ART 2249

UCAB Universidad Católica ANDRES BELLO

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO

AREA DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA Y DEL NIÑO

LAS CAUSALES DEL DIVORCIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Presentado por

Jenny Rodríguez

Para Optar al Título de

Especialista en Derecho de Familia y del Niño

Asesora

Jacqueline Gil Milano

Caracas, marzo 2014

UCAB Universidad Católica ANDRES BELLO

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA Y DEL NIÑO

APROBACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Proyecto de Trabajo Especial de Grado, presentado por la abogada **Jenny Rodríguez**, titular de la Cédula de Identidad 11.991.252 para optar al Grado de Especialista en Derecho de Familia y del Niño, cuyo título definitivo es: **Las Causales del Divorcio en el Ordenamiento Jurídico Venezolano**; y manifiesto que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los 20 días del mes de marzo de 2014.

Jacqueline Gil Milano
CI. V-5.568.794

Dedicatoria

A mi Dios que me dio la fortaleza para alcanzar una nueva meta, a mis padres por haberme dado la vida y enseñarme tan buenos principios, a mis hermanos, compañeros de clases, en especial a Teresa.

"No existen metas ni sueños difíciles de cumplir, con constancia y dedicación en lo que hagamos, siempre lo lograremos"

Agradecimientos

A Dios primeramente, a mi casa de estudio, Universidad Católica Andrés Bello, la cual ha sentado las bases para la consolidación de mis conocimientos, en el área de familia y niños.

A mi tutora, profesora Jacqueline Gil Milano, por darme las herramientas y orientaciones necesarias para la culminación del presente trabajo.

Finalmente, agradezco a todos los profesores que a lo largo de este tiempo sirvieron de bastón en cada una de las asignaturas, quienes me brindaron apoyo y conocimiento para la finalización de la presente especialización.

UCAB Universidad Católica ANDRES BELLO

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO

AREA DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA Y DEL NIÑO

LAS CAUSALES DEL DIVORCIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Autor: Jenny Rodríguez

Asesora: Jacqueline Gil Milano

Fecha: marzo, 2014.

Resumen

El propósito del presente estudio consistió en analizar las causales del divorcio en el ordenamiento jurídico venezolano. A tal efecto, se realizó un estudio en la modalidad de investigación documental con un diseño bibliográfico, de tipo transeccional de nivel descriptivo. Como referentes teóricos se utilizaron la evolución histórica del divorcio en el plano nacional e internacional; las características del divorcio en el entorno nacional; los instrumentos jurídicos que regulan la institución del divorcio en el plano nacional e internacional y las implicaciones jurídicas del divorcio en el ordenamiento jurídico venezolano. En el desarrollo del análisis se utilizaron las técnicas del fichaje, del resumen y del subrayado y los métodos de análisis utilizados fueron el análisis documental, y el análisis de contenido de tipo cualitativo y la contrastación de ideas o de opiniones. Como hallazgos del estudio se determinó que; el divorcio ha sufrido una gran transformación en el tiempo y en el espacio y que en Venezuela esta institución se ha visto muy influenciada por los modelos romano, cristiano y francés; asimismo, el divorcio se ha caracterizado por ser materia de orden público y estar regulada por causales taxativas establecidas en la ley; por otra parte, se estudiaron los instrumentos jurídicos internacionales reguladores del divorcio en España, Panamá y Colombia, siendo legislaciones vanguardistas; finalmente, el divorcio genera una serie de implicaciones de carácter personal, patrimonial a nivel filiatorio y los efectos relativos a la patria potestad: la manutención, la responsabilidad de crianza y la convivencia familiar.

Palabras claves. Implicaciones jurídicas. Divorcio. Familia. Investigación documental.

Índice

Aceptación Tutor.....ii

Dedicatoria.....iii

Agradecimiento.....iv

Resumen..... v

Introducción..... 8

Capítulo I. Descripción histórica del divorcio 15

La evolución del divorcio en Venezuela y el mundo. 15

Evolución histórica. 16

El divorcio en el auge del cristianismo. 17

La influencia de la revolución francesa en la institución del divorcio. 19

Antecedentes históricos del divorcio en Venezuela..... 22

Capítulo II. Caracterización del divorcio en Venezuela 27

Características del divorcio..... 31

Capítulo III. Instrumentos Jurídicos que regulan el divorcio a nivel nacional 32

Capítulo IV. Legislaciones del divorcio en España, Panamá y Colombia..... 42

España..... 42

Panamá..... 46

Colombia..... 51

Capitulo V. Implicaciones Jurídicas que se derivan del Divorcio 61

Capítulo VI. Conclusiones y recomendaciones 68

Conclusisones.....68

Recomendaciones 72

Referencias..... 73

Anexos 77

Anexo A 78

Anexo B 89

Anexo C 98

Introducción

El propósito del presente estudio consistió en analizar las causales del divorcio en el ordenamiento jurídico venezolano a objeto de generar los insumos necesarios para una posible reforma a partir de un diagnóstico situacional; para lograr tal fin se realizó un estudio en la modalidad de investigación documental, de carácter descriptivo con un diseño bibliográfico de tipo transversal o transeccional.

Su desarrollo resulta pertinente y oportuno, puesto que esta temática se ha tornado en un asunto de gran interés para los juristas, los legisladores y la infinidad de parejas que por diversas razones encuentran impedimentos en el desarrollo de su vida afectiva.

Con relación a este último aspecto, se puede señalar que desde los albores de la humanidad al momento de crearse la institución del matrimonio se pretendió conferirle el carácter de perpetuo, en otras palabras, que un hombre y una mujer una vez consentido y celebrado el matrimonio debían permanecer unidos de por vida. No obstante, esta visión del matrimonio se fue transformando con el paso del tiempo y la evolución social; las innovadoras ideas revolucionarias originarias de Francia, consagraron la institución del divorcio civil, de la misma forma en que ha llegado a esta era postmoderna a través de la Ley del 20 de septiembre de 1792 de Francia, la cual se considera la primera ley fundada en las ideas de las libertades individuales, reconociendo y estableciendo el divorcio como causa de la extinción del matrimonio. En tal sentido, se puede afirmar tal como lo hace Espinoza (2009) que Francia es la cuna del divorcio civil y vincular.

Con relación al ordenamiento jurídico venezolano vigente, la extinción del vínculo conyugal tiene dos causas taxativamente señaladas, a saber: la muerte y/o el divorcio.

En tal sentido, Domínguez (2008) manifiesta que el Código Civil Venezolano lo indica expresamente en su artículo 184 "Todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges o por divorcio" (p.150).

Para la misma autora (2008) el divorcio se traduce en "la disolución legal del matrimonio en razón de una sentencia por las causas taxativas consagradas en la ley". (p.150).

En términos generales, la visión del divorcio dependerá de la posición del autor ante tal institución jurídica; Baqueiro y Buenrostro (2000) lo definen como:

> ...el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su separación (p.68).

Para los citados autores el divorcio constituye un caso de excepción y no un estado general; en consecuencia, es necesario verlo solo en función de aquellos casos en que la crítica condición de los esposos se hace insostenible e irreparable por lo que conduce a la ruptura del vínculo matrimonial o a la separación definitiva que les permite contraer nuevo matrimonio legítimo.

López (2009) define el divorcio como "... la disolución legal del matrimonio en vida de ambos cónyuges, como pronunciamiento judicial dirigido precisamente a ese fin" (p.167).

Como se puede apreciar de las definiciones expuestas, a lo largo del tiempo se ha desarrollado una polémica entre opositores y defensores de la institución del divorcio. Es decir, esta deriva fundamentalmente de la posición que tenga el autor respecto a ciertos principios religiosos, morales, éticos y no del análisis de conceptos jurídicos.

En atención a lo anteriormente señalado, se hace indispensable revisar los fundamentos del divorcio a objeto de precisar las diferentes posiciones teóricas ante la institución.

En principio, se parte del hecho de que el matrimonio es perpetuo en función de su naturaleza propia, de ahí que solamente se puede disolver con la muerte de uno de los cónyuges, de manera que necesariamente el divorcio es una institución de carácter absolutamente excepcional.

El autor citado con anterioridad, señala que existen dos corrientes o tendencias legislativas fundamentales respecto a la manera como debe entenderse la institución del divorcio:

> ...para una de ellas, lo excepcional de dicha forma de disolución del vínculo consiste en reconocer que se trata de un castigo; en cambio para la otra, el divorcio es más bien un remedio. La primera de estas corrientes se refiere por lo tanto, a la idea del divorcio sanción y la segunda, al concepto de divorcio remedio (p.180).

En consideración a esta última apreciación ha de tenerse en cuenta que la reglamentación legal del divorcio resulta de hecho muy diferente dependiendo de la adopción de uno u otro punto de vista. López (2009) caracteriza estas dos corrientes de la siguiente manera:

- Tendencia del divorcio sanción.

Es la tendencia considerada tradicional. De acuerdo a ella, la disolución del matrimonio en vida de los esposos solo se justifica como un castigo que el cónyuge inocente puede exigir sea aplicado al que le ha incumplido gravemente sus deberes matrimoniales. Por tales razones, el cónyuge culpable no está en capacidad de demandar el divorcio.

Dentro de este orden de ideas las causales del divorcio son muy típicas y características: el adulterio, el abandono culposo, las injurias, los maltratos y otros de análoga naturaleza.

- Tendencia del divorcio remedio.

Esta corriente se explica a partir de la necesidad de liberar a los esposos de un vínculo que de hecho ya no tiene sentido o resulta intolerable; independientemente que esa situación pueda o no imputarse a una de las partes.

Para el autor en comento las causales del divorcio remedio son muy típicas o características: La impotencia posterior a la celebración del matrimonio, la ausencia declarada de alguno de los cónyuges, la locura u otras enfermedades graves o peligrosas, la incompatibilidad de caracteres, la separación de hecho prolongada y el mutuo consentimiento, entre otras. Pero cabe en todo caso observar que las legislaciones que acogen esta corriente, suelen además admitir otras causales propias de la corriente divorcio sanción.

En términos generales, el divorcio en el Código Civil Venezolano se fundamenta y siempre lo ha estado en la idea de divorcio castigo, a pesar de que tres de sus causales actuales: interdicción por perturbación mental grave, conversión de separación de cuerpos en divorcio y separación de hecho prolongada, corresponden a la orientación del divorcio remedio.

En este orden de ideas, se observa que el legislador patrio en un intento de preservar el vínculo conyugal y en consecuencia familiar dada la importancia social de la familia, trata de dificultar la disolución del vínculo matrimonial o, en otras palabras, tal disolución del matrimonio no procede libremente a voluntad de los interesados por tratarse de un asunto de orden público, impregnado de normas imperativas y por tal razón, sustraída del principio de la autonomía de la voluntad.

No obstante, a pesar de que el divorcio y la separación de cuerpos constituyen asuntos de orden público y que las causales de divorcio contencioso son taxativas

toda vez que no caben otras distintas a las consagradas por el legislador, la voluntad de las partes puede ser canalizada a formas no contenciosas de disolución del vínculo matrimonial, específicamente y a través de la separación de cuerpos (con miras a la conversión en divorcio en un año) o de la ruptura prolongada de la vida en común contenida en el artículo 185-A. CC.

En síntesis, para Domínguez (2008).

> Aunque los mecanismos procesales de jurisdicción voluntaria permiten disolver el vínculo conyugal por la voluntad de las partes, esta opción no contenciosa precisa del concurso de voluntades de ambos cónyuges, en el ordenamiento vigente si tal voluntad no existe en uno de los cónyuges la única salida jurídica a los fines de la extinción del vínculo es encuadrar su conducta en alguna de las causales "taxativas" del artículo 185 CC vigente, a los fines del divorcio contencioso. Procedimiento obviamente más largo porque además de contar con las tradicionales garantías procesales de defensa del demandado, está ideado para constatar la perseverancia e insistencia del actor en su acción, lo cual se evidencia en el ámbito procesal. Por otra parte, de ser declarada sin lugar la acción, continuaría vigente el vínculo conyugal, a pesar de la inconveniencia de seguir unido en matrimonio con alguien con quien se ha fracturado un vínculo sustancial. Esa es la posición del ordenamiento jurídico venezolano vigente según la cual la sola voluntad de uno de los contrayentes es insuficiente para extinguir el vínculo por vía de sentencia (p.152).

En suma, las causales de divorcio contenidos en el Código Civil son taxativas, en otras palabras, que cualquier demanda de divorcio debe estar fundamentada en uno o varios de los hechos a que se refieren esas normas, por lo que a pesar de que el codificador de 1982 atenuó con nueva causal contenida en el señalado artículo 185-A;

sin embargo, diversos juristas consideran que el legislador no acogió la realidad venezolana en su verdadera dimensión puesto que ha podido igualmente haber creado una norma que hiciera procedente con cierta rigurosidad, por ejemplo, el divorcio por incompatibilidad de caracteres causal ésta que si existe en otros países como por ejemplo en Colombia y Argentina.

Tomando en consideración lo señalado, la investigadora se formula el actual problema de investigación ¿Cómo se podrían reformar las causales de divorcio en el ordenamiento jurídico venezolano? Para lograr tal fin, se desarrolla una investigación de carácter teórica, analítica y de desarrollo conceptual con apoyo de una amplia revisión bibliográfica, de tipo monográfico y con nivel descriptivo, apoyada en una exhaustiva revisión de fuentes secundarias: bibliográficas, audio-visuales y electrónicas, jurisprudenciales y legales en conjunción con el análisis documental, el análisis de contenido y la contrastación de ideas y opiniones, propios de la investigación documental con la aplicación de la observación documental, la lectura evaluativa y la técnica del resumen y la matriz de análisis de contenido con su respectiva validación.

En ese orden de ideas, la investigación se desarrolló en torno al estudio de cuatro ejes temáticos a saber:

La descripción de la historia del divorcio como figura jurídica en el ámbito mundial, regional y nacional; la caracterización del divorcio en Venezuela; la revisión y el análisis de los instrumentos jurídicos que regulan el divorcio a nivel nacional; la comparación de las causales del divorcio en las legislaciones de España, Panamá y Colombia con las establecidas en la legislación venezolana y las implicaciones jurídicas que se derivan del divorcio.

Finalmente y sobre la base de los citados contenidos se puede concluir que la presente investigación se justifica plenamente en virtud de que su propósito constituye una necesidad sentida en los ámbitos doctrinales, legislativos,

jurisprudenciales y familiares habida cuenta de las implicaciones jurídicas que se derivan del estudio de las causales del divorcio. Tales consideraciones surgen de la relevancia del tema y de las transformaciones que se producen en el medio social y familiar con la disolución del matrimonio en el curso de las relaciones familiares en diferentes ámbitos internacionales, regionales y nacionales, lo que en definitiva, le confiere relevancia, vigencia, originalidad y pertinencia social a la investigación que se presenta.

Capítulo I

Descripción Histórica del Divorcio

A continuación se realiza una revisión histórica de la figura jurídica denominada divorcio con el objeto de dar a conocer los cambios que han surgido en el tiempo y en el espacio, que permite profundizar asimismo en el tema en estudio.

La evolución del divorcio en Venezuela y el mundo.

El origen de la institución del divorcio no es de reciente data, esta figura jurídica proviene del siglo III antes de Cristo en el apogeo del Imperio Romano, para entonces, el divorcio fue considerado uno de los modos de disolver el vínculo matrimonial en Roma: éste término se deriva de la voz latina divortium que consiste en "...suprimir por iniciativa de uno o ambos cónyuges la comunidad de vida que el matrimonio implica, con plena conciencia de que la consecuencia que seguían los procedimientos de tal decisión es la cesación del vínculo matrimonial" (Bernad, 2009, p.539).

Originalmente, el matrimonio no era contemplado como una institución capaz de disolverse a voluntad de alguno de los contrayentes sino que por el contrario, se estimaba a perpetuidad. Sin embargo, en diferentes contextos se llegó a presentar en forma reiterada un escenario en que alguno de los cónyuges presentaba una especie de repudio a la vida en común por lo que se seguían los procedimientos acordes a esos contextos y, en ciertas ocasiones, se disolvía el vínculo.

En la actualidad, en el medio jurídico se entiende por divorcio la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad. En Venezuela, el divorcio como institución jurídica ha variado con el paso del tiempo en lo relativo al alcance de sus efectos. A manera de ejemplo, se puede señalar que en el siglo XIX la legislación patria lo consideró como la separación temporal o definitiva de los cónyuges sin ruptura del vínculo matrimonial y, en consecuencia, sin autorización para contraer nuevas nupcias. En los albores del siglo pasado, se adoptó el concepto

de divorcio vincular, el cual se concibe en la actualidad como la extinción del vínculo matrimonial. Sin embargo, es preciso revisar la evolución de la institución del divorcio en otras latitudes para profundizar su evolución en el contexto jurídico venezolano.

Evolución histórica.

En atención a lo establecido en la doctrina, el divorcio en el derecho antiguo parece ser una situación muy poco usual, cuyo desarrollo era bastante rudimentario, es decir, que a duras penas contaba con algunas regulaciones que derivaron en grandes discriminaciones. Artiles (1983) coincide con esta corriente y expone en su obra que el divorcio en sus inicios en Roma fue una situación bastante infrecuente en su práctica.

En consideración a lo señalado, el avance en la época clásica no resultó ser significativo, pues a criterio de Bernad (2009), éste llegó a ser una práctica muy poco común y corriente que derivaba de causales similares en importancia a las vigentes en el derecho antiguo, y que podía operar tan sólo con evidenciarse que uno de los cónyuges adolecía de la intención de estar unido en matrimonio. Esta posición la refuerza Artiles (1983) al señalar que las mujeres llegaron al extremo de contar los años por el número de maridos que tuvieran.

Por otra parte, Bernad (2009) expresa que durante el inmenso desarrollo económico del Imperio Romano, los divorcios se incrementaron de manera significativa, afectando considerablemente a la institución familiar. De la misma forma, expresa que durante el régimen de Augusto en esta misma época, se comienza a llevar a cabo un procedimiento moralizador de la familia que cristaliza con el cristianismo. En consecuencia, el divorcio se constituyó en una de las tantas brillantes invenciones romanas que perduran aun en la actualidad.

Para Bernard (2009), Augusto fue persistente en la idea de fomentar la institución matrimonial, con la ayuda de la Lex Iulia de Maritandis Ordinibus, Lex

Papia Poppaea y Lex de Adulteris; las cuales, castigaron el adulterio y limitaron severamente los supuestos de procedencia del divorcio.

Abouhamad (1978) expresa que estos límites fueron cercando cada vez más la admisibilidad del divorcio en Roma, hasta que finalmente se derivó en un movimiento legislativo francamente opuesto a éste, circunstancia que se evidencia con la fuerte penalización que se impuso en un principio, y posteriormente con su abolición de acuerdo a la indisolubilidad del matrimonio.

Posterior y paradójicamente, se puede señalar que aunque en el derecho postclásico el matrimonio se enaltece como la célula base de la familia, pareciera que el divorcio fue admitiéndose paulatinamente, aunque resultaba indispensable la presencia de un documento que diera fe de dicha disolución del vínculo matrimonial.

Bajo la influencia de Justiniano en el ordenamiento jurídico-romano, Bernard (2009) sostiene que se podía distinguir entre cuatro tipos de divorcio, a saber: 1) Divorcio por justa causa, el cual respondía a las causales preestablecidas en los textos normativos; 2) Divorcio sin causa, que resultaba de aquel acto unilateral no contemplado en la Ley que reflejaba la innegable voluntad de no querer seguir unido por matrimonio; 3) Divorcio por consenso de la comunidad, es decir, por mutuo acuerdo de los cónyuges que implicó al principio la imposición de una sanción a estos; y 4) Divorcio por buena gracia que en realidad era una de las formas de divorcio unilateral, que procedía por causas no imputables al otro cónyuge.

El divorcio en el auge del cristianismo.

La caída del Imperio Romano y el apogeo del cristianismo como religión del imperio fueron hitos que presenciaron la consolidación del divorcio con gran influencia en la legislación. Tal como señala López (2012) en los antiguos textos cristianos la palabra divortium no tenía la misma acepción que en el derecho romano sino mas bien se trataba de una separación de cuerpos "divortium quoad torum et

mensam" (divorcio de lecho y mesa). Sin embargo cabe precisar que en un principio la iglesia no tenía ni poder ni autoridad en materia civil y no es hasta el siglo X cuando es reconocida como única autoridad reguladora del matrimonio. Es por esta razón que cuando se organiza el derecho canónico se entendió que el matrimonio era absolutamente indisoluble en vida de los esposos si había tenido lugar la consumación.

De la doctrina canónica se desprenden pasajes bíblicos como el del evangelio de Lucas capítulo 16 versículo 18 el cual establece que: " Todo hombre que se divorcia de su mujer y se casa con otra, comete adulterio. Y el que se casa con una mujer divorciada de su marido, también comete adulterio". No obstante, como se señaló anteriormente, la figura de la separación de cuerpos era objeto de reconocimiento en el Derecho Canónico siempre y cuando fuera solicitado por uno o ambos cónyuges, existiera una causa grave y se requiriera la intervención de la autoridad eclesiástica.

Con el advenimiento de la reforma protestante las iglesias occidentales separadas de la Iglesia Romana aceptaron únicamente el divorcio en caso de adulterio de ambos esposos, por impotencia posterior al matrimonio y la negativa a prestar débito conyugal.

En respuesta a esta situación, la Iglesia Romana estableció los lineamientos de la reforma católica en el Concilio de Trento, no obstante ratificó una vez más que el matrimonio era de carácter indisoluble y mantuvo las causales existentes, las cuales eran el matrimonio no consumado, profesión religiosa y con la autorización del Sumo Pontífice.

Al respecto, López (2012) señala que como consecuencia de la citada polémica, el mundo cristiano quedo dividido con relación a la aceptación del divorcio puesto que la Iglesia Romana mantuvo su posición tradicional mientras que las iglesias protestantes fueron admitiendo progresivamente el divorcio.

En la actualidad, con la separación del Estado y la Iglesia, esta última perdió su competencia en los asuntos civiles y si bien aún mantiene su postura tradicional ésta ha perdido vigencia en el mundo contemporáneo en el cual las legislaciones de los países del mundo occidental reconocen el divorcio como una institución de carácter excepcional, mediante el cual se libra a los esposos del vínculo matrimonial.

La influencia de la revolución francesa en la institución del divorcio.

La Revolución Francesa como proceso de transformación dentro del ámbito jurídico, político, social y económico consagró bajo sus ideales liberales que no era concebible permanecer atado permanentemente a un vínculo si no se deseaba estarlo, bajo esta premisa la Asamblea Nacional del Estado Revolucionario Francés "considero cuanto importa hacer usar a los franceses la facultad del divorcio que resulta de la libertad individual, que por el vínculo indisoluble quedaría comprometida, dictando su célebre ley del 20 de septiembre de 1792, mediante la cual se reconocía el divorcio como causa de extinción del matrimonio" (López, 2012).

Este instrumento jurídico surge del razonamiento de que el matrimonio dentro del estado revolucionario francés es entendido como un acuerdo de libertad convenido entre dos personas que desean unirse en matrimonio, por lo que si este era un contrato formado por la voluntad libre de ambas partes o contrayentes, también tenía que disolverse bajo esta misma potestad.

De acuerdo a lo señalado por López (2012) "la consagración del divorcio en Francia, por la revolución, fue consecuencia obligada de tres importantes factores: las ideas de la filosofía enciclopedista, laicización del matrimonio; y el culto de la libertad individual" (pág. 177). En consecuencia, las ideas de concentrar todo el conocimiento humano bajo principios de la razón, en la cual la figura del matrimonio esté desvinculada totalmente de toda influencia religiosa y la voluntad libre e independiente sea la potestad para contraer y disolver tal vinculo jurídico existente

entre dos personas como lo es el matrimonio, trae como consecuencia la ley del 20 de septiembre de 1792 del Consejo Legislativo Francés.

Según López (2012) la Ley dictada por el Consejo Legislativo Francés presentó tres formas para disolver el vínculo matrimonial las cuales fueron las siguientes: "Por causas graves determinadas, por consentimiento mutuo, y por incompatibilidad de caracteres" (pág. 177). 1) Las causas graves determinadas se deben al incumplimiento de una de las partes de sus obligaciones conyugales, esta causa la determinaba un Juez ya fuera por motivos de carácter patológico como demencia, furor, motivos de carácter fortuito como ausencia o por hechos culpables, 2) el mutuo consentimiento de las partes que es el método esencial y perfecto para resolver los contratos sinalagmáticos y 3) la simple incompatibilidad de convivencia alegada por uno de los cónyuges.

Las causas mencionadas anteriormente se fueron acrecentando bajo diversos decretos que fueron dictados con posterioridad, en la cual se permitió declarar la separación del vínculo matrimonial cuando ambas partes vivían separados desde hacía seis meses, acto que debía probarse mediante declaraciones testimoniales de al menos seis ciudadanos y este debía ser un acto que presentara cierta notoriedad, lo cual produjo que la tasa de divorcios aumentara superando a la tasa de matrimonios. Ante estas lamentables consecuencias se derogaron diversos decretos y donde se evidenció que la ley francesa dictada para regular esta materia no dio los resultados esperados.

El Código Napoleónico de 1804 tenía la idea de buscar una conciliación entre la causales de divorcio que instauró la revolución francesa consideradas exageradamente complicadas con las nuevas aspiraciones que permitirán la disolución del matrimonio mediante mecanismos coherentes y más llevaderos, eliminando causales como incompatibilidad de caracteres y donde se mantuvo el mutuo consentimiento pero pasando a un segundo plano ya que se debía cumplir con

ciertos formalismos como el hecho de que el marido fuese mayor de 25 años de edad y que el vínculo matrimonial fuese mayor de dos (2) años, pero menor de veinte (20) años y la voluntad de divorciarse debía expresarse cuatro (4) veces al año ante el Juez, por tanto:

> ...debían presentarse cada tres meses ante el juez para renovar el consentimiento junto con la autorización de sus padres, que no podía haber variado. Los divorciados por este motivo no podían contraer matrimonio antes de transcurrir tres años desde la concesión del divorcio, mientras que si era por otra causa determinada, la mujer, a partir de los diez meses siguientes, ya podía volver a casarse. (Ballesta, 2008, p.7)

Asimismo, el citado código de 1804 estableció la separación de cuerpos, proveniente del Derecho Canónico, como una institución jurídica que permitiera ser una causal de divorcio o de quebrantamiento de ese vínculo jurídico que existe entre dos personas, el cual transcurrido un lapso de tres (3) años y si alguno de los cónyuges se negaba a reiniciar la vida en común podía traer como consecuencia el divorcio.

Algunos autores como Ballesta (2008) establecen que la separación legal en Francia "tenía características muy semejantes a las del divorcio, pero sin romper el vínculo conyugal. Aunque hicieron de ella un estado provisional, siempre susceptible a transformase en divorcio a requerimiento del cónyuge contra el que se hubiese pronunciado la separación" (Pág. 8).

El proceso de restauración en Francia implementada por el regreso de nuevas monarquías como la de Luis XVIII, promulgo diversos mecanismos legales que trajeron grandes consecuencias desde un perspectiva jurídica y social trayendo como consecuencia que se aboliera la figura del divorcio mediante la ley del 8 de mayo de 1816 y se mantuvo vigente la denominada separación de cuerpos o separación legal

donde "todas las peticiones de divorcio por causas determinadas, se convertirían en peticiones de separación legal. Y que todos los actos hechos para conseguir el divorcio por consentimiento mutuo, quedaban anulados" (Ballesta, 2008, p. 10).

Por otra parte, la Ley Naquet del 27 de Julio de 1884 se encargó de restablecer la figura del divorcio de manera definitiva dentro de la legislación francesa. El restablecimiento de tal figura jurídica no admitió la separación del vínculo jurídico por mutuo acuerdo ni por incompatibilidad de caracteres, únicamente se admitió el divorcio por causas o culpas graves cometidas por alguno de los cónyuges que no permitieran la vida en comunidad, las cuales debían ser probadas entendiendo al divorcio como un castigo que podía recaer sobre uno de ellos. Las causas fueron determinadas de la siguientes forma "perentorias como el adulterio y facultativas como los excesos, sevicias e injurias graves" (Ballesta, 2008 p. 11) figuras que en la actualidad son consideradas causales fundamentales para romper con el vínculo matrimonial.

Antecedentes históricos del Divorcio en Venezuela

Tal como señala López (2012), el divorcio vincular se introduce en la legislación nacional en el Código Civil de 1904, entendiéndose éste como aquel que produce la ruptura del vínculo y la disolución conyugal, toda vez que con anterioridad a dicha introducción a los textos del articulado de la legislación civil, se entendía por "divorcio" a la separación de cuerpos de los esposos.

Esta separación de cuerpos de los esposos de acuerdo a López (2012), se tramitaba a través de los tribunales eclesiásticos siguiendo el procedimiento establecido por el Derecho Canónico. No obstante, el 1 de enero de 1873 se dicta una Ley mediante Decreto, la Ley de Matrimonio Civil, en la cual se otorgó competencia exclusiva a los tribunales civiles, para conocer los casos de separación de cuerpos. El resultado de la mencionada Ley generó una contribución significativa en la secularización del sistema, manteniéndose desde entonces, en Venezuela.

El autor ut supra (2012), señala que el Código Civil Venezolano de 1904, reguló el divorcio bajo causales "taxativamente determinadas que implicaban el incumplimiento grave de obligaciones conyugales". Asimismo, señala que en el referido código se continuó admitiendo la separación de cuerpos como una alternativa para los cónyuges aplicándosele el mismo régimen de causales que el divorcio vincular, pero agregándole, que si en el transcurso de "cinco años desde la fecha de la sentencia de separación, daba derecho a cualquiera de los esposos a pedir su conversión en divorcio, salvo que hubiera habido reconciliación", y es precisamente este derecho según el autor, una innovación.

Por otra parte, Aranguren (2004) señala que las previsiones del Divorcio y la separación de cuerpos fueron idénticas tanto en el código de 1916, 1922 y 1942 en relación con el de 1904. Sin embargo, agrega la autora que el CC de 1942 "aprobó la suspensión de lo referente a la disolución del matrimonio por divorcio dejándose simplemente que todo matrimonio se disuelve por divorcio" (pág. 5).

Asimismo, la citada autora (2004) continúa señalando en relación al CC de 1982 que "se incluye como causal de divorcio la interdicción por causa de demencia del cónyuge entredicho y establece la reducción a un año de lapso requerido para la conversión de la separación de cuerpos en divorcio" (pág. 6).

Con relación a la norma adjetiva se debe señalar que desde 1916 en materia de Familia, se mantuvo su vigencia por cincuenta años con una pequeña reforma de 1926, hasta el 22 de enero de 1986 cuando se promulga el Código de Procedimiento Civil, posteriormente con una reforma de fecha 13 de marzo de 1987.

En este mismo orden de ideas, Aranguren (2004), expone que:

> ... desde 1916 hasta el 2000 los divorcios, en Venezuela se tramitaron por un único procedimiento de divorcio, previsto en los artículos 543 y ss del Código de Procedimiento Civil

> derogado, y por los artículos 754 del Código de Procedimiento Civil de 1986. Es con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en adelante LOPNA, en el año 2000, que lo atinente a divorcios o nulidades del matrimonio cuando haya hijos niños o adolescentes se tramitaran por el Procedimiento Contencioso en Asuntos de Familia y Patrimoniales, establecido en el artículo 454 de la LOPNA, excepto los actos conciliatorios previstos en los artículos 756 y 757 del Código de Procedimiento Civil, en lo sucesivo CPC, cuya celebración se seguirá realizando por ésta norma ultima citada.
>
> Para los casos de divorcios de mayores de edad cuando no hayan hijos alcanzado la mayoridad se seguirán por las normas contempladas en los artículos 754 y subsiguientes del CPC (p. 6).

En resumen, tal como señala la autora (2004) a partir de la entrada en vigencia de la LOPNA, los procesos en materia de divorcio tienen dos procedimientos a seguir, dependiendo si los cónyuges o uno de ellos es adolescente o, si al momento de intentar el divorcio tienen o no hijos procreados que no hayan alcanzado la mayoría de edad.

Cabe destacar que con la reforma en el año 2007 de la ley especial que rige la materia de niños, niñas y adolescentes (LOPNNA) se mantiene la competencia en materia de divorcio a los tribunales de protección de acuerdo con el artículo 177 ejusdem, parágrafo 1 literal j, dirimiéndose de acuerdo al procedimiento contenido en la misma ley.

Por consiguiente, para los juicios de divorcio de mayores de edad, que para el momento de la solicitud o demanda no tengan hijos niños o adolescentes, el Tribunal competente es el de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial donde tenga asiento el último domicilio conyugal y el tramite se hará por el procedimiento ordinario contemplado en el CPC.

En síntesis, se puede afirmar que el Derecho se encuentra en continua adaptación social, y es a través de esta disciplina que se protegen por igual tanto la libertad individual como los abusos de ella, como se puede apreciar del estudio cronológico de la institución del divorcio.

El divorcio vincular tal como se concibe actualmente en el ordenamiento jurídico venezolano es producto de concepciones, enfoques y visiones culturales hoy vigentes; por ello los Estados tienen que optar por seguir un modelo o integrarlos y formar uno nuevo, como en el caso venezolano, que integró el modelo eclesiástico con un modelo contractual del matrimonio, con una fuerte protección legislativa de la familia y sobretodo de los niños, niñas y adolescentes.

Posteriormente, en Francia, el principio de libertad es influido, por el modelo político liberal. Más tarde se impone el modelo social, cuando comienza a regularse el matrimonio a fines de preservar la célula fundamental de la sociedad: La familia.

Todos estos avances históricos fueron prácticamente recopilados, integrados y acoplados a la legislación patria, la cual también en su momento era primitiva en virtud de nuestra cultura machista, racista y eclesiástica.

En definitiva, como conclusión final se puede señalar que el divorcio todavía puede seguir adaptándose a los cambios sociales. En ese sentido, el siguiente ejemplo puede ser muy ilustrativo: ¿qué sucedería cuando una demanda de divorcio se declara sin lugar, en el divorcio contencioso?, ¿podrían las autoridades obligar a una persona a convivir con otra, o incluso peor, hacer uso de la fuerza pública para ejecutar la sentencia?

Es importante señalar que, cada vez más el matrimonio va extendiendo su definición, adhiriendo a su noción los matrimonios de personas del mismo sexo, la pluralidad de personas; incluso cada vez más personas no se casan, dejándole al legislador espacios que todavía se encuentran en estado de disertación para tomar una solución que se acople a dichos cambios, como último ejemplo podemos decir: con la era virtual o tecnológica, se podría aceptar el divorcio a través de internet, a través de una red social como "Facebook" o "twitter", o incluso aplicaciones móviles como "skype", dichos ejemplo no solo generan dudas sino que también generan problemas de derecho internacional privado, pues se podría divorciar a dos personas ubicadas en diferentes partes del mundo, transcendiendo fronteras.

Capítulo II

Caracterización del Divorcio en Venezuela

Como se ha señalado con anterioridad, la institución del divorcio es de vieja data y ya se solía considerar su posibilidad en Roma 300 años antes del advenimiento de Cristo. Cabanellas (2009) define el divorcio como la ruptura de un matrimonio válido.

Asimismo, diversos autores han opinado sobre esta figura jurídica, confiriéndole una gran significación en el campo de las relaciones sociales y familiares. En tal sentido, Colin y Captain (1983) lo definen de la siguiente manera: "...el divorcio es la disolución del matrimonio, separando a los dos esposos a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos o en uno y otro, por las causas determinadas por la ley".

Por otra parte, Mazeud y Mazeud (1997) señalan que el divorcio es "...la ruptura del vínculo conyugal pronunciada por los tribunales en vida de los dos esposos, a demanda de uno de ellos o ambos" (p. 262).

De las dos definiciones citadas se puede deducir que ambos autores intentan definir el divorcio de manera muy similar en virtud de que se habla del rompimiento de un vínculo de unión entre los esposos, resultado de una determinada situación jurídica, siendo así demandado por una de las partes o por ambas, quienes dan inicio al divorcio a través de una demanda.

No obstante, a lo largo del tiempo han surgido y siguen existiendo diferentes posturas en torno a esta figura jurídica; tales posiciones se explican desde diferentes puntos de vista, a saber: la preferencia religiosa, la presión social, los grupos de opinión, los grupos feministas y los defensores de derechos humanos, entre otros. Considerando que el matrimonio es, por naturaleza una institución perpetua dada su condición de base de la familia y la sociedad, el divorcio resulta una institución de carácter absolutamente excepcional.

Al respecto, existen dos corrientes o tendencias que han intentado desarrollar y explicar esta característica de la excepcionalidad (López Herrera, 2009; Grisanti, 1988).

En primer término, una tendencia de tipo tradicional es aquella del divorcio sanción, según la cual el fundamento del divorcio es el castigo al incumplimiento de uno o varios deberes conyugales de forma grave, intencional e injustificada por parte de uno de los cónyuges. En esta situación, sólo el cónyuge afectado está en posibilidad de solicitar el divorcio y la autoridad de concederlo, sancionando así al cónyuge culpable, cuya sanción es la disolución del matrimonio (Grisanti, 1988).

En los sistemas jurídicos que optan por la tendencia del divorcio-sanción es común ver entre las causales de divorcio: el adulterio, el abandono culposo, las injurias, los maltratos y otras de naturaleza análoga. En Venezuela, las seis primeras causales de divorcio contempladas en el artículo 185- CCV, adoptan el fundamento del divorcio como sanción.

La segunda corriente es aquella del divorcio remedio. El divorcio se ve explicado por esta teoría como la solución ante el problema de un vínculo matrimonial intolerable o sin sentido. No es necesario indagar en razones del fracaso del matrimonio, ni de culpables de transgresiones a los deberes conyugales. Es por esta razón que las causales del divorcio, de acuerdo a esta tendencia, están orientadas a las siguientes situaciones: impotencia posterior a la celebración del matrimonio, la demencia u otras enfermedades graves e incluso, el mutuo acuerdo, entre otras.

El Código Civil Venezolano contiene dos causales que reflejan la idea del divorcio remedio: el art. 185, ordinal 7 CCV, el cual establece como causal la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves y el art. 185-A CCV, sobre la ruptura prolongada de la vida en común como causal de divorcio.

Es un hecho indiscutible la importancia que se le confiere al divorcio en la sociedad contemporánea; a pesar de algunos de sus efectos sociales y familiares como

la ruptura del grupo familiar, trae consigo una solución para una pareja en conflicto permanente.

Ante la institución del divorcio se han esgrimido numerosas tesis; entre las cuáles se encuentra la que intenta clasificar al matrimonio dentro de los contratos ordinarios; percibiendo así al matrimonio como un contrato que precisamente por esta condición puede ser terminado por la voluntad de las partes. Por otra parte, se encuentra la doctrina que concibe al matrimonio como un contrato de sociedad y considera la ruptura como una posibilidad por la simple voluntad de cualquiera de las partes.

Asimismo, en posición opuesta a quienes perciben el matrimonio como un contrato, aparece la visión de aquellos que lo conciben como una institución de carácter único, que debe ser protegido mediante regulación especial, por toda la relación personal y material que se maneja bajo la figura del matrimonio.

En la mayoría de las legislaciones modernas el matrimonio es regulado por normas especiales, requiriéndose ciertas condiciones para optar a su disolución; garantizando de esta manera a los interesados (los cónyuges) la posibilidad de romper la unión matrimonial cuando los intereses o las diferencias existentes no permitan mantener la vida en común.

En tal sentido, la mayoría de las legislaciones regulan el matrimonio con normas especiales, estableciendo requisitos muy precisos para su disolución, garantizando así a los cónyuges el derecho de no permanecer con otra persona en contra de su voluntad, lo que implica la posibilidad de asumir uno de los principales derechos inherentes a las personas, como son: la libertad, la seguridad integral y la tranquilidad.

Características del divorcio

Para Domínguez (2008) el divorcio como figura jurídica posee un conjunto de elementos propios que la distinguen de cualquier otra figura, entre los que podemos mencionar:

- El divorcio le confiere un nuevo estado civil a quien rompe el vínculo matrimonial: el de divorciado.
- Sólo se puede divorciar quien esté legalmente casado.
- El divorcio da por concluida la sociedad conyugal.
- El divorciado tiene la posibilidad de casarse nuevamente.
- El divorcio procede por mutuo consentimiento de las partes.
- También procede por la voluntad de uno solo de ellos (siempre que se encuentre fundado en algunas de las causales según la legislación que la regule).

Dentro del actual Código Civil vigente en el país se presenta un grupo de características que diferencian el divorcio de cualquier otra figura jurídica; entre ellas se encuentran tal como señala López (2012):

1. El divorcio es materia de orden público. Es de todos conocidos el hecho de que tanto el divorcio como la separación de cuerpos comprometen y afectan gravemente la estabilidad y normalidad del matrimonio, el cual debe gozar de protección por parte del Estado toda vez que la familia es la base de la sociedad.
2. El divorcio requiere de la intervención judicial. Dada su condición de materia de orden público, en el divorcio se requiere necesariamente de la intervención de una autoridad judicial con el propósito de que se declare la disolución del matrimonio a través de una sentencia. En consecuencia, los arreglos extrajudiciales a los que puedan llegar los cónyuges sobre este particular, carecen de validez.

3. El divorcio procede por causas taxativamente determinadas. El divorcio sólo puede ser declarado por la autoridad judicial cuando se ha demandado o solicitado sobre la base de algunas de las causales preceptuadas en la ley de manera taxativa.

Consecuentemente, es necesario aclarar que las causales de divorcio establecidas en la ley son restrictivas y no pueden interpretarse ni aplicarse por vía de analogía. Asimismo, es menester señalar que en Venezuela el procedimiento para disolver el matrimonio a través de esta figura jurídica no siempre es el mismo.

En tal sentido, López (2009) señala que el divorcio en el país debe ejecutarse a través de los siguientes procedimientos judiciales:

- Procedimiento contencioso de divorcio: Se inicia a través del ejercicio de la acción fundamentada en cualquiera de los supuestos consagrados en el artículo 185 del Código Civil y que culmina con una sentencia definitiva y firme.

- Conversión de separación de cuerpos en divorcio: es otro de los procedimientos ejecutados para disolver el vínculo conyugal y se encuentra previsto en los dos últimos apartes del artículo 185 del Código Civil.

Este procedimiento se ejecuta mediante un trámite judicial que en principio, se entiende que es de jurisdicción voluntaria o graciosa, el cual se inicia con una solicitud por parte de uno de los cónyuges o de ambos y finaliza con un decreto de conversión. No obstante, en ocasiones este procedimiento puede tornarse en contencioso.

– Separación de hecho prolongada: este procedimiento se encuentra preceptuado en el artículo 185-A y se tramita a través de un procedimiento judicial de jurisdicción graciosa o voluntaria que culmina con un decreto de divorcio.

Capítulo III

Instrumentos Jurídicos que regulan el Divorcio a Nivel Nacional

En el ordenamiento jurídico venezolano se introduce el divorcio vincular por primera vez en el Código Civil de 1904, toda vez que antes de esa fecha existía una separación de cuerpos que denominaban divorcio.

Al respecto Sánchez (2008) expresa que:

> Hasta 1873, cuando se dicta el Decreto Ley sobre esponsales y matrimonio la competencia para conocer del procedimiento del divorcio correspondía a los Tribunales Eclesiásticos; mediante dicho decreto ley se seculariza la materia matrimonial y se atribuye la competencia en los juicios de separación de cuerpos a los tribunales civiles (p. 435).

El referido autor (2008) señala que el Código Civil de 1896 introduce la condenación a presidio como causal de separación de cuerpos y el de 1904, el divorcio vincular, el cual estatuía cinco causales de divorcio que constituían una grave violación a los derechos conyugales y se condenaba al cónyuge culpable con la prohibición de contraer nupcias en el lapso de cinco años a partir de la sentencia, cuando la causal del mismo fuese adulterio. Asimismo, mantuvo la separación de cuerpos como una modalidad diferente al divorcio y estableció su conversión en divorcio al transcurrir cinco años después de declarada.

Por otra parte, el Código Civil de 1942 incluye como causal la embriaguez consuetudinaria y reduce el lapso para solicitar la conversión de la separación de cuerpos en divorcio a dos años.

Finalmente, el Código Civil de 1982 elimina la distinción que había entre hombre y mujer con relación al adulterio como causal de divorcio; de la misma forma, introduce como nueva causal "la interdicción por causa de perturbaciones

psiquiátricas graves que hagan imposible la vida en común" y reduce a solo un año el lapso para solicitar la conversión de la separación de cuerpos en divorcio; introduciendo la ruptura prolongada de la vida en común, por la separación de los cónyuges por un término mayor a cinco años, como nueva causal de divorcio, estableciéndose para ello un procedimiento breve y no contencioso (Sánchez, 2008).

El artículo 184 del Código Civil establece las dos causas de disolución del vínculo conyugal; la muerte y el divorcio; con relación a la muerte, ésta consiste en la cesación de las funciones vitales del individuo y representa la extinción de la personalidad jurídica de las personas naturales, en otras palabras, la muerte consiste en la forma natural de disolución del vínculo matrimonial.

El divorcio, por su parte, constituye el medio legal en la legislación nacional para disolver el referido vínculo, no existiendo otras causas que puedan disolver tal unión.

En el artículo 185 ejusdem se establecen las causales únicas de divorcio, a saber:

1. El adulterio. Consiste en la relación sexual de un cónyuge con persona distinta de su consorte. Constituye la violación más grave del deber de fidelidad conyugal, establecido en el artículo 137 de la misma ley. Puede o no nacer un hijo de la relación adulterina. Si el agraviado consiente el adulterio o perdona al ofensor, la ley niega el derecho de solicitar la separación.

En este orden de ideas, el Diccionario de la Real Academia Española (2005) define el adulterio de la siguiente manera: "...consiste en el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados".

Por otra parte para que se constituya el adulterio deben existir dos elementos, a saber: 1) el material de la cópula carnal llevada a cabo por una persona con quien no es su cónyuge, y 2) el intencional de realizar el acto en forma 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 persona, si no se llega a

producir la unión carnal, en otras palabras, su prueba implica la demostración precisa de que se han mantenido relaciones carnales durante el matrimonio con persona diferente al cónyuge.

Finalmente, es menester destacar que el adulterio constituye delito, tal como lo establece el Código Penal Venezolano.

2. Abandono voluntario. Con relación a esta causal, cabe destacar que el legislador califica el abandono como "voluntario", significando que no puede calificarse como abandono aquél que sea producto de la violencia o en el cual no prive el libre ejercicio de la voluntad.

El abandono voluntario puede ser: a) abandono voluntario del domicilio conyugal y b) abandono voluntario de los deberes matrimoniales. El primero de ellos debe estar configurado por dos factores fundamentales: en primer lugar el animus, es decir, que quien abandona el hogar debe hacerlo en forma intencional, independientemente que surja en él la voluntad firme de regresar al domicilio conyugal.

Tal abandono debe ser producto de una decisión categórica y no de una contingencia doméstica como un percance o una fuerte discusión que cese rápidamente en el tiempo, en otras palabras, la intención de abandono debe ser permanente y definitiva.

Con relación al segundo tipo de abandono cabe destacar que consiste en el incumplimiento voluntario de los deberes conyugales. Éste puede abarcar desde el incumplimiento del débito conyugal hasta el socorro mutuo que se deben los esposos para cubrir sus necesidades.

Asimismo, debe señalarse que el citado incumplimiento debe ser injustificado y no producto de contingencias personales como enfermedades, el exceso de trabajo o por razones simplemente circunstanciales.

3. Los excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común. En atención a los excesos se debe señalar que constituyen los actos de violencia ejercidos por uno de los cónyuges en contra del otro, que ponen en peligro la salud, la integridad física o la vida misma de la víctima, mientras que la sevicia consiste en los maltratos físicos que un cónyuge infiere al otro, generalmente invocado por la mujer. En tal sentido, debe ser apreciado por el juez en atención a las costumbres del contexto y del correspondiente estrato social (Calvo Baca, 2002).

Finalmente, la injuria grave consiste en el ultraje al honor y la dignidad del cónyuge afectado y asume diversas modalidades. La injuria es un daño moral. Estas situaciones deben ser graves, injustificadas e intencionales para que puedan constituir la causal en estudio.

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.

Se entiende por conato para corromper o prostituir al otro cónyuge o a sus hijos, el acto deliberado de uno de los cónyuges para depravar a aquellos. Del texto de la propia ley se desprende que no se requiere de la consumación de los actos inmorales señalados para que haya lugar a la acción de divorcio, basta el simple "conato", la sola tentativa de lograr aquellos actos.

Por otra parte, la connivencia en la corrupción o prostitución consiste en la tolerancia o la complicidad de uno de los cónyuges, de la depravación del otro o sus descendientes, llevada a cabo por una tercera persona. La connivencia puede ser activa o pasiva, revistiendo en cada caso mayor o menor gravedad pero siempre constituye un acto delictuoso que le posibilita al cónyuge afectado a invocar el divorcio.

En la connivencia activa, el cónyuge culpable puede valerse de un tercero para que lleve a cabo el acto de corrupción o prostitución del otro cónyuge o de sus hijos, facilitándole los medios necesarios y creando las oportunidades necesarias para su ejecución.

Por otra parte, en la connivencia pasiva, el cónyuge culpable si bien no ejecuta ningún acto tendiente a la corrupción del otro o de los hijos, se hace cómplice de ella manteniendo una actitud pasiva al no tratar de entorpecer aun cuando le son conocidas las actuaciones que un tercero realiza a tal fin.

En el presente caso para recurrir en la causal de divorcio se deben cumplir con al menos, dos de los elementos antes mencionados, es decir, la situación debe ser grave, intencional y directo pero jamás puede ser justificada.

5. La condenación a presidio. Para poder invocar esta causal es necesario que la condenación a presidio cumpla con las tres siguientes condiciones:

1) Que haya sido declarada por sentencia definitivamente firme y ejecutoriada, es decir, que no pueden invocarse contra ella ni el recurso ordinario de apelación, ni el extraordinario de casación, o que de haber sido invocados, hubieren sido declarados sin lugar.

2) Que la sentencia sea posterior al matrimonio pues no pueden dar lugar al divorcio los hechos anteriores a la celebración del vínculo. Mientras el vínculo conyugal no ha nacido, no puede hablarse de disolución del mismo.

3) Que la sentencia sea dictada por un tribunal venezolano, haciendo una aclaratoria necesaria con relación a las corrientes que apoyan las tesis de la validez de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, una vez realizado el procedimiento de Exequátur, inclusive existen tesis que apoyan la validez de dichas sentencias sin necesidad del procedimiento de Exequátur en los casos de países que tengan tratados internacionales firmados con la República Bolivariana de Venezuela. En síntesis, estos requisitos se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Sentencia definitivamente firme.
2. Sentencia posterior a la celebración del matrimonio.
3. Sentencia dictada por tribunales venezolanos.

6. La adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco dependencia que hagan imposible la vida en común. Esta causal comprende dos vertientes perturbadoras, la adicción alcohólica y la fármaco dependencia. Antes de la reforma del Código Civil esta causal se limitaba a la adicción alcohólica, denominada embriaguez consuetudinaria. Recientemente ha sido extendida a la dependencia de otros fármacos capaces de producir la disminución o pérdida parcial de las funciones intelectuales; tal sería el caso de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas tan difundido en la actualidad, el cual reviste alta peligrosidad para el núcleo familiar.

7. La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibilitan la vida en común. Para Calvo (2002) esta causal constituye una innovación en la ley venezolana puesto que llena un vacío y prohíbe de manera taxativa al juez decretar el divorcio sin antes procurar la manutención y el tratamiento del enfermo. Para invocarla se requiere que previamente haya sido declarada la interdicción.

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

En este 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 anterior.

Con relación a estas causales es necesario señalar que aunque sólo en estos casos se puede presentar una demanda de divorcio, es imprescindible tomar en consideración que muchas situaciones son imposibles de ser presentadas en términos absolutos, por lo que en cada caso habrá que examinar la situación en particular.

A manera de ejemplo se puede señalar que para algunos, el abandono significa haber salido físicamente del domicilio conyugal mientras que para otros una persona que ha perdido todo el interés en su familia o en su pareja y que ha dejado de llevar

una vida en común desde el punto de vista emocional, comete abandono aunque siga compartiendo residencia. De la misma forma, hay ofensas que para algunas personas carecen de importancia y para otras son tan graves que la vida en común resulta imposible.

En este sentido, es menester destacar en materia de jurisprudencia la sentencia N° RC: RC.00790 de Sala de Casación Civil, Expediente N° 02-338 de fecha 18/12/2003

> ...En criterio de la Sala, el abandono voluntario no comprende la separación de uno de los cónyuges del lugar en que habitan que sirve de hogar, sino el incumplimiento injustificado por parte de un cónyuge de los deberes fundamentales que conforme a la ley le impone el matrimonio con respecto del otro...En este sentido, la Sala ha precisado que dos cónyuges pueden vivir en casas y hasta en poblaciones distintas y, sin embargo, no haber incurrido ninguno de ellos en el abandono voluntario capaz de disolver el vínculo conyugal por divorcio. A la inversa, puede darse el caso de que los esposos vivan bajo el mismo techo y, sin embargo, haberse consumado entre ellos el abandono voluntario, por encontrarse separados realmente de cuerpos y espíritu...

De la misma forma, se señala la sentencia Tribunal Primero de Primera Instancia en funciones de Juicio del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y del Adolescente del Estado Lara de fecha 8 de Febrero de 2011 (Anexo A). La misma, se refiere a un caso de divorcio contencioso invocando el artículo 185 del Código Civil, ordinal 3, relativo a los excesos, sevicias e injurias graves que hacen imposible la vida en común.

El citado caso, se ventila ante un tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes, toda vez que en esa unión fue procreada una niña, quien tiene un año de edad para ese momento y debido a su corta edad la juez no puede tomar su opinión

como lo establece la LOPNNA, no obstante fue evaluada por el equipo multidisciplinario del referido tribunal para dejar constancia de la buena salud y del buen cuidado que tiene la niña.

Además, en la misma decisión se evidencia lo relativo al régimen de convivencia familiar, la obligación de manutención y todas las medidas que debe considerar el juez sobre la base del principio de interés superior del niño que debe tener en cuenta para brindarle la máxima protección a la niña antes citada.

Por otra parte, el artículo 186 del Código Civil Venezolano, establece los efectos de la sentencia declaratoria del divorcio, según el cual ejecutoriada la sentencia que declaró el divorcio, queda disuelto el matrimonio y cesará la comunidad entre los cónyuges y se procederá a liquidarla. La declaratoria del divorcio no impide a las partes contraer libremente nuevo matrimonio, siempre que sea observado lo dispuesto en el artículo 57 ejusdem.

Con respecto a la titularidad de la acción de divorcio, está pertenecerá exclusivamente a los cónyuges, sin embargo sólo podrá intentarla el cónyuge que no haya dado causa al divorcio de acuerdo al artículo 191 del Código Civil Venezolano, asimismo, se puede clasificar esta disposición como típica de un sistema que acoge la tendencia del divorcio-sanción, al atribuirle el ejercicio de la acción únicamente al cónyuge inocente.

De la misma forma, el artículo 196 ejusdem, indica que en todas las causas de divorcio, intervendrá como parte de buena fe, un representante del Ministerio Público, lo cual demuestra el carácter de orden público del divorcio, así como el de excepcionalidad.

Con relación a la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, debe tenerse en cuenta el artículo 351 referido a las medidas en caso de divorcio, separación de cuerpo y nulidad del matrimonio, habida cuenta que cada vez que se interponga una demanda de divorcio en las cuales se vean afectados los niños,

niñas y adolescentes, los jueces, de protección deben dictar las medidas provisionales en lo referente a la Patria Potestad y a su contenido, tal como lo señala Rodríguez (2009):

> (...) particularmente en lo que concierne a la Custodia, al Régimen de Convivencia Familiar y a la Obligación de Manutención que deben observar el padre y la madre respecto a los hijos e hijas que tengan menos de dieciocho años y, a los que teniendo más de esta edad, se encuentren con discapacidad total o gran discapacidad, de manera permanente. En todo aquello que proceda, el juez o jueza debe tener en cuenta lo acordado por las partes.

En atención a la Ley Orgánica de Registro Civil, establece en materia de divorcio la obligatoriedad de inscribirse en el Registro Civil tanto la constitución como la disolución del vínculo matrimonial en su artículo, de la misma forma, toda sentencia que declare la existencia, nulidad o disolución del matrimonio deberá ser inscrita, específicamente, en el libro de matrimonios de acuerdo al artículo 101 ejusdem.

Finalmente, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal contempla una disposición en su artículo 8 que debe ser observada con detenimiento:

> Los jueces y juezas de paz comunal son competentes para conocer:
>
> (...)
>
> 8. Declarar, sin procedimiento previo y en presencia de la pareja, el divorcio o la disolución de las uniones estables de hecho cuando sea por mutuo consentimiento; los solicitantes se encuentren domiciliados en el ámbito local territorial de juez o jueza de paz comunal; y no se hayan procreado hijos o de haberlos, no sean menores de 18 años a la fecha de la solicitud

Es menester señalar que sin entrar en interpretaciones legales o constitucionales, la norma transcrita se encuentra en contradicción con los rasgos característicos del divorcio, a saber:

- Sobre la necesaria intervención judicial: sólo el órgano judicial competente, mediante una sentencia, puede decretar el divorcio. Es cierto que la justicia de paz forma parte del sistema judicial venezolano sobre la base del artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin embargo, no puede por ello considerársele como órgano judicial, así como tampoco puede homologarse un juez de paz a un juez ordinario.

- Sobre el carácter de orden público: se le ha dado al divorcio el carácter de orden público con el propósito de darle una regulación mas rigurosa y así brindar una mayor protección a la institución del matrimonio. En tal sentido, podrían presentarse abusos al aligerar el trámite del divorcio en los términos contemplados por la norma citada ut supra (la declaratoria sin procedimiento previo).

Capítulo IV.

Legislaciones del Divorcio en España, Panamá y Colombia

A continuación se revisara lo relativo al divorcio en las legislaciones de España, Panamá y Colombia.

España

De acuerdo al ordenamiento jurídico español, el divorcio se define como la ruptura del vínculo matrimonial, en vida de ambos cónyuges, en virtud de un pronunciamiento judicial, el cual puede ser de dos maneras: el divorcio de común acuerdo y el divorcio contencioso.

En este orden de ideas Fournier (2009) define al divorcio contencioso como un proceso que surge al haber conflicto entre ambos cónyuges para separarse legalmente, ya que uno de ellos no está de acuerdo y se niega a otorgar el divorcio al otro, en este caso los parámetros de la finalización del vínculo matrimonial los decide el juez que conozca la causa y ambas partes deben estar acompañados de un procurador. Es en definitiva, un procedimiento costoso y abarca mucho más tiempo en finalizarse.

Conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, el divorcio de común acuerdo, es un procedimiento rápido y sencillo, en el cual el principal requisito es que ambas partes estén de acuerdo y para que el mismo pueda gestionarse se requiere el cumplimiento de lo siguiente:

1. Que los cónyuges estén de acuerdo en divorciarse, debiendo constar en el convenio regulador y ratificarse ante el juez.
2. Se debe establecer un convenio regulador en el que se especifican las consecuencias del divorcio: reparto de bienes y relaciones para con los hijos (de haberlos, este procedimiento seria el paso equivalente al acuerdo de manutención que es realizado en Venezuela).

3. Que hayan pasado más de tres años desde que se contrajo matrimonio.

Para iniciar el proceso de divorcio de común acuerdo, es necesario presentar la demanda de divorcio, acompañada por el certificado de inscripción del matrimonio, por el convenio regulador y por las certificaciones literales de nacimiento de los hijos, si los hubiera. Esta demanda la puede presentar un solo cónyuge, con el consentimiento del otro, o ambos.

La principal diferencia entre el divorcio de común acuerdo y el contencioso, es que en este último, uno de los cónyuges solicita el divorcio sin el consentimiento del otro, requiriéndolo judicialmente mediante presentación de demanda contenciosa. Como ambos cónyuges no están de acuerdo en divorciarse, no se acompaña convenio regulador a la demanda y será el Juez quien mediante la sentencia de divorcio, determinará los detalles y la situación en la que quedará cada cónyuge respecto a los bienes, las obligaciones para con los hijos y demás elementos.

En este orden de ideas, el Código Civil Español en su artículo 81, preceptúa:

> Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:
>
> 1. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.
>
> 2. A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual

del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañara propuesta fundada de las medidas que haya que regular los efectos derivados de la separación.

Tal como se puede evidenciar con el citado artículo supra, en el divorcio de mutuo acuerdo, deben haber transcurrido más de tres meses desde la celebración del matrimonio para poder divorciarse y no es necesario alegar causa alguna.

En el divorcio contencioso, cada cónyuge irá representado por un letrado diferente, por lo que es un proceso más costoso económicamente para los cónyuges, más largo y procesalmente más complicado.

Como en todo proceso legal y jurisdiccional, es necesario cumplir con una serie de requisitos, específicamente en la legislación española se hace a través del artículo 86 del Código Civil respectivo, a saber:

1. El cese efectivo de la convivencia conyugal de al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda formulada por ambos cónyuges o de uno de ellos con el consentimiento del otro.

2. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante dos años desde que se consiente libremente por ambos cónyuges la separación de hecho, o cuando el que pide el divorcio acredite que al iniciarse la separación el otro estaba incurso en causa de separación (de las establecidas en el artículo 82).

3. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de cinco años.

Se observa de lo expresado supra, en España ni la separación ni el divorcio pueden interponerse sin alegar alguna de las causales establecidas por la ley, exceptuando el caso de la separación de mutuo acuerdo.

Los efectos de la separación y el divorcio pueden ser personales o patrimoniales, produciéndose tanto para los cónyuges como para los hijos del matrimonio y se pueden regular por los propios cónyuges. Asimismo, en caso de desavenencias, será el Juzgado el que los determine.

Una vez verificados todos los requisitos, se procederá a realizar el divorcio, el cual debe quedar establecido mediante una sentencia que constituye el dictamen que establece el Juez que ha de cumplirse con relación a un caso de divorcio. Tanto en los divorcios de común acuerdo como en los divorcios contenciosos, será el Juez quien finalmente dicte sentencia.

En atención a la jurisprudencia, cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo Español N°: 758/2013 de fecha 25 de noviembre del año 2013. España: Sala de lo Civil (Anexo B), la cual tiene por objeto, un divorcio contencioso y determinación de la custodia de los hijos menores.

En esta sentencia se establece el criterio jurisprudencial mediante el cual el cotitular de la patria potestad puede solicitar la custodia compartida o incluso la custodia plena de los menores de edad sobre la base del artículo 92 del código civil español.

- Se interpuso demanda de juicio para la modificación de medidas definitivas establecidas en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo del demandante. Estimando la modificación del régimen de guarda y custodia compartida de ambos progenitores.
- Se contestó a la demanda, asimismo se solicitó la desestimación de la misma y se otorgó la guarda y custodia del hijo menor a su madre, estableciendo el régimen de visitas.

- Se atribuye la guarda y custodia del menor de forma compartida a ambos progenitores.
- Se estableció un régimen de visitas en los períodos vacacionales.

Panamá

En el ordenamiento jurídico Panameño se encuentra vigente el Código Civil publicado en Gaceta Oficial número N° 2.404, de fecha 22 de agosto de 1916, asimismo tienen un instrumento jurídico denominado Código de Familia, publicado el 17 de mayo de 2004, en estos instrumentos se apoyará el análisis del divorcio en Panamá.

Con relación al tema en estudio, es importante destacar lo que señala González (s/f) quién expresa que:

> Durante el periodo que estuvimos unidos a España mantuvimos, el dogma existente en relación con el matrimonio, hasta que logramos la independencia el 28 de noviembre de 1821 y nos unimos a la Gran Colombia. La Ley 20 de 1853, admite el divorcio en Colombia pero tres años después fue abolida por los conservadores, ese mismo carácter de indisolubilidad se mantuvo en el Código Colombiano de 1873. Para el 3 de noviembre de 1903, Panamá logra su independencia de Colombia y tres meses después por medio de la ley de 15 de febrero de 1904, se decretó como una de las primeras medidas que continuaran rigiendo en el país los Códigos y Leyes Colombianos, que no contravinieran las disposiciones del nuevo gobierno, situación que se mantuvo durante diez años posteriores a la separación. Luego por medio de la Ley 17 de enero de 1911, se establece la figura del divorcio en suelo patrio acción que solo podía ser solicitada por los cónyuges con plena libertad.

Es así como posteriormente en el año 1916 es aprobado el Código Civil Panameño, en el cual se encuentra previsto y sancionado el divorcio, produciéndose modificaciones y derogaciones de las disposiciones contenidas en el referido Código, lo que dio paso a la ley N° 3 del 17 de mayo de 1994 conocido como el Código de Familia, el cual se encuentra en vigencia y constituye uno de los textos jurídicos más relevantes en la materia.

En este orden de ideas, en el artículo 212 del Código de Familia se señalan las causales de divorcio, a saber:

1. El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro, o de sus hijos, hijas, hijastros o hijastras;
2. El trato cruel físico o psíquico si con él se hace imposible la paz y el sosiego doméstico;
3. La relación sexual extramarital;
4. La propuesta de uno de los cónyuges para prostituir al otro;
5. El conato del marido o de la mujer para corromper o prostituir a sus hijos, hijas, hijastros o hijastras, o la connivencia en su corrupción o prostitución;
6. El abandono absoluto por parte del marido de sus deberes de esposo o de padre, y por parte de la mujer, de sus deberes de esposa o de madre, si al presentar la demanda de divorcio han transcurrido por lo menos seis (6) meses, contados desde el día en que se originó la causal, salvo que se trate del abandono de mujer embarazada, en cuyo caso el término será de tres (3) meses;
7. El uso habitual e injustificado de drogas o sustancias psicotrópicas;

8. La embriaguez habitual;

9. La separación de hecho por más de dos (2) años, aun cuando vivan bajo el mismo techo.

Es menester observar que las causales indicadas supra, no difieren tanto con relación a las causales establecidas para el divorcio en la legislación venezolana, salvo la inclusión que hace el legislador panameño en cuanto a la consideración hacia el hijastro o hijastra; reduce en el ordinal nueve la separación de hecho a dos (2) años y abandono absoluto por parte del marido o d ela mujer de sus deberes de padre y madre.

Asimismo, en el Código señalado ut supra, se encuentra previsto y sancionado el divorcio voluntario en el artículo 218, el cual establece que en los supuestos contenidos en los numerales 9 y 10 del artículo 212 ejusdem, el juez solo podrá sentenciar el divorcio una vez se compruebe que se encuentra resuelto lo referente a la guarda, régimen de visitar y alimentos de los hijos o hijas habidos en el matrimonio. Estas previsiones también se encuentran en el ordenamiento jurídico venezolano, con relación a la custodia, régimen de convivencia familiar y obligación de manutención que debe considerarse en estos casos, cuando existen niños, niñas y adolescentes.

Cabe destacar, la jurisprudencia panameña con relación al divorcio, en la cual se revisa el caso de Carlos Enrique Lampas Melgar quién recurre en casación en el proceso de divorcio que le sigue a María Del Carmen Carrasquillo Valderrama. Ponente: Oyden Ortega Duran. Panamá, catorce (14) días del mes de Septiembre del año dos mil doce (2012) (Anexo C).

En primer lugar al realizar el análisis de la presente sentencia se debe tomar en cuenta que en el ordenamiento jurídico del Estado Panameño, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Primera de lo Civil, será la encargada de conocer aquellos casos

que en materia Civil, Familia, específicamente en casos de divorcios, ameriten casación.

En el caso concreto se observa que inicialmente la demanda de divorcio surge en virtud de lo dispuesto en el Código de Familia panameño, a saber:

> **Art. 212** Son causales de Divorcio:
>
> (...)
>
> 2. El trato cruel físico o psíquico si con él se hace imposible la paz y el sosiego doméstico;
>
> 3. La relación sexual extramarital:
>
> (...)
>
> 6. El abandono absoluto por parte del marido de sus deberes de esposo o de padre , y por parte de la mujer, de parte de sus deberes de esposa o de madre, si al presentar la demanda de divorcio han transcurrido al menos seis (6) meses, contados desde el día en que se originó la causal, salvo que se trate del abandono de la mujer embarazada, en cuyo caso el término será de tres (3) meses;
>
> (...)

Se observa que la parte accionante, en este caso el señor Carlos Enrique Lampas Melgar, alega una serie de hechos que encuadran en los supuestos de divorcio antes mencionados, sin embargo el Tribunal de Primera Instancia de Panamá, en el ejercicio y cumplimiento de sus funciones, decidió investigar a fondo sobre todos los hechos alegados por el demandante para determinar si efectivamente poseen valor probatorio suficiente a fin de tenerlos como ciertos y para que den fe de que se incurre en las causales de divorcio antes citadas, de tal forma que toman en cuenta la evaluación hecha por una psicóloga experta y la declaración de varios testigos.

Con ello podemos determinar que los tribunales panameños al conocer de los casos ejercen su labor investigativa y jurisdiccional, realizando los actos procesales necesarios para el alcance y determinación de la verdad, toda vez que pueda determinarse, en el caso concreto, si es o no procedente la decisión tomada.

Por otra parte, la sala alega que:

> La Causal de Casación en el fondo invocada por el Casacionista consiste en la "INFRACCIÓN DE NORMAS SUSTANTIVAS DE DERECHO POR ERROR DE DERECHO EN CUANTO A LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA Y QUE HA INFLUIDO SUSTANCIALMENTE EN LO DISPOSITIVO DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

Es menester observar que los tribunales panameños consideran estrictamente las reglas de la sana crítica para la determinación del valor probatorio, ya que de incumplir la apreciación podría estar viciada. Por tanto, la fase probatoria de los alegatos es fundamental para establecer el fallo decisorio.

Como se desprende de los hechos narrados en la sentencia que previo el ejercicio de la casación se tomaron en cuenta todos los alegatos y se llevó a cabo la fase probatoria necesaria para formar la convicción del juez.

Se puede colegir que la Corte Suprema, al igual que todos los tribunales del Estado panameño se basan en el alegato de las casuales de divorcio contenidas en su normativa, la apreciación y valoración de las pruebas y por último toma la decisión, en tal sentido deben respetarse las reglas de la sana crítica y se debe tener certeza de los alegatos para formar la convicción.

Como bien se observa en la narración del caso, la evacuación de las pruebas no produjo un resultado positivo para el demandante, dado que las causales alegadas

para ejercer la demanda de divorcio, no han sido corroboradas y por ende no puede decidirse en contra.

En consecuencia de no cumplirse con los requisitos probatorios y de fe que sustenten los alegatos hechos por las partes, según la jurisprudencia panameña, no proceden las causales de divorcio, es decir que necesariamente habrá que hacer un estudio exhaustivo de los alegatos y acompañamientos probatorios que las partes deben desarrollar.

Finalmente, por estas razones el tribunal declara que no se han configurado los requisitos de injuricidad y por lo tanto se declara sin lugar la demanda.

Colombia

La ley que rige el divorcio en la República de Colombia es la Ley 25 de Diciembre de 1992, reglamentada por el Decreto Nacional 782 de 1995.

Según Alvarez (2009) recientemente en la Ley 25/92 se redacta como "El grave e injustificado incumplimiento por parte de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres."

La referida ley contentiva de quince (15) artículos relacionados con la materia, regulando el divorcio para todos los matrimonios (incluyendo el religioso) la sociedad de bienes de los cónyuges, y las obligaciones y/o derechos entre los cónyuges que surgen por la relación matrimonial.

Asimismo, la pareja al casarse conforma lo que se conoce como sociedad conyugal, la cual estará conformada por todos los bienes que ingresen durante la relación matrimonial a título oneroso, hasta el momento en que se divorcien.

Cabe destacar, que en el artículo 6 de la ley vigente que rige la materia se prevé las causales siguientes:

1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado.

2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.

3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.

4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.

5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.

6. Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.

7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.

8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años.

9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia.

De acuerdo a Vergel (s/f) la causal 8 es de gran relevancia, toda vez que existe un elevado número de separaciones de hecho según las estadísticas colombianas, aunado a esto el llamado "cónyuge inocente" era el único que tenía la facultad para

poder solicitar el divorcio, no obstante en ocasiones se le penalizaba negándole la posibilidad de separación.

Al señalarse esta nueva disposición no hay impedimento alguno para que cualquiera de los cónyuges pueda pedir el divorcio.

Además de las causales indicadas supra, es necesario señalar ante que jurisdicción específicamente debe presentarse la solicitud de divorcio, ésta se incoará ante instancias civiles, específicamente ante los jueces de familia, en única instancia dependiendo de la causal a la que se refiera. En este sentido según Vergel (s/f) en las causales entre el 1° y el 8° se regirán por procedimiento verbal, en primera instancia; y en segunda Instancia ante el Juez Superior, por su parte en el momento que se hace referencia a la causal 9° ira ante el Juez de Familia, en única instancia; y en su defecto, conocerá el Juez Civil o Promiscuo Municipal en Primera Instancia y en Segunda Instancia el Juez de Familia.

Cabe destacar que el divorcio en Colombia, se clasifica en:

1) Divorcio por mutuo acuerdo: cuando ambas partes han llegado al acuerdo de que desean separarse, manifiestan su voluntad ante un Juez de Familia o ante una notaria, y este dicta la sentencia correspondiente. Es un procedimiento expedito y realmente efectivo, haciendo fácil la división del patrimonio común entre ambos cónyuges; acordándose también lo referente a la manutención en el caso en que haya hijos comunes.

2) Divorcio Contencioso: aquel donde no fue posible un acuerdo entre las partes, aquí el demandante debe probar ante el Juez de Familia la causal de divorcio correspondiente al caso, se considera como un proceso mucho mas engorroso y tardío.

Según sea el caso entre los documentos correspondientes para solicitar el divorcio se encuentran el Registro Civil del Matrimonio, las actas de nacimiento de ambos cónyuges, el acuerdo al que llegaron los cónyuges y las actas de nacimiento de los hijos comunes, en caso de que así los hubiere.

Por su parte, la duración del mismo no está escrita, cuando sea por mutuo acuerdo el proceso puede llegar a tardarse entre una semana y un mes, mientras que si es un divorcio contencioso, el procedimiento es demorado y no tiene tiempo estimado. El trámite es llevado a cabo por las partes, pero en el caso de mutuo acuerdo las partes pueden tener sus respectivos apoderados, quienes pueden realizar el llamado "divorcio express", evitando que las partes tengan que acudir a realizar ellos los tramites.

Como consecuencia de la unión matrimonial, se tiene que nace una comunidad conyugal, como se mencionó anteriormente, a ella se le irán agregando los bienes e incluso las deudas que se generen durante la relación matrimonial. Al momento del divorcio es necesario liquidar la misma y darle a cada parte lo que le corresponda. Cabe acotar que este procedimiento de separación de bienes no es necesariamente accesorio al divorcio, porque puede hacerse aparte o incluso antes de lo que sería dicho procedimiento de disolución. Con respecto a esto, se tiene lo siguiente:

Por otra parte, en caso de separación de la pareja ambos deberán responder económicamente en la medida de sus posibilidades. Aunado a esto en un tercer plano, estarían las deudas que contrae la pareja, para las mismas si son deudas de tipo familiar, ambos son responsables, como lo señala el artículo 1796 del Código Civil Colombiano, la sociedad es obligada al pago "Del mantenimiento de los cónyuges; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes, y de toda otra carga de familia".

En atención a la jurisprudencia colombiana se presentan las siguientes sentencias:

- **Expediente D-8134/ Sentencia C-985/10**

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 (parcial) de la Ley 25 de 1992, dictada el 2 de diciembre de 2010 por la Corte Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, modificatoria del artículo 156 del Código Civil. Actores: Juliana Victoria Ríos Quintero y otro. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

Los actores afirman que los apartes demandados desconocen los artículos 1, 2, 5, 15, 16, 18 y 42 de la Carta, por cuanto establecen un término de caducidad o prescripción para iniciar la demanda de divorcio.En cuanto a los argumentos aseveran que:

> (...) podría suceder que el cónyuge ofendido solo se enterara de las relaciones sexuales extramatrimoniales de su consorte pasados dos (2) años desde su ocurrencia, lo que sobrepasa el término establecido por el Legislador para dar inicio a la acción de divorcio. En consecuencia, el cónyuge inocente tiene que "(...) permanecer ligado al cónyuge culpable aún en contra de su querer, situación que a todas luces contraría los principios constitucionales de la dignidad humana, de la inalienabilidad de los derechos de las personas, y los derechos constitucionales a la libertad de conciencia, el libre desarrollo de la personalidad, la armonía familiar y la honra" del cónyuge inocente, especialmente porque le impide a este último (...) intentar la restabilización de su vida ante el deterioro de su vínculo matrimonial.

Intervenciones

Universidad del Rosario En este caso, a juicio del interviniente, los demandantes no lograron:

> (…) estructurar convincentemente fallas de tal trascendencia y, por el contrario, han fundamentado su criterio en una visión propia de la problemática y sus soluciones, que no por respetable y seria tiene la certeza suficiente para descalificar el criterio del legislador, aún ante el eventual desacierto de este último en la decisión. (….) las demandas basadas en las causales de divorcio previstas en los numerales 1° (relaciones sexuales extramatrimoniales) y 7° (conductas tendientes a corromper o pervertir al otro cónyuge, un descendiente u otras personas del núcleo familiar) del artículo 6 de la misma ley, deben ser interpuestas por el cónyuge inocente dentro del término de un año contado a partir de cuando éste tuvo conocimiento de su ocurrencia y, en todo caso, dentro de un término no mayor a dos años contados desde cuando efectivamente tuvieron lugar las conductas.

La sala decide lo siguiente:

Declarar INEXEQUIBLE la frase "en todo caso las causales 1ª y 7ª sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguiente a su ocurrencia" contenida en el artículo 10 de la Ley 25 de 1992.

SEGUNDO: Declarar EXEQUIBLE la frase "y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales 1ª y 7ª o desde cuando se sucedieron, respecto a las causales 2ª, 3ª, 4ª y 5ª" contenida en el artículo 10 de la Ley 25 de 1992, señalando que los términos de caducidad a los que

la disposición se van a restringir en el tiempo la posibilidad de solicitar las sanciones ligadas a la figura del divorcio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-985/10:

CADUCIDAD PARA LA ACCION DE DIVORCIO-Improcedencia de sentencia condicionada (Salvamento de voto) "Debió proferirse un fallo de exequibilidad puro y simple respecto de las disposiciones demandadas, pues la previsión de un término para alegar ciertos hechos como causales de divorcio hace parte de la potestad de configuración del legislador"

EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA-Constituye un rediseño de las causales de divorcio (Salvamento de voto)

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD-Inadecuada aplicación (Salvamento de voto). "El juicio de proporcionalidad propuesto parte de una premisa equivocada cual es la de presentar una supuesta colisión entre bienes constitucionales que en la realidad no se presentaba".

- **Expediente D-2645**

Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el numeral 1° del artículo 6° de la ley 25 de 1992. Actor: Fabián López Guzmán en fecha 8 de Junio de 2000- Sala Plena de la Corte Constitucional

Artículo 6: el artículo 154 del Código Civil, modificado por la Ley Primera de 1976, quedará así:

Son causales de divorcio:

1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado.

Según los alegatos de las partes tenemos los siguientes:

> No se puede obligar al cónyuge que aceptó, consintió o perdonó una sola vez las relaciones sexuales extramatrimoniales de su consorte, a permanecer ligado a éste, porque se desdibuja el contenido ideológico implícito en la Constitución Política que permite a las personas modificar una decisión tomada. Reflexiona sobre la imposibilidad de lograr la armonía conyugal que el ordenamiento superior impone, cuando se somete, como lo hace la disposición controvertida, a uno de los cónyuges a mantener el vínculo matrimonial en contra de sus deseos y derechos. Considera que, al contrario de lo planteado por la norma demandada, se protegería la institución de la familia si se le diera al agraviado la oportunidad de replantear su vida si así lo desea aún después de haber perdonado las relaciones extramatrimoniales de su cónyuge."

Por su parte con respecto a las intervenciones, el Ministerio de Justicia y del Derecho señala: "Considera que en la celebración del matrimonio priva el principio de la autonomía privada, que del vínculo matrimonial surgen obligaciones recíprocas y que si el agraviado decide mantener el vínculo, a pesar de las relaciones sexuales de su cónyuge con otro, su decisión debe ser respetada".

La Sala se centra en el examen de los argumentos, señalando:

> (...) al atribuirle al perdón o al consentimiento que haya prestado uno de los miembros de la pareja a las relaciones sexuales extramatrimoniales del otro, un efecto como el que asigna la norma demandada, el legislador se está inmiscuyendo en el fuero íntimo de los cónyuges, en el devenir de sus emociones y sus afectos, en su esfuerzo por adecuarse en un momento dado a las conductas de su

pareja. Se contraría, pues, el artículo 15 del ordenamiento superior, que dispone que "todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar", la cual es deber del Estado respetar y hacer respetar. Además, de la decisión íntima de perdonar las relaciones sexuales extramatrimoniales del otro no puede derivarse para quien las padece, la consecuencia de perder el derecho a intentar la reestabilización de su vida mediante la declaración de divorcio porque puede ocurrir que la actitud de perdonar no incluya la intención de mantener la vida en común. Para la Corte, en conclusión, la norma parcialmente demandada, es inconstitucional porque ante la realidad de la ruptura conyugal, el Legislador no puede imponer la indisolubilidad del vínculo matrimonial tal como se ha analizado ni inmiscuirse en el fuero íntimo de los miembros de una pareja a través de la valoración de los mecanismos que sus integrantes elijan conjunta o individualmente para la realización del amor conyugal, así ésta no se consiga Y, además, como de conformidad con los presupuestos constitucionales el Legislador no puede negar a los cónyuges, ante una situación de fracaso, la reestabilización de sus vidas en todos los órdenes la expresión demandada es inconstitucional y así deberá declararse.

Finalmente la Corte decide "Declarar INEXEQUIBLE la expresión "salvo que el demandante las haya consentido facilitado o perdonado" que hace parte del numeral 1° del artículo 6°de la ley 25 de 1992 modificatorio del numeral 1° del artículo 154 del Código Civil"

De acuerdo a los fragmentos citados ut supra, se puede decir que aunque la Corte es totalmente taxativa con las causales de divorcio que presenta la ley 25 de 1992, también denominada "ley de divorcio", se estudian con profundidad los

alegatos que presentan la parte demandante, se toman intervenciones tanto de Funcionarios del Estado como de profesionales, así como de organismos que tengan como meta principal velar por el mantenimiento y la conservación de la Familia como pilar fundamental de la sociedad. Además de esto, se nota que existe una amplia autonomía por parte de la Sala al momento de dictar sus decisiones, reconociendo en este caso la inconstitucionalidad de los artículos de la ley mencionada cuando así lo considere pertinente, según los fundamentos debidamente presentados por las partes.

Capítulo V

Implicaciones Jurídicas que se derivan del Divorcio

Al igual que el matrimonio, el divorcio, por su parte, produce una serie de efectos propios y característicos, tanto de carácter personal como de índole patrimonial; Al respecto, López (2009) señala que:

> Esas consecuencias son generalmente las mismas cuando se trata de una sentencia de divorcio propiamente dicha; cuando es el caso de conversión de la separación de cuerpos en divorcio; e igualmente cuando se está en presencia de una decisión de divorcio por separación de hecho prolongada (p. 287).

Para el mismo autor (2009) Existen dos tipos de implicaciones jurídicas que se derivan del divorcio, ellas son las implicaciones o los efectos personales y los efectos patrimoniales:

1. **Efectos personales.**

Las implicaciones básicas de carácter personal que se derivan del divorcio son las siguientes:

a) Disolución del matrimonio. Es la fundamental y más relevante de sus implicaciones (art. 184 CC). La extinción del vínculo provoca la desaparición del estado conyugal de las personas anteriormente unidas a través de tal vínculo.

Para el citado autor (2009) el divorcio en el ordenamiento jurídico venezolano es de carácter vincular: en consecuencia, una vez declarado y firme, los miembros de la pareja afectada están en capacidad de contraer nupcias nuevamente (Art. 186 CC).

b) Extinción de los deberes y derechos conyugales. Una vez que la decisión del divorcio queda firme, los deberes legales de cohabitación, de fidelidad, de asistencia de socorro y de protección entre las partes

desaparecen. Por otra parte, la ley prohíbe a la mujer divorciada continuar utilizando el apellido de su ex cónyuge; lo que si está en condiciones de hacerlo la mujer viuda en la medida en que no contraiga nuevas nupcias. (Art. 137 CC).

Para Grisanti (2002) los efectos del divorcio entre los cónyuges son los siguientes:

> En el aspecto personal, su efecto fundamental es la disolución del matrimonio como consecuencia de la ruptura del matrimonio se extinguen los deberes conyugales. Si la tutela del entredicho divorciado era ejercida por el cónyuge se procederá de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 399 C.C., pero en este caso el juez, a solicitud del tutor o de oficio. Tomará las medidas preventivas en el ordinal 7 del artículo 185 C.C. (medidas encaminadas a procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo) (p. 302).

2. Efectos patrimoniales.

Con relación a las implicaciones de tipo económico propias del divorcio, éstas se refieren al régimen patrimonial de la pareja divorciada y al binomio derecho-deber de alimentos que existió entre ellos. Para López (2009) los efectos patrimoniales se reducen a dos: en principio, las implicaciones sobre el régimen de bienes y en segundo término, las consecuencias sobre el derecho-deber de alimentos.

A. Consecuencias sobre el régimen de bienes. Para el mismo autor (2009) como el sistema respectivo es accesorio del matrimonio, disuelto el vínculo el régimen de bienes tiende a desaparecer necesariamente, sea cual haya sido éste. En tal sentido, el citado autor (2009) señala que "No se trata de un efecto del divorcio que es dado a los cónyuges impedir o atenuar-como sucede en la separación de cuerpos- sino que se impone de derecho (p. 288).

El artículo 187 del Código Civil preceptúa que si el sistema prevaleciente era de comunidad de gananciales (u otra comunidad limitada admisible en Venezuela), ésta queda disuelta y sólo resta proceder a su liquidación.

B. Implicaciones sobre el derecho deber de alimentos. Una vez disuelta la unión conyugal, se extingue, en consecuencia, el derecho-deber legal de alimentos entre los miembros de la pareja. Esta situación se cumple inclusive si alguno de los ex esposos se encuentre en una situación económica holgada y el otro caiga en una situación de completa miseria, el primero no tiene ninguna obligación legal de solventar los problemas económicos del otro.

El autor anteriormente citado (2009) señala al respecto que lo indicado ut supra presenta dos importantes excepciones: 1) Cuando la causal del divorcio es la prevista en el ord. 7 del art.185 del Código Civil (interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común), la disolución del vínculo matrimonial no puede ser pronunciada sino después de tomadas las medidas necesarias para asegurar la manutención y el tratamiento médico del cónyuge enfermo, lo cual constituye una carga económica para el cónyuge sano, quien introdujo la demanda de divorcio. 2) Si el divorcio se declara sobre la base de otra causal diferente a las citadas en dicho ord. 7 del art. 185 CC y también distinta de la conversión de la separación de cuerpos en divorcio (penult. Ap. Del art. 185 CC) y del divorcio por separación de hecho prolongada (art. 185-A), el tribunal que conozca del respectivo procedimiento puede conceder pensión alimentaria al cónyuge que no haya dado lugar al juicio, cuando éste por incapacidad física u otro impedimento similar, se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de otros medios para sufragar sus necesidades; aunque sólo mientras perdure esta imposibilidad o limitación o hasta que el cónyuge afectado por el mismo contraiga nuevo matrimonio (art. 195 CC) (supra, no 23-B, 6, A).

Grisanti (2002) por su parte, expresa que las implicaciones patrimoniales que se derivan del divorcio son las siguientes:

a) La extinción del régimen patrimonial matrimonial, siempre accesorio del matrimonio.

b) La extinción del derecho-deber alimentario familiar entre los miembros de la pareja divorciada. No obstante, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 195 C.C., cuando el divorcio ha sido declarado por las causales previstas en los seis primeros ordinales del artículo 185 ejusdem, el Tribunal que conozca del mismo podrá, al declararlo, conceder pensión alimentaria al cónyuge que no haya causado el juicio, cuando por incapacidad física u otro impedimento similar no pueda trabajar y carezca de otros medios para satisfacer sus necesidades. La citada obligación permanece en tanto dure la incapacidad o el impedimento y finaliza con la muerte del obligado, del beneficiario o si éste último contrae nuevo matrimonio.

c) Otra de las implicaciones patrimoniales del divorcio según Grisanti (2002) la constituye la desaparición de la vocación hereditaria ab intestato que, recíprocamente, tenían los cónyuges durante el matrimonio.

Con relación a los descendientes, si el divorcio se ha fundamentado en algunas de las causales previstas en los ordinales 4, 5 y 6 del artículo 185 C.C., el cónyuge culpable perderá la patria potestad sobre sus hijos menores. En esta situación, la patria potestad será ejercida por el otro progenitor y, si éste se encontrara impedido para ejercerla o hubiese sido privado de ella, el Juez abrirá la tutela. En el resto de los casos el divorcio no produce la privación de la patria potestad.

Con relación a la guarda de los hijos, el Juez competente decidirá en la sentencia de divorcio y en interés del niño, niña y adolescente, la atribución de la custodia de los hijos a uno de los progenitores donde fije su residencia, asimismo, pudiendo confiarlos a terceras personas aptas para ejercerla. La custodia de los hijos menores de siete años de edad será ejercida por la madre, excepto que el Juez tome otra providencia en función de graves motivos atribuidos a la madre.

Por otra parte, el cónyuge a quien no se le atribuya la custodia conserva el resto de las facultades relativas a la patria potestad y las ejercerá de manera conjunta con su excompañero.

Finalmente, la misma autora (2002) expresa que el Juez en la sentencia definitiva de divorcio tiene la potestad de decidir cuál será el régimen de convivencia familiar para el cónyuge a quien no se la haya atribuido la custodia y el monto de la obligación de manutención que ese progenitor deba suministrar a los niños, niñas y adolescentes productos de la unión matrimonial. Para ello habrá de recurrir a las medidas convenientes previstas en la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA).

Efectos comunes de la separación de cuerpos y del divorcio.

Para López (2009), además de las implicaciones típicas o propias que se derivan del divorcio, existe una serie de efectos que son comunes tanto para el divorcio como para la separación de orden personal y patrimonial.

1. Efectos personales comunes.

El artículo 40 del Código Civil estipula que a pesar de la separación de cuerpos o del divorcio, cada uno de los cónyuges continúa siendo pariente a fin de los consanguíneos de otro, en otras palabras, los cuñados continúan siendo tales y la suegra sigue siendo la suegra.

2. Efectos patrimoniales comunes.

Los efectos comunes de tipo económico que se originan a raíz de la separación de cuerpos y del divorcio están referidos a la vocación hereditaria ab intestato entre los cónyuges o ex cónyuges y al régimen del hogar legalmente constituido.

A. Efectos sobre la vocación hereditaria intestada. Estos están estatuidos en los artículos del 823 al 884 del Código Civil y consagran los derechos sucesorales del cónyuge sobreviviente con relación a la herencia intestada del cónyuge fallecido.

En tal sentido, Grisanti (2002) señala que con la declaración del divorcio desaparece la vocación sucesoral ab intestato que tenía. Por consiguiente, al morir uno de los cónyuges el sobreviviente no podrá tener ningún derecho con relación a la herencia intestada del fallecido.

Asimismo, sucede exactamente lo mismo con relación a las parejas separadas de cuerpos y de bienes, sin importar que tipo de procedimiento judicial se haya seguido a tales efectos. Por el contrario, la separación de cuerpos sin separación de bienes, no determina la desaparición de la vocación hereditaria ab intestato entre los cónyuges, como tampoco su separación de bienes sin separación de cuerpos (independientemente que esa separación de bienes sea el régimen patrimonial matrimonial de los interesados o de que dicha separación sea una consecuencia de la administración irregular de la comunidad de gananciales.

Por otra parte, con la desaparición de la vocación hereditaria de los cónyuges como consecuencia de la separación de cuerpos y de bienes, se elimina la condición de heredero legitimario que reconoce el art. 833 del Código Civil a los esposos entre sí, ya que la legítima no es sino una porción de la sucesión ab intestato. La citada condición de heredero legitimario tampoco la disfrutan los cónyuges cuyo régimen patrimonial matrimonial es de separación de bienes.

B. Efectos sobre el régimen del hogar legalmente constituido.

En este caso se hace referencia a la constitución de un inmueble como hogar de determinadas personas o de cierta familia, prevista en el parágrafo 2, Sección II, capítulo I, Título III, Libro Segundo del Código Civil Venezolano.

En síntesis, además de los efectos legales mencionados con antelación, la disolución del vínculo matrimonial implica o trae como consecuencias las siguientes:

- Se modifica el estado civil de las personas que disolvieron su vínculo matrimonial por lo que quedan en capacidad de contraer nuevas nupcias y se pierde el derecho de utilizar el apellido del marido por parte de la mujer.

- Se pierden los derechos sucesorales ocasionando que entre los divorciados no haya vocación sucesoral.

- Cuando el vínculo matrimonial se disuelve, los bienes obtenidos durante el matrimonio, al igual que los pasivos, deberán ser divididos en partes iguales entre los cónyuges. Esta apreciación encuentra su fundamento en el artículo 148 del Código Civil.

- Existe una excepción, si antes de la celebración del matrimonio la pareja constituyó capitulaciones matrimoniales de acuerdo a lo previsto en el artículo 143 del Código Civil, no se requerirá la partición de la comunidad conyugal al disolverse el vínculo ya que con éstas se impide la formación de una comunidad de bienes dentro del matrimonio. Los bienes obtenidos son exclusivos de cada uno de los cónyuges.

- El Código Civil venezolano establece los bienes considerados como propios de los cónyuges y en consecuencia, en caso de divorcio, no deberán dividirse.

De la misma forma, el Código Civil precisa cuales son los bienes de la comunidad conyugal y que como consecuencia deberán ser divididos en partes iguales en caso de divorcio.

Finalmente, si los ex esposos tienen hijos menores de edad en común, declarado el divorcio, éste tendrá como implicaciones respecto a los hijos efectos relativos a la patria potestad, la custodia de los hijos, la crianza, la manutención de los hijos y su régimen de convivencia.

Capítulo VI

Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

Una vez analizados los contenidos teóricos del estudio se formula el siguiente cuerpo de conclusiones en atención a los objetivos formulados con antelación y a partir del análisis de resultados.

En principio, el Derecho se encuentra en continua adaptación social, en otras palabras, en la medida que se produce el cambio social, el derecho va adaptando sus normas a objeto de dar respuesta a la problemática social y es a través de esta disciplina que se protegen por igual tanto la libertad individual como los abusos de ella, como se puede apreciar del estudio cronológico de la institución del divorcio.

El divorcio al igual que el matrimonio surge de una necesidad humana, la cual abarca muchos aspectos, tanto fisiológicos, psicológicos, como la simple manifestación de la libertad.

La noción de divorcio vincular que se tiene en la actualidad, por lo menos en la legislación patria, ha sido fruto de la influencia de paradigmas culturales, que aún en la actualidad, continúan influyendo en diferentes formas.

Consecuentemente, el divorcio en Roma surge de una necesidad humana, que se justifica plenamente pues a nadie se le puede obligar a convivir con alguien a quien no se ama. Sin embargo, en Roma el divorcio no se circunscribía sólo en la esfera individual sino que existía cierta influencia de la comunidad tanto así que existía una causal del divorcio en la cual ésta tenía una participación significativa.

Pasado el tiempo, comienza a vislumbrarse un modelo holístico teocéntrico, es decir, el centro de todas las cosas era la religión católica; la cual establece bases totalmente diferentes, respecto al matrimonio, asimismo establece al matrimonio como un hecho eterno a los ojos de Dios. Poco a poco, esta postura fue cambiando en

virtud de grandes problemas sociales, pues como ya se había verificado en Roma nadie puede ser privado de su libertad en cuanto a su elección de con quien quiere convivir.

Es en Francia, en donde el principio de libertad se radicaliza, por el modelo político liberal; el cual es frenado unos años más tarde a través del modelo social, en el cual el Estado no es sólo una persona ajena a las relaciones individuales sino que tiene la obligación de ser prestacionista. Comienza a regularse el matrimonio, a los fines de preservar la célula fundamental de la sociedad como lo es la familia.

Esta serie de cambios evolutivos han sido considerados en el ordenamiento jurídico venezolano a pesar de que en sus comienzos este era macadamente conservador tradicionalista acorde al momento histórico en que se encontraba.

En definitiva, se puede colegir que el divorcio ha recibido fuertes influencias de diferentes modelos y legislaciones internacionales como el derecho romano, el derecho canónico y el derecho francés y todavía puede seguir adaptándose a los cambios sociales.

En segundo término, se puede señalar que el divorcio como institución jurídica presenta una serie de características que le son propias y le confieren especificidad; no obstante, las características del divorcio son resaltadas de diferentes maneras por diversos autores:

- El divorcio le confiere un nuevo estado civil a quien rompe el vínculo matrimonial: el de divorciado.
- Sólo se puede divorciar quien esté legalmente casado.
- El divorcio da por concluida la sociedad conyugal.
- El divorciado tiene la posibilidad de casarse nuevamente.
- El divorcio procede por mutuo consentimiento de las partes.
- También procede por la voluntad de uno solo de ellos (siempre que se encuentre fundado en algunas de las causales según la legislación que la regule).

Dentro del actual Código Civil vigente en el país se presenta un grupo de características que diferencian al divorcio de cualquier otra figura jurídica; entre ellas se encuentran:

1) El divorcio es materia de orden público:
2) El divorcio requiere de la intervención judicial.
3) El divorcio procede por causas taxativamente determinadas.

Asimismo, es menester señalar que dentro del ordenamiento jurídico venezolano, el Código Civil es el que conforma el conjunto de disposiciones reguladoras del divorcio, estableciendo las dos causas de disolución del vínculo matrimonial, a saber: la muerte y el divorcio; de la misma forma, preceptúa en forma taxativa, las causales únicas de divorcio, así como la disposición relativa a la disolución del vínculo conyugal por la ruptura prolongada de la vida en común.

Por otra parte, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) regula esta figura jurídica cuando uno o ambos de los cónyuges son adolescentes o cuando existen dentro de la unión que se va a disolver, niños, niñas y adolescentes, con el objeto de establecer las medidas provisionales protectoras de los infantes y adolescentes relacionada con la patria potestad, la obligación de manutención, régimen de convivencia familiar, entre otros.

Cabe destacar que a nivel internacional existen un conjunto de normativas que difieren considerablemente con relación a las causales del divorcio; en España, por ejemplo, el divorcio debe ser decretado judicialmente y mediante una sentencia definitivamente firme y tras la reforma legal de la Ley 15/2005, la demanda de divorcio puede presentarla uno solo de los cónyuges o ambos y puede ser por una de las siguientes causas: 1) Después de tres meses de la celebración del matrimonio, si el divorcio interesa a petición de ambos cónyuges o uno de ellos pero con el consentimiento del otro;2) Después de tres meses de celebrado el matrimonio si el divorcio es solicitado por uno solo de los cónyuges y 3) Sin que haya transcurrido plazo alguno después de la celebración del matrimonio cuando la solicitud o demanda

de divorcio esté fundamentado en la existencia de riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

Tales causales son muy amplias y están fundamentadas en lo que el legislador español llama "la manifestación de la libertad de los cónyuges".

De la misma forma, en la legislación panameña y colombiana se evidencian una normativa vanguardista adaptándose a los nuevos cambios de la sociedad y adaptándose a la vertiginosidad de la vida de los seres humanos.

Finalmente, el divorcio como institución jurídica genera una serie de implicaciones entre los que se destacan los efectos personales y patrimoniales; la doctrina venezolana enfatiza las siguientes implicaciones jurídicas:

- Se modifica el estado civil de las personas que disolvieron su vínculo matrimonial por lo que quedan en capacidad de contraer nuevas nupcias y se pierde el derecho de utilizar el apellido del marido por parte de la mujer.
- Se pierden los derechos sucesorales ocasionando que entre los divorciados no haya vocación hereditaria.
- Cuando el vínculo matrimonial se disuelve, los bienes obtenidos durante el matrimonio, al igual que los pasivos, deberán ser divididos en partes iguales entre los cónyuges.
- No obstante, si antes de la celebración del matrimonio la pareja constituyó capitulaciones matrimoniales, no se requerirá la partición de la comunidad conyugal al disolverse el vínculo.

Además, si los ex esposos tienen hijos menores de edad en común, declarado el divorcio, éste tendrá como implicaciones respecto a los hijos efectos relativos a la patria potestad, la custodia de los hijos, la responsabilidad de crianza, la manutención de los hijos y su régimen de convivencia.

Recomendaciones

Dentro de todo proyecto o trabajo de grado como lo fue este, lo que se desea es que haya un aporte del estudio efectuado, con la finalidad de tener una mejoría continua, por lo que se consideraron las siguientes recomendaciones:

- Es importante que las autoridades del Programa de Especialización en materia de Familia y del Niño difundan los resultados del presente estudio a objeto de concientizar a las autoridades sobre la necesidad de conocer las implicaciones jurídicas del divorcio, lo que debe redundar en beneficio del matrimonio y de la familia como contexto social.
- Se recomienda a las autoridades de las organizaciones públicas y privadas planificar y ejecutar eventos que contribuyan dar a conocer las implicaciones jurídicas del divorcio a objeto de contar con un contexto social mejor informado sobre la vida en unión matrimonial y su disolución a través del divorcio, lo que permitirá una toma de decisiones más objetiva y segura.
- Y por último, se considera interesante investigar, profundizar sobre el tema, a objeto de conocer de manera integral el fenómeno que afecta la estabilidad familiar, social desde el punto de vista, personal, financiero y jurídico, llevándolos al Divorcio.

Referencias

Abouhamad H. Chibly (1978). *Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano I.* Caracas, Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana.

Alfonso, I (1999) *Técnicas de investigación bibliográfica* (8va ed.) Caracas: Contexto Jurídico Venezolano.

Alvarez, T. B. (2009). *Divorcio.* Universidad Libre de Cartagena. Recuperado el 04 de 02 de 2014, de http://unilibrectg.edu.co/Descarga/PDF/ciencias_Derecho/DIVORCIO. pdf.

Aranguren J., Inés Virginia (2004). *El Divorcio en Venezuela*. Procedimiento a seguir cuando existen hijos menores de edad a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en el años 2000. Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista en Derecho de Familia y Menores. Tutor: Paolo Longo F. Documento recuperado en fecha 25/01/14. Documento en línea: http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ3981.pdf

Artiles Sebastián (1983). *Derecho Romano.* Segunda Edición. Caracas, Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana.

Baca, E (2002). *Código Civil Venezolano Comentado y Concordado*. Venezuela.

Ballesta, M. (1988). *Regulación del Divorcio en el Estado Francés*. Universidad de Barcelona.

Baqueiro, E y Buenrostro, R (2000) *Derecho de Familia y Sucesiones*. México D.F: Editorial Harba.

Bernad, R (2009). *Curso de Derecho Privado Romano.* Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

Colin, A y Captain, H. (1983*) Curso Elemental de Derecho Civil*. 7ª Edic. Madrid: Instituto Editorial Reus.

Congreso de la República de Venezuela (1942) *Código Civil Venezolano*. Caracas: Autor.

Diccionario Jurídico Espasa. Siglo XXI

Domínguez, M (2008) *Manual de Derecho de Familia*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

Grisanti, I (2002). *Lecciones de Derecho de Familia.* Undécima edición. Caracas, Venezuela: Valencia.

Hernández, R; Fernández, C y Baptista P. (2006) *Metodología de la Investigación.* (4ta ed). México: Editorial Mc Graw-Hill.

La Cruz, J; De Asis, F. y Rebullida, S (1989) *El Derecho de Familia*. Barcelona, España. José María Bosch.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial N° 5.859 Extraordinario del 10 de diciembre de 2007

López, F. (2009). *Derecho de Familia.* Segunda Edición. Tomo II. Caracas, Venezuela.

López, F (2012). *Derecho de Familia.* Segunda edición (actualizada). Tomo II. Editorial UCAB.

Manual de Trabajo de Grado de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador (2008). Caracas: FEDEUPEL.

Mazeaud, H y Mazeaud, J. (1997*). Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.

Orientación legal para todos. Inicio- Civil, Divorcio y Separación, Familia. Divorcio Vincular, argumentos a favor y en contra. Documento recuperado en fecha

25/01/14.Documento en línea: http://www.orientacionlegalparatodos.com/?p=13

Pardo, J (2010). *Derechos y obligaciones de las personas en el ámbito familiar y sucesorio*. Universidad Nacional de Loja. Ecuador: Loja.

Perez, B. E. (s.f.). *Sociedad Conyugal.* Recuperado el 02 de 04 de 2014, de http://www.espinosaasociados.com/images/Sociedad_conyugal.pdf.

Rodríguez, L (2010) C*omentarios sobre el Derecho de Familia*. Venezuela, Caracas: Editorial Livrosca.

Rodríguez, M (2009). Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes Esquematizada. Caracas, Venezuela: Ediciones Paredes.

Sojo, R (2001) *Apuntes de Derecho de Familia y sucesiones*. Cuarta Edición. Caracas, Venezuela: Editorial Mobil Libros.

Sánchez, A (2008). *Manual de Procedimientos especiales Contenciosos.* Segunda Edición. Caracas, Venezuela: Ediciones Paredes.

Sentencia Divorcio Contencioso 3° Causal del Artículo 185 Código Civil Venezolano. 8 de febrero de 2011. En http://lara.tsj.gov.ve /DECISIONES/2011/FEBRERO/2481-8-KP02-V-2009-002812-PJ1272011000047. HTML Tribunal Primero de Primera Instancia en funciones de Juicio del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y del Adolescente del estado Lara.

Sentencia Divorcio Contencioso 2° Causal del Artículo 185 Código Civil venezolano. 9 de mayo de 2011. En http://lara.tsj.gov.ve/DECISIONES/2011/MAYO/651-9-KP02-F-2010-392-.HTML Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara.

Verbel, C. (s/f.). *Nuevo regimen del Divorcio*. Recuperado el 04 de 02 de 2014, de http://www.icdp.co/revista/articulos/16-17/4-%20NUEVO%20REGIMEN%20DE%20DIVORCIO.pdf

Anexos

Anexo A

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

Tribunal Primero de Primera Instancia en funciones de Juicio del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y del Adolescente del estado Lara. Barquisimeto ocho (08) de Febrero de 2011.

Años: 200º y 151º

ASUNTO: KP02-V-2009-002812.

DEMANDANTE: ELY GABRIEL CASTELLANO PAEZ, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad Nº 17.034.363, de este domicilio asistida de la abg. Angélica Gatica, inscrita en el I.P.S.A. bajo el Nº 117.659.

DEMANDADA: RUBY SADIT MENDOZA ROMERO, venezolana, mayor de edad, titular de la cédula de identidad Nº 20.187.426, de este domicilio. BENEFICIARIA: Identidad omitida de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes., venezolana de un (01) años de edad.

MOTIVO: DIVORCIO CONTENCIOSO.

Por recibido el presente expediente en fecha 14 de Diciembre de 2010 del Tribunal Primero de Primera Instancia de Mediación y Sustanciación de esta circunscripción judicial, con motivo del divorcio interpuesto por el ciudadano ELY GABRIEL CASTELLANO PAEZ ya identificado en contra de su cónyuge, ciudadana RUBY SADIT

MENDOZA ROMERO con fundamento en la causal tercer del artículo 185 del Código Civil, excesos, sevicias e injurias graves que hagan imposible la vida en común. El escrito libelar fue reformado y manifestó el demandante en su libelo "es el caso que desde hace unos meses para esta fecha se han suscitado dificultades que e han convertido en insuperables por parte de la ciudadana Ruby Sadit Mendoza Romero, sin dar jamás explicación alguna de su extraña conducta y agresividad. Visto que hasta la fecha no hemos logrado llegara entendernos como pareja y establecer nuevamente el hogar, señalando que la guarda de la niña Identidad omitida de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños Niñas Y adolescente, Castellano Mendoza la tendrá su madre y la patria potestad será compartida entre ambos padres; en cuanto a la Obligación de Manutención: suministraré la cantidad de SEISCIENTOS BOLIVARES (Bs. 600,00) que se entregará en la manera siguiente: TRESCIENTOS BOLIVARES (Bs. 300,00) cada quincena del mes el cual será depositada en cuenta de ahorro a favor de mi cónyuge. Régimen de Visitas: pido poder visitar mi hija en cualquier momento del día, en cuanto a las navidades sean pasadas con la madre, y el año nuevo y los reyes con el padre, alternativamente. En cuanto a la semana santa la pasen con el padre y el carnaval con la madre, de forma alternada año tras año. El día de padre lo pasará con el padre y el día de la madre con la madre, el día del cumpleaños serán pasados al lado de su madre y su padre asistirá a las reuniones que se celebre en esas ocasiones." No se adquirieron bienes durante la unión conyugal. En virtud de los hechos antes narrados es por lo que el actor demanda en divorcio a la ciudadana RUBY SADIT MENDOZA ROMERO ya identificada con fundamento en la causal 3ra del Código Civil, es decir, por excesos, sevicias e injurias graves que hagan imposible la vida en común.

La presente demanda fue admita por la extinta Sala de Juicio Nº 02 del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente en fecha 10/05/2010, emplazándose a las partes para la contestación de la demanda reformada, dejando el tribunal constancia de los dos actos conciliatorios (F. 32 y 35). Riela a los folios 42, la demandada presenta escrito de contestación y sus anexos.

En fecha 13 de octubre de 2010, se aboca al conocimiento de la presente cauda la Jueza Segunda de Mediación y Sustanciación abg. Rosangela Sorondo, conforme a Resolución Nº 2008-0032, de fecha 06 de agosto de 2008, emanada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia y publicada en la Gaceta Oficial de la República

Bolivariana de Venezuela Nº 39034, de fecha 09 de octubre de 2.008. En dicho auto se acuerda la notificación a las partes en este proceso a fin de informarle sobre la fijación de la audiencia de sustanciación; igualmente se acordó escuchar a la beneficiaria de autos. En fecha 15/11/2010, se fija oportunidad para la audiencia de sustanciación.
En fecha 07-11-2010 se celebró la audiencia de sustanciación con la presencia de la parte demandante asistida de abogado y la parte demandada debidamente asistida de abogados, incorporándose los medios probatorios:

1.- De los medios probatorios testifícales: RONALD JHAIN TORREALBA ANTONELLI, HABIB CRISTHIAN MOUNTRAN BARROSO y MARYLIN COROMOTO CASTELLANOS FUIGUEREDO, plenamente identificados en autos.

2.- De los medios probatorios documentales: 1. copia certificada del acta de matrimonio expedida por el Juzgado Tercero del Municipio Iribarren del Estado Lara. 2.- Copia certificada de la partida de nacimiento de la niña IDENTIDAD OMITIDA DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 65 DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTE,. 3.- Original de acta de imposición de expediente signado con el Nº 13F7-VM-2669-09, de la Fiscalía Séptima del Ministerio Público. 4.- Comunicación de de la Fiscalía Séptima del Ministerio Público solicitando un Peritaje psicológico realizado por el instituto regional de la mujer. 5.- Informe Electro encefalograma de la niña Identidad omitida de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños Niñas Y adolescente,, cursante al folio 50. Se admiten para su valoración en la fase de juicio.

En fecha 14 de Diciembre de 2010 se recibe en Tribunal Primero de Primea Instancia de Juicio las actuaciones provenientes del Juzgado Primero de Sustanciación y Mediación, fijándose la audiencia oral de juicio para el día 28 de enero de 2011 a las 10:30 a.m. así como también se emplazó la las partes para venir acompañados de la beneficiaria de auto a fin de ser escuchada.

Con las actuaciones antes descritas toca a esta sentenciadora hacer las siguientes consideraciones.

PRIMERO
Con relación a la parte demandada, el Tribunal Segundo de Mediación y

Sustanciación cumplió con todas las etapas del proceso, le garantizó el derecho a la defensa a la parte demandada, toda vez quedó salvaguardado el derecho a la defensa, agotándose la citación, y compareciendo la demandada a darse por citada de forma personal (F. 27), y en aras de cumplir con el derecho a la Defensa y al Debido Proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin embargo, la accionado compareció a la audiencia de sustanciación y presentó escrito de contestación a la demanda promovió pruebas; se dejó constancia de la asistencia a la Audiencia Oral de Juicio, garantizándole el derecho a la defensa a las partes en el presente juicio.

SEGUNDO

Según la doctrina patria, ha señalado como los excesos, sevicias e injurias graves que hagan imposible la vida en común, que los excesos son cualquier desorden violento de la conducta de uno de los cónyuges orientado hacia un desbordado maltrato físico, al extremo que ese maltrato produzca, inclusive, el peligro de la integridad física del cónyuge agraviado. Sevicia en cambio, es la crueldad manifiesta en el mal trato al extremo que tales hechos haga imposible la vida en común. En este orden de ideas es oportuno resaltar la sentencia de la Sala de Casación Social con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo, de fecha 26-07-2001, expediente No. 2001-000223 que expresa:

"La acción de injuria se concreta en la ofensa al honor, la reputación o el decoro de alguna persona hecha por la comunicación a varias personas juntas o separadas, además son las ofensas a la dignidad de una persona puesta de manifiesto por palabras, gestos o ademanes, que revelen la intención de menospreciar. Asimismo la jurisprudencia y la doctrina han considerado a la injuria como toda violación a los deberes inherentes al matrimonio, todo atentado contra la dignidad del cónyuge y todo acto contrario a las obligaciones legales y reciprocas de los esposos. "(Subrayado propio).

Dicho lo anterior queda a esta juzgadora pasar a estudiar los argumentos en los cuales se fundamenta la accionante para solicitar la disolución del vínculo conyugal, alegando por parte de su cónyuge las agresiones verbales, e insultos de su esposa encontrándose en la necesidad de irse de la casa, siendo que por estos hechos el actor fundamenta su demanda de divorcio, es decir, los excesos, sevicias e injurias graves, que hagan imposible la vida en común.

A los fines de establecer los hechos que configuren las causales alegadas, se debe considerar lo que señala la doctrina al respecto: en cuanto a la causal tercera invocada por el actor, es todo atentado contra la dignidad del cónyuge y todo acto contrario a las obligaciones legales y reciprocas de los esposos, que sea una crueldad manifiesta que haga imposible la vida en común.

DE LA OPINIÓN DE LA BENEFICIARIA DE AUTOS

En el presente asunto se garantizó el derecho a opinar que asiste a la niña Identidad omitida de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, convocándola para día 02 de Febrero de 2011 a los fines de de que expresara su opinión, siendo que la misma por su corta edad, no lo hizo, sin embargo esta juzgadora apreció en buen estado físico y con un desarrollo mental acorde con su edad.

De la Audiencia Oral de Juicio

En la fecha pautada y en la hora indicada se celebró la audiencia oral de juicio, se participó a los presentes que se continuaría con la audiencia de conformidad con el artículo 486 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes e informó a los presentes acerca de la finalidad de la Audiencia, dando cumplimiento a lo establecido en el Artículo 484 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en tal virtud, se dio inicio a la misma y se dejó constancia de la comparecencia del demandante ciudadano ELY GABRIEL CASTELLANO PAEZ, titular de la cédula de identidad Nº V-17.034.363, y de la demandada ciudadana RUBY SADIT MENDOZA ROMERO, titular de la cédula de identidad Nº V-20.187.426, debidamente asistidos de sus abogados. De igual manera se dejó constancia de la comparecencia de los testigos promovidos por la parte actora Marilyn Coromoto Castellanos Figueredo, Habib Moutran Barroso, Ronald Torrealba Antonelli, plenamente identificadas en autos.

Constatada la presencia de la parte demandante y demandada y de sus abogados asistentes, la misma expuso¬¬¬¬ sus alegatos contenidos en el libelo de su demanda, así como la demandada. Posteriormente se procedió a incorporar como

pruebas documentales las admitidas en autos, describiendo cada una de ellas de la siguiente manera:

PRUEBAS DOCUMENTALES:

1. Copia certificada del acta de matrimonio expedida por el Juzgado Tercero del Municipio Iribarren del Estado Lara y Copia certificada de las partidas de nacimiento de la niña IDENTIDAD OMITIDA DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 65 DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTE,, de donde se evidencia que la beneficiaria de autos es hija de los prenombrados ciudadanos, casados, y por ende la competencia de este circuito para conocer del presente divorcio, tutelando así las instituciones familiares implícitas en esta causa. Dichos documentos públicos se valoran conforme a libre convicción razonada a tenor de lo dispuesto en el artículo 450 litera "k" de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente en concordancia con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Registro Civil.

3.- Original de acta de imposición de expediente signado con el Nº 13F7-VM-2669-09, de la Fiscalía Séptima del Ministerio Público y comunicación de de la Fiscalía Séptima del Ministerio Público solicitando un Peritaje psicológico realizado por el instituto regional de la mujer, dichas documentales corrobora y afirma lo manifestado en el escrito de contestación por la demandada y desvirtuando lo alegado por la parte actora en el escrito libelar, señala además que dicho matrimonio no pudiese continuar con dicha relación, configurándose la tercera del artículo 185 del Código Civil Venezolano y dichos documentos públicos se valoran conforme a libre convicción razonada a tenor de lo dispuesto en el artículo 450 litera "k" de la Ley especial que rige la materia.

4.- Informe Electro encefalograma de la niña Identidad omitida de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños Niñas Y adolescente,, cursante al folio 50, la presente prueba consignada en copia simple al expediente, no fue ratificada por el experto que suscribe la misma, quien debió hacerse presente en la audiencia oral de juicio a tenor de lo dispuesto en el artículo 484 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y adolescente, por tal razón la misma se desecha.

DE LAS TESTIMONIALES.

Comparecen los ciudadanos Marilyn Coromoto Castellanos Figueredo, Habib Moutran Barroso, Ronald Torrealba Antonelli, plenamente identificados en autos quienes estuvieron contestes en afirmar conocer a las partes intervinientes en el presente proceso, asimismo al señalar la celebración del matrimonio, referente a los hechos legados por el actor sobre los agresiones propinadas a su persona por la demandada, estuvieron contestes en afirmar que se basaban en el dicho del actor, siendo testimoniales meramente referenciales, ya que las testimoniales están basadas en comentarios y referencias del demandante. De las deposiciones de los testigos se desprende que fueron evacuados en este acto por ante esta juzgadora, y pese a que los mismos han sido contestes sin embargo son afirmaciones referenciales, esta sentenciadora los desecha, ya que de sus dichos no demostraron la causal alegada por el actor en su escrito libelar y no se considera demostrada la causal tercera invocada por la parte demandante.

Adminiculando los documentales promovidos así como las testimoniales evacuadas se evidencia que los hechos alegados por el actor, en cuanto a la causal tercera del artículo 185 del Código Civil, no fueron debidamente probados, sin embargo, por los amplios poderes del juez y a tenor de lo establecido en el artículo 480 de la ley especial, la juez interrogó a una persona del público quien fue previamente juramentada identificada como DEVORA CAROLINA LOZADA CASTELLANOS, cédula de identidad Nº 13.990.456 quien respondió lo siguiente:

"Ellos tuvieron un noviazgo muy lindo y cuando se casaron que hasta ella se enteró que tenía otra relación con otra persona, en vista de eso ella empezó a tener problemas con el y el volvió por el embarazo, a los mese de nacida, siguieron los problemas y me imagino que siguieron los problemas. El señor luego se va de la casa y no tiene mas contacto con Ruby ni la niña, luego una vez el quiso verla, pero lo hizo con la otra mujer, cuestión que disgustó a Ruby y la convivencia no era fácil entre ellos. Ya no se llevaban bien. La convivencia no era armoniosa. Me consta que Ruby sufrió bastante de la existencia de otra estando embarazada, pues hasta dificultó su parto y su recuperación. Yo soy vecina de ella y me la pasaba mucho en la casa. Hubo una oportunidad en la que ella dijo no querer estar mas con el " (resaltado propio).

Del análisis concordado de las pruebas constantes en autos, apreciadas por esta juzgadora, permite concluir que resulta probada la existencia del matrimonio cuya disolución se pretende y la existencia de un niño procreado en dicho matrimonio, sin embargo, los excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común, constitutivo de la causal tercera del artículo 185 del Código Civil, para la procedencia de la disolución del matrimonio por divorcio, la cual fue alegada por el demandante en el libelo, no resultan probadas por las partes en la presente causa, no obstante, siendo que se evidencia de autos, que el interés de la parte actora es que sea declarado con lugar el divorcio intentado en contra de la ciudadana RUBY SADIT MENDOZA ROMERO por una parte y por la otra la demandada tampoco quería estar más con su cónyuge, tal como lo expresó en su declaración de la persona del público que fue juramentada como testigo demostrándose de esta manera el interés en que el vínculo matrimonial que los une sea disuelto, conlleva a esta juzgadora a adoptar el criterio sostenido por la Sala de Apelaciones Nº 1 del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional en fecha 22 de mayo de 2007, quien entre otras cosas señalo:

"Ahora bien, no se trata de relajar el ordenamiento jurídico, pues a éste se encuentran vinculados jueces y justiciables, sin embargo, tampoco puede desconocerse que en ocasiones es difícil a los cónyuges obtener la prueba o pruebas fehacientes de sus alegatos de hecho que fundamentan su pretensión procesal y esta limitación probatorio, sin más, lo que hace es perpetuar un vinculo legal que ninguna eficacia tiene en el mundo de los afectos, ni en el de los deberes de los cónyuges, quienes a pesar de tales, de hecho ya no se consideran así por estar absoluta e irremediablemente fracturado el vinculo matrimonial"

En virtud a las anteriores consideraciones, y del escaso material probatorio incorporado al presente proceso, resulta pertinente para quien profiere el presente fallo, la aplicación en el presente caso de la teoría doctrinaria de la denominada Tesis del Divorcio remedio o Divorcio Solución, según la cual, la doctrina civil patria sostiene:

"Corriente del divorcio remedio. Esta corriente considera el divorcio 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. Se trata de un divorcio en el que no hay que entrar a indagar el por qué del fracaso conyugal, ni a cuál de los cónyuges es atribuible, aunque lo sea a uno de ellos. En las causales de divorcio características de esta concepción (la demencia u otras enfermedades graves, el mutuo acuerdo, por ejemplo) no hay cónyuge culpable y cónyuge inocente, sino dos cónyuges entre los cuales se ha hecho por circunstancias (en muchos casos independientes de su voluntad), intolerable el matrimonio." (Grisanti Aveledo, 1997, 284).

Esta doctrina ha sido acogida por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 192 dictada en julio de 2001, hizo recepción de la misma expresando:
"El antiguo divorcio-sanción, que tiene sus orígenes en el Código de Napoleón ha dado paso en la interpretación, a la concepción del divorcio como solución, que no necesariamente es el resultado de la culpa del cónyuge demandado, sino que constituye un remedio que da el Estado a una situación que de mantenerse, resulta perjudicial para los cónyuges, los hijos y la sociedad en general... (OMISIS)...Por el contrario, cumpliendo con el deber de hacer justicia efectiva, el Estado debe disolver el vínculo conyugal cuando demostrada la existencia de una causal de divorcio, se haga evidente la ruptura del lazo matrimonial".

En consecuencia, aplicando los criterios doctrinarios y jurisprudenciales antes transcritos al caso de autos, se constata que en el mismo se evidencia que los cónyuges no cohabitan, faltando así a los deberes y derechos del matrimonio, independientemente de que esa situación pueda ser imputada a alguno de los cónyuges, por lo cual el Estado debe dar una solución al problema de los esposos CASTELLANO MENDOZA. Ello hace aplicable la concepción del divorcio remedio o divorcio solución, en los términos señalados por la Sala de Casación Social en la sentencia parcialmente transcrita y la disolución por divorcio del matrimonio que contrajeron ELY GABRIEL CASTELLANO PAEZ y RUBY SADIT MENDOZA ROMERO, la cual debe declararse con lugar como se hará en el dispositivo del presente fallo. Así se decide.

Ahora bien, Con respecto a las instituciones familiares que se le deben garantizar a la niña de autos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 350 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se establece: la Patria

Potestad y la Responsabilidad de Crianza, será ejercida por ambos progenitores; a excepción de la custodia que será ejercida por la madre; la obligación de manutención se cumplirá según lo establecido en sentencia del extinto tribunal de Protección del Niño y del Adolescente que riela en el expediente KP02-S-2010-002164 e igualmente el régimen de convivencia familiar se cumplirá de acuerdo a lo establecido en el expediente KP02-S-2010-002155.

D E C I S I O N

Este Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción del estado Lara, Administrando Justicia en Nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por Autoridad de la Ley, de conformidad con el Artículo 177 Parágrafo Primero Literal "J "de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, declara CON LUGAR el Divorcio en aplicación de la Sentencia del Divorcio Remedio o Solución de la Sala Social de Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Juan Rafael Perdomo en fecha 22 de Julio de 2.001. En consecuencia se declara disuelto el vínculo matrimonial contraído por los ciudadanos ELY GABRIEL CASTELLANO PAEZ y RUBY SADIT MENDOZA ROMERO por ante el Juzgado Tercero del Municipio Iribarren que consta en los libros de Matrimonios llevados en el año 2008 signado por el Nº 101 de fecha 03 de octubre inserto a los folios 51 vuelto y 52 frente. Con respecto a las instituciones familiares que se le deben garantizar a la niña de autos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 350 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se establece: la Patria Potestad y la Responsabilidad de Crianza, será ejercida por ambos progenitores; a excepción de la custodia que será ejercida por la madre; la obligación de manutención se cumplirá según lo establecido en sentencia del extinto tribunal de Protección del Niño y del Adolescente que riela en el expediente KP02-S-2010-002164 e igualmente el régimen de convivencia familiar se cumplirá de acuerdo a lo establecido en el expediente KP02-S-2010-002155. Liquídese la Comunidad de Gananciales si hubiere lugar a ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 173 del Código Civil. Expídanse las copias certificadas que las partes soliciten. Líbrese los oficios respectivos al Juzgado Tercero del Municipio Iribarren de la Circunscripción Judicial del estado Lara y al Registro Principal de esta ciudad, anexando copia certificada de esta decisión.

Regístrese, Publíquese. Déjese copia certificada de la presente decisión para el archivo del tribunal.

Dada, firmada y sellada en el Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial de Protección del Niño, Niña y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, en Barquisimeto, a los ocho (08) días del mes de Febrero del dos mil once (2011). Años: 200° de la Independencia y 151° de la Federación. La Juez Primero de Primera Instancia de Juicio

Abg. Holanda Emilia Dam Hurtado

La Secretaria

Abg. Carmen Isabel González Machado

Seguidamente se publicó en esta misma fecha y se registró bajo el Nº 47-2011. La Secretaria

Abg. Carmen Isabel González Machado

HEDH/CIGM/ ms.-

KP02-V-2009-002812

Anexo B

T R I B U N A L S U P R E M O
Sala de lo Civil
Presidente Excmo. Sr. D.Francisco Marín Castán
SENTENCIA
Sentencia Nº: 758/2013
Fecha Sentencia : 25/11/2013
CASACIÓN
Recurso Nº : 2637 / 2012
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando
Votación y Fallo: 19/11/2013
Ponente Excmo. Sr. D. : Francisco Javier Arroyo Fiestas
Procedencia: Audiencia Provincial de Orense Sección 1ª.
Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls
Escrito por : L.C.S.
Nota:

CUSTODIA COMPARTIDA. REQUISITOS. Art. 92 del C. Civil . Doctrina de la Sala. Se insta por el padre la modificación de medidas por cambio de circunstancias, pese a que en la demanda de divorcio de común acuerdo se pactó la custodia a favor de la madre. Se alegó por el padre que enel momento de la demanda de divorcio no era previsible que se pudiera aceptar por los tribunales la custodia compartida.
Recurre el padre y el Ministerio Fiscal.

CASACIÓN Num.: 2637/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier Arroyo Fiestas
Votación y Fallo: 19/11/2013
Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls
TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
SENTENCIA Nº: 758/2013
Excmos. Sres.:
D. Francisco Marín Castán
D. José Antonio Seijas Quintana
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil trece.

.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 95/2012 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Orense , como consecuencia de autos de juicio de Modificación de Medidas de Familia núm. 457/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Orense, cuyos recursos fueron preparados ante la citada Audiencia por el Ministerio Fiscal y por la procuradora doña Inés Fernández Ramos en nombre y representación de don Eleuterio , compareciendo en esta alzada el Ministerio Fiscal y la procuradora doña Ana Llorens Pardo en nombre y representación de don Eleuterio en calidad ambos de recurrentes y no constando personada parte alguna en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Inés Fernández Ramos, en nombre y representación de don Eleuterio interpuso demanda de juicio para la modificación de medidas definitivas establecidas en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo del demandante, respecto a doña Estibaliz y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia <<estimando la solicitud de modificación del régimen de guarda y custodia estableciendo la guarda y custodia compartida de ambos progenitores solicitada en el hecho tercero de esta demanda, condenando en costas a la demandada si se opusiera a lo pedido en la demanda>>.

2.- El Fiscal contesta a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que considera pertinentes e interesa del juzgado se dicte sentencia por la que se declare la improcedencia de la pretensión ejercida si en el curso de la sustanciación del procedimiento no se prueba lo alegado en la demanda.

3.- La procuradora doña Lucía Saco Rodríguez, en nombre y representación de doña Estibaliz , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que <<desestimando la demanda, se otorgue la guarda y custodia del hijo menor a su madre, estableciendo el régimen de visitas que dejamos identificado>>.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Orense, dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO.- Estimo la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Fernández Ramos, en nombre y representación de D. Eleuterio se presentó demanda de juicio verbal frente a Dña. Estibaliz y modifico la sentencia de divorcio de 23/11/2009 en el siguiente sentido:

1. Se atribuye la guardia y custodia del menor de forma compartida a ambos progenitores, distribuyéndose del siguiente modo: por semanas alternas, realizándose el intercambio en el propio colegio, de forma que uno de los progenitores lo dejará por la mañana y el otro lo recogerá ya para comer.
2. Se establece el siguiente régimen de visitas en los períodos vacacionales:
En las vacaciones de verano, se dividirán por mitad y por quincenas, estableciéndose dos partes. La primera englobaría desde la salida del colegio en junio hasta el 1 de julio, desde el 16 de julio hasta el 1 de agosto y desde el 16 de agosto al 1 de septiembre y la segunda desde el 1 de julio al 16 de julio, desde el 1de agosto hasta el 16 de agosto y desde el 1 de septiembre hasta el inicio del curso escolar, reiniciando la custodia compartida una vez comience el colegio, la hora de realización del intercambio será las 20:00 horas y deberá acudir el progenitor que vaya a disfrutar de las vacaciones al domicilio en el que se encuentre el menor. La primera parte corresponderá a la madre en los años impares y al padre en los pares.
En las vacaciones de Navidad, corresponderán por mitad a cada progenitor las vacaciones escolares, siendo la primera mitad desde el día de inicio de las vacaciones escolares hasta las 19:00 horas del 30 de diciembre y la segunda mitad desde las 19:00 horas del 30 de diciembre hasta el día inmediatamente anterior al inicio de las actividades escolares a las 19:00 horas. La primera mitad corresponderá al padre en los años pares y la segunda en los impares. Las entregas y recogidas serán en el domicilio en el que estuviera la menor.
3En las vacaciones de Semana Santa y carnaval se disfrutarán alternativamente y anualmente por cada progenitor, de forma tal que la madre tendrá consigo al menor las Semanas Santas de los años impares y los carnavales en los años pares, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas del día inmediatamente anterior al inicio de las clases.
3, Ambos progenitores, en concepto de gastos necesarios para su hijo, se comprometen a abrir una cuenta corriente a nombre del menor y a su nombre en la que mensualmente ingresarán la cantidad de 200 euros cada uno de ellos, y cuenta de la que se retirarán los gastos del colegio (libros, material escolar, chándal), las actividades extraescolares en las que estén de acuerdo, los gastos extraordinarios necesarios (médicos o farmacéuticos no cubiertos por la seguridad social) y aquellos otros gastos extraordinarios en los que estén de acuerdo.
No se imponen las costas del presente procedimiento a ninguna de las partes.

Y en fecha 10 de octubre de 2011, dicta Auto de Aclaración cuya parte dispositiva señala:

Acuerdo aclarar la sentencia de fecha 30/09/11 y en la parte dispositiva donde dice "...Se atribuye la guardia y custodia del menor de forma compartida a ambos progenitores, distribuyéndose del siguiente modo:

por semanas alternas, realizándose el intercambio en el propio colegio, de forma que uno de los progenitores lo dejará por la mañana y el otro lo recogerá ya para comer." Debe añadirse, comenzará la custodia compartida el lunes siguiente a la notificación de la presente resolución.

SEGUNDO **.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Orense, dictó sentencia con fecha 23 de abril de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO.- Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.ª Estibaliz, la procuradora de los tribunales D.ª LUCIA SACO RODRÍGUEZ, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Ourense, en autos de juicio modificación de medidas nº 457/11, Rollo de Sala nº 95/12, de fecha 30 de septiembre de 2011, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en su consecuencia desestimando la demanda formulada por la representación procesal de D. Eleuterio , la procuradora de los tribunales D.ª INES FERNÁNDEZ RAMOS, debemos absolver y absolvemos a la demandada de las pretensiones en su contra deducidas, manteniendo el régimen de guarda, custodia y visitas del menor Rodrigo fijado en proceso previo de ***divorcio*** *de mutuo acuerdo entre los litigantes, sin imponer el pago de las costas procesales a ninguna de las partes litigantes.*

Procede la devolución a la recurrente de la totalidad del depósito constituido para apelar.

Y con fecha de 20 de junio de 2012, dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA: *En contestación a lo solicitado, estése a lo señalado en el fundamento jurídico único de la presente resolución.*

TERCERO **.- 1.-** Por **D. Eleuterio** se interpuso recurso de casación basándose en el siguiente motivo:

ÚNICO. - Infracción del artículo 92 del Código Civil, al amparo de lo establecido en el artículo 477.2.3ª de la vigente LEC , en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 39 de la Constitución Española , el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor , ya que entra en oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que viene recogida en

las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 2011 , 25 de mayo de 2012 , 8 de octubre de 2009 , 9 de marzo de 2012 ....

Por el **MINISTERIO FISCAL** se interpuso recurso de casación basado en el siguiente motivo:

MOTIVO ÚNICO .- Al amparo del artículo 477.2.3º LEC al haberse infringido por aplicación indebida y/o incorrecta del artículo 92 CC en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el artículo 39, párrafo segundo CE porque se opone a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que recogen entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de

2009 , 10 y 11 de marzo de 2010 , 1 de octubre de 2010 , 7 de julio de 2011 , 9 de marzo de 2012 , etc....

4Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 23 de abril de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos de casación interpuestos por la representación procesal del demandante don Eleuterio y por el Ministerio Fiscal, dado que no se personó ningún recurrido, se dejaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiera.

3.- No constando solicitud de las partes para la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día diecinueve de noviembre del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De la actuado se deduce incontrovertidamente que ambos litigantes contrajeron matrimonio

el 27-9-2008, naciendo el único hijo, de nombre Rodrigo el NUM000 de 2009.

Por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Orense se dictó sentencia de 23-11-2009 en procedimiento de **divorcio** de común acuerdo, fijando la custodia para la madre, con un régimen de derecho de visitas a favor del padre, con fines de semana alternos, y dos tardes a la semana de 17.30 h a 21 h, entre otras.

SEGUNDO .- Por el juzgado se estimó la demanda de modificación de medidas planteada por el padre, en la que se solicitaba la custodia compartida, alegando que "no pidieron custodia compartida o custodia exclusiva en su día por recomendación de su letrado", dada la tendencia existente en aquel momento. El Juzgado declaró que no había existido una variación de las circunstancias en los litigantes o en el menor desde la firma del convenio regulador pero que existía una tendencia cambiante que primaba el establecimiento de custodias compartidas.

TERCERO .- En virtud de recurso de apelación interpuesto por la madre, se dictó sentencia estimatoria de la impugnación, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda, por lo que se mantenía el primitivo régimen de custodia adoptado en el procedimiento de **divorcio** de común acuerdo.
En la sentencia de la Audiencia Provincial se declaró que no habían concurrido circunstancias nuevas e imprevisibles de aparición posterior a la sentencia de **divorcio**, que no se había producido alteración de las circunstancias y que no consideraba tales el cambio de opinión social sobre la custodia compartida.
Se declara que existe una mala relación entre los progenitores que dificultaría el desarrollo de la custodia compartida, concluyendo que era más beneficioso para el menor el mantenimiento del sistema de custodia que la instauración del sistema de custodia compartida.
CUARTO .- Se analizan conjuntamente los motivos planteados por el Sr. Eleuterio y por el Ministerio Fiscal.
A) Infracción del artículo 92 del Código Civil , al amparo de lo establecido en el artículo 477.2.3ª de la vigente LEC , en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 39 de la Constitución Española , el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor , ya que entra en oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que viene recogida en las *sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 2011 , 25 de mayo de 2012 , 8 de octubre de 2009 , 9 de marzo de 2012 ....*
B) Al amparo del artículo 477.2.3º LEC al haberse infringido por aplicación indebida y/o incorrecta del artículo 92 CC en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el artículo 39, párrafo segundo CE porque se opone a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que recogen entre otras las *sentencias del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 2009 , 10 y 11 de marzo de 2010 , 1 de octubre de 2010 , 7 de julio de 2011 , 9 de marzo de 2012 , etc ....*
Se estiman los motivos.
Alega el Sr. Eleuterio que no consta enfrentamiento entre los padres y que incluso el sistema de visitas, "de facto" es más flexible que el acordado en el procedimiento de **divorcio** y que los estudios científicos son los que han cambiado la opinión doctrinal sobre la custodia compartida.
5Por el Ministerio Fiscal se alegó que debía primar el interés del menor sobre la "variación sustancial de las circunstancias". Aludía al cambio de legislación en las Comunidades Autónomas.

Esta Sala ha declarado que:

Es cierto que la STC 185/2012, de 17 de octubre, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso favorable" del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código Civil , según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribun a lverificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen. Es por tanto al Juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo a aquel le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor.

... pues no concurre ninguno de los requisitos que, con reiteración ha señalado esta Sala, tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (SSTS 10 y 11 de marzo de 2010 ; 7 de julio de 2011 , entre otras).

Lo dicho no es más que el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación.

STS, Civil del 29 de Abril del 2013, recurso: 2525/2011 .

Esta Sala ha venido repitiendo que "la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre", tal como afirma la STS 154/2012,

de 9 marzo , con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio . La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" (STS 27 de abril 2012).

STS, del 07 de Junio del 2013, recurso: 1128/2012. A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art. 91 C. Civil) tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional (TC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal.

Complementario de todo ello es la reforma del C. Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que *todo cambio de circunstancia está supeditado a quefavorezca al interés del menor* .

Sentada la posibilidad de abordar la petición de custodia compartida a la luz de los requisitos marcados con anterioridad por esta Sala se debe hacer constar:

1. El régimen de visitas se ha desarrollado sin incidencias.
2. El trabajo del padre como comercial le permite organizarse su agenda, por lo que no le impide el cuidado del menor, en lo que está auxiliado por su madre y hermana.
3. El enfrentamiento entre los padres, no consta que redunde en perjuicio del menor, dado que con frecuencia han convenido armoniosamente en el cambio de los días de visita y el aumento de los mismos.
4. Consta la proximidad de los domicilios paterno y materno.
5. La realidad de que el menor Rodrigo convivió con ambos padres en semanas alternas en régimen de custodia compartida desde la sentencia de primera instancia, hasta su revocación, sin que exista constancia de incidentes.
6. La madre seguirá viéndolo incluso en las semanas que no le corresponda, en horario escolar, pues es profesora del mismo Colegio al que asiste el menor.

A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia y confirmando en todos sus extremos la del Juzgado de Primera Instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:

a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
b) Se evita el sentimiento de pérdida.
c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

QUINTO .- Estimado el recurso de casación no procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

Se mantiene el pronunciamiento sobre costas del Juzgado de Primera instancia.

No procede imposición de costas en la segunda instancia dada la materia analizada y los recientes cambios operados.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

1. ESTIMAR LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL** y por **D.Eleuterio** representado por la Procuradora D.ª Ana Llorens Pardo, contra sentencia de 23 de abril de 2012, de la Sección primera de la Audiencia Provincial de Orense .
2. CASAR la sentencia recurrida.
3. Se mantiene en todos sus términos la sentencia de 30 de septiembre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Orense , incluido auto de aclaración.
4. No procede imposición de costas en la casación ni en las dos instancias previas.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marín Castán, José Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O' Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiesta** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma,

Anexo C

CARLOS ENRIQUE LAMPAS MELGAR RECURRE EN CASACIÓN EN EL PROCESO DE DIVORCIO QUE LE SIGUE A MARIA DEL CARMEN CARRASQUILLO VALDERRAMA. PONENTE: OYDEN ORTEGA DURAN. PANAMA, CATORCE (14) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DOCE (2012).

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala: Primera de lo Civil
Ponente: Oydén Ortega Durán
Fecha: viernes, 14 de septiembre de 2012
Materia: Familia
Casación
Expediente: 257-09

VISTOS:

El licenciado Lorgio Bonilla Q., en su condición de apoderado judicial de CARLOS ENRIQUE LAMPAS MELGAR, ha interpuesto Recurso de Casación contra la Resolución de 15 de mayo de 2009, proferida por el Tribunal Superior de Familia, en el Proceso de Divorcio que su representado le sigue a MARÍA DEL CARMEN CARRASQUILLO VALDERRAMA.

Esta Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución de 8 de febrero de 2010 (f.226), ordenó la corrección del Recurso presentado, el cual fue atendido por el Casacionista, por lo que, mediante Resolución de 14 de mayo de 2010 (f.245), admitió el Recurso de Casación que consta de fojas 233 a 242 del expediente.

Finalizada la fase de alegatos de fondo, la cual fue aprovechada por los apoderados judiciales de ambas partes del proceso (fs.251-261, 262-268), la Sala procede a decidir el Recurso, previas las consideraciones que se expresan a continuación.

ANTECEDENTES

CARLOS ENRIQUE LAMPAS MELGAR, mediante apoderado judicial, propuso el 29 de junio de 2007 un Proceso de Divorcio contra MARÍA DEL CARMEN CARRASQUILLO VALDERRAMA, con fundamento en las Causales de Divorcio contempladas en los numerales 2, 3 y 6 del artículo 212 del Código de la Familia (f.6).

Al exponer los hechos que fundamentan la demanda propuesta, el apoderado judicial del Demandante explicó que la Demandada: ha propinado a su representado maltrato psicológico que hace imposible la paz y el sosiego doméstico; mantiene una relación extramarital con el señor Alejandro Bloise; y ha incumplido desde hace más de seis (6) meses con todas sus obligaciones de esposa.

Mediante el Auto No.1480 de 5 de julio de 2007 (f.8), el Juzgado Tercero Seccional de Familia del Primer Circuito Judicial de Panamá, admitió la Demanda de Divorcio corregida propuesta y la corrió en traslado a la Demandada por el término de tres (3) días, quien, al contestarla, negó los hechos que la fundamentan.

En defensa de la Demandada, su apoderada judicial, la licenciada Damaris E. Delegado B., explicó que su representada residía en Las Vegas, Estados Unidos, desde el 29 de noviembre de 2006, fecha en que viajó junto con el Demandante, para atender el embarazo de la señora Ana Francis Lampas, hija de ambos.

En ese sentido, indicó que el Demandante regresó a Panamá, por decisión propia, el 8 de enero de 2007, permaneciendo la Demandada en Las Vegas para atender a su nieto quien nació el 6 de marzo de 2007.

Por lo anterior, la abogada advirtió que su representada atendió al Demandante, en todos sus requerimientos, hasta el 8 de enero de 2007.

Con relación a la Causal de abandono de los deberes de esposa, la parte demandada alegó que no se cumple con el término contemplado en el numeral 6 del artículo 212 del Código de la Familia, y que no puede hablarse de abandono de los deberes de esposa porque la permanencia de la Demandada en Las Vegas fue una decisión familiar.

Luego de celebrada la audiencia correspondiente, y practicadas las pruebas aducidas por las partes, la Juez de la causa dictó la Sentencia No.846 de 28 de noviembre de

2008, mediante la cual declaró no probada la Demanda de Divorcio instaurada con fundamento en las Causales contenidas en los numerales 2, 3 y 6 del artículo 212 del Código de la Familia (f.155).

El Demandante apeló esta decisión y, al surtirse la alzada, el Tribunal Superior de Familia, mediante Resolución de 15 de mayo de 2009, confirmó la Sentencia de primera instancia (f.186).

Al motivar su decisión, el Tribunal Superior explicó lo siguiente:

"Cuando la psicóloga del Centro de Prevención y Orientación Familiar empezó a indagar en cada uno de los cónyuges las causas que ellos entendían había provocado su desenlace matrimonial, el señor CARLOS ENRIQUE LAMPAS MELGAR hizo referencia a un *'inadecuado patrón de comunicación'* entre ellos; la interferencia de su suegra en su vida matrimonial; el descuido de su esposa en las actividades del hogar; el exceso de trabajo que impedía dedicarle tiempo a su consorte, y finalmente sus sospechas de infidelidad. En (sic) decir, el resquebrajamiento de la relación desde la perspectiva del demandante involucra una serie de elementos que desencadena el distanciamiento entre él y su esposa.

Es lógico pensar que la sospecha que anidó sobre la infidelidad pudo haber afectado su estado emocional, pero no podemos desconocer tres aspectos puntuales:

1.El supuesto correo electrónico que envió el señor ALEX BLOISE a la señora MARÍA DEL CARMEN CARRASQUILLO VALDERRAMA detectado por el demandante en marzo de 2006; y que, le hizo suponer la infidelidad de su esposa (fj.131-132), no forma parte del expediente, por consiguiente, no podemos realizar una valoración objetiva de su contenido para compararlo con la percepción del demandante.

2.Las constancias probatorias indican, que aquél evento desencadenó la depresión del señor CARLOS ENRIQUE LAMPAS MELGAR. En ese sentido el propio demandante aduce: *'... en ese momento yo caí al suelo llorando y desde ese día he estado con una depresión y estoy con medicamentos para dormir me despierto siempre como a la una o tres de la mañana ...'* (fj.132). No obstante quedó en evidencia que el deterioro de la relación vino precedido de una conjunción de situaciones, donde ambos consortes se sentían insatisfechos. La señora MARÍA DEL CARMEN CARRASQUILLO VALDERRAMA estaba pensando en la separación desde el año 1999

cuando se lo planteó a su esposo. Sobre este suceso menciona: *'La primera vez fue en 1999 mas (sic) o menos cuando yo le dije a él que algo no estaba bien en el matrimonio, en ese momento él me amenazo (sic) con que no puede ser; y que, no puede vivir sin mí, y si es así se iba a morir, yo lo dejé así por la amenaza ...'* (fj.126).

3.Los resultados de la evaluación psiquiátrica determinó (sic) que: *'El señor Carlos no se identificó con los sentimientos de su esposa, mantuvo su atención dirigida a mantener el control, y al experimentar la pérdida del mismo, se valía de medidas reactivas que se aumentaban en frecuencia e intensidad, hablamos de los celos e intentos de suicidio. Finalmente se deprime frente a la irreversibilidad de la pérdida de la diada (sic) conyugal ...'*. Estos resultados nos dicen que la tristeza del señor CARLOS LAMPAS MELGAR se recrudece cuando reconoce que su matrimonio no puede restaurase (sic), lo que conlleva su anhelo de reconciliación, por consiguiente, a pesar de los altibajos de su matrimonio, aún tenia (sic) en mente la vida en pareja. En el momento que declara los motivos que lo impulsaron a interponer la demanda de Divorcio dice: *'... esperé ocho meses para ver en qué quedábamos, entonces me enteré de las amigas de CARMEN y de MARGIE la empleada que la intención de CARMEN era no regresar y divorciarse y quedarse con el cincuenta por ciento de todos los bienes y que estaba estableciendo residencia en Las Vegas y la Embajada Americana cuando consulté con el Cónsul me dijo que yo tenia (sic) derecho a poner la demanda de divorcio y eso fue lo que yo hice porque CARMEN quería el divorcio* y *yo no sabía sus intenciones.'* (véase reverso fj.134). De su propia declaración se desprende que una de sus principales razones para solicitar el divorcio fue resguardar su patrimonio, que al parecer está siendo disputado por su esposa.

En base a estas consideraciones no podemos concluir que las evaluaciones de los cientistas del Centro de Prevención y Orientación Familiar demuestren el trato cruel alegado por el señor CARLOS ENRIQUE LAMPAS MELGAR. La decepción de ambos sobre su relación de pareja viene de la mano de otros factores, y por eso la psicóloga recomienda que: *'Los señores Carlos Lampas y María Carrasquillo se beneficiarían de incorporarse en procesos terapéuticos formales con profesionales de la Psicología o Psiquiatría en los que puedan ventilar los conflictos emocionales con los que lidian desde la infancia, aprendan a canalizar sus frustraciones/sentimientos de enojo de forma adecuada y logren un mejor ajuste de su actual vida familiar.'* (fj.143).

El otro punto controvertido es el hecho que, de acuerdo a las argumentaciones del recurrente, los testigos que presentó probaron la infidelidad de la señora MARÍA DEL CARMEN CARRASQUILLO VALDERRAMA.

...

Siguiendo el principio de la sana crítica, tenemos que la testigo ELIZABETH MORÁN da fe de ciertos acontecimiento (sic) donde queda claro que la demandante quería ocultar a su esposo la cercana relación que mantenía con el señor BLOISE. Por ejemplo, el hecho que haya querido mantener en secreto que recibía flores de BLOISE y que haya querido deshacerse de los recibos de teléfono (fj.25-26). Sin embargo la declaración de la primera testigo, no puede demostrar, más allá de los indicios, que la señora MARÍA DEL CARMEN CARRASQUILLO VALDERRAMA mantuviera una relación extramarital con el señor ALEX BLOISE.

Por su parte el hijo del matrimonio manifestó, que su hermana y el hermano del señor BLOISE le confirmaron la existencia de la relación extramarital; no obstante no deja de ser un testimonio de oídas.

El recurrente también se apoya en el correo electrónico que consta a foja 29 a 31, sin embargo ese documento fue desestimado por la jueza de primera instancia porque no fue reconocido por su autor (fj.158)."

Es contra esta Resolución de segunda instancia que la parte actora ha formalizado el Recurso de Casación en el fondo que conoce en esta ocasión la Sala, y en consecuencia, procede a examinar la Causal invocada y los Motivos que la sustentan.

CONTENIDO DEL RECURSO DE CASACIÓN

La Causal de Casación en el fondo invocada por el Casacionista consiste en la "INFRACCIÓN DE NORMAS SUSTANTIVAS DE DERECHO POR ERROR DE DERECHO EN CUANTO A LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA Y QUE HA INFLUIDO SUSTANCIALMENTE EN LO DISPOSITIVO DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA".

Esta Causal se fundamenta en los Motivos que se transcriben a continuación:

"PRIMERO: En el fallo recurrido el Tribunal aprecio (sic) contrario a derecho la primera prueba testimonial rendida por ELIZABETH MORAN MORAN (ver fojas 24 a

28, 37 a 38), este (sic) le asignó un mérito (sic) probatorio distinto al que por ley le correspondía.

La razón por la cual este criterio no se ajusta a derecho, es que el yerro jurídico de apreciación probatorio le negó el valor de gran presunción a la prueba testimonial referida.

El fallo admite esta prueba, pero considera que esta (sic) no puede demostrar, más allá de los indicios la existencia de una relación extramarital, sin advertir que proviene de un agente (sic) obtuvo la información de sus propias y directas percepciones, lo que influyo (sic) a favor de una sentencia adversa a la pretensión de divorcio.

El error de apreciación fallo inhabilito (sic) la prueba testimonial al negarle el valor que le correspondía como gran presunción, lo que implica una infracción de la ley sustantiva y permitió dictar una sentencia que en su parte resolutiva negó el divorcio. Se produjo una valoración inadecuada del mérito al elemento y dedujo una situación contraria a la realidad.

El fallo al no ajustarse a las reglas de la sana crítica, incurrió en error de apreciación cuando procedió a valorar el primer testimonio del proceso, omitió el uso de la lógica y la experiencia. Se cometió un error jurídico de valoración al atribuirle un mérito (sic) de no demostrar más allá del indicio, le confiere a la entidad probatoria una característica probatoria distinta de la asignada por ley, a efecto de dictar una sentencia negativa.

SEGUNDO: En el fallo recurrido el Tribunal aprecio (sic) contrario a derecho la prueba testimonial de un miembro de la familia, el joven CARLOS ENRIQUE LAMPAS CARRASQUILLO (ver fojas 80 a 85), se le asignó merito (sic) de testimonio de oídas o de referencias.

La razón por la cual este criterio no se ajusta a derecho, estriba en que el yerro jurídico de apreciación probatorio descarta a la prueba testimonial referida. El fallo admite esta prueba, pero considera que lo manifestado por el declarante no fue percibido de manera directa, no derivo (sic) de ella indicios sobre los hechos objeto de controversia, sin advertir que proviene de un agente que es miembro del ceno

(sic) familiar que une a las partes, lo que influyo (sic) a favor de una sentencia adversa a la pretensión de divorcio.

En el fallo recurrido se comete error de apreciación al momento de valorar el testimonio, al no ajustarse a las reglas de la sana crítica, se omitió el uso de la lógica y la experiencia. El fallo inhabilito (sic) la prueba testimonial al negarle el valor que le correspondía como indicio de las causas de la ruptura de la relación conyugal, lo que implica una infracción de la ley sustantiva, lo que permitió dictar una sentencia que en su parte resolutiva negó el divorcio.

TERCERO: En el fallo recurrido el Tribunal contrario a derecho a las pruebas de declaración de parte de los señores MARÍA DEL CARMEN CARRASQUILLO (ver fojas 125 a 130) y de CARLOS ENRIQUE LAMPAS MELGAR (ver fojas 130 a 134), no se le asignó merito (sic) probatorio.

La razón por la cual este criterio no se ajusta a derecho, estriba en que el yerro jurídico de apreciación probatorio le negó el valor indiciario a la prueba de declaración de parte. El fallo las admite como prueba, pero no derivo (sic) de ellas consideración positiva o negativa, ni siquiera de indicio a cerca (sic) de las causales de divorcio aducidas, lo que influyo (sic) a favor de una sentencia adversa a la pretensión de divorcio.

El error de apreciación fallo inhabilito (sic) las pruebas de declaración de parte al negarle el valor que le correspondía como indicio para establecer una causal de divorcio, lo que implica una infracción de la ley sustantiva y permitió dictar una sentencia que en su parte resolutiva negó el divorcio.

El fallo al no ajustarse a las reglas de la sana crítica, incurrió en error de apreciación cuando procedió a valorar el primer testimonio del proceso, omitió el uso de la lógica y la experiencia. Se cometió un error jurídico de valoración al negarle merito (sic) alguno y la degrada como entidad probatoria, a efecto de dictar una sentencia negativa.

CUARTO: En el fallo recurrido el Tribunal efectuó apreciación contraria a derecho de las pruebas periciales denominadas 'INFORME PSICOLÓGICO' (ver fojas 136 a 143); y el 'INFORME PSIQUIATRICO' (ver fojas 144 a 147), se negó asignarle merito (sic) como medio para probar indicios dentro del proceso.

La razón por la cual este criterio no se ajusta a derecho, estriba en que el yerro jurídico de apreciación probatorio negó valorar los indicios contenidos en los dictámenes periciales psiquiátrico y psicológico. El fallo los admite como prueba, pero no derivo (sic) de ellos indicio alguno de las causales de divorcio aducidas, lo que influyo (sic) a favor de una sentencia adversa a la pretensión de divorcio.

El error de apreciación de los informes periciales, provocó que al negarle el valor a los indicios graves, concordantes y convergentes que contienen, para establecer una causal de divorcio, implica una infracción de la ley sustantiva, lo cual permitió dictar una sentencia que en su parte resolutiva negó el divorcio.

El fallo al no ajustarse a las reglas de la sana crítica, incurrió en error de apreciación cuando procedió a valorar los informes periciales incorporados al proceso, omitió el uso de la lógica y la experiencia. Se cometió un error jurídico de valoración al negarle el merito (sic) de contener indicios, lo cual transciende (sic) en la causa al dictarse una sentencia negativa a la pretensión de divorcio."

Las disposiciones legales presuntamente violentadas, según los cargos de injuridicidad contenidos en los Motivos transcritos, son los artículos 763, 78, 215 y 219 del Código de la Familia, y los artículos 781, 904, 917, 918, 922, 980, 982, 983, 985 y 986 del Código Judicial.

OPINIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Mediante Vista No.28 de 27 de octubre de 2010 (f.270), el Procurador General de la Nación recomienda a la Sala que no case la Resolución proferida por el Tribunal Superior de Familia, al considerar, conforme a derecho, la valoración de los medios de prueba que se dicen apreciados inadecuadamente.

CRITERIO DE LA SALA

Tal como viene expuesto, la Causal en el fondo invocada en el presente Recurso es la infracción de normas sustantivas de derecho por concepto de error de derecho en cuanto a la apreciación de la prueba, lo que según la parte recurrente, ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la Resolución recurrida.

La Causal invocada se configura "cuando el elemento probatorio se examina, se toma en cuenta, se le analiza, pero no se le atribuye el valor, la eficacia probatoria,

los efectos que conforme a la Ley le corresponde." (Fábrega, Jorge y Aura E. Guerra de Villalaz. Casación y Revisión, Panamá: Sistemas Jurídicos, S. A., 2001, pág. 111).

Veamos, entonces, si como alega el Casacionista, el Tribunal Superior no atribuyó a los medios probatorios, por él indicados, el valor probatorio que les corresponde conforme a la ley.

A través de los Motivos expuestos, el Recurrente en Casación censura la valoración efectuada por el Ad quem de una serie de pruebas destinadas a acreditar las Causales de divorcio por él aducidas, a saber, el trato cruel psíquico que hace imposible la paz y el sosiego doméstico, la relación sexual extramarital y el abandono absoluto por parte de la mujer de sus deberes de esposa.

Antes de entrar en las consideraciones relativas a la probanza de las Causales de divorcio aducidas, la Sala debe advertir que de las constancias en autos se desprende que, en la presente causa, la Causal del trato cruel psíquico y la de relación extramarital, se encuentran íntimamente relacionadas, toda vez que, la alegada relación extramarital constituye, a su vez, el motivo del alegado maltrato psicológico.

En efecto, obsérvese que en su Demanda de Divorcio corregida (f.7), el apoderado judicial del Demandante se limitó a señalar que la Demandada "ha venido propinando a mi representado maltrato psicológico a tal punto que con ello se hace imposible la paz y el sosiego doméstico", por lo cual el mismo ha tenido que buscar ayuda y tratarse por las secuelas de dicho maltrato.

Lo anterior fue expuesto sin que se brindaran mayores detalles sobre cómo o desde cuándo se producía el alegado maltrato psicológico.

Ahora bien, de la parte motiva de la Sentencia de primera instancia (f.159), de las alegaciones que sustentan el Recurso de Apelación presentado por el Demandante (f.169), y del fallo de segunda instancia (f.186), se colige que el referido maltrato psicológico guarda relación con el estado emocional del Demandante, luego que se enterara de la supuesta relación extramarital mantenida por la Demandada con el señor Alex Bloise.

En virtud de lo anterior, la Sala considera fundamental la probanza de la Causal de relación sexual extramarital, toda vez que la misma condiciona la existencia y

configuración de la Causal de trato cruel psíquico que imposibilita la paz y el sosiego doméstico.

Expuesto lo anterior, veamos las disconformidades del Casacionista con la resolución que resolvió la alzada por él propuesta.

En primer lugar, el Recurrente censura la valoración efectuada por el Ad quem del testimonio rendido por la señora Elizabeth Morán M., del cual, a su juicio, se desprende una "gran presunción" en cuanto a la existencia de una relación extramarital por cuenta de la Demandada.

Con relación a la prueba descrita, el Tribunal de la alzada manifestó lo siguiente:

"El otro punto controvertido es el hecho que, de acuerdo a las argumentaciones del recurrente, los testigos que presentó probaron la infidelidad de la señora MARÍA DEL CARMEN CARRASQUILLO VALDERRAMA.

...

Siguiendo el principio de la sana crítica, tenemos que la testigo ELIZABETH MORÁN da fe de ciertos acontecimientos donde queda claro que la demandante quería ocultar a su esposo la cercana relación que mantenía con el señor BLOISE. Por ejemplo, el hecho que haya querido mantener en secreto que recibía flores de BLOISE y que haya querido deshacerse de los recibos de teléfono (fj.25-26). Sin embargo la declaración de la primera testigo, no puede demostrar, más allá de los indicios, que la señora MARÍA DEL CARMEN CARRASQUILLO VALDERRAMA mantuviera una relación extramarital con el señor ALEX BLOISE." (f.192)

Según la Sala observa, al rendir declaración testimonial, la señora Elizabeth Morán M. (fs.24-28), quien dijo conocer a las partes del Proceso por haber laborado para ellos cuidando su residencia, da cuenta de una serie de acontecimientos que denotan la existencia de una relación muy cercana entre el señor Alex Bloise y la Demandada, la cual pretendía ser ocultada por esta última.

No obstante lo anterior, al ser preguntada específicamente sobre qué tipo de relación consideraba mantenían el señor Alex Bloise y MARÍA DEL CARMEN CARRASQUILLO VALDERRAMA, señaló "SIEMPRE COMO AMIGO", y al insistírsele en

si "¿NUNCA SOSPECHO USTED DE LA EXISTENCIA DE ALGO MAS QUE AMISTAD ENTRE ALEX BLOISE Y LA DEMANDADA?, la misma contestó que no (f.26).

Por tanto, el Tribunal Superior de Familia no podía considerar lo así declarado como una "gran presunción" de la existencia de la relación extramarital, como dispone el artículo 918 del Código Judicial, pues contrario a ello, lo atestiguado fue la existencia de una relación de amistad.

Igual ocurre con la declaración jurada rendida ante Notario Público por la mencionada señora Morán (f.37), la cual resulta muy similar al testimonio brindado durante la audiencia, pues refiere igualmente una relación muy cercana entre el señor Alex Bloise y la Demandada, sin llegar a aseverar que esta última mantuviese una relación extramarital con el referido señor.

Y en el expediente no hay ningún otro medio de prueba destinado a acreditar la alegada relación extramarital, con excepción de lo declarado al respecto por Carlos Enrique Lampas Carrasquillo, hijo de las partes, pero que fue desestimado por el Tribunal de segunda instancia al considerarlo "un testimonio de oídas", decisión con la cual coincide la Sala, como explicará más adelante.

La Sala indica que en el expediente no hay más pruebas destinadas a acreditar la ocurrencia de la relación extramarital, porque la declaración de parte del Demandante, quien reitera la existencia de la misma (f.132), no puede ser tenida como prueba, por razones obvias, mientras que los peritajes psiquiátricos (f.110 y 145) y psicológicos (f.137) practicados a las partes, tampoco, porque dichos estudios se limitan al análisis de los evaluados, a partir de los hechos por ellos expuestos.

Así las cosas, esta Superioridad considera conforme a derecho la valoración adelantada por el Ad quem de la declaración testimonial (f.24) y de la declaración jurada (f.36) de la señora Elizabeth Morán M., y en consecuencia, desestima la censura formulada por el Casacionista al respecto.

El Recurrente en Casación censura también la valoración que hizo el Tribunal Superior de Familia del testimonio de Carlos Enrique Lampas Carrasquillo (f.80), del cual, a su juicio, derivaban indicios relativos a las causas de la ruptura de la relación conyugal de sus padres.

Con relación al testimonio del señor Carlos Enrique Lampas Carrasquillo, el Tribunal de la alzada indicó:

"Por su parte el hijo del matrimonio manifestó, que su hermana y el hermano del señor BLOISE le confirmaron la existencia de la relación extramarital; no obstante no deja de ser un testimonio de oídas."

Al revisar la declaración testimonial del señor Lampas Carrasquillo, la Sala verifica que, en efecto, lo declarado por él en cuanto a la supuesta relación extramarital de su madre, le fue advertido por su hermana y el hermano del señor Alex Bloise, y no corresponde a una percepción propia de los hechos.

Así, declaró lo siguiente:

"... ANTES QUE SE FUERAN PARA LAS VEGAS A VISITAR A MI HERMANA, MI PAPA VIO UN EMAIL QUE MANDO ALEX BLOISE A MI MAMA, Y DESPUÉS MI MAMA LE EXPLICO A MI PAPA QUE ALEX BLOISE TRATO DE BESARLA A ESOS MOMENTOS HABIA UN CONFLICTO CON ELLOS SOBRE EL TEMA DE ALEX Y MI MAMA EXPLICO A MI PAPA SOBRE EL TEMA DE ALEX Y ELLA PORQUE ELLOS SIEMPRE ESTABAN JUNTOS CUANDO MI PAPA ESTABA EN COSTA RICA Y CUANDO VIENE A PANAMA A VISITAR SIEMPRE ESTABAN JUNTOS CON LA ABUELA, CON SU HERMANA Y SU AMIGA QUE SE LLAMA BELKIS SALOMON. MI PAPA SE FUE EN DEPRESION PORQUE SABIA QUE MI MAMA PARECIA QUE ESTABA JUNTO CON ALEX BLOISE Y MI MAMA SE SENTO CON MI PAPA Y EXPLICO QUE NO HAY NADA CON ALEX Y SE FUERON A ESTADOS UNIDOS ASI, PERO MI PAPA TENIA DEPRESIÓN POR ESE TEMA ... PREGUNTADO: ¿LAS ACTUACIONES DE CARMEN CARRASQUILLO LE HAN CAUSADO SUFRIMIENTO Y DOLOR A CARLOS LAMPAS?CONTESTO: SI AFECTO PORQUE YO TENGO EL HERMANO DE ALEX BLOISE YO ESTABA PESCANDO CON EL EN LA ISLA DE LAS PERLAS Y EL ME DIJO QUE ES OFICIAL QUE MI MAMA ESTA CON SU HERMANO ... Y TAMBIEN YO FUI A LAS VEGAS A VISITAR A MI HERMANA Y CUANDO YO ESTABA VISITANDO A ELLA MI MAMA QUERIA QUE YO ME FUERA DEL PAIS DE ESTADOS UNIDOS PORQUE ALEX BLOISE ESTABA VIVIENDO EN EL MISMO BARRIO DE MI HERMANA Y ELLA NO QUERIA QUE YO VIERA A ALEX ... PREGUNTADO: ¿POR QUÉ USTED SABE QUE ERA MENTIRA QUE ELLA NO TENIA NADA CON ALEX BLOISE? CONTESTO: PORQUE SU HERMANO ME DIJO QUE ES OFICIAL Y TAMBIEN MI HERMANA ME DIJO QUE ALEX ESTABA VIVIENDO EN EL MISMO BARRIO Y TAMBIEN SU HERMANO DE ALEX BLOISE

ME DIJO QUE ELLA SE VA DE LAS VEGAS MANEJANDO A SAN FRANCISCO DONDE VIVE ALEX BLOISE ... Y TAMBIEN MI HERMANA ME DIJO QUE ELLA SALE EN EL FIN DE SEMANA Y EN LAS NOCHES EN LA CASA DE ALEX BLOISE EN LAS VEGAS EN EL MISMO BARRIO DE MI HERMANA ..." (f.81)

Se aprecia, entonces, como se dijo en líneas anteriores, que el hijo de las partes tiene conocimiento de lo relativo a la supuesta relación extramarital de su madre, por lo que le señalaron su hermana y el hermano del señor Alex Bloise, no porque le conste de alguna otra manera.

Así las cosas, la desestimación de este testimonio por parte del Ad quem resulta jurídica, al adecuarse a lo establecido en el artículo 920 del Código Judicial que dispone:

"No tiene fuerza la declaración del testigo que depone sobre algún hecho oído a otros, sino cuando recae la declaración sobre hecho muy antiguo o cuando se trata de probar la fama pública."

Lo anterior determina que, en cuanto a la relación extramarital como causante de la ruptura conyugal entre las partes, el testimonio de Carlos Enrique Lampas Carrasquillo resulte ineficaz a la causa del Demandante y Recurrente en Casación.

La Sala no encuentra, entonces, que la valoración adelantada por el Ad quem de los medios de prueba aportados al Proceso para demostrar la configuración de la Causal de relación extramarital aducida, haya vulnerado el principio de la sana crítica que debe regir dicha valoración.

Partiendo de esta premisa, y tomando en consideración lo adelantado por la Sala en cuanto a la estrecha relación existente entre la Causal de relación extramarital y la de trato cruel psíquico, corresponde determinar si las pruebas que se dicen valoradas incorrectamente lograban acreditar la configuración de la Causal de trato cruel psíquico.

Las declaraciones testimonial y notarial de Elizabeth Morán M. no se refieren a esta segunda Causal de Divorcio.

En cuanto al testimonio ofrecido por Carlos Enrique Lampas Carrasquillo, hijo de las partes, tenemos que el mismo declaró que su papá cayó en una depresión porque

parecía que su mamá estaba junto al señor Alex Bloise. Igualmente, sostuvo que le tocó ayudar a su padre (aunque no especificó cómo), y que éste necesitó también atención médica, tomando pastillas para dormir y para la depresión, requiriendo aún "HABLAR CON SU DOCTORA PARA PASAR LOS DIAS".

Lo así declarado concuerda con lo expuesto por la doctora Eldia M. Lasso A., perito de la parte actora, durante la diligencia de entrega de examen psiquiátrico practicado al Demandante, de la siguiente manera:

"preguntado: ¿diga la perito como afecto a carlos lampas el que su esposa lo abandonara por otro señor? contesto: al momento de la evaluación del sr. carlos lampas se observa según la historia clinica e información del mismo una alteración de su estado afectivo que se inicia al momento de encontrar una información en el correo electronico, según el sr. lampas enviado por el sr. alex, pareja de su señora esposa en la cual en ese momento se describe que se sintio triste, vacio, desmotivado, con alteración del ciclo vigilia sueño, sentia que perdia el control de si mismo con llanto facil, describe el que sentia que era como una pluma abierta porque a cada momento lloraba, cuadro que fue en aumento progresivo sin lograr mejoria por lo cual acude al psiquiatra para recibir tratamiento como consta en el informe presentado. el mismo manifiesta que anteriormente a esta situación nunca presento cuadro similar y actualmente recibe tratamiento por psiquiatra para tratar de controlar su afectación emocional." (f.116)

En el informe de la evaluación psiquiátrica practicada por la doctora Eldia M. Lasso A. (f.110), se expone lo siguiente:

"II.<u>HISTORIA DEL PROBLEMA</u>:

Según el señor Carlos Enrique Lampas Melgar en el mes de diciembre del año 2004, encuentra en el correo electrónico que compartían en ese entonces, un mensaje del señor Alex hacia su esposa María del Carmen que decía 'cómo tratarlo', 'la felicitaba porque ella era mano fuerte conmigo', 'le decía mi amor y era correspondido por mi esposa'. Al momento de confrontarla por lo que leyó en ese momento, según el señor Lampas, se sintió 'vacío, desesperado, tembloroso, con miedo a perderla y cae en el piso llorando'.

Aproximadamente dos meses después del evento descrito, según el señor Lampas acude al Psiquiatra por voluntad propia, ya que no se recuperaba sintiéndose triste, no se concentraba, estaba distraído, desmotivado, desesperado, frustrado, con sentimientos de minusvalía, frecuentemente con llanto fácil, pérdida del apetito, no podía dormir y sentía que perdía el control de sí mismo. Recibiendo tratamiento desde entonces.

...

X.CONCLUSION Y RECOMENDACIONES:

1.Según la Historia Clínica obtenida para la elaboración de este informe observamos en el evaluado signos altamente sugestivos de afectación emocional, como consecuencia de los conflictos de pareja que se presentan luego de la separación con su señora esposa.

2. ..., es compatible con un Episodio Depresivo Moderado F32.1. Actualmente en tratamiento.

3.Recomendamos que el evaluado continúe con la farmacoterapia y psicoterapia de apoyo establecido hasta la fecha."

Como puede verse, las pruebas hasta aquí descritas son concordantes en establecer que, efectivamente, el Demandante sufrió una afectación emocional (depresión), requiriendo ayuda profesional médica y psiquiátrica, para sobreponerse a la misma.

Según las pruebas descritas, esta afectación emocional fue provocada por la creencia del Demandante de que su esposa mantenía una relación extramarital con el señor Alex Bloise. Y nos referimos a creencia: porque el hijo del Actor relató "MI PAPA SE FUE EN DEPRESIÓN PORQUE SABIA QUE MI MAMA PARECIA QUE ESTABA JUNTO CON ALEX" (f.81); porque el dictamen pericial a que nos hemos referido se desarrolla a partir de los hechos referidos por el evaluado, tal como queda establecido en el apartado denominado "HISTORIAL DEL PROBLEMA" que inicia con la frase "Según el señor Carlos Enrique Lampas Melgar ..." (f.110).; y porque como se dijo con anterioridad, la relación extramarital de la Demandada no fue demostrada.

De esta manera, aunque se haya producido la afectación emocional, como demuestran las pruebas descritas, no puede considerarse que la misma configure o derive de un trato cruel psíquico por parte de la Demandada.

El trato cruel, ha dicho la Sala, requiere que el responsable tenga "el propósito de hacer sufrir a su víctima desde el punto de vista moral. Importa entonces que el responsable haya obrado con cierto grado de voluntariedad, con el propósito deliberado de ofender y humillar la dignidad de su cónyuge y con conciencia del ultraje que se infiere." (Resolución de 15 de mayo de 2001. Antonio Milton Reid Ellis recurre en Casación en el Proceso de Divorcio que le sigue Palmira González Torres).

A juicio de la Sala, las dos (2) pruebas analizadas -el testimonio de Carlos E. Lampas C. y el informe pericial de la doctora Eldia M. Lasso A. no constituyen indicio en cuanto a la relación extramarital de la Demandada ni de la existencia en el yo interno de ésta del ánimo de hacer daño a su pareja.

Corresponde, entonces, desestimar el cargo de indebida valoración de las pruebas descritas.

Con respecto al valor probatorio reconocido por el Tribunal Superior de Familia a los peritajes psicológico (f.137) y psiquiátrico (f.145) practicados por el Centro de Prevención y Orientación Familia a las partes del Proceso, deben adelantarse las siguientes consideraciones.

Lo primero que debe reiterarse es que ninguna de las dos (2) experticias constituyen prueba de la alegada relación extramarital.

El peritaje psicológico (f.137) establece, con respecto al Demandante, otras causas, reconocidas por él, que lo llevaron a las dificultades enfrentadas con su pareja, adicionales a la supuesta relación extramarital.

La experticia en cuestión determina también en el Demandante "un cuadro de intensa ansiedad encubierta, depresión leve así como rasgos de una personalidad de predisposición paranoide (cuadro como parte del cual puede mostrarse agitado ante la percepción de ser objeto de crítica/maltrato por personas de su entorno así como ideaciones suicidas)." (f.142)

Y entre sus conclusiones plantea:

"... prontamente se establece una dinámica familiar caracterizada por inadecuados patrones de comunicación, escasas interacciones afectivas, insatisfacción en la esfera sexual, expectativas divergentes sobre lo que esperaban de su vida como profesionales, pareja y familia; las sospechas que el señor Lampas albergaba sobre la fidelidad de su esposa y las interacciones crecientemente hostiles en las que se fueron involucrando, hechos que progresivamente deterioraron la convivencia y les llevaron a la actual separación". (f.142)

Como vemos, el referido informe alude a una sospecha de infidelidad, lo que desencadenó la depresión del Demandante, aducida ahora por él como trato cruel psíquico. Las demás conductas reconocidas, atribuibles a ambas partes del Proceso, no configuran dicho trato cruel.

Así las cosas, la prueba descrita reitera que la afectación emocional del Recurrente en Casación efectivamente se dio, pero dicha prueba no expone elementos que den motivos para arribar a conclusión distinta a la planteada anteriormente, en el sentido que la causa que dio origen a la afectación no puede atribuírsele a la Demandada en calidad de trato cruel psíquico, ante la falta del ánimo de infligir un daño a la pareja.

Igual ocurre con la evaluación psiquiátrica (f.145). La misma reconoce causas distintas a la supuesta relación extramarital, como detonantes de la crisis conyugal, a saber: que las partes se enfocaron en su rol de padres, olvidando nutrirse como pareja; los sentimientos de displacer; y la falta de comunicación.

En el caso del Demandante, se adicionan como causales: la falta de identificación con los sentimientos de su esposa; la necesidad de mantener el control; y el recurrir a medidas reactivas (celos e intentos de suicidio) ante la pérdida del control.

Obsérvese que en el caso de la Demandada se indica, entre otras, el encaminarse "a la búsqueda de atención y afecto fuera del matrimonio como medida de escape de la diada (sic) conyugal". Con ello se establece la relación afectiva mantenida por la Demandada con el señor Alex Bloise, sin llegar a constituir prueba de que dicha relación era de índole sexual, como preceptúa la Causal de divorcio contenida en el numeral 3 del artículo 212 del Código de la Familia.

La Sala arriba, entonces, a igual conclusión, en el sentido que la prueba descrita no demuestra la alegada Causal de trato cruel.

Se ajusta entonces a derecho la evaluación de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal de la alzada.

Por último, en cuanto a la Causal de abandono de los deberes de esposa, deben adelantarse las siguientes consideraciones.

La Demanda de Divorcio corregida fue presentada el 29 de junio de 2007 (f.7). En dicho libelo, el Demandante incluyó una nueva Causal de divorcio, enunciada en forma incorrecta, pero que la Juez A quo atinadamente estableció que se trataba de la contemplada en el numeral 6 del artículo 212 del Código de la Familia (f.8), a saber, el abandono absoluto de la mujer de sus deberes de esposa, si al presentar la demanda de divorcio han transcurrido por lo menos seis (6) meses, contados desde el día en que se originó la Causal.

En el libelo de demanda corregida, el Demandante se limitó a señalar que la Demandada había incumplido desde hacía más de seis (6) meses con sus obligaciones de esposa, pero no especificó la fecha a partir de la cual se dio dicho abandono.

Es la Demandada quien indica, al contestar la Demanda de Divorcio propuesta en su contra (f.12), que viajó a los Estados Unidos el día 29 de noviembre de 2006, junto a su esposo, permaneciendo ambos con su hija hasta el 8 de enero de 2007, fecha en que el Demandante decidió regresar a Panamá. Esto lo reitera en su declaración de parte (f.127).

Lo expuesto parece ser corroborado mediante informe remitido por la Dirección Nacional de Migración, en el que se acredita la salida del Demandante del país el día 29 de noviembre de 2006 y su entrada el 8 de enero de 2007 (f.75).

Adicionalmente, las diversas pruebas testimoniales y las declaraciones de ambas partes del Proceso dan cuenta también de que estos últimos viajaron a Estados Unidos con motivo del embarazo de la hija de ambos, regresando el Demandante a Panamá, y permaneciendo la Demandada en dicho país hasta después del nacimiento de su nieto.

La Sala advierte que ninguna de las pruebas del expediente apunta a que el abandono se haya dado con anterioridad a dicho viaje.

Ahora bien, sólo en vías de discusión, pues la Demandada argumenta que su permanencia en Estados Unidos fue consentida por su esposo, si tomamos en consideración las fechas antes expuestas, no puede configurarse la Causal de abandono alegada, toda vez que las partes permanecieron en unión conyugal hasta el 8 de enero de 2007 (cuando el Demandante decidió regresar de Estados Unidos a Panamá), y la Demanda corregida fue interpuesta el 29 de junio de 2007, cuando aún no habían transcurrido los seis (6) meses a que se refiere el numeral 6 del artículo 212 del Código de la Familia.

De esta manera, la valoración adelantada por el Tribunal Superior de las pruebas indicadas por el Recurrente en Casación, en cuanto a esta última Causal de divorcio, no pudo haber influido en lo dispositivo del fallo, pues éstas, ni el resto de las que reposan en el expediente, logran probar la ocurrencia de dicha Causal.

Por lo expuesto, esta Sala debe resolver que no se han configurado los cargos de injuridicidad ni las violaciones a las normas del Código de la Familia y del Código Judicial endilgadas por el apoderado judicial del Recurrente a la Resolución recurrida, por lo que procede desestimar por infundada la Causal de infracción de normas sustantivas de derecho por concepto de error de derecho en cuanto a la apreciación de la prueba, objeto del presente Recurso de Casación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, SALA DE LO CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la Resolución de 15 de mayo de 2009, dictada por el Tribunal Superior de Familia, dentro del Proceso de Divorcio propuesto por CARLOS ENRIQUE LAMPAS MELGAR contra MARÍA DEL CARMEN CARRASQUILLO VALDERRAMA.

Sin condena en costas en virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 1077 del Código Judicial.

Notifíquese y Devuélvase,
OYDÉN ORTEGA DURÁN
HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA -- HARLEY J. MITCHELL D.
SONIA F. DE CASTROVERDE (Secretaria).