la STC 135/2017, del 30 de marzo emitida por la Sala de Casación Civil, pues esta introduce un término nuevo para solicitar el divorcio, como lo es la Teoría del Desafecto, en este sentido, la sentencia señala:

Al momento en el cual parece 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 él o la cónyuge cambien a sentimientos negativos o neutrales.

En este orden de ideas, resulta conveniente citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, Reino de España, del 27 de Marzo de 2003, lo siguiente: (...) se ha venido desarrollando doctrinalmente la (teoría) del divorcio-separación remedio, con fundamento en la teoría de la 'DESAFECCTIO' y del principio que no pueden imponerse convivencia no deseadas, por ello, **AÚN CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES SE OPONGA A LA SEPARACIÓN**, los Tribunales la vienen sancionando bajo el manto de la reciprocidad en los deberes de convivencia, fidelidad, ayuda y cariño mutuo, entendiendo que si por parte de uno ha desaparecido, es imposible que el otro los cumpla porque el matrimonio es cosa de dos, la pérdida (sic) de la felicidad conyugal de cualquiera de ellos convierte al matrimonio en un infierno . (Resaltado de esta Sala).

A este respecto tenemos pues que al momento en el cual 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. (párr. 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.

Con relación al procedimiento aplicable la misma STC 135/2017, del 30 de marzo emitida por la Sala de Casación Civil, señala:

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) (párr. 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.

Incluso continúa la STC 135/2017 con:

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.

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 STC 135/2017:

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

En la práctica hemos podido realizar trámites de divorcio con fundamento en la sentencia del 2 de junio de 2015 y la del 30 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 del 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 30 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 de 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 de 1982 y las partes no estén de acuerdo.

Por su parte en materia de protección, se podrán implementar los supuestos sustantivos establecidos jurisprudencialmente, pero es indispensable que el procedimiento aplicable sea el consagrado en la LOPNNA del 2007 aun y cuando las sentencias no digan nada con relación esto, en virtud de la explicación anterior por el fuero de atracción en materia de protección.

CONCLUSIONES

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 en las dispositivas de las sentencias en vez de cambiar las normas del CC de 1982, ordenara a la Asamblea Nacional que se dictaran las leyes correspondientes para que existiera una armonía entre la Constitución y el CC de 1982.

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 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 CC de 1982.

A esto hay que añadir que una de las causales más importantes establecidas jurisprudencialmente 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 CC de 1982, tal como hemos explicado y es por ello que colige con las normas procedimentales de la LOPNNA del 2007, 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 por el contrario se deberá aplicar las normas procedimentales establecidas para el procedimiento de jurisdicción contenciosa.

En conclusión, en los procedimientos de civil ordinario sí se aplicará el artículo 607 del CPC de 1990, cuando el Fiscal del Ministerio Público o el cónyuge se opongan a la solicitud de divorcio por separación de hecho prolongada, este es el aspecto innovador de la Sentencia N° 446 de Sala Constitucional.

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 CPC de 1990, 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.

Adicionalmente, tendremos el procedimiento contencioso para las causales del artículo 185 del CC de 1982, la aplicación del artículo 607 del CPC de 1990, para aquellos casos del artículo 185-A en donde el Fiscal del Ministerio Público se oponga o uno de los cónyuges lo niego y cuando se trate de una causal enunciativa en donde exista contradictorio, luego tendremos la aplicación del procedimiento de jurisdicción voluntaria cuando se trata de una causal enunciativa

en donde las partes estén de acuerdo o se le alegue la teoría del desafecto, esto siempre con la salvedad de la aplicación preferente en materia de protección de los procedimientos establecidos en la LOPNNA del 2007.

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 CC de 1982, 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

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.

Escovar, R, «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*, editado por Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2259. Caracas, 2015.

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.

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.

Sentencia N° 1070 de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, diciembre 9, 2016.

Sentencia N° 135 de Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, marzo 30, 2017.