

LA SALA CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR POSITIVO “REFORMANDO” EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DIVORCIO

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de nuevo, en una forma completamente ilegítima e inconstitucional, ha usurpado las funciones normativas de la Asamblea Nacional, que tiene el monopolio de la derogación y reforma de las leyes exclusivamente mediante otras leyes (art. 218); y ha procedido a “reformular” el Código Civil en materia del régimen procesal de posprocedimientos de divorcio, mediante una sentencia No. 446 de 15 de mayo de 2014.¹

En dicha sentencia, dictada con ocasión de la revisión constitucional de una sentencia No. AVC.000752 del 9 de diciembre de 2013 dictada por la Sala de Casación Civil del mismo Tribunal Supremo, la Sala Constitucional al fijar “con carácter vinculante la interpretación constitucional del artículo 185-A del Código Civil,” no hizo otra cosa, en realidad que reformar pura y simplemente la última frase del artículo “interpretado,” disponiendo que en lugar de su redacción actual conforme aparece en *Gaceta Oficial*, que dispone en el procedimiento no contencioso de divorcio conocido como el régimen del “divorcio express” que dice que:

“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”;

Ahora, a partir de la publicación de la sentencia en la *Gaceta Oficial*,² lo que dicha norma dice es lo siguiente:

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

Si esto no es una “reforma” del texto del artículo 185-A del Código Civil, quién sabe que será, que será.

El tema tiene que ver con las causales de divorcio reguladas en los artículos 185 y 185-A del Código Civil y su régimen procesal, lo que exige precisar qué es lo que estas normas disponen para comprender el alcance de la reforma legal efectuada mediante sentencia.

¹ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/164289-446-15514-2014-14-0094.HTML>. Véase además en *Gaceta Oficial* No. 40414 de 19 de mayo de 2014.

² Véase *Gaceta Oficial* No. 40414 de 19 de mayo de 2014.

I. LAS NORMAS PROCESALES APLICABLES A LOS JUICIOS DE DIVORCIO DESARROLLADOS CONFORME A LAS CAUSALES DEL ARTÍCULO 185 DEL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil establece, en efecto, que el matrimonio se disuelve por muerte de uno de los cónyuges y por divorcio (artículo 184), previendo al efecto diversas causales para ello.

En el artículo 185 establece las siguientes causales que califica como “únicas” de divorcio: 1° El adulterio; 2° El abandono voluntario; 3° Los excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común; 4° El conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución; 5° La condenación a presidio; 6° La adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común; y 7° La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común.

A los efectos de obtener el divorcio por alguna de estas causales, que sólo un juez puede decretar, el Código remite a las normas que regulan el juicio de divorcio establecidas en los artículos 754 a 761 y 765 del Código de Procedimiento Civil, y que están ubicadas en el Título “De los procedimientos relativos a los derechos de familia y al estado de las personas.” En ellas se regula un proceso judicial que se inicia por demanda, ante un juzgado con competencia en primera instancia en lo civil, con todas las garantías del debido proceso judicial, incluyendo la doble instancias, y el control de casación.

En breve, de acuerdo con dichas normas del Código de Procedimiento Civil, el iter procesal del “juicio de divorcio” regulado es el siguiente, que como se dijo se desarrolla ante el Juez de que ejerza la jurisdicción ordinaria en primera instancia, en el lugar del domicilio conyugal, que es “donde los cónyuges ejercen sus derechos y cumplen con los deberes de su estado” (artículo 754):

1. El juicio de divorcio se inicia mediante demanda de divorcio que debe ser intentada por uno de los cónyuges, y que para poder ser admitida debe estar “fundada en alguna de las causales establecidas en el Código Civil” (artículo 755).

2. Admitida la demanda de divorcio, el Juez debe emplazar “a ambas partes para un acto conciliatorio” en el cual las debe excitar “a reconciliarse, haciéndoles al efecto las reflexiones conducentes” (artículo 756).

3. El acto conciliatorio debe tener “lugar pasados que sean cuarenta y cinco días después de la citación del demandado, a la hora que fije el Tribunal.” A dicho acto debe comparecer “las partes personalmente” y pueden “hacerse acompañar de parientes o amigos, en número no mayor de dos por cada parte.”

4. “La falta de comparecencia del demandante a este acto será causa de extinción del proceso” (artículo 756).

5. “Si no se lograre la reconciliación en dicho acto,” se debe emplazar “a las partes para un segundo acto conciliatorio, pasados que sean cuarenta y cinco días del anterior, a la hora que fije el Tribunal.” Para este acto se deben observar los mismos requisitos establecidos anteriormente para el acto conciliatorio (Artículo 757).

6. Si tampoco se lograre la reconciliación en este acto, el demandante debe “manifestar si insiste en continuar con su demanda.” Si no insiste en continuar con la demanda, la

misma debe tenerse “por desistida.” En cambio, “si el demandante insiste en continuar con la demanda, las partes quedarán emplazadas para el acto de la contestación en el quinto día siguiente” (artículo 757).

7. “La falta de comparecencia del demandante al acto de contestación de la demanda causará la extinción del proceso” y la falta de comparecencia “del demandado se estimará como contradicción de la demanda en todas sus partes” (artículo 758).

8. Una vez contestada la demanda, o dada la misma por contradicha por falta de comparecencia del demandado, “la causa continuará por todos los trámites del procedimiento ordinario” (artículo 759). Sin embargo, cuando se trate de una demanda fundada la causal quinta del artículo 185 del Código Civil (La condenación a presidio), si “se presentare copia auténtica de la sentencia firme de condenación a presidio, el Juez declarará que no hay lugar a pruebas por ser el punto de mero derecho, y procederá a sentenciar la causa en el lapso legal” (artículo 760).

9. Si hubiere reconvencción, el Juez debe emplazar “a las partes para su contestación en el término legal, y una vez contestada, la causa quedará abierta a pruebas, sin que haya lugar a nuevos actos conciliatorios” (artículo 759). Si al contrario se produjere falta de comparecencia de las partes a la contestación a la reconvencción, si es de la parte demandante, ello causará la extinción del proceso, y si es del demandado, se estimará como contradicción de la demanda en todas sus partes (Artículo 759).

Adicionalmente, el mismo artículo 185 del Código Civil establece que el juez de primera instancia en lo civil también puede “declarar el divorcio por el transcurso de más de un año, después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges”, en cuyo caso, el tribunal, “procediendo sumariamente y a petición de cualquiera de ellos, declarará la conversión de separación de cuerpos en divorcio, previa notificación del otro cónyuge” y con vista del procedimiento regulado en el Código de Procedimiento Civil.

En este supuesto, en todo caso, “la sentencia de conversión de la separación de cuerpos en divorcio, respetará los acuerdos de los cónyuges relativos a los hijos, sin perjuicio de poder resolver otra cosa cuando de los autos aparezcan elementos de prueba que aconsejen tomar las medidas y resoluciones a que se refiere el artículo 192 del Código Civil. Si se alegare la reconciliación por alguno de los cónyuges, la incidencia se resolverá conforme a lo establecido en el artículo 607 de este Código.”

II. LAS NORMAS PROCESALES APLICABLES A LOS CASOS DE SOLICITUD DE DIVORCIO POR SEPARACIÓN FÁCTICA DE CINCO AÑOS CONFORME AL ARTÍCULO 185-A DEL CÓDIGO CIVIL

Aparte del régimen general del divorcio anteriormente señalado, en la reforma del Código Civil de 1982, se incorporó un artículo 185-A con una modalidad de divorcio por “mutuo consentimiento” sujeto a reglas procesales propias y distintas a las establecidas en los artículos 754 a 761 y 765 del Código de Procedimiento Civil, que no son propias de un juicio de divorcio sino de un procedimiento sumario no contencioso, y que opera exclusivamente cuando “los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco (5) años,” en cuyo caso, como se dijo, no hay demanda ni juicio de divorcio, sino una simple “solicitud de divorcio,” que debe tramitarse conforme al siguiente iter procesal:

1. Cualquiera de los cónyuges puede formular la solicitud ante el juez de municipio, “alegando ruptura prolongada de la vida en común,” a cuyo efecto solo debe “acompañar copia certificada de la partida de matrimonio.”

2. El Juez, una vez admitida la solicitud, debe librar “sendas boletas de citación al otro cónyuge y al Fiscal del Ministerio Público, enviándoles además, copia de la solicitud.”

3. El otro cónyuge debe “comparecer personalmente ante el Juez en la tercera audiencia después de citado.”

4. Si el otro cónyuge “reconociere el hecho y si el Fiscal del Ministerio Público no hiciere oposición dentro de las diez audiencias siguientes,” el Juez debe declarar “el divorcio en la duodécima audiencia siguiente a la comparecencia de los interesados.”

5. Si el otro cónyuge no compareciere personalmente o si al comparecer negare el hecho, o si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare,” se debe declarar “terminado el procedimiento” y se debe ordenar “el archivo del expediente.

Esta parte final de la norma es la que permite calificar el tipo de procedimiento como “no contencioso” en el sentido de que el legislador lo concibió para que operara solo y exclusivamente si no había contención entre las partes, es decir, solo si ambas partes estaban de acuerdo y reconocían en hecho de haber estado separados fácticamente por cinco años.

Por eso es que se ha calificado este supuesto legal como un procedimiento de divorcio por “mutuo consentimiento,” en forma tal que la norma sólo se puede aplicar si existe acuerdo o reconocimiento mutuo entre los cónyuges sobre el hecho de la existencia de una separación de hecho entre ellos por más de cinco años.

Si ese “mutuo consentimiento,” no existe, es decir, si un cónyuge solicita la aplicación de la norma alegando la separación de hecho por más de cinco años, y el otro cónyuge negare el hecho o si el Ministerio Público que vela por el orden público al tener conocimiento de que dicha separación de hecho no ha ocurrido realmente y lo objetare, entonces la ley dispone que como no habría acuerdo o reconocimiento mutuo o en fin “mutuo consentimiento” sobre la separación fáctica, el juez no puede hacer otra cosa que no sea archivar el expediente, y las partes, si así lo estiman en defensa de sus derechos o posiciones deben entonces proceder a demandar el divorcio conforme al artículo 185 del Código Civil, en cuyo caso seguirse el proceso regulado en el Código de procedimiento Civil para los juicios de divorcio.

Eso es lo que establece la ley; y para cambiar ese régimen es necesario que el legislador reforme la Ley. Así como la ley es emanación del órgano de representación popular que es la Asamblea Nacional, sólo dicho órgano puede reformar la ley, con la sola excepción constitucional de que mediando una delegación legislativa, el Poder Ejecutivo pueda reformar la ley mediante decreto ley. Cualquier otra reforma de ley, por cualquier otro órgano del Estado no sólo es contraria a la Constitución sino al principio democrático, lo que la hace ilegítima.

III. DE CÓMO EL ASUNTO DEL DEBIDO PROCESO VINCULADO A LOS JUICIOS DE DIVORCIO LLEGÓ AL CONOCIMIENTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Sin embargo, impunemente pues el “guardián” de la Constitución no tiene quien lo controle,³ dicho régimen legal en materia de divorcio anteriormente expuesto, ha sido reformado, no por el Legislador (la Asamblea Nacional), sino por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el cual una vez más ha asumido inconstitucional e ilegítimamente el rol de “legislador positivo,”⁴ en la mencionada reciente No. 446 de 15 de mayo de 2014⁵ dictada con ocasión de la revisión constitucional de la sentencia No. AVC.000752 del 9 de diciembre de 2013 dictada por la Sala de Casación Civil, en la cual, al avocarse al conocimiento de una causa desarrollada ante un Juzgado de Municipio de Caracas en aplicación del artículo 185-A del Código Civil, había decretado la nulidad de la sentencia dictada por dicho Juzgado de Municipio en fecha 13 de mayo de 2013.

La Sala Constitucional consideró, al contrario, que el Juzgado de Municipio había realizado “una interpretación constitucionalizante del artículo 185-A del Código Civil,” y “bajo el fundamento de protección de los derechos y garantías constitucionales, ordenó la apertura de una incidencia probatoria” en el procedimiento no contencioso regulado en la norma, trastocando su contenido. La Sala Constitucional, sin embargo, consideró que el Juzgado de Municipio había actuado correctamente, ignorando que había ejercido incorrectamente el control difuso de constitucionalidad en el caso,⁶ por lo que anuló la sentencia de la Sala de Casación Civil, restableciendo los efectos de la sentencia del juzgado municipal; y de paso, al declararla firme, privó a las partes en el procedimiento del derecho constitucional a una segunda instancia ya que el avocamiento de parte de la Sala de Casación ocurrió sin que se hubiese resuelto la apelación contra la decisión del juzgado municipal.

Para ello, la Sala Constitucional consideró que, supuestamente, la “sentencia del Juzgado de Municipio bajo una interpretación de la Constitución de 1999, se abstuvo de aplicar la parte in fine del artículo 185-A del Código Civil, es decir, la consecuencia jurídica prevista en el dispositivo y dar por terminado el proceso.” La verdad es que nada

³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “*Quis Custodiet ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*”, en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú*, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489; en *Revista de Derecho Público*, No 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27; y en el libro: *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, No. 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 47-79.

⁴ Véase Daniela Urosa Maggi, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador Positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 96, Caracas 2011. Véase nuestro “Prólogo” a dicho libro sobre “Los tribunales constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa,” pp. 9-70.

⁵ Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/164289-446-15514-2014-14-0094.HTML>. Véase además en *Gaceta Oficial* No. 40414 de 19 de mayo de 2014

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre cómo no debe ejercerse el control difuso de constitucionalidad de las leyes por un juez ordinario. El caso de una sentencia de un juez de Municipio de Caracas, que para “garantizar la tutela judicial efectiva,” con la excusa de ejercer el control difuso, violó la Constitución y la Ley, distorsionando el contenido del artículo 185-A del Código Civil,” en *Revista de Derecho Público*, No. 134 (abril-junio 2013), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, pp. 189-198.

de eso se dice en la sentencia del juez municipal, en la cual, en realidad, el Juez de Municipio lo que hizo fue supuestamente “desaplicar” *in toto* por control difuso de constitucionalidad el artículo 185-A, pero no para desaplicarlo, aplicando preferentemente la Constitución, como se lo hubiese impuesto el ejercicio del control difuso, sino para aplicarlo pero a su manera, “interpretándolo” y eliminando, precisamente, lo que es la esencia de su regulación, y es el carácter no contencioso del procedimiento en el sentido de que cuando no hay “mutuo consentimiento” porque los cónyuges no están de acuerdo en que han estado separados de hecho por cinco años, el procedimiento debe terminar y el juez debe archivar el expediente.

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.

Se insiste, conforme al artículo 185-A del Código Civil, si el cónyuge citado niega la separación de hecho alegada por el cónyuge solicitante, simplemente no hay “mutuo consentimiento” respecto del divorcio, y el artículo 185-A resulta inaplicable, y si lo que el juez municipal pensaba es que se debía garantizar que cualquier cuestionamiento se desarrollara con garantía del debido proceso, al desaplicar dicha norma lo que debió haber hecho era aplicar las reglas del proceso de divorcio establecidas en el Código de Procedimiento Civil dispuestas para las otras causales de divorcio, en lugar de “desaplicar” supuestamente una frase del artículo - lo que basta leer la sentencia para percatarse que no hizo -, y aplicar sólo la precaria norma del artículo 607 de dicho Código sobre una articulación probatoria..

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).”

IV. EL PRINCIPIO DEL “LIBRE CONSENTIMIENTO” ENTRE LOS CÓNYUGES COMO SUSTENTO DEL MATRIMONIO, Y EL CESE DE LA VIDA EN COMÚN COMO FUNDAMENTO DEL DIVORCIO

Para realizar la “interpretación” del artículo 185-A del Código Civil, la Sala Constitucional partió de su interpretación del artículo 77 de la Constitución en relación con la institución del matrimonio, indicando que aquella norma “incluye una causal de divorcio adicional que no está contenida en las enumeradas en el artículo 185” y que es precisamente el que en la norma se regula basado en una “modificación del libre

consentimiento.” La Sala entonces procedió en relación con el artículo 77 de la Constitución, a indicar que el mismo “protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, *fundado en el libre consentimiento*,” expresión esta última que indicó, no existía en la Constitución de 1961. De esa expresión la Sala Constitucional dedujo que:

“el matrimonio solo puede ser entendido como institución que existe por el libre consentimiento de los cónyuges, como una *expresión de su libre voluntad* y, en consecuencia, nadie puede ser obligado a contraerlo, pero igualmente – por interpretación lógica – *nadie puede estar obligado a permanecer casado*, derecho que tienen por igual ambos cónyuges.”

De esta premisa, de la necesidad del “libre consentimiento” como sustento del matrimonio, derivó la Sala la consagración de un supuesto “derecho” constitucional de poner fin al matrimonio que tienen los cónyuges, y que “surge cuando cesa por parte de ambos cónyuges o al menos de uno de ellos – como consecuencia de su libre consentimiento – la vida en común, entendida ésta como la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente (artículo 137 del Código Civil) y, de mutuo acuerdo, tomar las decisiones relativas a la vida familiar y la fijación del domicilio conyugal (artículo 140 *eiusdem*).”

Es decir, la Sala concluyó que si “el consentimiento libre para mantenerlo es el fundamento del matrimonio,” entonces “la suspensión de la vida en común significa que el consentimiento para mantener el vínculo ha terminado,” de lo que deriva, por las diferentes situaciones jurídicas que se originan durante el matrimonio, la necesidad de “que la ruptura del vínculo matrimonial requiera una sentencia emanada de un tribunal competente para dictarla, mediante los artículos 185 y 185-A del Código Civil.”

Para obtener esta sentencia, la Sala consideró que “entre las causales de divorcio hay dos que se fundan en la modificación del libre consentimiento de uno de los cónyuges de mantener la vida en común, las cuales son: el abandono voluntario (ordinal 2° del artículo 185 del Código Civil) y la separación de hecho por más de cinco años (artículo 185-A *eiusdem*),” considerando que:

“para el derecho venezolano, el cese de la vida en común por voluntad de ambos o de uno de los cónyuges es una causal de divorcio, de igual entidad en todos los anteriores supuestos, ya que en la actualidad se adapta a la previsión del artículo 77 constitucional, según el cual el matrimonio se fundamenta en el libre consentimiento.”

Después de los razonamientos anteriores, la Sala insistió en que “si el libre consentimiento de los contrayentes es necesario para celebrar el matrimonio, es este consentimiento el que priva durante su existencia y, por tanto, su expresión destinada a la ruptura del vínculo matrimonial, conduce al divorcio” considerando además, que “mantener un matrimonio desavenido” es “contrario al libre desenvolvimiento de la personalidad individual (artículo 20 constitucional), así como para el desarrollo integral de las personas (artículo 75 *eiusdem*).”

Todo este razonamiento derivado de la interpretación del artículo 77 de la Constitución basado en el “libre consentimiento,” de considerar que existiría un derecho constitucional de los cónyuges a terminar con el matrimonio cuando alguno considere que ha cesado la vida común, a lo que lógicamente debió haber conducido – en la lógica de la sentencia – era a considerar inconstitucional la exigencia de cinco años de separación fáctica, pues la misma sería una limitante al derecho mencionado, pues si la vida en común habría cesado

entre los cónyuges no habría que “esperar” el transcurso de cinco años en una situación de “matrimonio desavenido” para poder ejercer un derecho que se considera en la sentencia como constitucional, que surgiría del artículo 77 de la Constitución. Esa lógica a lo que debió conducir a la Sala era a considerar inconstitucional la exigencia del plazo de cinco años establecido en el artículo 185-A del Código Civil, y ordenar para los casos de separación fáctica entre las partes, proceder conforme a las reglas procesales de los juicios de divorcio, en cuyo caso, de estar de acuerdo los cónyuges en la cesación del vínculo matrimonial, lo que correspondería al conyugue demandado es convenir en la demanda; pero siempre dejando abierta la posibilidad de contención para ser ventilada en juicio de divorcio con las garantías del proceso.

V. LA ERRADA CONSECUENCIA SACADA POR LA SALA CONSTITUCIONAL, QUE PARA PROTEGER EL DEBIDO PROCESO, VIOLÓ EL DEBIDO PROCESO, REFORMANDO EL CÓDIGO CIVIL

Del razonamiento de la Sala Constitucional antes comentado, resulta claro que el “cese de la vida en común” como base del “derecho” al divorcio, no sólo se produce en los casos de las “causales” del divorcio a que se refirió la Sala en su razonamiento, que son el “abandono voluntario” o la separación fáctica de los cónyuges por cinco años, sino que también se da en todas las otras causales, en el sentido de que todas, siempre, implican “cese de la vida en común”, como es el caso del adulterio, los excesos, sevicia e injurias graves “que hagan imposible la vida en común,”; el conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución; la condenación a presidio; la adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia “que hagan imposible la vida en común,” y “la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves “que imposibiliten la vida en común.” En todos esos casos, hay de hecho o de derecho “cesación de la vida en común,” y como siempre se trata de situaciones fácticas, las mismas requieren pruebas, por lo que precisamente se ha regulado tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimiento Civil, un proceso judicial de divorcio con las garantías del debido proceso para dilucidarlas.

De todo ello, por tanto, lo que debió haber hecho la Sala para ser coherente en su razonamiento, no era sólo decir que “el procedimiento judicial que se ha previsto en el artículo 185-A del Código Civil debe adaptarse a las garantías procedimentales consagradas en el constitucionalismo moderno –recogidas en la Constitución de 1999– que exigen la existencia de un debate probatorio en donde las partes puedan, no solo comprobar los hechos que le asisten, sino también controlar las pruebas evacuadas en oposición a sus posturas”; sino haber efectivamente interpretado el artículo 185-A del Código “de conformidad con la Constitución” y considerar que para asegurar el derecho al debido proceso en los casos de “cese de la vida en común” por separación fáctica durante cinco años, lo que debía era realizarse un juicio de divorcio, donde se permitiera una actividad probatoria conforme al proceso judicial regulado en el Código de Procedimiento Civil, ordenando aplicar dichas normas (artículos 754 a 761 y 765) al igual se aplican en todos los otros casos de causales de divorcio (cese de la vida en común).

Pero no. La Sala prefirió violar precisamente los requerimientos del derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, al proceder en su sentencia a “regular” un “procedimiento de divorcio” sui géneris - por ende discriminatorio - por “mutuo consentimiento” desarrollado ante un juez incompetente para llevar adelante tal proceso

judicial civil de primera instancia, como es un juez municipal, agregándole a un procedimiento no contencioso como el regulado en la norma, una simple articulación probatoria.

Es decir, en lugar de haber efectuado efectivamente una “interpretación progresiva” de la norma imponiendo por ejemplo, si así lo estimaba para la defensa del debido proceso, que en el caso regulado en el artículo 185-A del Código Civil (causal de divorcio por separación fáctica por cinco años) se aplicaran todas las normas del proceso judicial de divorcio regulado en el Código de Procedimiento Civil con todas sus garantías judiciales, que se aplican a las otras causales de divorcio, concluyó argumentando solo sobre la necesidad de abrir una simple y precaria incidencia probatoria, en un procedimiento no contencioso como el previsto en el artículo 185-A, o “potencialmente contencioso” como la misma Sala lo calificó.

Conforme a esta distorsión, la Sala sacó entonces la conclusión, modificando el texto del artículo 185-A del Código Civil, de que una vez “manifestada formalmente ante los tribunales en base a hechos que constituyen una reiterada y seria manifestación en el tiempo de disolver la unión matrimonial, como es la separación de hecho,” contemplada en dicha norma “como causal de divorcio”, ante los hechos alegados, “el juez que conoce de la solicitud, debe otorgar oportunidad para probarlos, ya que un cambio del consentimiento para que se mantenga el matrimonio, expresado libremente mediante hechos, debe tener como efecto la disolución del vínculo, si éste se pide mediante un procedimiento de divorcio,” considerando que “no hay razón alguna, salvo una estrictamente formal,” para sostener que en esos casos “no se ventile judicialmente la existencia real de tal situación por el solo hecho de que uno de los cónyuges (el citado) no concurriera a la citación, o no reconociera el hecho, o el Ministerio Público simplemente se opusiere.”

Si ello era discriminatorio, a juicio de la Sala, lo que la Constitución le imponía era exigir que en esos casos, en lugar de aplicarse el procedimiento no contencioso regulado en el artículo 185-A del Código Civil, lo que debía aplicarse era el proceso del juicio de divorcio establecido para todas las otras causales de divorcio. Pero no, la Sala confirmó a “discriminación” que encontró, dejando un precario procedimiento “potencialmente contencioso” con una articulación probatoria aplicable a una sola de las causales de divorcio, y un proceso judicial con todas las garantías aplicable a todas las otras causales de divorcio.

En realidad, la Sala se olvidó de su propia recomendación en la misma sentencia sobre que el “examen de constitucionalidad del artículo 185-A del Código Civil, implicaba el deber para el juez de buscar todas las interpretaciones posibles de una norma legal y, proceder a contrastarlas con la norma constitucional” de manera que “el juez debe realizar todo esfuerzo interpretativo que haga compatible la norma legal con la norma constitucional.”

Si eso lo hubiese hecho la propia Sala, ella misma hubiera llegado a la conclusión de que lo que debía aplicarse a la causal de divorcio por “mutuo consentimiento” por separación fáctica, era el mismo proceso judicial de divorcio aplicable a todas las otras sentencias, y desapplicar el artículo 185-A del Código Civil, que fue lo que el Juez de Municipio entonces debió haber hecho en el caso, y remitir el expediente al juez de primera instancia para que conociera del proceso.

Pero no. La Sala, obviando su propia recomendación, concluyó afirmando que “la interpretación efectuada por el ya mencionado Juzgado de Municipio sobre el elemento de la articulación probatoria adelantada en el comentado proceso de divorcio, resultó conforme al Texto Fundamental puesto que su oportunidad y pertinencia estuvo motivada por la necesidad de comprobar la situación de la ruptura *fáctica* del deber de vida en común de los cónyuges por un lapso mayor a cinco (5) años,” todo atendiendo “a los principios que integran la garantía del debido proceso como lo son la libertad y control de la prueba y la inmediación del juez, mediante la comprobación de los hechos y alegaciones de ambas partes.” Al decidir en esta forma, afirmó la Sala con carácter general que:

“cuando el cónyuge citado o emplazado niegue, rechace o contradiga (en un juicio de divorcio conforme al artículo 185-A), que no ha habido la ruptura en forma libre, espontánea y bilateral, ese mismo carácter consensual se controvierte e impone un deber al juez de buscar la verdad sobre las afirmaciones efectuadas, tanto por quien ha iniciado el proceso en condición de accionante, como también de aquel que ha comparecido en calidad de emplazado o citado.”

De todo lo cual resultó su afirmación de que “una interpretación del artículo 185-A del Código Civil conforme con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe ser aquella que admita la apertura de una articulación probatoria para el supuesto que cualquiera de los cónyuges cuestione la verificación de la ruptura de la vida en común por un tiempo superior a cinco (5) años,” para lo cual fue que procedió a adoptar su decisión fijando, “con carácter vinculante la interpretación constitucional del artículo 185-A del Código Civil” efectuada en la sentencia, que no es otra cosa que una reforma de dicho artículo, ordenando incluir en el sumario de la *Gaceta Oficial*,⁷ el texto de la misma que consiste en sustituir el último párrafo del artículo 185-A del Código Civil del Código Civil, que dice:

“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”;

por el siguiente texto:

“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.”

Una vez más, la Sala Constitucional, so 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.

New York, 20 de mayo de 2014

⁷ Véase *Gaceta Oficial* No. 40414 de 19 de mayo de 2014