
BOLETÍN INFORMATIVO*

SENTENCIA
SALA CASACIÓN CIVIL
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

**PROCEDE SOLICITUD DE SEPARACIÓN DE CUERPOS TRAMITADA POR
APODERADO**

En fecha 14 de noviembre de 2014 la Sala Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Yris Armenia Peña Espinoza, expediente número AA20-C-2013-000735 dictó sentencia en la que declaró la procedencia de la solicitud de separación de cuerpos tramitada por apoderado judicial, en el procedimiento por solicitud de separación de cuerpos y bienes iniciado ante el Juzgado Vigésimo Segundo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por Mirna Berenice Díaz Cornwall y José Francisco Arata Izquier, asistida inicialmente la primera, y representado judicialmente el segundo, por abogados.

El Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la prenombrada Circunscripción Judicial, dictó sentencia en fecha 12 de abril de 2013, en la cual anuló la decisión dictada en fecha 13 de noviembre de 2012, por el juzgado de la cognición “...*que había declarado la conversión en divorcio de la separación de cuerpos y de bienes...*”, repuso la causa “...*al estado de que el tribunal que por distribución corresponda inste a ambas partes a que de manera personal y asistidas de abogados comparezcan, a los fines de presentar su solicitud de separación de cuerpos y de bienes, o en su defecto, a ratificar la petición primigenia subsanando los vicios detectados en el procedimiento y que fueron objeto de análisis en la sentencia de marras, debiendo posteriormente el Órgano Jurisdiccional respectivo dictar nueva decisión conforme a derecho, de acuerdo a lo pautado en los artículos 15, 183, 185, 208 y 762 del Código de Procedimiento Civil...*”, y declaró con lugar la apelación intentada por la ciudadana Mirna Berenice Díaz.

Contra la referida decisión de alzada el ciudadano José Francisco Arata Izquier anunció recurso de casación el cual le fue negado. Ante tal negativa, ocurrió de hecho ante esta Sala de Casación Civil, la cual por decisión de fecha 15 de noviembre de 2013, declaró con lugar el recurso de hecho, admitiendo en consecuencia, el recurso de casación oportunamente anunciado.

La Sala estableció:

(...)

“Para decidir, la Sala observa:

(...)

Ahora bien, en el presente caso, alega el recurrente -entre otros argumentos- que el juez de alzada incurrió en reposición mal decretada, al haber considerado que la separación de cuerpos y bienes planteada por los ciudadanos Mirna Díaz Cornwall y José Francisco Arata Izquier no se encontraba conforme a derecho por cuanto este último no compareció de forma personal con aquella a presentar tal solicitud, sino que lo hizo a través de apoderados.

En este orden de ideas, conviene la Sala en citar el contenido pertinente de la sentencia recurrida:

(...)

De la transcripción precedente, se evidencia que el *ad quem* repuso la causa “...*al estado que el tribunal que por distribución corresponda inste a ambas partes a que de manera personal y asistidas de abogados comparezcan, a los fines de presentar su solicitud de separación de cuerpos y de bienes, o en su defecto, a ratificar la petición primigenia subsanando los vicios detectados en el procedimiento...*”.

Tal reposición la ordenó el *ad quem* con base en cuatro motivos:

Primero: Al considerar que la actuación de los abogados Luis Manuel Valdivieso y Vitina Ardizzone, asistiendo en el acto de solicitud de separación de cuerpos y bienes a la ciudadana Mirna Díaz Cornwall y simultáneamente actuando en su carácter de apoderados judiciales del ciudadano José Francisco Arata Izquier, quien no acudió al tribunal de forma personal, le causó una limitación al derecho de defensa de la esposa, en virtud que no se le garantizó el derecho a la defensa técnica “...*sobre todo por estar en juego intereses contrapuestos: los representados por los abogados apoderados y los que correspondían a la referida ciudadana...*”.

Segundo: Al señalar que la solicitud de separación de cuerpos y bienes la realizó de forma personal solamente la cónyuge Mirna Díaz Cornwall, siendo que su esposo el ciudadano José Francisco Arata Izquier fue representado por los abogados Luis Manuel Valdivieso y Vitina Ardizzone, quienes lo hicieron en calidad de apoderados de este y asistentes de aquella, lo cual a juicio del tribunal contraría lo dispuesto en el artículo 762 del Código de Procedimiento Civil que ordena que la solicitud de separación de cuerpos debe hacerse en forma personal.

Tercero: Al estimar que el juzgado de primera instancia de conocimiento no fue cuidadoso en el trámite de la solicitud de separación de cuerpos y bienes, al permitir que fueran incorporados al expediente unos instrumentos en copias simples en

lenguas italiana e inglesa con los cuales se pretendía comprobar la existencia de algunos bienes objeto de la petición, lo que “...debió ser advertida por los propios abogados peticionantes tanto a su representado como a la mencionada ciudadana “asistida”, lo que denota una vez más la inexistencia de una adecuada defensa técnica en el caso de marras que garantizara la intervención de la mentada ciudadana en el proceso...”, violando con ello las normas dispuestas en los artículos 183 y 185 del Código de Procedimiento Civil.

Cuarto: Al establecer que los abogados del ciudadano José Francisco Arata Izquier, carecían de facultad expresa para disponer del objeto según el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 762 *eiusdem*, además de estarle prohibido representar al mencionado ciudadano por tratarse de un acto personalísimo de los cónyuges la presentación de la solicitud de separación de cuerpos y bienes según lo prescribe el aludido artículo 762.

Ahora bien, ante la denuncia formulada, corresponde a la Sala hacer un recuento de los eventos procesales relevantes para una mayor comprensión de la decisión:

1.- En fecha 8 de julio de 2011, la ciudadana Mirna Díaz Cornwall, asistida por los profesionales del derecho Luis Manuel Valdivieso y Vitina Ardizzone, quienes a su vez fungieron como apoderados judiciales del ciudadano José Francisco Arata Izquier, consignaron escrito de solicitud de separación de cuerpos y de bienes, con el cual acompañaron instrumento poder otorgado ante la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en Colombia, Sección Consular, en fecha 7 de julio de 2011 que acreditaba la representación de los abogados mencionados.

2.- En fecha 13 de julio de 2011 el Juzgado Vigésimo Segundo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, instó a las partes a consignar “...copia de todos los títulos de propiedad de los bienes mencionados en su escrito de solicitud y una vez conste al expediente dicho requerimiento, se proveerá sobre la admisión...”.

3.- Por diligencia del 21 de julio de 2011, la abogada Vitina Ardizzone, dejó constancia de consignar documentos de propiedad de los bienes indicados en el escrito de separación de cuerpos y bienes.

4.- Por auto del 2 de agosto de 2011, el juzgado de la causa admitió la solicitud y decretó la separación de cuerpos y bienes interpuesta por los ciudadanos José Francisco Arata Izquier y Mirna Berenice Díaz Cornwall, en los mismos términos y condiciones por ellos convenidos.

5.- En fecha 25 de junio de 2012, la abogada Vitina Ardizzone, sustituyó el poder que le confiriera el ciudadano José Francisco Arata Izquier, en los abogados Fabio Volpe León, Simonette De Oliveira de Andrade y Joarnelle López Domínguez.

6.- Por diligencia del 8 de agosto de 2012, el abogado Fabio Volpe, actuando en su carácter de apoderado judicial del ciudadano José Francisco Arata Izquier, solicitó en su nombre la conversión en divorcio de la separación de cuerpos y bienes.

7.- Por auto del 19 de septiembre de 2012, el tribunal de la causa, ordenó la notificación de la ciudadana Mirna Díaz Cornwall, “...a objeto de que exponga lo que considere pertinente con respecto a la solicitud realizada por el ciudadano JOSE (sic) FRANCISCO ARATA IZQUIEL, en el sentido que se decrete la conversión en divorcio la separación de cuerpos y bienes decretada por este Tribunal (sic) en fecha 2 de agosto de 2011...”.

8.- No lograda la notificación personal de la ciudadana Mirna Díaz Cornwall, a solicitud de la representación judicial del ciudadano José Francisco Arata Izquier, se libró y publicó cartel de notificación.

9.- Mediante escrito presentado el 30 de octubre de 2012, la abogada Katuska Isabel Galindez Datica, actuando en su carácter de apoderada judicial de la ciudadana Mirna Díaz Cornwall, pidió la nulidad absoluta del decreto de separación de cuerpos y bienes, por cuanto la misma no fue presentada personalmente por los cónyuges, “...en específico, por el ciudadano JOSE (sic) FRANCISCO ARATA IZQUIEL, quien se hizo representar por los abogados LUIS MANUEL VALDIVIESO y VITINA ARDIZZONE...”, contrariando así -según su parecer- lo pautado en los artículos 762 y 154 del Código de Procedimiento Civil.

10.- Por escrito de fecha 8 de noviembre de 2012, la representación judicial del ciudadano José Francisco Arata Izquier, solicitó que se declarara improcedente la petición planteada por la abogada de la ciudadana Mirna Díaz Cornwall.

11.- El 13 de noviembre de 2012, el juzgado del primer grado de cognición decretó la conversión en divorcio de la separación de cuerpos y bienes y consecuentemente disuelto el vínculo matrimonial, por considerar que se encontraban cumplidas las exigencias previstas en los artículos 188 y 189 del Código Civil, “...no constituyendo la solicitud de nulidad del decreto causal alguna de las establecidas en la Ley (sic) (reconciliación o que no haya transcurrido un (01) año), que impida que se decrete la conversión en divorcio...”.

12.- Contra la decisión antes anotada, en fecha 19 de noviembre de 2012, la representación judicial de la ciudadana Mirna Díaz Cornwall ejerció recurso de apelación, el cual fue oído en ambos efectos y el *ad quem* en fecha 12 de abril de 2013, declaró con lugar la apelación, anuló la decisión del juzgado *a quo* y repuso la causa “...al estado que el tribunal que por distribución corresponda inste a ambas partes a que de manera personal y asistidas de abogados comparezcan, a los fines de presentar su solicitud de separación de cuerpos y de bienes, o en su defecto, a ratificar la petición primigenia subsanando los vicios detectados en el procedimiento...”.

Ahora bien, realizado el recuento de los eventos procesales más relevantes en el presente juicio, observa la Sala que uno de los planteamientos del formalizante se ubica en señalar que el juez de alzada en una interpretación arcaica y discriminatoria -a su juicio- de los artículos 189 del Código Civil y repetido en el artículo 762 del Código de Procedimiento Civil, consideró que no es admisible la presentación a través de apoderado de la solicitud separación de cuerpos y bienes por mutuo consentimiento, lo cual será analizada inicialmente, para posteriormente atender el resto de los planteamientos.

En relación con las normas que consagran la figura de la separación de cuerpos, el Código Civil prevé lo siguiente:

“...Artículo 185: Son causales únicas de divorcio:

1° El adulterio.

2° El abandono voluntario.

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

4° El conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución.

5° La condenación a presidio.

6° La adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común.

7° La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común.

En este caso el Juez no decretará el divorcio sin antes procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo.

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...”.

“...Artículo 188. La separación de cuerpos suspende la vida en común de los casados.

Artículo 189.- Son causas únicas de separación de cuerpos las seis primeras que establece el artículo 185 para el divorcio, y el mutuo consentimiento. En este último caso, el Juez declarará la separación en el mismo acto en que fuere presentada la manifestación personalmente por los cónyuges...”. (Resaltado de la Sala).

Por su parte el Código de Procedimiento Civil, establece lo siguiente:

“...Artículo 762. Cuando los cónyuges pretendan la separación de cuerpos por mutuo consentimiento, presentarán personalmente la respectiva manifestación ante el Juez que ejerza la jurisdicción ordinaria en primera instancia en el lugar del domicilio conyugal.

En dicha manifestación los cónyuges indicarán:

1. Lo que resuelvan acerca de la situación, la educación, el cuidado y la manutención de los hijos.
2. Si optan por la separación de bienes.
3. La pensión de alimentos que se señale.

PARÁGRAFO PRIMERO. Presentado el escrito de separación, el Juez, previo examen de sus términos, decretará en el mismo acto la separación de los cónyuges, respetando las resoluciones acordadas, salvo que sean contrarias al orden público o las buenas costumbres.

PARÁGRAFO SEGUNDO. La falta de manifestación acerca de la separación de bienes no impedirá a los cónyuges optar por ella posteriormente, dentro del lapso de la separación.”.

Artículo 763. Durante el lapso de la separación, el juez podrá dictar las disposiciones a que se refiere el artículo 191 del Código Civil, cuando las circunstancias así lo aconsejen según las pruebas que aparezcan de autos.

Artículo 764. Contra las determinaciones dictadas por el juez conforme al artículo anterior, se oirá apelación en ambos efectos.

Artículo 765. La sentencia de conversión de la separación de cuerpos en divorcio, respetará los acuerdos de los cónyuges relativos a los hijos, sin perjuicio de poder resolver otra cosa cuando de los autos aparezcan elementos de prueba que aconsejen tomar las medidas y resoluciones a que se refiere el artículo 192 del Código Civil.

Si se alegare la reconciliación por alguno de los cónyuges, la incidencia se resolverá conforme a lo establecido en el artículo 607 de este Código...”. (Resaltado de la Sala).

Las normas previstas en los artículos 189 del Código Civil y 762 del Código de Procedimiento Civil, prevén que los cónyuges solamente podrán comparecer personalmente ante el tribunal competente a presentar su solicitud de separación de cuerpos por mutuo consentimiento.

Ahora bien, tomando en cuenta que el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, son normas preconstitucionales, es decir, están vigentes con anterioridad a la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, corresponde a esta Sala analizar conforme al actual régimen constitucional, la institución de la separación de cuerpos como una de las causas del divorcio.

Al respecto, ha dicho la doctrina patria que “...se entiende por separación de cuerpos, la situación jurídica en que quedan los esposos válidamente casados, en razón de haberse suspendido legalmente el cumplimiento entre ellos del deber de cohabitación, pero subsistiendo el vínculo que los une y, por ende, el estado conyugal...”. (Emilio Calvo Baca. Terminología Jurídica Venezolana, Ediciones Libra C.A., Caracas Venezuela, año 2011. Páginas 775).

En relación con la separación legal de cuerpos, ha dicho el autor patrio Abdón Sánchez Noguera que “...es la situación jurídica que nace entre los cónyuges como consecuencia de liberárseles del cumplimiento de la obligación de convivencia conyugal, sea en virtud de decreto judicial que acuerde la separación por mutuo consentimiento o en virtud de sentencia definitiva que declare con lugar la demanda...”. (Manual de Procedimientos Especiales Contenciosos, Ediciones Paredes, año 2011, Caracas, página 456).

Ello significa que la separación de cuerpos solamente suspende el deber de convivencia conyugal. Por tanto, los demás deberes derivados del matrimonio subsisten, tales como la obligación de asistencia recíproca en la satisfacción de sus necesidades, el deber de socorro mutuo y la obligación de mutua fidelidad.

Ahora bien, como refieren los dispositivos normativos antes copiados, son causas únicas de separación de cuerpos las seis primeras que establece el artículo 185 del Código Civil para el divorcio, y el mutuo consentimiento. Ello supone que nuestra legislación prevé dos tipos de separación legal de cuerpos: La separación de cuerpos contenciosa y por mutuo consentimiento. La primera, es contenciosa, pues presupone una demanda basada en alguna de las causales de separación de cuerpos prevista por la ley, lo cual supone un juicio. Mientras que en la segunda, no hay controversia, pues ambos cónyuges, de mutuo acuerdo solicitan al juez la declaración de la separación de cuerpos.

En razón de lo anterior, puede afirmarse que el procedimiento de separación de cuerpos por mutuo consentimiento presenta dos etapas: la primera, que comienza con la solicitud de separación de cuerpos y culmina con el decreto que homologa esa declaración de voluntad (sin menoscabo de la facultad que tiene el juzgador para que acuerde las disposiciones que preceptúan los artículos 191 del Código Civil y 763 del Código de Procedimiento Civil) y, la segunda, que comienza con la petición de conversión en divorcio de la separación de cuerpos, sin perjuicio de que pudiese presentarse una incidencia en caso de que exista discrepancia en la proposición de esa solicitud, pues, el artículo 765 del Código de Procedimiento Civil, prevé que si se alegare la reconciliación por alguno de los cónyuges, dicha incidencia se debe resolver conforme a lo establecido en el artículo 607 del mismo código.

Así pues, es evidente que la separación de cuerpos por mutuo consentimiento constituye una de las alternativas contempladas en la ley, a fin de que los cónyuges que no deseen continuar viviendo juntos (artículo 137 del Código Civil), acudan ante

el juez a solicitarla, y este la declarará en el mismo acto en que fuere presentada la manifestación (artículo 189*eiusdem*). En cuya manifestación la ley solamente exige que los cónyuges indiquen lo que resuelvan acerca de la situación, la educación, el cuidado y la manutención de los hijos, si optan por la separación de bienes y que se señale el monto de la manutención de los hijos.

Con base en lo antes expuesto, puede afirmarse que en el procedimiento de separación de cuerpos el juez no indaga ni aprecia hechos para determinar si son válidos o no los motivos que tuvieron los cónyuges para solicitar la separación, salvo que se señalen motivos contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres o que se vulneren normas, principios o garantías constitucionales, tampoco tiene el juez la obligación de excitar a los cónyuges para que se reconcilien, por lo tanto, lo que se destaca preferentemente en este procedimiento es la voluntad de los cónyuges como un mecanismo generador de una nueva situación jurídica; la suspensión de la vida en común de los cónyuges. Ello significa que la presencia personal de los cónyuges se limita única y exclusivamente a presentar la solicitud de separación de cuerpos para manifestar su voluntad de separarse.

Conviene además destacar que la separación de cuerpos por mutuo acuerdo de los esposos, se orienta por la idea de remedio y no sanción, al respecto la doctrina patria ha dicho que “...*la causal más típica de la separación-remedio, es el mutuo consentimiento de los esposos...*”. (Francisco López Herrera. Derecho de Familia, Tomo II, Segunda Edición (actualizada), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pág. 182).

Asimismo, la Sala de Casación de Civil de este máximo Tribunal de Justicia, ha señalado lo siguiente:

“...La separación de cuerpos por mutuo consentimiento -ha dicho nuestra casación- es un remedio pacífico y prudente otorgado por la ley a los cónyuges para poner fin a la convivencia debida, que se ha hecho imposible por íntimas divergencias surgidas entre ellos. La razón principal del legislador para consagrar como institución la separación de cuerpos (por mutuo consentimiento), fue evitar a los cónyuges la discusión judicial y pública de las causas que la determinen, procurando por este medio algo muy importante, como es el afianzamiento de la tranquilidad social...”. (GF-II, N° 24, pág. 19).

Ante ello, tenemos que el elemento esencial para hacer uso de la vía de la separación de cuerpos por mutuo consentimiento es el acuerdo de voluntades de los esposos de romper con la obligación de vivir juntos, por lo que el matrimonio subsiste, pues, la razón principal del legislador para consagrar como institución la separación de cuerpos por mutuo consentimiento, fue evitar a los cónyuges la discusión judicial y pública de las causas que la determinen, procurando así el afianzamiento de la tranquilidad social.

Así pues, es necesario para que el matrimonio se contraiga y luego subsista, que los esposos declaren de forma libre su voluntad de casarse, por tanto, es ello lo que debe privar en caso que decidan poner fin a la relación matrimonial.

Ahora bien, dada la vinculación que tiene la separación de cuerpos con las instituciones de la familia y el matrimonio, considera la Sala conveniente realizar algunas consideraciones en relación con dichas instituciones.

Tenemos pues, que la familia desde el punto de vista jurídico es el conjunto de personas unidas por vínculo de matrimonio, parentesco o adopción. Por su parte, el matrimonio es visto como la institución jurídica constituida por la unión legal de un hombre y una mujer, basada en una relación de derechos y obligaciones recíprocas, fundada en el afecto e instituidas con el propósito de organizar la familia. (Vid. Emilio Calvo Baca. Terminología Jurídica Venezolana, Ediciones Libra C.A., Caracas Venezuela, año 2011. Páginas 351 y 502).

Así pues, las normas contenidas en los artículos 74 y 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagran la protección tanto a la familia como al matrimonio.

Ahora bien, respecto a los derechos y garantías constitucionales contenidos en los artículos 75 y 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, considera la Sala conveniente referirse a la sentencia N° 446, dictada por la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 15 de mayo de 2014, expediente N° 14-0094, caso: Víctor José de Jesús Vargas Irauquín, en la cual se estableció lo siguiente:

“...La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el Capítulo V (De los Derechos Sociales y de las Familias) del Título III (De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes), contempla la protección tanto a la familia como al matrimonio. Así, el artículo 75 constitucional expresa que:

(...Omissis...)

Por su parte, el artículo 77 de la Constitución señala:

(...Omissis...)

De las citadas disposiciones constitucionales y de su ubicación en el Texto Fundamental se puede indicar que el Constituyente engrana al matrimonio dentro de la protección genérica a la familia, a que se refiere el artículo 75 constitucional, otorgándole, además, protección propia conforme al artículo 77. Debe precisarse que este desarrollo de la Constitución de 1999 contrasta con lo que la Constitución de la República de Venezuela de 1961 conceptualizaba como familia y matrimonio. Así, el artículo 73 de ese derogado Texto Fundamental, disponía:

(...Omissis...)

La citada norma carece de otras referencias sobre la familia y el matrimonio que orientara a los intérpretes sobre qué podía entenderse por familia y matrimonio, así como sus características, principios que los rigen, entre otros aspectos a interpretar. Por tanto, era el Código Civil y las leyes especiales –y no la Constitución de 1961-, los textos normativos que aportaban los principios que regirían tanto a la familia como al matrimonio. Bajo esta situación surgió el artículo 185-A, producto de la reforma del Código Civil ocurrida en el año de 1982.

No obstante, la actual Constitución tiene otros elementos para entender jurídica y socialmente a la familia y al matrimonio y que implica un examen de la constitucionalidad del comentado artículo 185-A de origen preconstitucional.

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

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

(...Omissis...)

Justamente, entre las causales de divorcio hay dos que se fundan en la modificación del libre consentimiento de uno de los cónyuges de mantener la vida en común, las cuales son: el abandono voluntario (ordinal 2º del artículo 185 del Código Civil) y la separación de hecho por más de cinco años (artículo 185-A *eiusdem*), la cual al igual que la separación de cuerpos decretada judicialmente, bien como resultado de un proceso a ese fin o bien por mutuo consentimiento, requiere de una declaración judicial que la reconozca como requisito previo al divorcio.

Luego, para el derecho venezolano, el cese de la vida en común por voluntad de ambos o de uno de los cónyuges es una causal de divorcio, de igual entidad en todos los anteriores supuestos, ya que en la actualidad se adapta a la previsión del artículo 77 constitucional, según el cual el matrimonio se fundamenta en el libre consentimiento. Adicionalmente, la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23-3), como la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17-3), establecen que el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes; derecho que también está contemplado en el artículo 16-2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Estos derechos, conforme al artículo 19 de la Constitución vigente, son de goce y ejercicio irrenunciables, indivisibles e interdependientes y regidos por el principio de progresividad y sin discriminación alguna.

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

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

Conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a lo establecido por la Sala Constitucional, la protección al matrimonio, entre un hombre y una mujer está fundamentada en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta

de los derechos y deberes de los cónyuges. Por tanto, el matrimonio debe ser entendido como institución que permanece por el libre consentimiento de los cónyuges, como una expresión de su libre voluntad, por ende, nadie puede ser obligado a contraerlo, lo cual significa que tampoco se puede estar obligado a permanecer casado, derecho que tienen por igual ambos cónyuges. Cuyo derecho nace cuando se extingue por parte de ambos cónyuges o al menos de uno de ellos - como consecuencia de su libre consentimiento- la vida en común, la cual debe ser entendida como la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente (artículo 137 del Código Civil) y, de mutuo acuerdo, tomar las decisiones relativas a la vida familiar y la fijación del domicilio conyugal (artículo 140 *eiusdem*).

Dicho lo anterior, resulta evidente que la separación de cuerpos por mutuo consentimiento se fundamenta en el libre consentimiento de los cónyuges de no mantener la vida en común y requiere que sea decretada judicialmente para que se constituya en un requisito previo al divorcio, pues una vez que haya transcurrido más de un año sin que exista reconciliación entre los cónyuges se puede declarar el divorcio, previa notificación del otro cónyuge.

Ahora bien, considera la Sala que al amparo de la interpretación constitucional, la institución del divorcio y sus modalidades de presentación debe ser en forma amplia y sin límites que condicionen el acceso a la justicia y al órgano jurisdiccional.

Por ende, deben armonizarse las normas contenidas en los artículos 189 del Código Civil y 762 del Código de Procedimiento Civil, respecto a la presentación personal y sin posibilidad de representación de la solicitud de separación de cuerpos, puesto que la interpretación en forma rigurosa, atendería contra las garantías que sobre el acceso a la justicia están contempladas constitucionalmente tomando en consideración que las normas se deben interpretar de la manera más progresiva posible para poder permitir el acceso a la justicia en todas sus instancias.

Por lo tanto el derecho de acción debe interpretarse de manera amplia en el sentido que se favorezca tal acceso a todos los ciudadanos, tal como lo propugna el propio artículo 26 constitucional, cuando establece que “...*Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses (...) a la tutela judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente...*”.

Por tales razones, considera la Sala que al hacer una interpretación armónica con la Constitución -considerando que las normas bajo análisis son anteriores a la vigente Carta Magna- tenemos que en aras del acceso libre a los órganos de administración de justicia, y tomando en cuenta el elemento de voluntariedad que debe envolver el acto de petición de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, no habría fundamento jurídico alguno que impida tal declaración, cuando ha privado el libre consentimiento de los esposos de no continuar con la vida en común y ha quedado

manifestado expresamente ante los órganos jurisdiccionales en un instrumento que tienen fe pública y que da certeza de los dichos del cónyuge, pues el ciudadano José Francisco Arata Izquier, otorgó un poder especial (será analizado más adelante), en el cual autoriza a los abogados designados para que en su nombre realicen la solicitud de separación de cuerpos y bienes, con lo cual es patente su voluntad de suspender la vida en común con su cónyuge, por lo que el elemento esencial para la solicitud de separación de cuerpos y bienes -el libre consentimiento- está expresado por ambos cónyuges.

Se insiste que la única condición que debe interpretarse de las normas citadas para plantear la solicitud de separación de cuerpos por mutuo consentimiento es la intención manifiesta e inequívoca hecha ante la autoridad judicial por parte de los cónyuges de no seguir cohabitando, ya sea que la referida solicitud fuere presentada personalmente por los cónyuges o por sus apoderados constituidos expresamente para tal fin.

Resultaría contrario a la norma constitucional antes citada, el restringir el acceso a la justicia si no es mediante la presentación personal de la solicitud, pues, los cónyuges no pueden estar supeditados a tal condición si su intención es no continuar con la cohabitación, sin importar si se hace en forma personal ante la autoridad judicial o mediante poder especial debidamente autenticado y/o registrado en el cual se autoriza a los abogados designados para que realicen la solicitud de separación de cuerpos y bienes.

Siendo así, en el *sub iudice*, está plenamente demostrada la voluntad de separarse a través de un poder otorgado por el ciudadano José Francisco Arata Izquier a los abogados Luis Manuel Valdivieso Rujana y Vitina Ardizzone Saladino, el cual fue debidamente autenticado por ante la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en Colombia, en fecha 7 de julio de 2011, registrado bajo el N° 282/2011, Folio 311, del Libro de Poderes, Protestos y otros Actos llevados por la referida embajada, el cual riel a folio 11 del presente expediente.

De ahí que no permitir que un apoderado debidamente facultado para solicitar la separación de cuerpos y de bienes, pueda representar al cónyuge para presentar la referida solicitud y por ello anular esa actuación en la cual el otro cónyuge si acudió personalmente a solicitarla, sería discriminatoria, pues, en los casos de disolución del vínculo conyugal, tales como el divorcio por las siete causales previstas en el artículo 185 del Código Civil, por la ruptura prolongada de la vida en común prevista en el artículo 185-A del Código Civil o por la separación de cuerpos contenciosa establecida en el artículo 189 del Código Civil, es jurídicamente válido que los cónyuges se hagan representar por sus apoderados judiciales, no siendo necesario que acudan personalmente a interponer la acción de divorcio y de separación de cuerpos prevista en el artículo 191 *eiusdem* o a interponer la solicitud de divorcio alegando la ruptura prolongada de la vida en común conforme a lo previsto en el artículo 185-

eiusdem, en cuyos supuestos se puede plantear la acción o la solicitud, mediante apoderado judicial con poder especial y facultad expresa para interponerla.

De tal manera que es válida la actuación de los solicitantes cuando ellos manifiestan su voluntad de separarse de cuerpos y de bienes, en forma inequívoca, bien acudiendo personalmente ante el juez o siendo alguno de ellos representado por un apoderado con facultad expresa y exhibiendo un mandato especial para ello, pues la separación de cuerpos -como una de las modalidades para obtener el divorcio con posterioridad de forma concertada- requiere el elemento volitivo de los cónyuges que acuerdan pedir la autorización judicial para suspender la vida en común (artículo 188 del Código Civil), por lo tanto no se puede impedir la representación con poder para la presentación de la solicitud de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, siempre y cuando el apoderado esté facultado especialmente para presentar la referida solicitud.

De modo que, en aplicación o una interpretación sistemática y progresiva de las normas, autorizada por los principios constitucionales del acceso a la justicia en todas sus instancias, de una tutela judicial efectiva y el debido proceso, previstos en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, considera la Sala que la expresión “*personalmente*” utilizada por el legislador en los artículos 189 del Código Civil y 762 del Código de Procedimiento Civil, no debe interpretarse como una prohibición expresa de la ley que impida la representación judicial para la presentación de la solicitud de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, pues, dicha expresión debe considerarse como la manifestación de voluntad inequívoca de los cónyuges de pedir la autorización judicial para suspender la vida en común, por lo tanto, el hecho que un cónyuge no presente personalmente la solicitud de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, no puede traducirse en un impedimento para que dicha solicitud sea presentada mediante apoderado con facultad expresa para ello, máxime si -como ya se ha dicho- en los demás casos de disolución del vínculo conyugal, como las acciones de divorcio, de separación de cuerpos y la solicitud de divorcio alegando la ruptura prolongada de la vida en común, se pueden proponer mediante representación judicial con facultad expresa.

Así pues, que si ha pasado un año del decreto del tribunal respecto a la separación de cuerpos, y no habiendo sido alegada la reconciliación, a solicitud de alguna de las partes, con notificación de la otra, el tribunal declarará la conversión en divorcio, lo cual también requiere la petición expresa de alguno de los cónyuges, pero que nada obsta para que la misma lo pueda hacer un mandatario con poder cuya facultad expresa e inequívoca conste al efecto.

(...)

Ahora bien, evidencia la Sala del recuento de los eventos procesales narrados *supra*, que la ciudadana Mirna Berenice Díaz Cornwall compareció al tribunal, asistida de

abogados, a solicitar la separación de cuerpos y bienes, esta última conforme a los términos que estaban expresados en su escrito de solicitud, y su esposo representado según instrumento poder por los abogados que a su vez asistían a su cónyuge.

Siendo ello así, se entiende que la ciudadana Mirna Berenice Díaz Cornwall compareció ante el juez a manifestar voluntariamente su intención de separarse de cuerpos y de bienes de su esposo José Francisco Arata Izquier, y este último al otorgar poder especial a sus abogados para que lo representaran en tal acto, también reveló su voluntad al respecto.

Ello se evidencia del instrumento poder debidamente autenticado por ante la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en Colombia, en fecha 7 de julio de 2011, registrado bajo el N° 282/2011, Folio 311, del Libro de Poderes, Protestos y otros Actos llevados por la referida embajada, el cual riela al folio 11 del presente expediente y textualmente expresa lo siguiente:

“...Quien suscribe, JOSÉ FRANCISCO ARATA IZQUIEL, venezolano, mayor de edad, identificado con la cédula de identidad No. V-6.970.371, por medio del presente documento declaro: “Que otorgo poder especial, pero amplio y suficiente en cuanto a derecho se requiere a los abogados LUIS MANUEL VALDIVIESO RUJANA y VITINA ARDOZZONE SALADINO, venezolanos, mayores de edad, identificados con la cédulas de identidad No. V-10.705.887 y Vo-10.520.999, respectivamente, inscritos en el Inpreabogado bajos los No. 55.758 y 56.384, también respectivamente, para que conjunta o separadamente me representen, sostengan y defiendan mis derechos e intereses en todo lo referente a mi Separación (sic) de Cuerpos (sic) y Bienes (sic) con la ciudadana MIRNA BERENICE DÍAZ CORNWAL, venezolana, mayor de edad, identificada con la cédula de identidad No. V-7.669.138. En ejercicio del presente poder quedan facultados los mencionados mandatarios, para que me representen por ante cualquier autoridad judicial o administrativa dentro del territorio de la República Bolivariana de Venezuela, bien sea de la Nación, de los Estados (sic), Municipios (sic) y ante cualesquiera personas públicas o privadas, naturales o jurídicas; para representar la referida solicitud; oponer y contestar cualquier incidencia; promover y evacuar toda clase de pruebas; darse por citados o notificados o notificados; interponer toda clase de recursos; y seguir dicho procedimiento en todas sus instancias, grados, incidencias, y trámites hasta su culminación. Asimismo quedan plenamente facultados los mencionados mandatarios, para que una vez decretada y homologada la Separación (sic) de Cuerpos (sic) y Bienes (sic) ante el tribunal competente y transcurrido el lapso de Ley (sic), solicitar y tramitar su conversión en Divorcio (sic) hasta su ejecución. En general podrán realizar todo cuanto fuere necesario y conveniente en la cabal defensa de mis derechos e intereses, ya que las facultades aquí expresadas son meramente enunciativas y por tanto no deberán entenderse nunca como taxativas. Los apoderados que por el presente documento se nombran podrán sustituir el presente poder en abogado o abogados de su confianza, reservándose siempre su

ejercicio, con facultad para revocar las sustituciones cuando lo juzguen conveniente...”. (Resaltado de la Sala).

Del texto del mandato que le confiriera el ciudadano José Francisco Arata Izquier a los abogados Vitina Ardizzone y Luis Manuel Valdivieso, se evidencia que se trata de un poder especial, donde el referido ciudadano faculta expresamente a los abogados para que lo representen, conjunta o separadamente, en todo lo referente a su separación de cuerpos y bienes con la ciudadana Mirna Berenice Díaz Cornwall, incluso los autoriza para que, una vez decretada y homologada la separación de cuerpos y bienes por parte del tribunal y, transcurrido el lapso de ley, solicitaran y tramitaran la conversión en divorcio hasta su ejecución.

Todo lo cual significa, que a través de un “*mandato especial*” el cónyuge José Francisco Arata Izquier, autoriza a los abogados designados para que en su nombre realicen la solicitud de separación de cuerpos y bienes, con lo cual es patente su voluntad de suspender la vida en común con su cónyuge, por lo que el elemento esencial para la solicitud de separación de cuerpos y bienes -el libre consentimiento- está expresado por ambos cónyuges.

Ello se concluye de la manifestación personal que ante el juez hizo la esposa Mirna Berenice Díaz Cornwall, quien acudió de forma espontánea, conjuntamente con los apoderados de su esposo José Francisco Arata Izquier a pedir la separación de cuerpos y de bienes, incluso con un acuerdo previamente concertado por ellos sobre la adjudicación de los bienes pertenecientes a la comunidad de gananciales a cada uno de ellos.

De modo pues, que por el solo hecho que el ciudadano José Francisco Arata Izquier no compareció de forma personal ante el tribunal a pedir la separación de cuerpos, ello no implica que no sea jurídicamente válida, pues él mostró su voluntad inequívoca de separarse de cuerpos y bienes de su esposa a través de un poder, cuya manifestación realizada personalmente cuando se otorgó el poder, debe tener el mismo valor jurídico como si este se hubiera presentado personalmente ante el tribunal a solicitar la separación de cuerpos y de bienes, ya que el referido poder no fue impugnado, por tanto conserva plena validez, lo cual significa que la ciudadana Mirna Berenice Díaz Cornwall no podría impugnar la actuación realizada por los apoderados del ciudadano José Francisco Arata Izquier al momento de solicitar la separación de cuerpos y de bienes ante el tribunal de instancia, con el solo alegato de que su cónyuge no acudió personalmente a solicitar la separación de cuerpos y de bienes.

Siendo ello así, considera la Sala que la reposición acordada por el juez superior resulta contraria a la interpretación del libre acceso a los órganos de administración de justicia, pues los actos que hacen posible la declaración del divorcio fueron cumplidos y su finalidad alcanzada, por tanto, el *ad quem* en lugar de reponer la causa ha debido declarar improcedente la solicitud de nulidad interpuesta por la

cónyuge Mirna Berenice Díaz Cornwall y confirmar la sentencia del *a quo*. Así se establece.

Como consecuencia de lo antes dicho, aprecia la Sala que con la reposición indebidamente decretada se violentaron los artículos 15, 206, 208, 211 y 762 del Código de Procedimiento Civil y 188, 189 y 1.687 del Código Civil, lo que hace procedente la presente denuncia. Así se decide...”

Para revisar la sentencia completa, pulse [aquí](#) o siga el siguiente vínculo: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/171633-RC.000712-171114-2014-13-735.HTML>

28 de abril de 2015

**El presente boletín fue preparado y divulgado por ZAIBERT & ASOCIADOS. Su propósito es difundir información de interés general en materia jurídica. El contenido de este informe no puede ser interpretado como una recomendación o asesoría para algún caso específico. Se recomienda consultar especialistas en la materia para la aplicación de su contenido. Quedan expresamente reservados todos los derechos.*