UNIVERSIDAD DE LA HABANA.
FACULTAD DE DERECHO.
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL Y DE FAMILIA.

# DERECHO DE FAMILIA

Colectivo de autores

La Habana
Septiembre de 2016

# Retos del Derecho de Familia. Autonomía y Unidad*

Dra. Ana María Álvarez-Tabío Albo †

Sumario: Palabras iniciales. Autonomía y Unidad, premisas para enfrentar los desafíos del Derecho de Familia en el siglo XXI. ¿Qué distingue al Derecho de Familia? Ejes centrales de análisis: incidencia de la tecnología y el desarrollo científico-médico; nuevos modelos de organización familiar y su disolución; papel del menor como sujeto de derecho y otras situaciones. Interrelaciones. Palabras finales.

## Palabras iniciales

O unidad y autonomía, no importa el orden de las palabras en el título siempre que se comprenda que se trata de un intento de compartir, una vez más, algunas reflexiones sobre las múltiples y actuales realidades que impactan al derecho en general, pero muy especialmente al Derecho de Familia y de la necesidad impostergable de hacerle frente desde una perspectiva multidisciplinar en el contexto de la concepción unitaria de las ciencias del saber jurídico, especialmente y en primerísimo lugar, del Derecho Constitucional, pero con respuestas que exigen de una mirada muy propia y exclusiva de la rama que disciplina las relaciones jurídico-familiares.

El Derecho de Familia como lo nombran muchos o Familiar como lo nombran otros o de las Familias‡ es, con toda seguridad, una de las ramas más dinámicas de nuestro ordenamiento jurídico,§ y requiere de una especial sensibilidad y la más profunda humanidad en los profesionales que en la misma intervienen. En situaciones de crisis económica y de valores, y Cuba ha sido, para bien o para mal, prueba de ello, es a la familia a quien le corresponde asumir un rol y función protagónicos protegiendo a sus integrantes y, en correspondencia, la protección de la familia beneficia tanto a la persona como a la sociedad por ser la institución más idónea y propicia para lograr el bienestar de todos sus integrantes y la armonía social.

El gran desafío del Derecho es volver a colocar a la familia en el foco de atención central de la sociedad.

---

* Conferencia Magistral inaugural dictada con motivo de la celebración en La Habana de la VIII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y III Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia y otras disciplinas afines. Mayo de 2015. Publicado en Derecho Constitucional de Familia y Revista Cubana de Derecho No 47.

† Dra. en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana. Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia por la Universidad de La Habana. Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil y de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

‡ Ya hasta hemos escuchado el término familieros, esperemos que no exenta del tono, cuando menos, burlesco que transmite.

§ La familia es un grupo social tan especial y cercano al conocimiento y vivencias de todos, que como bien nos recuerda Martine SEGALÉN "Al contrario de lo que nos ocurre en otros terrenos… tenemos la sensación –justificada– de conocer el de la familia por haber nacido y por haber fundado una." Antropología histórica de la familia. Taurus Universitaria. Madrid. 1992. p. 19.

…/2

Y corresponde de manera muy especial, a un Derecho de Familia sustentado en relaciones democráticas y de estricta igualdad, fundamentadas tanto o más en el aspecto afectivo que el dato puramente biológico, asumir, además, muchos otros desafíos desde la perspectiva de su propia esencia:*

En primer lugar, afrontar las inaplazables y ya perentorias reformas para caminar hacia un Derecho de Familia del Siglo XXI acorde con los cambios que sufre este grupo en el contexto social cubano y materializarlas de una buena vez; si bien las reformas en el Derecho de Familia demandan del legislador, de profundas reflexión y grandes dosis de prudencia legislativa, como nos recuerda Aristóteles, tampoco deben ser eternas.

En segundo lugar, en congruencia con lo anterior, impulsar medidas efectivas de política legislativa y jurisdiccional encaminadas a la protección jurídica de la familia desde todos los ámbitos, sea judicial a través de la solución expedita y eficiente de los conflictos familiares o la previsión de prácticas que encausen la desjudicialización de ellos en la medida de lo posible; eliminando el estigma de la incapacitación y del binomio incólume incapacidad-capacidad, disponiendo sistemas de asistencia ad hoc y de guardaduría adaptados a las circunstancias de cada quien; reforzando las medidas de protección a las personas en desventaja dentro del grupo familiar y la sociedad, léase, niños y adolescentes, personas en edad avanzada y personas con discapacidad sustentada en los principios básicos de interés superior del niño, el envejecimiento saludable y el apoyo a la discapacidad.

En tercer lugar, generar espacios de discusión con la presencia ineludible de los juristas, formados en nuestras universidades, sobre las bases de un Derecho de Familia integrador de tantas otras disciplinas jurídicas y no jurídicas, a partir del tratamiento multidisciplinar de la familia.

Y en cuarto lugar y no por ello el último ni el de menor importancia, diseñar toda la normativa dotada de una concepción sistémica como sustento de la profunda regeneración que demanda la sociedad. "Las reformas en temas trascendentes como la familia deben estar dotadas de la necesaria estabilidad y, en consecuencia, exigen consenso, pero también cierta urgencia, sin desmedro de la reflexión, la certeza intelectual y la confianza desde el punto de vista social, económico y jurídico."†

## Autonomía y Unidad, premisas para enfrentar los desafíos del Derecho de Familia en el siglo XXI.

En los últimos 30 años, diversos factores han impactado de manera muy intensa a la familia y por extensión, a la disciplina encargada de regular la constitución, la organización, el desenvolvimiento y la disolución de las relaciones familiares. "No puede reducirse el Derecho de familia al análisis de los principios y normas que regulan la organización o estructura interna de la familia, pues ello,… significaría constreñir la disciplina a un enfoque meramente anatómico de su objeto. Es

---

* Atendiendo al objeto tan especial de protección, muchos más serán los retos a enfrentar; nos limitamos, siguiendo algunas ideas de la profesora María LINACERO DE LA FUENTE, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid a expresar sólo algunos de los horizontes a alcanzar a partir de la concepción de la familia del siglo XXI en el contexto cubano.

†LINACERO DE LA FUENTE, María. Manifiesto ante la Asociación para la defensa y el desarrollo de la adolescencia y la infancia. www.addai.org (consultado en mayo de 2015)

necesario…, además, el enfoque del funcionamiento en las diversos planos del Derecho, para no desmembrar su integridad".*

Es noticia de todos los días el aumento del número de víctimas de abandono tanto físico como emocional, ya la vida humana es manipulada en los laboratorios con la extensión de los avances tecnológicos, la baja natalidad conduce al envejecimiento de la población, los hijos pierden la conexión con sus padres, el consumo de la televisión y el uso exacerbado de las TICs reemplaza toda forma de diálogo y comunicación directa, el porcentaje de familias mono y homo parentales, reconstituidas o ensambladas crecen, los ancianos mueren lejos del calor familiar...

Para dar las respuestas certeras y precisas que se esperan del Derecho debemos conducirnos con la misma pericia, la misma maestría y el mismo cuidado que se dedicaría al bordado de un encaje. Y en ese diligente esmero, descubrir el perfecto equilibrio entre la autonomía de la rama del saber que disciplina las relaciones familiares y la unidad sistémica del Derecho entendido como una totalidad ordenada compuesta por normas compatibles y coherentes que se influyen e interrelacionan: integración sistémica, relación entre las distintas ramas, coherencia interna, autonomía y plenitud son las palabras claves.

Autonomía, si se quiere, vista desde los lugares comunes: a partir de los criterios legislativo, doctrinal o científico, académico o didáctico, jurisdiccional, procesal e institucional.† O a partir de la escasa aplicabilidad de muchos de los principios‡ que rigen en su Derecho más cercano, el Civil, su antiguo sustentador, como decía el viejo Demófilo DE BUEN, del que "emigró" para construir su propia armadura doctrinal y dotarse de sus propios principios. Pero sobre todo a partir de su especial objeto de estudio: la familia, que desde un punto de vista trascendente, ya conquistó derecho de ciudadanía en el ámbito jurídico.

Esta realidad no tiene vuelta atrás, la consagración de la autonomía del Derecho de Familia es imparable e irreversible y de nada vale seguir resistiéndose a ello.§ Y así debe ser; la familia es el grupo humano de interés social preferente debido a sus funciones estratégicas en relación con la sociedad, ligada a la subsistencia de ella misma, es el marco propicio para el desarrollo integral como personas y su integración

---

* GUASTAVINO, Elías P. Derecho de Familia. Patrimonio-Bienes de la familia. Editorial Omeba. Buenos Aires. 1956. p.24.

† CABANELLAS, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Editorial Omeba, Buenos Aires, 1968. Criterios que fueron ampliados por el profesor José BARROSO FIGUEROA en su artículo La autonomía del Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.jurídicas.unam.mx

‡ Para mayor abundamiento respecto a la escasa aplicación de los principios del Derecho Civil y materia de lo Familiar Vid. GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Naturaleza Jurídica y autónoma del Derecho Familiar. El Derecho Familiar en la República Dominicana. Memorias del 1er. Congreso nacional en Derecho Familiar. 1era. Edición. Santo Domingo, República Dominicana. Noviembre 2011. pp 35-38. En ese trabajo el jurista mexicano sostiene su tantas veces defendida tesis sobre la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, distinta del Público y del Privado, exponiendo múltiples razonamientos, entre otros, el análisis que hace Roberto RUGGIERO sobre la ausencia de aplicación de principios tales como el de representación, las modalidades a los actos jurídicos, la renuncia a los derechos privados y la enajenación, cesión comercialización de éstos.

§ Un exquisito y detallado repaso sobre las opiniones vertidas por gran parte de los más renombrados tratadistas del siglo XX sobre la clasificación del Derecho del Familia como una rama con perfiles propios, nos brinda el Dr. Jorge Mario MAGALLÓN IBARRA, destacadísimo jurista mexicano, quien me regaló el inmenso honor de compartir sus conocimientos en sus memorables clases durante mi paso por la UNAM. La doctrina del Derecho de Familia. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.jurídicas.unam.mx.

en el entorno social. En ella se entrelazan intereses individuales y generales del grupo con preeminencia de éstos.

Unidad porque ninguna rama del saber jurídico es autosuficiente y aspirar al conocimiento del derecho mediante el análisis separado de cada una de sus ramas es como pretender el conocimiento del cuerpo humano por el examen separado de cada uno de sus órganos. En ambos casos de trata de un sistema en el que el todo no puede prescindir de sus partes. El concepto de Derecho es uno; pero, la diferenciación es útil para el conocimiento integral de las instituciones jurídicas y, por ende, tiene un sentido predominantemente pragmático y didáctico.*

Estamos viviendo un intenso proceso de constitucionalización de las instituciones jurídicas, especialmente de aquellas del llamado Derecho Privado y en lo que nos toca, del Derecho de Familia; ya no es posible separar de manera tan evidente a éstas de las instituciones de lo que conocemos como Derecho Público cuyos linderos mutuos se van invisibilizando. Como señala el destacado jurista peruano FERNÁNDEZ SESSAREGO: "…en consonancia con la estructura coexistencial de la persona como ser humano, que exalta el valor solidaridad, no es posible sostener como válida la difundida y generalmente aceptada clasificación del Derecho en público y privado como si fueran dos situaciones del todo inconexas. Los juristas, con sentido de la realidad unitaria del Derecho, llegan a comprender que en todo interés prevalentemente privado está también presente, en determinada medida un interés social. … Del mismo modo, en toda manifestación calificada de pública no está ausente, también en alguna variable medida, el interés privado".†

Personalmente, nunca he comprendido el beneficio, ni la ventaja, ni la utilidad de aplicar criterios territoriales de demarcación, ni deslindes de fronteras, ni compartimentos estancos. Ninguna disciplina se basta por sí misma y mucho menos ante el creciente proceso de socialización‡ que sufre el Derecho.

¿Pero qué distingue al Derecho de Familia? ¿Qué lo hace único dentro del todo?

Negar que en la base del Derecho de Familia está la persona sería un dislate, como lo sería negar idéntica afirmación para con el resto de las ramas del Derecho. Pero sostener que por ser la familia un grupo compuesto por personas es, por extensión, parte del Derecho de Personas sería, cuando menos, una simpleza.

Tampoco debemos confundir el interés público que prevalece en la mayor parte de las relaciones familiares, con el concepto de Derecho público: las normas jurídicas destinadas a la familia, no tienen como finalidad proteger el interés del individuo, sino como miembro del grupo familiar; pero es evidente que no pueden identificarse los fines propios del Estado con los fines y las necesidades del grupo familiar aunque, en principio, unos y otros no se opongan. La familia rebasa lo privado porque el interés que se protege por medio de la norma está por encima del interés individual. En contrapartida con esta realidad, el Estado interviene en muchos de los aspectos reguladores del derecho de familia por la importancia que esta institución tiene para la sociedad; pero lo hace –al menos debería hacerlo– sin el propósito de restringir el

* LLAMBÍAS, Jorge J. Tratado de derecho civil parte general. Editorial El Gráfico Impresores, 1980, pág. 46

† FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho y Persona, Editorial Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2001, pág. 94.

‡ Entendido como la transformación que ha sufrido el Derecho a la luz de la nueva axiología que coloca como valor central la protección de intereses colectivos

interés individual sino de subordinarlo al interés superior del grupo. Ni la "privatización" ni la "publicización" del Derecho Familiar son saludables para esta institución. Como todo en esta vida, la clave del éxito está en el equilibrio, en la armonía.

En apoyo de estas ideas,* me apropio de las palabras de mi estimada y respetada profesora, la Dra. Olga MESA CASTILLO dichas a propósito de sus reflexiones sobre la experiencia cubana de las Salas de justicia familiar como validación de la naturaleza social y el enfoque interdisciplinario del Derecho de Familia, en Conferencia Magistral dictada en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, que tuvo lugar en Mar del Plata, Argentina en octubre de 2012, y que adobaré con pequeños comentarios: "…, dentro del Código Civil o en texto separado, el Derecho de Familia manifiesta su autonomía y disfruta de los mismos rasgos jurídicos: Gran parte de su normativa tiene carácter imperativo (de ius cogens), los derechos-deberes que se le atribuyen se caracterizan por ser intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles, indisponibles, inderogables. Sus normas de obligado cumplimiento, no meramente supletorias, ni dispositivas, reservan un campo verdaderamente limitado para la autonomía de la voluntad privada, predominando el deber jurídico sobre el derecho subjetivo. Las relaciones familiares no pueden estar sometidas a condición o a término, ni, en general pueden ejercitarse mediante representantes. Se aprecia en él, como en ningún otro ordenamiento jurídico, la pertinencia y la necesidad del engarce interdisciplinario, y por ultimo… el sentido predominantemente ético y moral que lo caracteriza…"†

O sea, estamos hablando de un espacio muy reducido para la autorregulación: la autonomía privada se limita a la forma en que elegimos organizar la convivencia, al momento en que la damos por terminada, a la elección del régimen económico que disciplinará la vida de la pareja en los países en que ello es posible, al uso de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), a la cantidad de hijos, al espaciamiento de su llegada, etc, PERO los efectos no pueden ser controlados por la voluntad de los actores y predomina la preservación de un interés superior. Incluso cuando pareciera que se abre una brecha, siguen persistiendo "zonas de lo indisponible".

En el Derecho Familiar no es posible aplicar la norma con la rigidez con que se aplicaría en otros casos ni los mismos criterios de análisis (cada situación merece un tratamiento muy personalizado y acorde a sus circunstancias); es por ello que muchas de sus normas carecen de sanción, es por ello que muchas de sus instituciones se transforman en su esencia con el avance del desarrollo de la institución familiar.‡

---

* Ya desde la década de los años 50 de la pasada centuria, el profesor José GUERRA LÓPEZ desde su cátedra, sostenía la idea de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, entendida en su trascendencia social y consecuente interés público, marcando la diferencia frente al Derecho Civil, cuando afirmaba: "…en la familia hay algo que no es Derecho Civil. Derecho Civil es siempre Derecho Privado, siempre es protección de la autonomía individual, de la voluntad de los intereses individuales, del egoísmo, protegidos por la norma; y en la familia, hay algo que no es egoísmo, que no es autonomía individual, hay intereses colectivos, espíritu colectivo, así que allí hay algo social, algo de Derecho Público, hay que trascender de la esfera del Derecho Privado". Lecciones sobre Derecho de Familia. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones de la Universidad de La Habana, 1954, p.4.

† CASTILLO MESA, Dra. Olga. La experiencia cubana de las Salas de Justicia Familiar: Validación de la naturaleza social y el enfoque interdisciplinario del Derecho de Familia. Memorias del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar. Mar del Plata, Argentina. Octubre 2012. (versión digitalizada)

‡ Como ha sucedido, por ejemplo, con la adopción que ha pasado de ser un mecanismo de perpetuación o continuidad de la estirpe y de conservación de los patrimonios, para transmutar hacia una dimensión esencialmente tuitiva de cara a la protección de la niñez abandonada y de la integración familiar, o,

La intervención del Estado en la formación de relaciones jurídicas de carácter familiar no es comparable, ni en su forma ni en su intensidad, a la que puede existir en la constitución de otras relaciones de carácter estrictamente civil: en materia de Derecho Familiar es muy frecuente la intervención y participación activa y determinante de un funcionario público para validar el acto de que se trate.

Los derechos subjetivos no están principalmente dirigidos a la satisfacción de los intereses particulares de su titular, sino que están orientados a la protección de los intereses superiores de la familia.

En los actos jurídico familiares priman las relaciones y consecuencias personales sobre las patrimoniales, lo que es lo mismo decir que en el ámbito de esta materia, las relaciones jurídicas de carácter económico, están concebidas únicamente como elementos accesorios de las relaciones personales de las cuales derivan.

Y por último, en el Derecho Familiar como en ninguna otra rama del saber jurídico, se impone la necesidad insoslayable del enfrentamiento de tantos fenómenos –como la transformación de las maneras de comunicarnos, los procesos migratorios, el urbanismo, el medio ambiente, la violencia, la drogadicción o el envejecimiento– a partir de la inter, trans y multidisciplinariedad imprescindible ante la implicación multifactorial de sus causas y consecuencias. La mayor parte de los conflictos que estos fenómenos plantean no pueden ser abordados sin las aportaciones disciplinares de otros ámbitos del saber y es el reto al que estamos llamados los juristas de conjunto con los especialistas en demografía, economía, sociología, pedagogía, psicología, filosofía, politología, antropología, biología, arquitectura, informática, medicina, …

Ejes centrales de análisis: incidencia de la tecnología y el desarrollo científico-médico; nuevos modelos de organización familiar y su disolución; papel del menor como sujeto de derecho y otras situaciones.

Ante esta situación, es necesario generar espacios de discusión jurídica y adoptar medidas concretas que den respuesta a los retos actuales del Derecho de Familia que se esparcen esencialmente sobre tres ejes centrales:

- su proceso de constitucionalización, al que ya hemos hecho mención y la incorporación integrada y multidisciplinar de conceptos jurídicos y sociales y de principios generales del Derecho tales como familia, solidaridad, convivencia, dependencia, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, beneficio del menor, interés más digno de protección...
- la incidencia en toda la sociedad, pero especialmente sobre la familia, de los nuevos avances tecnológicos y científicos que se refleja tanto en las formas de comunicarnos en el ámbito familiar como en las nuevas formas de procreación.
- el desplazamiento de la preocupación del derecho hacia otras formas familiares o convivenciales, y ya no exclusivamente sobre la familia nuclear (padre, madre e hijos) basada en el matrimonio heterosexual.

A través del análisis de algunos de los tantos retos que enfrenta hoy el Derecho de Familia, trataré de ilustrar como se equilibran los conceptos de autonomía de esta

---

acorde con los nuevos aires que corren, impedir el descarte de embriones supernumerarios obtenidos mediante las técnicas de fecundación asistida en el supuesto de abandono.

disciplina y unidad del Derecho: en unos casos, y a pesar de la necesaria unidad, es indispensable, conocer, manejar, dominar e imponer los principios del Derecho de Familia, sus características singulares, su objeto de estudio propio, la manera especial de interpretación de sus normas, los fines superiores que está llamado a proteger y respetar, que rebasa toda clasificación dentro de los tradicionales derechos público y privado, y, en otros casos, se revela la necesidad de la interacción con otras ramas en el contexto de su naturaleza unitaria.

I. Aquellos que tienen que ver con la irrupción en el campo del Derecho de la tecnología y el desarrollo científico-médico.

Las relaciones familiares están siendo objeto de cambios profundos y permanentes que han impactado radicalmente sobre el Derecho de Familia. En puridad, más que a meros cambios, nos enfrentamos a transformaciones. Muchos de los conceptos "clásicos" de esta rama del saber han quedado obsoletos o se han visto desbordados como consecuencia de las nuevas formas de reproducción. Las situaciones creadas por la llegada de la tecnología a la familia, dígase, nuevos modelos de familia, distintas filiaciones, reproducción sin sexo, sexo sin reproducción, planificación eugenésica de la reproducción; encierran planteamientos ante los que la mirada jurídica no basta, se requiere de una mirada multidisciplinar.[*]

Lo cierto es que las nuevas realidades familiares existen y que la filiación ya es posible de muchas otras maneras distintas a la unión sexual entre el hombre y la mujer. La posibilidad de elegir por estas novedosas vías la forma de organización familiar pudiera ser considerada como un elemento que conduce a la "privatización" del Derecho de Familia, pero ello es una impresión ilusoria: su contenido, sus efectos y consecuencias siempre seguirán siendo de orden público. Y los juristas dedicados al Derecho de Familia tenemos que hacer frente a estos cambios tan significativos en los sistemas de parentesco, de filiación y de familia impulsados por el progreso y los retos que nos propone la ciencia, la investigación y la tecnología, sin perder esta dirección.

Y ejemplifico:

1.- La irrupción de las nuevas TRHA especialmente en su variante conocida como maternidad por subrogación o por sustitución, o vientres de alquiler o madres de alquiler, consiste en la gestación, convenida o no en un contrato, con o sin precio, por una mujer, que renuncia a la filiación materna y consiente que la misma quede determinada a favor del contratante(s) o de un tercero(s).

A estos contratos o pactos hay que juzgarlos, primero, a través del cristal del Derecho Constitucional, pero indefectiblemente con el prisma del Derecho Familiar, pues sus consecuencias atañen a la dignidad de la mujer y del hijo, afectan la connotación de mercantilización de la gestación y de la filiación, conducen a la cosificación de la mujer gestante y del niño y a la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza; lleva al tráfico de niños, a la vulneración de las normas de adopción, al establecimiento falso o fraudulento de una paternidad biológica que modifica las relaciones familiares con un menor y elude cuestiones como los procedimientos legales de guarda, acogimiento y adopción, o la solución a enfrentar

[*] LAMM Eleonora. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Revista de Bioética y Derecho, núm. 24, enero 2012, p. 76-91.

en caso de que ambos partícipes en la fecundación del embrión implantado en un útero extraño mueran durante el proceso de gestación.

¿Qué criterios han de primar? ¿Acaso el impecable y perfecto concierto de voluntades reflejado en el contrato o acaso la protección del interés superior del niño y de la filiación?

2.- Siguiendo en este mismo tenor, las TRHA han revolucionado las categorías filiatorias por varias razones, entre las que cabe destacar, de entre tantas, tres:*

a. La multiplicación de lo que ya se ha dado en llamar la "progenitorialidad" en varias personas (donantes, gestante, progenitores de deseo o comitentes, sin contar los esposos de estos). El Derecho se encuentra en la encrucijada de no saber qué hacer ni cómo nombrar a cada uno de esos sujetos que participan en el proyecto parental y que de hecho forman parte de la identidad del niño que sea engendrado. ¿Hay que silenciarlos, hay que negarlos o en definitiva, sumarlos?

b. La inversión y confusión en las líneas de parentesco de manera tal que un/a abuelo/a puede ser legalmente padre/madre de su nieto/a, como está sucediendo cada vez más, en los casos en que una madre gestante, es a la vez abuela porque gestó un óvulo de donante fecundado con gametos de su hijo/a, y dio a luz a quien resulta ser tanto su hijo como su nieto.†

c. A lo que llamamos hijo cuando está en el vientre materno, una vez que proviene del proceso de fecundación y crióconservación se le llama embrión en estado pronuclear‡ y se asemeja jurídicamente a un objeto disponible por el laboratorio o por los "comitentes", que pueden decidir si vale la pena o no que sea implantado según sus caracteres genéticos o morfológicas, o peor, ser destruido o utilizado con fines de experimentación si antes no definimos su estatus.

3.- Es usual o mayoritario sólo analizar esta nueva realidad desde la perspectiva de quien pone en movimiento el mecanismo y muy pocas veces desde la mirada del interés del hijo que está por llegar y esa responsabilidad le corresponde al Derecho de Familia de conjunto con el Derecho Constitucional. En este proceso se enfrentan múltiples derechos: desde la perspectiva del "usuario" de la TRHA nos tropezamos con el deseo que transformamos en un pretendido derecho a tener descendencia y a procrear y desde la perspectiva del hijo, aquellos sí auténticos derechos a conocer de su origen biológico o identidad y a nacer y crecer dentro de una familia perfectamente

---

* BASSET, Úrsula C. La filiación mediante técnicas de reproducción asistida: lo desencarnado de lo entrañable. Instituto Internacional de Estudios sobre la Familia. TFW. Madrid. 2015 www.thefamilywatch.org.

† Por ejemplo, en el año 2010 en México una madre de 50 años de edad dio a luz a su nieto tras prestar su vientre para que su hijo, homosexual de 31 años, hiciera realidad el sueño de ser padre. O en Chicago, en que una mujer de 61 años de edad, quien dio a luz al bebé de su hija, irrumpió en los medios hablado de su extraordinario viaje como abuela sustituta para su hija y su esposo, quienes sufrieron una dura lucha contra la infertilidad.
Otro análisis lleva el tema de la mercantilización del proceso: una madre joven de Córdova, desocupada y abandonada sin recibir ayuda del padre de sus propios hijos, quiere cobrar por tener hijos para otros y ofreció alquilar su vientre.

‡ BASSET, Úrsula C. Idem

estructurada. Aquí cualquier interés individual declina ante otro de alcance general o superior.*

Siguiendo con este bloque de implicaciones entre Derecho y tecnología, es forzoso mencionar las TICs, (tecnologías de la información y la comunicación) que inicialmente surgieron como medios facilitadores de la comunicación, pero hoy ya han provocando hondas transformaciones en los modelos de información y comunicación convencionales y en las relaciones humanas en general. Son ostensibles en las nuevas generaciones –"nativos" digitales– que han nacido y crecido de la mano de las TICs, y que se desenvuelven con total soltura en el espacio virtual. Menos evidentes para los adultos –"inmigrantes" digitales–, que hemos tenido que aprender a usarlas para poder entender y apreciar las oportunidades que ofrece y poder seguirle el paso y la pista a nuestros hijos.

Existen toda clase de medios de producción digital: cámaras de foto y de vídeo, multimedias, programas de tratamiento informático y para la edición de vídeos o la creación de páginas web. Las nuevas generaciones no sólo son consumidores digitales, sino que también son productores. Y sus elaboraciones o creaciones terminan "colgadas" en la Internet para el consumo de otros internautas: sus amigos en las redes sociales, sus vídeos en Youtube,… pues las redes de hoy cumplen la misma función que el ágora de la Grecia clásica, ese espacio público o punto de encuentro en el que compartir, charlar, fomentar amistades o discutir un tema en un foro.

El problema surge cuando esos contenidos a los que accede o que crea e inserta o de los que hace uso una persona –especialmente si se trata de un menor de edad– afectan tanto a su intimidad personal, como también a la intimidad de su grupo familiar. ¿Qué interés prevalece? ¿Qué criterios de ponderación asumir? En nuestro auxilio acuden instituciones del Derecho Constitucional y del Civil,† pero con un tratamiento muy propio de lo Familiar.

Estamos tratando con el reconocimiento de los derechos de la personalidad en el ámbito familiar, fundamentalmente en los casos en que está implicado un menor de edad. No es este el momento de explicar los principios generales que se toman como pautas para resolver las eventuales confrontaciones de los derechos que atañen al ámbito interno, psíquico del individuo (especialmente los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen) con las libertades con las que usualmente colisionan (expresión y de información).‡ Lo importante es que estos principios claudican en los supuestos en que están involucrados menores de edad, por existir un ámbito de superprotección o protección reforzada aun cuando exista o el consentimiento manifiesto del menor –que no exonera de la ilicitud y la responsabilidad por la intromisión en el ámbito de que se trate–, o esté presente el requisito de veracidad. En

---

* ÁLVAREZ TABÍO ALBO, Ana María. Ponencia Segunda. Derechos e intereses en conflicto ante el influjo de los avances de la ciencia y la técnica en el derecho de familia. Especial referencia a las técnicas de reproducción humana asistida. Nuevos retos del Derecho de Familia en el espacio común español-iberoamericano. (Un estudio comparado: Cuba España y aportaciones de interés notable. Méjico, Colombia, República Dominicana) Coord. Oscar Monje Balmaseda. Editorial Dykinson, S.L. Madrid 2010. pp 439 y ss.

† Derechos fundamentales o constitucionales que a la vez reciben protección desde el Derecho Civil a través de los derechos inherentes a la personalidad.

‡ Vid. ÁLVAREZ TABÍO ALBO, Ana María. La libertad de información y de expresión y los derechos de la personalidad. Pautas para solucionar los eventuales conflictos. Derecho Civil Constitucional. Coord. Carlos Villabella Armengol, Leonardo Pérez Gallardo y Germán Molina Carrillo. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Grupo Editoral Mariel. Universidad de la Sabana. 2014.

todos los casos todos esos criterios de ponderación se estrellan contra el interés superior del menor que será siempre el límite infranqueable.

Es decir, ante una misma situación, hay un tratamiento jurídico distinto en dependencia de si se trata de un menor o de un mayor de edad y esto se justifica desde el momento en que entran en juego valoraciones de índole diversa, muy propias del Derecho de Familia, por la naturaleza especial del sujeto involucrado.

En un sentido positivo las TICs también influyen en el Derecho de Familia desde el momento en que sirven de vehículo a la comunicación rápida, a tiempo real entre los integrantes de un grupo familiar, estrechando o eliminando las distancias que en ocasiones nos impone la vida, las circunstancias o la migración de la que hablaremos más adelante. De tal suerte, ya es posible establecer un régimen de comunicación entre padre e hijo por vía virtual como ha sido declarado por los tribunales argentinos en una sentencia del año 2008.*

II. Aquellos que atañen a los nuevos modelos de organización familiar (o las diversas formas de vivir en familia) y su disolución.

¿Qué decisión ha de tomar el legislador? ¿Será que sólo debe interesar al Derecho la forma clásica de organización familiar a partir de la diversidad de sexos y el paso por el Registro Civil o por los Tribunales? ¿Debe dar la espalda a lo que está sucediendo ante sus ojos aun a contrapelo de sus tradicionales concepciones? ¿Es que el Derecho no se basta para regular las formas de vivir en familia que muestra la realidad social? ¿No se sustentan también estas maneras de organizarse en lo más básico y elemental que caracteriza a un grupo familiar, o sea, crear relaciones y lazos de afecto y solidaridad?

El desconocimiento por el legislador de estas otras múltiples formas de organización, no debe ser confundida con espacios que conquista la autonomía de la voluntad a partir de su desregularización; tiene más que ver con la subsistencia de criterios jerárquicos sobre cuál de estas maneras de organizar nuestra convivencia familiar es mejor o peor, o con el rechazo a admitir los cambios que se dan en la realidad social y, no pocas veces, con un fuerte componente peyorativo que subyace, con tintes discriminatorios y ultrajantes.

La primera tarea le corresponde al Derecho Constitucional dejando el camino abonado para que el Derecho de Familia regule los nuevos modelos familiares: las familias monoparentales, las familias recompuestas, reconstituidas o ensambladas, las fundadas en relaciones de parejas no casadas de heterosexuales o de homosexuales, e incluso otras relaciones de convivencia en las que faltando la affectio maritalis típica de las relaciones matrimoniales o de pareja, se fundamentan solamente en la ayuda mutua o la prestación de asistencia.

En lo que respecta a la ruptura o disolución de cualquiera de la forma que adopte la relaciones convivencial, siempre será tema de interés para el Estado cualesquiera sean sus circunstancias. No podemos engañarnos, ni siquiera los efectos de una separación de mutuo acuerdo en la que no existan hijos menores pueden ser controlados por sus protagonistas, sea cual sea la vía que se utilice (judicial o administrativa o registral o

* Fallo del Tribunal de Familia No 5 de Rosario, Argentina, en los autos FS C/ CE S/ Régimen de Comunicación de fecha 30 de diciembre de 2008. Revista Jurídica On line El Dial, publicación de 6 de febrero de 2009.

notarial). De esa relación se derivan consecuencias que no está en manos de sus integrantes manipular a su antojo.

Relacionado con estas múltiples formas de organización de la vida familiar, no es posible soslayar otro tema muy complejo: el desmoronamiento de la ya estrecha concepción de la patria potestad, que va desde su nomenclatura* ya obsoleta pasando por todas sus derivaciones: guarda compartida, rompimiento de las enraizadas construcciones sociales sobre el papel relevante de la maternidad o de la figura preponderante de la madre que quebranta el principio de igualdad, sobre el contenido que se ha de atribuir a la fórmula tradicional de "diligencia de un buen padre de familia" heredada del derecho romano, la posibilidad de ceder algunas de las facultades propias de la patria potestad a terceras personas distintas de los padres, la exclusión de la patria potestad ante los supuestos de negativa contumaz al reconocimiento de una paternidad evidente o la posibilidad de su recuperación una vez decretada la pérdida o privación de su titularidad.

A ningún jurista escapa que, no sólo en el ámbito familiar, sino en aquellos en los que despliega su manto el derecho, será siempre más aconsejable lograr un acuerdo entre los involucrados. Pero en el caso del Derecho Familiar y, especialmente, en las derivaciones de la patria potestad y la responsabilidad y cuidado sobre los hijos, estos acuerdos siempre tienen que pasar por el filtro de protección de un interés superior y respetar determinados principios: la igualdad entre los padres, el derecho de los hijos al disfrute de la biparentalidad y al contacto con ambos progenitores que no pueden ser pisoteados por la autonomía privada ni por acuerdo alguno.

Es tarea de esta rama del saber jurídico entender la familia más allá de los parentescos y considerar que –independientemente del sustrato biológico con el que se inicia– toda institución familiar es una decisión social.

III. Aquellos que atañen al papel del menor como sujeto de derecho.

El concepto de capacidad, tan propio del Derecho Civil, también ha sido reevaluado en el ámbito de la minoridad, gracias a la consideración del niño como sujeto de Derecho, especialmente en el ámbito de las relaciones familiares, y la introducción de una concepción dinámica, acorde con los tiempos, de ejercicio de la capacidad, a partir de la evolución progresiva de sus facultades.

De esta forma, las tradicionales relaciones de dependencia y subordinación de los niños respecto de sus mayores son sustituidas, en armonía con la realidad social y respetando cada una de las circunstancias personales, por relaciones de activismo y participación de niños y adolescentes en los asuntos que les afecten.

La forma clásica de entender la incapacidad chocó con el Derecho moderno que centra su eje de atención en los derechos fundamentales y de la personalidad y no en los derechos patrimoniales. Ello ha reconducido las reglas de la capacidad a un campo ajeno a lo patrimonial conforme al principio de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad. El interés superior del niño que, a veces nos parece un concepto tan indeterminado, se concreta, en materia de capacidad, en el principio del ejercicio progresivo de los derechos del niño y del adolescente que se introduce en nuestro universo gracias a la Convención de los Derechos del Niño en 1989, ya no sólo como

* Más acorde con su esencia, deberíamos referirnos a ella como responsabilidad parental.

principio, sino relacionándolo con una serie de conceptos objetivos que lo llenan de contenido.

Principio que comenzó afectando, fundamentalmente, la facultad de representación que tienen los padres respecto de sus hijos; pero terminó con alcanzar a todo el resto de facultades y deberes derivados de la filiación. El reconocimiento de la capacidad, sea parcial, sea limitada, sea extendida, o mejor, variable, deslizante y flexible en función del grado de desarrollo intelectivo y personal que socialmente corresponde a partir de un cierto "grado de madurez", debe interpretarse como la expresión de respeto a un principio superior que encuentra amparo en nuestra Constitución de la República, en la protección al libre desarrollo de la personalidad.

Desde esta perspectiva, resulta necesario replantear la dinámica en los vínculos familiares, abandonándose la tradicional noción de la patria potestad, entendida como poder y control de los padres sobre sus hijos, hacia una mayor democratización de los vínculos familiares, en la que la relación paterno filial está signada por la noción de protección integral, entendida como la responsabilidad de los padres de criar, educar y cuidar a sus hijos, acompañándolos hacia su plena autonomía.

Ello no debe conducir a la rigidez y el esquematismo al momento de armonizar el fomento de la autonomía del niño, y la obvia necesidad de una especial protección que le es brindada en el seno familiar y, que en ocasiones, puede suponer una limitación de su autonomía. La pieza clave es el equilibrio: a menos edad, más protección pues se carece todavía de la capacidad natural para ser autónomos; y, a la inversa, a mayor edad del niño, menos necesaria la concurrencia de todos y cada uno de los mecanismos de protección, y mayor espacio conquista la autonomía legal, porque, a fin de cuentas, el sentido que sustenta la evolución de las tradicionales concepciones limitativas de la capacidad en la minoridad es que, al llegar a los 18 años, el niño sea ya por completo autónomo, desde el punto de vista legal, pero también intelectual, volitiva y afectivo.

El papel de la familia es vital: es en la familia donde se le protege, es en la familia donde aprende a ser autónomo y es en la familia donde se le prepara como ser social y ciudadano. Cuando se prescinde de estas premisas, es cuando se producen las paradojas y las contradicciones que el Derecho debe evitar: se acaba limitando la autonomía para decisiones poco relevantes, y ampliándola para las más trascendentes, de manera tal que se exija permiso por escrito de los padres para irse de excursión o de acampada con la escuela o para hacerse un tatuaje o ponerse un piercing, pero no se haga igual exigencia a una niña o adolescente para un aborto, con todo lo que este proceder médico implica para su salud física y psíquica.

IV. Son muchos más los retos que quedan por mencionar y que ha de enfrentar el Derecho de Familia desde su propia mirada y muchas las razones para rechazar la inclusión o trasplante de ciertas instituciones más coherentes con una visión individual, privada e incompatible con su esencia.

Respecto de los primeros, el Derecho de Familia está obligado a acoger el debate en torno a un fenómeno muy particular que se origina a partir de los procesos migratorios que son las llamadas familias transnacionales, aplicando sus métodos propios con el propósito de proyectar soluciones factibles y viables para garantizar la funcionalidad del grupo familiar aun y cuando sus miembros estén alejados geográficamente; asimismo, como fruto de los avances científicos, de la ausencia del reemplazamiento poblacional ante el descenso de la natalidad, de los flujos migratorios de personas

mayoritariamente jóvenes, del derecho a la reagrupación familiar, o de otros elementos multifactoriales, el Derecho de Familia debe encontrar los cauces apropiados para hacer frente al envejecimiento poblacional, a la regulación de pactos de acogimiento de personas mayores según cada una de las circunstancias, a la atención a la dependencia y a la regulación precisa de los alimentos.

Igualmente, a la creación de un marco general y la toma de medidas concretas desde una perspectiva multidisciplinar, con las que luchar contra la mancha vergonzante que deja en la sociedad, en la familia y en sus integrantes la violencia de género, la violencia doméstica y el abandono emocional, o la regulación de sistemas de solución de conflictos, tales como la mediación familiar, que propendan a la desjudicialización en la medida de lo posible del Derecho de Familia.

Respecto de las segundas, es decir, la traspolación irracional de instituciones ajenas a su esencia, sólo haré mención a una. No hay cabida en el ámbito familiar para el derecho de daños entre los integrantes de este grupo, lo cual se traduce en la exclusión implícita de la responsabilidad civil extracontractual en la forma que se resuelve en otros supuestos ajenos a ella. Aunque en el momento actual empiezan a aparecer síntomas que abren una cierta fisura en el principio de inmunidad de los daños en el marco familiar,[*] la concepción jurídico-social de la familia en Cuba, hace incongruente e inconveniente su aplicación de forma automática[†] e indiscriminada, a cualquier supuesto de daños entre familiares, hipótesis que descansa en varias razones:

- La familia ejerce indispensables funciones sociales y la protección de sus relaciones es un factor esencial que ha de tenerse en cuenta siempre que se resuelven litigios entre sus integrantes, con las soluciones y remedios específicos que la normativa del Derecho de Familia prevé para los conflictos entre familiares que no pasan por la exigencia de responsabilidad civil entre sus miembros. ¿Cómo es posible reparar los daños en la esfera de las relaciones personales dentro de la familia o por el incumplimiento de los deberes conyugales como si se tratare del daño provocado por un tercero?
- La determinación de "culpables" e "inocentes" en la familia nos devolvería a un pasado que ya ha sido superado con la supresión del delito de adulterio y la introducción del sistema de divorcio-remedio sin necesidad de airear las

[*] Por ejemplo, se habla de la responsabilidad derivada de la procreación asistida y de otros aspectos relacionados con la manipulación genética, como también la que resulta de los daños sufridos por el feto no transmitidos por herencia y de los daños por enfermedades transmitidas genéticamente a los hijos, así como por las enfermedades transmitidas entre los esposos. O de la procedencia de los daños y otros reclamos patrimoniales por la ruptura de la promesa de matrimonio o esponsales, en las legislaciones que se aprecia esta figura, como también los producidos por la muerte del futuro contrayente, o por la nulidad del matrimonio, o por la separación y el divorcio. También los daños derivados de la negativa a reconocer al hijo extramatrimonial; la responsabilidad de los padres por daños causados por los hijos menores de edad; los daños producidos por la violencia familiar; los reclamos indemnizatorios por fracaso matrimonial o de la unión de hecho.

[†] El resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de los deberes del matrimonio y de la filiación, como ocurre en la generalidad de las instituciones del Derecho de Familia, no tienen un contenido susceptible de apreciación pecuniaria; asimismo estaríamos en presencia de una duplicidad de sanciones, la procedente del Derecho de Familia y la del resarcimiento del daño; y más importante, se violenta el principio de la especialidad de las normas del Derecho de Familia, que impide la aplicación, en dicho ámbito, de las normas generales de responsabilidad por hechos ilícitos (lex specialis derogat generalis), por mencionar sólo otras de las tantas razones de igual importancia a tener en cuenta.

múltiples causales, que a fin de cuentas, resultan irrelevantes ante el hecho cierto de que ya no es posible la continuidad de la vida marital.

- A pesar de la expansión cada vez más creciente del ámbito de la responsabilidad civil que ya alcanza la reparación de los daños morales, hay que ser muy cuidadosos; no todo sufrimiento, aunque desde el punto de vista ético parezca injusto, puede ni debe ser indemnizado, muy especialmente en el ámbito familiar, en que hay daños que forman parte del riesgo general de la vida, de la cotidianidad del desenvolvimiento de las relaciones familiares y que dificultan una imputación objetiva.

## Interrelaciones

El Derecho de las Familias es el Derecho de los afectos, el de las emociones más hondas, el de las aspiraciones y los deseos más entrañables, el de las profundas convicciones o creencias personales, éticas o religiosas de la persona en sus relaciones con otras a las que le unen vínculos insondables más allá del simple dato biológico; y ni siquiera por causa del rompimiento o la alteración de esa armonía por parte de sus propios integrantes mediante conductas lesivas se debe plantear la existencia de la obligación jurídica de reparar los daños en la forma que para esos casos reservan otras ramas de la ciencia jurídica. No se trata de dejarlos pasar, no se trata de silenciarlos a través de la negación irracional de su existencia; se trata de encontrar los remedios específicos en connivencia con los principios que adornan al Derecho de Familia, con las herramientas que ha de instrumentar para dar respuesta desde su esencia, a los supuestos de daños que puedan ocasionarse entre miembros de un mismo grupo familiar.[*]

Hubiera sido mi deseo poder ilustrar estas ideas con algunas sentencias del Tribunal Supremo Popular cubano en las que se haga gala de la connotación tan especial de la presencia del orden público en las decisiones que atañen a las relaciones jurídicas de la familia. Por ausencia de tiempo en mi caso y por respeto al de los lectores, ya quedará para otra ocasión.

Estas palabras han pretendido como objetivo esencial la demostración de la existencia efectiva e indiscutible de la autonomía del Derecho de Familia en equilibrio con la concepción unitaria del Derecho ante los retos que hemos de enfrentar en el ámbito de las relaciones jurídico familiares. Espero haber cubierto, aunque sea parcialmente, esas intenciones; pero no estaría acabado este propósito sin hacer una muy breve alusión, y con ello termino, a la relación del Derecho Familiar con otras múltiples ramas del saber jurídico que no hacen si no reforzar la idea de la unicidad y de plenitud del Derecho sin abandono de la propia naturaleza y esencia de la disciplina. Algunas son obvias: con el Derecho de Personas ya mencionamos algunos supuestos, con el Derecho Sucesorio ni falta hace hacerlo.

Asimismo, ya hemos adelantado sus vínculos con el Derecho Constitucional que se manifiesta de manera evidente, estrecha y directa a través de normas constitucionales que protegen a instituciones del Derecho de Familia. Al decir de Germán BIDART CAMPOS, "… no asumir que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos han tejido en torno a las relaciones familiares una malla de

[*] Sobre este tema regresaremos en otro momento, con un análisis más particular que nos permita sustentar, o quién sabe si matizar, nuestros criterios con mayor profundidad.

situaciones en la que insertan a la mujer, al niño, al anciano, a la fecundación asistida; esclerosarse en modelos que nos llegan del siglo XIX, ignorar o negar la bisagra que une al derecho familiar con el derecho constitucional, y tantos otros anacronismos, muy lejos de consolidar y defender a la familia, significa, a nuestro juicio, una miopía que impide ver con mirada amplia las profundas transformaciones que nuestro tiempo histórico viene acelerando."*

Igualmente se adivinan las relaciones con el Derecho Internacional Público el Derecho de Tratados y el Derecho Internacional Privado a partir del tratamiento de los derechos humanos en el ámbito familiar, de las consecuencias de las migraciones, de las relaciones propias de la familia en que se involucra un elemento extranjero; del secuestro de menores; y de los tratados internacionales que protegen diversas esferas de lo familiar. (Convención de los Derechos del Niño, contra la eliminación de cualquier forma de discriminación a la mujer, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad…)

Con el Derecho Penal la vinculación es cada vez más sólida y estrecha que se manifiesta con toda claridad a partir de la tutela penológica contra acciones u omisiones ilícitas (realizadas por sus miembros o contra ellos) que alteran de manera grave las relaciones jurídico-familiares. Por la importancia de la protección que merece este grupo social, la tutela penológica debe ser reforzada y caminar en sentido contrario a la corriente despenalizadora que, en otros ámbitos, se manifiesta en estos tiempos.†

Con el Derecho Laboral y de Seguridad Social debe coexistir para evitar las discrepancias sobre desigualdad de género y temas como la maternidad, los efectos de la disolución de las relaciones jurídico-conyugales, la minoridad, los alimentos y las instituciones públicas que coadyuvan a subvenir las necesidades en ausencia o impedimento de la familia.

## Palabras finales

¿Está en crisis la familia? No lo creo, no podemos confundir crisis con evolución y eso es lo que está sucediendo a partir de las nuevas realidades y circunstancias que impactan sobre ella. Otra cosa es, "…la inoperancia social para resolver problemas familiares determinados"‡ como nos hace notar Elías GUASTAVINO.

Pero sí estará en crisis un Derecho que no sea capaz de armonizar su objeto de estudio y protección con las normas jurídicas que le resulten aplicables, que confunda y contraríe los principios que lo conforman y que no avance en paralelo a la evolución de la familia.

---

* BIDART CAMPOS, Germán, El Derecho Constitucional humanitario. Editorial Astrea. Buenos Aires 1996.

† Cfr. GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho Penal Familiar. pp. 39-126 y LÓPEZ ROJAS, Dayán Gabriel. Un acercamiento al Derecho Penal Familiar desde el ordenamiento jurídico cubano. pp. 793-808. Memorias de la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y II Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia y otras disciplinas afines. Coord. Dra. Olga Mesa Castillo y MsC. Yamila González Ferrer. Editorial Unijuris. La Habana 2013. (versión digitalizada).

‡ GUASTAVINO, Elías P. Ob.cit. p. 22.

# DERECHO DE FAMILIA

PRIMERA PARTE

Introducción

Familia y Derecho de Familia

Dra. Olga MESA CASTILLO
Profesora Titular y Consultante
Facultad de Derecho.
Universidad de La Habana.

# Familia y Derecho de Familia.

# Evolución histórica del Derecho de Familia en Cuba

1. Concepto de familia.

La familia es una institución compleja en la que interactúan relaciones objetivas y subjetivas, materiales y espirituales: constituye la célula elemental de la sociedad en la que están presentes e íntimamente entrelazados el interés social y el interés personal. Forma parte tanto de la base social (recuérdese que producción y reproducción son inseparables) como de la superestructura; pues dejan su impronta en el carácter de las relaciones familiares, las relaciones económicas, jurídicas, morales y religiosas de cada sociedad. Su importancia sociológica es inmensa si tenemos en cuenta que ella es la encargada de trasmitir los conocimientos y valores de la sociedad al niño, fundamentalmente en los primeros años, a través del proceso de socialización.

Esta organización universal ha sufrido cambios, pues la familia ha pasado por etapas evolutivas en su devenir histórico. Podemos asegurar que a cada formación económico-social corresponde un tipo de familia preponderante; es decir, las relaciones materiales de la sociedad crean el tipo de relaciones familiares.

Posiblemente la discusión teórica más aguda para los teóricos sociales se centra en torno a si la familia debe ser considerada como un grupo o como una institución, aunque goza de aceptación mayoritaria la generalización sociológica que la considera como una institución que se encuentra en todas las sociedades humanas, adoptando diferentes formas de expresión en las distintas culturas de la humanidad*.

2. De la familia primitiva a la familia monogámica. Características de la familia monogámica.

De acuerdo a las investigaciones del abogado y antropólogo suizo J.J. Bachofen, posteriormente corroboradas por el también abogado y antropólogo norteamericano Lewis H. Morgan, después de una etapa de promiscuidad, la familia primitiva se fundó en la gens materna, a partir del hecho irrefutable de la maternidad. El tránsito de la familia del derecho materno a la familia patriarcal tuvo su base en condiciones sociales y no naturales y representó el triunfo de la propiedad privada sobre el comunismo primitivo, en que la preponderancia del hombre se consolida a través del parentesco por la línea paterna que garantizaba hijos que sólo pudieran ser de él y destinados a heredarle. Con la familia patriarcal se desarrolla la historia escrita de la humanidad y se establecen las primeras normas de Derecho de Familia.

La monogamia es el tipo de familia preponderante en toda sociedad basada en la propiedad privada sobre los medios de producción, llámese esclavista, feudal o burguesa capitalista y aún lo será para la sociedad socialista, pero esta vez sobre otras bases que no sean la de los intereses económicos de los contrayentes y en donde exista la absoluta igualdad social y jurídica con la mujer.

* El primer sociólogo que habló de Sociología de la familia lo fue Emile Durkheim (1858-1917) el que en su afán de profesionalizar la Sociología la dividió en ramas y redactó ya, desde 1889 una "Introducción a la Sociología de la Familia"

La ratio legis del matrimonio y la familia basados en la propiedad privada sobre los medios de producción radica precisamente en garantizar el mecanismo de trasmisión hereditaria de ese patrimonio familiar dentro de la familia legítimamente constituida, de ahí que lo fundamental sea el aseguramiento de la paternidad, aunque se base en una ficción legal, deviniendo el matrimonio en una vía de legitimación de la paternidad, más que en la legitimación de la unión sexual en si misma[*].

Los complementos de la monogamia patriarcal basada en la propiedad privada sobre los medios de producción han sido: el hetairismo por parte del hombre (poligamia masculina dentro de la monogamia legal) y el adulterio por parte de la mujer. Asimismo el evidente sentido económico que trasunta la monogamia patriarcal hizo que la selección de la pareja se basara fundamentalmente en una unión de conveniencia, en que el "amor" no era el móvil principal de la misma, aunque bajo la influencia del "libre contrato" se concedió cierto grado de libertad a la elección de los contrayentes.

3. Los fundamentales rasgos de la familia burguesa.

Como en las otras formas precedentes de la familia, el matrimonio tiene como fin la concentración de riquezas y la preservación del patrimonio familiar dentro de la familia legítimamente constituida, por lo que se basa entonces, fundamentalmente en las conveniencias de clase de un enlace social que implique más riquezas que transmitir a la descendencia. Y este objetivo es el que rige aún cuando ya se defina el matrimonio como un contrato civil y se presuma que los contrayentes van al mismo libres e iguales y movidos sólo por el amor.

4. La familia socialista. El papel de la familia en la construcción del socialismo.

Al aniquilar la propiedad privada sobre los fundamentales medios de producción, el sistema socialista crea la base objetiva para el nacimiento de una familia de nuevo tipo, aunque este proceso no se produce automáticamente, pues es precisamente en la esfera de las relaciones inter-sexuales y familiares en la que perduran más las valoraciones tradicionales y los prejuicios que se heredan de generación en generación. Al desaparecer la explotación del hombre por el hombre y destruirse la estructura jurídica y estatal de la sociedad burguesa capitalista se barre con su correlato en el orden de las familias individuales de la acumulación de capitales. Con ello la familia deja de ser la unidad económica de la sociedad, pierde su sentido económico y comienza a situar su base de formación en el área moral y psicológica y de intereses espirituales que determinan en primer término la obligación de educar a la joven generación en las mejores tradiciones y los más sólidos principios éticos. Con el socialismo se potencia el papel de la familia.

5. La naturaleza jurídica de la familia.

Existe cierta confusión entre los autores acerca de la naturaleza jurídica de la familia como unidad u organismo social y la naturaleza jurídica del derecho que la regula; una

[*] "El matrimonio romano… constituía una fuente de adquisición de la patria potestad y dentro de él, la mujer formaba parte de la familia patriarcal… estaba incorporada a la autoridad marital por medio de la manus". Fernández Bulté, J, Carreras Cuevas, D, y Yañez RM. Manual de Derecho Romano. Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1982, p. 71.

tiene que ver con esa organización natural en sí y la otra con el sentido y carácter de su regulación, por lo que se trata de naturalezas jurídicas diferentes.

En la sociedad socialista cubana es conveniente retomar el criterio de la Cátedra de Derecho de Familia años atrás; la familia en nuestro país "en el presente instante económico-estructural, no es en sí, una persona jurídica, sino una comunidad destinataria de afectaciones patrimoniales que el Estado tiene presente en los planes de desarrollo económico del país, como parte de la protección establecida en la Constitución de la República[*]".

6. El Derecho de Familia. Definición y naturaleza jurídica.

El Derecho de Familia podemos definirlo como "el conjunto de normas jurídicas que regulan el complejo de relaciones jurídicas familiares". Se refiere entonces (grosso modo) a las relaciones jurídicas que se establecen entre los miembros de la familia, incluyendo en la consideración de familia a los adoptantes y muy relacionado con ella, a los tutores. Estas relaciones jurídicas, reflejan a su vez, las relaciones personales, sociales, materiales, que se crean entre ellos, entre el hombre y la mujer, al adquirir su condición de esposos como consecuencia del matrimonio (relaciones conyugales o matrimoniales), entre padres e hijos, en los que se incluyen a adoptantes y adoptados (relaciones paterno filiales), las existentes con motivo del parentesco (relaciones parentales) y con motivo de la tutela (relaciones cuasi-familiares).

En cuanto a la naturaleza jurídica de este derecho la discusión se ha centrado históricamente en determinar si las normas jurídicas que regulan las relaciones familiares, lo son, de derecho Público o Privado. Existen una serie de consideraciones acerca de la naturaleza específica de las relaciones familiares, que fomentan el criterio de su distinción dentro del Derecho Privado o Civil, su tronco histórico: La valoración acerca de la declaración de voluntad dentro de los actos jurídicos familiares, su sentido predominantemente ético, el rango en que coloca a las relaciones personales, por encima de las patrimoniales de ellas derivadas y la reciprocidad absoluta con que se regulan los deberes y derechos familiares han determinado, aún para los teóricos del pasado, que el Derecho de Familia difiere del Derecho Privado o Civil.

7. La naturaleza jurídica del Derecho de Familia en el Socialismo.

En las circunstancias actuales de nuestra sociedad y de nuestro sistema de derecho, el Derecho de Familia es un Derecho específico y singular, perfectamente diferenciado del Derecho Civil y cuya naturaleza jurídica se basa en consideraciones ideológicas, políticas y éticas y en los altos intereses sociales contenidos en las instituciones por él tuteladas.

8. Ubicación del Derecho de Familia en el sistema general y único del Derecho.

Queda definido que el Derecho de Familia, constituye una rama dentro de nuestro sistema único (monista) del Derecho, no sólo por el carácter distinto de las relaciones sociales reguladas por sus normas, sino también por la naturaleza de las mismas. Por ello, el objeto de regulación jurídica del Derecho de Familia, difiere del de Derecho

[*] Peral Collado, Daniel, "Derecho de Familia". Libro de texto, Universidad de La Habana-Facultad de Derecho, 1978. p. 7

Civil, aunque este es su base jurídica y conceptual. Si en este último las relaciones patrimoniales ocupan el lugar principal, en el primero las relaciones personales son superiores en rango a las patrimoniales de ellas derivadas.

## Principales normativas jurídicas de protección a la familia a través de la historia de Cuba colonial y neo-colonial

Circunscribiremos nuestro recuento histórico al ámbito de las relaciones familiares propiamente dichas, por lo que no aludiremos al tema de la familia en otros campos del Derecho, como el Penal, o el Laboral, por citar algunos. Se trata de intentar un sucinto recuento histórico de la protección brindada a las instituciones familiares dentro de las normativas que integraban e integran el Derecho de Familia, aunque éstas formaran parte entonces del Derecho Civil o Privado, como lo fue por muchos siglos, según la concepción imperante.

Con esta prevención comenzaremos nuestro somero repaso histórico.

En Cuba, no hubo, después de iniciada la colonización, legislación alguna sobre las relaciones matrimoniales ni familiares, que no fuera, la que iba llegando de la metrópoli y fuere de aplicación en los nuevos dominios.

Así se hacen extensivas a Cuba, Reales Cédulas, Instrucciones, Ordenanzas, del Reino. De manera que las instituciones del Derecho castellano peninsular, que fungía como supletorio,* alcanzaron en las Indias plena vigencia, o por lo menos, un papel muy relevante, a pesar de ese carácter supletorio.† Así, se aplicaron en las Indias, las leyes de Castilla, según las de Toro, en todo aquello sobre lo que no se hubiese legislado especialmente.

En estos primeros siglos de la conquista, en lo que se refiere a la organización jurídica de la familia resalta la protección al matrimonio religioso católico contraído en España por el colonizador con medidas en defensa del matrimonio como fueron:

- Tratar de impedir que ningún hombre casado pudiera pasar a las Indias, ni menos vivir en ellas, dejando abandonada en España a su esposa.
- Conminándolos para que las recogieran y llevaran consigo en un plazo preciso, si es que ya estaban en las Indias.
- Obligándolos a que estuvieran en éstas sólo por un período de tiempo determinado.
- Exigiéndoles, por último, garantías suficientes (prestación de fianza) de que la separación conyugal habría de concluir al expirar dicho plazo.‡

En una Real Cédula de 8 de Abril de 1513, manifiesta el Rey su extrañeza de que "se hubiera impedido pasar a la Isla de Cuba a las mujeres que allí tenían a sus maridos"*

---

* Debe recordarse que la legislación de Indias, comprendía sólo situaciones nuevas que no eran reguladas por la legislación española, la cual como hemos dicho se aplicaba siempre como supletoria. El propio Derecho Indiano que nacía al conjuro de la nueva situación socioeconómica y cultural, versó sobre aspectos muy concretos en esta materia y se inscribió en general en la misma esencia doctrinal del viejo Derecho castellano caracterizado por un hondo sentimiento ético religioso, propio del catolicismo romano, que no ayudó a salvar el abismo entre el Derecho y la realidad social. En verdad una fue la doctrina declarada en la ley y otra la realidad de la vida en las Indias.

† J. M. Ots de Capdequi: El Estado Español en las Indias, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1975, p. 89.

‡ Por Real Cédula de 13 de octubre de 1554 se estableció que "se consentía en que pudieran pasar a las Indias los casados, sin llevar consigo a sus mujeres, siempre que prestasen fianza bastante de que su ausencia habría de ser sólo por dos años y estableciendo la pena de prisión para en el caso de que incumplieran su promesa". J. M. Ots de Capdequi: ob. cit., p. 106.

a pesar de que no existió nunca ningún precepto que lo impidiese o dificultase (aclaración de esta autora).

También hubo disposiciones en las leyes coloniales sobre protección a las mujeres en cuanto al régimen de trabajo y de asistencia y protección a los menores en determinadas circunstancias:

- Las mujeres indias no debían ser obligadas a trabajar en las minas, ni a realizar ninguna clase de trabajo tenido por excesivamente rudo o penoso.
- Se crearon casas de recogimiento para niños y mujeres. En La Habana; en ese sentido, por Real Cédula de Octubre 1 de 1772, se aprobó la construcción de una casa de recogidas con el nombre de Real Casa de San Juan Nepomuceno de Recogidas, en este caso para alojar "mujeres incorregibles".†

Naturalmente, la situación jurídica de la mujer en las Indias reeditaba las restricciones en cuanto a la capacidad civil de la mujer, consagradas en el Derecho Español que limitaba a ésta y la sometía a una especie de tutela perpetúa por los varones de la familia (padres, hermanos mayores, parientes masculinos) y más tarde, por el esposo.

Para proteger a los huérfanos menores de edad, no sujetos a patria potestad o abandonos, se extendieron a las Indias las instituciones de la tutela y la curatela y después disposiciones para frenar los desmanes de tutores y curadores. Por Real Cédula de 20 de Marzo de 1525, se expresaba: "Noticioso el Rey de los muchos fraudes que los menores de la Isla Española, recivían de sus tutores, por aprovecharse de sus bienes y no dar la cuenta anual a que eran obligados, mandó a la audiencia de Santo Domingo, tomasse en adelante razón de dichas haciendas y las que después de muertos los menores se hallaron en poder de los tutores, se entregasen al Depositario de los bienes de difuntos, para que según la orden que le estaba dada, los remitiese a la Casa de Contratación de Sevilla" (sic). ‡

El matrimonio religioso - católico celebrado en haz de la Santa Madre Iglesia, fue el paradigma de matrimonio de todos estos primeros siglos, concebida, no obstante, la aplicación de los requisitos, impedimentos, los esponsales, y demás exigencias, con un criterio de benignidad, dadas las insalvables diferencias objetivas entre la doctrina establecida en España y la realidad social.§

Merece que nos detengamos muy someramente en las licencias para contraer matrimonio que se exigían en la Isla desde principios del siglo XIX (Real Cédula de 15 de Octubre de 1805) ya fuere por razón de parentesco, por disenso paterno, en los casos de menores de edad y por diferencias de razas, entre blancos por un lado y mulatos, negros y demás "castas" (chinos, yucatecos, indios) por el otro. Las personas de conocida nobleza o notoria limpieza de sangre debían solicitar una licencia a la

---

* J. M. Ots de Capdequi: Bosquejo histórico de los derechos de la mujer en la legislación de Indias, Edición de Serrano y Sanz, España, 1920, p. 168. El investigador Ots de Capdequi en esta obra afirma que: "Al hacer el estudio de nuestra legislación colonial pudimos apreciar claramente que nuestras leyes de entonces, no existió nunca ningún precepto que impidiese o dificultase demasiado el paso a las Indias de las mujeres españolas que quisieran hacerlo" (p.166).

† Alvarez Estévez, Rolando: La reeducación de la mujer cubana en la colonia, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1976, p. 19.

‡ Ut supra Nota 2, p. 112.

§ En una Real Cédula de 13 de noviembre de 1713 dirigida al Obispo de Puerto Rico, se recomendaba evitar los adulterios, incestos y otros delitos sexuales cometidos por los indios, aunque debía presidir en ello, un criterio de benignidad. Ibídem, p. 137.

autoridad española, para que les permitiese contraer matrimonio con personas de diferentes razas, pues el matrimonio interracial estaba prohibido. Esta situación se mantuvo con más o menos rigor hasta principios de 1881 en que por una Real Orden de 27 de Enero se deja en completa libertad a las personas de diferentes razas que quisieran contraer matrimonio entre sí.

Casi veinte años antes de que se hiciera extensivo a Cuba el Código Civil de 1888, en 1869, nuestros mambises en la República de Cuba en Armas, promulgaban la primera Ley de Matrimonio Civil, bajo la Constitución de Guaímaro y luego, bajo la Constitución de Jimaguayú, en 1896, promulgaron la segunda, plasmando el pensamiento más avanzado en las concepciones filosóficas del Iluminismo, en medio de una doctrina dominante en materia de matrimonio que lo regulaba como un sacramento indisoluble y perpetuo.* Nuestros mambises establecieron que el matrimonio era un contrato civil y por ende podía disolverse por divorcio y relacionaron las primeras causales de divorcio desvinculatorio de nuestra historia legislativa en la que se admitía como causa de disolución, nada menos que el mutuo acuerdo (mutuo disentimiento).

Consideramos de tal magnitud lo desprejuiciado y progresista del pensamiento de nuestros mambises en materia de matrimonio y divorcio en el Continente que podríamos señalarlos como pioneros de una legislación de vanguardia, sobre todo por la primera ley de 1869.

La concepción verdaderamente revolucionaria se constata más, cuando emerge en medio de una sociedad y un sistema de Derecho divididos en castas, más que clases sociales, en que las prohibiciones para contraer matrimonio por motivos de razas, que ya conocimos, ponía de manifiesto la irritante estratificación social y jurídica por diferencias de color, linaje y patrimonio.

En 1889 se hace extensivo a Cuba el Código Civil Español de 1888, que empezó a regir en la Isla el 5 de noviembre de 1889.

Este Código era un fiel exponente del Código Napoleónico y en cuanto a la concepción que tenía del matrimonio y la familia, no podía ser más patriarcal y misógino. En él se establecía el dogma de la potestad marital, con el sometimiento absoluto de la mujer al esposo. Se establecían diferencias entre la familia legítima y la ilegítima y los hijos sufrían la humillante condición de no nacer de padres unidos en un matrimonio legítimamente constituido. Además ni una palabra regulaba el Código sobre la unión de hecho o concubinato. La única unión conyugal reconocida era el matrimonio civil o religioso católico, pero aún el civil se consideraba indisoluble, estableciéndose un divorcio sólo de separación de cuerpos.

Terminado el siglo XIX y comenzada, lamentablemente mediatizada, la República neo-colonial, si hay alguna materia del Derecho que se empeñó en desportillar el modelo de familia imperante, lo fue precisamente el propio Derecho de Familia.

Mal que nos pese, las Órdenes Militares Interventoras norteamericanas trataron también de socavar los cimientos del matrimonio religioso católico, de flexibilizar el rigor de la tutela paternal, de organizar la institución del matrimonio sobre bases laicas bajo el control y ordenamiento del Registro Civil. Pero el contenido de sus

* El matrimonio religioso católico solo admitía el "divorcio canónico" de separación de cuerpos, que implicaba la suspensión de la vida en común de los casados y consiguiente disolución de la sociedad de gananciales, pero dejando intacto el vínculo establecido entre los esposos. No había pues disolución del matrimonio, pues el vínculo era perpetuo.

Órdenes Militares no evidenciaba una renovación legislativa más revolucionaria y radical que la de nuestros mambises, que se les habían adelantado treinta años.

En cuanto se instaló la pseudo República, los primeros afanes legislativos patrios se centraron en el divorcio vincular o desvinculatorio, un afán que venía desde la República de Cuba en Armas. Así, se presentaron distintos proyectos de divorcio desde 1903 y en los años sucesivos, 1910, 1913, 1914, 1918, 1927, 1928, 1930, 1931, 1933 y 1934 y ha sido en general en la historia legislativa del Derecho de Familia cubano, la materia más recurrida.*

- En 1916 (Ley de 19 de junio de 1916) se rebajó la edad para alcanzar la mayoría de edad de 23 años a 21 años cumplidos.
- En 1917, se promulgó la denominada Ley de Parafernales (Ley de 18 de Julio de 1917) que tuvo como objetivo proteger a un sector exclusivo y minoritario de mujeres adineradas (la mujer no necesitó más de la licencia marital para disponer de sus bienes propios) dejando intacto el resto del dogma de la potestad marital al que ya hicimos alusión. A pesar de dirigirse a las mujeres de la clase pudiente, constituyó sin dudas la primera señal en contra del sometimiento absoluto a la autoridad del marido y en especial introdujo una importante modificación para la situación de las madres bínubas (viudas vueltas a casar) que por disposición del Código Civil perdían la patria potestad sobre sus hijos menores,† lo que provocaba una privación automática, extrajudicial de la patria potestad, privación que no sufrían los padres viudos vueltos a casar.‡ Por esta ley, tal inequidad por razón de género, fue abolida, no sin oposición del Tribunal Supremo de Justicia de la época.
- Un año después, en 1918 (por Ley de 29 de Julio de 1918) se estableció como única forma de matrimonio válida legalmente, al matrimonio civil, concebido como un contrato civil, quitándole validez y eficacia al matrimonio religioso y se estableció la primera ley de divorcio vincular o desvinculatorio, eliminándose la concepción sacramental, indisoluble y perpetúa del matrimonio.
- En 1929 (Ley de 1 de Julio de 1929) la mujer cubana que se casase con un extranjero, no perdería su nacionalidad por razón de su matrimonio.

---

* En 1903 se presenta un proyecto de ley a la Cámara, en 1910 un proyecto de ley ante el Senado, en 1913 otro ante la Cámara, en 1914 la Cámara aprobó finalmente el proyecto. El divorcio pasó a ser institución de Derecho Positivo con la ley de 29 de Julio de 1918. Por las leyes de 4 de Julio de 1927, de 7 de Mayo de 1928, de 4 de Junio de 1928, de 31 de Julio de 1928, de 6 de Febrero de 1930, de 7 de Marzo de 1931, y el Decreto Presidencial Nº 2947 de 30 de Noviembre de 1933, se adicionaron, modificaron, suprimieron, etcétera, artículos y disposiciones a la ley de 1918. Por último, el Decreto-Ley Nº 206 de 10 de Mayo de 1934, reglamentó de nuevo y de modo total la disolución del vínculo por el divorcio. Para más detalles, ver Antonio Díaz Pairó: El divorcio en Cuba, Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, La Habana, 1935, pp. 41-45.

† Excepto que el marido difunto, padre de éstos, hubiera previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio y ordenado que, en tal caso, conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos.

‡ Según Federico Puig Peña (Derecho Civil español, tomo 2, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 215). El fundamento ha de encontrarse en el temor de que influencias morales y legales del segundo marido perjudicaran los intereses de los hijos del anterior matrimonio, lo que el autor se cuestiona pues expresa que "la realidad demuestra que las madrastras son peores que los padrastros". Como se aprecia, reflexión de esta autora, siempre se valora a las mujeres más débiles moralmente y más perversas que los hombres.

- En 1930 (Ley de 6 de Febrero de 1930) se deroga el adulterio como delito,* quedando solo como causal de divorcio, sin distingos por razón de sexo.
- En 1934, logra la mujer el derecho al voto, por la Constitución de 3 de febrero de 1934.
- En 1938 (Ley de 15 de agosto de 1938) se considerarían también hijos legítimos a los habidos fuera del matrimonio de padres que al momento de la concepción estuvieren o no (esencia de la modificación sobre legitimidad de los hijos) en aptitud de contraer matrimonio, siempre que en cualquier tiempo posterior, los padres hubieren celebrado matrimonio legal.
- En 1940, tenemos ya nuestra Constitución liberal burguesa, progresista sin duda, hasta donde podía lograr serlo; en la materia que nos ocupa, mantuvo sus conquistas en un plano jurídico formal. En realidad con relación a la pretensa igualdad de los hijos matrimoniales y extra-matrimoniales, conservó una diferencia sustancial en cuanto a la herencia, pues sólo los hijos legítimos continuaban siendo los privilegiados. Para lograr ésto se mantuvieron las presunciones de legitimidad y paternidad mediando matrimonio legal y nacimiento del hijo dentro de plazos precisos que seguían asegurando la transmisión del patrimonio familiar dentro de la familia legítimamente constituida como lo habían establecido en Cuba las Leyes de Indias desde el descubrimiento de la Isla por Cristóbal Colón.
- En 1950 (Ley 9 de 20 de diciembre de 1950) se dicta esta ley complementaria de la Constitución en cuanto a la igualdad del hombre y la mujer dentro del matrimonio, ley que se denominó "de equiparación civil de la mujer", lográndose desmantelar el dogma de la potestad del marido, igualando al menos formalmente los derechos y deberes conyugales, otorgándole a ambos padres conjuntamente el ejercicio de la patria potestad, concediéndole a la mujer el derecho a formar parte del Consejo de Familia y a ser tutora.†

Como puede apreciarse en este apretado recuento histórico, poco a poco se agregaron gradientes de progreso, aunque fueran disposiciones que, como es típico en la juridicidad burquesa, no eran totalmente aplicables, dada la situación socioeconómica que fomentaba la desigualdad, pero, en el plano jurídico formal resultó un patrimonio desprejuiciado y liberador que recibió como herencia jurídica el Código de Familia de Cuba promulgado veinte y cinco años después, el 14 de Febrero de 1975.

Evolución histórica de los sistemas matrimoniales en Cuba.

Para nuestro país, apreciamos tres grandes tipos de sistemas matrimoniales:

- Sistema de matrimonio exclusivamente canónico (desde el descubrimiento hasta 1886). Por Real Cédula de 12 de julio de 1564 se hace extensivo a las Indias los cánones del Concilio de Trento.

* Realmente se despenalizó el delito de adulterio de la mujer y el de amancebamiento del marido, pues el marido, en rigor no era adúltero, cometía el delito de amancebamiento si yacía con mujer que no fuese su esposa, dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo público. Si lo hacía discretamente y puertas afueras del hogar, era impune.

† De acuerdo a la normativa del Código Civil español entonces vigente, las mujeres estaban inhabilitadas para ser tutoras y protutoras salvo que la ley las llamara expresamente y asimismo no podían integrar el Consejo de Familia en la institución de la tutela, Consejo que se componía únicamente de varones. Por otro lado, la madre sólo ejercía la patria potestad sobre sus hijos en defecto o ausencia del padre.

- Sistema de matrimonio mixto, religioso y civil (desde 1886 hasta 1918). Era el sistema establecido por el Código Civil español hecho extensivo a Cuba en 1889.
- Sistema de matrimonio exclusivamente civil (Desde 1918 hasta el presente). Lo estableció la Ley de 29 de julio de 1918.

El Código Civil de 1888, sus contradicciones con el proceso revolucionario.

Era natural que este Sistema de Derecho, discriminante e injusto, entrara en contradicción profunda con una Revolución Social que proclamó la igualdad de todos sus ciudadanos y transformaba el régimen de propiedad privada imperante hacia la implantación de la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción.

El Código de Familia. Principios y objetivos que inspiran al Código de Familia.

Al promulgarse el Código de Familia de 1975, como Código independiente al Civil, se conforma un cuerpo legal exclusivamente dedicado al derecho sustantivo regulador de las instituciones de familia: matrimonio, divorcio, relaciones paterno filiales, obligación de dar alimentos, adopción y tutela.

Las razones que fundamentaron la promulgación del Código se expresan claramente en sus Por Cuantos y los objetivos del Código relacionados en su Título Preliminar, revelan la importancia que nuestra sociedad confiere a la familia y el profundo sentido revolucionario de nuestro Derecho de Familia.

# DERECHO DE FAMILIA

SEGUNDA PARTE

MATRIMONIO

Dra. Olga MESA CASTILLO (ET.AL)
Profesora Titular y Consultante
Facultad de Derecho.
Universidad de La Habana.

## EL MATRIMONIO

Sumario. 1. Generalidades sobre el matrimonio. 1.1 Fines del matrimonio. 1.2 La constitución del matrimonio. 1.3 La naturaleza jurídica del matrimonio. Distintas teorías acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio. 1.3.1 La concepción del matrimonio como sacramento. 1.3.2 a concepción del matrimonio como unión santa. 1.3.3 La concepción del matrimonio como contrato. 1.3.4.La concepción del matrimonio como institución. 2. Concepto de matrimonio en el Código de Familia. 3. La constitución del matrimonio en el Código de Familia. 4. Expresiones terminológicas que utiliza el Código de Familia al regular la relación conyugal. S. La naturaleza jurídica del matrimonio establecido en el Código de Familia.

### 1. GENERALIDADES SOBRE EL MATRIMONIO.

Comenzaremos en esta unidad el análisis del matrimonio no sólo desde la óptica del derecho positivo, sino también desde un enfoque histórico-doctrinal, concibiéndolo como expresión supraestructural de la monogamia o unión conyugal de un sólo hombre y una sola mujer. Trataremos entonces de la unión conyugal refrendada por el derecho, o aquella que reúne los requisitos para serlo y en definitiva queda legalizada. Por ello, desde el punto de vista histórico, los antecedentes hay que buscarlos en el surgimiento de la civilización, etapa en que aparece la historia escrita y se fijan las reglas escritas de conducta social en el ámbito de las relaciones familiares.

Podemos afirmar con un autor (1) que "la historia del derecho matrimonial, hay que estudiarla principalmente en la historia del derecho de propiedad; ambas instituciones han tenido la misma fórmula y obedecido a las mismas leyes de desarrollo; restricción progresiva de los derechos de la comunidad, en provecho de un circulo cada vez más restringido de individuos". Así, la monogamia de derecho es el matrimonio de la clase dominante, amparado por el Estado, y todas las otras subclases de uniones sexuales ocupan un papel secundario en la sociedad.

La historia entonces del matrimonio desde el punto de vista jurídico se remonta al desarrollo de la familia de la clase dominante, dentro de la sociedad esclavista, constituyendo las justas nupcias romanas un antecedente significativo y la forma preminente de adquirir la patria potestad ("Bajo potestad están nuestros hijos, a los cuales procreamos de Justas nupcias") proclamó Justiniano en las Instituciones. (2)

Estas mismas justas nupcias son las recreadas más tarde por el Derecho Canónico que las eleva a la condición de sacramento y las valora como la institución fundamental del orden familiar (no ya la patria potestad) y se transforma después en matrimonio civil, llegando hasta nuestros días en su acepción modernizada de "matrimonio formalizado" como las denomina el vigente Código de Familia.

Matrimonio y justas nupcias se emparentan en la historia (3)refiriéndose la palabra matrimonio según su etimología a la maternidad que surge como consecuencia de la unión conyugal. La palabra castellana "matrimonio" deriva de la latina matrimonium originada a su vez de las voces matris y monium que significan "oficio maternal"(4).Sin embargo, "como sinónimos de matrimonio se emplean en las lenguas otros vocablos que no tienen por eje central la idea de la madre, sino la del marido; y así maridar y maridaje en derecho español, que se adopta en el mariage francés y en el maritagio italiano. La palabra francesa ha determinado en la inglesa marriage(5). Con lo que la

referencia sólo a la madre, como raíz de la palabra y única depositaria de los gravámenes o sinsabores en el matrimonio, es controvertida, aunque la mayoría de los autores están contestes en que cualquiera que sea la etimología del "matrimonio" como voz compuesta, es innegable que una de las simples que la integra es la idea de madre.

1.1 Fines del matrimonio.

Hemos analizado en la parte general introductoria del Derecho de Familia, al estudiar el surgimiento de la monogamia cual tipo de familia histórica, cómo el fin fundamental del matrimonio en la sociedad dividida en clases antagónicas, es la trasmisión del patrimonio familiar a la descendencia legitima. Es decir, en un enfoque materialista-histórico del matrimonio monogámico o de la monogamia de derecho, quedan claros sus fines fundamentales, según esa visión macro-histórica. Más, estudiosos del Derecho de Familia, con otro enfoque y filosofía política, partiendo de los intereses individuales de los contrayentes, se preguntaban años atrás, desde las aulas de la Facultad de Derecho, acerca del fin del matrimonio, para auto- responderse: "Busquen todos los fines y verán que hay todos los criterios, filosóficos, sociales, históricos, políticos ..."Así que naturaleza, objeto, fin del matrimonio es una interrogación; generalmente es el amor lo que lleva al matrimonio, y sabe Dios lo que es el amor, pero no solamente el amor es el objeto y fin del matrimonio".(ó)

> "El fin personal y momentáneo, puede ser cualquiera (terciaba otro profesor) (7) pero ese es el fin particular, propio de cada persona. El fin del matrimonio tiene que ser, socialmente, la regulación de esas relaciones y la conservación de la especie..."

En suma, acerca de cuáles son los fines intrínsecos del matrimonio-, los teóricos del Derecho de Familia, no imbuidos de la concepción histórico-materialista, han elaborado una serie de criterios, que conforman distintas posiciones doctrinales.(8)Nos interesa reproducir la tesis que ha recibido la mayor adhesión histórica, que es la llamada fórmula trilateral, desarrollada por Santo Tomás de Aquino (teólogo católico italiano, 1225-1274 cuya doctrina filosófica general, inspirada en Aristóteles, lleva el nombre de tomismo). Para el teólogo, el matrimonio tiene dos fines específicos: la procreación y la educación de la prole y un fin individual: el mutuo auxilio de los cónyuges.

Estos fines podían defenderse ahora en nuestro sistema socialista, como los propios del matrimonio, al transformarse la causa que lo originaba en el pasado, que se basaba en consideraciones económicas, las que influían sobre los esposos, limitando la libertad de elección. Al decir de Engels, con buena lógica "suprimiéndose la producción capitalista y las condiciones de propiedad creadas por ella... el matrimonio ya no tendrá más causa determinante que la inclinación recíproca".(9)

Si causa y fines del matrimonio, se independizan de factores o motivaciones económicas, podrían considerarse como razones del matrimonio, toda una gama de propósitos incluyendo aún el más improbable en este momento de franca liberalización de las costumbres como es el goce mutuo de los instintos sexuales que puede regularizarse a través de él.

Un estudioso latinoamericano del Derecho de Familia señala como fines del matrimonio, el amor conyugal la promoción humana (entendiendo por ello la profundización de las relaciones interpersonales de los cónyuges, buscando el bien uno

y de la otra) y la procreación responsable.(10)

Entre nosotros, con la promulgación del Código de Familia, que suprimió la impotencia física, absoluta o relativa para la procreación, con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetúa e incurable, como requisito de capacidad en los contrayentes (tal y como establecía el Art. 83 inciso 3 del Código Civil español, extensivo a Cuba en 1889) parece haberse eliminado de manera categórica la procreación como fin del matrimonio, pues no están incapacitados para formalizar matrimonio los que padezcan de impotencia, ya sea cohendi o generandi,[a] es decir, que pueden formalizar matrimonio no sólo los estériles sino los que efectivamente no puedan realizar el coito.

Por ello expresa un comentarista del Código de Familia cubano (11) que "la supresión de la absurda causa de nulidad del matrimonio consistente en la impotencia maritalis fue otro acierto científico y jurídico del Código, ya que partiendo del matrimonio concebido como comunidad de vida resultaba incoherente hacer depender tal comunidad, de un hecho ciertamente importante, pero integrante en todo caso y nunca excluyente, como resultaba en el Código Civil español, que de ese modo, transpiraba una desbordada sexualidad".

Los fines esenciales, por último, del matrimonio en la Cuba actual, se infieren del propio articulado del Código de Familia, de sus objetivos y concepto del matrimonio, de los derechos y deberes conyugales: Entre ellos está la comunidad de vida (valorada como algo más que la convivencia, pues puede existir matrimonio, aunque por motivos justificados no se mantuviere un hogar común (Art. 25-2dO párrafo Código de Familia) y el "cariño" que irradia a todas las relaciones familiares, pero que en el caso del matrimonio puede ser traducido como "amor", con lectura más lata que la palabra "amor conyugal", pues incluye amistad, inclinación reciproca, camaradería, apoyo moral, ayuda mutua, particularmente en la edad provecta en las situaciones difíciles. Podíamos emplear la expresión de "amor sexual individual" en el sentido que la usaba Engels, no referido por cierto a la atracción simple, biológica del sexo y que estudiamos en la Parte General e Introductoria del Derecho de Familia. Como un fin que pudiéramos calificar de secundario, estaría la procreación, desde antes valorada por algunos teóricos del Derecho de Familia (12)no como un fin del matrimonio sino de la relación paterno filial.

Dentro de este acápite de generalidades sobre el matrimonio vamos a referirnos a continuación someramente a dos importantes asuntos doctrínales que merecen una consideración especial en si mismos, pero que analizaremos aquí de manera general, para retomarlos más tarde, cuando analicemos el concepto de matrimonio enunciado en el Art.2 del Código de Familia. Estos son: la constitución del matrimonio y la naturaleza jurídica del matrimonio.

### 1.2 La constitución del matrimonio.

---

[a] La impotencia física (incapacidad establecida por el Derecho Canónico) puede presentar dos manifestaciones: la impotencia para realizar el coito (impotencia cohendi) e impotencia para engendrar (impotencia generandi o esterilidad) aún realizando normalmente el coito. El Código Civil español, se refería a la impotencia cohendi (impotencia para la cópula, ya orgánica, ya funcional, absoluta o relativa, que puede darse en uno y otro sexo, no sólo en el varón). En el derecho Romano, se prohibía el matrimonio a los castrados, pero en cambio los impotentes (FRIGIDI SPADONES) y los viejos podían efectuar nupcias válidas.

Constituir, significa establecer, formar, por ende, cuando hablamos de constitución del matrimonio la pregunta que debemos hacernos es: ¿Cuándo consideramos formado, establecido un matrimonio? En otras palabras ¿Cuándo podemos afirmar que hay matrimonio, cuando la pareja se une y conviva, cuando se legaliza o formaliza la relación entre ellos?

Estas preguntas giran en torno a un elemento fundamental en la constitución del matrimonio, que es el acuerdo de voluntades, el consentimiento, para unirse y vivir juntos el hombre y la mujer; y según la valoración que se tenga o la concepción de que se parta, este elemento fundamental, la voluntad o el consentimiento, puede apreciarse cuando es continuativo (como en una relación conyugal de hecho) o inicial, declarado ante autoridad o funcionario (como en un matrimonio legalizado ya sea éste religioso o civil).

Desde Roma, el consentimiento, elemento volitivo o intencional del matrimonio (expresado en ese Derecho como affectio maritalis) es considerado un requisito esencial del matrimonio que puede materializarse u objetivarse en la convivencia continuada de los cónyuges, no apreciada esta última, sin embargo en él, como imprescindible para que el matrimonio existiera. Mas, para este derecho, en consonancia con su momento histórico, ese elemento subjetivo del matrimonio que es el consentimiento de los contrayentes, debemos abstraerlo en su esencia y distinguirlo conceptualmente del que se requería que ofreciera el pater familia de acuerdo a la organización de la familia monogámica patriarcal, pues lo decisivo, como sabemos, era el interés de la familia, no la inclinación recíproca de los contrayentes. De todas formas, es lo cierto, que en el periodo clásico del Derecho Romano, la affectio maritalís era el requisito clave en el matrimonio y debía mantenerse vivo para que el matrimonio existiera; en otras palabras, "para que la relación de hecho que implicaba el matrimonio, continuara en el tiempo, era necesario que el consentimiento que le dio vida se mantuviera y por esto cuando faltaba no era posible admitir la existencia del matrimonio ... al faltar la affectio maritalis base esencial del matrimonio, éste debía extinguirse".(13).

Por otro lado, las formalidades que debían acompañar al matrimonio no eran esenciales, aunque esto no implicaba en lo absoluto clandestinidad, porque aunque no era necesaria ninguna forma o solemnidad para la constitución de un matrimonio éste siempre se acompañaba de ceremonias con contenido religioso o simplemente social. Esta concepción del matrimonio fue modificándose en el devenir histórico, entre otras causas, porque en la época post-clásica del Derecho Romano, la affectio maritalis apreciada antes como un elemento continuativo, se confunde en el concepto de consensus al convertirse en una exigencia constitutiva inicial del matrimonio, y fundamentalmente por la influencia de la Iglesia, que insistió en el requisito del consentimiento, tratando de perfeccionarlo, entendiendo que éste debía ser inicial e irrevocable (con lo que hacía al vinculo perpetúo) no continuo, ni renovado de momento a momento como en el concepto clásico de la affectio maritalis. Procuró, así la Iglesia que se estableciera claramente la diferencia entre el matrimonio propiamente dicho y la unión consensual o concubinato, lo que alcanzó su expresión señera a partir del Concilio de Trento.

El perfeccionamiento de la declaración de voluntad se relacionaba indudablemente con los requisitos y la solemnidad en la celebración del matrimonio, deviniendo así, el matrimonio tipo, tanto el religioso como el civil, el celebrado ante la autoridad eclesiástica o civil bajo las formas y requisitos que las regulaciones respectivas

establecían hasta tal punto, que si faltaba la solemnidad (intervención del sacerdote o el funcionario público y los ritos y requisitos que se acompañaban) podía decirse que no existía matrimonio. Con ese enfoque, se dice entonces que hay matrimonio constituido, cuando éste es más o menos solemne y siempre público.

Es claro que de esta concepción de lo que es un matrimonio, queda fuera el concubinato o unión no formalizada, que entonces no se consideraría matrimonio y también otras formas de matrimonios no solemnes que conoció la Iglesia como el llamado matrimonio secreto o de conciencia y el matrimonio clandestino al que pertenecía el matrimonio a yuras, en el que se manifestaba el consentimiento sin las solemnidades prescriptas (sin presencia de párroco y sin testigos)(14)

Entre nosotros, en el caso del matrimonio civil, como una de las formas de matrimonio que establecía el Código Civil español hecho extensivo a Cuba en 1889, el matrimonio se consideraba celebrado si se realizaba ante el Juez Municipal del domicilio de los contrayentes cumpliendo además determinados requisitos y siempre que se tuviere la capacidad requerida y no hubiere además causa de prohibición del matrimonio; situación que no varió la ley de 29 de julio de 1918, que estableció claramente, como sabemos, el matrimonio civil como un contrato y como única forma de matrimonio con efectos legales. Más tarde por el Código Notarial (Ley de 20 de Febrero de 1929) se estableció que el Notario podía autorizar la celebración del matrimonio civil en la misma forma que lo autorizaban los Jueces Municipales. (Información más precisa verla en Módulo 2, Cuarta Parte).

En síntesis, sólo era matrimonio, el civil y sólo era válido el autorizado por funcionario con capacidad legal para realizarlo, siendo tales funcionarios, los Jueces Municipales y los Notarios (Art. 43 de la Constitución de la Republica de 1940).

De manera que la unión de hecho o no formalizada quedaba fuera del concepto de matrimonio, aunque en la Constitución del 40, (Art. 43) como una conquista jurídico social, esa unión no calificada como matrimonio, establecida entra personas con capacidad legal para haberla contraído, pero que no lo habían hecho, podía equiparase al matrimonio civil, por razones de equidad, si se trataba de una unión estable y singular. De manera que una unión no formalizada que se mantenía en el tiempo, lo que implicaba un acuerdo de voluntades o consentimiento continuativo, no era matrimonio. Lo era sólo cuando el consentimiento inicial se declaraba ante autoridad o funcionario facultado, con determinados requisitos y solemnidades.

Esa es la concepción del matrimonio que ha imperado en el Derecho comparado, desde el medioevo, que analizaremos de nuevo, al estudiar el concepto de matrimonio establecido en el Código de familia.

Mas, si se consideraba matrimonio sólo al celebrado ante autoridad reconocida y ésta adquiría en é1 un carácter indispensable, la polémica tercía entonces a la pregunta ¿Quiénes celebran el matrimonio, los contrayentes, o lo celebra la autoridad (eclesiástica o civil)?

Para el Derecho Canónico, la respuesta siempre fue clara: el sacerdote no es más que un testigo calificado, pues los ministros del sacramento son los mismos contrayentes, que son los que celebran el matrimonio.

En el matrimonio civil es donde se mantiene la polémica doctrinal, pues se dice que en el matrimonio civil de tipo solemne, la autoridad o funcionario, es el ministro (el que ejecuta el proyecto de los contrayentes) y no éstos; imbuido este funcionario no sólo de la facultad de testificar y registrar la unión, sino de constituirla propiamente,

mediante la declaración formal y pública de quedar los contrayentes unidos en matrimonio en nombre de la ley. Según esta concepción, el consentimiento de los esposos es absolutamente ineficaz si no interviene la declaración de la autoridad pública, entendida no como mera forma de darle solemnidad al acto, sino en misión esencialmente constitutiva, de manera que es la autoridad la que celebra el matrimonio y no los que se unen. Esta concepción como vemos, sub-valora la declaración de voluntad de los contrayentes que es expresión del consentimiento soberano de ellos para unirse.

Sobre este asunto volveremos también al estudiar el concepto de matrimonio en el Código de Familia Cubano.

a. La naturaleza jurídica del matrimonio. Distintas teorías acerca de la naturaleza Jurídica del matrimonio

Si un tema ha tenido amplia discusión doctrinal lo es el relativo a la naturaleza jurídica del matrimonio. Los teóricos del Derecho de Familia se han preguntado muchas veces qué es exactamente el matrimonio ¿un sacramento, una unión santa, un contrato, una institución?. Acerca de las fundamentaciones que alientan una u otra posición, que traduce la posición ideológica de sus autores, trataremos de inmediato, si bien ya hemos ofrecido información desde la parte general o introductoria del Derecho de Familia, que nos permite abreviar la explicación. Si, debemos ahora, al menos mencionar sucintamente, sin detenernos más en ello, (la profundización la dejo al interés de los alumnos) que se han formulado teorías por algunos autores derivados en algún sentido de éstas fundamentales referidas: Así de la teoría del matrimonio como contrato, se ha derivado la concepción neo-contractualista (Colin, Capitant, Ruggiero) que considera al matrimonio como acto complejo en que no sólo intervienen los esposos, sino el Estado; la teoría del matrimonio como negocio jurídico bilateral de orden familiar (Rava); contrato sui-generís (Cimbali), convención jurídica (Sánchez Román, Clemente de Diego) acto del Estado (Cicu) para quién el matrimonio es creado por el funcionario del Estado Civil, constituyendo las declaraciones de los contrayentes un mero supuesto para su celebración; la posición ecléctica que considera que en el matrimonio coexisten los dos aspectos de contrato e institución (Planiol y Ripert) al sostener que el matrimonio es un contrato en el momento de celebrarse pero una vez celebrado reviste el aspecto de una institución, etc.(15)

Pero detengámonos a continuación en las posiciones teóricas señeras en esta materia:

1.3.1. La concepción del matrimonio como sacramento:

Hemos desarrollado esta concepción al estudiar la evolución histórica de los sistemas matrimoniales en Cuba (en la 2da parte de la general o introductoria del Derecho de Familia) por lo que invitamos a los alumnos a releer ese epígrafe.2. Queremos, no obstante agregar algunas observaciones:

Como ya estudiamos, para la Iglesia Católica Apostólica y Romana, el matrimonio tiene un carácter sagrado, no recibido de los hombres sino impreso por la misma naturaleza; como cosa sagrada, las leyes por las cuales debe regirse son puestas por la divina autoridad de la Iglesia que es la que tiene el magisterio de las cosas sagradas. A esta naturaleza-sagrada del matrimonio por su origen, debe añadirse por razón del sacramento "un nuevo título de dignidad que ennoblece extraordinariamente al

matrimonio cristiano llevándolo a tan alta excelencia que para el Apóstol aparece como un misterio grande y honroso en todos".(16)De esta forma, según el Derecho Canónico, entra bautizados no podía haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no fuera sacramento (desde el mismo momento que se celebra el contrato matrimonial entre bautizados se celebra el sacramento; la forma jurídica mira directamente al matrimonio en cuanto éste es contrato y la forma litúrgica mira directamente a lo que el matrimonio tiene de sagrado y de sacramento) y su regulación corresponde a la absoluta competencia de la Iglesia católica. Sus efectos como sabemos son, que una vez consumado no era posible anularlo o disolverlo. Tal concepción sacramental del matrimonio, como ya hemos estudiado, fue la vigente en Cuba como colonia española, desde el mismo descubrimiento hasta casi finales del siglo XIX.

Mas, la regulación civil del matrimonio comenzada en España por la Ley de 18 de Junio de 1870 y consagrada en el Código Civil de 1888, entró en colisión con esta potestad de la Iglesia en materia de matrimonio, sobre todo al establecer un matrimonio civil, que sin tener el carácter de sacramento, era no obstante perpetúo e indisoluble, pues solo se admitía el divorcio de separación de cuerpos.

Como sabemos, el sistema mixto de matrimonio existente en Cuba desde finales del siglo XIX, hasta 1918, reconocía efectos civiles al matrimonio canónico y normaba el matrimonio civil como un matrimonio subsidiario para los que no profesaban la religión católica; pero la regulación del matrimonio civil (cuya naturaleza no definida por cierto, como un contrato) se basaba en una concepción más bien sagrada y religiosa del mismo, que lo consideraba por su naturaleza, perpetúo e indisoluble, atributos consustanciales de esa concepción espiritualista.

No obstante, es bueno repetir una vez más, que sacramento o no, el matrimonio históricamente ha tenido para los pueblos un origen divino y desde el establecimiento de la monogamia de derecho son condiciones esenciales del mismo, la unidad (un hombre y una mujer) la perpetuidad (se considera contraída la unión para toda la vida, no puede concebirse celebrado un matrimonio hasta determinado plazo o término). Al aparecer el cristianismo y extenderse su doctrina, se proclama ¿además de un modo dogmático, el elemento de la indisolubilidad, que lo caracteriza en su carácter de sacramento.

### 1.3.2. La concepción del matrimonio como unión santa

Nos referiremos brevemente a esta concepción que niega la naturaleza sacramental del matrimonio aunque no su carácter sagrado y que se debe al propio Lutero y las consiguientes sectas protestantes separados de la Iglesia Católica y Romana desde el siglo XVI.

Esta posición tiene importancia en el análisis de la naturaleza jurídica, por cuanto ayuda a precisar las diferencias entre la noción de matrimonio ~contrato- sacramento, del Derecho Canónico de las nociones matrimonio -contrato y matrimonio- institución, más propias de un enfoque contemporáneo del mismo. Ello se debe a que al separar en el concepto de matrimonio el elemento contrato del elemento sacramento, las religiones evangélicas propiciaron la derivación más actualizada de la forma puramente civil del matrimonio, se atribuyó a la noción contractual del matrimonio un sentido de solubilidad, ajeno al concepto de sacramento, el que se asoció a su vez, en su

carácter de perpetuidad, de manera natural, a la noción de matrimonio-institución.

Con más detenimiento veremos estas distinciones en los epígrafes que siguen.

### 1.3.3. La concepción del matrimonio como contrato

Esta concepción del matrimonio se va gestando desde el medioevo, alentada por la Reforma protestante, como hemos adelantado. En general, la idea contractualista como fundamento del Estado o de la comunidad civil en general, es tan antigua como la filosofía griega y aunque se vio eclipsada en la propia Edad Media por el imperio de la doctrina del origen divino del Estado y de las instituciones civiles (incluido el matrimonio) cristaliza al comienzo de la Edad Moderna, junto al iusnaturalismo.

La influencia del "Contrato Social" de Rousseau fue decisiva en esta materia y su filosofía puede encontrarse en esta afirmación: "El matrimonio, es el más excelente y antiguo de todos los contratos. Aún considerándolo únicamente en el orden civil es el más excelente, porque la sociedad civil está más interesada en él. Es el más antiguo, porque fue el primer contrato que celebraron los hombres.[b](17)

Así la doctrina del matrimonio-contrato se impuso fundamentalmente a partir de la revolución francesa, llegando a afirmarse dogmáticamente ya avanzado el siglo XIX y principios del XX que, el matrimonio era simplemente un contrato civil, que podía disolverse por el mutuo disenso y aún por la voluntad unilateral de los cónyuges.

Esta concepción, para su época signo de progreso liberalista, encontró pronto, detractores dentro del propio campo del Derecho Civil y de Familia.

Entra nosotros algunos tratadistas del Derecho de Familia, aún imbuidos de la concepción burguesa del Derecho, afirmaban que el matrimonio no era un contrato, como pasaremos a reseñar a continuación:

- "El matrimonio no es un contrato como los demás contratos civiles, porque ni el objeto, ni la causa, ni la finalidad del consentimiento que se presta son los mismos que los de los contratos" (José Guerra López)(18)
- - "...aparte de las razones formales que abonan esta distinción, como son la colocación de la legislación del matrimonio en distinto libro que el de los contratos, la divergencia de los requisitos para su validez, las causas de nulidad y los distintos efectos que produce entre las partes contratantes; sus propósitos sustanciales, la intervención que por su innegable trascendencia se arroga el Estado en su perfeccionamiento y el objeto trascendental que tiene en la social, lo sustraen del perímetro de las relaciones meramente privadas..." (Emilio Menéndez y Menéndez)(19)
- -"El matrimonio es algo más, muchísimo más que una simple convención entre particulares. Es una función de Estado puesta bajo la protección del Estado mismo, es el fundamento legal de la familia, es el cimiento de la sociedad (Ángel Osorio, Autor español radicado en América)(20)
- - "No he visto contrato que tenga hijos, más que ese contrato que se llama contrato matrimonial" (José Antolin del Cueto)(21)

[b] Se refiere a Adán y Eva (Aclaración de esta autora)

Estas son algunas consideraciones y no todas que en nuestro país en plena República neo-colonial, impugnaron la concepción del matrimonio como simple negocio jurídico. Sin duda, la naturaleza jurídica del matrimonio difiera de la de los contratos de compraventa, préstamo, mandato, arrendamiento o sociedad por citar algunos, aún cuando se celebro con una finalidad meramente económica y en un sistema de derecho basado en el predominio de la propiedad privada sobre los medios de producción, su valor intrínseco no es reconoce como meramente económico o patrimonial, tal como lo es en un contrato, en que el contenido económico es la sustancia esencial del mismo. Por el contrario, aún cuando se celebren matrimonios por consideraciones materiales, se atribuye a éste normalmente la cualidad de constituir el fundamento o base de la familia con trascendente relieve social que especialmente tutela el Estado a través de reglas ya anteriormente establecidas, aún por encima de la voluntad de los contrayentes.

1.3.4. La concepción del matrimonio como institución

Por las formulaciones anteriores, parte este enfoque de una crítica al matrimonio-contrato, como dogma de la autonomía de la voluntad, dentro de una filosofía individualista que desconoce el fin superior del matrimonio por encima de las voluntades privadas de los contrayentes y los intereses individuales de éstos.

Se arguye que "contrariamente a lo que se pensó en el siglo XIX, tanto el contrato y el acto jurídico como el hecho jurídico, no producen directamente efectos de derecho por al mismos y al mismo título que la ley; sólo actúan por intermediación y fundados en una regla de derecho o en una institución jurídica, que ponen en movimiento en favor o contra de una o de varias personas determinadas". (22)

De esta suerte el acto del matrimonio, su celebración ante la autoridad investida para ello, tiene como único objetivo, la adhesión de los interesados a la institución jurídica del matrimonio, noción suprema por encima de los contrayentes.

Mas, el concepto institución y el derivado institución jurídica del matrimonio requieren de un comentario más detenido.

Habíamos expresado en la parte general e introductoria del Derecho de Familia, al estudiar el concepto de familia, como el propio de institución era anfibológico, al ser usado de distintas maneras, con un ámbito de aplicación muy amplio o más reducido

En la sociología contemporánea se acuñó el término por el sociólogo francés Emile Durkheim (1858-1917) el cual definió a la Sociología como "la ciencia de las instituciones" y fue además el primero en desarrollar la rama que calificó como Sociología de la Familia. Denominar así, institución a la familia, al matrimonio, a las relaciones paterno-filiales, etc., si bien pudo haber tenido conceptualmente un origen desde el propio inicio de la ciencia del Derecho (como colección metódica de sus principios o elementos) se extendió o "vulgarizo" en el siglo XIX al denominar de esta manera a toda "cosa establecida".

De esta forma la institución se refiero a la fundación, creación, establecimiento de una cosa, o hace mención a "cualquier actitud suficientemente establecida en un grupo social".(23)

Se concluye entonces que la familia es una institución y el matrimonio no es un contrato, sino una institución... jurídica (recuérdese que el matrimonio a cuya naturaleza nos referimos es al matrimonio legal o monogamia de derecho). Por ello

debemos brindar al menos también una definición de lo que puede entenderse por "institución jurídica", que se expresa por un autor como "el conjunto de reglas de derecho que se penetran unas a otras hasta el punto de constituir un todo orgánico que comprende una serie indefinida de relaciones transformadas en relaciones de derecho y derivadas todas de un hecho único fundamental, de orden físico, biológico, económico, moral o meramente social, cuando no se reúnen en él todos esos diversos aspectos; este hecho, origen y base de la institución, la domina necesariamente ordenando su estructura y desarrollo".(24)

En lenguaje más concreto, diríamos como Ihering (Rudolf Von 1818-1892) en "El espíritu del Derecho Romano "que las instituciones jurídicas son el esqueleto del Derecho, al cual se une toda su substancia que está compuesta de las reglas del Derecho".

De este modo, al considerar al matrimonio como institución jurídica, se concluye afirmando que éste tiene una existencia y un fin ya establecido con anterioridad y por encima de los contrayentes, que preside y rige un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado o por la tradición, a las cuales los contrayentes no tienen más que adherirse, imponiéndose los efectos ya pre-establecidos de la institución.

Como se aprecia, la noción de matrimonio-institución se vincula a las históricas condiciones esenciales atribuidas al matrimonio: la unidad (un sólo varón y una sola mujer) y la perpetuidad (unión contraída con el propósito de no romperla).

El carácter de verdadera institución del matrimonio aún cuando se le denomine un contrato en la ley, se aprecia además -según sus defensores- en el hecho de que el matrimonio, en su atributo de unidad, implica también, la no coexistencia o simultaneidad de varios matrimonios válidos, como puede suceder en los contratos.

Los principios del matrimonio, establecidos en el llamado mundo occidental, son así, la monogamia, la diversidad de sexos (deben ser hombre y mujer) la exclusividad de la unión desde el punto de vista legal (no puede coexistir con otro matrimonio) y el propósito de que la unión sea duradera (principio que se supone presente en la intención de la pareja y expresada en la prohibición de la ley, de sujetar la unión a una condición o establecerla sólo por un tiempo determinado).

Si añadimos a estas argumentaciones el requisito de la solemnidad o publicidad en el mismo, el peso nulo de la voluntad de los contrayentes para variar estos principios pre-establecidos, y el papel que desempeña el matrimonio en la reproducción humana y en la sociedad, concluiríamos adscribiéndonos a la concepción del matrimonio como institución. Mas, ¿Cómo podemos calificar a esta institución que es el matrimonio? ¿Cómo institución social o jurídica, como jurídico-social, como ético-social, como político-social?.

Este es un análisis que dejaremos para cuando estudiemos la naturaleza jurídica del matrimonio según la legislación vigente.

2. Concepto de matrimonio en el Código de Familia

Antes de iniciar el estudio del concepto de matrimonio establecido en el Art. 2 del Código de Familia, debemos intentar desarrollar algunas ideas introductorias al tema. Ante-todo, solicitar a los alumnos que vuelvan a la lectura de los epígrafes, "la familia monogámica, características y formas", "la familia socialista, el papel de la familia en la construcción del socialismo", de la primera parte de la General e Introductoria del

Derecho de Familia (Módulo 1) a fin de que refresquen conceptos generales allí expuestos.

El matrimonio monogámico de la sociedad socialista cubana, responde jurídicamente a un concepto de familia de nuevo tipo, basado en la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción, desprovistos del sentido económico y discriminante que establecía diferencias entra una familia legitima y otra ilegitima; clasificación que ha desaparecido de los textos legales cubanos. El matrimonio no es, en todo caso, como antes, la vía fundamental de legitimar la paternidad, porque se enfatiza su consideración de institución independiente de las relaciones-paterno-filiales; aunque estrechamente vinculada a ella: Puede la pareja vivir en unión consensual y no formalizar nunca el matrimonio y los hijos, sin embargo, acceder sin cortapisas a todos los deberes y efectos de la relación paterno-filial (incluyendo los sucesorios, de alimentos y seguridad social) si fueron reconocidos a inscritos como tales hijos en el Registro del Estado Civil. El matrimonio no está condicionado por factores o motivaciones económicas; ni causas, ni fines del matrimonio a nivel macro-social, se determinan por razones económicas (no hay grandes acumulaciones de capital, "el carácter del peculio familiar en el socialismo, integrado principalmente por bienes fungibles o muebles... excluye medios valiosos de producción" (25) (Lo que no quiere decir que haya ausencia de bienes y patrimonio personal). Por ello, de facto, hay libertad de elección, pues no tienen sentido los matrimonios concertados por motivo de ventajas patrimoniales de las familias, quedando "el amor sexual individual", la inclinación recíproca, como motivaciones esenciales que fundamentan la voluntad de unirse conyugalmente, tal como apreciamos en páginas anteriores al estudiar los fines del matrimonio en la Cuba de hoy.

Por otro lado, se hace efectivo el principio de igualdad absoluta de derechos y deberes de la mujer y el hombre en la sociedad y en las relaciones conyugales (ya establecido este último en el papel por la Ley 9 de 20 de Diciembre de 1950) colocando a la esposa, cuya posición jurídica y social fue históricamente preterida, en un plano de igualdad jurídica con el marido en todo lo concerniente también a su capacidad civil, incluyendo la posibilidad de administrar conjuntamente con el cónyuge la comunidad matrimonial de bienes.

Así las cosas, al estudiar el concepto de matrimonio que establece el Código de Familia, no debemos olvidar que en esta institución, como en la propia familia cubana, ha repercutido de manera innegable la profunda conmoción que representa en todos los planos una Revolución Social verdadera. Por ello no nos extrañemos que al estudiar de inmediato el concepto de matrimonio en el derecho positivo, nos encontremos con situaciones que rompen esquemas doctrinales convencionales hasta ahora vistos. El concepto de matrimonio se establece en el Art. 2 del Código de Familia, el que consta de dos párrafos. Estudiaremos los mismos por separado, a fin de analizar los principios que se enuncian y contrastarlos con cuanto hemos desarrollado hasta aquí en el orden doctrinal acerca del matrimonio, su constitución y su naturaleza jurídica:

Art. 2 (Primer párrafo)

- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común.

Resalta ante todo que es establece el matrimonio como una unión monógama y

heterosexual, de personas capaces legalmente (con aptitud legal, concepto que estudiaremos con detenimiento más adelante) regida por la voluntad concertada de las mismas (concierto de voluntades) con el propósito de hacer vida en común. En cuanto a este elemento de la convivencia debemos aclarar, desde ahora, que si bien aparece como un efecto inmediato a ese acuerdo de voluntades, surgido como una finalidad del consentimiento, sin embargo, como veremos más adelante, no ocupa en la normativa del Código el mismo nivel que dote, pues es posible que exista matrimonio, aún cuando los cónyuges por motivos justificados no mantuvieron un hogar común (Art. 25 segundo párrafo del Código de Familia [c].

Se evidencia así el matrimonio fundamentalmente como una unión consensual (consentimiento de los contrayentes, acuerdo de voluntades) sin alusión a forma legal alguna de celebración. Con ello el legislador del Código dejó patente el deseo de erradicar de la naturaleza del matrimonio su anterior carácter contractual, establecido desde 1918 y que respondía como sabemos a una sociedad primada por la propiedad privada y por ende por el carácter clasista del matrimonio c1vil y sustituir su naturaleza jurídica de "contrato civil" y de "contratantes conyugales" por el de contrayentes unidos sólo por la voluntad, consagrando así el consensualismo como la esencia de la unión.0 sea que la voluntariedad del matrimonio resulta "la tesis desarrollada y aceptada por el Código de Familia, puesto que en la sociedad que se está construyendo no hay base para matrimonios por consideraciones de conveniencia... establece pues las condiciones para que la unión matrimonial se produzca por la libre voluntad de la mujer y del hombre ..."(26)

¿Indica esto entonces que la unión consensual o no formalizada, en otras palabras el llamado concubinato del pasado es el matrimonio para el Código de Familia?

Es seguro que una unión voluntaria y libre establecida con aptitud legal, que sea estable y singular, reúne las prerrogativas para ser considerada como matrimonio, (Art. 18, primer párrafo, C.F) pues el punto de partida, el principio esencial del matrimonio cubano, es la voluntariedad de las partes más esa misma unión voluntaria, estable y apta conforme a Derecho, si no se legaliza no puede tener consecuencias jurídicas para los contrayentes entre si, según nos advierte el segundo párrafo del mencionado Art. 2 del C.F. Veamos:

Art. 2 (Segundo Párrafo)

- El matrimonio solo producirá efectos legales cuando se formalice se reconozca de acuerdo con las reglas establecidas en la Ley del registro del Estado Civil.

Como se puede apreciar el concepto de matrimonio establecido en el Código de Familia es ambivalente, por una parte, como una expresión de principios, valora la voluntariedad en la unión, fundamentada en el consentimiento de las partes, de los que tienen aptitud legal para ello, con el propósito de vivir juntos, sin rituales, ni formalismos. Por otra parte, sólo valoriza jurídicamente el matrimonio formalizado o reconocido, o sea el matrimonio contraído con determinados requisitos y formalidades, en el que han mediado funcionarios autorizados para que ante ellos se formalice el matrimonio o jueces que sentencien el reconocimiento judicial del mismo. Éstas no sólo son las únicas vías de conferirle efectos legales a una unión, sino que debe contribuirse

[c] De ahora en adelante nos referiremos al Código de Familia con las iniciales C. F. al aludir al articulado del mismo.

al fortalecimiento de ellas, según se expresa en uno de los objetivos del Código que ya estudiamos en el Art.1

Analizada así la dualidad de intereses del Art. 2 en sus dos párrafos podríamos afirmar que para el primer enunciado el matrimonio es un hecho jurídico, en el segundo, se convierte en acto jurídico; razonamiento en el que abundaremos al analizar la naturaleza jurídica del matrimonio cubano de hoy. Parecería por ello que el legislador se debatió así entre la unión no formalizada y el matrimonio civil tratando de no disminuir al primero frente al segundo sorteando el reto entre la realidad de las numerosas uniones consensuales de histórica permanencia en nuestro país (que fundamentaron en la Constitución del 40 por razones de equidad la equiparación del concubinato al matrimonio civil) y la intención jurídico-social ahora de colocarlas al mismo nivel y con el mismo rango que al matrimonio formalizado. Para esto, al tiempo que mantenía la vigencia priorizada de éste último, elevaba la consensualidad como el principio fundamental del matrimonio.

La posición señera que ocupa la voluntad de los contrayentes, se manifiesta en la posibilidad que brinda el propio Código de retrotraer los efectos del matrimonio que se pretenda legalizar (formalizar o reconocer) al momento de iniciada la unión. (Art. 19 C.F.)

Es decir, que la tesis prevaleciente de la voluntariedad se hace presente sobre el formalismo, precisamente en la posibilidad de retroacción de los efectos jurídicos del matrimonio al momento inicial del concierto de voluntades, aunque también es cierto que esta prevalencia en la retroacción sólo se evidencia y tiene lugar si el matrimonio se legaliza.

La inferencia más categórica que hacemos de estas observaciones, es que para valorar el matrimonio según lo dispuesto en el Código de Familia, debe partirse de un concepto de matrimonio en que prevalezca, no el carácter contractual establecido desde 1918, del que dimanaba un matiz mercantilista ya superado, sino que su naturaleza está esencialmente fundamentada en la voluntad de las partes, unión monógama y voluntaria, que para trascender al derecho requiere ser legalizada.

En este sentido la esencia del matrimonio cubano enunciada en el primer párrafo del Art. 2, como hecho social basado en el consentimiento, se acerca al concepto de matrimonio en la Roma clásica. Este arquetipo de matrimonio no surge por capricho del legislador, se ha fundamentado, como hemos expresado, en la realidad histórica y socio-demográfica de nuestro país, caracterizada por la existencia mantenida de uniones de hecho. Al regularse en el Código el reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado, se establece una vía de legalización de estas uniones a la que se aspira conferirle iguales efectos que al matrimonio formalizado (con las características para el reconocimiento que veremos cuando lo estudiemos más detenidamente, de ser éste demandado cuando la unión conyugal ha dejado de existir).

La propia formalización del matrimonio con carácter retroactivo al momento de iniciada la unión, es una vía de conferirle validez legal al tiempo vivido por la pareja en unión consensual. Mas, insistimos, si la voluntad de las partes es señera al tiempo de la legalización... sin las formalidades exigidas por la ley, en suma, sin el matrimonio legal (cuyo fortalecimiento fundado en la absoluta igualdad de derechos de hombre y mujer, es un objetivo del Código) no es posible conferirle efectos jurídicos, derechos y obligaciones a los contrayentes entro el (si bien, los derechos y deberes paterno- filiales, desligados del matrimonio, como sabemos, se mantienen si ha

mediado el reconocimiento de los hijos).

La pregunta que podríamos hacernos ante esta indeterminación o dilogía conceptual, es que si una unión voluntariamente concertada, con aptitud legal, nunca formalizada ni reconocida judicialmente (en la que no rigen por ello jurídicamente deberes ni derechos conyugales, ni determinación legal de la comunidad matrimonial de bienes, ni derechos sucesorios o de alimentos, ni seguridad social como cónyuge supérstite, en su caso) pero que existe o existió estable y singularmente en la realidad social puede ser considerada y denominada como matrimonio.

Esas y otras interrogantes veremos en los epígrafes que siguen.

3. La constitución del matrimonio en el Código de Familia

Si retomamos lo desarrollado en el epígrafe 1.2 de esta parte y nos preguntamos como allí ¿cuándo consideramos que hay matrimonio?, a la luz igualmente de lo que hemos analizado hasta aquí acerca de su concepto en el Código de Familia y tuviéramos que responder también a las preguntas ¿cuándo la pareja se une y convive?, ¿cuándo se legaliza o formaliza la relación entre ellos?, tendríamos que meditar un poco antes de responder tajantemente, tomando en consideración las propias ideas desarrolladas en ese epígrafe y sus conclusiones acerca de lo que es considerado como matrimonio en el Derecho comparado y en la legislación anterior al Código de Familia de Cuba. No cabe duda que en el pasado legislativo cubano el matrimonio era el religioso o el civil, celebrado con las reglas y solemnidades oficiales establecidas por la Iglesia o la ley.

La unión de hecho no se calificaba como matrimonio en la legislación más avanzada, la Constitución de 1940, y el matrimonio equiparado que logró establecer, no obtuvo nunca rango igual al matrimonio civil.

De acuerdo con el concepto de matrimonio del Código de Familia, una unión de hecho o no formalizada de contrayentes con aptitud legal que mantengan una relación estable y singular, sólo genera efectos legales para los mismos entre si, si se reconoce judicialmente o si se formaliza (Art. 2, segundo párrafo, Arts.18 y 19, C.F.). La unión no formalizada, reconocida judicialmente, tiene en principio los mismos efectos que el matrimonio formalizado (Art. 18, C.P.). Esta es sin duda una conquista del Derecho Socialista y revolucionario. Mas esa unión con los requisitos planteados, mientras no se reconozca o no es formalice (a pesar del enunciado del Art. 2, primer párrafo, que ofrece el concepto de matrimonio como unión voluntaria) no es calificada por el propio Código como matrimonio sino como unión matrimonial (Arte. 18, 19, 22, 29 del C.P.) Es decir, el propio Código establece una diferencia semántica entre el matrimonio y la unión matrimonial, aunque legalizada esta última, tenga los mismos efectos que el primero.

Así las cosas, podríamos contestar a las preguntas iniciales expresando, que consideramos matrimonio al legalizado; mientras no se formalice o reconozca la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común, no es matrimonio, sino unión matrimonial. Esta unión matrimonial posee en si misma un presupuesto o calidad expectativa de convertirse en matrimonio, pero no lo es,[(d)]con la característica de poder apreciarse en ella el

[(d)] ..." el matrimonio no formalizado, debe consideraras una mera apariencia de que una persona goza de una cualidad determinada y podrá, a lo sumo, integrar una presunción de la pertenencia legitima y

consentimiento como continuativo (posesión constante del estado conyugal Art.22, C.F. ) efectivo para ser acreditado como prueba de la existencia de la unión y válido como concepto contentivo de los requisitos exigidos para lograr la retroacción de los efectos jurídicos al momento de iniciada ésta si se legaliza. Resulta también como hemos repetido un objetivo del propio Código, contribuir al fortalecimiento de los matrimonios legalizados (Art.1, apartado 2, C.F.).

Estamos entonces en condiciones de responder a la pregunta que cerraba el epígrafe anterior, en este sentido: Evidentemente una unión matrimonial que reuniendo todos los requisitos exigidos, exista o haya existido en la realidad social, estable y singularmente, pero que nunca fue legalizada, jurídicamente no puede ser denominada como matrimonio, muy a pesar del primer párrafo del Art. 2 y del enunciado constitucional que con posterioridad al Código de Familia, (1976) retomó y refrendó este concepto de matrimonio, como "unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común" (Art. 35 de la actual Constitución reformada en 1992). De manera que, mal que nos pesa, como en el pasado, el matrimonio a que se refiere el Código es al civil (aunque no lo denomina de este modo); categóricamente no valorado como un contrato. La diferencia sustancial con el pasado es que ahora la unión de hecho (unión matrimonial no formalizada, concubinato del pasado) va a ser considerada en principio matrimonio de igual calidad y rango jurídico que el civil ... si se legaliza.

Por ello, es bueno, que antes de que sigamos desarrollando respuestas sobre la constitución del matrimonio en el Código de Familia, establezcamos nítidamente las diferencias conceptuales que se derivan de la terminología, que utiliza el Código al regular la relación conyugal. Veamos:

4. Expresiones terminológicas que utiliza el Código de Familia al regular la relación conyugal.

a) Unión matrimonial.

Se refiere al hecho por el cual, un hombre y una mujer, con aptitud legal, (contraen) consienten voluntariamente en unirse para hacer vida en común, de manera estable y singular, independientemente de que legalicen el hecho de acuerdo con lo establecido en la ley.

b) Matrimonio formalizado:

Se refiere al acto mediante el cual un hombre y una mujer, con aptitud legal, concurren voluntariamente y de manera consciente ante un funcionario facultado para ello y dejan legalizada su decisión de unirse en matrimonio o dejan legalizada una unión matrimonial contraída por ellos en fecha anterior retrotrayendo sus efectos.

(Como se aprecia, en el matrimonio formalizado, pueden ser simultáneos o concomitantes los actos de contraer y formalizar, o no).

e) Matrimonio reconocido:

Se refiere al acto mediante el cual, una persona (hombre o mujer) concurre ante un Tribunal competente para que éste, mediante resolución judicial, reconozca que entre

---

efectiva de tal condición, pero en modo alguno puede constituir un título de legitimación, ni principal, ni supletorio", Rapa, Vicente-Revista Jurídica N 19 del MINJUS, abril-junio 1988, pág. 135.

esa persona que ante el Tribunal insta y otra (fallecida o viva) existió una unión matrimonial que contrajeron voluntariamente y con aptitud legal en fecha anterior.

(Como se aprecia, el reconocimiento no es en ninguna circunstancia simultáneo al hecho de contraer, sino siempre posterior al mismo. El reconocimiento sólo se establece en principio, cuando se imposibilitan las vías de la formalización por negaras o por fallecer uno de los contrayentes).

Como vemos se utiliza el término contraer matrimonio para referirse a la unión matrimonial, distinto de formalizar el matrimonio que es en esencia el matrimonio civil, aunque no se denomina as¡ en la preceptiva del Código.

El Código de Familia utiliza estos términos según se trate de las distintas situaciones señaladas; haciéndose evidente, repetimos, que contraer matrimonio puede ser simultáneo a formalizar en los casos en que con la formalización del matrimonio se inicie la vida conyugal y a contrario-sensu, nunca puede ser simultáneo el hecho de contraer matrimonio, al acto de reconocer judicialmente el matrimonio, ya que ambos acontecimientos no pueden coincidir en el tiempo, al constituir siempre el reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado, un acto posterior al inicio de la vida en común.

Vistas estas aclaraciones, creemos ahora estar en condiciones de responder (y ya refiriéndonos únicamente al matrimonio formalizado) ¿Quiénes celebran (formalizan) el matrimonio, los contrayentes o el funcionario facultado para autorizar la formalización?

Los funcionarios facultados (que con más detenimiento estudiaremos más adelante) pero que son esencialmente según la legislación vigente, notarios y registradores del estado civil, si bien tienen un papel más activo que el del sacerdote en el derecho Canónico, no son los que formalizan el matrimonio. El matrimonio lo formalizan los contrayentes entre si, que son los que declaran y ratifican su voluntad de formalizar el matrimonio ante estos funcionarios facultados para autorizar la formalización. Los notarios confieren autenticidad y legitimación al acto en su función fideifaciente, los registradores del estado civil le dan publicidad registral con efectos constitutivos, pero en la base está la voluntad declarada de los contrayentes, dentro de ese ámbito de actuación privada con relieve social que constituye el matrimonio, cuyos objetivos, contenido personal y económico están ya establecidos en la ley.

5. La naturaleza jurídica del matrimonio establecido en el Código de Familia.

Si fuéramos consecuentes con lo que hemos desarrollado hasta aquí, reduciríamos el estudio de la naturaleza jurídica, al matrimonio formalizado, pues es, como hemos adelantado, el único matrimonio con plena vida jurídica.

El matrimonio reconocido adolece de la limitación de haber perdido su existencia al momento de demandar su legalización y en modo alguno podría servirnos de matrimonio-tipo para el análisis de la naturaleza jurídica.

Mas, como el concepto de matrimonio es enuncia en el Art. 2 (y es reproducido, como ya expresamos, por la Constitución de la República promulgada un año después del Código de Familia, sin sufrir modificaciones posteriores en el concepto) arriesgamos de nuevo acometer el análisis de su ambivalente preceptiva para este objetivo.

Sin duda al valorar la naturaleza jurídica del concepto de matrimonio enunciado en el

Art. 2 (ambos párrafos) descartamos que pueda ser considerado como un sacramento, unión santa, ni contrato, concepciones del matrimonio que estudiamos en páginas anteriores; criterio con lo que espero estarán de acuerdo los alumnos.

Antes de entrar a valorar si podemos calificar al matrimonio, en el derecho positivo, como institución, deseo recordar de nuevo a los alumnos que el Art. 2 consta de dos párrafos que no queremos llamar contradictorios, pero sin duda se prestan a confusión.

Si nos atuviéramos al primer párrafo, calificaríamos al matrimonio de hecho jurídico, si al segundo, de acto jurídico, como ya adelantamos antes.(27)

La definición acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio en la legislación vigente que ofrecía la Cátedra años atrás, de acto jurídico semejante al negocio jurídico pero no específicamente un negocio jurídico o contrato(28) es válida si partimos del segundo párrafo del Art. 2, pues analiza el acto matrimonial, no como un negocio jurídico, pero si a la luz de la teoría del negocio jurídico, valorando que los efectos jurídicos del matrimonio no los determina la voluntad de los contrayentes, sino que vienen prestablecidos directamente y con carácter forzoso en la ley (ex-lege y no ex-voluntate).

Esta definición sería válida para describir la naturaleza jurídica del matrimonio formalizado pero no abarca todo el concepto del Art. 2

Una definición aportada desde la concepción de institución y tomando en consideración ambos Párrafos del Art. 2, es la ofrecida por un colectivo de autores del Ministerio de Justicia en ponencia presentada al "1er Simposio Científico acerca de la Política y la Ideología en sus relaciones con el Derecho" (Palacio de las Convenciones, La Habana, Septiembre de 1984)(29)y es la siguiente:

> "El matrimonio es realmente una institución político- social que puede o no reflejarse en la superestructura jurídica de la sociedad".

La sustentación de esta definición, la ofrecen los propios autores con esta argumentación:

> "La peculiarísima Intencionalidad de los contrayentes, proyectada hacia una convivencia plena fundada en el cariño, la comprensión, la solidaridad y la ayuda mutua no surge del acto formalizador o reconocedor (posible negocio jurídico) sino que es extra-jurídica y con frecuencia previa a la expresión Jurídico-formal que le confiere efectos, hasta retroactivamente, en el ámbito super contractual del Derecho".

Como se aprecia se valora "la unión matr1monial" que Puede o no convertirse en matrimonio (suponemos que se traduce en que pueda acceder o no a la superestructura jurídica de la sociedad) pero unión que tiene existencia en la vida real, independientemente del Derecho. Se valora asimismo la intencionalidad política del legislador de combatir "el Prejuicio burgués discriminatorio de las uniones peyorativamente denominadas concubinarias en el pasado, aunque se fundaran en el cariño que ha de inspirar todas las auténticas relaciones familiares.(30)

La observación que hacemos a esta definición es en cuanto al enfoque sobre la expresión "reflejo en la superestructura Jurídica de la sociedad" que allí se explana que pueda producirse o no.

Entiende esta autora que el Código de Familia al recoger y regular la unión matrimonial, reconoce y regula el nacimiento de los efectos jurídicos con carácter

retroactivo de ésta. El hecho objetivo de estar ya contemplada en la ley la unión matrimonial y recogidos y regulados en ella sus efectos iguales en principio a los del matrimonio formalizado e incluso de abstraer su esencia consensualita para definir el elemento fundamental del matrimonio (la voluntad de unirse) es una prueba de que está ya reflejada en la superestructura jurídica de la sociedad.

Si existen parejas que no legalizan la unión, ello no obsta para apreciar objetivamente el reflejo de la unión matrimonial en la superestructura jurídica, a través del reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada y de la formalización con carácter retroactivo, establecidos en el Código de Familia. Para enfatizar esta argumentación baste recordar, que aún sin existir matrimonio formalizado ni reconocido, el Código de Familia, admite la posibilidad de probar la existencia del matrimonio de hecho, a los fines de procesos determinados. (Art. 22. C. F.).

Este tratamiento legal, categóricamente en nada se emparenta con la regulación del matrimonio establecido en el derogado Código Civil español extensivo a Cuba en 1889, en el cual, ni una sola palabra se enunciaba sobre el concubinato, que únicamente llega a aflojar en un texto jurídico, (y no calificado como matrimonio) en la Constitución de 1940.

Mas, para intentar una definición acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio en la Cuba de hoy, arrostramos la dificultad real de que en el concepto de matrimonio establecido en el Art. 2 del Código de Familia, se incluye el de la unión matrimonial, que después el propio Código distingue del matrimonio formalizado.

Así las cosas, para definir la naturaleza jurídica de ese concepto de matrimonio englobador de la unión de hecho, susceptible de convertirse en matrimonio formalizado o reconocido, pero que no lo es, debemos partir de una apreciación conceptual amplia, generalizadora y dinámica, capaz de contener y reflejar esta situación sui-géneris.

Intentaríamos definir, por último, la naturaleza jurídica del matrimonio regulado en la legislación vigente como la siguiente:

> "El matrimonio es una institución social y jurídica que se sustenta en la soberana voluntad de los contrayentes".

Alentamos a los alumnos a formular una definición propia, sobre la base de las consideraciones anteriores.

Vistos estos elementos teóricos-doctrinales del matrimonio, pasaremos de inmediato al estudio del tema relacionado con las prohibiciones de contraer matrimonio que aluden a la capacidad requerida para contraer matrimonio, es decir, la aptitud legal para que el hombre y la mujer puedan unirse legalmente y aún para que comiencen una relación no formalizada.

NOTAS AL MATRIMONIO (PRIMERA PARTE)

1. Giraud-Teulon, A. Los orígenes del matrimonio y de la familia, Daniel Jorro Editor, Madrid, 1914, p.23.
2. Fernández Camus, E. Curso de Derecho Romano (Parte IV, Personas y Derecho de Familia). Universidad de la Habana, 1940 cita en p. 95.
3. ... el concubinato no estaba en lo absoluto privado de efectos en el Derecho Romano, aunque desde luego estaba perfectamente diferenciado de lo que podíamos llamar el matrimonio tipo, o sea el que iba investido de la justae nuptiae..., Menéndez Menéndez, Emilio, El Matrimonio, Jesús Montero, Editor, La Habana, 1939, p. 42.
4. Valverde y Valverde. Tratado de Derecho Civil Español, Valladolid, 1921. Tomo IV, p. 49. Otro autor (Castán Tobeflas, José) en "Derecho Civil, Común y Foral", 7ma. Edic., Reus, Madrid, 1954, Tomo V, Vol. 1, p,p 45 y s,s; expresa que "la gran trilogía, amor matrimonio, maternidad, tiene un origen filológico común, remontable a la raíz hebrea, am, madre..."
5. Puig Peña, Federico Tratado de Derecho Civil Español ... Tomo II Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 29.
6. Guerra López, José. Conferencias de Derecho de Familia. Facultad de Derecho. Universidad de La Habana. departamento de Publicaciones, sin fecha (se presume de las décadas de los años 40 y 50). Loc. Biblioteca de la Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.
7. Ibidem. Conferencias de Eduardo Le Riverend, p. 18.
8. Consultar en Puiq Peña (en anterior nota 5) los fines del matrimonio, pp. 41 y 42.
9. Engels, Federico. El Origen de la Familia, de la propiedad privada y del Estado' Colección Claridad, Buenos Aires, sin fecha, p. 80.
10. Chávez Asencio, Manuel F. Matrimonio, compromiso jurídico de la vida conyugal. Editorial Limusa, México DF. 1988, pp. 43 y ss.
11. Gómez Treto, Raúl . "¿Hacía un nuevo Código de Familia". Revista Cubana de Derecho, año XVII, Número 34, La Habana, julio-septiembre de 1988, p. 36.
12. Sánchez Román. Estudios de Derecho Civil, Madrid 1912, tomo V, Vol. 1, pp. 387, 388. Otro autor, Emilio Menéndez Y Menéndez, en obra citada en anterior nota (3) p. 55, expresa (remitiéndose a Stolfi "Diritto Civile", Torino, 1921): "Dentro del campo netamente jurídico no puede vacilarse en afirmar que la finalidad del matrimonio no puede ser exclusivamente la procreación de la especie, ya que pueden casarse los estériles para tal fin, aunque no impotentes para la cópula". (En este último sentido, se refiere a legislaciones como la del derogado Código Civil español que prohibían el matrimonio a los que adolecieran de impotencia cohendi, con determinados requisitos en la enfermedad y en el tiempo de su aparición. Nota aclaratoria de esta autora).
13. Ut supra, Loc Nota 2 pp. 135, 136. Para un estudio riguroso sobre el consentimiento matrimonial en el Derecho Romano, consultar a Núñez Paz, Maria Isabel en Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma. Ediciones Universidad de Salamanca, Espada, 1988.

14. Ut supra, Loc Nota 5, p. 50. otro autor, Mons. León del Amo en Los matrimonios civiles durante la República. Problemas que plantean. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954 pp. 121, 122, expresa que "a los cristianos siempre les fue ilícito celebrar su matrimonio clandestinamente; pero si se casaban así, su unión matrimonial era válida. La clandestinidad de los matrimonios empezó a ser irritante a partir del Concilio de Trento"... (Más información sobre este toma en Beneyto Pérez, Juan "Instituciones del Derecho Histórico Español. Ensayos". Volumen 1, Primera Edición, Librería Bosch, Barcelona, 1930, p. 72).
15. Referencias acerca de estas teorías en anteriores notas 6, p. 19, 5 p.33, 3 p. 45, en Fernández, Clérigo, Luis en El Derecho de Familia en la legislación comparada. Uteha, México, 1947, pp. 15, 16.
16. Pio XI, Casticonnubii, 31 de Diciembre de 1930, Número 51 (citado por Mona. León del Amo en obra referida en anterior nota 14, p. 95).
17. Bonnecase Julien La filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia. Biblioteca Jurídico Sociológica.-Volumen II, Editorial José M. Cajica, Jr. México, 1945 (citando a Pothier) pp. 169, 170.
18. Ut supra, Loc. nota 6, p. 25.
19. Ut supra, Loc. nota 3, p. 47.
20. Ossorio Angel Matrimonio, divorcio y concubinato. Editorial Lex, La Habana, 1944, p. 57.
21. Citado por José Guerra López en Conferencias de Derecho de Familia relacionada en anterior nota 6.
22. Ut supra Loc. nota 17, p. 224.
23. Abbagnano Nicola, Diccionario de Filosofía. Edición Revolucionaria, La Habana, 1966, p. 691.
24. Ut supra, Loc nota 17, p. 218.
25. Varona y Duque de Estrada, Francisco, "Comentarios al Código de Familia." Revista Cubana de Derecho, Aflo XI, No. 19, P.49.
26. Peral Collado, Daniel. Derecho de Familia, libro de texto. Fac. de Derecho. Universidad de La Habana, 1978, p. 57.
27. Los alumnos deben refrescar sus conocimientos sobre hecho, acto y negocio jurídico y especialmente en lo que se consideran actos de derecho. Consultar a Clemente Díaz, Tirso en Derecho Civil Parte General, Tomo II (Primera Parte) Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 1984 pp. 221 a 257.
28. Ut supra, Loc nota 26, p. 60.
29. La ponencia se titula "El Derecho y la protección a la familia en la nueva sociedad" y puede hallarse en el libro de Ponencias seleccionadas para su discusión en el Simposio. Ediciones Minjus, Ciudad de La Habana, 1984. (Ver definición referida en p. 428). Consultar en biblioteca del Ministerio de Justicia.
30. Ibidem p 428.

## PROHIBICIONES PARA CONTRAER MATRIMONIO

Sumario. 1. Prohibiciones de celebrar matrimonio. Antecedentes histórico-legales. 1.1 Impedimentos por razones eugenésicas. 1.2 La teoría de los matrimonios putativos. 2. Prohibiciones de contraer matrimonio en el Código de Familia. Valoración General. 3. Comentarios a los artículos 4 y 5 del Código de Familia sobre prohibiciones de contraer matrimonio. 3.1 Carencia de capacidad mental. 3.2 Vínculo o ligamen anterior. 3.3 Impubertad legal. 3.4 Parentesco. 3.5 Relación cuasi familiar. 3.6 Conyugicidio. 4. Tutela penológica a la observancia de contraer matrimonio sin la presencia de prohibiciones legales. 5. Aptitud legal. Concepto.

### 1. PROHIBICIONES DE CELEBRAR MATRIMONIO. ANTECEDENTES HISTORICOS-LEGALES.[1]

El primer punto que debemos aclarar es que al partir para este análisis del concepto de prohibiciones de contraer o celebrar matrimonio (en sentido negativo) estamos abarcando en él no sólo la incapacidad de los contrayentes, sino su antónimo, contenido implícitamente (a contrario sensu) de la capacidad para este acto.

Es necesario no desconocer distinciones doctrinales precisas, si bien estrechamente relacionadas entre capacidad de los contrayentes y prohibiciones de contraer matrimonio. Más de un autor está conteste en que formular la doctrina no en modo negativo sino positivo, "es acomodarse más exactamente a la lógica"(1) por lo que deben analizarse primero las condiciones de capacidad para contraer matrimonio y después valorar las incapacidades. Así, desde la Roma clásica, en que comienzan a regularse estos requisitos del matrimonio, se exigían fundamentalmente, la capacidad física o madurez sexual, el consentimiento de los contrayentes y del jefe de familia y el ius connubium (rangos sociales iguales entre los contrayentes). Se consideraba además que debían estar ausentes impedimentos legales, siendo este Derecho el primero en regular los impedimentos que se debían a diversas causas de índole ética, social y política y que valoraban además en absolutos (prohibición del matrimonio con cualquiera) y relativos (prohibición del matrimonio con determinadas personas solamente)(2)Pero es el Derecho Canónico el que recrea la doctrina de los impedimentos, abundando en el sentido negativo, expresando, precisando las incapacidades para celebrarlo, que devienen en causas de nulidad o ilicitud del mismo, si están presentes en un matrimonio, no obstante celebrado; estableciendo una clara distinción entre impedimentos dirimentes o anulatorios o impedimentos prohibitivos o simplemente impedientes. En el primero está presente una prohibición grave de celebrar matrimonio, que impido que se contraiga válidamente, dando lugar, en todo caso a la nulidad absoluta de este. En el segundo, está presente una prohibición de celebrar matrimonio, no invalidante una vez celebrado, pero que lo hace ilícito y sometido a determinadas reglas. Se establece como principio el de que, no obstante el

[1] Aclaración a los alumnos: Para el análisis doctrinal e histórico del Derecho de Familia, no utilizaremos conceptualmente las distinciones torminol6gicas que emplea el Código de Familia el que diferencia contraer matrimonio de formalizar o de reconocer matrimonio. En esta confrontación hist6rica y de doctrina, los términos contraer y celebrar matrimonio son sinónimos y se refieren al matrimonio como institución jurídica, ("justas nupcias", matrimonio canónico o civil). Esta prevención es válida para todos los análisis o comentarios de contenido histórico y doctrinal que realizaremos en este tema y en general, al referirnos al acto de contraer o celebrar matrimonio (según la terminología empleada por el Código de Familia se trataría del acto de formalizar matrimonio).

impedimento dirimente o impediente, exista sólo respecto a una de las partes contrayentes, de todas maneras el mismo que hace que el matrimonio sea nulo o ilícito, según el caso.(3) El Derecho Canónico ofrece entonces una regla general partiendo de estas prohibiciones, en el sentido de que podían celebrar matrimonio todos aquellos a quiénes la ley no les prohibía hacerlo (aptas según Derecho) y que manifestaran legítimamente su consentimiento. Así los requisitos de capacidad física o madurez sexual, relacionados con la edad, el pleno discernimiento para otorgar el consentimiento y la aptitud físicas necesaria para consumar el coito (expresados en sentido negativo como impedimentos de edad, demencia e impotencia cohendi) son en sentido positivo los requisitos exigidos de capacidad o aptitud natural para celebrar matrimonio canónico, a la que debía unirse para hacer válido el mismo, la aptitud legal (es decir, ausencia de impedimentos matrimoniales, tanto dirimentes como impedientes).

Todos estos antecedentes históricos de la doctrina de los impedimentos matrimoniales cuentan para el análisis que haremos en esta parte, de las prohibiciones de contraer matrimonio que establece el Código de Familia (pues los recoge en su esencia) y se vinculan estrechamente con una causa de extinción del matrimonio, la nulidad, que estudiaremos en su momento.

Como antecedente legislativo en nuestro país en esta materia, debemos resaltar que en el Código Civil extensivo a Cuba en 1889, se distinguían las prohibiciones de contraer matrimonio de la capacidad requerida contrayentes (aunque expresada ésta también prohibiciones). Las primeras aludían en general prohibiciones impedientes o simplemente prohibitivas de contraer matrimonio (si nos atenemos a la conceptualización de la doctrina canónica) y la segunda (también conforme a ella, que en general dominaba esta preceptiva) aludía a impedimentos dirimentes que anulaban de manera absoluta al matrimonio si éste se había celebrado. (4)

### 1.1 Impedimentos por razones eugenésicas

A partir de los años treinta y en la década de cuarenta de este siglo, comenzó una corriente legisla a nivel mundial de contenido eugénico o eugenésico en materia de impedimentos matrimoniales que sostenía la necesidad de vedar el matrimonio a quienes padecieran ciertas enfermedades. (5) Esta corriente tomó fuerza en varios países latinoamericanos (de dónde se dice surgieron las ideas preventivas) como México, Perú, Panamá, Ecuador, etc. En Cuba, por Decreto No 1267 (Gaceta Oficial de 3 agosto de 1928) se dispuso lo siguiente:

> "Toda persona que para contraer matrimonio necesitase comprobar que no padece de enfermedad venérea y no pudiese obtener el alta escrita de médico, podrá acudir a algunos de los hospitales y dispensarios para enfermedades venéreas en la República, donde gratuitamente será reconocido provisto de certificado correspondiente.
>
> El Secretario de Sanidad y Beneficencia queda, encargado del cumplimiento de este Decreto".

Por este Decreto, el Presidente Gerardo Machado ordenó que estas reglas sobre propagación de enfermedades venéreas debían formar parte del capítulo de las Ordenanzas Sanitarias sobre enfermedades transmisibles, adicionándose con ellas el articulo 238 de dicho texto.

Los impedimentos eugenésicos prendieron fundamentalmente en Argentina, en la que se prohibió casarse a los leprosos y a todas las personas afectadas de enfermedades venéreas en periodo de contagio.

La prohibición que limitaba la capacidad para contraer matrimonio por la presencia de una enfermedad como impedimento, se vinculaba en general con la presentación de un requisito legal indispensable para celebrarlo, el llamado certificado pre-nupcial. (En el caso de la lepra, según la ley argentina número 11.35G de 21 de septiembre de 1926, no se exigía este certificado, porque la prohibición del matrimonio entre leprosos o de un sano con un leproso era categórica y hacia nulo el matrimonio contraído).(7)

La filosofía de la eugenesia en la legislación sobre el matrimonio se basa fundamentalmente en asegurar una procreación saludable y una población fuerte y resguardar la vida del cónyuge sano. Actualmente esta filosofía se ha extendido al síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). En la propia esfera del actual Derecho Civil argentino se ha propuesto por un grupo de juristas una reforma legislativa que contempla como impedimento para el matrimonio entre las enfermedades de trasmisión sexual, al SIDA. Se propone en ese sentido, que se exija a los contrayentes, no sólo certificados pre-nupciales, sino celebración de entrevistas previas, obligatorias, de información y orientación en centros médicos oficiales, respecto al síndrome.(8) El impedimento para la celebración del matrimonio, relacionado con esta enfermedad, se propone con un carácter impediente (la omisión de los requisitos no anula al matrimonio) y más que impedimento propiamente dicho, la medida se plantea con un fin eugenésico, de control de la salud pública y eminentemente persuasivo para los contrayentes, pues, no obstante que los resultados del análisis (sólo comunicado a éstos) fuere positivo de la presencia del VIH (virus de inmunodeficiencia humana), si los contrayentes insisten en realizar el matrimonio, pueden hacerlo.

Retomando los aspectos doctrinales concernientes a los impedimentos de contraer matrimonio, debemos detenernos en situaciones que acontecen en la práctica y que se relacionan con la existencia de matrimonios válidamente contraídos, no obstante la presencia de una prohibición o impedimento que decidiría su nulidad, ignorado este impedimento de buena fe por los contrayentes. Ello conformó la doctrina de los llamados matrimonios putativos desarrollada fundamentalmente por el Derecho Canónico) (9) cuyos principios generales se extendieron a la legislación civil de todos los países de religión católica como preponderante y que como veremos en el desarrollo de este tema, tienen una absoluta vigencia en el Derecho positivo cubano.

### 1.2 La teoría de los matrimonios putativos

Como se ha expresado surge un matrimonio putativo (quiere decir supuesto; reputado, de putare que significa, creer, juzgar) cuando ambos cónyuges o al menos uno de ellos, ha contraído de buena fe el matrimonio considerándolo verdadero y válido, no obstante que existe un impedimento en el mismo.

Los requisitos del matrimonio putativo, sin embargo, deben ser más explicados pues se exigen determinadas condiciones para que éste se produzca.

Estos requisitos y condiciones son:

1. Que el matrimonio se haya celebrado conforme a todos los requisitos legales exigidos (es decir se trate de un matrimonio legal, religioso o civil, según el sistema de matrimonio imperante).
2. Que exista no obstante una prohibición de contraer matrimonio que consista en un impedimento dirimente o anulatorio (el impedimento debe ser de tal entidad que anule por completo el matrimonio).
3. Que ambos cónyuges o uno de ellos, de buena fe, desconozca por ignorancia o error excusable, la prohibición (el error debe ser excusable, es decir, aquél en que puede incurrir cualquier persona de capacidad media.

[[]]El error puede ser de hecho o de Derecho y tiene como límite que no vaya en contra de la naturaleza humana; así el matrimonio entre ascendientes y descendientes, por ejemplo, que implica el delito de incesto, aún ignorado de buena fe el parentesco consanguíneo no puede ser beneficiado con la doctrina del matrimonio putativo, por tratarse de un matrimonio contra natura.

4. La buena fe debe existir en el momento en que el matrimonio se contrajo, por lo que el matrimonio no pierde el carácter de putativo si los cónyuges o el cónyuge conoce posteriormente la prohibición.
5. La buena fe se presume siempre y el que sostenga lo contrario debe probarlo.

Los efectos del matrimonio putativo son, en primer lugar, provocar su nulidad, más la presencia de la buena fe protege al que obró con ella, y aunque el matrimonio sea declarado nulo por sentencia firma, se producen efectos civiles (patrimoniales) para el que así obró y siempre para los hijos habidos en la unión.

Abundaremos más en estos efectos, cuando tratemos de la nulidad como causa de extinción del matrimonio. Ahora debemos tener presente al estudiar las prohibiciones de contraer matrimonio la posible existencia de esta figura del matrimonio putativo con las características que hemos relacionado y haciendo desde ahora un señalamiento: en la preceptiva del Código Familia, el matrimonio putativo adquiere una connotación singular al extender sus efectos no sólo al matrimonio formalizado, sino a la unión matrimonial, como veremos a continuación, cuando pasemos a estudiar las prohibiciones de contraer matrimonio en el Código de Familia.

2. Prohibiciones de contraer matrimonio en el Código de Familia. Valoración general.

Estas prohibiciones están reguladas en los artículos 4 y 5, en el primero, alude a las prohibiciones de carácter general aplicables a todas las personas que intenten contraer matrimonio y en el segundo se trata de prohibiciones de contraer matrimonio de carácter relativo porque sólo son aplicables a determinadas personas cuando desean contraer matrimonio con otras determinadas personas.

Como se evidencia al ser usado por el Código el término contraer matrimonio (no utiliza sin embargo el Código, el término, unión matrimonial, en vez de matrimonio, como hubiera sido más consecuente) indica que estas prohibiciones deben ser tenidas en cuenta en todo caso por los contrayentes cuando pretendan unirse, tanto en matrimonio como en unión no formalizada, pues se trata de situaciones que atentan

[[]] Por el contrario, el error inexcusable, que no vicia el consentimiento es aquél en que sólo incurre una persona. muy ligera, negligente o anormal.

contra principios naturales biológicos, éticos o legales. De hecho, tales prohibiciones en matrimonios no formalizados (uniones matrimoniales) afloran sólo al momento de la pretensa legalización de datos, pero se regulan en el Código como prohibiciones de contraer y no de formalizar matrimonio, presumimos que en atención al contenido ético y humano que conllevan y que no debe violarse en ninguna circunstancia.

El Código de Familia no distingue en su preceptiva, las prohibiciones de contraer matrimonio de la capacidad requerida en los contrayentes, como en el pasado legislativo; agrupa todas las prohibiciones (las llamadas dirimentes y otra que deviene en determinadas circunstancias en la llamada impediente) en los mentados artículos 4 y 5 y expresa en los artículos 3 y 6 los impedimentos impedientes o simplemente prohibitivos, al regular los requisitos sólo de formalización del matrimonio, de autorización para ello, a los púberes que no han alcanzado la mayoría de edad y de presentación del certificado médico expedido por un centro asistencial estatal, si la mujer cuyo matrimonio se extinguió, se dispone a formalizar uno nuevo antes de transcurrir 300 días de dicha extinción. A ello se unen los requisitos para la formalización del matrimonio que establece la Ley del Registro del Estado Civil (Arts del 61 al 71) cuya infracción afecta la validez del matrimonio) (Art. 45 inciso 3 del Código de Familia). La exigencia de estos requisitos, devienen, como hemos dicho, utilizando la terminología doctrinal, aunque sin las formalidades del pasado, en impedimentos impedientes que hacen anulable pero no nulo el matrimonio

La capacidad expresada en sentido positivo, únicamente aptitud física natural (la edad) se regula sólo para la formalización del matrimonio (Art.3 C.F.)

Obviamente el Código no emplea en su preceptiva en esta materia la nomenclatura de impedimentos y su clasificación doctrinal, sino la de prohibiciones y relaciona éstas como hemos visto, como antónimos de la capacidad, como verdaderas incapacidades de contraer, asumiendo en ese sentido el legado histórico y doctrinal sobre ello. Precisamente, a la luz de ese legado histórico y doctrinal, valoramos, como ya hemos expresado, las prohibiciones de los artículos 4 y 5 del C..F. como impedimentos dirimentes o anulatorios en su totalidad (aunque el Código excepciona en determinadas circunstancias, el matrimonio de los impúberes) y los requisitos de formalización (Arts. 3 y 6 del C.F. y 61 al 71 de la Ley del Registro del Estado Civil) como impedimentos impedientes o simplemente prohibitivos que hacen sólo anulable el matrimonio y de posible convalidación, si la acción de nulidad no se ejercita dentro del plazo de seis meses a partir de la formalización del matrimonio (Art. 47, primero y segundo párrafo, C.F.).

Recordamos nuevamente, que profundizaremos en estos efectos al estudiar la institución de la nulidad del matrimonio formalizado, mas al regularse las prohibiciones también para el matrimonio no formalizado, se acrecienta la necesidad de un análisis pormenorizado en cada situación, si la unión matrimonial llega a legalizarse, valorándose en cada caso la aptitud legal al momento de iniciada la unión.

En cuanto a las prevenciones eugenésicas en materia de matrimonio no se establece en el Código de Familia prohibición alguna (tampoco se aplican reglas sanitarias al respecto) dado el desarrollo alcanzado por nuestro sistema de salud pública y sobre el control de enfermedades transmisibles. Tal vez cabria una reflexión de futuro, sobre la exigencia de certificado prenupcial en prevención del SIDA.

Es importante destacar, por último que estas prohibiciones de contraer matrimonio conforman a contrario-sensu el contenido esencial del concepto Aptitud legal que

definiremos más detenidamente al finalizar el comentario sobre estos artículos del Código.

3. Comentarios a los artículos 4 y 5 del Código de Familia sobre prohibiciones de contraer matrimonio.

3.1 Carencia de capacidad mental

Art. 4 inciso 1:

No podrán contraer matrimonio los que carecieren de capacidad mental para otorgar su consentimiento.

Constituyendo la voluntad de los contrayentes el principio fundamental en que se sustenta tanto el matrimonio como la unión matrimonial en nuestro país, es evidente que el consentimiento, la voluntad de las partes es trascendental, no sólo porque debe existir en todo caso, sino porque debe ser expresada con pleno discernimiento. De ahí que de no existir capacidad mental en alguno de los contrayentes no puede garantizarse que está presente la voluntad y el matrimonio no puede ser válido, pues los que no pueden consentir no tienen capacidad matrimonial y el matrimonio o unión contraída, adolecerá de nulidad absoluta.

¿A qué se refiere la capacidad mental? Debemos responder que no sólo a los dementes que tienen una pérdida total y absoluta de la razón, sino también a los imbéciles que presentan un retraso mental tal que les anula el discernimiento.

Es obvio que en esta materia la lucidez mental, como muy bien expresa un autor(10)"entra en funciones la Medicina Legal" y yo agregaría los avances de la ciencia médica en materias de Psiquiatría y Neurología y en general, comprende a los que no estuvieren en el plano ejercicio de su razón (el propio Código de Familia, los 42 califica integrándolos, como enajenados mentales, Art. 138, inciso 2) para otorgar su consentimiento, además de la gradación científica de ese ejercicio y su carácter, se refiere también en el caso del matrimonio a la presencia de cualquiera de las enfermedades catalogadas como alteradoras de la razón o con efectos o secuelas en ese sentido, como fiebre alta, conmoción cerebral, o que sin padecer de enfermedad se encuentro la persona en estado de delirio alcohólico, drogada, bajo estado hipnótico, etc. Baste que se carezca de capacidad mental para otorgar el consentimiento al momento de contraer el matrimonio... ¿o en todo tiempo anterior?. El Código de Familia no aclara esto como lo hacía el Código Civil hecho extensivo a Cuba en 1889, que se refería al pleno ejercicio de la razón "al tiempo de contraer matrimonio". Debe presumirse, aunque no se explicite en el Código de Familia, que se trata de la capacidad mental al momento de contraer matrimonio.

La otra pregunta que debamos hacernos es ¿Cómo se puede demostrar que no se carece de capacidad mental? ¿Es que la legislación positiva cubana exige a los contrayentes alguna certificación de capacidad para contraer matrimonio? No es así, lo cierto es que esta capacidad o lo contrario, la incapacidad debe ser apreciada por el funcionario ante el cual se formalice el matrimonio o por el Tribunal que reconozca la unión matrimonial, que valoraría en su caso a través de las pruebas admitidas en Derecho, esa capacidad mental en el momento de iniciarse dicha unión. En ese sentido el Código no se atiene a una incapacidad o capacidad legal, sino que se aprecia de hecho por quién autorice la formalización y se atendrá a otros medios de prueba si se formaliza con carácter retroactivo al momento de iniciada la unión, o lo hará el

Tribunal, si ésta se reconoce. Por demás, como sabemos, es un principio del Derecho Civil, presumir (iuris tantum) capacidad a toda persona natural, de manera que el que quiera impugnar (por razones de incapacidad de los contrayentes al momento de iniciada la unión o de la formalización) una unión matrimonial reconocida o un matrimonio, tendría que demostrar que se carecía de capacidad mental en ese tiempo preciso y probarlo.

En los matrimonios formalizados, es natural que el funcionario autorizado para la formalización (por excelencia Notarios y Registradores del Estado Civil, como veremos en su momento) aprecie la capacidad de los contrayentes y si abriga dudas fundadas en relación con la existencia de algún impedimento legal, como puede ser la carencia de capacidad mental, oirá a los contrayentes y dispondrá las investigaciones que estime pertinentes y según los resultados denegará o autorizará la formalización del matrimonio (Art. 69 de la Ley No. 51 del Registro del Estado Civil, Art. 64 inciso C y 79 del Reglamento de la Ley No. 50 de las Notarías Estatales, Resolución No. 70 del Ministro de Justicia de 9 de Junio de 1992). ¿Y si el que careciera de capacidad mental; estuviera aquejado de trastornos psíquicos crónicos, por ejemplo, se encontrara en el momento de iniciar la unión o formalizar el matrimonio, en un intervalo lúcido? Debemos aclarar que de las enajenaciones mentales sólo en el loco demente (dañado en sus células cerebrales o con otro tipo de trastorno psíquico profundo, esquizofrenia, por ejemplo) se admitirían en determinadas circunstancias, intervalos lúcidos. La imbecilidad por el contrario, (degeneración irreversible de las células cerebrales) no es superable y no admitirla intervalos lúcidos en ningún momento.

El matrimonio en intervalo lúcido, en el pasado fue objeto de polémica doctrinal(11)unos autores consideran no válido el matrimonio así contraído (formalizado) y otros si; basándose en el primer caso los teóricos españoles en los fines y principios del matrimonio (el matrimonio crea un estado jurídico permanente, deberes y derechos, que no podrían ser cumplidos, si el enajenado volviese al periodo de anormalidad) o en el segundo caso en razones de interpretación literal del artículo sobre la capacidad de los contrayentes contenido en el derogado Código Civil español extensivo a Cuba en 1889, además de razones éticas.

En esta materia, esta autora es del criterio, de que lo ideal sería que no se aceptaran razones fácticas, sino enteramente jurídicas y médicas: El intervalo lúcido es un estado en que la enfermedad se ha replegado y el desprovisto de razón la recupera transitoriamente (según la experiencia científica casi nunca se recupera la razón completamente y casi siempre se vuelve al estado de enajenación). Para ello sería necesario que existiera siempre una previa declaración judicial de incapacidad de la persona y un intervalo lúcido en ella, en que sólo el dictamen facultativo puede responder de la recuperación de la capacidad, tal y como acontecía en la testamentación activa en el derogado Código Civil de 1889. Mas, por el contrario, en el matrimonio, como hemos explicado antes, la carencia de capacidad mental no es necesario que esté declarada, sino que basta que exista la capacidad al momento de contraer matrimonio y sea apreciada así por la autoridad, con lo que la variante del intervalo lúcido, añadiría una disyuntiva aún más incierta para la apreciación y más aún cuando se trate de formalización del matrimonio con carácter retroactivo al momento de iniciada la unión o en el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada.

Ahora bien, no obstante estas disquisiciones, no he expresado un criterio sobre la

validez o no de los matrimonios así concertados. La pregunta que habría que hacerse es si, por los fines y la ética implícita en el matrimonio, a la par que la forma en que está redactada en el Código de Familia la prohibición de contraer matrimonio a los que carecieren de capacidad mental para otorgar su consentimiento, cabría admitir el intervalo lúcido en el matrimonio cubano, según la regulación vigente, teniendo en cuenta además, que el nuevo Código Civil Cubano (Ley No. 59 de 1987) nada expresa sobre los mentados intervalos lúcidos, en general, con lo que obviamente no los evita.

El profesor Tirso Clemente estima que además de los sólidos argumentos sostenidos en la doctrina y en la jurisprudencia para impedir el matrimonio del enajenado en intervalo lúcido, tampoco la redacción del artículo 4 inciso primero del Código de Familia permite como el anterior artículo 83 inciso 3 del derogado Código Civil español mantener en todo caso la validez del matrimonio, si había capacidad mental en los contrayentes "al tiempo de contraer matrimonio" que admitiría en ese tiempo preciso, la contingencia del intervalo lúcido.(12)

Podría argumentaras por el contrario, como ya adelantamos, que aunque el Código de Familia, no lo explicita, se trata de la capacidad mental para otorgar el consentimiento en el momento de contraer o de formalizar el matrimonio y no en otro y sólo a los fines de la lucidez mental para discernir la trascendencia del acto o del hecho jurídico en cuestión. Si a ello agregamos que en los finos del matrimonio se incluye el "cariño", la inclinación recíproca, la camaradería, el apoyo moral, la ayuda mutua en las situaciones difíciles, podríamos admitir con buen sentido que el contrayente sano desee ayudar al enajenado que recuperó la razón, si lo ama, y valorar que los deberes y derechos conyugales y paterno-filiales, aun en el matrimonio de personas capaces y absolutamente cuerdas pueden incumplirse por avatares de la vida o de la salud, superiores a la voluntad del hombre. Por último, en un estricto sentido técnico- jurídico, debe admitirse como válido el consentimiento otorgado en intervalo lúcido, puesto que como hemos expresado, la lucidez en plena razón que se exige es en el momento mismo de contraer o formalizar el matrimonio, ni antes, ni después.

3.2. Vínculo o ligamen anterior

Art. 4 inciso 2

No podrán contraer matrimonio los unidos en matrimonio formalizado o judicialmente reconocido

La prohibición se fundamenta en el principio de unidad del matrimonio monogámico, de manera que pueda y deba existir en un mismo tiempo, un solo matrimonio válidamente contraído. De esta suerte para que la prohibición exista, es necesario que ese matrimonio anterior no sólo sea válido sino que no haya sido disuelto legalmente. Este impedimento dirimente o anulatorio (como ya expresamos en páginas anteriores la presencia de esta prohibición produce la nulidad absoluta del matrimonio formalizado o del reconocido en su caso) se refuerza penalmente para el matrimonio formalizado al configurarse el delito de bigamia, previsto y sancionado en nuestra legislación vigente, con hasta un año de privación de libertad (Art. 307, Ley No. 62 de 1987 Código Penal cubano) y cuyo antecedente como figura punible se remonta al Derecho Romano, sustentador del matrimonio monogámico. Aunque el Código de Familia establece esta prohibición de contraer matrimonio y no de formalizar matrimonio, es lo cierto que como apreciamos, la tutela penológica se ofrece

únicamente al matrimonio formalizado(13)porque ciertamente no se integra el delito cuando se trata de una unión matrimonial posterior a otra que se contrajo anteriormente (Concomitancia de uniones matrimoniales no formalizadas)ni cuando se inicie una unión no formalizada, estando vigente el matrimonio formalizado anteriormente contraído por una de las partes, ni cuando unido consensualmente en unión matrimonial no formalizada se formalice matrimonio con otra persona. En tales casos no hay bigamia propiamente dicha. Para que ésta se configuro conforme a Derecho, debe pre-existir un matrimonio formalizado no extinguido y uno de los contrayentes formalizar otro matrimonio con tercera persona, considerándose bígamos a estos últimos contrayentes (a ambos) que actuaron maliciosamente. El nuevo matrimonio así contraído como hemos adelantado, es nulo de nulidad absoluta y no obstante se produzca la posterior disolución del primer matrimonio, por causa de muerte, por ejemplo, no se convalida al segundo en ninguna circunstancia. También resulta improcedente o inexacto en la práctica la prohibición de contraer matrimonio pre-existiendo un matrimonio reconocido judicialmente, como se enuncia en el precepto que comentamos, pues aunque no hemos estudiado todavía más profundamente la figura del reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado, es lo cierto (y adelantamos esto) que la sentencia judicial que declara el reconocimiento del matrimonio no formalizado, dispone sólo sobre el tiempo que duró la unión, que estaba ya extinguida (por muerte o por abandono de una de las partes) al momento de establecerse ante el Tribunal la demanda para el reconocimiento. De manera que un matrimonio reconocido por el Tribunal nunca debe ser un matrimonio existente sino que existió en el pasado y de ninguna manera puede ser obstáculo para formalizar un nuevo matrimonio.

Si la protección Penal sancionadora de la bigamia alcanza sólo al matrimonio formalizado (no a la unión matrimonial, ni al matrimonio reconocido) desde el punto de vista civil surge tanto para la formalización como para el reconocimiento, la valoración de haberse obrado de buena fe (ambos contrayentes o uno de ellos) al desconocerse la existencia del vínculo formalizado anterior, o sea puede aplicarse la doctrina del matrimonio putativo que ya estudiamos. Para que ésta se aplique sería necesario siempre la presencia de un previo matrimonio formalizado y el desconocimiento de buena fe por ignorancia o error excusable de la existencia de ese matrimonio ya sea al formalizar uno nuevo o al pretender reconocer una unión matrimonial subsistiendo el ligamen anterior. En este último caso (de uniones matrimoniales) de sostenida frecuencia en nuestro país, por la importante incidencia de uniones libres y el no suficiente conocimiento del Derecho (muchas personas inician una unión matrimonial porque se creen sin malicia divorciadas por la simple separación o por haber sólo iniciado los trámites del divorcio, o consideran que una unión consensual en todo caso tiene efectos aún sin aptitud legal en los contrayentes, cuando no, ignoran uno de ellos o ambos de buena fe la existencia del vínculo anterior) es lo cierto que son acreedores si actuaron sin intención dolosa de los beneficios del matrimonio putativo (que llamaremos en este caso con más propiedad unión matrimonial putativa). El beneficio de, la unión matrimonial putativa puede extenderse a la situación posible de partir como precedencia de una unión matrimonial no formalizada.

Los efectos del matrimonio putativo o de la unión matrimonial putativa son los de anular ese posterior matrimonio si es formalizado o los de no reconocer judicialmente el matrimonio sí se trata de una unión no formalizada, pero este segundo vínculo aunque nulo o no reconocido como matrimonio surtirá plenos efectos legales para los

hijos habidos en el mismo y para el cónyuge que haya obrado de buena fe (Art. 48 y 18 segundo párrafo, C.F.). Situación esta última y la que puede acontecer, de uniones no formalizadas concomitantes que estudiaremos más detenidamente al tratar sobre el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada.

Obviamente obrar de mala fe no genera tales derechos en el orden civil en favor de ninguno de los contrayentes, aunque siempre queden protegidos los hijos, no responsables en definitiva de la acción de los padres.

Abundaremos, como ya hemos expresado también antes, en estos efectos, cuando estudiemos la nulidad como causa de extinción del matrimonio formalizado.

3.3. Impubertad legal.

Art. 4 inciso 3

No podrán contraer matrimonio las hembras menores de 14 años y los varones menores de 16 años.

El precepto se refiere indirectamente a una edad límite para contraer matrimonio (14 años las hembras y 16 años los varones) y la prohibición absoluta de contraerlo por debajo de esas edades. La edad límite o mínima de 14 y 16 años establecida por el Código de Familia se basa en la presunción legal de que al arribarse a ellas se está apto para la vida carnal de la pareja, se ha arribado a la pubertad física (etapa de la vida en que se manifiesta la aptitud para la reproducción) presumiéndose entonces que la pubertad legal debe coincidir con la pubertad física.

La impubertad legal indica por el contrario que por el hecho de no haberse arribado a esas edades límites de 14 y 16 años no se está apto para el matrimonio y de ahí la prohibición.

Contraer matrimonio (entiéndase implícitamente unirse en matrimonio no formalizado) siendo impúberes los dos contrayentes o uno solo de ellos, conlleva en principio la nulidad absoluta del matrimonio formalizado en su caso, o al no reconocimiento de la unión no formalizada, mientras se fuera impúber.

Mas, como todo principio de Derecho basado en una presunción iuris tantum, admite prueba en contrario, y es que a pesar de no presumirse la aptitud para el coito y la fecundación en menores de 14 años la hembra y 16 años el varón, en la vida real, la naturaleza a veces ("malicia" dice la doctrina) se impone a la edad, anticipándose la pubertad fisiológica a la legal, haciendo surgir de esa unión la procreación.

Así, si se logra formalizar el matrimonio, existiendo esta prohibición, en ambos o uno de los contrayentes y la mujer queda encinta, o continúa la pareja viviendo junta, sin haberse establecido reclamación en juicio contra la validez de ese matrimonio, alcanzándose por el transcurso del tiempo la pubertad legal, el matrimonio queda convalidado ipso facto y sin necesidad de declaración expresa (Art. 47 tercer párrafo del C.F.). 0 sea, ipso facto e ipso juro (de hecho y de derecho) se convalida el matrimonio formalizado no obstante la presencia de esta prohibición.

Es necesario que insistamos que basta que uno de los contrayentes sea impúber para que pueda solicitarse la nulidad absoluta de esa unión y que las razones de convalidación de la misma explicadas anteriormente pueden darse, tanto si la mujer fuere púber y el marido impúber, como viceversa, o si ambos fueren impúberes (en este caso, cuando se trate del transcurso del tiempo, el matrimonio se convalidará cuando

llegue a la pubertad el último que la alcance).

La mayor complejidad, como se infiere de lo anterior con relación a esta prohibición, se presenta en el proceso de reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, cuando uno o ambos contrayentes eran impúberes al momento de iniciada la unión. En este caso sólo es posible reconocer la unión retroactivamente considerando desde el momento en que había aptitud legal en ambos (ambos púberes) o quepa aplicar por extensión, las razones de convalidación del matrimonio formalizado del Art. 47 tercer párrafo del C.F. que acabamos de mencionar, si la mujer quedó encinta.

La pubertad, en el orden físico, o fisiológico, no se refiere necesariamente a una edad fija o inconmovible para todas las personas y para todos los pueblos o culturas de la humanidad; tiene variaciones de individuo a individuo y está fuertemente influenciada por el clima de cada región. La pubertad en el orden legal ha sido la respuesta de cada sistema de Derecho, tratando de atemperar ésta, a las condiciones más generales existentes. Así, desde Roma, la pubertad en la mujer se alcanzaba a los 12 años, dada la precocidad del sexo femenino en el orden fisiológico y en un clima mediterráneo. La pubertad masculina, por el contrario, fue objeto de polémica doctrinal en ese Derecho y el fruto de una maduración conceptual (recuérdese la discusión entre sabinianos y proculeyanos) prevaleciendo al fin, la edad de 14 años para la pubertad masculina.

El Derecho Canónico partió de estas edades romanas, más las elevó a 16 años el varón y 14 años la mujer.

El Derecho Histórico español(14) y el Código Civil español extensivo a Cuba en 1889, derogado, acogieron la doctrina romana de 12 y 14 años, copiando la edad-tipo de la nubilidad que ofreció este Derecho.

El Código de Familia, elevó la edad para la pubertad legal, como vemos, a 16 años cumplidos el varón y 14 años cumplidos la mujer; creemos que, entre otras razones, porque en materia de matrimonio no debe primar sólo una concepción fisiológica o sexológica (no está como sabemos entre los fines del matrimonio cubano, la procreación) aunque tampoco debe subestimarse ésta. Hay razones eugenésicas y de responsabilidad social que aconsejaron al legislador exigir más edad para fijar la pubertad legal: evitar enlaces demasiado prematuros, perjudiciales para los contrayentes (no cercenar las posibilidades de éstos de continuar el ciclo de instrucción escolar) y sobre todo para la prole, (evitar el nacimiento de niños enfermos o distróficos). Exigir, en suma, más juicio y responsabilidad para la vida matrimonial.

Mas, no obstante estas justas prevenciones, considera esta autora, que aún esas edades son precoces, para que pueda formalizarse un matrimonio con responsabilidad, aún mediando la autorización de los padres y otras personas (Art. 3 C.F.). Autorización, que obviamente no procede exigir para el reconocimiento judicial de la unión matrimonial, de jóvenes púberes pero menores de edad, que así iniciaron su unión consensual de facto. Mas estas disquisiciones corresponden a los comentarios que en su momento haremos sobre los requisitos de formalización del matrimonio. Baste recordar ahora que estamos tratando de la prohibición absoluta de contraer matrimonio (con las posibilidades de convalidación estudiadas) a los menores impúberes.

3.4 Parentesco[1]

Art. 5 inciso 1

No podrán contraer matrimonio entre si los parientes en línea directa, ascendiente y descendiente, y los hermanos de uno o doble vínculo.

Con este inciso, iniciamos el estudio del Art. 5, que trata de las llamadas prohibiciones relativas de contraer matrimonio y que sólo afectan a las personas cuando pretenden unirse a otras determinadas personas, pues sólo en esa unión puede darse la prohibición. De ahí el carácter relativo del impedimento, que no interfiere contraer matrimonio si se tratara de otra persona. La relatividad no implica que la prohibición para esas personas pueda establecerse con efectos de nulidad relativa, muy al contrario, los efectos de este impedimento (dirimente o anulatorio) son, como ya hemos conocido antes, de nulidad absoluta.

El parentesco consanguíneo en determinado grado de proximidad fue objeto de prohibición del matrimonio en las leyes romanas (entre parientes en línea recta, descendente y ascendente y en la línea colateral, no era posible el matrimonio entre hermanos). También se establecieron otras prohibiciones (entre tío y sobrina) (15) entre parientes por afinidad (parientes de un cónyuge con respecto al otro cónyuge) lo establecieron hasta el infinito en la línea recta (suegro con nuera, o suegra con yerno y padrastro con hijastra o madrastra con hijastro) y en la colateral sólo hasta el segundo grado (cuñado y cuñada). Mas, la extensión de estas prohibiciones de matrimonio por razones de parentesco de afinidad, se deben más bien, a la influencia de la religión, mantenida por los emperadores cristianos (16) que se orientó en el sentido de dotar al impedimento de afinidad de la misma amplitud que tenía el de consanguinidad, que en el Derecho Canónico llegaba hasta los primos segundos (cuyos abuelos son hermanos). De esta manera, según la ley eclesiástica, el viudo o viuda no podía contraer matrimonio válido con ninguno de sus afines (familia política) en línea recta, fuera ésta ascendente o descendente; tampoco podía hacerlo en la línea colateral, con los hermanos, tíos, sobrinos o primos de su cónyuge difunto.[2]

Actualmente el impedimento de parentesco consanguíneo o afín, lo regula el Código de Derecho Canónico en el sentido, de que es siempre impedimento, el parentesco consanguíneo en línea recta (padres, hijos, etc.) en la línea colateral hasta el cuarto grado inclusive (primos hermanos) y el parentesco por afinidad sólo es impedimento en la línea recta, habiéndose suprimido finalmente en este tipo de parentesco todo impedimento en la línea colateral.(17)

---

[1] Queremos recomendar a los alumnos que a esta altura de la materia de esta asignatura, no les ha correspondido todavía estudiar el parentesco, tanto consanguíneo, como por afinidad,- que adelanten conocimientos básicos (resumidos) para la mejor comprensión de este impedimento. En este sentido recomendamos consultar las "Orientaciones para el estudio de la asignatura Derecho de Familia" de esta autora-Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, EMPES, 1987, pp. 73, 74, 75. (Orientaciones para el curso dirigido).

[2] Sin embargo, en la antigüedad (Leyes de Moisés) el cuñado estaba obligado a casarse con la viuda de su hermano difunto, si ésta no había concebido hijos del mismo (obligación que se conoce con el nombre de levirato). En el libro "Derecho de Familia" de Sara Montero Duhalt, Editorial Porrúa, S.A. 4ta edición, México, 1990 Capt. I, se expresa que: 'Forma específica de la poliginia (un solo varón marido de varias mujeres aclaración de esta autora) son el hermanazgo, el levirato y el sororato. Consiste el primero en el derecho de contraer matrimonio con las hermanas menores de la primera esposa. El levirato fue la práctica por la cual el hombre tenia el derecho de casarse con la viuda de su hermano. El sororato a su vez, consistía en el derecho del marido de casarse con la hermana de su mujer, cuando ésta era estéril".

El derogado Código Civil español extensivo a Cuba en 1889 en su redacción original prohibía (impedimento dirimente o anulatorio) contraer matrimonio entre si a ascendientes y descendientes consanguíneos o afines Usque ad infinitum, y a los colaterales consanguíneos hasta el cuarto grado (hasta primos). En el parentesco por afinidad en la línea colateral podía también llegar la prohibición hasta el cuarto grado. (Recuérdese que esta preceptiva del Código Civil Español fue modificada, según estudiamos en el primer módulo, en el epígrafe "Relación de las principales leyes concernientes a la familia a través de la historia de Cuba colonial y neo-colonial"; precisamente por la Orden No. 487 de 1900 del gobierno interventor norteamericano, que invitamos a releer).

> En ese sentido, la tendencia legislativa en nuestro país, ha sido, desde principios de siglo, eliminar las prohibiciones por razón del parentesco por afinidad, y reducir en cuanto a los colaterales consanguíneos, la incapacidad, al segundo grado, o sea, hasta hermanos y medios hermanos.

Con el conocimiento de estos antecedentes volvamos sobra la prohibición establecida en el Art. 5 inciso primero del Código de Familia, para que apreciemos cómo la prohibición de contraer matrimonio (implica también como sabemos prohibición de unirse consensualmente) se reduce a parientes (presumimos que consanguíneos, aunque no aclara el Código) en línea directa hasta el infinito. En cuanto al propio parentesco consanguíneo, se ha reducido en la línea colateral al segundo grado (hermanos de uno o doble vinculo) con lo que ahora es posible el matrimonio entre tío y sobrina o sobrino y tía y entre primos entre si; y como parece ha desaparecido la prohibición de contraer matrimonio con los parientes por afinidad, pueden casarse suegro y nuera, suegra y yerno, padrastro con hijastra a hijastro con madrastra, cuñado y cuñada, etc. Hacemos esta prevención (parece) porque no queda claro que el término parientes se refiera únicamente al parentesco consanguíneo, ya que el propio Código se refiere al regular el parentesco a ambos tipos de parentesco (consanguíneo y por afinidad, Arts. 117 al 120 del C.F.). Ante el silencio del Código sobre qué tipo de parientes se integra la prohibición en la línea directa ascendente y descendente, podría admitirse teóricamente que se incluyen los parientes por afinidad en esa línea (criterio al que no nos adherimos, categóricamente). Se trata, además de situaciones que son muy excepcionales, aunque pueden acontecer, sin duda.

Lo terminante es, que entre colaterales, si sólo la prohibición se reduce a los hermanos o medios hermanos, eliminándose toda duda, sobre otra prohibición en la línea colateral, tanto en el parentesco consanguíneo, como en el de afinidad.

El hecho de que tal prohibición se observe no sólo al momento de la formalización del matrimonio, sino en las uniones matrimoniales no formalizadas, nos obliga a reflexionar sobre las razones de este impedimento dirimente.

Las relaciones sexuales entre parientes consanguíneos en línea directa (padre e hija, hijo y madre, etc. ) o entre hermanos de uno o doble vinculo, constituyen una deleznable perversión o degeneración sexual y moral, un tabú, ahora prácticamente universal, que atenta contra el normal desarrollo de la familia, integrando por ello un delito, el de incesto, previsto y sancionado en nuestro Código Penal vigente (Ley No. 62 de 1987) con sanción de privación de libertad de hasta cinco años, si las relaciones sexuales tienen lugar entre ascendiente y descendiente y hasta un año si tienen lugar entre hermanos.

No obstante, en otras culturas y etapas de la evolución histórica, este tipo de

relaciones no eran sancionadas, sino más bien sustentadas por la religión y las costumbres (recuérdese a los egipcios, por ejemplo).

En nuestra propia herencia legislativa como colonia española afrontamos una regulación de este delito "insuficiente e imprecisa", por haber sido el Derecho Penal español contrario a su punibilidad, "excepto en los casos en que se violaran otros bienes o intereses jurídicamente tutelados".(18) Pero su regulación se ha ido perfilando en las sucesivas leyes penales por cuanto tiene de importancia condenar penalmente una conducta que atenta contra el normal desarrollo de la familia.

De esta suerte, quién inicia una unión matrimonial con este impedimento de parentesco consanguíneo en las líneas y grados expresados, no sólo afronta la prohibición de la ley familiar, que puede o no desconocer, mientras no formalice o reconozca, sino que incurre en un delito que se integra con la sola realización de actos sexuales.

Otras razones de prohibición se basan en factores eugenésicos: la prole procreada de estas uniones sexuales puede adolecer de graves defectos físicos, como sordomudez, epilepsia, ceguera, retraso, mental y hasta locura.

Dentro de esta prohibición general del parentesco trataremos de inmediato la adopción, por considerarse absolutamente idéntica. La relación adoptiva a la relación paterno-filial, una vez instituida la llamada adopción plena por el decreto-Ley No. 76 de 1984 que en ese sentido modificó, para lograr tal identidad, la preceptiva del Código de Familia en esa materia, lo que con más detenimiento estudiaremos en su momento. Baste conocer ahora, que entre adoptante y adoptado se establecen los mismos deberes y derechos que entre padres e hijos, surgiendo un vínculo jurídico o parentesco tal, como si se tratara de un parentesco consanguíneo; que une también al adoptado con el resto de la familia del adoptante, convirtiéndose en el nieto de los padres del o de los adoptantes y en el hermano de los hijos de esos padres adoptivos, etc., siendo este vínculo irrevocable, por principio, una vez constituido.

Veamos, cómo se establece la prohibición.

Art. 5 inciso 2

No podrán contraer matrimonio entre al, el adoptante y el adoptado.

Podríamos aplicar, para el caso de adopción, cuánto hemos comentado en el inciso 1 anterior, de este propio artículo 5, relacionado con el parentesco consanguíneo entre ascendientes y descendientes y entre hermanos de uno o doble vínculo y con ello dar por concluido el comentario de este inciso, más es necesario detenernos en algunas consideraciones.

Ante todo, la prohibición se establece sólo entre adoptante y adoptado y nada más se dice.

En el derogado Código Civil español, la prohibición se extendía a los cónyuges respectivos de adoptante y adoptado (o sea el cónyuge viudo del adoptante no podía casarse con el adoptado y el cónyuge viudo del adoptado no podía casarse con el adoptante); y a los descendientes legítimos del adoptante que tampoco podían contraer matrimonio con el adoptado, mientras subsistiera la adopción (esto último derogado por el artículo VIII de la Orden Militar, 487 de 1900).

El silencio del Código de Familia sobre la posible extensión de las prohibiciones mediando adopción, podría dar lugar a algunas elucubraciones, pues no obstante

partirse ahora de la identidad absoluta entre el vínculo paterno filial y el adoptivo, es lo cierto que se trata de un tipo de parentesco basado en una ficción legal, en el cual los lazos de sangre realmente no existen, pudiéndose llegar a situaciones extremas por el carácter irrevocable que ahora se le confiere a la adopción...Por ejemplo: ¿Las relaciones sexuales consumadas por el amor surgido entre un hijo adoptivo y la hija consanguínea de sus padres adoptivos (realmente su hermanastra legal) integra el delito de incesto? ¿0 les está prohibido el matrimonio por las mismas razones eugenésicas y morales que entre hermanos consanguíneos.7

Son preguntas inquietantes tanto en el orden penal como civil familiar que demandan meditación y fundamentan la posible flexibilización del principio de irrevocabilidad absoluta de la adopción.

Por supuesto, contraer o formalizar matrimonio, estando presente esta prohibición establecida en el Código de Familia, acarrea en el orden civil la imposibilidad del reconocimiento judicial de esa unión o la nulidad absoluta del matrimonio así formalizado.

La adopción que genera lo que se denomina en la doctrina, el parentesco legal, o parentesco civil o cognación legal, se aduce como prohibición del matrimonio desde el Derecho Romano y ha sido establecido con más o menos rigor por el Derecho Canónico el que remitió a la legislación civil de que se tratara, la consideración sobre la naturaleza y los efectos de esta prohibición, modificando esto posteriormente y estipulando sus propias reglas en cuanto a la naturaleza del impedimento y en cuanto a su extensión, manteniendo la prohibición en el mismo sentido que como la establecía el derogado Código Civil español, extensivo a Cuba desde 1889.

### 3.5 Relación cuasi familiar

Art. 5 inciso 3

No podrán contraer matrimonio entre si el tutor y el tutelado.

La prohibición surge del Derecho Romano, con, ninguna ascendencia en el Derecho Canónico. Se trata en suma de un impedimento de orden legal (acogido en algunas legislaciones y en otras no) cuya entidad doctrinal no era dirimente, sino impediente o simplemente prohibitiva, porque si bien impedía el matrimonio no lo anulaba si este se había contraído a pesar de la prohibición; dando lugar a determinadas sanciones o limitaciones que no afectaban la validez del mismo.

Este es el tratamiento histórico-doctrinal, pero no exactamente el que establece el Código de Familia al regular esta prohibición, para la que dispone efectos de nulidad absoluta, tal vez porque la naturaleza de la institución de la tutela en nuestra realidad económico-social y en nuestra legislación positiva, tiene otro sentido, no fundamentalmente de resguardo del patrimonio del tutelado, como en el pasado, lo que apreciaremos en su oportunidad al estudiar la institución de la tutela. Por ello hemos calificado la prohibición como la que surge de una relación cuasi-familiar, enfatizando los valores morales y de reemplazo de la familia consanguínea en la atención y cuidado del menor (descartamos por razones obvias la tutela del incapaz en asuntos de matrimonio) más que en la función de administrador de los bienes y representante legal de éste, que también ejerce el tutor.

Ningún comentarista de este impedimento no anulatorio del pasado, hubiera denominado así a esta prohibición, pues basaban la existencia de ella, únicamente en

razones económicas –¿Por qué se prohíbe al tutor que se case con el pupilo?-. Se preguntaba el antecesor de esta Cátedra muchos años atrás, José Guerra López: "Por razones económicas, -afirmaba- el tutor administra los bienes del pupilo y como las cuentas de la tutela tienen que ser aprobadas por el Consejo de familia, o por el mismo al llegar a la mayoría de edad, para que no lo perjudique se prohíbe que se case con el pupilo". A esta conclusión se arribaba también por la forma de redacción de este impedimento en el derogado Código Civil español que establecía la prohibición del matrimonio con el tutelado, no sólo al tutor, sino a sus descendientes hasta que concluida la tutela se aprobaran las cuentas a su cargo, salvo el caso que el padre de la persona sujeta a tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento o escritura pública-. Si a esto agregamos que la tutela la ejercían por lo general los hombres, porque a las mujeres, le era deferida la tutela en casos excepcionales, completamos el cuadro del tutor enamorando a la pupila para evadir los fraudes cometidos en la administración de su patrimonio y de ahí el resguardo que implicaba la prohibición.

Obviamente éstas no pueden ser las razones que han movido al legislador del Código de Familia a mantener este impedimento en nuestra sociedad sustentada en otra estructura económico-social y en otros principios éticos; sino que deben fundamentarse en las verdaderas relaciones cuasi-familiares que entraña la tutela, institución sustitutita de la familia ausente, que ya no administra cuantiosos patrimonios, ni representa legalmente a acaudalados pupilos.

Aunque no se explicite en el precepto, se supone que la prohibición se mantiene mientras tutor y tutelado ocupen tales posiciones (prohibición que comprende solo a ellos); mas, concluida la tutela y rendidas las cuentas por el tutor o la tutora; éstos dejan de serlo y pueden contraer matrimonio con el ex-tutelado o tutelada, con lo que la prohibición tiene características de transitoriedad coyuntural.

Los efectos que provoca violar esta prohibición en el matrimonio formalizado, acarreando la nulidad absoluta del mismo, no se compadecen con la entidad real de la violación a pesar de sus implicaciones éticas y apartan drásticamente el tratamiento de este impedimento de su trayectoria histórico-doctrinal, que lo ha considerado, como hemos dicho, un impedimento simplemente impediente o prohibitivo, pero no dirimente.

La situación toma características muy singulares, cuando además es prohibición de contraer matrimonio, o sea prohibición de que el tutor inicio una vida conyugal no formalizada con Textel menor sujeto a tutela, lo que implica que si se trata a posteriori de reconocer judicialmente el matrimonio, la retroacción de los efectos sólo sería admisible desde que ambos tenían aptitud legal, ya por razones de edad del menor, ya por no estar presente este impedimento.

### 3.6 Conyugicidio

Art. 5 inciso 4

No podrán contraer matrimonio entre si, los que hubiesen sido condenados como autores o como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos.

Arribamos a la última de las prohibiciones relativas que establece el Código de Familia, enunciada de la misma manera que lo estaba en el derogado Código Civil español extensivo a Cuba en 1889 (Art. 84 inciso 4) que a su vez lo heredó del Derecho Canónico.

La prohibición se basa en una situación bastante sui-generis y de hecho excepcional en estos momentos de tan fácil tramitación del divorcio o de tan perecederas uniones libres. Se trata de eliminar físicamente al cónyuge o "compañero" para que liberado el otro del vínculo pueda contraer o formalizar matrimonio con una tercera persona que está consciente de esta acción o cooperó efectivamente para ella. Es necesario que resulte la muerte del cónyuge legal o entre nosotros, también del contrayente de unión no formalizada (conyugicidio) y que ésta se haya perpetrado con la intención de contraer o formalizar matrimonio, la parte así liberada del vínculo y una tercera persona que conoce y está de acuerdo con la intención o acciona físicamente para producir la muerte. Por ello se debe distinguir el conyugicidio propiamente dicho (dar muerte al propio cónyuge o "compañero")[□□] y el conyugicidio impropio (dar muerte al cónyuge o "compañero" de aquél con quien se pretendo contraer o formalizar matrimonio) y el conyugicidio con cooperación mutua (uno de los cónyuges o "compañeros", con tercera persona, con una colaboración mutua, física o moral, causan la muerte del otro cónyuge o "compañero") siempre con el propósito de unirse a la otra persona. La prohibición del matrimonio se establece para no premiar el crimen de los amantes complotados, aunque éstos no hayan cometido adulterio.

Reproduzco esta elocuente y dramática cita: "El nuevo matrimonio jamás será tranquilo y feliz; el recuerdo de lo pasado inspirará serios temores para el porvenir, el espectro de la víctima rondará el lecho nupcial manchado y los verdugos la verán, aunque pierdan la vista como el héroe de la tragedia griega". (20)

Además de estos remordimientos, se podía agregar, los verdugos serán reos como autores o como autor y cómplice del delito de asesinato y no podrán como castigo en el orden civil, contraer matrimonio entre si-. Si lo hubieran hecho, no obstante, el matrimonio así formalizado sería nulo de nulidad absoluta y el pretenso reconocimiento judicial de la unión no formalizada inalcanzable o nulo, en su caso.

Mas, es preciso explicar otros pormenores de este impedimento bastante excepcional en estos momentos, aunque no imposible, para el que más de un estudioso del Derecho de Familia en nuestro país, ha pedido su supresión, si bien con mentalidad más conservadora los legisladores lo han mantenido en los sucesivos cuerpos legales.

La evolución histórica de este impedimento dirimente se remonta al Derecho Romano, asociado al delito de adulterio que era impedimento de matrimonio para los adúlteros entre si y más tarde con un desarrollo más completo por el Derecho Canónico (como consecuencia lógica de prohibir el divorcio desvinculatorio y condenar el concubinato) dentro del llamado impedimento crimínis que comprendía las variantes de adulterio, de adulterio con conyugicidio y de conyugicidio con conspiración mutua. Este último no requería que se cometiera adulterio sino sólo que se infiriera la muerte al cónyuge por acción física o moral puesta por ambos complotados.

Es obvio que el conyugicidio que recogen las legislaciones civiles y canónicas y que recrea la doctrina clásica, parte del matrimonio legalizado, justas nupcias o matrimonio canónico o civil y nunca del concubinato, situación que sólo es admisible para nuestro Código de Familia.

---

[□□] Insistimos en la palabra "compañero" o "compañera" porque así se denomina en nuestro país, popularmente, a la persona con quién se convive en unión matrimonial no formalizada, relegándose la más propia de "concubino" o "concubina" para aludir a situaciones que requieren un calificativo despectivo o implican por si misma menosprecio.

La variante del adulterio y la última del impedimento criminis (conyugicidio con conspiración mutua) fueron las recogidas por el derogado Código Civil español. El adulterio fue derogado como prohibición de matrimonio entro los condenados por ese delito por sentencia firme, por la ya mencionada OM No. 487 de 1900; el conyugicidio con conspiración mutua pervivo hasta nuestros días regulado en el Código de Familia.

El vigente Derecho Canónico ha realizado una reducción del ámbito de aplicación del impedimento de crimen, limitándolo ahora solo al supuesto en que media la efectiva muerte del cónyuge, atemperándolo a las tendencias más modernas en cuanto al tratamiento del adulterio.

Como el Código de Familia, regula esta materia también para la unión no formalizada, debemos detenernos a analizar si este impedimento puede valorarse con carácter retroactivo en una pretendida demanda de reconocimiento judicial de la unión matrimonial. La situación tiene que ver también con el cumplimiento de la sanción impuesta por el delito cometido. Se supone que la sanción no se impone si no hay sentencia firme en proceso penal y para ello debe quedar esclarecido el hecho punible. Si estos presupuestos no se dan, o dándose, queda demostrado que la muerte fue provocada por otra causa y no con la intención de unirse entre los complotados, no se configura el conyugicidio que en términos penales, puede implicar parricidio, un tipo de asesinato calificado si se comete por un cónyuge (de matrimonio formalizado o no) en la persona del otro cónyuge o "compañero".(21) Más, cumplida la condena se suponen libres los amantes para unirse en matrimonio formalizado o no. Este debe ser también el límite de la aptitud legal para el pretendido reconocimiento (el cumplimiento de la sanción).

Cualquier otra situaci6n que no integre los presupuestos exigidos en la ley familiar (incluso mediando real asesinato no descubierto, o no probado, o con otros móviles) es irrelevante como prohibición de contraer matrimonio.

El Código Penal Cubano vigente (Ley No. 62 de 1987) comprende dentro de la figura delictiva de asesinato al delito de parricidio mencionado, sin denominarlo de esta manera y que se integra cuando de propósito se da muerte a un ascendiente o descendiente o al cónyuge (sea de matrimonio formalizado o no) sancionándolo con privación de libertad de quince a veinte años o muerte. El Código Penal, por supuesto también condena la participación, exigiendo responsabilidad penal tanto a los autores como a los cómplices (Art. 18) estableciendo como principio que la sanción imponible al cómplice es la correspondiente al delito, rebajada en un tercio en sus límites mínimos y máximo (Art. 19).

Hasta aquí los comentarios sobre las prohibiciones de contraer matrimonio, que espero los propios alumnos contribuyan a enriquecer.

4. Tutela penológica a la observancia de contraer matrimonio sin la presencia de prohibiciones legales.

Si estas prohibiciones en el orden del Derecho de Familia se infringieran, lográndose no obstante ellas, consumar el matrimonio y no tuvieran más respuesta que provocar la nulidad civil del acto inválido (recuerdo que todas las prohibiciones analizadas la provocan excepto el matrimonio o unión entre impúberes en determinadas circunstancias) no estaría suficientemente protegida la institución del matrimonio; por ello se prevé también una respuesta en el orden penal.

Esta es la razón por la que el Código Penal vigente (Ley 62 de 1987) prevé y sanciona el delito de matrimonio ilegal (Art. 307) como un delito contra el normal desarrollo de la familia. El precepto en cuestión establece que el formalizar matrimonio, no obstante existir una prohibición legal, acarrea para quién lo realice; la imposición de una sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas. Como se evidencia se trata de exigir responsabilidad a los contrayentes en el acto de matrimonio formalizado. La exigencia no se hace para el matrimonio reconocido, por trataras el reconocimiento de un proceso ordinario ante el Tribunal con alegación de pruebas que al ser valoradas por éste propiciaría percibir en su caso, la existencia de una prohibición.

La prohibición legal puede ser cualquiera de las que hemos comentado que se refieren a los artículos 4 y 5 del Código de Familia; excepto formalizar matrimonio a sabiendas de la existencia de un vínculo o ligamen anterior, que da lugar al delito de bigamia, que es también un matrimonio ilegal, pero que por sus características se regula como delito autónomo. Asimismo se le exige en general responsabilidad administrativa al funcionario público (Notario o Registrador del Estado Civil) que autorice la formalización de un matrimonio, sin cuidar que se cumplan los requisitos exigidos por la ley.

Completado así el estudio de las prohibiciones absolutas y relativas de contraer matrimonio, debemos ahora referirnos al concepto de aptitud legal estrechamente vinculado con ellas como veremos a continuación.

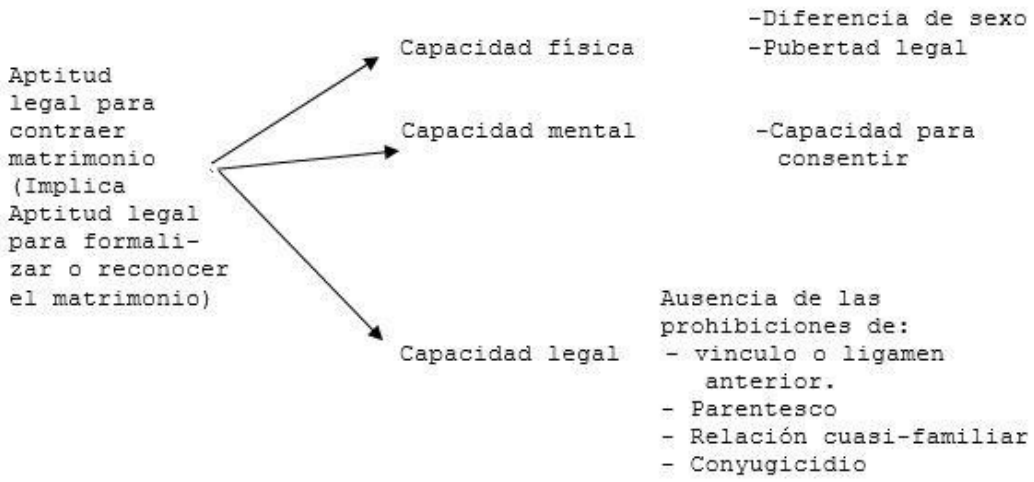
5. Aptitud legal. Concepto

Cuando iniciamos este tema de las prohibiciones de contraer matrimonio, refiriéndonos a los antecedentes histórico-legales de las mismas, resaltamos lo necesario de no desconocer distinciones doctrinales precisas (si bien estrechamente vinculadas) entre capacidad de los contrayentes y prohibiciones de contraer matrimonio, por cuanto las prohibiciones expresadas en sentido negativo, contenían implícitamente su contrario, y aludían a la capacidad de los contrayentes.

Si partimos en sentido positivo de la capacidad, que se refiere a los requisitos o presupuestos necesarios para contraer matrimonio, con más propiedad, para formalizarlo, se exigiría ante todo una capacidad o aptitud natural, una absoluta lucidez mental para otorgar el consentimiento, madurez sexual (pubertad legal) y diferencia de sexo (heterosexualidad). En el orden legal, se exigiría precisamente que no estuvieran presente prohibiciones legales de contraer matrimonio.

Así las cosas, capacidades y ausencia de prohibiciones conforman el concepto de aptitud legal, indispensable para formalizar o reconocer el matrimonio o la unión matrimonial, según estudiamos en el Art. 2, del CP en la primera parte de este módulo.

Veamos para mejor comprensión el gráfico siguiente:




Hay pues, aptitud legal, para el matrimonio, cuando los contrayentes son personas de distinto sexo, con la edad requerida, con capacidad o lucidez mental para expresar su voluntad y en los cuales no concurra ninguna de las prohibiciones legales estudiadas.

Para el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada (Art. 18. C.P.) la valoración de la prohibición de vínculo o ligamen anterior, es más extensiva, como ya veremos en el próximo tema de estudio, al exigirse el requisito de la singularidad y se adiciona otro requisito, el de la estabilidad. Ambos, además de la aptitud legal son necesarios para declarar el reconocimiento.

El estudio precisamente de esta figura jurídica, el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, será el objeto de análisis de la tercera parte de este módulo, que abordaremos a continuación.

NOTAS AL MATRIMONIO (SEGUNDA PARTE)

1. Fernández Clérigo, Luis. El Derecho de Familia en la legislación comparada. Editorial Uteha, México, 1947, p. 28.
2. Orientamos a los alumnos a repasar los requisitos jurídicos del matrimonio y los impedimentos matrimoniales en el Derecho Romano. Consultar el Manual de Derecho Romano de Fernández Bulté, J. , Carreras Cuevas, D. y Yáñez R, M - Editorial Pueblo y Educación La Habana 1982, pp. 70 a 75.
3. Recomendamos consultar el Código de Derecho Canónico vigente, editado por la Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1984; edición anotada por Pedro Lombardia y Juan Ignacio Arrieta (Localización, Biblioteca de la Facultad de Derecho, Universidad de La Habana) pp. 643 a 653.
4. Para la mejor comprensión de los alumnos sobre esta diferencia en cuanto a los impedimentos dirimentes e impedientes, leer los Arts. 45 y 83 del derogado Código Civil español, con preferencia la edición de Ángel C. Betancourt de 1924.
5. Según Ángel Ossorio en Matrimonio, divorcio y concubinato Editorial Lex, La Habana, 1944. "Eugenesia etimológicamente quiere decir, engendrar bien, es decir, asegurar que la descendencia no sea enferma. pero en la práctica (continúa este autor) la eugenesia ha tomado tras aspectos: Primero: Que el cónyuge no contagie al otro una enfermedad. Segundo. Que no se engendren hijos con enfermedades trasmitidas por sus padres. Tercero. Que se haga una procreación seleccionada para asegurar una raza fuerte y bella" p. 73.
6. Para mayor información sobre este tema consultar a Mosquera Gilberto en legislación Sanitaria de Cuba p. 141.
7. Díaz de Guijarro, Enrique: La Reforma del Matrimonio Civil por las leyes eugénicas. Antología Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 1938 p. 69. Afirma además este autor que la eugenesia aplicada al matrimonio tiene profundas raíces históricas, desde Esparta, en el Código de Manú, que prohibía el matrimonio con personas pertenecientes a familias taradas y en las leyes hebraicas, que evitaban el enlace de epilépticos, leprosos, alcohólicos y tuberculosos, pp. 13, 14.
8. Monti, Eduardo y Minyersky Nelly El SIDA y los impedimentos matrimoniales. En tabloide La Ley, Editado por la Ley S.A. o I. Buenos Aires, República Argentina 12 de junio de 1991 pp. 4 a 6.
9. Es opinión de varios autores que el matrimonio nulo, pero contraído de buena fe, no fue regulado especialmente en el Derecho Romano, pero si se tuvo noción de él (Fernández Camus, E Historia y Fuentes del Derecho Romano, Universidad de La Habana, 1939, pp. 109). A su vez Menéndez, Menéndez, Emilio, Jesús Montero Editor-La Habana, 1939 p. 375, expresa: El Derecho Romano se puede decir, que no tuvo una verdadera teoría del matrimonio putativo o cuasi conjugium, como se le decía primitivamente, sino que fue el Derecho Canónico en plena Edad Media, el que lo incorporó al Derecho y lo estudió como instituto jurídico. Coinciden, según cita el autor, con esta opinión, Planiol y Ripert y Morel (ETUDE HISTORIQUE SUR LE MARIAGE PUTATIF).
10. Le Riverend, Eduardo. Conferencias dictadas en la Facultad de Derecho, en el curso de Derecho de Familia (década de los años 40, 50) recogidas en un

volumen por el Departamento de Publicaciones de la Universidad de La Habana (Localización en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana).

11. Clemente Díaz, Tirso- Derecho Civil Parte General Tomo I (Primera Parte). Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 1983. Expresa el autor en la página 387 que "mientras Sánchez Román y Valverde consideran inválido el matrimonio contraído en un intervalo de lucidez, Manresa y De Diego, lo consideran válido. Los primeros se basan para prohibirlo en los fines del matrimonio, considerando que debe tenerse plena razón siempre, es decir al contraerlo y después. Los segundos se basan en una interpretación literal de la ley y en razones éticas". (Se trata de la preceptiva del derogado Código Civil español, extensivo a Cuba en 1889). Recomendamos al alumnado releer íntegramente el epígrafe 3.2.4 (enfermedades mentales) pp. 377 a 388, de este Tomo.
12. Ibídem, p. 388.
13. Grillo Longoria, José A. Los delitos en especie Tomo .II. Editorial de Ciencias Sociales La Habana 1982, p. 237.
14. "En nuestro derecho histórico se declaró por las Partidas primeramente, que los individuos pueden casarse desde los siete años porque desde esa edad tienen discernimiento, pero que por la necesidad de realizar la cópula y demás obligaciones que implica el matrimonio, éste es nulo si se contrae antes de los 14 años por el varón y doce por la hembra." Gutiérrez, Código o Estudios fundamentales de Derecho Civil español, Madrid 1881, T. I, p. 349". Citado por Menéndez y Menéndez, Emilio en El matrimonio Jesús Montero Editor. La Habana, 1939, p. 71.
15. Fernández Camus, Emilio citado en anterior nota 9, expresa que "el impedimento de matrimonio entre tío y sobrina fue suprimido por Claudio para unirse con su sobrina; pero después fue restablecido por el emperador Nerva" pp. 107, 108.
16. Ibídem nota (232) de la página 108. Se expresa que "al principio la afinidad en la línea colateral no era impedimento, pero desde Constancio se prohibió el matrimonio entro el cuñado y la cuñada; lo cual fue mantenido por los emperadores cristianos y fue aceptado también por Justiniano".
17. Consultar en el Código de Derecho Canónico, en anterior nota (3) los cánones 1091 y 1092.
18. Ut Supra loc. cita 13 pp. 226, 227.
19. Conferencias sobre Derecho de Familia, dictadas por el Dr. José Guerra López, en volumen citado en anterior nota (10) p. 36.
20. Cita aportada sin referencia de autor por Puig Peña Federico-Tratado de Derecho Civil español, Tomo II, Vol. 1. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España p. 121.
21. Para precisar en los conceptos de asesinato, parricidio y uxoricidio, consultar a Grillo Longoria, José A. citado en anterior nota (13) pp. 75 a 87.

# EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA UNIÓN MATRIMONIAL NO FORMALIZADA

Sumario. El reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada. Consideraciones previas. 1.1 Papel del Tribunal competente y de la Fiscalía Civil y de Familia. 1.2 La unión de hecho equiparada al matrimonio civil. Antecedente legislativo de la Constitución de 1940. 2. La unión matrimonial reconocida judicialmente. Requisitos, características y efectos legales. 2.1 requisitos. 2.1.1 Aptitud legal. 2.1.2 Unión de un hombre y una mujer. 2.1.3. Singularidad. 2.1.4 Estabilidad. 2.1.5 Buena fe. 2.2. Características. 2.3 Efectos legales. 2.3.1 Efectos legales iguales a los del matrimonio formalizado. Efectos propios del matrimonio formalizado que no surten para el matrimonio reconocido judicialmente. 3. Diferencias y semejanzas entre la equiparación y el reconocimiento. 4. La prueba del matrimonio reconocido judicialmente. S. La prueba de la posesión constante del estado conyugal. 6. Pertinencia del reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada en otras situaciones. 7. Nulidad del reconocimiento.

## 1. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA UNION MATRIMONIAL NO FORMALIZADA. CONSIDERACIONES PREVIAS

Hemos decidido continuar el estudio del matrimonio abordando en esta tercera parte, el reconocimiento judicial de la unión no formalizada, de manera de dedicarnos en las partes restantes del programa sobre esta institución, al estudio Integro del matrimonio formalizado, desde su legalización, en el desarrollo de su contenido personal y económico, hasta sus causas de extinción. Por ello estudiaremos ahora, esta otra vía de otorgarle efectos jurídicos a una unión establecida voluntariamente entre un hombre y una mujer, con aptitud legal para ello, cuando por determinadas circunstancias no fue utilizada la vía de la formalización.

El reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada se regula expresamente, como ya hemos adelantado antes en los Arts. 18 y 19 del Código de Familia, en la Sección Tercera del Título 1, Capítulo I que trata de la institución del matrimonio, denominándose esta Sección Tercera "Del matrimonio no formalizado". Precisamente, la primera objeción que hacemos es la de denominar así a esa Sección que trata de la relación conyugal no legalizada que el mismo Código en su preceptiva, como hemos adelantado antes, denomina unión matrimonial y no matrimonio. Debió por ello titularse "De la unión matrimonial no formalizada y no "Del matrimonio no formalizado"; si bien es cierto, que en principio el reconocimiento judicial hace de la unión matrimonial, un matrimonio, con todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente según se enuncia en el propio Código (aunque prevenimos desde ahora que en la práctica, por razones técnico-jurídicas, tal identidad no es absoluta como podremos conocer en el desarrollo de esta materia).

En su preceptiva el Código de Familia hace alusión a la unión voluntaria (Art. 2 primer párrafo) a la unión matrimonial (Arts. 18, 22) al inicio de la unión (Arts. 19, 29), como expresiones de una relación conyugal distinta del matrimonio formalizado y alude al proceso de reconocimiento de esa unión ante el -Tribunal competente como vía de legalización de la misma, si se dan determinadas condiciones.

1.1. Papel del Tribunal competente y de la Fiscalía Civil y de Familia

El proceso de reconocimiento de la unión matrimonial no formalizada se sustancia, de acuerdo con la vigente Ley No 7 de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, por los trámites del Proceso ordinario ante los Tribunales Municipales populares, constituyendo la participación del Fiscal de lo Civil y de Familia, un elemento fundamental, como parte actora o demandada, habida cuenta de la trascendencia social o relevancia pública que conlleva el proceso el que puede provocar efectos jurídicos importantes para las partes y terceros.(1)

La figura jurídica del reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada regulada en el Código de Familia, recoge y perfecciona la herencia histórico-legislativa que significó la conquista constitucional del matrimonio equiparado (releer en la Segunda Parte de la General e Introductoria del Derecho de Familia en el módulo I de esta materia; el logro que introdujo la Constitución de 1940 al reconocer al concubinato como institución jurídica). En el derecho comparado la equiparación matrimonial tuvo su antecedente en el Código de la República Federativa Soviética de Rusia de 1936, -subsistiendo hasta el Código de 1963.(2)

El matrimonio equiparado, como se evidencia en estos antecedentes históricos legislativos, constituye la referencia precursora del matrimonio reconocido, razón por la cual, al mismo, le debemos dedicar un comentario más detenido.

1.2 La unión de hecho equiparada al matrimonio civil. Antecedente legislativo de la Constitución de 1940.

El Art. 43, párrafo 6to de la Constitución de 1940, disponía que los Tribunales determinarían los casos en que por razón de equidad la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio sería equiparada por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil.

Con ello, las uniones libres o concubinarias, denominadas también, uniones de hecho, consensuales, de usus, extra-matrimoniales, maridaje, amancebamiento o barraganía (como las denominaba el Derecho histórico español) podían ascender en el nivel jurídico y social y llegar a ser “equiparadas" al matrimonio civil único matrimonio que generaba la familia legitima o de primera clase. Pero para ello debían darse determinados presupuestos condicionantes en que debía descansar toda unión extra- matrimonial para que fuera eficaz y valedera ante los tribunales de justicia. Estos soportes básicos eran (acotados por un comentarista de la época)(3)los siguientes:

Primero: Libertad de los unidos en concubinato para poder contraer matrimonio (capacidad legal) igual que para contraer matrimonio civil.

Segundo: Estabilidad en esa unión, que habría de existir de manera permanente y mostrarse por actos exteriores.

Tercero: Singularidad en el maridaje de los concubinos como demostración de sus propósitos íntimos de afectos mutuos en todo tiempo, con exclusión de otras relaciones análogas con terceros.

Cuarto: La razón de equidad (de hacer justicia) que habría de emerger en cada caso.

Las expresiones entre paréntesis son aclaraciones de esta autora.

Como se evidencia la primera inferencia de estos presupuestos indica, que si bien el matrimonio equiparado partía de la existencia de una unión libre, esta unión para que se "comparara" al matrimonio civil, debía implicar un verdadero "estado de comunión espiritual y material que tenga su sede o asiento usual y acostumbrado en el hogar" (Sentencia del 31 de marzo de 1945, del entonces juez de primera instancia del sur, Dr. Rafael Núñez y Núñez).

Con ello, se descartaban de la pretendida equiparación, uniones pasajeras, ocasionales, adulterinas, inestables o compartidas. Debía constituir esta unión, un vínculo duradero de personas de sexo opuesto, aptas conforme a derecho, que convivieran con todas las características de un matrimonio legalizado. Tales uniones libre y estables, han sido por demás la expresión del matrimonio popular en Cuba y ha respondido a una costumbre muy extendida "sobre todo en los medios rurales y en las capas más pobres de las clases explotadas de las ciudades"(4).Mas, eran absolutamente ignoradas por nuestro Derecho, que no las regulaba, como ya vimos en la Parte General e Introductoria del Derecho de Familia (Módulo I) al referirnos al contenido del derogado Código Civil español, extensivo a Cuba en 1889.(5)Este vacío lo salvó la Constitución de 1940 en el mentado artículo 43, después de una rica y apasionada polémica entre los constituyentes, lidereada la posición de defensa de equiparar por razones de equidad, el concubinato al matrimonio civil, por los delegados comunistas y progresistas.(6)

No obstante, la conquista constitucional no fue más que una conquista jurídico formal, que no rebasó en la práctica el sentido de elemental justicia de no dejar en estado de necesidad o abandono económico a concubinas viudas, amas de casa, que habían perdido al compañero de la vida y quedaban desamparadas. Realmente, de hecho, esta figura jurídica constituyó un logro femenino, una manera de reivindicar a las "mujeres del pueblo", en sus derechos personales, fundamentalmente patrimoniales y sucesorios, pues los hombres eran los que trabajaban socialmente y aportaban dinero a la economía doméstica, por lo que eran ellos, en esencia, los propietarios de los bienes, los que ocupaban además, en el sistema de Derecho, una posición siempre privilegiada sobre la mujer.

Por esta razón, las reclamaciones de equiparar estas uniones, partieron siempre, en la historia pre-revolucionaria, de las mujeres, que se encontraban por lo general en estado de viudez. Estado conyugal al que irónicamente, por cierto, no tenían derecho a ser calificadas, ni jurídica, ni socialmente, pues era reservado a las esposas supérstites en los matrimonios civiles.

Mas, no fue esta discriminación o limitación, la única que afrontó el matrimonio equiparado. Su status jurídico evidenciado en la interpretación de los tribunales de la época, podía resumirse así:

1. La Unión extra-matrimonial se equiparaba al matrimonio civil, pero no se igualaba ni identificaba con éste, que era una institución jurídica y social de más trascendencia.
2. El matrimonio equiparado no era inscribible en el Registro del Estado Civil.

---

□□Las expresiones entre paréntesis son aclaraciones de esta autora.
□□Las expresiones entre paréntesis son aclaraciones de esta autora.
□□Las expresiones entre paréntesis son aclaraciones de esta autora.

3. Los hijos de estas uniones equiparadas, conservaban la condición de hijos naturales, no se consideraban, como legítimos.(7)

En suma, la equiparación, fundamentalmente protegió los derechos patrimoniales de la concubina, de asistencia, seguridad social y de sucesión: beneficios económicos en la cuota vidual hereditaria (si la extinción de la unión extra-matrimonial ocurría por la muerte del hombre, que era lo usual) o limitados a la liquidación de la sociedad de gananciales, que de hecho existía (si se trataba de disolución de la unión, intervivos, que era lo inusual). Pero nunca se identificó, ni igualó con el matrimonio civil que fue siempre considerado como el único y verdadero matrimonio, no obstante los buenos deseos de algunos juristas y políticos de vanguardia de la época.(8)

El reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada que regula el Código de Familia, se proyecta con un sentido verdaderamente igualitario, confiriéndolo a la unión extra-matrimonial reconocida, los mismos afectos legales que al matrimonio formalizado. Esto es así, en principio, pero veremos con más detenimiento, en el epígrafe siguiente, al estudiar las características, requisitos y efectos de esta figura jurídica, si tal identidad se logra.

2. La unión matrimonial reconocida judicialmente: Requisitos, características y efectos legales.

El Art. 18 (Primer párrafo) del Código de Familia establece que:

- La existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuera reconocida por Tribunal competente.

Como apreciamos se necesita que la unión no formalizada reúna determinados requisitos indispensables para que pueda ser reconocida por el tribunal. Estos son:

2.1 Requisitos

-Que ambos tengan aptitud legal, que se refiere a la capacidad física, mental y legal requerida. Como expresión de la capacidad física (elemento integrante del concepto de aptitud legal) la unión debe ser heterosexual, es decir de personas de distinto sexo.

-Que la unión sea singular.

-Que sea estable.

Si alguno de estos requisitos no estuviere presente, no puede ser legalizada con carácter retroactivo (leer Art. 19 CF) la unión que se inició y no llegó a formalizarse (ya por muerte, ya por voluntad de una de las partes o sólo legalizada retroactivamente desde que los requisitos estuvieran presentes, si es que se inició la unión sin ellos y se reunieron más tarde o si aún presentes los requisitos, no fue la voluntad de los contrayentes legalizarla desde su inicio. Se refiere como sabemos a que los unidos tengan no sólo la capacidad física y mental requerida, sino que no esté presente ninguna de las prohibiciones de contraer matrimonio ya estudiadas.

Queremos adelantar aquí que hipotéticamente podría darse la singular pretensión de reconocer judicialmente el matrimonio intervivos, con el ánimo de continuar la unión

situación a la que le dedicaremos un comentario al final del estudio sobre este tema.

Veamos ahora, por separado, cada uno de los requisitos expuestos:

### 2.1.1 Aptitud legal

Acerca del concepto de aptitud legal, no vamos a insistir pues ya fue estudiado en la segunda parte de este módulo e invitamos a los alumnos a releerlo para que refresquen los conocimientos allí adquiridos. Sin embargo, enfatizaremos de inmediato en el aspecto de la capacidad física que constituye la diferencia de sexo, indispensable para que pueda legalizarse la unión conyugal, pues debe tratarse en todo caso, como veremos, de la alianza de un hombre y una mujer.

### 2.1.2 Unión de un hombre y una mujer

La unión matrimonial exige al igual que el matrimonio formalizado, que se trate de una relación entre personas de sexos diferentes, ya que el ayuntamiento homosexual no puede ser legalizado, no puede ser tenido en cuenta por el ordenamiento jurídico como fundamento de la familia, ni medio de socialización adecuado para menores adoptivos o nacidos con técnica de fertilización en vitro.

### 2.1.3 Singularidad

Lo singular es lo contrario de lo plural, implica lo impar, la relación con uno sólo, incluye por su naturaleza lo único.

Para la unión matrimonial conlleva para cualquiera de los unidos, la ausencia de un ligamen formalizado anterior y se extiende además a la prohibición de no simultanear otra unión no formalizada -con tercera persona.(9) En otras palabras, la singularidad de la unión implica la no concurrencia para cualquiera de los unidos de un matrimonio formalizado anterior o de otra unión estable concomitante. No puede apreciarse la singularidad desvinculada de la estabilidad de la unión, que es el elemento que permite su concreción cualificada, como veremos a continuación:

### 2.1.4 Estabilidad

La estabilidad alude a la constancia, durabilidad, permanencia, invariabilidad, firmeza, inalterabilidad, solidez. Implica para la pareja una convivencia perdurable firme y relativamente interrumpida (admite no obstante discrepancias con separación física transitoria como puede acontecer en un matrimonio formalizado) que fomente notoria y públicamente una "posesión constante de estado de cónyuges", con sostenimiento mutuo de una economía familiar y de la educación y mantenimiento de los hijos comunes, si los hubiere.(10)

---

El niño debe lograr su identidad sexual dentro de la familia, de modo que "es merecedor ab initio de una relación familiar bífronte... la existencia en la familia del doble modelo, el modelo de identidad de su propio sexo y el modelo de complementariedad del sexo contrario". "La filiación a finales del Siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana" II Congreso Mundial Vasco-Editorial Trivium, S.A. Madrid 1988 p. 319.

La determinación de cuánto debe durar una unión para que se le considera estable, queda al libre arbitrio de los Tribunales, pues el Código de Familia nada expresa. Supone asimismo la convivencia en un hogar común, pero cabría admitir que se aceptara por el Tribunal la existencia de la unión, aunque por motivos justificados no se mantuviere un hogar común (si se hace una interpretación extensiva del segundo párrafo del Art. 25, que atañe al matrimonio formalizado).

Si la unión estable no fuere singular, concebida la singularidad, bien en un sentido amplio, como la definimos anteriormente, o bien, en un sentido más estrecho, referido sólo a la presencia de ligamen anterior o matrimonio formalizado anterior, sólo sería posible lograr efectos legales de la unión, mediando la buena fe en ambos o alguno de los unidos; efectos que surtirán siempre para los hijos procreados en esa relación. Como hemos estudiado antes en la segunda parte de este módulo (al analizar la prohibición de contraer matrimonio a las personas unidas en matrimonio formalizado, (no procede por cuanto hemos estudiado hasta aquí y profundizaremos más adelante, referirnos también al matrimonio judicialmente reconocido Art. 4, inciso 2, C.F.) sólo esta situación aludiría a la existencia del matrimonio putativo (por extensión a la unión matrimonial putativa) siempre que estuviere presente en la ignorancia o error excusable, el requisito que mencionaremos de inmediato de la buena fe a que hace referencia el segundo párrafo del artículo 18 que comentamos.

### 2.1.5 Buena Fe

Art. 18 (Segundo párrafo)

-Cuando la unión matrimonial estable no fuere singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio surtirá plenos efectos legales en favor de la persona que hubiere actuado de buena fe y de los hijos habidos de la unión.

Debe aplicarse a esta situación enunciada en este párrafo, como hemos adelantado, cuanto hemos estudiado sobre la doctrina del matrimonio putativo, sólo que partiendo de un matrimonio formalizado, se ha contraído posteriormente, en vez de otro matrimonio formalizado una unión matrimonial. Como ya estudiamos en su oportunidad, este supuesto no configura el delito de bigamia en el orden penal, aún si se actuó maliciosamente a sabiendas de la existencia de ese previo matrimonio legal. Mas, en el orden civil, como se enuncia en el precepto, si se obró de buena fe, desconociéndose por ignorancia o error excusable la existencia de ese previo matrimonio formalizado, pueden surtir efectos legales en favor del contrayente o unido, que así obró, estando en todo caso los hijos, protegidos en cuanto a sus derechos, no obstante si el proceder de sus padres no hubiera sido de buena fe.

La buena fe deviene por ello en estas circunstancias en requisito sine-qua-non para que surjan consecuencias en el orden jurídico para el contrayente inocente que desconocía la existencia del impedimento dirimente invalidante. La buena fe, recordamos, se presume siempre (presunción juris tantum) y para que sea destruida tal presunción se exige prueba en contrario de quién se favorece con demostrarla.(11)

Una reflexión debemos hacer, en aras de la hermenéutica jurídica al interpretar la redacción de este segundo párrafo del Art. 18 que comentamos, en el que se alude a estar unido en matrimonio anterior y es que debe entenderse que se incluye en ese supuesto al hecho de estar unido no sólo en matrimonio formalizado, sino en unión

matrimonial no formalizada. Puede darse en la práctica, y de hecho se constata en la vida, que una persona haya vivido muchos años en unión consensual estable y aparentemente singular con otra, desconociendo que la misma mantenía, con los mismos aparentes atributos, una unión consensual anterior o incluso que la contrajo posteriormente dentro del lapso de convivencia con ella.

La valoración casuística del tribunal, en tales situaciones, determinaría en cada conflicto "triangular" de intereses, personales y patrimoniales, el fallo más justo.

De todas maneras, en estos casos de uniones matrimoniales putativas, ya se trate de matrimonio formalizado anterior o de anterior unión matrimonial no formalizada, no puede hablarse en puridad de reconocimiento judicial del matrimonio, porque devienen regularmente en meros reconocimientos de derechos sobre seguridad social, generalmente por causa de muerte del "compañero" compartido. "Los plenos efectos legales en favor de la persona que hubiera actuado de buena te no presupone el reconocimiento de la existencia de la unión matrimonial ni procede su inscripción en el Libro de la sección correspondiente del Registro Civil".(12) Así, de habársele otorgado al contrayente inocente el beneficio de la buena fe, los efectos legales se extienden al reconocimiento de determinados derechos patrimoniales y aunque no se regula en el Código de Familia, ni en la Ley del Registro del Estado Civil, en la práctica, no se procede a inscribir en el Libro correspondiente el reconocimiento judicial de las uniones matrimoniales putativas, como tales matrimonios reconocidos, porque tal proceder está reservado a los casos en que se reconozca plenamente la existencia de una unión matrimonial conforme al párrafo primero del Art. 18. Esto se hace evidente en el caso de la existencia de un matrimonio formalizado anterior que ya aparece inscripto en el Registro del Estado Civil, por lo que no se admitiría una nueva inscripción, no estando extinguida la anterior.

Ahora bien, sí los requisitos de aptitud legal, singularidad y estabilidad enunciados en el primer párrafo del Art. 18, se reúnen en una unión de hecho, el Tribunal declara el reconocimiento judicial de esa unión, con los mismos efectos legales que si se tratara de un matrimonio formalizado. No lo "equipara" al matrimonio formalizado, sino que declara que esa unión fue un matrimonio formalizado, con los mismos efectos que éste. Mas, como se aprecia, se declara esta igualdad de principio, pero objetivamente en pretérito, porque esa unión ante los Tribunales, ya no existe. Este carácter de hecho acaecido, pero que ha caducado, marca la diferencia incuestionable del reconocimiento de la unión no formalizada, con el matrimonio formalizado, a pesar de los buenos deseos del legislador revolucionario de identificar absolutamente una y otra opción conyugal: "Esta primera situación objetiva de diferencia con el matrimonio formalizado, coloca a los ex-contrayentes de matrimonio reconocido en el plano del obligado jurídico que ha incurrido en mora, retraso culpable en el cumplimiento de la obligación, con, todas las desventajas de los efectos de ésta establecidas histórica y doctrinalmente por el Derecho". (13) En otras palabras, el acto de reconocimiento como vía de legalizar una unión voluntariamente contraída con aptitud legal y demás requisitos exigidos, siempre sucede en el tiempo al momento de inicio de esa unión.

Esta coyuntura que demanda conferirle a posteriori, a través del Tribunal, efectos legales con carácter retroactivo a la misma (Art. 19 C.F.) evidencia, la imprevisión y la conducta morosa o tardía de los unidos de no formalizar en tiempo su relación, cuando no la voluntad interna de no legalizarla, e impide la identificación absoluta con el matrimonio formalizado, que es un acto que nace al derecho con todas, las garantías del cumplimiento de los deberes conyugales, con plenos efectos personales y

patrimoniales. Mas, los efectos de esta figura jurídica, que representa sin duda, no obstante sus limitaciones, una conquista superior al matrimonio equiparado, los estudiaremos con más detenimiento más adelante, ahora queremos detenernos en las características, algunas contradictorias con la propia preceptiva del Código de Familia, que implica la misma.

## 2.2 Características

Los elementos que caracterizan a esta sui-generis figura jurídica del reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada se relacionan no sólo con los aspectos sustantivos sino asimismo con los adjetivos o procesales de la misma, como veremos:

1ero. En el orden sustantivo, la valoración de la voluntad (consentimiento) dentro de la unión no formalizada, se aprecia con un carácter continuativo, renovado de momento a momento, como en el concepto clásico de la affectio maritalis.(Recomendamos al respecto releer el epígrafe sobre la constitución del matrimonio en la primera parte de este módulo).

2do. Sobre la base de esa apreciación de la voluntad continuativa, se acepta que aún faltando ésta al final de la relación, en uno de los unidos, ya sea por muerte o por disentimiento de alguno para continuarla, estando vivos ambos, se admita demanda de reconocimiento por el otro componente de la pareja (pueden también accionar los hijos habidos en la unión, si ésta reúne los requisitos exigidos en la ley). De ahí la índole contenciosa del proceso de reconocimiento, pues implica, estando ambos cónyuges vivos, por ejemplo, que hay ausencia de voluntad en uno de los miembros de la pareja. Lógicamente, si estuvieran de acuerdo, en vez de un juicio litigioso, formalizarían el matrimonio con efecto retroactivo, tal y como franquea el propio Código de Familia en su Art. 19. Estando uno de los ex-contrayentes muerto, también hay ausencia de voluntad al momento de la demanda, que obliga por ello a ser demandados genéricamente a herederos, sucesores, causahabientes o herencia yacente del causante, así como a cualquier persona con interés en el proceso.

En el pasado, la posibilidad de pretender una equiparación matrimonial contra la voluntad de uno de los miembros vivos de la pareja, no era admitida por la jurisprudencia en las décadas de los años 40 y 50 en nuestro país, pues se fundamentaban en la inteligencia de que cuando la unión concubinaria se disolvía por la libre voluntad de cualquiera de los amantes, faltaba la estabilidad, requisito indispensable, cuya ausencia quebrantaba una de las bases para la procedencia legal de la equiparación.(14)De manera, que la unión tenía que subsistir hasta el momento de interponer la demanda o haber perdurado hasta el fallecimiento de uno de sus componentes. Con la no anuencia de una de las partes, se decía, con la equiparación se pretendo una imposición para la realización del matrimonio, un "matrimonio a la fuerza", lo que se consideraba contrario a la índole de la unión matrimonial. (Entonces no existía la formalización del matrimonio con carácter retroactivo, como se posibilita ahora, Art. 19 C.F.).

En el presente, el reconocimiento judicial de una unión no formalizada, declarado por el Tribunal competente, contra la voluntad de una de las partes, es sin duda, una especie de "matrimonio a la fuerza", para el que desistió de la unión, inter-vivos, pero en el que el Tribunal apreció el tiempo de convivencia, que objetivamente indica la voluntad de haber permanecido unidos durante el mismo, mientras no se abandonó la relación. Ese es el lapso que se reconoce.

3ro. La sentencia que reconoce la existencia de una unión matrimonial no formalizada (por cuanto hemos informado antes) tiene entonces un carácter meramente declarativo. Se limita a constatar y declarar el momento de comienzo y extinción de una situación de hecho, que es siempre pretérita y debe disponer a su vez que en el término durante el cual existió la unión, hubo un matrimonio con los mismos efectos que el matrimonio formalizado. Consecuentemente el estado conyugal de las personas durante dicho periodo era el de casados.

De manera que el Tribunal declara, cuándo comienza y se extingue el matrimonio, creando con el reconocimiento, una causa de extinción del matrimonio, que no está lógicamente contemplada en el Código de Familia (Art.43), infringiendo el mismo e innovándolo. De esta suerte, el reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado (unión matrimonial no formalizada) deviene en causa de extinción del matrimonio, por lo que un matrimonio reconocido no puede ser impedimento para contraer o formalizar un nuevo matrimonio, con lo que se anula e invalida la prevención establecida en el segundo inciso del artículo 4, que ya estudiamos en la II Parte de este módulo, quedando sin efecto tal prohibición en lo que al matrimonio judicialmente reconocido se refiere. Así, el ex-contrayente de matrimonio reconocido, sin acudir al divorcio que no tiene sentido de acuerdo con los términos de la sentencia de reconocimiento (pues ya ésta deja extinguido el matrimonio al expresar la fecha de extinción de la unión) y por el principio de economía procesal, puede formalizar nuevo matrimonio, pues en nada en la práctica este hecho pasado de su unión consensual reconocida deviene en impedimento, infringiéndose de nuevo la preceptiva del Código. Es más, hipotéticamente, dadas las circunstancias explicadas, el reconocimiento puede sobrevenir después de la formalización, aún dentro de la vigencia de este matrimonio formalizado, pues se trata sólo de darle legalidad posterior, a un hecho pasado, si reunía entonces los requisitos exigidos por la ley.

4to. Los ex-contrayentes o "compañeros" de la unión matrimonial reconocida, obtienen, como hemos expresado, por la sentencia judicial el estado civil de casados, en pretérito, casados, durante la vigencia de su unión. Mas, una vez concluida ésta, por la declaración de la propia sentencia. ¿Cuál es el estado conyugal que ostentan?

Como sabemos los estados conyugales son cuatro, soltero, casado, viudo y divorciado. La soltería se pierde con el primer matrimonio y no se recupera más. Luego, el que una vez fue casado ya no vuelve a ser soltero, a no ser que su matrimonio se anulara con nulidad absoluta. El divorciado, ostenta tal estado conyugal porque ha mediado el divorcio, como causa de extinción del matrimonio y la viudez porque uno de los cónyuges o contrayentes ha fallecido y la causa de extinción del matrimonio es la muerte. En la situación que comentamos excepto la viudez, no se tiene un estado conyugal definido.

Todas estas características relacionadas, hacen a esta figura jurídica sumamente controvertida y la alejan de la identidad absoluta con el matrimonio formalizado como sin dudas fue, la identidad absoluta, la intención de los legisladores del Código de Familia.

Algunos autores (15) culpan a los Tribunales de estas "irregularidades jurídicas", al dictar en el reconocimiento sentencias declarativas extintivas, cuando debían emitir sentencias constitutivas, reconociendo que entre la parte que insta y la otra parte, existe (no que existió) un matrimonio a partir de la fecha en que comenzó la unión y para disponer en esos términos la inscripción de ese reconocimiento judicial del

matrimonio en el Registro del Estado Civil.

Mas, realmente, mal que nos pese, las sentencias declarativas extintivas responden a la realidad objetiva y a una lógica de economía procesal, evitando el divorcio, pues es lo cierto, que cuando se insta al Tribunal para el reconocimiento, ya la unión no existe en la vida; declarar otra cosa, sería ignorar los hechos tal y como se presentan en la realidad.

Veremos a continuación, los efectos que provoca el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada que nos dará pie, por cierto, para seguir reflexionado sobre la naturaleza polémica de esta singular figura.

### 2.3. Efectos legales

Consideramos por separado, los efectos legales que son iguales a los del matrimonio formalizado y los efectos propios del matrimonio formalizado que no surten para el matrimonio reconocido. En este último caso valoraremos sólo los efectos que surgen entre los ex-contrayentes entra si, pues como hemos explicado las consecuencias jurídicas para los hijos se establecen no por el hecho del matrimonio, sino por el reconocimiento de sus padres, como tales hijos, independientemente del estado civil de los progenitores. El análisis comparativo lo realizaremos además fundamentalmente dentro de la propia preceptiva del Código de Familia.

#### 2.3.1. Efectos legales iguales a los del matrimonio formalizado

Como efectos legales idénticos al matrimonio formalizado, el reconocimiento judicial de la unión matrimonial, produce efectos en el plano económico o patrimonial y del estado de familia, siguientes:

1. Surgen derechos sucesorios para el contrayente supérstite en caso de muerte del otro y por esa misma causa, derecho a ser pensionado por la seguridad social.
2. Tanto en el caso de muerte, como inter-vívos surge el derecho a liquidar la comunidad matrimonial de bienes.

   Si bien, justo es decirlo, las diferencias en cuanto al Procedimiento de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, son notables entre el matrimonio formalizado y el matrimonio reconocido, pues mientras en el matrimonio formalizado la liquidación se verifica en las propias actuaciones del proceso de divorcio, en su caso, en la unión matrimonial no formalizada se logra mediante la interposición de un proceso ordinario con trámites dilatados y complicados para obtener el reconocimiento judicial de la unión y la división de los bienes comunes.
3. La ejecutoria recaída en sentencia firme de reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada se inscribe en el Registro del Estado Civil, Oficina Municipal del Registro del Estado Civil, correspondiente al domicilio del promovente (Art. 58, tercer párrafo de la Ley No. 51 del Registro del Estado Civil (Ley No. 51 de 1985) y Art. 113 de su Reglamento. La inscripción se realiza en los términos de la sentencia declarativa extintiva, es decir estableciendo el lapso de duración de la unión que se reconoce como matrimonio igual al formalizado durante dicho lapso.

4. Los hijos habidos de la unión (concebidos y nacidos dentro del período de existencia de la misma) si no habían sido reconocidos como tales hijos en su oportunidad por el progenitor, se presumen, a través del reconocimiento judicial de la unión matrimonial (presunción iuris tantum) como hijos de ambas personas unidas en esa relación conyugal (al igual que en el caso de las presunciones de filiación, presentes en el matrimonio formalizado que prevé el Art. 74 inciso 1 del Código de Familia) según plantea el Art. 45 de la Ley No. 51 del Registro del Estado Civil.
5. El reconocimiento de la unión, en caso de muerte, le confiere al contrayente supérstite, la calificación en la práctica del Derecho de viudo o viuda. Por regla general, en el presente, como en el pasado son las mujeres más que los hombres los que promueven el proceso.

Sólo a instancia de parte, anota el Registrador el estado conyugal de viudez, al margen de la inscripción del matrimonio, en principio tal y como se procede también en el matrimonio formalizado (Art. 60, inciso G de la Ley No. 51 del Registro del Estado Civil).

Si se trata de una unión matrimonial putativa se califica en la práctica, a la mujer inocente de la existencia del vicio invalidante de la unión, no como viuda, sino como "beneficiaria" de la seguridad social, reservándose el calificativo de viuda para la esposa legal del fallecido. Si se trata de uniones matrimoniales coincidentes, mediando buena fe, a ambas compañeras" se les califica de "beneficiarias" y no de viudas.

### 2.3.2 Efectos propios del matrimonio formalizado que no surten para el matrimonio reconocido judicialmente

Recordemos que los efectos que se contrastan son los que surgen para los ex-contrayentes entra si:

1. No es aplicable el llamado contenido personal de las relaciones conyugales formalizadas, que se refieren a los derechos y deberes entre cónyuges (Arts. 24 al 28 del C.F.) pues al momento del reconocimiento ya se ha extinguido la relación que lo ha promovido y carecería de lógica esa exigencia con carácter retroactivo.
2. No procede exigir el pago de una pensión provisional o definitiva al momento de reconocer la unión, estando vivos ambos ex-contrayentes, como es posible en el matrimonio formalizado al momento de fallarse el divorcio, si los cónyuges hubieran convivido por más de un año o procreado durante el matrimonio (Art. 56, C.F.) porque tal medida se establece en caso de divorcio y el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada no se extingue por causa de divorcio, como hemos analizado antes.
3. Le son ajenos en la práctica los derechos y deberes alimentarios entre cónyuges (Art. 123, C.F.) que se ejercitan durante la vigencia del matrimonio y no una vez extinguido éste.
4. Se carece conforme a Derecho de parentela por afinidad, que se adquiere con el matrimonio legalizado y que termina con la extinción del mismo (Art.120 C.F.).
5. No procede en principio ejercer la tutela del otro miembro de la pareja

declarado incapaz (Art. 148, C.F.).

6. No se califica a los "unidos" como cónyuges, término que se destina a los miembros de la pareja en el matrimonio formalizado, tratamiento semántico diferenciado que acarrea determinados efectos jurídicos.

En general, siempre que el Código de Familia se refiero a los cónyuges, trata de los dos miembros de la pareja unida en matrimonio formalizado. Los "unidos" en unión matrimonial, no son calificados como cónyuges, como tampoco la unión matrimonial es el matrimonio, por lo que ha de inferirse que al lograr el reconocimiento judicial de esa unión, sólo van a recibir ese calificativo en pasado, cuando la unión ha concluido. De manera que con el reconocimiento se declara como que fueron cónyuges, pero ya no lo son; durante la unión matrimonial, no lo fueron semánticamente, finalmente, nunca reciben en presente el apelativo jurídico de cónyuges. Con esa objetiva limitación, por ejemplo, no pueden, mientras están unidos consensualmente, adoptar como matrimonio a un menor, posibilidad que sólo les está reservada a los cónyuges (Art. 101, C.F.), ni surge la presunción de que los hijos habidos son de ambos, por lo que se les obliga a cada uno a reconocerlos e inscribirlos como hijos propios, si es que desean que así conste ante el Registro del Estado Civil (Art. 47 de la Ley No. 51 del Registro del Estado Civil).

Las objetivas diferencias explicadas hasta aquí entre el matrimonio reconocido (y la propia unión de hecho) con el matrimonio formalizado, impiden la identidad absoluta estas opciones conyugales, presunta igualdad a la en realidad arriban con el reconocimiento, más bien, los efectos económicos y siempre por vías tortuosas y dilatadas.

Obviamente hemos circunscrito el análisis al plano jurídico, en el social, al momento presente, las uniones libres han perdido la connotación discriminante del pasado y aunque jurídicamente, todavía, su reconocimiento hace de ellas un "matrimonio anómalo", la valoración social acerca de las mismas o en su caso reconocidas judicialmente, no evidencia prejuicio subestimativo como en el pasado. A ello contribuye la desaparición absoluta de la diferencia entre los hijos, cualquiera que sea el estado civil de los padres, que borró la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, la desaparición de la desigualdad la familia legitima y la ilegitima. Todo ello fundamentalmente por el hecho (como ya explicamos al estudiar el concepto de matrimonio en el Código de Familia) de que el mismo, en la legislación vigente no es todo caso, como antes, la vía fundamental de legitimar paternidad, al enfatizarse su consideración como institución independiente de las relaciones paterno filiales aunque estrechamente vinculada a ellas.

3. Diferencias y semejanzas entre la equiparación y el reconocimiento

Al establecer una comparación entre las figuras jurídicas de la equiparación matrimonial de 1940 y el reconocimiento judicial de la unión no formalizada de 1975, podamos sintéticamente afirmar, que las diferencias y semejanzas jurídico formales entre ambas, son muy sutiles en ese plano, propiciando la real diferencia entre ellas, el cambio raigal en nuestra estructura económico-social que barrió en la superestructura jurídica con las desigualdades en todos los sentidos para la familia extra-matrimonial.

Dejo, sin embargo, al alumnado, la labor de establecer más pormenorizadamente la

comparación técnico jurídica entre las dos figuras.

4. La prueba del matrimonio reconocido judicialmente

El único medio de prueba admitido en Derecho, de la existencia del matrimonio reconocido es la certificación de su inscripción en el Registro del Estado Civil (Art. 72 de la Ley No. 51 del Registro del Estado Civil).

Esta certificación curiosamente deviene también en prueba de la extinción de la unión, como hemos explicado antes, dado los términos de la sentencia.

Las certificaciones del Registro del Estado Civil tienen eficacia para probar como verdad con efectos jurídicos, el hecho que las motiva, en este caso, que existió una unión no formalizada entre dos personas, que se considera como matrimonio igual al formalizado, desde la fecha en que se inició la misma, hasta la fecha en que concluyó.

En el caso del matrimonio formalizado, no obstante, se acepta alegar cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, si el mismo se legalizó en un país donde estos actos no se registran (Art. 73 de la ley No. 51 del Registro del Estado Civil).

La alegación de la prueba del matrimonio reconocido, resulta imprescindible (según el enunciado del segundo párrafo del Art. 2, que ya estudiamos) para hacer valedero el surgimiento de efectos legales a la unión voluntariamente concertada con aptitud legal.

Mas, en el plano social, sin duda, encontramos mayor número de uniones no formalizadas, que uniones reconocidas, lo que indica que no todas las uniones libres o no formalizadas llegan al reconocimiento, bien, porque carecen de los requisitos exigidos, bien porque las personas interesadas no demandan el mismo ante al Tribunal. Con ello, podría pensarse que queda sin protección legal alguna la simple relación concubinaria que reúne los requisitos exigidos, pero que no ha sido reconocida ni formalizada.

Sobre la manera de probar la existencia de la unión de hecho, no formalizada ni reconocida, alude el Art. 22 del Código de Familia que reproducimos a continuación:

5. La prueba de la posesión constante del estado conyugal

Art. 22. (C.F.)

-En cualquier proceso civil, penal o administrativo en que no pudiera probarse la existencia de la unión matrimonial conforme con la Ley del Registro del Estado Civil, a los fines del proceso de que se trate, hará prueba de su existencia la posesión constante del estado conyugal, unida a las actas de inscripción de nacimiento de los hijos, si los hubiera y con los efectos, según el caso del Articulo 18.

Lo primero que advertimos es que no se trata de alegar esta prueba para un proceso específico de reconocimiento judicial del matrimonio, sino a los fines de cualquier otro proceso determinado, en que una de las partes resultaría perjudicada si no demuestre que en realidad existe esa unión. Por ello, se espera, en general que la alegue como excepción quién resulte preterido al ignorarse la existencia objetiva de esa "posesión constante del estado conyugal" que manifiesta públicamente que existe un estado de casados, constituido por la convivencia continuada y notoria en concepto de marido y mujer. Tal "posesión de estado" debe reunir los requisitos de aptitud legal,

singularidad y estabilidad que unida a las actas de inscripción del nacimiento de los hijos reconocidos por ambos progenitores como hijos propios de la unión, sustenta la probanza de la existencia de ese matrimonio de hecho.

Mas, la índole de los procesos en que puede alegarse esta prueba, con la exigencia de estos requisitos, no debe ser encasillada. Pueden ser de índole variada y presentarse en las distintas materias, civil, penal o administrativo, también por quién demanda o acciona, por ejemplo, solicitando la disolución y liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, sin interés de reconocer judicialmente el matrimonio, sino sólo que se reconozca la unión no formalizada a los efectos de este trámite.

En la práctica (expresa un autor) (16) "en materia penal vemos la aplicación de este precepto en delitos para cuya tipicidad se requiere que sean cónyuges la víctima y el victimario. En procesos administrativos (en materia de vivienda) para traspasos de derechos de trasmitentes que no sean propietarios y en la parte civil... el ya aludido proceso, donde el promotor pide la disolución de la comunidad matrimonial de bienes".

Insistimos que como se enuncia en el precepto que comentamos "la posesión constante del estado conyugal" que se alegue, sólo surte efectos en el proceso penal, administrativo o civil de que se trate y no es extensivo a otro, ni equivale a un reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, si bien aceptada la prueba como válida en el proceso en cuestión, se asume por el Tribunal que existe en realidad un matrimonio que se asimila al reconocido o formalizado a esos efectos.

Para la mejor comprensión del alumnado transcribimos a continuación la sentencia No. 36 de 9 de marzo de 1983, dictada en casación por el Tribunal Supremo Popular, en relación con un proceso sumario promovido para la reivindicación de un bien mueble, perteneciente a una unión no formalizada:

"Al admitir la sentencia recurrida, la existencia de una unión matrimonial no formalizada, entre el actor y la demandada, al sólo efecto del proceso reivindicatorio del bien mueble y que éste -un refrigerador- fue adquirido por el presunto marido, constante la referida unión y con dinero de ambos miembros de la pareja, el Tribunal de instancia debió aclarar la existencia de la comunidad matrimonial de bienes y la demanda procedente".(17)

De esta suerte el Art. 22 que comentamos, protege a la unión matrimonial, aún cuando ésta no ha trascendido legalmente (ni formalizada, ni reconocida) lo que evidencia que el matrimonio de hecho se refleja en la superestructura jurídica, en su regulación y protección por el Código de Familia, no sólo en el reconocimiento judicial de ésta y en el matrimonio formalizado con carácter retroactivo al momento de iniciada la unión, sino como apreciamos en la admisión de la prueba de la posesión constante del estado conyugal, todo lo cual era totalmente ignorado, como ya hemos señalado, en la legislación sobre familia, de antes de la promulgación de la constitución de 1940, que absolutamente desconocía la existencia del concubinato.

### 6. Pertinencia del reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada en otras situaciones

Hemos afirmado hasta aqui que al reconocimiento judicial se acude, cuando se imposibilitan o cierran las vías de la formalización, ya por muerte de uno de los contrayentes, ya por negarse uno de ellos a continuar la unión. Sin embargo, debemos referirnos a otras situaciones en que se polemiza si es pertinente admitir el

reconocimiento: Se trata de demandar éste, estando ambos contrayentes vivos y con la voluntad de continuar la unión, mas uno de ellos no desea formalizar, o bien porque quieren ambos reconocer el tiempo pasado de convivencia sin romper el vínculo, ni formalizar. Puede aludir como hemos dicho a la renuencia absoluta de uno de los miembros de la pareja a todo tipo de legalización, ya se trate de matrimonio formalizado o reconocido, pero si presente la voluntad de continuar la unión. Tales situaciones, son sin duda muy excepcionales.

En principio, existiendo la voluntad de continuar la unión, la lógica seria que los unidos formalizaran ésta con carácter retroactivo (Art. 19 C.F.) y no acudieran al reconocimiento, máxime que este proceso inter-vivos como ya expresé antes, es una especie de "matrimonio a la fuerza". Se presentaría una contradictoria situación, si se reconociera un matrimonio porque uno de los miembros de la pareja, no posee la voluntad de formalizar y éste siguiera, no obstante, unido a su pareja después del reconocimiento que forzó su voluntad de no legalización.

De todos modos, el reconocimiento sólo cubre un periodo de la convivencia, pasado, lo que tampoco es lógico que resulte lo idóneo para una pareja que continuará su vida matrimonial en el futuro.

Los Tribunales, en principio, deberían rechazar tales demandas, aunque en rigor, si lo que se pretende es el reconocimiento de la vigencia de una unión matrimonial de una fecha hasta otra, en que se da por extinguida, escapa a las posibilidades de éstos, conocer o ponderar la situación de futuro, si los amantes, una vez reconocida esa etapa, continúan entre ellos, la relación.

En suma, existiendo la posible retroactividad de los efectos en el matrimonio formalizado, al momento de iniciada la unión (lo que implica una verdadera innovación del Código de Familia, en materia de matrimonio) al que se accede con un procedimiento sencillo que sólo necesita del consentimiento de los cónyuges y la manifestación de los testigos ante funcionarios facultados, resulta absurdo, estando vivos ambos contrayentes y existiendo la voluntad de continuar la relación, seleccionar el reconocimiento, que entraña todo un proceso ordinario, de índole litigiosa ante los Tribunales, con proposición de pruebas y participación del Fiscal, para lograr finalmente, efectos más limitados que la formalización, que proyecta los efectos también hacia el futuro.

6. Nulidad del reconocimiento

La ineficacia del matrimonio, que acarrea la nulidad absoluta o relativa del mismo, en buena técnica jurídica, más que causa de extinción de éste, es consecuencia de la presencia de vicios o impedimentos invalidantes en su concertación y legalización (como ya estudiaremos más profundamente en su oportunidad).

El Código de Familia, no sólo regula la nulidad del matrimonio declarada por sentencia firme, como una de las causas de extinción del mismo, sino que la limita paradójicamente a los matrimonios formalizados, contradiciendo sus propios principios de colocar en plano de igualdad absoluta al matrimonio formalizado y al judicialmente reconocido. (Recuérdese que se regulan las prohibiciones matrimoniales como prohibiciones de contraer y no limitadas a la formalización del matrimonio, Arts 4 y 5 del Código de Familia). Sin embargo, aunque el Código no lo explicite, por principio, una unión matrimonial que pudo lograr el reconocimiento del Tribunal, mediante la correspondiente sentencia, no obstante adolecer de vicios o impedimentos

dirimentes no percibidos durante la sustanciación del proceso, puede ser recurrida en el tiempo fijado por la ley, a fin de que se anule la sentencia dictada y se declare sin lugar la demanda que dio origen al proceso. De esta suerte se anularía el reconocimiento judicial de la unión matrimonial viciada.

Teóricamente, sobre semejantes sentencias cabrían todos los recursos establecidos contra las resoluciones judiciales en el proceso civil y aún en aras del logro de la verdad material y la legalidad, que fueren examinadas también las sentencias firmes en proceso de revisión, siempre que para ello hubiere lugar. (Ver en Anexo, sentencias dictadas en proceso de revisión sobre esta materia).

Concluido el estudio de esta singular figura del reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, continuaremos con el estudio de la institución del matrimonio y pasaremos en los próximos capítulos, al análisis íntegro del matrimonio formalizado, los que conforman las partes IV, V y VI del presente módulo 2 de la asignatura.

NOTAS AL MATRIMONIO (TERCERA PARTE)

1. Consultar a Cobas Cobiella, M.E., Ojeda Rodríguez, N de la C, Pérez Fuentes G.H. en artículo Reconocimiento Judicial del Matrimonio, problemas que plantea la interpretación del articulado del Código de Familia Revista Cubana de Derecho Año XVII Número 35. La Habana, Cuba, pp. 132 a 137. Consultar asimismo en la biblioteca de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (Casa Central) el trabajo de Diploma titulado Estudio socio-jurídico de las uniones consensuales en Cuba, Facultad de Derecho-Universidad de La Habana, 1990, de las graduandas Vivian P. Barceló Florencias y Jacqueline R. García de Blanck, bajo mi tutoría. (Especialmente sobre el aspecto procesal, pp. 41, 48).

2. Gómez Treto, Raúl- ¿Hacia un nuevo Código de Familia? Revista Cubana de Derecho, Año XVII Número 34, p. 59. Consultar asimismo sobre este antecedente legislativo a Fernández Clérigo, Luis en el Texto El Derecho de Familia en la legislación comparada. Editorial Uteha, México, 1947, pp. 17, 18, 19.

3. Macau Miguel A. Matrimonio y equiparación matrimonial. Publicaciones Culturales, S.A. La Habana, Cuba, sin fecha (se presume que 1957) p. 123.

4. Varona, Duque de Estrada, Francisco. Comentarios al Código de Familia Revista Cubana de Derecho. Año XI Número 19. La Habana, Cuba, p. 46. Sobre la incidencia de las uniones libres en Cuba y su tratamiento histórico-legislativo, consultar de esta autora el artículo El reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado. Mito y Realidad en Revista Cubana de Derecho No. 3 de 1991. (Recomendamos al alumnado su lectura integra).

5. "No es posible estudiarlas (las uniones libres o concubinarias) en nuestro Derecho Positivo (expresaba el Dr. José Guerra López) porque en vano buscaríamos un sólo precepto que las regule. No existe. A nuestro pesar tenemos que reconocer el retroceso que nuestra legislación sufrió por el afán de copiar al Código francés y al italiano, olvidando el oro puro de nuestro Derecho Histórico, que regulaba esta como otras materias, acercándose a veces a perfecciones que lo hacían acreedor a ser eterno". En opúsculo "Uniones libres o concubinarias". Conferencia pronunciada en 5 de- Mayo de 1927. Imprenta de F. verdugo. La Habana, pp. 4, 5. Loc. Bibliotecas especializadas de Derecho).

6. Sobre los debates de la Asamblea Constituyente para la aprobación de la Constitución de 1940, en torno a la protección que el Estado debía prestar a esas uniones libres para equipararlas al matrimonio civil, consultar a Macau, relacionado en anterior nota (2) p. 91 y siguientes. Revisar en las bibliotecas especializadas de Derecho, el Diario de Sesiones de la Convención Constituyente Tomo I. La Habana, 1940.

7. Núñez y Núñez, Eduardo Rafael. Unión extra- matrimonial. Ediciones Montero, La Habana, 1945. Opúsculo, cuya lectura recomendamos Integra. (Loc. Bibliotecas especializadas de Derecho).

8. Para un estudio pormenorizado sobre el matrimonio equiparado, consultar a Le Riverand Brusone, Eduardo L. en el Matrimonio anómalo. Editorial Cultura. S.A. La Habana, 1942. (Loc. Bibliotecas especializadas de Derecho).

9. Álvarez Collado, Eduardo. La unión matrimonial no formalizada. Revista Jurídica del Ministerio de Justicia No. 17. Octubre-Diciembre, 1987. Año V.

(Para ampliar conocimientos sobre el concepto de singularidad, pp. 24, 25).

10. Ibídem p. 23. (para abundar sobre el requisito de estabilidad). Consultar asimismo, el artículo de la Revista Cubana de Derecho, Año XVII, No. 35, citado en anterior nota (1) pp. 114, 115.
11. Para ampliar conocimientos sobre la presencia de la buena fe en el proceso de reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, consultar a Álvarez Collado, en el artículo citado en anterior nota (9) pp. 26 a 29. Consultar asimismo a De la Fuente, L6pez, Jorge en Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica en Revista Cubana de Derecho, año XVIII Número 38, pp. 86 a 88.
12. Séfer Zarate, Ismael El Código de Familia, a la luz de su interpretación y aplicación por el Tribunal Supremo Popular. Revista Cubana de Derecho Año XI, Número 19, p. 73.
13. Mesa Castillo, Olga. El reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado. Mito y Realidad, artículo mencionado en anterior nota (4) p. 85.
14. Ut supra Loc. nota 3, pp. 130, 131. 92
15. Peral Collado, Daniel-Derecho de Familia-Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 1978, pp. 74 y 75.
16. Ut supra Loc. nota 9, p. 37.
17. Sentencia citada en trabajo de Diploma titulado Del tránsito de la unión concubinaria al reconocimiento judicial de matrimonio no formalizado de las graduandas, María T. González Martínez, Déborah Nieto Tabares, Isadora Villar García. Tutor, Dr. Buenaventura Cuervo Cerulia. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 1987, p. 57.

ANEXO

PROCESO DE REVISION

SENTENCIA NUMERO:----------

EN LA CIUDAD DE LA RABANA, A TREINTA DE JUNIO DE MIL NOVECIENTO NOVENTA Y CUATRO.----------

Vista por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular la presente demanda establecida por el Sr. A natural de Santiago de Cuba, Electricista y vecino de la calle X, representado y dirigido por la Letrada teniendo por objeto la revisión de la sentencia firme número seiscientos cincuenta de veintiuno de Junio de mil novecientos noventa y uno dictada por el Tribunal Municipal Popular de Guanabacoa en el expediente cuatrocientos dos de mil novecientos noventa y uno formado para conocer de la demanda en el proceso ordinario sobre Reconocimiento de Unión Matrimonial no Formalizada establecida por la Sra. B quien no se personó en estas actuaciones y si el Ministerio Fiscal.

RESULTANDO: que la demanda de revisión se sostiene en los siguientes hechos: PRIMERO: Que en la sentencia que por esta demanda se solicita su revisión, en el fallo se declara Con Lugar la demanda sobre Reconocimiento Judicial de Matrimonio no Formalizado y en consecuencia se reconoce por la Sala desde el Primero de Febrero de mil novecientos ochenta y uno hasta el doce de diciembre de mil novecientos noventa existió entre los señores A y B una unión matrimonial no formalizada, confiriéndole de esta forma reconocimiento judicial, a dicha relación extramatrimonial derivándose de ello los efectos que se regulan en el Código de Familia. SEGUNDO: que mi representado desconocía de la existencia de la unión matrimonial formalizada por lo que no pudo disponer por fuerza mayor del correspondiente Certificado de Matrimonio, al no tener los datos del matrimonio ni habérselos aportado la señora B, que acreditara fehacientemente la existencia del matrimonio, siendo localizada la misma por la búsqueda en los Registros Civiles del país. TERCERO: Que resulta totalmente contrario a derecho la coexistencia del Reconocimiento del matrimonio no formalizado entre mi representado y la señora B con el matrimonio formalizado que mantuvo esta señora con el señor C, dado la prohibición legal recogida en el artículo cuatro inciso dos del Código de Familia para contraer matrimonio, entiéndase para reconocer judicialmente una unión matrimonial no formalizada; máxime cuando dicha unión carecía de los requisitos establecidos en el propio cuerpo legal citado en este hecho, al no tener la relación singularidad, ni estar la señora B en aptitud legal para contraer matrimonio. El Código de Familia consecuentemente con el escrito digo criterio que el matrimonio ha surgido en virtud de una relación voluntaria concertada para vivir en común un hombre y una mujer con capacidad legal para ello, autoriza el reconocimiento judicial de esa unión si ha existido, además, singularidad y estabilidad. De esa forma, el artículo dieciocho del Código de Familia recoge los tres requisitos básicos para poder otorgar un reconocimiento judicial: dos de los cuales no existen en la unión

reconocida judicialmente por el Tribunal Municipal Popular de Guanabacoa del que solicitamos su revisión. CUARTO: que la propia Certificación de Matrimonio adjuntada como documento decisivo para el esclarecimiento de la verdad objetiva (documento número cuatro) consta en las observaciones que el matrimonio existente entre la señora B y el señor C fue disuelto por el tribunal Municipal Popular de Santiago de Cuba según decretó la sentencia número cuatrocientos veinticinco de mil novecientos noventa y dos de fecha once de Mayo de mil novecientos noventa y dos, evidenciándose que la unión matrimonial no formalizada mantuvo su vigencia paralelamente al matrimonio formalizado. Que la exclusión de la coexistencia de dos relaciones jurídicamente válidas y reconocidas, unido, en primer lugar, al presupuesto contenido en el inciso uno del articulo seiscientos cuarenta y dos de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral alegado en esta demanda, son causas suficientes para que predomine la verdad y la justicia en este caso y, sea subsanado el quebrantamiento de la legislación civil y familiar.----------

RESULTANDO: que admitida la demanda, luego de recibirse la correspondientes actuaciones constitutivas de sus antecedentes, se confirió traslado para que se personara y la contestara en el plazo de quince días, lo que realizó el Ministerio Fiscal, interesando que se declare Con Lugar la revisión pretendida y se modifique la sentencia combatida en el sentido que la unión sostenida entre las partes sólo surta efecto a favor del hoy demandante y de su hijo menor D, que sin haberse, propuesto prueba se declaró el proceso concluso para dictar sentencia.----------
-

RESULTANDO: que en la sustanciación de este proceso se han observado las prescripciones legales.----------

SIENDO PONENTE LA JUEZA----------

CONSIDERANDO: que visto el documento en que se funda la solicitud de revisión que, nos ocupa, y con el cual se justifica que la actora del proceso cuatrocientos dos de mil novecientos noventa y uno radicado, en el Tribunal Municipal Popular de Guanabacoa era casada con tercera persona y por ello no contaba con capacidad para que se reconociera la unión marital sostenida entre ella y el demandante de este proceso, aunque en su demanda alegó lo contrario, matrimonio aquel celebrado en Santiago de Cuba, o sea provincia distinta en la que comenzaron la unión ambos contendientes pasado cinco años después del referido matrimonio, actuando de mala fe la misma al no comunicar ni alegar en el proceso antecedentes de tal particular, lo que implica que antes no pudo ser de conocimiento del promovente, lo que para él integra una situación imprevisible e inevitable, es decir de fuerza mayor y por tanto se hace meritorio declarar Haber Lugar a la revisión y en consecuencia anular la sentencia a que se refiere, en lugar de la cual habrá de dictarse la que en estricta justicia resuelva el asunto original.----------

FALLAMOS: Declaramos HABER LUGAR a la revisión solicitada por el Sr. A y en consecuencia se anula la sentencia a que se refiere, debiéndose dictar otra en sustitución de la revocada, en la que se resolverán todas las

cuestiones que fueron objeto del proceso original.--

COMUNIQUESE: esta sentencia y la que a continuación se dicta con devolución de las actuaciones elevadas al Tribunal de su impulso, librándose cuantos despachos y copias certificadas fueron menester, el acuse de recibo únase al expediente de su razón y archivase el mismo previa las anotaciones correspondientes. ----------

ASI LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS ----------

SENTENCIA

Visto por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular los autos de la demanda seguida por los trámites del proceso ordinario sobra RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE MATRIMONIO NO FORMALIZADO en el Tribunal Municipal Popular de Guanabacoa establecido por la Sra. B, de las generales que obran en autos y representada y dirigida por el Letrado contra el Sr. A y contra el menor D y contra el Fiscal y contra cualquier otra persona que demuestra interés legítimo en el procedimiento; que se reconozca la unión que existió entre las partes desde al primero de Febrero de mil novecientos ochenta y uno hasta el doce de Diciembre de mil novecientos noventa, retrotrayendo sus efectos en su unión.----------

RESULTANDO: que en la demanda se establecen los siguientes hechos: PRIMERO: que mi representada y el demandado Sr. A iniciaron relaciones extramatrimoniales el primero de Febrero de mil novecientos. ochenta y uno y a pesar de tener ambos la aptitud legal para casarse, nunca legalizaron y formalizaron su unión, la que se mantuvo hasta el doce de Diciembre de mil novecientos noventa, se acompañan certificaciones de nacimiento de la promovente y el demandado como documentos marcados al número dos y tres. SEGUNDO: que de las mentadas relaciones sostenidas por mi mandante con el demandado, procrearon un hijo que se nombra D, lo que acredito con la certificación de nacimiento del menor que adjunto como documento número cuatro. TERCERO: que durante los nueve años y diez meses que duró la unión extramatrimonial de las partes, ambos se comportaban socialmente como legítimos esposos, residiendo ]untos en el mismo domicilio, cooperando ambos en el sostenimiento del hogar constituido y la familia creada, por lo que para amigos y vecinos constituían verdaderos esposos.----------RESULTANDO: que la aludida demanda fue contestada por el fiscal, quien alegó no constarle las afirmaciones expuestas por la parte actora; abriéndose el proceso a prueba por término, legal, practicándose la documental, testifical y confesión judicial que aparece en su respectivo cuaderno.----------

SIENDO PONENTE LA JUEZA:----------

CONSIDERANDO: que del análisis de las pruebas practicadas y de la documental en que se fundó la revisión promovida por la contraparte permite aseverar que la unión marital sostenida entre los litigantes no

cumple con los requisitos que al efecto del reconocimiento de este tipo de unión señala el artículo dieciocho del Código de Familia, por no contar la actora con la capacidad legal y siendo así procede la desestimación de la demanda y resolver como se dirá.----------

FALLAMOS: Declaramos SIN LUGAR la demanda establecida por la Sra. B, representada y dirigida por el Letrado. Sin Costas.----------

ASI LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS.----------

# LA FORMALIZACIÓN DEL MATRIMONIO

Sumario: La formalización del matrimonio. Consideraciones previas. Los esponsales. Publicidad del Matrimonio. Derecho de oposición al matrimonio. Funcionarios facultados para autorizar la formalización del matrimonio. La formalización del matrimonio en condiciones normales y especiales. La formalización del matrimonio en condiciones normales: Requisitos generales. Requisitos Especiales: La formalización del matrimonio del menor: Distintos supuestos de autorización. La formalización del matrimonio de la mujer antes de transcurrir 300 días del matrimonio anterior. La formalización del matrimonio de u n ciudadano extranjero con un ciudadano cubano. La formalización del matrimonio por poder. Acto de ratificación, acto mismo de formalización. La formalización del matrimonio en inminente peligro de muerte. La formalización del matrimonio con carácter retroactivo al momento de iniciada la unión. La prueba del matrimonio formalizado.

1- La formalización del matrimonio. Consideraciones previas:

Comenzaremos el estudio del matrimonio civil, propiamente dicho, que el Código de Familia llama matrimonio formalizado, materia que ha sido en parte derogada y en parte modificada por la Ley N° 51 de 1985 – Ley del Registro del Estado Civil, por lo que su estudio debe complementarse con la lectura y conocimiento del procedimiento registral administrativo establecido en dicha ley y su Reglamento para la inscripción del matrimonio.

También deben los alumnos conocer de la Ley N° 50 de 1984, Ley de Notarías Estatales, el Art. 10 inciso L y de su Reglamento (Resolución del Ministro de Justicia N° 70 de 9 de junio de 1992), el Art. 79. Así, la Sección Segunda del Capítulo Primero del Código de Familia, que regula la formalización del matrimonio, fue en parte derogada (más bien transcrita a la Ley del Registro del Estado Civil) sin cambiar sustancialmente la formulación de su preceptiva, pero con el propósito de extraer del Código de Familia, normas de procedimiento que acompañaban indebidamente a las de naturaleza eminentemente sustantiva, como corresponde a un Código de Derecho Material. Otros artículos concernientes al matrimonio formalizado sufren modificaciones por la Ley N° 51, que son realmente formales*.

Con estas prevenciones, comenzaremos a comentar la materia que nos ocupa:

La primera observación que haría un estudioso del Derecho de Familia al comenzar el análisis de la formalización del matrimonio en nuestra legislación vigente, es la liberalización o desembarazo de formalidades previas al acto mismo de legalización (en la nomenclatura del Derecho comparado se denominarían "Formalidades previas a la celebración del matrimonio")†.

---

* De ahora en adelante, en ocasiones, denominaremos a la Ley N° 51 de 1985, Ley del Registro del Estado Civil, con las letras LREC, a la Ley N°. 50 de 1984, Ley de las Notarías Estatales, LNE, y al Código de Familia, Ley N° 1289 de Febrero de 1975, C. F.

† Recuérdese las diferentes expresiones terminológicas que utiliza el Código de Familia al regular la relación conyugal (Módulo 2, Primera Parte) y el contenido de la "Aclaración a los alumnos" que aparece en la 2da. Parte del mismo Módulo.
Es bueno adelantar aquí, que como habrán de percatarse los lectores, el articulado de la Ley del Registro del Estado Civil, no observa rigurosamente esta terminología.

Estas formalidades previas, se referían a la institución de los esponsales, a la publicidad del matrimonio y al Derecho de oposición al mismo, que se pretendía celebrar. En este sentido en el viejo tronco del Derecho Civil español (aún con anterioridad a su primera codificación en 1888) se distinguía entre Formalidades previas a la celebración del matrimonio y Diligencias preliminares a la celebración del matrimonio.

En el caso del matrimonio civil (entonces con carácter perpetuo e indisoluble, como ya conocemos) los esponsales formaban parte de la primera y la entonces llamada publicación del matrimonio, como la oposición al matrimonio de la segunda (1).

Por su parte un conocido comentarista del Código Civil español(2) entiende que "la etapa preparatoria tiene la característica de poder estar integrada por acontecimientos voluntarios y por diligencias forzosas. Los acontecimientos voluntarios se reducen a los esponsales o promesas de futuro matrimonio. Las diligencias necesarias están integradas por la formación del expediente matrimonial, con todos los elementos y circunstancias que lleva consigo...". Entre ellas, acoto, la publicidad del proyecto matrimonial y el derecho de oposición al mismo, como también el conjunto de documentos que la autoridad exige y recoge para la contracción válida de las nupcias.

Comenzaremos el análisis por la institución de los esponsales.

1.1- Los esponsales:

Con certeza es una de las instituciones más antiguas del Derecho Civil, en su doble aspecto de institución contractual y de Derecho de Familia, unida lógicamente a la celebración del matrimonio como previo pacto o promesa de concertación de esas futuras nupcias y en su génesis más primitiva debieron tener una naturaleza obligatoria (especie de "compra de la novia") mediante las "arras sponsalitia" por las que "el que ofrecía matrimonio garantizaba su celebración por medio de una cantidad entregada a la otra parte, que ésta hacía suya de no verificarse el matrimonio, como sanción civil del incumplimiento y en perjuicio del oferente(3).

Lo cierto es, que esta institución, que según algunos autores, proviene del Derecho griego (4) fue muy desarrollada en el Derecho romano, que en su última época, distinguió entre el contrato de celebración del matrimonio (sponsalia de praesenti), celebración misma del matrimonio, y contrato de esponsales (sponsalia de futuro) que no revestía formalidad, ni era accionable (5).

En el Derecho germano se enfatiza la naturaleza obligacional de esta promesa de matrimonio, de manera que "al matrimonio propiamente dicho, precedía un contrato formal cuya finalidad era recoger las declaraciones con ocasión del matrimonio. De este pre-contrato, derivaban efectos obligacionales y penales, la obligación de contraer matrimonio engendraba acción y era ejecutable" (6).

El tratamiento de la institución se enriqueció sin dudas, en el desarrollo del Derecho Canónico que la llegó a considerar como un pre-contrato nupcial independiente, restándole validez a la promesa esponsalicia, dada la primacía que la Iglesia otorga a la libertad de consentimiento en la celebración del matrimonio (7). Y por último en el Derecho Histórico español, se recogió esta institución, primero con un carácter obligatorio (Fuero Juzgo) y luego flexibilizada (Las Partidas) y con ese carácter llegó al

Código Civil hecho extensivo a Cuba en 1889.

En el mismo, se establecía: (Art. 43)

> Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento.

Sólo si la promesa se hubiere hecho en documento público o privado (Art. 44) por un mayor de edad o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento hubiere sido necesario para la celebración del matrimonio, o si se le hubiere dado a éste (al matrimonio) publicidad, el que rehusaba casarse, sin justa causa, estaba obligado a resarcir a la otra parte de los gastos en que hubiere incurrido por razón del matrimonio.

El Dr. José GUERRA LÓPEZ, profesor que fuera de esta Cátedra de Derecho de Familia en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y al cual ya hemos hecho referencia en otras partes de este texto, comentando esta institución, contenida en el derogado Código Civil de 1889, expresaba:

> "Empieza por tanto el Código a regular el inicio de lo que se llaman relaciones o noviazgo que él denominada esponsales... promesa recíproca de futuro matrimonio, que a nada obliga y que no tiene efectos jurídicos de ningún género, salvo pagar determinados gastos, cuando se hayan realizado en determinadas circunstancias... es el inicio del noviazgo, es el sí de las niñas..." (8).

Como se aprecia, esta institución, como formalidad previa a la celebración del matrimonio, tuvo entre nosotros escasa virtualidad jurídica y social; no es de extrañar que desde antes de la promulgación del Código de Familia de 1975, como acto de liberalización de rigorismos propios del Derecho Civil, ya fueren autorizados los Encargados del Registro del Estado Civil a formalizar el matrimonio (Ley N° 1161 de 18 de Septiembre de 1964) y que en las disposiciones posteriores sobre los requisitos para dicha formalización* se obviaran en esta materia las promesas pre-nupciales en la fase preparatoria del proyecto matrimonial, así como la publicidad y oposición al matrimonio (que trataremos de inmediato)† como acontecía en la legislación del pasado, quedando reducido el llamado expediente matrimonial a la simple declaración jurada que debían prestar los contrayentes.

1.2- Publicidad del Matrimonio:

Lo que hemos llamado publicidad del matrimonio, se refería al deber del Juez Municipal (entonces, durante la vigencia del Código Civil español funcionario facultado para que ante él se celebrara el matrimonio civil)‡ de fijar edictos o proclamas por espacio de quince días previos al matrimonio, anunciando la pretensión

---

* Ley N° 1215 de 27 de Octubre de 1967, Resolución N° 169 de 29 de Noviembre de 1967, dictada por el Ministro de Justicia.

† La publicidad y la oposición al matrimonio, habían desaparecido antes, como explicaremos más adelante.

‡ No obstante, en materia de matrimonio, recuérdese que las Ordenes Militares interventoras introdujeron importantes modificaciones desde 1899 y desde esa fecha "funcionarios" que no calificaban todavía como Notarios, podían también celebrar matrimonio civil.

de enlace y requiriendo a los que tuvieran noticia de algún impedimento sobre el mismo, para que lo denunciaran. Tal deber se hizo extensivo más tarde de manera expresa a los Notarios, cuando por Ley de 20 de Febrero de 1929, (Art. 140) (Código Notarial) se les autorizó a celebrar matrimonios civiles en la misma forma que lo autorizaban los Jueces Municipales.

Esta formalidad previa es expresión en la legislación civil de las llamadas amonestaciones o proclamas y también de la fijación de los edictos en las iglesias, del Derecho Canónico, que debían practicarse dando publicidad de manera continuada al futuro matrimonio*.

1.3- Derecho de oposición al matrimonio:

La publicidad o "publicación" del matrimonio civil a través de fijación de edictos y las proclamas, tenía por objetivo, como hemos visto, conocer de impedimentos legales para su celebración, de manera que el eventual conocimiento y consiguiente denuncia de esos obstáculos legales para el proyecto matrimonial, daba lugar al ejercicio de un verdadero derecho de oposición al matrimonio (ius acussandi), en el que el Ministerio Fiscal jugaba un papel preponderante, tramitándose el proceso de oposición por la vía de los incidentes de acuerdo a la vieja ley de enjuiciamiento civil (léanse los artículos 97 al 99 del Código Civil español hecho extensivo a Cuba en 1889).

Tales "diligencias preliminares" de publicidad y por ende de posible oposición a la celebración del matrimonio, fueron prontamente cuestionadas en la historia legislativa de nuestro país. Así, ya desde la Orden Militar 140 de 1901 (párrafo 3 del Art. V) se establecía una dispensa de proclamas cuando a juicio de los sacerdotes, clérigos o ministros que conforme a esa Orden autorizaban los matrimonios o a los Jefes de aquellos, según los preceptos de sus religiones, existiera una causa suficiente para ello.

Esta disposición, unida a la ya contenida en el Art. 92 del derogado Código Civil español de 1889, que establecía la facultad del Gobierno de dispensar la publicación de los edictos, mediando causas graves suficientemente probadas, produjeron en la realidad social cubana, desde principios de siglo, un verdadero desconocimiento de estas diligencias preliminares a la celebración del matrimonio.

El afán secularizante y pragmático del interventor, unido a la idiosincrasia criolla, creó una situación de desembarazo de solemnidades y requisitos para la contracción de las nupcias. Por lo auténtico del testimonio, reproduzco, parte del comentario que al respecto hizo sobre esta situación, Ángel C. BETANCOURT, en 1924†.

---

* El vigente Código de Derecho Canónico en su cánones 1066 – 1067, establece que "antes de que se celebre el matrimonio, debe constar que nada se opone a su celebración válida y lícita" pero para lograr esa finalidad la actual legislación eclesiástica (que había establecido toda una profusa normativa al respecto) remite esta cuestión a la competencia legislativa de cada Conferencia Episcopal. En cuanto específicamente a las proclamas matrimoniales u otros medios oportunos para realizar las investigaciones prematrimoniales, cuya obligatoriedad había sido suprimida a petición de algunas Conferencias Episcopales, se establece la necesidad de que existan unos medios oportunos y aptos para investigar la situación civil prematrimonial de los contrayentes. A la Conferencia Episcopal, por lo tanto, le corresponde una doble tarea en esta materia: en primer lugar, elegir el o los medios más oportunos, en segundo lugar, regular todo lo concerniente al instrumento adoptado (cfr. comentario al Canon 1067) Código de Derecho Canónico – Universidad Pontificia de Salamanca, Séptima edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1986.

†† El Dr. Ángel C. BETANCOURT, Presidente que fuera del Tribunal Supremo y Presidente de la Comisión de Códigos de la Cámara de Representantes de la República, fue el comentarista cubano más connotado

> "La subsistencia de este artículo en el Código (se refiere al Art. 92, aclaración de esta autora) sin modificación alguna después de las Ordenes Militares vigentes que trastornaron y desorganizaron nuestra antigua legislación sobre la forma de celebrar los matrimonios, creó un verdadero obstáculo al civil... produciendo como natural consecuencia que dicha forma, que debía ser la general, fuese la que menos se adoptara en Cuba, en donde a la sombra de las citadas Ordenes Militares, se crearon verdaderas oficinas de matrimonios, disfrazadas con el nombre de religiones, religiones sin fieles, sin iglesias, sin dogmas, sin universalidad, a veces sólo conocidas en un barrio, en las cuales fungía como pontífice y sacerdote el que se había propuesto explotar esta nueva industria, quién por consiguiente, se investía a sí mismo de la plenitud de todas las facultades necesarias para autorizar, en horas, sin obstáculos, ni escrúpulos, ese acto trascendental de la vida, base de la familia, la más permanente y respetable de todas las instituciones... Por fortuna ese estado de cosas ha cesado con la derogación de la citada Orden por la ley de 29 de Julio de 1918".

Pero, diecisiete años más tarde, (en 1935) a pesar de las preocupaciones de BETANCOURT por la falta de rigorismo y seriedad ritual en la celebración de los matrimonios en Cuba, los expedientes instruidos para obtener la dispensa de impedimentos matrimoniales o de la publicación de los edictos, podían resolverse por el Secretario de Justicia mediante decreto, transfiriéndose al referido funcionario las facultades concedidas al Gobierno para autorizar los primeros y dispensar los segundos*. En verdad, antecedentes de esta remisión a la Secretaría de Justicia de los expedientes instruidos para obtener dispensa de impedimentos o de publicación de edictos, en este caso con dictamen del Ministerio Fiscal, lo encontramos citado por el propio BETANCOURT (Nota 92) desde 1900. (Decreto del Secretario de Justicia de 7 de Febrero de 1900). Y desde 1953, se suprime definitivamente la formalidad de la publicación o fijación de edictos o proclamas, así como el término de 15 días fijado para denunciar impedimentos en el matrimonio civil†.

Esta liberación de formalidades previas no significa, no obstante, que se imposibilite la presentación, ante los funcionarios autorizantes, de denuncias sobre impedimentos legales que pueden ser invalidantes para la formalización, si son de conocimiento de los familiares o terceras personas interesadas, pero demuestra nuestra natural inclinación a desembarazarnos de formalidades y requisitos en la celebración de lo que BETANCOURT llamó "la más permanente y respetable de todas las instituciones": el matrimonio.

2- Funcionarios facultados para autorizar la formalización del matrimonio.

---

del Código Civil español, hecho extensivo a Cuba en 1889. Sus Notas aclaratorias y concordancias con los otros cuerpos legales a la sazón vigentes, son una excelente fuente de conocimiento de la historia legislativa de nuestro país. Reproduzco parte del comentario numerado 97 de la tercera edición del Código Civil publicada en 1924.

* Decreto Ley N° 807 de 11 de Enero de 1935 (Consultar a Milo Borges en "Compilación ordenada y completa de la legislación cubana" (De 1899 a 1950).

† Decreto Ley N° 1508 de 5 de Septiembre de 1953 (Consultar a Mariano Sánchez Roca en "Compilación ordenada y completa de la legislación cubana"(de 1951 a 1958).

Conociendo entonces que la formalización del matrimonio en nuestra legislación carece de estas formalidades previas, pasemos a estudiar ante qué funcionarios es posible realizar el acto mismo de formalización.

Como sabemos por explicaciones anteriores desarrolladas en la I Parte del Módulo 2, no son en rigor los funcionarios los que formalizan el matrimonio, sino los facultados o autorizados para que ante ellos se formalice por los contrayentes, si bien en la legislación cubana, Registradores del Estado Civil y Notarios (los funcionarios facultados por excelencia) tienen un papel muy importante y en algún sentido constitutivo del mismo.

Pero no son sólo Registradores del Estado Civil y Notarios los autorizados para formalizar el matrimonio. Debemos distinguir varias situaciones diferentes en que otras personas por la posición que ocupan en esas determinadas situaciones especiales, pueden autorizar la formalización.

Debemos antes puntualizar y refrescar algunos datos históricos acerca de quiénes han sido en nuestra legislación familiar los facultados para que ante ellos se formalice ("celebre", como se expresaba antes) el matrimonio:

- Primero, lo fueron los sacerdotes de la Iglesia Católica, durante varios siglos, desde el Descubrimiento hasta 1886, cuando el único matrimonio posible era el religioso católico*.
- Después, lo fueron los Jueces Municipales, desde 1886 y especialmente desde la vigencia en Cuba, en 1889 del Código Civil español (Art. 86) en cuanto a la celebración de matrimonios civiles.
- Más adelante y coexistiendo con los Jueces Municipales los Notarios(9) desde finales del siglo XIX incorporados a la celebración del matrimonio que se calificaba como un contrato civil† a través de las Ordenes Militares interventoras compiladas más tarde en la Orden Militar 140 de 28 de Mayo de 1901‡.

---

* Por Real Decreto de 12 de Noviembre de 1886, se hizo extensiva a la Isla la Ley de Matrimonio Civil española de 18 de Junio de 1870 y su concordante el Real Decreto de 9 de Febrero de 1875. Este último establecía el matrimonio civil facultativo o libre, al mismo tiempo que el matrimonio religioso, produciendo ambos idénticos efectos legales.

† En la legislación matrimonial mambisa los funcionarios autorizados para la celebración del matrimonio aparecen claramente nombrados (como hemos conocido en la Parte General e Introductoria del Derecho de Familia, Módulo 1): En la primera ley de matrimonio civil de 1869, el matrimonio se calificaba como contrato y para la celebración del matrimonio debía acudirse al Notario. En la Ley de Matrimonio de 1896 se calificaba al matrimonio como contrato y celebraban los mismos, los Prefectos.

‡ Esta Orden Militar fue derogada por la Ley de 29 de Julio de 1918 (que como conocen los estudiosos del Derecho de Familia estableció como único válido el matrimonio civil y además por primera vez oficialmente el divorcio desvinculatorio). La Ley había establecido ambiguamente, como la Orden que derogaba, que estaban autorizados para celebrar matrimonio, "la autoridad" o el "funcionario" o el 'Juez Municipal" del domicilio del solicitante, sin calificar quiénes eran la autoridad o el funcionario distintos del Juez Municipal. Se sobreentiende, no obstante, que se trataba del Notario. (Debe advertirse que desde 1873 (Ley de 29 de Octubre) regía en Cuba la Ley Orgánica del Notariado español de 28 de Marzo de 1862). Ya expresamente al promulgarse el Código Notarial en 20 de Febrero de 1929, quedó claramente establecido que los Notarios podrían autorizar la celebración del matrimonio civil en la misma forma que lo autorizaban los Jueces Municipales (Art. 138). Finalmente, el Art. 43 de la Constitución de 1940 estableció que sólo era válido el matrimonio autorizado por funcionario con capacidad legal para realizarlo; y tales funcionarios eran solamente los Jueces Municipales y los Notarios Públicos.

- Desde 1964 (por Ley 1161 de 18 de Septiembre de 1964, que modificó los artículos 326 y 331, relativos al Registro del Estado Civil (Título XII) del Código Civil español hecho extensivo a Cuba en 1889) se le confiere esta facultad a los Encargados del Registro del Estado Civil.
- Jueces Municipales, Notarios y Encargados del Registro del Estado Civil estuvieron autorizados simultáneamente desde 1964 hasta 1975 para que ante ellos se formalizara el matrimonio.
- En 1975, con la promulgación del Código de Familia fue eliminado como funcionario autorizado el Juez Municipal, quedando por excelencia con tal función los Encargados del Registro del Estado Civil y los Notarios Estatales en el territorio cubano. (El Código de Familia denomina a los Notarios como Notarios Públicos*).

La Ley del Registro del Estado Civil que comentamos (Ley N° 51 de 15 de Julio de 1985) introdujo cuando se trata de situaciones especiales innovaciones en esta materia, que son las vigentes, al modificar o derogar la preceptiva del Código de Familia, a las que nos referiremos de inmediato.

3- La formalización del matrimonio en condiciones normales y especiales.

Comencemos informando sobre los funcionarios facultados para autorizar la formalización del matrimonio, en lo que podríamos calificar de situación "normal".

En una situación "normal" y no "especial" dentro del territorio nacional están autorizados para formalizar el matrimonio, los ya nombrados Encargados del Registro del Estado Civil (Arts. 58 y 27 inciso F de la LREC) y los Notarios (Art. 10 inciso L de la LNE). (Art. 7 del C. F.)

En el extranjero, los funcionarios consulares o diplomáticos cubanos autorizados para ello, en las oficinas consulares de Cuba, con respecto a los matrimonios entre cubanos y entre cubanos y extranjeros (Art. 2 de la LNE, Art. 20 dela LREC, Art. 7 del C. F.)†.

En cuanto a lo que pudiéramos llamar situaciones "especiales" se regula el matrimonio "in artículo mortis" (Art. 10, 67 y 68 de la LREC y también Art. 11 inciso C de la LNE) y otras situaciones que introduce la Ley del Registro del Estado Civil, sin especificar si es necesario que se trate de formalización en "inminente peligro de muerte" (Arts. 9 y 11 de la LREC) que reproduciremos a continuación:

<u>Matrimonio en situaciones especiales</u>

- Además del matrimonio "in artículo mortis" (Arts. 10, 67 y 68 de la LREC, los Arts. 11 (c) de la LNE).
- Los Arts. de la LREC, siguientes:

  Art. 9 – El nacimiento, el matrimonio, la defunción y todo hecho o acto que afecte el estado civil de las personas, ocurridos durante desastres o

* Debido a que el enunciado del Art. 7 del C. F. (como todo el C. F.) es anterior a la promulgación de la L.N.E., promulgada en 1984.

† El C. F. Establece en su Art. 7, no derogado por la LREC, que son los cónsules y vicecónsules de la República los funcionarios facultados para autorizar en el extranjero, los matrimonios entre cubanos. (Omitió indebidamente la formalización, de acuerdo con las leyes cubanas, del matrimonio de ciudadanos cubanos con ciudadanos extranjeros). Ver comentario al Art. 7 del C. F. anotado y concordado por el Ministerio de Justicia en 1987.

catástrofes, o en cumplimiento de misiones internacionalistas, o en el período de estado de guerra o agresión militar contra el país, se inscribirán en cualquier tiempo, de conformidad con los requisitos que se establecen en esta Ley y su Reglamento.

Art. 11 – En situación de guerra o agresión militar contra el país, los jefes de ejércitos y otras grandes unidades militares, o los jefes de los consejos de defensa municipales y los jefes de zonas de defensa, ejercerán las funciones de registradores del estado civil, debiendo anotar los hechos o actos relacionados con el estado civil de sus subordinados. Podrán también ejercer esas funciones con respecto a la población civil, de no encontrarse el registrador o su sustituto.

Los jefes de ejércitos y otras grandes unidades militares podrán ejercer las mismas funciones, con respecto a sus subordinados, en los casos de misiones internacionalistas militares.

La primera observación que debemos hacer, en relación a estas situaciones excepcionales, sin encontrarse alguno de los contrayentes en inminente peligro de muerte, como era requisito en el pasado, es en cuanto a las facultades de que han sido investidas por esta Ley, como apreciaron, determinadas personas, para ejercer funciones de Registrador del Estado Civil y autorizar la formalización del matrimonio sin ese presupuesto. Este tratamiento se aparta del legado histórico y doctrinal en esta materia, pues siempre, (según lo que disponía el derogado Código Civil español) [10] que se autorizaba la celebración del matrimonio a otras personas en defecto del Juez Municipal, ya fueran Contadores de buques de guerra, Capitanes de buques mercantes o jefes de cuerpos militares en campaña, era necesario que se requiriera celebrar el matrimonio "in artículo mortis".

La misma concepción siguió el Código de Familia vigente en su redacción original (antes de ser derogado el artículo 12 por la LREC) de manera que el Jefe superior de un buque de guerra o el Capitán de un buque mercante o de pesca, o el Jefe militar de un ejército en campaña con respecto a los miembros de dicho cuerpo, para autorizar la formalización del matrimonio, requerían que uno o ambos contrayentes (teóricamente podrían ser ambos) se encontraren en inminente peligro de muerte. Si bien este requisito está presente en la vigente Ley del Registro del Estado Civil (en los artículos 10, 67 y 68 mencionados) que se refieren a los matrimonios que en inminente peligro de muerte pueden formalizarse durante la travesía en naves o aeronaves cubanas, por los capitanes de dichas naves o aeronaves*, tal presupuesto del matrimonio "in artículo mortis" parece obviado en los enunciados textuales de los artículos 9 y 11 de dicha Ley (que hemos transcrito literalmente) los que hacen referencia a la inscripción de los matrimonios ocurridos durante desastres o catástrofes, en situaciones de guerra o de agresión militar contra el país, o en cumplimiento de misiones internacionalistas, sin distinguir que los contrayentes se encuentren en peligro de muerte.

La sistemática seguida por la Ley, resulta además confusa, pues si bien en el Art. 9 se hace referencia a que todo hecho o acto que afecte el estado civil de las personas, como lo es el matrimonio, ocurridos durante desastres o catástrofes o en otras situaciones

* Se llama la atención a los alumnos acerca de que los Notarios (aunque nada expresara el Código de Familia antes de sufrir las modificaciones y derogaciones de la LREC, ni lo haga ahora la propia Ley) están facultados para formalizar el matrimonio en inminente peligro de muerte, al prohibírseles negar la prestación de sus servicios cuando sea requerida su intervención si el requiriente o interesado se haya en inminente peligro de muerte o en circunstancias excepcionales. (Art. 11 inciso (c) de la LNE.

especiales pueden ser inscritos en cualquier tiempo, no se explicita después en el Art. 11 quiénes pueden realizar dicha inscripción en caso de desastres o catástrofes, como sí lo previene para las demás situaciones. O sea, en caso de guerra o de agresión militar contra el país, ejercen funciones de Registradores del Estado Civil los jefes de ejércitos y otras grandes unidades militares, o los jefes de consejos de defensa municipales y los jefes de zonas de defensa. Igual función tienen los jefes de ejércitos y otras grandes unidades militares, en los casos de misiones internacionalistas militares... Pero se omite quiénes pueden ejercer funciones de Registrador del Estado Civil, durante desastres o catástrofes. Debemos por tanto, o tratar de subsanar esta omisión utilizando la lógica y la información que poseemos acerca del protagonismo de la Defensa Civil en casos de desastres o catástrofes y asumir que los jefes de los consejos de defensa municipales y los jefes de zonas de defensa, ejercerían las funciones de Registradores del Estado Civil y por ende podrían autorizar la formalización del matrimonio (Art. 27, inciso f de la LREC) en tales situaciones y no sólo con respecto a sus subordinados, sino también con respecto a la población civil, en caso de no encontrarse el Registrador o su sustituto como plantea el Art. 11 de la LREC, primer párrafo... o entender que lo que se expresó en el enunciado del ya citado Art. 9, es sólo que tales hechos o actos ocurridos durante desastres o catástrofes ( y demás situaciones aludidas, pero nos interesa ahora sólo ésta) se inscribirán en el Registro, suponemos que por el propio Registrador, en algún momento (cualquier tiempo posterior) y sólo eso, sin relación condicionada con el enunciado del Art. 11. Insisto en la no alusión al presupuesto de inminencia de muerte en uno o ambos contrayentes en estos artículos de la LREC, quebrantando el tracto histórico – doctrinal en esta materia, silencio que nos ha provocado inquietudes y nos ha hecho cuestionarnos acerca de si no será un olvido involuntario del legislador, un gazapo no querido, o por el contrario refleja la voluntad expresa de un tratamiento muy novedoso. Así, con respecto a la situación ya analizada de desastres o catástrofes (la cual ya comentamos, arribando a la consideración de no incluir Registradores especiales en el presupuesto de formalización de un matrimonio en esas situaciones extraordinarias) nos formularíamos la pregunta siguiente: ¿Qué sentido tendría la formalización de un matrimonio en esta situación, que no fuera en inminente peligro de muerte? La misma pregunta formularíamos para una situación de guerra o de agresión militar contra el país o en el cumplimiento de misiones internacionalistas militares. No obstante hay autores(11) que entienden que en casos "como el de los militares en campaña, en que no es tanto la inminencia, cuanto la elevada probabilidad de que la muerte se produzca, lo que puede justificar la forma extraordinaria de celebración". Trátase entonces de inminencia de muerte o elevada probabilidad de morir, si no, es así, ¿qué sentido tendría que en el cumplimiento de una misión internacionalista militar, cumplida siempre en un país amigo, con el cual de seguro tendríamos relaciones diplomáticas y consulares, los contrayentes deban acudir al jefe de ejército y otras grandes unidades militares?

En situación de guerra o de agresión militar contra el país sólo cabría el supuesto del peligro de muerte sin el adjetivo de inminente por la latente probabilidad de que la muerte se produzca en un estado de guerra continuada, mantenida por una estrategia de defensa sin tregua (como se ha planteado la estrategia de lucha denominada "guerra de todo el pueblo") que presupone tácticas de resistencia prolongada y en tal sentido reviviríamos la función de las llamadas prefecturas civiles que se crearon durante la guerra de independencia contra España(12).

Resumiendo, resulta aventurado expresar que arribamos a la verdad absoluta al

comentar esta preceptiva tan distante del legado histórico – doctrinal que no condiciona para estas situaciones excepcionales, la formalización del matrimonio en peligro de muerte y como no distingue la Ley del Registro del Estado Civil, se supone que no debemos distinguir, mal que nos pese.

De manera que "a fortiori, expresaremos en los cuadros que siguen resumidas nuestras reflexiones, informando acerca de qué funcionarios se encuentran facultados en la legislación vigente para autorizar la formalización del matrimonio, excluyendo la situación de la formalización durante desastres o catástrofes, a la que no alude, como hemos conocido, el Art. 11 de la LREC*

Funcionarios facultados para autorizar la formalización del matrimonio en la legislación vigente

A - En situación "normal"

En el territorio cubano:

- Los encargados del Registro del Estado Civil. (Art. 58, Art. 27 inciso F, LREC) (Art. 7, C. F.)
- Los Notarios Estatales.

(Art. 10 inciso L, LNE) (Art. 7, C. F.)

En el extranjero:

- Funcionarios Consulares o Diplomáticos en las oficinas Consulares de Cuba.

(Art. 20 LREC) (Art. 2 LNE) (Art. 7 C. F.)

B - En situación de inminente peligro

A bordo de naves o aeronaves cubanas:

- Capitán de dichas naves.

(Art. 10, 67 y 68, LREC)

Si la persona lo requiere:

- Notarios Estatales

(Art. 11 inciso c LNE)

C - En situación de guerra o agresión militar contra el país

- Jefes de ejércitos y otras grandes unidades militares.

(Art. 11, primer párrafo - LREC)

- Jefes de los consejos de defensa municipales y jefes de zonas de defensa.

(Art. 11, primer párrafo - LREC)

* Alerto a los alumnos que ante la duda, sobre las contradicciones de los Arts. 9 y 11 de la LREC, incluí la formalización del matrimonio durante desastres y catástrofes en mis "Orientaciones para el Estudio del Derecho de Familia" p. 24 en cuadro semejante.

D - En situación de cumplimiento de misiones internacionalistas militares
- Jefes de ejércitos y otras grandes unidades militares.
(Art. 11, segundo párrafo LREC)

4- La formalización del matrimonio en condiciones normales: requisitos generales y especiales.

Estos requisitos se refieren grosso – modo a formalidades extrínsecas que establece la Ley del Registro del Estado Civil (Arts. 61 al 71 de la LREC) cuya infracción afecta la validez del matrimonio (según establece el Art. 45 inciso 3 del C. F.). Recuérdese no obstante, que al estudiar las prohibiciones de contraer matrimonio en otra parte de este texto (Módulo 2 – El Matrimonio, segunda parte) advertimos que el incumplimiento de estos requisitos hace anulable, pero no nulo de nulidad absoluta al matrimonio, tratándose entonces, según la terminología doctrinal, aunque sin las formalidades del pasado, de impedimentos impedientes o simplemente prohibitivos.

Los contrayentes que concurren al acto de formalización deben tener aptitud legal, concepto que estudiamos con detenimiento precedentemente y que incluye la capacidad mental, la capacidad para consentir, lo que se considera la base fundamental en la constitución misma del acto jurídico matrimonial.

Como ya vimos al estudiar la constitución del matrimonio (Módulo 2 Primera Parte) el consentimiento instantáneo, inicial en el acto de formalización (celebración) constituye el eje central de la doctrina canónica sobre el matrimonio, si bien a través de él, en rigor, se crea un estado permanente de derecho. La primacía del consentimiento se evidencia en aforismos jurídicos que han pasado a la legislación civil, como reproduce un autor(13) : "el consentimiento y no la convivencia hacen el matrimonio" (nuptias non concubitus sed consensus facit), "el libre consentimiento y no el amor, hace el matrimonio"(liber consensus et non amor, facit – coningium). Por ello, el consentimiento matrimonial no puede estar viciado (como conoceremos cuando estudiemos la institución de la nulidad del matrimonio) por error en las personas, por coacción o por intimidación, así como no puede admitirse carencia absoluta de consentimiento, aspecto éste que ya estudiamos al referirnos a la carencia de capacidad mental (Módulo 2 segunda parte) como causa de prohibición dirimente de contraer matrimonio. Tampoco, obviamente, puede el consentimiento matrimonial someterse a condición o término y podríamos agregar, ni al modo.

Ya conocimos al respecto del deber del funcionario autorizante del matrimonio, en el caso de abrigar dudas fundadas en relación con la existencia de algún impedimento legal, de oir a los contrayentes y disponer las investigaciones que estime pertinentes, a fin de denegar o autorizar la formalización del matrimonio (Art. 69 de la LREC).

4.1- Requisitos generales.

Al precisar acerca de los requisitos generales que integran el primer paso del llamado expediente matrimonial, previo al acto mismo de formalización, nos debemos referir a la declaración jurada que ambos contrayentes deben presentar ante el funcionario autorizante, con la advertencia expresa de no faltar a la verdad sobre lo

declarado so pena de incurrir en el delito de perjurio y en su caso además el de bigamia o matrimonio ilegal.

En esta declaración jurada (solicitando la formalización del matrimonio) conocida por el pueblo como "primera firma"* (Art. 61 de la LREC) se expresan datos generales de ambos contrayentes (nombres y apellidos, lugar y fecha de nacimiento, ciudadanía, estado conyugal y ocupación, vecindad, nombres y apellidos de los padres). Si uno de los contrayentes declara extinguido por cualquier causa el matrimonio anterior debe necesariamente acompañar en caso de que el anterior matrimonio se hubiera extinguido por fallecimiento del otro cónyuge, certificación de defunción, si la muerte es presunta, declarada la presunción de muerte por el Tribunal y firme la sentencia, se producen los mismos efectos que el fallecimiento; acreditado por certificación médica, si por divorcio o nulidad, certificaciones de la inscripción de las respectivas sentencias en el Registro del Estado Civil.

Dos valoraciones debemos hacer: Como aprecian los lectores se exigen certificaciones al contrayente que declara extinguido su matrimonio anterior, no se exige certificación del estado conyugal de soltería, por lo que declarándose soltero (con malicia o sin ella) se le exime de presentar certificaciones. Se presume que los contrayentes no deben faltar a la verdad, pero no siempre sucede que se comporten de este modo y a veces de buena fe se consideran en estado conyugal de soltería (por la concepción errónea y lamentablemente muy generalizada, de que se reconocen sólo dos estados conyugales, el de casado y el de soltero (equiparándose equivocadamente el estado conyugal de viudo y divorciado al de soltero). Con ello podrían integrarse delitos como el de bigamia y matrimonio ilegal (sólo perseguibles a instancia de la persona agraviada o a instancias de cualquier persona si se hubiera producido escándalo) y siempre que intencionalmente se preste una declaración falsa, el delito de perjurio†. Los requisitos de perseguibilidad en los primeros y los de integración del delito en el último en la ley penal vigente y la no exigencia de certificación del estado conyugal de soltería para la formalización del matrimonio en la Ley del Registro del Estado Civil, propician en general una lamentable impunidad y debilitan la tutela penológica a la observancia de formalizar matrimonio sin la presencia de prohibiciones legales.

La otra valoración que debemos hacer se refiere a la existencia de un previo matrimonio judicialmente reconocido en el caso de uno o ambos contrayentes. Pregunto: ¿Creen los alumnos que el funcionario autorizante, por tratarse de un matrimonio anterior extinguido, demandará en todo caso, de él o de los contrayentes, la presentación de la certificación relativa a la inscripción en el Registro del Estado Civil de la ejecutoria del Tribunal recaída en sentencia firme de reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada para poder proceder a la formalización del matrimonio?. Espero que lo que han aprendido hasta aquí les haga madurar una respuesta acertada.

4.2- Requisitos especiales:

Los requisitos especiales se contraen a situaciones específicas, cuando determinadas personas inmersas en ellas desean formalizar su matrimonio. En estas situaciones específicas los contrayentes requieren además del requisito general dela declaración

* Ver en Anexos, el modelo de Solicitud matrimonial.

† Por cierto la redacción de este delito en el Código Penal vigente (Ley N° 62 de 1987) no protege las situaciones propias del Derecho Civil y más propiamente del Derecho de Familia.

jurada, que ya tratamos, otros requisitos especiales a los que nos referiremos de inmediato.

Estas situaciones atañen a:

- La formalización del matrimonio del menor.
- La formalización del matrimonio de la mujer antes de transcurrir 300 días de extinguido el matrimonio anterior.
- La formalización del matrimonio de un ciudadano extranjero con un ciudadano cubano.
- La formalización del matrimonio por poder.

4.2.1- La formalización del matrimonio del menor. Distintos supuestos de autorización.

Nos estamos refiriendo a los menores de 18 años pero púberes, (16 años cumplidos el varón y 14 años cumplidos la hembra) pues ya estudiamos la impubertad legal (por debajo de esas edades límites) como causa general de prohibición de contraer matrimonio. En su momento, al comentar esta prohibición, adelantamos a contrario sensu criterios sobre la pubertad legal que como sabemos el legislador del Código de Familia elevó a 16 años cumplidos en el caso del hombre y a 14 años cumplidos en el caso de la mujer (releer el acápite atinente en el Módulo 2 segunda parte).

Se trata entonces ahora de jóvenes menores de 18 años, pero púberes que pretenden formalizar matrimonio.

Lo primero que advertimos en la redacción del precepto del Código de Familia que regula esta situación (Art. 3) es la prevención con que el legislador encabeza el pretenso matrimonio del menor de edad, disponiendo que sólo excepcionalmente y por causas justificadas podía otorgarse la autorización a los menores de 18 años. Es decir, nos advierte que el menor necesita para formalizar, primero de una autorización y en segundo lugar que ésta sólo puede ser otorgada excepcionalmente y por causas justificadas*.

Las razones de conceder la autorización con estas limitaciones, se deben al propósito de evitar la precocidad en el matrimonio, con toda la secuela perjudicial para los propios jóvenes y para su prole, prevención legislativa que tiene mucho sentido en un país como el nuestro que se ubica entre aquellos en los que se inicia la vida en pareja a edades tempranas(14) .

Con todo, las medidas protectoras de ahora para limitar o resguardar el matrimonio del menor de edad, resultan mínimas, cuando las comparamos con el pasado legislativo. Hace cien años atrás (vigente el Código Civil español) la mayoría de edad se alcanzaba a los veintitrés años y si bien la pubertad legal y por ende la posibilidad de celebrar matrimonio se alcanzaba a los 14 años cumplidos el varón y 12 años cumplidos la mujer, la emancipación por matrimonio (como la emancipación voluntaria en actos inter – vivos) sólo era posible desde los 18 años de edad. El menor de 23 años para poder celebrar matrimonio debía obtener licencia de determinados parientes o personas, según se tratara de hijo legítimo, natural reconocido o legitimado por

* Lamentablemente tales requerimientos del legislador del Código de Familia para la formalización del matrimonio del menor, no son en la generalidad observados en la práctica, en cuanto a su excepcionalidad y razones justificadas.

concesión "Real", adoptivo, o se tratare de un expósito. Siempre los demás hijos ilegítimos obtenían el consentimiento sólo de su madre cuando ésta era legalmente conocida, o el de los abuelos maternos, o a falta de uno y otro, del Consejo de Familia.

Pero además de la licencia, se exigía para el mayor de 23 años, que pidiera el llamado "consejo paterno"* (primero al padre y en su defecto a la madre). Si no lo obtenían o era desfavorable, no podían celebrar el matrimonio hasta tres meses después de hecha la petición. (Es curioso que "el Derecho Canónico, a partir del Concilio del Trento, no ha exigido nunca el consentimiento paterno, además del consentimiento de los esposos, como condición previa a la validez del matrimonio(15) ). Ninguno de los llamados a prestar su consentimiento o "consejo" estaba obligado a manifestar las razones en que se fundaba para concederlo o negarlo, ni contra su disenso se daba recurso alguno. Si a pesar de ello, se casaban los menores sin consentimiento o licencia, el matrimonio era válido, pero los contrayentes eran sometidos a determinadas reglas "sancionadoras" (ver Art. 50 del derogado Código Civil español).

Hemos presentado este bosquejo histórico legislativo para que se aprecie cómo se ha logrado un desembarazo de formalidades, quedando de todas ellas en pie, la exigencia de solicitar la licencia, que ahora llamamos autorización, a otorgarse siempre (al menos eso establece el Código de Familia) con carácter excepcional y por causas justificadas.

Como dato interesante adjuntamos en Anexos un expediente tramitado en La Habana en el año 1859 sobre un caso de licencia para contraer matrimonio en la cual el padre no autoriza a su hijo entre otras causas, por razones raciales. Recuérdese que en el siglo XIX cubano debía solicitarse licencia a las autoridades españolas para que una persona de conocida nobleza y notoria limpieza de sangre intentara contraer matrimonio con mulatos negros y "demás castas". (Ver en Módulo 1, segunda parte).

Pero aquí se trata de un caso de disenso paterno en que se manifiestan las razones en que se funda el padre para negarle la licencia a su menor hijo, sustentándola fundamentalmente en la necesidad de la pureza de sangre de su descendencia futura.

La autorización ahora, como antes la licencia, deberá acreditarse al solicitar la formalización del matrimonio por medio de documento notarial o por comparecencia de la persona que debe otorgarla ante el funcionario autorizado para la formalización. A esto se refiere el requisito especial en caso del matrimonio del menor, a que se contrae el Art. 61 de la LREC, cuando establece que la autorización deberá otorgarse antes de la formalización y exigiéndose siempre entre nosotros documento justificativo† de haberse concedido aquella, ya sea ante Notario, Registrador del Estado Civil o los funcionarios facultados en circunstancias especiales a que hicimos referencia en páginas anteriores. En estas últimas circunstancias parece difícil la concreción de cualquier previo documento justificativo y expresamente están relevados de exigir estos documentos los funcionarios facultados para autorizar el matrimonio del que se halle en inminente peligro de muerte (por cierto sólo ellos y no se menciona a los

* Por ley de 24 de Agosto de 1896 se modificó para Cuba y Puerto Rico la edad para obtener la licencia y el Consejo. Más tarde la O. M. 140 de 1901 dispuso que los menores de 20 años necesitaban de licencia y los mayores de 20 años y menores de 23 estaban obligados a pedir el Consejo. Por último el artículo II de la ley de 29 de Julio de 1918 estableció la necesidad de licencia para los menores de 21 años y suprimió la petición del Consejo para los mayores de esa edad que entonces no necesitaron para contraer matrimonio ni de licencia, ni de consejo.

† Ver en Anexos, el documento contentivo del consentimiento o autorización paterna para la formalización del matrimonio del menor.

demás funcionarios facultados en situaciones especiales) caso en el que el matrimonio se entenderá condicional, mientras no se acrediten en forma dichos particulares (Art. 68 de la LREC)*.

La autorización deben otorgarla determinados parientes, personas o el Tribunal y como con mucha certeza señala el que fuera reconocido Notario cubano, Pedro C. VERDEJO REYES, "el orden establecido por el Código de Familia es prelacional y taxativo, en el sentido de que no puede invocarse la autorización de los restantes, mientras el llamado por la ley no pueda manifestar su voluntad y que atendiendo a las personas señaladas no puede ninguna otra, autorizar el acto, si no es de las específicamente comprendidas en la relación expuesta" (16).

En otras palabras, la autorización deben darla unas personas en defecto de otras, comenzando siempre por el orden establecido en el Art. 3 que comentamos, según sus seis incisos que son en puridad excluyentes entre sí y suponen un orden de preferencia.

"La forma notarial de la autorización será el acta protocolizable o no, siendo requisito indispensable que se haga constar el carácter con que comparece él o los autorizantes, y la justificación de su intervención prelativa mediante los documentos que acrediten la imposibilidad de hacerlo por los llamados por la ley con antelación" (17).

La autorización la otorgan en ese orden, primeramente los padres, conjuntamente, o uno sólo de ellos, si el otro hubiere fallecido o estuviere privado de patria potestad. Quiere decir, que el fallecimiento de uno de los progenitores o la privación del ejercicio de la patria potestad de uno de ellos, legitima al otro para conceder él sólo la autorización.

Ahora bien, si uno de los progenitores hubiere sido suspendido no privado† o si uno de los progenitores abandona el territorio nacional, ambas situaciones no están incluidas en el enunciado de ese inciso, porque privado no es sinónimo de suspendido y el abandono del territorio nacional no acarrea de oficio privación de la patria potestad. Por ello, para que el abandono conduzca a la privación se debe instar del Tribunal competente esa medida y sólo entonces podrá el otro progenitor conceder él sólo la autorización. Puede ser que el padre que emigró, mantenga la comunicación oral o escrita con el hijo o hija menor de edad que desea formalizar matrimonio, pudiendo en tal circunstancia hacerle llegar por correo o tercera persona el documento notarial contentivo de la autorización, con lo que se lograría la autorización conjunta de ambos progenitores que establece el inciso 1 del mentado Art. 3 del C. F.

Acerca de los inconvenientes en la práctica de lograr la autorización para la formalización del matrimonio del menor, en caso de abandono definitivo del país de uno de los progenitores, nos ilustra un autor, el que propone soluciones posibles dentro de la aplicación del propio Art. 3.(18) :

> "En este caso obligamos a quién permaneció en el país a tramitar un proceso ordinario de pérdida de la patria potestad ante el Tribunal Provincial (de conformidad con el

* A pesar de la no mención a los demás funcionarios facultados, la mención expresada en forma general "funcionarios facultados que autorizarán el matrimonio del que se halle en inminente peligro de muerte" nos reafirma en la idea acerca de que la formalización del matrimonio en situaciones excepcionales o especiales se relaciona siempre con el peligro de muerte.

† Adelanto a los alumnos que la suspensión del ejercicio de la patria potestad es en principio temporal o transitoria, mientras la privación o pérdida tiene carácter definitivo.

> Art. 95, inciso 3 del Código de Familia) cuando puede resolverse el caso, si en vez de aplicar el inciso 1 del Art. 3, aplicamos el 5, considerando que la ausencia en el territorio nacional de los facultados para otorgar la autorización excepcional, constituye una de las razones incluidas en la frase "impedido de hacerlo". Nos hemos encontrado con hijos opuestos a que se tramite la pérdida de la patria potestad del padre o de la madre y sin embargo los obligamos a hacerlo, si en definitiva quieren formalizar matrimonio".

Naturalmente, como informé antes, si el progenitor que emigró mantiene comunicación con el menor, puede expresar su consentimiento a través de documento notarial que puede hacer llegar por correo o por mano, siempre que se cumplan los requisitos exigidos para su validez.

En cuanto a la suspensión de la patria potestad debemos entenderla como una situación que impide al que la sufre de la facultad de otorgar la autorización (entre otras razones porque el progenitor puede haber sido suspendido del ejercicio de la patria potestad por declaración judicial de ausencia o de incapacidad, Art. 94 del C. F.) y en tal caso, debemos remitirnos en el orden prelacional al inciso5 que establece que la autorización puede concederla uno sólo de los facultados, cuando el otro que deba darla conjuntamente con él se vea impedido de hacerlo.

Por cuanto nos hemos referido varias veces a la frase impedido de hacerlo, debemos hacer un breve comentario sobre la misma, válido para todas las situaciones en que estén facultados para otorgar la autorización dos personas conjuntamente (incisos 1, 2, 4) y que se refiere a que una de ellas esté impedida física, mental o legalmente de otorgar tal autorización. De esta suerte el impedimento debe ser de tal entidad que imposibilite de manera absoluta la declaración de voluntad del que deba ofrecerla, ya se trate de progenitores, adoptantes o abuelos, bien porque uno de ellos se encuentra físicamente en lugar inaccesible o desconocido, porque se encuentre en coma o en estado vegetativo u otros que afecten su lucidez mental o porque uno haya sido declarado judicialmente ausente o incapaz, en el caso de los abuelos también porque uno haya fallecido y en el caso de los progenitores y adoptantes* uno haya sido suspendido del ejercicio de la patria potestad, entre otros. Así por ejemplo, un padre hospitalizado, operado de simple apendicitis, o prestando su colaboración técnica fuera de Cuba o emigrado definitivo a otro país (si conserva la comunicación con su prole) no está impedido de conceder su autorización ante Notario, o en su caso en las oficinas consulares de la República de Cuba en el extranjero.

Los abuelos maternos o paternos indistintamente (Art. 3 inciso 4) otorgarán su autorización a falta de los padres, de los adoptantes o del tutor y se supone que deban concederla ambos abuelos, ya sean por parte de madre o por parte de padre, prefiriéndose a aquellos que convivan en el mismo domicilio con el menor. Como muy bien reflexiona VERDEJO, privados ambos padres de la patria potestad, debe nombrárseles el correspondiente representante legal (tutor) al hijo menor† (Arts. 95,

* Adelanto que los términos padres y adoptantes se vuelven sinónimos al haberse establecido desde 1984 (Decreto - Ley N° 76 de 20 de Enero de ese año) la adopción como plena.

† Se trata de preceptos todavía no estudiados que corresponden al Módulo 3 referido a las relaciones paterno filiales y especialmente a la Sección Tercera del C. F., relacionada con la extinción y suspensión (debió decir además privación) del ejercicio de la patria potestad.

97 y 98 del C. F.) por lo que en esa situación estaría el tutor prevaleciendo sobre los abuelos, pero si fuere un solo de los padres el que abandonare al menor, privado que fuera de la patria potestad, lo representará el otro cónyuge, que estará legitimado para conceder la autorización... Si ambos padres hubieran fallecido, se seguirá el orden preceptuado llamando a dar la autorización a los abuelos... "es decir que los abuelos pueden sólo en el orden prelacional otorgar su autorización cuando los padres mueren y mientras no se les designe tutor como consecuencia de la muerte de ambos" (19).

La intervención del Tribunal según lo preceptuado en el Código de Familia (Art. 3 inciso 6) requiere de un buen ejercicio de hermenéutica jurídica, pues ha sido interpretado en la práctica de diferentes maneras.

Siguiendo estrictamente lo enunciado en la ley, (Art. 3 inciso 6) al Tribunal se le concede la facultad de dar la autorización, sólo, si por razones contrarias a los principios y normas de la sociedad socialista, se negaren a otorgar la misma las personas facultadas para ello, antes mencionadas. En ese supuesto, y no otro, el Artículo 3 que comentamos desarrolla a seguidas del inciso 6, cómo y quiénes han de instar al Tribunal, para que otorgue la autorización requerida (primer párrafo) y en su segundo párrafo se establece de qué manera ha de proceder el Tribunal con asistencia del Fiscal para tomar la decisión pertinente, sin ulterior recurso. Así las cosas podríamos considerar que son los dos párrafos que desarrollan el enunciado del inciso 6, en concordancia consecuente con el mismo.

Desde el punto de vista procesal, estamos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria, si bien en puridad le da pie al mismo una situación controvertida, pues hay disenso paterno o de las otras personas facultadas para dar la autorización, las que expresan una voluntad diferente a la del menor que pretende la formalización y que también colisiona con los principios y normas de nuestra sociedad. También, desde el punto de vista procesal, resulta bastante insólito que solicite algo del Tribunal (por no emplear la palabra demande) un menor de edad sin plena capacidad de obrar y por sí mismo.

Como conocimos páginas atrás, en el pasado, si se negaba la licencia por el padre u otros parientes facultados no se concedía al menor recurso alguno, tampoco estaba obligado el padre o pariente a manifestar las razones en que se fundaba para conceder o negar la licencia que muy bien podían haber sido razones contrarias a los principios y normas de esa sociedad neocolonial de hace cien años atrás.

Pero ahora, otra es la situación y el menor o él y su pareja o un hermano o hermana mayor de edad de cualquiera de los mismos puede dirigirse al Tribunal para que éste otorgue la autorización negada por quiénes debían darla.

Así las cosas, todo parece ajustado al sentido de ese inciso 6 del Art. 3, pero la realidad impone otra lectura dada las reiteradas situaciones que en la práctica se resuelven por el Tribunal sin ajustarse a este esquema, ante todo porque los párrafos señalados no se consideran unidos al inciso 6 sino párrafos finales del Art. 3.

Por ello, si la madre está de acuerdo en autorizar la formalización pues considera al futuro yerno, como hombre decente, trabajador y revolucionario y el padre no está de acuerdo porque lo considera vago, disidente y alcohólico, ¿Quién ha de resolver esta contienda en la que no se han aducido en puridad, por ninguno de los padres, razones contrarias a los principios y normas de nuestra sociedad?

Es evidente que desligar los párrafos finales del Art. 3 del inciso 6 si bien puede no

resultar lo correcto desde el punto de vista de una buena técnica jurídica, propicia una mayor flexibilidad y da lugar a que se contemplen otras situaciones del matrimonio del menor... pero hay que cuidar que la participación del Tribunal otorgando la autorización sea la ultima opción, que no se remita al mismo la facultad de otorgar la autorización desconociendo el orden prelacional y taxativo que establece el artículo 3 que comentamos.

¿Quid del fundamento jurídico de la autorización o licencia a la que le hemos dedicado algunas páginas?

De entrada, no se trata de una expresión de representación legal de los padres o tutores, pues el acto es personalísimo y aunque el matrimonio admite representación voluntaria a través del poder, como veremos más adelante, en este caso el menor es el que comparece, si bien con la licencia de los padres o facultados.

El fundamento de la autorización, que sólo debe otorgarse (dice la ley) excepcionalmente y por causas justificadas, (es decir que el deseo del legislador fue que en la generalidad de los casos no se otorgara) es el de proteger a los menores contra inmaduros impulsos que lo lleven a un matrimonio irreflexivo o precipitado. No es admisible que la autorización la impongan los padres a contrapelo de la voluntad del menor, para el rescate del honor familiar, por ejemplo, si la menor hija quedó encinta, pero no quiere casarse, lo que forzaría su consentimiento.

La facultad de los padres de otorgar o no la autorización es parte de la que por ley se les otorga para completar la capacidad de los menores en aquellos actos en que se requiera plena capacidad de obrar; pero como no se constriñe la facultad de autorizar, a padres y adoptantes, sino también a abuelos y tutores, los abuelos que no ejercen la patria potestad y los tutores que ejercen funciones parecidas a ésta, pero no de forma plena, cabría que nos detuviéramos en la naturaleza jurídica de la facultad con que éstos concurren. Ya dijimos que en el caso de los tutores no cabe aquí representación legal por la naturaleza misma del acto matrimonial, por ello, la capacidad del menor no va a quedar sustituida por la del tutor, pero hay otros casos, como el que nos ocupa, que aún actuando por sí el menor y por tanto no representándolo el tutor, su capacidad no está completa sin la concurrencia del tutor, que complementa así su capacidad de obrar, al igual que lo hacen los padres, estableciéndose una identidad entre la potestad paterna y la tutelar.

Sin embargo, el llamado a los abuelos, resulta entonces sui generis, pues ellos no representan legalmente al menor, ni están por ley llamados a completar su capacidad de obrar. Por todos estos argumentos, concluiremos que el fundamento jurídico de esta facultad de autorizar el matrimonio del menor o de no autorizarlo no se sustenta en la institución de la patria potestad o de la tutela, sino en las consideraciones expresadas de orientación, protección y prevención que los mayores ofrecen al menor para que éste reflexione, madure, tenga conciencia plena sobre ese acto trascendente de su vida, como lo es el matrimonio y su conveniencia para él de formalizarlo o no, avalado este "consejo" que resulta terminante por la autoridad, madurez y ascendencia de estas personas en relación con el menor. En rigor, se espera, que estas personas mayores y experimentadas sólo asientan en consentir o autorizar tal formalización excepcionalmente y por causas justificadas... pero muy por el contrario, el disentimiento no es la regla, sino la excepción en la realidad social y jurídica cubana,

como ya hemos expresado antes.

4.2.2- La formalización del matrimonio de la mujer antes de transcurrir 300 días de extinguido el matrimonio anterior.

La prohibición se sustenta, no en el respeto a la memoria o existencia del cónyuge anterior, "caso en el cual sería aplicable a los dos sexos, sino en la necesidad de evitar la confusión de proles, a fin de poder determinar el principio de la paternidad y de fijar derechos sucesorios" (20). Con ese fundamento se establecía la prohibición del nuevo matrimonio para la mujer durante los 301 días siguientes a la extinción o nulidad de su matrimonio anterior (Art. 45 - Código Civil español derogado).

No obstante que esta prohibición se reducía a la viuda y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo según la redacción original del Código Civil de 1889 (únicas situaciones en que la mujer quedaba en libertad de contraer nuevo matrimonio, dado que éste se consideraba indisoluble, perpetuo y sólo admitía nulidad o divorcio de separación de cuerpos). Al promulgarse nuestra primera ley de divorcio desvinculatorio (Ley de 29 de Julio de 1918) la prohibición de celebrar nuevo matrimonio se aplicó también en caso de divorcio y se extendió a ambos ex – cónyuges, tanto inocentes como culpables, el hombre y la mujer los que no podían contraer nuevo matrimonio hasta después de un año, a contar desde que quedare firme la sentencia de divorcio. No obstante, los ex – cónyuges podían contraer entre sí, en cualquier época, un nuevo matrimonio, si no había procedido el divorcio por la causal que se refería a actos del marido que tendieran a prostituir a su mujer, o el de cualquiera de los cónyuges para corromper o prostituir a los hijos y la coparticipación o provecho en su corrupción o prostitución. Lo más interesante, es que esa primera ley de divorcio condenaba al ex – cónyuge culpable del divorcio por la causal descrita o al ex – cónyuge que hubiera sido declarado culpable dos veces de divorcio, nada menos que a no contraer nunca más matrimonio.

El posterior Decreto – Ley N° 206 de 1934, sobre divorcio vincular, modificó este sistema y estableció que por la sentencia firme de divorcio, los cónyuges quedaban en aptitud de contraer nuevo matrimonio en cualquier momento, si se trataba de hombre y si se trataba de mujer, después de transcurridos 301 días naturales a contar de la fecha en que se hubiere constituido el depósito judicial* de la mujer, o en su defecto de la fecha en que quedare firme la sentencia de divorcio. Los cónyuges divorciados podían contraer matrimonio entre sí en cualquier época.

Como muy bien comentó nuestro insigne civilista desaparecido Antonio DÍAZ PAIRÓ, con ello se suprimió todo plazo respecto al marido, y en cuanto a la mujer se redujo a 301 días, modificándose al propio tiempo el fundamento del plazo, establecido en 1918, (que antes era de consideraciones de prudencia y de poner obstáculos a que terceros destruyeran hogares, llevando relaciones amorosas con uno de los cónyuges, vigente aún su matrimonio), por el fundamento único entonces de evitar la confusión de paternidades, la "turbatio sanguinis" (21) con lo que se volvió a la concepción del Código Civil español, considerando, también ahora al divorcio vincular.

* El depósito judicial de la mujer, aunque nos parezca ahora irritante, se fundaba en la necesidad de apartarla del domicilio conyugal, en momentos en que su permanencia en él se tornaba peligrosa y difícil, como medida de protección cuando presentado el divorcio, no se había todavía disuelto el matrimonio.

Este es el sentido con que tal prohibición es recogida en el Código de Familia (Art. 6) y (Art. 62 de la LREC) pero ahora no se hace esperar a la mujer 301 días o 300 días para que formalice nuevo matrimonio, pues si quiere hacerlo en ese plazo debe someterse a un examen ginecológico, con el fin de que acredite si se halla o no en estado de gestación, de forma que se asegure una presunción legal de paternidad para el primer marido, pues se presume iuris tantum como su hijo a los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la fecha de extinción del vínculo matrimonial (Art. 74 inciso 2, C. F.).

De esta suerte, la mujer viuda, divorciada o cuyo matrimonio haya sido anulado* si pretende formalizar nuevo matrimonio antes de transcurrir 300 días de extinguido el matrimonio anterior, deberá acreditar con certificado médico expedido por un centro asistencial estatal, si se halla o no en estado de gestación. A esto se contrae el Art. 62 de la LREC, que reproduce en esencia lo preceptuado en el Art. 6 del C. F., exigiendo que se acredite este requisito especial ante el funcionario facultado para autorizar la formalización.

La peculiaridad del mismo se evidencia en que, independientemente de que la certificación sea positiva o negativa, se continuarán los trámites para la formalización del matrimonio. Naturalmente, si el certificado es positivo, constituirá, como hemos dicho, presunción de paternidad para el cónyuge del matrimonio extinguido. Se releva a la mujer de tal trámite si ha quedado encinta y si da a luz antes de los 300 días mencionados, pues desaparece, con tal hecho, la posibilidad de confusión de paternidades. Naturalmente, siempre contra esta presunción caben todas las pruebas admitidas en Derecho.

Una de las características de esta prohibición o impedimento en el derogado Código Civil español relacionada con la viuda o mujer de matrimonio anulado para que ésta pudiera celebrar nuevo matrimonio durante los 301 días siguientes a la muerte de su marido o a la declaración de nulidad de su matrimonio anterior, era precisamente la posibilidad que prevenía la ley de dispensar tal impedimento (Art. 85). Se trataba entonces de un impedimento dispensable con justa causa, a instancia de parte.

Debemos saber que la tutela penológica que se establecía en el pasado a la observancia de celebrar matrimonio sin la presencia de prohibiciones dirimentes e impedientes era muy fuerte. Ya vimos que la consecuencia que acarreaba en el orden civil la violación de los llamados impedimentos impedientes o simplemente prohibitivos, como el que nos ocupa, era la de que, si a pesar de la prohibición se casaban las personas afectadas por ellos; su matrimonio era válido, pero los contrayentes sin perjuicio de lo que disponía el Código Penal entonces vigente, quedaban sometidos a determinadas reglas "sancionadoras" (Art. 50 del derogado Código Civil español).

Con respecto a esta prohibición que estudiamos, si no se obtenía la dispensa y se efectuaba el matrimonio, como infracción entonces incursa entre las que el Código de Defensa Social de 1936 consideraba contra las buenas costumbres y el orden de la familia, se imponía a la viuda, divorciada o mujer cuyo matrimonio hubiere sido declarado nulo y contrajera matrimonio antes de los 301 días señalados, una sanción de privación de libertad de un mes y un día a seis meses o multa de 31 a 180 cuotas o ambas, considerándose como co–autor al nuevo cónyuge y multando al funcionario encargado del Registro Civil o al Notario Público que autorizare tal matrimonio ilegal

* Exhorto a los alumnos a meditar la situación creada por la pretensa formalización del matrimonio dentro de ese plazo de mujeres que hayan presentado demanda de reconocimiento judicial de su antigua unión no formalizada o hayan obtenido sentencia declarativa favorable.

e imponiéndole además interdicción especial de uno a tres años. Ahora, no tratándose en rigor de una prohibición sino de la acreditación de una exigencia formal, se considera que violar el requisito de acreditar el certificado médico durante ese lapso, es una infracción que acarrea la nulidad relativa o anulabilidad del matrimonio, ya que el matrimonio puede quedar convalidado de pleno derecho si transcurrido el plazo de seis meses a partir de su formalización no se ejercita la acción de nulidad (Art. 45 inciso 3, Art. 47 primero y segundo párrafo del C. F.). Y en el orden penal, aparentemente no sucede nada, pues el delito de matrimonio ilegal se refiere a la formalización del matrimonio no obstante existir una prohibición legal y como hemos expresado no estamos en presencia de una prohibición legal, sino de un requisito exigido para la formalización.

La legislación positiva vigente, tanto el Código de Familia, como la Ley del Registro del Estado Civil, La Ley de las Notarías Estatales y sus respectivos Reglamentos, nada dicen acerca de qué decisión debe tomar el funcionario autorizante si la mujer que pretende formalizar matrimonio en ese plazo y en esa situación, lo quiere hacer con su propio ex – cónyuge. ¿Necesita de todas formas acreditar con certificación médica si se halla o no en estado de gestación? – Aquí no tendría fundamento alguno la prevención de evitar la confusión de prole.

Aún hay otros casos que la doctrina señala y que podrían también constituir excepciones para exigir el certificado médico y es la edad infértil de la mujer, o en su caso, la imposibilidad física de concebir. ¿Indican estos ejemplos que debemos regular otra vez la dispensa, pero ahora de la presentación o acreditación de este requisito?

Pero... mal que nos pese, sobre estas situaciones, tampoco se pronuncia la legislación vigente.

### 4.2.3- La formalización del matrimonio de un ciudadano extranjero con un ciudadano cubano.

Esta situación enlaza al Derecho de Familia con principios del Derecho Internacional Privado, de manera que en el pasado legislativo, algunos de los principios internacionales que entonces rectoreaban la materia relativa al Derecho Civil y de Familia estaban contenidos en el viejo Código Civil español derogado y han sido ahora igualmente recogidos (pero ajustados a nuestra realidad) en el vigente Código Civil (Ley N° 59 de 1987, Arts. 11 al 21).

De esta forma, los ciudadanos extranjeros y las personas sin ciudadanía que sean residentes permanentes en nuestro país, tienen los mismos derechos y deberes, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales que los ciudadanos cubanos, salvo disposiciones legales en contrario. Pero este reconocimiento del tratamiento igualitario de los extranjeros residentes (principio por cierto ahora refrendado por la Constitución (reformada) de la República (Art. 34) "no significa que se deba aplicar a los extranjeros la ley cubana para determinar su capacidad de ejercicio de los derechos ya que en esta materia rige la legislación del Estado del que son ciudadanos conforme a los principios del Derecho Internacional Privado" [(22)] y éste es uno de los requisitos exigidos al ciudadano extranjero (sea residente o no) que pretenda formalizar matrimonio con un nacional: acreditar su capacidad, de conformidad con su ley personal, siguiendo el principio internacional que acoge el Art. 12.1 del Código Civil vigente, cuando establece que la capacidad civil de las personas para ejercer sus derechos y realizar actos jurídicos se rige por la legislación del Estado del cual son ciudadanos.

La forma de celebración o formalización del matrimonio, sin embargo, debe ajustarse a la legislación cubana, pues la forma de los actos jurídicos civiles se rige por la legislación del país en que se realizan (Art. 13.1 y Disposición Especial primera del Código Civil cubano). Es decir se aplica la lex loci.

Por ello, el extranjero que pretenda casarse con un nacional, debe hacerlo de acuerdo a lo que establece el Art. 61 de la Ley del Registro del Estado Civil, pero adicionándose la acreditación de una serie de requisitos, entre ellos el referido de acreditar su capacidad de conformidad con su ley personal, además exhibir el documento oficial que autorice su estancia en el territorio nacional, presentar autorización del Ministerio de Justicia y cumplir cualquier otro requisito resultado de Tratados Internacionales (Art.63 de la LREC).

Exhorto a los alumnos a leer del Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil (Art. 117 al 119) la forma en que ha de proceder el funcionario actuante.

Relacionado con el matrimonio de ciudadanos extranjeros con ciudadanos cubanos en Cuba debemos referirnos brevemente a la misma situación pero fuera de Cuba, situación que consideramos tan "normal" como la anterior, cuando estudiamos los funcionarios facultados para autorizar la formalización del matrimonio en la legislación vigente. Allí nos referíamos a que en el extranjero, son los funcionarios consulares o diplomáticos en las oficinas Consulares de Cuba los autorizados para que ante ellos se formalice el matrimonio entre un nacional y un extranjero (también entre cubanos entre sí) pues por disposición expresa de la LNE (Art. 2) éstos ejercen, para surtir efectos en Cuba, la función notarial en el país en que están acreditados. Por su parte, la LREC (Art. 64) nos informa que el cubano que se encuentre temporalmente en el extranjero y pretenda formalizar matrimonio con un ciudadano no cubano, debe presentar como requisito especial certificación del Ministerio de Justicia acreditativa de su capacidad legal para celebrar el acto (Ver además Arts. 120 y 121 del Reglamento de la LREC).

¿Qué forma debe revestir el acto jurídico matrimonial en esas circunstancias?

Pues el funcionario diplomático o consular de Cuba debe cumplir las formalidades establecidas en las leyes cubanas (Art. 13.2 del Código Civil vigente) es decir, cumplir las disposiciones establecidas en la Ley del Registro del Estado Civil en cuanto a la formación del expediente matrimonial (al que ya hemos hecho referencia (Arts. 61, 62) hasta el acto de ratificación, que es el acto mismo de formalización), al que haremos referencia más adelante (Arts. 66, 70).

Acerca de la autorización especial del Ministerio de Justicia que como requisito se exige en la formalización del matrimonio de cubanos con extranjeros en el territorio nacional que establece la Ley del Registro del Estado Civil en su Art. 63 ya citado, reproduzco el criterio del que fuera reconocido jurista cubano Raúl GÓMEZ TRETO[23] :

> "Este requisito tuvo su origen en razones de seguridad migratoria en momento en que el matrimonio se utilizó por algunas personas desafectas a la Revolución como medio de presión para lograr emigraciones y posteriores inmigraciones eventuales que resultaban inconvenientes o peligrosas a los intereses nacionales cubanos...
>
> Partiendo de la posibilidad de que ya no existen estos peligros migratorios, además de que los mecanismos migratorios pueden controlar por sí mismos cualquier

> peligro o inconveniencia residual... sería posible y probablemente ventajoso suprimir el mencionado requisito de autorización ministerial expresa y exclusivamente para los casos de uniones con extranjeros".

Estas reflexiones las hizo el autor en 1988. Unos dos años después sobrevino para los cubanos "el período especial" que propició (para segmentos minoritarios de la población, dada la crítica situación económica y el reblandecimiento de principios éticos) una seria desnaturalización de la formalización del matrimonio de nacionales con extranjeros, asociado al turismo de sexo, la prostitución enmascarada y lo que es peor aún el encubrimiento del delito internacional de trata de personas, manteniéndose la distorsión de los fines del matrimonio al utilizarse éste como vía de salida del país.

Aunque no es justo identificar en todo caso el matrimonio "inter-naciones" con propósitos ajenos a la institución, lucrativos o delictuales, (también hay lugar para el verdadero amor) tal vez no es el momento todavía de eliminar el requisito de la autorización especial del Ministerio de Justicia, aunque como expresó GÓMEZ TRETO, signifique una discriminación para los nacionales que no se casen con nacionales, "un obstáculo a la libertad conyugal" y por ende "una violación de los derechos humanos proclamados por la ONU y suscritos y ratificados por Cuba". Los Notarios en la práctica entienden más bien, que esta situación podría resolverse descentralizando la facultad de autorizar, dejándola en manos de las Direcciones Provinciales de Justicia, en relación con los enlaces de su territorio o en las propias del Notario o Registrador.

4.2.4- La formalización del matrimonio por poder.

El matrimonio es un acto personalísimo, ya lo vimos al tratar el matrimonio del púber menor de edad, el que no obstante para formalizar su matrimonio necesite de la autorización de determinadas personas, es él el que comparece, pues es un acto que sólo a él incumbe. Sin embargo, en materia matrimonial se admite la representación voluntaria, cuando razones de peso, impiden que uno de los contrayentes no pueda estar presente en el acto mismo de formalización. La representación voluntaria exige capacidad legal en las personas del representado y del representante y las razones de la imposibilidad presencial de uno de los contrayentes en el acto de formalización debían ser todas las que de forma fehaciente evidencien y justifiquen esa imposibilidad que puede deberse a una gama de causas diversas: enfermedad, viajes, compromisos laborales inexcusables, dificultades de transportación o locomoción, etc.

Mas, sobre estos principios amplios que acabamos de exponer, se tienen diversas interpretaciones en la doctrina y en la ley. Ante todo se discute si en sentido técnico jurídico se trata en realidad de un representante voluntario o apoderado o de un simple nuntius (nuncio)*, pues sólo transmite un mensaje de otro al afirmar, decir Sí, a nombre del contrayente ausente. Y desde el punto de vista del Derecho positivo el enunciado de la norma vigente que regula este tipo de matrimonio (Art. 65 LREC) lo

* "Defienden que es Nuntius, SANCHO REBULLIDA, PUIG FERRIOL y muchos otros. Y que es apoderado DIEZ PICAZO y GULLÓN, CAMARERO y otros" (cita en el libro Derecho de Familia de Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1989, p. 72).
De forma tajante entienden que la persona del representante voluntario es un simple nuntius, por cuanto se limita a explicar una voluntad ajena, todos los autores del libro "Elementos de Derecho Civil IV" (Derecho de Familia – J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 89) siguientes: LA CRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA (ya citado), LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA.

hace con un sentido verdaderamente restringido limitándolo a la circunstancia de que uno de los contrayentes resida en lugar distinto de aquél en que haya de tener lugar la formalización.

En cuanto a la primera discusión doctrinal, nos podríamos adscribir a la valoración de un autor (24):

> "Creemos que es realmente un apoderado porque hasta el último momento, el apoderado tiene confiada la facultad de decidir. Si no comparece o comparece y dice NO, el matrimonio no se contrae; si sufre coacción, el matrimonio se contrae viciado; y como veremos el poder termina, como los demás poderes, por renuncia del apoderado. El apoderado no es, pues, un mero portador de una declaración de voluntad ya completa (si fuera así, una vez que consta ya nada importaría cuál sea la voluntad del portador o que éste se muera)".

Como vemos, si nos adscribimos a la posición doctrinal de que se trata de un apoderado y por ende de una acto de apoderamiento por el contrayente poderdante podemos exigir del apoderado responsabilidad por sus actos negligentes o por su mala fe o por los efectos de los actos de terceras personas que pueden ejercer sobre él y que impidan o vicien el acto jurídico matrimonial.

Nos debemos detener además en las exigencias que se establecen en la ley para ese tipo de poder, requerido en ella como poder especial*, valoraciones que formularemos más adelante, una vez que agotemos la segunda cuestión relacionada con las situaciones fácticas restringidas que según la propia ley únicamente darían lugar al matrimonio por poder si nos atenemos a la redacción literal del precepto de la ley registral: residir en lugar distinto.

Ya sabemos que los conceptos domicilio, residencia y vecindad resultan en la doctrina muy difíciles de diferenciar y no es el propósito ahora insistir en tales precisiones que son algo más que semánticas†. Nos atendremos a la conocida definición del Derecho Civil recogida en el viejo Código Civil español derogado: domicilio es el lugar de la residencia habitual. Luego, cuando se habla de residir en lugar distinto, se presume que se refiere a residir habitualmente, no temporalmente, es decir a estar domiciliado en lugar distinto de aquél en que va a tener lugar la formalización del matrimonio.

Claro, que esta lectura con esta interpretación deja fuera de la posibilidad del matrimonio por poder, a una serie de situaciones objetivas que materialmente impiden a uno de los contrayentes, aún residiendo en el mismo lugar que el otro o residiendo temporalmente en otro lugar, a estar presente precisamente el día de la boda, situaciones que son manejadas entre nosotros con sabiduría y flexibilidad por los funcionarios facultados para autorizar la formalización de este tipo de matrimonio en tales situaciones excepcionales.

Acerca del poder especial, reproducimos las exigencias establecidas en general en el Derecho Comparado de acuerdo con sus particularidades (25).

---

* Ver en Anexos escritura de matrimonio por poder.

† Refrescar los conocimientos adquiridos sobre el domicilio como circunstancia de hecho que influye en la situación jurídica de la persona individual. Ver en CLEMENTE, DÍAZ, Tirso., Derecho Civil Parte General, Tomo I, Segunda Parte, pp. 447 y sgtes.

Particularidades del Poder Especial

- Ha de ser un poder especial, en el sentido de que tiene por objeto llevar a cabo el concreto acto jurídico matrimonial.
- Ha de ser un poder otorgado en forma auténtica, es decir, debe constar en documento público.
- Ha de ser un poder en el que conste la persona determinada con quién ha de celebrarse el matrimonio.
- Esa constancia de la persona con quién ha de celebrarse el matrimonio requiere expresar las circunstancias personales precisas para establecer su identidad.
- No cabe aceptar el doble poder de uno y otro contrayente, pues siempre uno de los contrayentes ha de estar presente en el acto de formalización.
- En el lugar donde se inicia el expediente matrimonial tiene que residir uno de ambos contrayentes, porque tiene que estar presente uno de ellos.
- El apoderado puede o no tener lazos de consanguinidad con cualquiera de los cónyuges, sin importar el sexo, puede ser una mujer la que represente al novio poderdante.

El precepto de la Ley del Registro del Estado Civil que comentamos (Art. 65) derogó el correspondiente Art. 10 (1ro. y 2do. párrafo) de la redacción original del Código de Familia del que mantuvo la misma redacción en el primer párrafo, al que adicionó la primera línea del segundo párrafo pero cercenó el resto del enunciado del segundo párrafo que se refería a los elementos y particularidades que debía contener ese poder especial: El poder especial expresaría el nombre de la persona con quién habría de formalizarse el matrimonio y éste sería válido si antes de la formalización no se hubiera notificado en forma legal al apoderado y al otro contrayente la revocación del poder.

La forma notarial de ese documento público que es el poder especial es la Escritura y el Reglamento vigente de la Ley de las Notarías Estatales (Resolución N° 70 de 9 de Junio de 1992) en su Art. 69 segundo párrafo, regulando en general sobre el poder, establece que cuando se autorice la revocación total o parcial del mismo, el Notario advertirá al otorgante que mientras no llegue al conocimiento del representante la extinción de sus facultades, los actos realizados por éste obligan al representado o a sus causahabientes.

Como se aprecia, se afilia al criterio del legislador del Código de Familia que reproducía el de los redactores del viejo Código Civil español derogado (Art. 87) que entonces establecía que "éste (el poder) será válido si antes de su celebración no se hubiera notificado al apoderado de forma auténtica la revocación del poder".

Por demás, la regulación sobre el acto jurídico unilateral que es el poder está contenida en el vigente Código Civil, que distinguió con precisión técnico – jurídica la figura del poder de la del contrato de mandato con el que se confundía doctrinalmente (confusión terminológica y conceptual) por razones de que "en múltiples ocasiones, el contrato de mandato instrumentado, conlleva a su vez un poder de representación que lo exterioriza" (26).

Como sabemos el Código Civil vigente en su Parte General al tratar la figura de la representación voluntaria establece que a ésta le son aplicables en lo pertinente las disposiciones sobre el contrato de mandato en lo que concierne a las relaciones entre el

representado y el representante (Art. 64 - Código Civil cubano). En otras palabras, las relaciones jurídicas entre el poderdante y el apoderado se rigen por las reglas del mandato, como también las del apoderado con terceros, por las de la representación (Art. 414.2).

Por ello las causas de extinción del poder se establecen en el Art. 409 que trata sobre las causas de extinción del mandato y por ende éstas son aplicables al poder especial para el matrimonio. Estas son en suma: revocación del poderdante, renuncia del apoderado*, muerte, incapacidad o ausencia, inhabilitación de cualquiera de ellos, terminación de la relación jurídica básica que determinó su otorgamiento (¿frustración del proyecto matrimonial?) o haberse realizado el acto para el que se otorgó (¿o haberse formalizado el matrimonio?).

También se regula sobre la sustitución del mandato (Art. 407 y siguientes) que rigen para la sustitución del poder. Por último, el Código Civil vigente previene que el poder surte efectos con relación a las partes y a terceras personas cuando es aceptado expresamente por el apoderado o cuando éste ejerce las facultades que le han sido conferidas (Art. 414.3).

Sin embargo, las distintas situaciones que sugieren las causas de extinción del mandato nos llevan a formular conjeturas sobre los percances del matrimonio por medio de apoderado, que no vamos a abordar aquí en su totalidad, sino a dejar sugeridas algunas de sus manifestaciones más notables: Así, es obvio que fallecido el poderdante (uno de los contrayentes) antes de la formalización no tiene sentido el matrimonio... pero... incluso ¿aunque haya llegado a formalizarse éste con desconocimiento del fallecimiento por parte del apoderado y el otro contrayente?. Lo mismo si el poderdante cae en estado de incapacidad o enajenación mental estable y grave, en el lapso entre el otorgamiento del poder y la formalización del matrimonio?.
¿Es válido el matrimonio que se haya logrado formalizar con desconocimiento de este hecho, tanto por el apoderado como por el otro contrayente?. Esto sin contar los riesgos que el matrimonio por medio de apoderado puede introducir en la formalización con error en las personas como ya veremos al estudiar la institución de la nulidad en el matrimonio.

Y es que el contrato de mandato como el poder tienen que ver con la autonomía privada para regular fundamentalmente intereses patrimoniales y otra es como sabemos la naturaleza jurídica de los asuntos de familia, unido todo ello, a la vigencia de una regulación sobre este tipo de matrimonio que propicia la posible formalización del mismo en éstas y otras circunstancias sin el consentimiento del poderdante.

No creamos que el matrimonio por medio del poder es algo reciente y fruto de la sociedad contemporánea, como bien podría pensarse, con el objetivo de viabilizar la actividad jurídica, aún en esta esfera personalísima que supone una actuación personal e indelegable, como lo es "celebrar nupcias". Muy por el contrario, se expresa, que sus antecedentes se encuentran en el Derecho Romano, "que no lo normaba como tal, pero admitía que la cohabitación (elemento objetivo del matrimonio) se iniciase sin la presencia del esposo; en tal situación, su expresión de voluntad podía hacerse por carta o por intermedio de un mensajero o un nuncio" (27).

* El contrato de mandato presupone un acuerdo de voluntades, el apoderamiento tiene su origen en una voluntad unilateral, por lo que el apoderado no ha de renunciar a nada, sino limitarse a no ejercitar aquello para lo que se le apoderó; si ésta es su decisión. Crítica de PUIG FERRIOL acerca de la "simetría" contrato de mandato y poder, citada en "Curso de Derecho Matrimonial"de Víctor REINA y Joseph Ma. MARTINELL, p. 535.

A su vez la tradición canónica expresada en la "Decretal de Bonifacio VIII de 1298, inserta en el Liber Sextus... permite expresamente contraer matrimonio a uno de los contrayentes por medio de apoderado que comparezca con el cónyuge presente" (28).

Siguiendo esa tradición canónica el vigente Código de Derecho Canónico establece en su Canon 1104.1, lo siguiente:

> Para contraer válidamente matrimonio es necesario que ambos contrayentes se hallen presentes en un mismo lugar, o en persona o por medio de un procurador.

Y dispone con claridad que No es válido el matrimonio contraído por procurador, si antes el mandante lo revocó o cae en demencia (en amencia dice el Código), aunque el procurador o el otro contrayente ignoren estos hechos (C. 1105.4).

Esta concepción la considero más apropiada que la que sigue la legislación vigente en nuestro país, pues se respeta más, en materia tan sensible como la del matrimonio, la voluntad del mandante (poderdante) aunque no llegue ésta (la voluntad) al conocimiento del apoderado. De la forma en que se regula entre nosotros el matrimonio por poder, puede hacerse válido un matrimonio ya no querido, por haber revocado el poderdante totalmente el poder, incluso, porque ha desistido del proyecto matrimonial, pero por no haber tenido conocimiento el apoderado de la extinción de sus facultades y haberse llevado a cabo el acto, obliga de esta manera, en contra de su voluntad, al poderdante o a sus causahabientes con todos los efectos jurídicos (personales y patrimoniales) que dimanan del matrimonio formalizado.

4.2.5- Acto de ratificación, acto mismo de formalización.

Estudiados hasta aquí los requisitos generales que integran el primer paso del expediente matrimonial relacionados con la llamada declaración jurada y los requisitos especiales que se exigen sólo en situaciones determinadas, consideramos idealmente que hemos practicado todas las diligencias que nos exige la Ley del Registro del Estado Civil para que pueda realizarse válidamente el acto jurídico matrimonial y por ello nos ocuparemos ahora del acto mismo de formalización que exige la ratificación que los pretendientes deben hacer ante el funcionario autorizado, del contenido de su declaración jurada en la solicitud presentada para unirse en matrimonio.

Para este acto de ratificación que es el acto de formalización (al que el pueblo llama "segunda firma"), es imprescindible la presencia personal de los contrayentes (si no se trata del matrimonio por medio de apoderado, que ya estudiamos) del funcionario autorizante y de los testigos. Así nos lo previene el Art. 66 de la LREC cuando estipula que la declaración jurada se consignará en Acta (para los Notarios debe decir Escritura, y explicaremos más adelante por qué) que ratificarán los contrayentes en el momento de la formalización del matrimonio, suscribiéndola conjuntamente con los testigos y el funcionario autorizante. La razón de denominar con propiedad el Notario al Acta (como se denominaba antes) como Escritura (como se denomina ahora, por lo que esperamos sea sustituida la palabra Acta por Escritura cuando se modifique o derogue la vigente LREC) se debe, a que el nuevo Reglamento de la Ley de las Notarias Estatales* que derogó el Reglamento anterior† salvó una contradicción técnico

* Resolución N° 70 de 9 de Junio de 1992.
† Resolución N° 101 de 28 de Junio de 1985.

– jurídica, que fue en realidad una contradicción que se arrastraba por razones históricas (de cuando el matrimonio no lo celebraban los Notarios) y que también además contenía el mentado Reglamento anterior, con relación a la vigente Ley de las Notarías Estatales (Ley N° 50 de 1984), pues allí se define (Art. 13) que los documentos públicos que redacta y autoriza el Notario son las Escrituras, cuyo contenido es un acto jurídico y las Actas en las que se hacen constar hechos, actos o circunstancias que por su naturaleza no constituyen un acto jurídico y cualquier otro que se establezca en la ley. De manera que por definición de la propia Ley, el matrimonio que es un acto jurídico debía constar en Escritura y no en Acta. Sin embargo, en el Reglamento derogado se incluía erróneamente en la clasificación de las Actas, las de matrimonio (Art. 93 inciso g). Este error, que como explicaremos sucintamente a continuación, viene de antes, lo sigue arrastrando la vigente LREC, promulgada el mismo año que el Reglamento derogado, refiriéndose la Ley al Acta (se supone que Notarial) pues ya sabemos que los Registradores no redactan, ni dan fe de instrumentos públicos, en otras palabras, no formulan Escrituras, tampoco en propiedad deben consignar en Acta la formalización del matrimonio, sino sencillamente registrarlo en el Libro correspondiente, o como establece acertadamente el Art. 70 de la propia Ley "extender el asiento de inscripción".

Sin que hayamos profundizado demasiado, siguiendo simplemente nuestra propia historia legislativa, conocimos que el Código Civil español hecho extensivo a Cuba en 1889, regulando la celebración del casamiento ante el Juez Municipal, se refería al acta de casamiento (Art. 100). Igual denominación de Acta matrimonial le daba el Código de Familia, promulgado en 1975, en su redacción original (Arts. 11, 16 y 17, derogados). No obstante, el derogado Código Notarial de 20 de Febrero de 1929, establecía con propiedad que el Notario en el acto de la celebración del matrimonio extendería el instrumento público en que se haría constar el casamiento y éste no era otro que la Escritura (Art. 140).

Sin embargo, más tarde por Decreto 346 de 3 de Febrero de 1943, al establecerse que los Jefes de Oficinas Consulares estaban facultados para autorizar la celebración de matrimonios civiles (en la misma forma que lo autorizaban los Notarios y los Jueces Municipales) cuando uno de los contrayentes por lo menos era cubano, se regulaban las instrucciones que éstos debían seguir para la confección de los expedientes matrimoniales y se enunciaba lo siguiente: "El funcionario consular en el acto de la celebración extenderá en forma de Acta Matrimonial un instrumento público en que se hará constar el casamiento y expresará todos los particulares necesarios para la validez de las inscripciones de matrimonios en el Registro del Estado Civil..."*.

Nos limitamos a informar sobre estos vaivenes en la nomenclatura para denominar al documento en que se debe recoger el acto matrimonial pero creemos que al fin se ha llegado en buena técnica jurídica como en el Código Notarial de 1929, a establecer correctamente desde el punto de vista del Derecho Notarial la esencia del instrumento público adecuado al acto jurídico que implica la formalización del matrimonio y que no es otro que la Escritura y así lo establece el nuevo Reglamento de la Ley de las Notarias Estatales en su Art. 79:

> El Notario autorizará las escrituras de matrimonio de conformidad con lo establecido en la legislación para su formalización.

* Consultar a Mariano SÁNCHEZ ROCA en Leyes Civiles de Cuba y su Jurisprudencia, Vol. 1, p. 1208.

Hechas estas precisiones necesarias, volvamos a rememorar los pasos o trámites para lograr la formalización del matrimonio civil en nuestro país.

Parafraseando a un autor[29] podríamos entonces resumir los requisitos que son necesarios para ello:

1. Expediente previo, conforme a la legislación del Registro del Estado Civil para acreditar la capacidad matrimonial.
2. Formalización ante el funcionario autorizante y dos testigos mayores de edad.

Ahora bien, el acto mismo de formalización nos lo describe la LREC (Art. 70) como un acto solemne y digno por la significación social de esta importante y trascendente institución, de manera que la forma se exige ad substantiam, pero no con total valor constitutivo, pues como expresábamos en la primera parte del estudio del matrimonio (Módulo 2) a pesar del papel más activo entre nosotros de los Notarios y Registradores del Estado Civil en la formalización del matrimonio, que el del sacerdote en el Derecho Canónico, los que en realidad formalizan el matrimonio son los contrayentes entre sí, que son los que declaran y ratifican la voluntad de hacerlo.

Nos sigue informando la Ley en su Art. 70, que ambos contrayentes (o uno de ellos, si se trata de matrimonio por poder) comparecerán ante el funcionario autorizante, acompañados de dos testigos mayores de edad que no sean parientes de los contrayentes dentro del segundo grado de consanguinidad (es decir no sean ni padres, abuelos hijos, nietos ni hermanos). Acto seguido, el funcionario ha de leer los artículos del Código de Familia que se refieren a los deberes y derechos conyugales (Arts. 24 al 28 ambos inclusive) y ha de preguntar a cada uno de los contrayentes si persisten en la resolución de formalizar su matrimonio y si ambos respondieren afirmativamente (se da por supuesto que las respuestas sean afirmativas) autorizará la escritura (el Notario), o extenderá el asiento de inscripción (el Registrador) según el caso, con todas las circunstancias necesarias, para hacer constar que se han cumplido los requisitos previstos en la Ley y que se ha formalizado el matrimonio...*. Y la ley no lo dice, pero el autorizante debía expresar además a los contrayentes, de manera más personal que ellos han formalizado su matrimonio, se han convertido en esposa y esposo y que este es un acto trascendente para ellos pero también para la sociedad. A mi modo de ver, también el funcionario autorizante debía recabar de los asistentes a la ceremonia, silencio y respeto por la solemnidad del acto†.

Como vemos, la intervención del funcionario, Notario o Registrador, se concreta en la función de autorizar (solemnizar) el acto. Se trata pues, de un acto formal ad solemnitatem, aunque lo cause el consentimiento de las partes.

La propia Constitución de la República le otorga al matrimonio en su Art. 36 (último párrafo) el carácter de acto jurídico formal, con ello "lo que se persigue es darle seguridad jurídica al acto jurídico matrimonial, de un lado que se adopten todas las medidas precisas para asegurar que el matrimonio nazca para el Derecho sin defectos

---

* Ver en Anexos, escritura de formalización de matrimonio.

† GÓMEZ TRETO, al respecto de la formalización del matrimonio en nuestro país expone: "A partir de esa concepción científica y socialista del Derecho, no bastaría con la simple declaración formal y frecuentemente irresponsable si no falsa de la voluntad o consentimiento de las partes, sino que el funcionario autorizante debiera escrutar hasta de oficio, si realmente las partes quieren el acto... había que considerar el modo viable de reformular los preceptos que regulan los requisitos sustantivos de la formalización del matrimonio... Op. cit.., pp. 61 – 62.

(valor formal) y de otro, que quede constancia del hecho mismo de la formalización (valor probatorio)"*.

En el pasado legislativo cubano la solemnidad del acto matrimonial nos la narra con sencillez el que fuera profesor de esta Cátedra, José GUERRA LÓPEZ(30) hace medio siglo atrás:

> "¿Cómo se celebra el matrimonio? Concurrirán los dos cónyuges, caso que estén presentes, o uno y el apoderado del otro; una vez presentes, ante el funcionario que va a autorizar el matrimonio (Juez o Notario) tiene que leerles, o recitarles los artículos 56 y 57 que a la letra, dicen:
>
> "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente"
>
> "El marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido".
>
> ... "Después que les lea los Arts. 56 y 57 tiene que preguntarles, si persisten – palabras materiales que tiene que repetir y no puede sustituir con otras – si persisten en su idea o voluntad de celebrar matrimonio y si en efecto lo celebran...
>
> Contestadas afirmativamente esas preguntas, que se semejan a las tres célebres preguntas del Derecho Canónico: ¿Acepta Ud. por esposa a Fulana, acepta por esposo a Fulano?, etc.. Las tres afirmaciones de los canónicos se concretan en el Código Civil en la respuesta única: si persisten en su voluntad de celebrar matrimonio y si efectivamente, lo celebran... Contestado esto ¿Quiénes firman? – Los contrayentes, los testigos y el Juez, y se harán las firmas al borde de todo lo que el Acta expresa".

La formalización del matrimonio civil en la actualidad, entre nosotros, conserva oropeles externos del matrimonio canónico de las clases pudientes del pasado (o se esfuerza para algunos en parecerlo), aún cuando se celebren en las Oficinas del

---

* En un intento de axiomatización de los principios informantes del Sistema Matrimonial Civil cubano, alumnos ayudantes de la Cátedra en su Trabajo de Diploma (bajo mi dirección) para optar por el título de Licenciados en Derecho, titulado "Disquisiciones teóricas acerca del Derecho Matrimonial" (TEJEIRO MORCATE, Carlos, LÓPEZ GONZÁLEZ, Sandra, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, año 1998) exponen la siguiente vertebración lógica de los principios que están presentes en el matrimonio formalizado en Cuba, que resumimos aquí:

1- Principio personalista = Relación interpersonal única que se realiza entre dos personas creando una comunidad de vida.
2- Principio del consentimiento = El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común.
3- Principio institucional = En razón de la importante función que en el seno de la sociedad cumple el matrimonio, el legislador establece un conjunto de limitaciones a la autonomía de la voluntad de los cónyuges.
4- Principio del favor matrimonii = En atención al aprecio y valoración que le merece, el legislador somete la institución del matrimonio a una regulación especial.
5- Principio de la forma = El matrimonio es un acto jurídico formal

Registro del Estado Civil, que son los llamados Palacios de los Matrimonios (Ver Art. 21 de la LREC) o ante Notario. En realidad las solicitudes para formalizar matrimonio pueden presentarse por las personas interesadas ante cualquier oficina registral o notaría. (Art. 114 primer párrafo del Reglamento de la LREC).

Suelen los novios, sobre todo la novia, vestir de blanco, usar ramo de flores, tiara, corona o diadema, con velo, llamar padrinos y madrinas a los testigos, usar anillos nupciales, convirtiéndose así el acto jurídico civil y laico en una original simbiosis de elementos formales puestos por la ley y elementos ornamentales puestos por la costumbre y las reminiscencias del matrimonio canónico y tal vez, más allá en el tiempo, de las "justas nupcias" romanas: Así "el traje blanco de la novia (túnica recta o "regilla"), el velo (Flammeum), la torta nupcial (Farreum). No es sin embargo costumbre cubana, cargar a la novia para que pise el umbral de la puerta (que respondía a la pregunta "ubitu gaius eu gaia"). A pesar de la permanencia histórica de las uniones consensuales en nuestro país y cierto incremento de ellas en los últimos tiempos, sobre todo en los jóvenes, el matrimonio civil, sigue siendo la forma mayoritaria de constitución de la familia* deviniendo así el matrimonio formalizado en un acontecimiento relevante para la familia y la sociedad, un "rite de passage" altamente valorado en sí mismo en la sociedad cubana actual" (31).

Otra valoración, (reflexiona además, esta autora) es en cuanto a su durabilidad....

5- La formalización del matrimonio en inminente peligro de muerte.

Acerca de esta forma extraordinaria de formalización hemos adelantado algunas ideas al analizar el matrimonio en situaciones especiales, en que nos referimos al matrimonio "in articulo mortis" (Arts. 10, 67 y 68 de la LREC y también Art. 11 inciso C de la LNE) y a otras situaciones que ha introducido la LREC (Arts. 9 y 11) en la que cuestionamos si se trataba de formalización en "inminente peligro de muerte" o no, que pueden releer los alumnos en el punto 3 del sumario.

Los Arts. 10, 67 y 68 de la LREC establecen que las personas en inminente peligro de muerte a bordo de naves o aeronaves cubanas, que pretendan formalizar su matrimonio serán autorizados por el Capitán de dichas naves o aeronaves... los que anotarán el acto en el correspondiente libro de navegación. Tal formalización se efectuará sin la previa presentación de los documentos justificativos o de los particulares señalados para el llamado expediente matrimonial (requisitos generales y especiales que ya estudiamos) pero en estos casos el matrimonio se entenderá condicional, mientras no se acrediten en forma dichos particulares por cualquiera de los contrayentes u otras personas interesadas.

Tal facultad tienen los Notarios Estatales si el requirente se halla en inminente peligro de muerte o en circunstancias excepcionales (Art. 11 inciso C de la LNE).

La primera observación que sobre este tipo de formalización debemos hacer es que en alguna legislación como la española (Código Civil vigente, Art. 52)† se ha suprimido el adjetivo "inminente" que acompañó tradicionalmente al presupuesto "peligro de muerte". Las razones parecen fundamentarse en el hecho cierto, por un lado, de que

* "El matrimonio legal, es la forma más generalizada de constituir familia en Cuba. No obstante esta preferencia no se manifiesta de igual manera en las distintas zonas de residencia" – BENÍTEZ María Elena – "Panorama Sociodemográfico de la familia cubana" – Conclusiones – p. 106.

† Redactado conforme a la Ley 35/1994 de reforma del Código Civil español.

tal inminencia resulta un criterio subjetivo en situaciones tales como una enfermedad grave o terminal, ante heridas profundas o síntomas de infarto, en las que se teme que ha de sobrevenir la muerte antes de la formalización en condiciones normales; pero también, por otro lado, que en condiciones objetivas, riesgosas, como en período de estado de guerra o agresión militar o en cumplimiento de misiones internacionalistas y por qué no, durante desastres o catástrofes, puede pensarse que los contrayentes se hallan en tal peligro latente, aunque no sea inminente, de forma que la muerte puede sobrevenir en cualquier momento. Es por ello el peligro de muerte y no la inminencia de la muerte, lo que provoca la necesidad de autorizar la formalización, aplazando la presentación de los documentos exigidos en el expediente matrimonial*.

Las observaciones que siguen, también basadas en la legislación española vigente, además, como hemos visto, de no requerirse la previa formación del expediente, son :

1. La presencia para esta forma de matrimonio de dos testigos mayores de edad, salvo, imposibilidad acreditada (Art. 52 del Código Civil español citado). Este requerimiento de la presencia de dos testigos mayores de edad, no está prevista en nuestra legislación para este tipo de matrimonio y a mi juicio resulta procedente.
2. La supresión de la palabra condicional, condicionalidad antes exigida expresamente, hasta tanto no se acreditase legalmente la situación o aptitud nupcial de los contrayentes. Con ello, el reconocimiento de la validez del matrimonio, queda en suspenso, de forma que si no se llegan a acreditar los documentos exigidos, se considerará que el matrimonio es inexistente o nulo en su caso.

Estas reformas a nuestro juicio perfeccionan la regulación del matrimonio en peligro de muerte, pues ya, desde hace medio siglo, desde las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, el reconocido profesor Eduardo LE RIVEREND(32), refiriéndose a la condicionalidad del matrimonio "in artículo mortis", expresaba:

> "Ahí el legislador ha sufrido una equivocación lamentable, sobre la cual no transige la buena técnica civilística; el matrimonio, por su esencia no puede estar sujeto a condición, por tanto... debía haber dicho, se entenderá que el matrimonio está incompleto..."

Como los alumnos deben apreciar la formalización del matrimonio en inminente peligro de muerte ha sido objeto de consideraciones críticas por esta autora, fundamentalmente por el quebrantamiento del tracto histórico –doctrinal en esta materia, en cuanto a los funcionarios facultados para autorizar la formalización de los matrimonios en situaciones especiales o excepcionales que introdujo la LREC, que a juicio de esta autora, debieron ser siempre expresamente relacionados con la situación de peligro de muerte de los contrayentes. Por último, el matrimonio en peligro de muerte también está previsto en el Derecho Canónico, como matrimonio en forma canónica extraordinaria (Canon 1116). La forma extraordinaria consiste en que tal matrimonio puede celebrarse válida y lícitamente, sólo ante los testigos comunes, se trate de peligro de muerte de uno o de los dos contrayentes y proveniente de cualquier causa en que la probabilidad de la muerte sea igual a la de sobrevivir. La doctrina de la Iglesia tan meticulosa en materia de matrimonio ha ido perfilando los requisitos

* Recuérdese que estas situaciones objetivas, la LREC, no las condiciona explícitamente a peligro de muerte.

legales exigidos para la validez del matrimonio "in artículo mortis", pues "esta forma canónica"puede degenerar en una serie de abusos, que la hacen clandestina (cfr. del comentario al Canon 1116).

6- La formalización del matrimonio con carácter retroactivo al momento de iniciada la unión.

El concepto legal del matrimonio establecido en el Art. 2 del Código de Familia, que ya analizamos en la primera parte del Módulo 2 (que invito a releer) previó en su segundo párrafo las vías de legalización para las uniones matrimoniales no formalizadas o uniones de hecho, a las que por definición hace referencia en el primer párrafo, a fin de que éstas accedieran a efectos jurídicos. Estas vías, son la formalización del matrimonio y el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada.

En su intención de igualar ambas vías de legalización, el legislador confirió a la formalización, la misma posibilidad que al reconocimiento: la de retrotraer los efectos al momento de iniciada la unión (Art. 19, C. F.). Con ello surgió a la vida jurídica una figura absolutamente sui generis, que no tiene igual en el Derecho de Familia Comparado, a nivel mundial, que esta autora conozca: el matrimonio formalizado con carácter retroactivo. Tal vez se le asemeje en algún sentido el matrimonio en peligro de muerte, pues es el único que naciendo incompleto, siendo lícito, si se acreditan a posteriori los requisitos legales exigidos para la formalización, el reconocimiento de su validez que estaba en suspenso, se retrotrae a la fecha de su celebración, haciéndolo eficaz desde la misma*.

Mas, esta innovación introducida en el Derecho de Familia cubano merece un estudio más profundo, por cuánto tiene de original pero también de facilitadora de situaciones fraudulentas.

La formalización del matrimonio con carácter retroactivo no sólo está previsto en el mentado Art. 19 del C. F., sino en el Art. 71 de la LREC, que establece que esa voluntad de retrotraer la unión, al momento de iniciada ésta que expresen los contrayentes ante el Registrador o Notario se consignará en el asiento (el Registrador) y en el Acta (debió decir ahora, Escritura) el Notario, de acuerdo a la fecha de retroacción manifestada por los contrayentes y los testigos (cuya calidad no califica) siempre que en aquella fecha los contrayentes hubiesen tenido aptitud legal para contraer matrimonio. La ley nada prevé sobre exigencia de tiempo que haya tenido que vivir en común la pareja para un requisito de estabilidad, como lo exige para el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, exigencia que si bien tampoco para la estabilidad la normativa, en ese proceso, establece un tiempo mínimo para apreciarla, al menos la práctica judicial de nuestro país, la estima en por lo menos un año de duración o de convivencia común. (Exhorto a releer el Módulo 2, tercera parte, dedicada al reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada).

De esta suerte, teóricamente, los contrayentes pueden solicitar la retroacción del matrimonio formalizado, a días, semanas, meses, o años atrás.

* Otra situación no comparable es la de los matrimonios anulables que nacen viciados pero que se convalidan, de pleno derecho, transcurrido el plazo de seis meses y aún el de los impúberes, que se convalidan posteriormente por el mantenimiento de la unión o el embarazo de la mujer.

Por otro lado, el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada se sustancia por los trámites del proceso ordinario, con participación del Fiscal como parte actora o demandada, con alegación de pruebas (documental, testifical, pericial, en su caso, etc.) y el rigor ritual que establece la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral para este tipo de proceso. El matrimonio formalizado con carácter retroactivo sólo exige la presencia de testigos, cuyo carácter como hemos dicho, no esclarece, aunque se supone que deben ser testigos de conocimiento.

Los testigos de conocimiento tienen como función "identificar con su testimonio a los comparecientes no conocidos del Notario autorizante, como la misma persona presente y de las generales dichas" (33). O sea, el conocimiento de los comparecientes en el documento notarial o en el acto registral. En rigor, debían también acreditar la veracidad de las manifestaciones de los comparecientes, bajo juramento de no incurrir en perjurio*.

A pesar de ello, es evidente que estos testigos no conforman un medio de prueba de suficiente peso ni comparable a las exigidas en el proceso judicial de reconocimiento.

Podemos intentar un cuadro contrastativo (salvando las diferencias de origen) entre el matrimonio formalizado con carácter retroactivo y el matrimonio judicialmente reconocido.

MATRIMONIO CON CARÁCTER RETROACTIVO

| | Matrimonio formalizado con carácter retroactivo | Matrimonio judicialmente reconocido (Lleva implícita |
|---|---|---|
| a) Autoridad q | Notario o Registrador. | Tribunal. |
| b) Requisitos de capaci- dad nupcial exigidos. | Aptitud legal. | Aptitud legal, Singularida |
| c) Tiempo mínimo de convivencia previa. | Puede ser cualquier tiempo. | Es preceptiva la estabili- dad, pero no un tiempo mínimo. En la práctica judicial se exige al |
| d) Intervención del Fiscal. | No se exige. | Es imprescindible. |
| e) Medios de Prueba. | Testifical (testigos cuya naturaleza no | Todos los medios de prueba admitidos |
| f) Vigencia del matrimonio que se legaliza. | Mantiene su vigencia. | El matrimonio se extingue. |

* A su vez "la función del testigo instrumental va encaminada a presenciar el acto de lectura del instrumento, la prestación de consentimiento de las partes, la firma y autorización notarial", en el caso de los Notarios y la veracidad de la actuación registral y su solemnidad, cuando así se requiera, en el caso de los Registradores.

Como se aprecia la pretendida igualdad no se logra en cuanto al rigor de los requisitos, infinitamente más laxos en el matrimonio formalizado con carácter retroactivo. Claro, en el reconocimiento judicial está ausente la voluntad de uno de los miembros de la pareja lo que no acontece en la formalización con carácter retroactivo. Pero, la falta de rigor en esta última con respecto a la probanza de la pretensión que se solicita: la retroacción de los efectos a la fecha del inicio de la unión, la aptitud legal de los contrayentes en esa fecha... todo queda en realidad sin probar fehacientemente, lo que no acontece en principio en el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada. Ello da pie, a que en la práctica jurídica, surjan serias conductas fraudulentas, con esta figura, alejadas por completo del sentido y significación del matrimonio como nos informa este autor(34) :

> "Ahora bien, en esta posibilidad (retroactividad voluntaria en la formalización del matrimonio)* encontramos uno de los actuales escollos en la pretensión estatal de una política justa en todo su Sistema de Derecho. La vigente legislación sobre la vivienda, limita el derecho de compra – venta de inmuebles, entre otras razones, que no viene al caso explicar, para evitar la desmedida especulación con este bien deficitario y brinda al Estado la posibilidad de ejercer el derecho de tanteo para los casos en que los propietarios quieran vender un inmueble. No obstante, se prevé en la Ley 65, artículo 66, la posibilidad que tienen los cónyuges, en caso de divorcio, de que se adjudique la vivienda a uno sólo de ellos, caso de mediar acuerdo y haber sido adquirida la vivienda conjuntamente. Esto significa concretamente que la retroactividad voluntaria en la formalización del matrimonio, puede convertirse, y de hecho ya ha ocurrido así, en una vía para burlar las restricciones estatales de compra – venta de viviendas, pues dándole carácter retroactivo a la formalización, incluimos la vivienda como un bien de la comunidad matrimonial, cuando en realidad sólo ha sido adquirida por el vendedor que contrae este matrimonio con el comprador con la simple intención de legalizar la compra – venta, divorciándose y acogiéndose a la regla o acuerdo del Art. 66 de la Ley General de la Vivienda".

No puede concebirse un engendro más repugnante (entre otros de la misma calificación) para desvirtuar, distorsionar y desnaturalizar la institución del matrimonio, a la que tantas páginas hemos dedicado. Es por ello, convicción firme de esta autora que, no obstante el bien intencionado, objetivo del legislador revolucionario, de colocar ambas opciones conyugales en un plano de igualdad (Art. 19, C. F.), en un nuevo proyecto de Código de Familia, no se regule la formalización del matrimonio con carácter retroactivo.

Si los contrayentes o compañeros desean conferirle efectos retroactivos y ultractivos a la legalización de su unión, que se vean obligados a reconocer judicialmente la convivencia pasada y que formalicen el matrimonio para la del futuro.

---

* Aclaración de esta autora.

Concluido así todos los fundamentales elementos teórico – doctrinales y de Derecho positivo relacionados con la formalización del matrimonio civil en nuestro país, nos corresponde desarrollar el último punto del Sumario, que se refiere a la forma de probar éste.

7- La prueba del matrimonio formalizado.

Como sabemos, desde la Ley de 29 de Julio de 1918, el único matrimonio válido en nuestro país es el matrimonio civil, al que el C. F. denomina matrimonio formalizado.

Eliminada la validez del matrimonio canónico o cualquier forma de matrimonio religioso, se obligan los contrayentes cubanos a formalizar por la vía civil, si bien pueden, si profesan la religión católica u otra religión, efectuar otra ceremonia nupcial conforme a estos ritos, antes o después de la formalización civil.

De suyo, la prueba del matrimonio se reduce entonces entre nosotros a la prueba del matrimonio formalizado por la vía civil y ninguna otra y en ese sentido la LREC, en la que ahora se regula esta materia, se pronuncia de manera concisa y categórica, si bien no ajustándose a la terminología que respecto a la regulación de las uniones conyugales utiliza el Código de Familia.

Así el Art. 72 de la LREC, establece:

> La unión matrimonial formalizada o la reconocida judicialmente, se probará con la certificación de su inscripción en el Registro del Estado Civil.

Se refiere entonces, en rigor, de acuerdo a lo que hemos explicado, a las uniones consensuales o no formalizadas (uniones matrimoniales) que se formalizaron con carácter retroactivo o que se reconocieron judicialmente, que se probarán con la certificación de su inscripción en el Registro del Estado Civil, pero se deja fuera el matrimonio formalizado sin carácter retroactivo, si nos ajustamos a la terminología que utiliza el C. F. (Releer el Matrimonio, I Parte, en el Módulo 2). Habíamos prevenido al inicio de esta IV Parte que la LREC no observaba rigurosamente esta terminología.

Naturalmente, que esta exclusión no fue el propósito del legislador, que en definitiva se refiere al matrimonio y no a la unión matrimonial, pues formalizada ésta con carácter retroactivo se convierte en matrimonio formalizado. Igual valoración podríamos hacer para la unión matrimonial reconocida judicialmente que se convierte en matrimonio, igual al formalizado legalmente, de acuerdo a nuestro concepto legal del matrimonio que establece el Art. 2 y que desarrollan los Arts. 18 primer párrafo y 19 del C. F..

A seguidas el Art. 73 de la LREC esclarece que si el matrimonio se formaliza en el extranjero, en un país donde estos actos no se registren, podrá acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho. En otras palabras, cualquier otro medio de prueba, testifical, documental, etc., sólo pueden ser admitidas para los matrimonios formalizados fuera de Cuba en lugares donde no exista Registro del Estado Civil.

Así en el territorio nacional, la certificación de la inscripción del matrimonio confiere a los contrayentes un título oficial de legitimación erga omnes, como única prueba admisible en nuestro ordenamiento jurídico de que se han contraído nupcias válidas "y

ya no pueden ser suplidas por otras pruebas, como autorizaba el Código Civil español y algunos preceptos del Código de Familia, pues las normas de éste último no llegaron a establecer con claridad el título de estado único, tal como lo hace la Ley del Registro del Estado Civil" (35).

Por definición los efectos de la publicidad registral relativa a las personas naturales (Registro del Estado Civil) son declarativos, pero en el caso del matrimonio, en la forma terminante e inequívoca en que la LREC establece la prueba de su existencia sólo con la certificación de su inscripción en el Registro del Estado Civil, parece conferirle efectos también constitutivos, fundamento por sí mismo del derecho erga omnes, de manera que si no se exhibe la certificación de su inscripción, se da por no celebrado*.

Como ha quedado dicho en el Código Civil español existían distintas clases de prueba para verificar la existencia y realización del matrimonio civil, según los matrimonios se hubieren celebrado antes de la existencia en Cuba del Registro Civil (antes de 1885) después de éste, si los matrimonios se habían inscrito en Registros que hubieren desaparecido o que sin desaparecer se hubieren destruido los libros, y por último para los matrimonios celebrados en el extranjero.

De esta relación nos interesa el especial medio probatorio creado por el Código Civil, que al decir del ya nombrado profesor GUERRA LÓPEZ era un medio de prueba, "que no lo comprende (el Código)†, ni cuando trata de los medios de prueba de las obligaciones, ni está catalogado dentro de los medios de prueba que establece nuestro Derecho Procesal Civil... prueba original, especialísima y extraña..." (36). Se trata nada menos que de una prueba que de algún modo resultará familiar a los alumnos: "la posesión constante de estado de padres unida a las actas de nacimiento de sus hijos, en concepto de legítimos..." (Art. 54 del Código Civil español derogado). Era un medio de probar el matrimonio civil, después de regir el Registro Civil, en lugares de Cuba donde no existía el Registro, o donde hubieren desaparecido los libros en que el matrimonio había sido inscrito. Repetimos: Posesión constante de estado de padres de hijos concebidos en concepto de legítimos, creaba una posesión constante de estado de casados como medio de prueba de que en verdad estaban casados. ¿Cómo se integraba esa posesión de estado de casados?. Porque así era el concepto en que todos lo tenían y nombraban, como personas unidas en matrimonio (nomen) porque esa valoración era permanente en el tiempo, conformaba un tracto sucesivo (tractatus) y por la real apariencia de matrimonio constituido (fama).

Resulta extraordinariamente curioso que esta prueba "original, especialísima y extraña" que servía para probar el matrimonio civil, haya permanecido en el Código de Familia, pero para probar ¡el concubinato, o unión no formalizada! cuando no fuere posible probar la existencia de la misma por medio de la certificación de su inscripción en el Registro del Estado Civil, porque esa unión no se formalizó con carácter retroactivo o no se reconoció por el Tribunal. Es decir, porque esa unión no se había legalizado y tal prueba entonces se alegaría no para legalizar la unión, sino sólo a los fines específicos en un proceso civil, penal o administrativo determinado (Art. 22 del C. F.). (Invito a releer en el Módulo 2, tercera parte, lo atinente a la prueba de la posesión constante del estado conyugal).

---

* La doctrina y el Derecho comparado, insisten, no obstante en que en materia de matrimonio, la inscripción sólo confiere título declarativo del estado de cónyuges, pero la inscripción no confiere eficacia constitutiva que sólo la tiene el matrimonio válidamente celebrado.

† Aclaración de esta autora.

Es así que existe en nuestra legislación vigente una prueba singular (fuera de la acción y eficacia del Registro del Estado Civil) para la unión no formalizada, ni reconocida y un único medio de prueba para el matrimonio legalizado o civil: la certificación de su asiento en el libro correspondiente. Claro, que la primera se utiliza para fines específicos y el reconocimiento de su existencia por el Tribunal, o sea, el reconocimiento de la posesión constante del estado conyugal, no hace de ella un matrimonio civil, como sí lo hacía antes, si era aceptada como válida, la posesión constante de estado de padres unida a las actas de nacimiento de sus hijos, en concepto de legítimos.

Quisiéramos hacer unas reflexiones finales sobre el matrimonio en situaciones especiales que introduce la LREC, sin especificar si es necesario que se trate de formalización en "inminente peligro de muerte". Retomando el enunciado del Art. 9 de la LREC ya comentado al principio de este material docente, el matrimonio ocurrido durante desastres o catástrofes, en cumplimiento de misiones internacionalistas, o en período de estado de guerra o agresión militar contra el país puede inscribirse en cualquier tiempo... Suponemos que en cualquier tiempo posterior.

¿Cómo podría probarse un matrimonio así formalizado y todavía no inscrito? Y, aún en cualquier situación "normal" ¿No es posible considerar que un desastre natural, un incendio, una guerra prolongada, pueden destruir las oficinas y archivos del Registro del Estado Civil? ¿Cómo se probarían entonces los matrimonios?

Creemos que se debieron invocar otros medios de prueba en la legislación del Registro del Estado Civil para dar respuesta a estas situaciones excepcionales.

Con este último asunto, culminamos esta IV Parte del gran tema relacionado con la institución del matrimonio, que se ha centrado en la formalización del mismo. Continuaremos el programa de la asignatura comentando el contenido personal y el contenido patrimonial del matrimonio formalizado (Matrimonio V Parte) que se contrae a los deberes y derechos conyugales y al régimen económico del matrimonio.

NOTAS A LA CUARTA PARTE

1- SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, D. José. "El Derecho Civil Español (en forma de Código)" Imprenta Vizcaíno y Minuesa, Madrid, 1871, pp. 15, 17, 22 y 23.

2- PUIG PEÑA, Federico. "Tratado de Derecho Civil Español", Tomo II, Vol. 1, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, pp. 66, 67.

3- MENÉNDEZ y MENÉNDEZ, Emilio. "El Matrimonio", Jesús Montero Editor, La Habana, 1939, p. 57.

4- Ibídem, pág. 57.

5- LEHMANN, Heinrich. "Derecho de Familia", Vol. IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 49.

6- Ibídem, pág. 49.

7- Ut supra Loc. (Nota 2) pp. 66 y ss.

8- GUERRA LÓPEZ, José, - LE RIVEREND, Eduardo. Conferencias mimeografiadas de Derecho de Familia. Dpto. de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, sin fecha (se presume década del 40 al 50) p. 28.

9- La autorización expresamente otorgada por el Código Notarial de 1929 para que ante los Notarios Públicos se pudiera formalizar matrimonio fue considerada entre los estudiosos del Derecho de Familia de entonces como una expresión más (y muy novedosa, exclusiva entonces de nuestro Derecho) de acentuar el carácter contractual del matrimonio y acoger la tendencia norteamericana de la concepción del matrimonio – contrato sin otras solemnidades que las de un contrato civil. (Consultar a MENÉNDEZ y MENÉNDEZ, Emilio, obra citada en anterior Nota (3) p. 109, FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. "El Derecho de Familia en la legislación comparada" Uthea, México, 1947, p. 61. Especialmente crítico sobre esta innovación lo fue Ángel OSSORIO, en "Matrimonio, divorcio y concubinato", Editorial Lex, La Habana, 1944, pp. 57 y 58.

   Esta autora considera, no obstante, estas críticas tardías, pues como hemos señalado en el texto, desde finales de siglo se le habían concedido estas facultades a los Notarios.

10- Código Civil español hecho extensivo a Cuba en 1889 (Arts. 93 a 95).

   El tratamiento al matrimonio "in artículo mortis"se recoge en el Derecho histórico español desde mucho antes. Se explicita por ejemplo, en el Reglamento de 13 de Diciembre de 1870, para la ejecución de las Leyes de Matrimonio y Registro Civil de 17 de Junio de 1870. En su artículo 2 se establecía que podía desempeñar las funciones de Encargado del Registro Civil en casos especiales (siempre en inminente peligro de muerte) las personas siguientes:

   - Los Contadores de buques de guerra
   - Los Capitanes o Patrones de buques mercantes
   - Los Jefes con mando efectivo de cuerpos militares
   - Los Jefes de lazaretos u otros establecimientos análogos

   (Obra citada en anterior Nota 1 – Apéndice 2)

11- REINA, Víctor y MARTINELL Josep Ma.. "Curso de Derecho Matrimonial", Marcial

Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1995, pp.538, 539.

12- CARRERAS, Julio A., "Historia del Estado y el Derecho en Cuba" Ministerio de Educación Superior, 1981, pp. 262 a 282.

(En la Ley de Organización Civil, dictada por el Consejo de Gobierno del poder revolucionario de Cuba en Armas, el 7 de Diciembre de 1897, se facultaba al Prefecto para lleva los libros necesarios para el Registro Civil y como persona competente para instruir las diligencias preliminares encaminadas a resolver las cuestiones civiles que se suscitaren entre los habitantes de su Prefectura. En la Ley de Matrimonio dictada por el Consejo de Gobierno del poder revolucionario de Cuba en Armas el 14 de Septiembre de 1896, se establecía que ante los Prefectos se celebrase el matrimonio (con Diligencias Preliminares a la celebración del mismo, o sea, con publicidad y derecho de oposición, excepto los matrimonios que se celebrasen "in artículo mortis") y ante ellos se presentasen las demandas de divorcio y nulidad.

13- SOUTO PAZ, José Antonio. "Derecho Canónico", Tomo 2, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1987, p. 111.

14- BENÍTEZ PÉREZ, María Elena, "Panorama sociodemográfico de la familia cubana" Centro de Estudios Demográficos (Cedem), Universidad de La Habana, Junio de 1997, p. 21. Relacionado con el tema, consultar además a Colectivo de autores en "Cuba, transición de la fecundidad, cambio social y conducta reproductiva", Cedem, ONE, Minsap, FNUAP, UNICEF, La Habana, 1995.

15- Ut supra, Loc. Nota (2) p. 85.

16- VERDEJO REYES, Pedro C., "Seminario de función notarial", Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, Curso Dirigido, sin fecha, p. 151.

17- Ibídem, p. 152.

18- DE LA FUENTE, LÓPEZ, Jorge. "Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia, Ideas en torno a esta polémica", Revista Cubana de Derecho, Año XVIII, N° 38, pp. 84, 85

19- Ut supra, Loc. Nota (16), p. 152.

20- FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. "El Derecho de Familia en la legislación comparada", Editorial Uthea, México, 1947, p. 52.

21- DÍAZ PAIRÓ, Antonio. "El divorcio en Cuba" Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, La Habana, 1935, pp. 364, 365.

(Recomiendo la lectura del acápite sobre los efectos derivados de la supresión del vínculo en esta excelente monografía sobre el divorcio en Cuba).

22- RAPA ÁLVAREZ, Vicente. "La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil", Revista Jurídica N° 19 del Ministerio de Justicia, Abril – Junio de 1988, p. 12.

23- GÓMEZ TRETO, Raúl. "¿Hacia un nuevo Código de Familia?", Revista Cubana de Derecho, Año XVII, N° 34, pp. 60, 61.

24- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. "Derecho de Familia", Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 72.

25-Ut supra, Loc. Nota (11), p. 534.

26-Ut supra, Loc. Nota (16), p. 174.

27-CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. "La familia en el Derecho", Relaciones jurídicas conyugales, Editorial Porrúa, México, 1985, p. 90.

28-ESPÍN CÁNOVAS, Diego. "Manual de Derecho Civil Español", Vol. IV – Familia, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 52.

29-Ídem, p. 50.

30-Ut supra, Loc. Nota (8), p. 90.

31-CLEMENTE DÍAZ, Tirso y MESA CASTILLO, Olga. "El concepto de matrimonio en el Código de Familia de Cuba. Breve análisis desde el Derecho Romano", en el libro "Temas de Derecho de Familia", Editorial Félix Varela, La Habana, año 2000.

32-Ut supra, Loc. Nota (8), p.21.

33-Ut supra, Loc. Nota (16), p. 118.

34-Ut supra, Loc. Nota (18), p. 79.

35-Ut supra, Loc. Nota (22), p. 133

36-Ut supra, Loc. Nota (8), p. 52.

ANEXOS

1- Licencia para contraer matrimonio.

(Expediente sobre disenso paterno en La Habana de 1859).

(Arch. Nac. Gob. Sup. Civil Leg. 921/32129)

El padre del joven expone que "constan hechos y circunstancias que deslustran y oscurecen completamente la moralidad y virtud de Da. Rosalía, cuya filiación ha negado su propio padre, imputando a la madre el más torpe y escandaloso adulterio (con un "chino") Pero además de esto, Sor. Exmo, la segunda razón de disenso no es menos atendible. El que habla es nieto del Sr. Brigadier D. Antonio José de Veytía y Castro, Marqués del Real Socorro y descendiente por lo mismo de una de las familias (séale lícito decirlo en esta coyuntura) más esclarecidas de este país. Como tal nieto tiene derecho expectativo a la sucesión de ese título de Castilla, de lo que se deduce que su hijo siendo su primogénito, habrá de poseerlo un día en el orden regular. V. E. Comprenderá desde luego que es un deber preferente el de conservar desde ahora la pureza de sangre de su descendencia futura..."

(También hace alusión a la previa deshonra de la joven en manos de un sargento, a lo que el pretendiente replica que no es cierto... Después de obtenerse diversos informes queda claro que las acusaciones son en efecto, falsas y se concede la licencia supletoria. A pesar de ello, el padre del joven sigue poniendo obstáculos hasta tal punto que la madre de la pretendida vuelve a dirigirse a las autoridades suplicándoles le asistan en inducir al joven a cumplir la palabra puesto que su hija se halla encinta)*

* Consultar el artículo de Verena MARTÍNEZ ALIER, titulado "Color, clase y matrimonio en Cuba en el siglo XIX" (que merecería la pena leerlo todo) en la Revista de la Biblioteca Nacional "José Martí", Año 59, 3ra. Época, Vol. X, Número 2, Mayo – Agosto de 1968, p. 98.

## CONTENIDO PERSONAL DE LA RELACIÓN JURÍDICA CONYUGAL. DERECHOS Y DEBERES CONYUGALES

Sumario: El contenido de la relación jurídica conyugal: Contenido personal y contenido económico. Generalidades. Contenido personal del Matrimonio. Confrontación histórica y de Derecho Comparado. Contenido personal de la relación jurídica conyugal en el Código de Familia. El amor conyugal. Derechos y deberes de los cónyuges entre sí sobre la base de la igualdad. Comentarios a cada uno de los postulados jurídico – morales enunciados en la preceptiva del Código de Familia. Igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges (artículo 24 del Código de Familia). Los cónyuges deben vivir juntos (Artículo 25 del Código de Familia). El débito carnal o conyugal. Guardarse lealtad. (Artículo 25 del Código de Familia). El adulterio. Guardarse la consideración y el respeto debidos. (Artículo 25 del Código de Familia). Guardarse respeto. Su incumplimiento: las injurias. Ayudarse mutuamente. (Artículo 25 del Código Civil) Asistencia y socorro. Un alto para obligada información. Coparticipar en las tareas domésticas, la educación, formación y guía de los hijos y el gobierno del hogar. (Artículo 26 del Código de Familia) Satisfacer las necesidades de la familia según sus facultades y capacidad económica. (Artículo 27 del Código de Familia) Valor del trabajo doméstico. Ejercer derechos individuales y de superación personal, sin descuidar el cumplimiento de las obligaciones conyugales. (Artículo 28 del Código de Familia). Advertencias finales.

Observación a los alumnos:

Dada la riqueza del tema exhorto a estudiarlo leyendo detenidamente todas las citas a pie de página, las numerosas notas bibliográficas comentadas y los anexos.

La autora.

Contenido de la relación jurídica conyugal: Contenido personal y contenido económico. Generalidades.

Estudiada ya la formalización del matrimonio, los requisitos generales y especiales, en su caso, exigidos en el expediente matrimonial y el acto de ratificación, que se contrae al acto mismo de formalización, nos corresponde ahora conocer del llamado contenido de la relación jurídica conyugal.

El acto jurídico matrimonial (celebración del matrimonio en el lenguaje del Derecho de Familia comparado) crea una sociedad especial, la sociedad conyugal, un estado o comunidad de vida que los canonistas han llamado matrimonio "in facto esse" (matrimonio ya constituido)*. Quiere esto decir que el matrimonio rebasa el acto jurídico, el "vinculum iuris" para conformar una situación nueva, de la que surgen relaciones que entrelazan a los cónyuges entre sí y con terceros.

De esta manera, el matrimonio formalizado, como acto y como estado, genera una serie de efectos, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial.

* Según la terminología escolástica, el matrimonio "in fiere", se contrae al momento inicial del matrimonio, mientras se está haciendo o constituyendo (celebrando) " in fiere" y el matrimonio "in facto esse" al ya constituido como estado conyugal.

En un sentido amplio las consecuencias jurídicas que surgen del matrimonio se relacionan también con las presunciones que la realización del mismo produce, sobre la paternidad de los hijos y por ende sobre los lazos de parentesco consanguíneo que dimanan de la relación paterno filial, así como las del parentesco por afinidad que unen a un cónyuge con los parientes del otro. No obstante, la doctrina, desde antiguo, remite el estudio de los efectos personales, o de consecuencias jurídicas, más bien extrapatrimoniales a los concentrados sobre la pareja conyugal entre sí y los efectos patrimoniales a los relacionados con el régimen económico del matrimonio.

De estos efectos nos ocuparemos en esta V Parte, comenzando el análisis por los llamados efectos personales o contenido personal del matrimonio, al que dedicaremos íntegramente este material docente así como dedicaremos otro a los efectos patrimoniales que emergen del mismo, dando así curso al desarrollo del programa de la asignatura.

### 1.1- Contenido personal del matrimonio. Confrontación histórica y de Derecho comparado.

No es posible referirnos a las relaciones personales entre los cónyuges, sin hacer mención a la potestad marital y por ende a la situación de supeditación al poder del marido a la que históricamente fue sometida la mujer casada.

Como muy bien expresa PUIG PEÑA(1): «"El fenómeno se observa no sólo en los pueblos del Oriente Medio, sino en la misma Roma, en donde (como dice un autor)*si soltera, estaba siempre sometida a su padre y muerto el padre, a sus hermanos, casada quedaba bajo la tutela del marido, que la realiza del modo más absorbente. A esta triste situación formal se seguía de peor condición material: el marido podía golpearla y reducirla a prisión por leves desobediencias. Pero aún más enojosa todavía era la justificación doctrinal, pues presidiendo este estado de desdichas resonaban las palabras de algunos filósofos griegos, en particular ARISTÓTELES, que en terminante frase, decía "El hombre está llamado por la naturaleza a mandar en la mujer"»†.

El propio PUIG PEÑA parece sin embargo, no desaprobar la concepción prevaleciente en plena mitad del siglo XX que partía de razonar que siendo el matrimonio una sociedad que precisa de un poder directivo, de un órgano que la dirija, por ley de la naturaleza y de Dios, ese órgano debía ser el marido; si bien no en su propio beneficio y provecho, sino ordenada al bien común de la familia, para la felicidad de ella.

Y es que la idea de la autoridad marital, de la superioridad y jefatura del hombre sobre la mujer estaba ( y en cierto modo todavía está) tan raigalmente interiorizada

---

* Se refiere a Q. MUCIOUS SCAEVOLA (aclaración de esta autora) en Comentarios al Código Civil español, tomo III, p. 380. La cita completa reza así: "Soltera estaba sometida a su padre, muerto el padre, a sus hermanos, casada, siempre bajo la tutela del marido, muerto éste no volvía a su antigua familia porque había renunciado a ella para siempre con el matrimonio sagrado, y viuda quedaba sometida a los agnados de su marido, es decir, a sus propios hijos, si los tenía, o por su falta a los parientes más inmediatos".

† NAPOLEÓN al discutir los preceptos del Código Civil referentes a la mujer casada, expresó la célebre frase "La nature a fait de nos femmes nos esclaves". Otras frases peyorativas se han expresado por escritores famosos, como la de SCHOPENHAUER: "La mujer es un animal de ideas cortas y cabellos largos" o la del filósofo KANT: "La mujer está menos dotada intelectualmente, moralmente las mujeres son inferiores. Además son vanidosas". Ver opiniones sobre la mujer en el libro de Silvio DE LA TORRE "Mujer y Sociedad", Universidad Central de Las Villas, 1965, p. 194.

por los estereotipos culturales, heredados de generación, en generación, que ha parecido natural el sometimiento de la mujer, aún para la misma mujer.

Sin dudas, las leyes han ayudado a sustentar y afianzar este sometimiento, aunque un juez cubano(2) escribiera en un libro en 1943, reclamando todavía más, que:

> "La ley civil debiera exigir la obediencia de la mujer, (descansando en el afecto y en la mutua comprensión), por lo menos para que tal exigencia sirva de saludable y honesta orientación de las costumbres".

Las leyes penales exigieron esa obediencia. El Código Penal español de 1870 extensivo a Cuba por el Real Decreto de 23 de Mayo de 1879, consideraba como una falta la desobediencia de la mujer al marido, pero cuando se consumaba conjuntamente con maltrato de palabra u obra, por parte de la misma.

Como puede apreciarse todo este sistema del poder marital, sustentado en una organización jerárquica, basado en creencias de desigualdades naturales, podía hacer surgir el abuso del más fuerte, como algo positivo y legítimo, soporte legal de lo que hoy con un lenguaje más contemporáneo de inicios de un nuevo milenio, denominamos violencia doméstica, especialmente violencia de género, que tiene lugar cuando la mujer es considerada como una menor de edad o una incapaz y el castigo y control sobre su persona puede derivar en maltrato físico, sexual o psicológico*.

El tema así del contenido personal del matrimonio aludía a la llamada potestad marital, expresada en relaciones de poder, dentro de un sistema de familia patriarcal (3) pero también aludía y alude a la respuesta femenina a nivel mundial† en la lucha por su plena emancipación y por la consecución de la igualdad jurídica con el hombre. En el especial caso de la mujer casada, aún más sometida en los Códigos Civiles de inspiración romana y napoleónica (como el que rigió entre nosotros en materia de familia hasta la promulgación del Código de Familia en 1975) al logro de la plasmación dentro del matrimonio de la absoluta igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges.

No debemos olvidar, como alertábamos en la primera parte del Módulo 2, que la historia del derecho matrimonial hay que vincularla con la historia del derecho de propiedad y que el matrimonio, monogamia de derecho, justas nupcias, es el enlace conyugal de la clase dominante amparado por el Estado, cuyo fin en la sociedad dividida en clases antagónicas, es la transmisión del patrimonio familiar a la descendencia legítima.

Así pues, "la opresión de la mujer coincide con la institución de la propiedad privada: la propiedad pasaba de padre a hijo por la línea paterna, la monogamia era la

---

* La Declaración 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer, define en su artículo 1, que debe entenderse como violencia contra la mujer "todo acto de violencia basado en la diferencia de género que tenga o pueda tener como resultado de un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada" (Naciones Unidas, 1994).

† Las teorías feministas con distintas modalidades, surgieron con el Iluminismo y perduran hasta el presente. La teoría del empoderamiento, utilizada por el feminismo en estos momentos como instrumento de toma de conciencia y cambio, reclama para las mujeres una mayor equidad en el acceso al poder, abarca formas de participación social (ejercicio de derechos, representatividad, autoestima) en oposición a la exclusión y relegación histórica a que han sido sometidas.
Para mayor abundamiento sobre el movimiento femenino y especialmente, el movimiento femenino en Cuba, consultar Bibliografía, Editora Política, La Habana, 1980.

salvaguardia de este ideal y una necesidad para las líneas individuales de herencia"(4).

Cobran valor las frases de ENGELS en el "Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y el Estado"(5):

> "No anda mucho mejor lo de la igualdad jurídica de los derechos del hombre y de la mujer en el matrimonio. Su desigualdad legal, que hemos heredado de condiciones sociales anteriores, no es causa sino efecto de la opresión económica de la mujer...
>
> La familia individual moderna se funda en la esclavitud doméstica más o menos disimulada de la mujer...
>
> El hombre es en la familia el burgués, la mujer, representa en ella al proletariado...
>
> El carácter particular del predominio del hombre sobre la mujer, así como la necesidad y la manera de establecer una real igualdad social de ambos, no quedarán claramente de manifiesto, sino cuando el hombre y la mujer, tengan según la ley, derechos iguales en absoluto".

Sólo se obtendrán derechos iguales en absoluto, suprimiendo el régimen de propiedad privada, y aún así se necesitará de mucho tiempo para "extirpar hasta sus últimas raíces, las supervivencias de la antigua actitud hacia la mujer; la eliminación radical de los prejuicios y discriminaciones que subsisten aún y operan negativamente como herencia de los siglos de humillación que ha sufrido la mujer en las sociedades de explotación"(6).

Por otro lado, desde el punto de vista doctrinal, en el Derecho de Familia comparado encontramos la propuesta de diferenciar el sistema de potestad marital, del sistema de jefatura marital.

Así el reconocido civilista español Diego ESPÍN CANOVAS (7) nos informa que "en la actualidad cabe hablar de tres sistemas de relaciones personales en el matrimonio, según que admitan la tradicional potestad marital o sólo una jefatura marital, o finalmente se basen en una codirección matrimonial de ambos cónyuges".

El sistema de potestad marital, es el tradicional al que hemos hecho alusión en esta confrontación histórica, recogido en el Código Civil Napoleónico y otros Códigos latinos, como el español hecho extensivo a Cuba, ya derogado. "El punto culminante de esta potestad marital, expresa ESPÍN CÁNOVAS – es el deber de obediencia de la mujer al marido y su contrapartida, el deber de protección del marido, que configuran esta potestad con cierta similitud a la patria potestad sobre los hijos".

A su vez, el sistema de jefatura marital, es un sistema más atenuado que el anterior; el marido es el jefe de la familia, pero ejerce esta función en interés común del hogar y los hijos y la mujer puede reemplazarlo, si él se incapacita o se ausenta.

Y por último el sistema de codirección matrimonial es el sistema de igualación jurídica de ambos cónyuges que representa la corriente contemporánea en la legislación de familia.

En Iberoamérica, parece haber sido México el país abanderado en implantar este sistema en su revolucionaria ley sobre Relaciones Familiares de 1917, pasando dicho sistema al Código Federal de 1928, que establece que "el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales", con intervención subsidiaria del juez de

primera instancia en caso de desacuerdo entre los mismos.

El hecho de que tan tempranamente, casi comenzando el siglo XX, una legislación sobre la familia se atreviera a establecer el cogobierno en el matrimonio por ambos consortes, suprimiendo el dogma de la potestad marital sustentado por siglos ( en la concepción a la que hemos hecho referencia de que en toda sociedad y por tanto también en el matrimonio se necesita de una dirección unitaria y firme y que por supuesto debía ejercer el marido) y agregando la intervención de un extraño como lo era el juez, ignorante de las necesidades, de las caracteres y de la educación de los miembros de una familia, como arbitro supremo para decidir cuestiones domésticas, recibió la más dura crítica de algunos jurisconsultos mexicanos como Eduardo PALLARES(8) que consideró a dicha ley "profundamente revolucionaria, silenciosa y sordamente destructora del núcleo familiar... que lleva un virus destructor de primer orden".

La Ley sobre Relaciones Familiares como dijimos antes, expedida por Venustiano Carranza, el 9 de Abril de 1917, puede considerarse como la ley pionera de una concepción revolucionaria y secularizante del matrimonio en Iberoamérica. "La ley segregó del tronco del Código Civil la materia familiar para darle autonomía, estableció el matrimonio disoluble (con ello el divorcio vincular) la igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio, igualdad de puro nombre de todas las especies de hijos naturales, la adopción de hijos y la sustitución del régimen legal de gananciales por el de separación de bienes"(9).

Era de esperar que fuera duramente calificada por sus críticos conservadores, los que la inculparon además de introducir las costumbres norteamericanas, de darle al núcleo familiar una "fisionomía yanqui" y de extender una ola de inmoralidad a través de toda la sociedad, etc..

En nuestro país, si bien no plasmado en leyes, en el siglo XIX se levantaron voces para denunciar la situación jurídica de la mujer y proclamar la igualdad de los cónyuges en el matrimonio. Así en 1868, el 9 de Octubre, víspera del Grito de Yara, se publica el artículo denominado "El matrimonio" en el que se sostiene la absoluta igualdad de hombre y mujer: "El varón y la hembra deben formar una sola persona en el matrimonio"; tomado de José M. CÉSPEDES en "Discursos, estudios y artículos". La Habana, 1895. (10).

En junio de 1879, Luis ESTÉVEZ ROMERO al graduarse de Doctor en Derecho Civil y Canónico en la Universidad de La Habana presenta la tesis denominada "¿Cuál de las legislaciones actuales satisface mejor las exigencias de la justicia respecto a lo que debe ser la condición de la mujer, así en el orden social como en el de la familia?"(11).

Pero no fue sino hasta el año de 1917, el 18 de Julio, que se promulga la ley llamada "de la capacidad civil de la mujer casada" o también "ley de parafernales"*, capacidad otorgada a la mujer adinerada, que alcanzaba tan sólo a su patrimonio, a la disposición de los bienes, pero que la dejó sometida a la potestad del marido en cuanto a su persona "por cuyo motivo la mujer casada fue liberada a medias"(12).

El sistema de codirección matrimonia, se implanta formalmente en Cuba por primera vez, por la Ley No. 9 de 20 de Diciembre de 1950, llamada "ley de equiparación civil de la mujer" ley complementaria de la Constitución de 1940, la que no obstante sus

* Les invito a releer sobre esta Ley en el Módulo I de la asignatura, p. 43.

nobles propósitos adoleció de imperfecciones técnicas y de difícil aplicabilidad en las condiciones socio-económicas de aquella República*.

En realidad, el sistema de total igualación jurídica de ambos cónyuges tiene repercusiones reales al implantarse el mismo en el Código de Familia promulgado en 1975. (De los derechos y deberes conyugales) pues todos los presupuestos y mecanismos socio-económicos y jurídicos de la sociedad cubana se alistaron para resguardarlos. Y aún así, los prejuicios, creencias y estereotipos culturales de lo masculino y lo femenino al interior de la familia han incidido en su efectiva y total realización en la realidad cubana, aunque alguna liberación de prejuicios se haya logrado.

No queremos terminar este primer punto del sumario sin referirnos a dos tópicos imprescindibles de conocer si se quiere apreciar en toda su magnitud el alcance de las reformas que en cuanto a las relaciones personales entre los cónyuges ha introducido el Código de Familia.

Los tópicos que brevemente reseñaremos se refieren a la capacidad o incapacidad de la mujer casada y al contenido de la autoridad del esposo en el sistema tradicional de la potestad marital, que era el vigente entre nosotros antes de la promulgación del Código de Familia y aún de las modificaciones introducidas por la Ley No. 9 de 20 de Diciembre de 1950.

En cuanto al tema de la capacidad de la mujer casada, la normativa del Código Civil español hecho extensivo a Cuba en 1889, partía del principio general de la incapacidad.

El reconocido civilista PUIG PEÑA nos alerta(13) que esta incapacidad se refería al supuesto normal de la mujer casada bajo el régimen común de la sociedad de gananciales, que vivía con su marido y que no tenía profesión alguna. Pues si regía el sistema de separación de bienes o a la mujer se le había transferido la administración de los bienes del matrimonio o si la mujer ejercía una profesión, singularmente la de comerciante y otras situaciones circunstanciales, se producía una situación especial que modificaba la incapacidad de la mujer.

Realmente esta aclaración nos conduce a considerar que la incapacidad era la regla y la capacidad la excepción. Incapacidad que se fundamentaba en la diferencia natural, psicofisiológica de la mujer, en criterios de jerarquización jurídica a favor del marido para el ejercicio de la autoridad en el matrimonio, por ende, en razones teleológicas en pro de la mejor organización de la sociedad conyugal, y por último, sencillamente en razones históricas: si a través del decurso del tiempo y en todos los hemisferios del planeta se había consagrado la supremacía del hombre, tal resultado no se producía por azar, sino porque "late en el seno de todas las conciencias colectivas la necesidad del poder marital"(14).

Por su parte, el que fuera distinguido profesor de Derecho Civil y de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Eduardo LE RIVEREND

* Se acompaña la ley en Anexos, de este material docente para su conocimiento y fuente de confrontación histórica. Para un excelente análisis sobre la ley considerada técnicamente muy deficiente aunque lo fundamental es que barrió con disposiciones tan agresivas como afrentosas para la mujer, consultar a Ramón D. ZAYAS RODRÍGUEZ "Derechos de la mujer Casada". Tipografía Venus, Sancti Spíritus, 1958. (localizable en Biblioteca de la Facultad de Derecho. U.H.)

BRUSONE (15) nos informa sobre distintos criterios acerca del valor de la incapacidad legal de la mujer casada:

Un criterio estricto o clásico, al que nos hemos referido, para el cual la incapacidad de la mujer casada es muy extensa, es la regla general, siendo los casos de capacidad la excepción.

Un criterio mixto, para el cual las reglas del Código Civil son contradictorias, y no claras, pues a veces la capacidad es la regla y otras la excepción y por último,

Criterios amplios, para los cuales, dada la discordancia del principio legal con la realidad, se debía asumir una actitud decidida para lograr en los mismos textos arcaicos las soluciones reclamadas en pos de reconocer la capacidad de la mujer casada.

En suma, que la ley debía atemperarse a la realidad social y encaminarse hacia la capacidad plena de la mujer casada, porque "había interés subido en que la ley se armonizara con la realidad social, ya que la eficacia de los remedios ideados era siempre discutible: por ello el movimiento reclamando la reforma siguió en pie"(16).

En realidad la abolición de la incapacidad de la mujer casada solo era posible desterrando el dogma de la potestad marital, con su secuela de obediencia e incapacidad de la mujer, de la representación legal de la misma por el marido, de la nacionalidad derivada para la mujer que debía seguir a su marido y de la licencia marital para la realización de determinados actos. Todo lo que constituía las facultades del marido o el contenido de la autoridad o potestad marital a la que nos referiremos, brevemente de inmediato.

Estas podríamos resumirlas como las siguientes:

- Obediencia de la mujer al esposo.
- Fijación por el esposo del domicilio conyugal.
- Nacionalidad adquirida del esposo.
- Control de las relaciones personales de la mujer y de su correspondencia (control sobre las visitas y sobre la correspondencia).
- Derecho del marido de autorizar a la mujer para que ejerciera una profesión o el comercio (prerrogativa de la potestad marital, indispensable, no consecuencia de la venia marital).
- Venia marital.

Dos de estas facultades merecerían un comentario adicional:

El derecho a que el marido controlara las visitas que la esposa hacía o recibía, se consideraba tan lógico que "apenas si suscita reparos"(17) y de igual manera categóricamente era reconocido el derecho que tenía el marido de enterarse del contenido de la correspondencia dirigida a su mujer o la escrita por ella. Este derecho tenía incluso tutela penológica, pues figuraba en los Códigos penales del siglo XIX la llamada "excusa absolutoria" reconocida al marido si revelaba el contenido de la correspondencia de la mujer, no integrándose así para él, el delito de descubrimiento o revelación de secretos.

Pero la facultad más importante por sus efectos en el campo del Derecho Civil fue la

llamada Venia Marital (venia quiere decir, licencia, consentimiento, autorización).

La normativa del Código Civil español utilizaba indistintamente estos términos (y también el de representación y asistencia) dándoles tan pronto un significado como otro, si bien cada uno tiene diferente alcance jurídico*.

Mas, aunque precisemos sus diferentes alcances conceptuales, todos ellos surgen de la potestad o autoridad marital, de la necesidad en que se colocaba a la mujer casada de obtener la Venia de su marido para la realización de los actos jurídicos propios, quedando limitada su capacidad civil, tanto en la actividad procesal (el marido era el representante de su mujer; ésta no podía comparecer en juicio por sí o por medio de procurador, sin licencia de su marido, excepto para defenderse en juicio criminal) como en los actos particulares de la vida civil: no podía adquirir por título oneroso, ni lucrativo, ni enajenar sus bienes, ni obligarse sino en los casos y con las limitaciones establecidas en la ley; no podía aceptar ni repudiar herencias, etc.

Realmente en este sistema de la potestad marital, como es de apreciar, la mujer casada estaba obligada a un sometimiento irritante que limitaba, si es que no anulaba su libertad civil e impedía el desarrollo pleno de su personalidad, con tal fuerza imperativa que no permitía (como informamos páginas atrás, al inicio de este recuento histórico-doctrinal) la insubordinación de la mujer, al valorarse los preceptos sobre la jefatura doméstica del marido, como preceptos de orden público (incluso admitiendo la posibilidad del empleo de la fuerza pública para restituir a la mujer al domicilio conyugal, pues nada podía ir en desdoro de la autoridad indiscutible del marido en el hogar, respetándose por encima de todo, la voluntad del jefe de la casa.

Como contrapartida "generosa" la mujer tenía el derecho a ser protegida por el marido y alimentada por él y el de compartir durante el tiempo de casada y aún viuda, mientras no contrajera nuevo matrimonio, los honores y prerrogativas del esposo, excepto aquellas que fueren exclusivamente personales. Se entendía por algunos teóricos del Derecho de Familia que este derecho de la mujer no era resultante de la autoridad marital, sino consecuencia del matrimonio mismo, de manera que "el marido puede en ocasiones, ostentar los honores de su mujer, como sucede por ejemplo, en cierto sentido, con los títulos de nobleza"(18). Confirmando con ello de nuevo, la excepcionalidad en el caso de la mujer.

Una prerrogativa sin embargo exclusivamente personal del marido como era su apellido, pasaba no obstante a convertirse en el apellido al que pertenecía como un objeto, la mujer, mediante el uso de la preposición "de", dándole un sentido posesivo de pertenencia, del objeto – esposa – al propietario y amo –esposo– v. gr. Juana Pérez de Rodríguez.

Sin embargo, tal hábito inveterado en la cultura hispánica y por ende cubana, no venía impuesto por ninguna norma legal sino por una costumbre inmemorial. Y aún la jurisprudencia española en sentencia memorable en 1914 (Sentencia de Enero 17 de

---

* Licencia: Debe usarse tan sólo cuando constituya un "permiso", nacido de la autoridad que se ejerza para que otro pueda actuar libremente en uso de sus derechos.
Consentimiento: Es equivalente de Licencia, tan sólo debe sustituir a ese término.
Autorización: Equivale a poder, mandato, conferir autoridad, facultades, no debe usarse como sinónimo de licencia o consentimiento.
Representación: Es absorber completamente la capacidad jurídica de otro, actuando por él.
Asistencia: Es completar la capacidad jurídica de otro, para que actúe por sí.
Consultar a Raúl LÓPEZ CASTILLO en "Capacidad Civil de la Mujer Casada", Cultural S. A., La Habana, 1930, p. 72.

1914 del Tribunal Supremo español) se pronunció en cuanto a que el apellido del marido era el "atributo de la familia, la concreción más ostensible del carácter de jefe o cabeza de familia que tenía el marido".

Tal fuerza del uso tradicional, aunque extra legal de esta preposición "de" de pertenencia, hizo vaticinar al ilustre jurista cubano Eduardo LE RIVEREND BRUSONE (19) esta predicción, que a seguidas reproduciré, que por cierto o se cumplió al variar raigalmente el régimen socio-económico y la posición de la mujer en la sociedad cubana.

> "La igualdad predicada en la Constitución (Constitución de 1940 – Aclaración de esta autora) luce contraria a tal costumbre; sin embargo el Derecho cubano debería concretarse en una disposición legal sobre el punto, amoldándose al uso tradicional mencionado.
>
> La familia cubana es de tipo patriarcal y por consiguiente, el nombre paterno es el que la identifica en conjunto: los hijos y demás descendientes usan como primero, y a veces como único, el apellido del padre.
>
> Tal vez en este aspecto la violación probable de la igualdad absoluta no sería excesivamente grave y tendría sin duda a su favor la práctica inalterable , que a nuestro juicio habrá de perdurar".

A su vez, el recordado profesor de esta Cátedra (que me antecedió) Daniel PERAL COLLADO (20) sobre la posibilidad de concretar en una disposición legal esta tradición y sobre la connotación social de la misma se pronunciaba con certeza en 1973, en sentido contrario:

> "Convertir la costumbre en mandato significaba darle un alcance que nunca había tenido entre nosotros y que está en contradicción, no ya con los principios de nuestra Revolución Socialista, sino con los que estableció la Constitución de 1940".

El propio profesor PERAL nos informaba en esta obra que un Proyecto de Código "por suerte ya olvidado"* dispuso una vez llevar la costumbre a la ley, con esta disposición: "La mujer casada usará, adicionando a su apellido el de su esposo, con la partícula "de" interpuesta entre ambos".

Cuanto hemos informado hasta aquí acerca del fundamento legal, tanto civil como penal, de las incapacidades de la mujer y las facultades de la potestad marital, se manifestaban en Cuba, en plena República neocolonial, vigente los Códigos Civil y Penal españoles.

Podríamos expresar de manera muy gráfica, cuál era la situación jurídica de la mujer cubana en ese momento histórico (especialmente en1928), dejando que nos hable la valiente y a la par culta feminista cubana Ofelia DOMÍNGUEZ NAVARRO (21) que al dirigirse a las mujeres cubanas de su época desde la Alianza Nacional Feminista las alertaba de la humillante situación a que estaban sometidas:

---

* Se refiere al artículo 71 del Proyecto de adaptación del Código Civil de 1889 a la Constitución de 1940, elaborado por los profesores BLANCO, LE RIVEREND Y DÍAZ PAIRÓ, bajo la presidencia de Antonio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, todos brillantes y reconocidos internacionalmente, juristas cubanos. Por demás, coincido con el profesor PERAL sobre el alcance limitado de esta costumbre, que a mi parecer se concretaba a las casadas de clase media a alta de la sociedad cubana.

- Dentro del matrimonio eres propiedad del hombre.
- La mentira del contrato matrimonial.
- Tu Patria no es la tuya, sino la de tu marido.
- Ni a la administración de tus bienes tienes derecho.
- Casada, no tienes personalidad ante los Tribunales.
- Se te priva del derecho humano de guiar a tu hijo.
- Hasta en el divorcio encuentras la burla a tus derechos.
- Ante la tutela estás equiparada con el más degradado de los hombres.
- Ante el Consejo de Familia no eres persona.
- Tú no puedes ser testigo.
- Tienes el deber de contribuir a las cargas del Estado.
- No se te consulta para dictar leyes ni para elegir gobernantes.
- Eres plenamente responsable ante las leyes penales.
- La ley es parcial en el delito de adulterio.
- La ley le dice a tu marido y a tu padre que te pueden matar.

La explicación ofrecida por la autora sobre cada una de las limitaciones de los derechos de la mujer constituye un documento que representa una verdadera lección de Derecho de Familia*.

Resumiendo, la mujer, no obstante hitos de rebeldía† permaneció durante siglos relegada a un segundo plano, esclavizado y sometido al poder del hombre, considerada inferior desde el punto de vista físico, intelectual y moral. Esta situación de sometimiento, se agudizaba con el matrimonio, gracias al dogma de la potestad marital que anulaba por completo su desarrollo como ser humano, manteniéndola en una capitis diminutio intolerable y aún cuando en nuestro país se dieron pasos para irla liberando a través de leyes cono la de parafernales ( si bien sólo para las casadas ricas), la propia Constitución de 1940, su ley complementaria diez años después, de equiparación civil de la mujer casada, no se logró la verdadera igualación jurídica con

* Para el conocimiento de los alumnos, en abundamiento de esta confrontación histórica y doctrinal sobre el contenido personal del matrimonio, reproduciré en Anexos íntegramente este documento.

† En Cuba "sobre todo el estallido en 1868 de la guerra contra el dominio colonial español, precedido de conspiraciones y movimientos de rebeldía ciudadana que duraría en suma 30 años... significaría para la mujer el comienzo de la lucha por sus derechos de igualdad jurídica y social..." "Como una imperecedera página en el movimiento feminista debemos resaltar la protagonizada por la figura excelsa de la patriota Ana BETANCOURT, la que después de finalizada la Asamblea Constituyente de Guáimaro, al celebrarse un acto político en el que intervino, planteó con bellas y precisas palabras la necesidad de la igualdad de derechos entre hombre y mujer, convirtiéndose así en la abanderada de las exigencias sociales por la emancipación de la mujer cubana y una de las pioneras del movimiento feminista del Continente" (artículo de esta profesora, denominado "Participación y status jurídico-político de las mujeres en Cuba Colonial (1492-1899)" Revista de la Facultad de Derecho No. 13, septiembre-diciembre 1993, Universidad Autónoma de Yucatán, consultarla en la Hemeroteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Para una información valiosa y resumida sobre la situación social y jurídica de la mujer cubana antes del triunfo de la Revolución, deben consultar el artículo del distinguido jurista cubano Francisco VARONA Y DUQUE ESTRADA "Comentarios al Código de Familia" en Revista Cubana de Derecho, Año XI, No. 19, pp. 41-44.

el hombre sino cuando se transformó raigalmente la sociedad cubana y se jerarquizó la propiedad social sobre la propiedad privada.

Nos toca ahora consagrar, como diría LENIN, la igualdad no sólo en la ley, sino en la vida (22).

2- Contenido personal de la relación jurídica conyugal en el Código de Familia.

Los derechos deberes recíprocos entre los cónyuges se regulan en el Código de Familia en el capítulo dedicado a las relaciones conyugales dentro del matrimonio formalizado en artículos (del 24 al 28) que se leen a los contrayentes a modo de apercibimiento en el acto mismo de formalización.

Se conforman por un conjunto de facultades y deberes sólo atribuibles a los cónyuges por el hecho de serlo* que implican la realización de una conducta por parte de ellos de carácter recíproco (aunque entre nosotros se extiende a la prole como veremos en su momento) cuyo incumplimiento no acarrea sanciones penales (tal vez con la excepción de la obligación de dar alimentos, como expresión del mutuo auxilio entre los esposos) sino que sólo conducen a la desarmonía conyugal, a la separación o al divorcio. Tienen por ende un marcado carácter ético "no hay generalmente posibilidad de imponer su cumplimiento forzoso específico"(23) en realidad porque son deberes y no obligaciones (como se les denominaba en el Código Civil derogado: derechos y obligaciones entre marido y mujer) y tampoco en él eran recíprocos. Como sabemos, puede obtenerse judicialmente el cumplimiento de una obligación incumplida, pero, "los deberes difícilmente pueden exigirse; es casi imposible exigir en Tribunales, por ejemplo, el cumplimiento del "deber"de fidelidad"(24).

En su excelente monografía sobre el matrimonio MENÉNDEZ MENÉNDEZ (25) citando a un autor, abunda sobre el carácter de estas normas, que entran en la categoría de las leyes huérfanas de sanción y que implican más que un mandato, un consejo, una recomendación, una instrucción, una exhortación o un deseo... "Por su naturaleza no son susceptibles de ser intervenidas por el Estado mediante sus órganos jurisdiccionales; limitándose el mismo a ofrecer sanciones indirectas por medio del divorcio, con el que se castigan algunas de las violaciones de los deberes impuestos a los esposos".

Son en suma postulados más morales que jurídicos y algunos autores entienden que la esencia de ellos nunca podrá acogerse en el campo jurídico como es especialmente el deber recíproco de amor conyugal.

El amor conyugal, valorado altamente por los teóricos católicos es la esencia espiritual del matrimonio, pues se espera que los novios se casen por amor y que éste se transforme en conyugal con el matrimonio... en éste (el matrimonio) está presente el amor como voluntad, por lo cual la pareja puede prometerse "amarse para toda la vida", "el amor hace referencia a una relación total entre personas, especialmente entre cónyuges y comprende los sentimientos y la voluntad"(26).

* Los alumnos deben recordar cuando estudiaron el reconocimiento judicial de la unión no formalizada (Módulo 2, III Parte, p. 85) que la denominación "cónyuge" es reservada a los dos miembros de la pareja unida en matrimonio civil o formalizado.
En buena técnica jurídica los "unidos" en unión no formalizada no son cónyuges, como tampoco la unión no formalizada es el matrimonio, sino una expectativa de él. Debemos inferir por ello (como se expresó en su oportunidad) que el contenido personal del matrimonio es aplicable sólo jurídicamente al matrimonio civil o formalizado, pero sobre ello hago advertencias al final de este texto.

O el amor conyugal es la atracción física y psíquica entre el hombre y la mujer y tiene un específico carácter sexual... "Podemos afirmar la existencia de unos grados de amor conyugal, que, sin perder de vista la unidad radical en que se configura la persona de cada cónyuge, se puede estructurar de la siguiente forma:

1. Amor sensitivo, sostenido y determinado por el instinto.
2. Amor erótico, que consiste en el deseo de posesión del sujeto amado.
3. Amor personal, que se refleja en la oferta o dación del amante al amado."(27).

Acerca del amor conyugal, reproduzco esta valoración sobre la posición de la Iglesia Católica(28).

> "La doctrina del Concilio Vaticano II ha resaltado la dimensión del matrimonio como comunidad conyugal – íntima comunidad de vida y amor – y el amor conyugal – realzando así la relación personal entre los esposos, que en la doctrina anterior aparece notablemente oscurecida. Sin embargo, esta apelación al amor conyugal aparece íntimamente ligada a los llamados "bienes del matrimonio" según la terminología de San Agustín. "Este amor, dice la doctrina conciliar – ratificado por el mutuo compromiso, y sobre todo por el Sacramento de Cristo, resulta indisolublemente fiel, en cuerpo y mente, en la prosperidad y en la adversidad, y por tanto, queda excluido de él todo adulterio y divorcio"... "El matrimonio y el amor conyugal están ordenados por su propia naturaleza a la procreación y educación de los hijos".

También en nuestro Código se valora el amor, no expresado como "amor conyugal" sino como "cariño" que irradia a todas las relaciones familiares (artículo 1 – Primer Párrafo del Código de Familia). En el caso del matrimonio expresábamos (Módulo 2, Primera Parte, Fines del Matrimonio, que deben los alumnos releer) que podemos emplear para él el concepto aportado por ENGELS de "amor sexual individual", no referido por cierto a la atracción simple biológica del sexo (amor sensitivo o erótico) diríamos, parafraseando a los llamados grados del amor conyugal vistos, sino el amor personal, el sentimiento de entrega que sólo quiere la felicidad del otro... que se emparenta por cierto con el concepto de amor conyugal cristiano*:

> "no es sólo la atracción sexual, es mucho más,
>
> voluntad de darse, es decir,
>
> de buscar el bien del cónyuge"(29)
>
> "no busca su interés".
>
> (I COR, 13, 4-7)

De todas formas, mal que nos pese, el concepto sigue siendo "extra jurídico" o metajurídico: No hay manera de obligar, imperativamente, normativamente o judicialmente a amar o ser amado.

---

* "No creo que haya existido después de esta concepción del matrimonio establecida en la ley eclesiástica católica, un concepto que lo haga descansar más en sus valores éticos espirituales que el que emerge de la esencia misma del socialismo como sistema económico-social y político moral, al eliminar las motivaciones económicas que marcaban el matrimonio basado en la propiedad privada sobre los medios de producción y el vasallaje de la mujer en la sociedad y la familia". Olga MESA CASTILLO, "El divorcio, otro ángulo de análisis", Revista Cubana de Derecho, Año XVIII, No. 38, julio-septiembre 1989, p. 111.

En este tema sobre el contenido personal del matrimonio debemos rememorar la clásica consideración de los deberes conyugales sagrados e inviolables recreados por el Derecho Canónico (jura sacerrima lecti) que hace alusión al débito, a la fidelidad y a la indisolubilidad del matrimonio. También se ha valorado el mutuo auxilio de los cónyuges. Veremos de inmediato como están recogidos en la normativa de nuestro Código de Familia.

2.1- Derechos y deberes de los cónyuges entre si sobre la base de la igualdad.

Los derechos y deberes conyugales, como hemos expresado antes se relacionan con el Código de Familia en los artículos 24 al 28. En los mismos, implícitamente se recogen, los contemplados en la locución latina que reprodujimos (jura sacerrima lecti) con excepción de la indisolubilidad del matrimonio; si bien nos distanciamos hondamente de los enunciados y del sentido del precedente legislativo contenido en el derogado Código Civil español.

En un comentario general del contenido de estos postulados ético-jurídicos en el texto legal, los hemos intentado agrupar en cuatro grandes principios, a saber:

1. La absoluta igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges sobre la base de la convivencia, lealtad, consideración, respeto y ayuda mutua.
2. La coparticipación de ambos cónyuges en las tareas domésticas, la educación, formación y guía de los hijos y el gobierno del hogar.
3. La satisfacción de las necesidades de la familia según sus facultades y capacidad económica.
4. El ejercer derechos individuales y de superación personal, sin descuidar el cumplimiento de las obligaciones conyugales.

Todos estos derechos y deberes deben subsistir íntegramente mientras no se extinga legalmente el matrimonio y deben exigirse aún cuando por motivos justificados no mantuvieren un hogar común.

Hemos afirmado antes que el Código de Familia en esta materia se adscribió al llamado sistema de codirección matrimonial, de absoluta igualación jurídica entre ambos cónyuges.

Sobre este "fundamento ético y jurídico de la igualdad (es que) se exige el conjunto armónico de deberes y derechos de los cónyuges que da su nuevo sentido a esta institución... el nuevo y revolucionario sentido del matrimonio"(30) que dimana de las normas que integran las relaciones conyugales expresadas en un lenguaje diferente y renovador que rompe con la dogmática heredada del viejo Código Civil español de finales del siglo XIX y aún del lenguaje utilizado en la Ley No. 9 de 20 de diciembre de 1950.

De forma, que se ha ratificado en nuestro Derecho familiar, que el marido no ejerce la autoridad dentro del matrimonio, ni la mujer le debe obediencia, ni otorga él su venia para la realización de actos propios de la vida civil de su mujer ni es el representante ni el apoderado de ella.

Prima la igualdad jurídica, son iguales los cónyuges en derechos y deberes y así lo ha refrendado la Constitución de la República en sus artículos 36 y 44:

"El matrimonio... descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de

los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, de modo que éste resulte compatible con el desarrollo de las actividades sociales de ambos".

"La mujer y el hombre gozan de iguales derechos en lo económico, político, cultural, social y familiar".

Se puede entonces afirmar parafraseando a un autor(31) que "uno de los principales aciertos del Código en el terreno de las relaciones conyugales fue la igualación jurídica de los cónyuges establecida en el artículo 1 del Código y reforzada poco después en el texto de la nueva Constitución de la República". Esto sólo ha podido alcanzarse por haberse "logrado desarrollar en el país estructuras e infraestructuras que comenzaron a hacer no solamente posible sino real la promoción de las mujeres y su incorporación eficaz a la cultura y al trabajo social, única forma de que por sí mismas, sin dependencias neodiscriminatorias, lograran su igualdad jurídica real con los hombres".

2.2- Comentarios a cada uno de los postulados jurídicos-morales enunciados en la preceptiva del Código de Familia.

2.2.1- Igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges (artículo 24 del Código de Familia).

El matrimonio se constituye sobre la base de esa igualdad, igualdad a la que nos hemos venido refiriendo y la expresión no puede se más tajante y onnicomprensiva en el plano jurídico.

Sin embargo, más allá del sistema jurídico normativo tal vez la absoluta igualdad es todavía un ideal no logrado en la vida cotidiana de las familias cubanas.

Los investigadores de la familia nos informaban al respecto:

... "las mujeres constituyen en Cuba un factor dinamizador de las relaciones familiares a tener en cuenta. Sin embargo, la influencia en la subjetividad de hombres y mujeres de las relaciones patriarcales imperantes en nuestra sociedad, obstaculizan aún de manera importante el desempeño equitativo de las féminas. Sigue vigente un sistema de valores y de relaciones sociales construidos desde una óptica androcéntrica(32)".

... "no obstante, en la vida cotidiana se generan múltiples contradicciones ya que no han cambiado suficientemente las normas y valores que se asocian al comportamiento de los hombres y las mujeres. Los roles femeninos y masculinos siguen estando pautados y transmitidos desde una educación sexista desarrollada principalmente a través de expectativas de roles segregados según el sexo y que se transmiten fundamentalmente en la familia".

..."por otra parte, la mujer no estaba preparada para este cambio tan brusco e importante en su vida. Por tal motivo, no tuvo conciencia de la expansión de sus actividades, metas y propósitos, y le fue muy difícil, y en algunos casos imposible, la delegación de tareas domésticas. Esto sin obviar la falta de preparación del hombre y los hijos al respecto, que como norma participan poco en tales quehaceres. O sea, que la mujer adquirió nuevas responsabilidades sin prescindir o compartir otras que ya realizaba. Entre

tanto, la situación de los hombres tiene otros matices. Es reconocido el hecho de que la posición privilegiada del hombre en la familia se ha visto afectada por las transformaciones de la mujer..."

... "por otra parte, la movilidad ascendente y los logros alcanzados por la mujer contrasta en ocasiones con un comportamiento irresponsable del hombre, caracterizado por la tendencia a desprenderse de sus obligaciones y deberes como esposo y padre".

..."todo lo analizado ha influido grandemente en la convivencia familiar, en la satisfacción que tienen los miembros de la familia sobre la ejecución de sus roles y muy especial en el pleno desarrollo y real liberación de la mujer, evidenciándose por ejemplo en ella, los menores índices del empleo del tiempo libre en actividades de recreación y de disfrute personal y familiar"(33).

De modo que a pesar de la expresión irreprochable de igualdad en el plano jurídico y de los logros alcanzados por la mujer en la sociedad, las investigaciones realizadas demuestran que en la esfera familiar "es la mujer la principal responsable de la realización de las tareas domésticas y también de las actividades y relaciones correspondientes a la formación de los hijos. Es decir, se mantiene la tradicional división por sexo del trabajo doméstico, recayendo el peso principal sobre las mujeres sean o no trabajadoras"(34).

Ello no obsta para reconocer que la esposa ahora no ocupa un lugar sumiso y obediente (tal vez en Cuba no lo ocupó nunca del todo) sino altamente protagónico y de creciente prestigio y que también ejerce de manera creciente la codirección de la sociedad familiar, a veces asumiendo completamente su jefatura*.

Artículo 25:

Los cónyuges deben vivir juntos, guardarse la lealtad, la consideración y el respeto debidos y ayudarse mutuamente.

Los derechos y deberes que este Código establece para los cónyuges subsistirán íntegramente mientras no se extinga legalmente el matrimonio, aunque por motivo justificado no mantuvieran un hogar común.

Comentaremos por separado cada uno de estos derechos – deberes enunciados en la preceptiva.

2.2.2- Los cónyuges deben vivir juntos.

El deber de convivencia parece el efecto más natural de quienes se desposan. Se decía en Las Partidas: El matrimonio es "ayuntamiento de marido e de mujer fecho de tal entención de vivir siempre en uno, es de non se departir... viviendo ambos a dos" (Ley 1, Título II, Part. 4ta.).

* "Si a lo largo del tiempo analizamos comparativamente, se observa que ha habido un crecimiento progresivo del número de hogares dirigidos por mujeres y, por tanto, una disminución de la cantidad de hogares dirigidos por hombres. De esta forma, en 1981, el 28% de los hogares cubanos reconoció a una mujer como persona principal y para 1995 esta proporción se elevó a 36 (cifra que duplicaba la que había en 1970)". María Elena BENÍTEZ, "Panorama sociodemográfico de la familia cubana", Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1999, p. 68.

La preceptiva cubana plantea singulares omisiones e innovaciones en las que debemos detenernos:

Nada se expresa, aunque se infiera, dado el principio de igualdad jurídica en el matrimonio, que el domicilio conyugal debe fijarse por mutuo acuerdo. Tampoco se establece que debe presumirse, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos. Y la propia norma deja el resquicio para la existencia de un matrimonio sin convivencia en el mismo hogar. El hecho de que subsistan íntegramente los derechos y deberes mientras no se extinga el matrimonio, aunque por motivo justificado no se mantuviere un hogar común debe interpretarse ciertamente como que en tal situación se cumplen los "demás"derechos y deberes, porque es obvio, que separados los cónyuges en domicilios diferentes ya se ha incumplido el deber de vivir juntos, aunque sea por motivos justificados.

Concuerdo con los tratadistas cubanos sobre el tema (35) cuando se aclara que la palabra domicilio debe tomarse aquí en su sentido de casa o habitación, así como que la obligación de convivir no debe entenderse como "domiciliarse" (valor técnico que tiene el domicilio) sino en el sentido de "hogar" de "lugar donde se vive", "se habita"... aunque se trate de un domicilio ajeno (el de los padres o parientes, por ejemplo).

Asimismo se nos alerta (36) que el legislador habla de "hogar" y no de "domicilio" conyugal, refiriéndose al domicilio real del matrimonio, al lugar escogido por los cónyuges para hacer vida en común.

En la doctrina canónica se entiende por hogar no un locus, sino el núcleo de vida privada que esta doctrina ha tipificado, en el derecho a los alimentos, y en la cohabitación (con unidad de mesa, lecho y habitación).

El deber de vivir juntos en el domicilio conyugal no se impone imperativamente, quiere decir que los esposos pueden pactar el vivir en hogares distintos pues no hay sanción legal que obligue a los cónyuges a vivir juntos si no quieren. Se trata, "de que a uno y a otro esposo se le permite exigir la vida en común, pero no se les obliga a ella contra la voluntad de los dos"(37).

Tal facultad de los cónyuges se aprecia con más fuerza en nuestra legislación que, como dijimos antes, sí expresamente alude a la posibilidad de que no se mantuviere un hogar común por motivos justificados, situación que por demás no enervaría, como hemos visto, el cumplimiento de los demás derechos y deberes recíprocos mientras subsista el matrimonio.

<u>¿Por qué el legislador estableció expresamente esta prevención?</u>

El reconocido comentarista del Código de Familia VARONA Y DUQUE ESTRADA, en la década de los ochenta(38) estimaba que los motivos justificados para no mantener los cónyuges un hogar común debían buscarse en "la realidad del proceso social cubano... dadas las antes apuntadas características de los matrimonios en esta etapa (se refiere fundamentalmente a matrimonios jóvenes), las separaciones para completar la formación de alguno de los cónyuges, los trabajos de choque y las misiones internacionalistas que cumple la juventud cubana".

Personalmente pienso que el legislador se basó más en razones materiales, de reales posibilidades habitacionales que en las subjetivas de los cónyuges de no desear vivir juntos o estar limitados objetivamente por razones de deberes patrióticos o sociales, coyunturales. Y ello, dada la situación de escasez de vivienda que pese a los esfuerzos del Estado ha afrontado la familia cubana, sobre todo en zonas urbanas, que ha

obligado a las jóvenes parejas (para poder vivir juntas) a convivir con los padres u otros parientes, lo que a veces resulta imposible y sí posible, pudiera en su caso resultar inconveniente para ellos y su proyecto matrimonial*.

-El débito carnal o conyugal.

El deber de convivencia o deber de cohabitación tiene otra arista que no la recoge expresamente el Código de Familia cubano ni ningún Código Civil o de Familia moderno, ni tampoco en general los del siglo XIX y es el deber recíproco de prestarse el débito carnal o conyugal (débito, de deuda, deber), sin embargo contemplado en el Derecho Histórico español. Y no se regula expresamente porque resultaría improcedente ya que está insito en la comunidad de techo y de lecho como principal manifestación de la vida en común para los cónyuges, que al decir de PUIG PEÑA en su obra citada "ya se sabe cuál es".

El débito carnal o conyugal, esencia íntima del matrimonio que se materializa en la cópula carnal, es un deber comprendido dentro del amor conyugal al que ya nos referimos, con una tradición avalada y enaltecida por el Derecho Canónico.

Podemos definirlo como "la parte del amor conyugal que se expresa con la unión génito-sexual que es exclusiva del matrimonio"(39). Terrenalmente, no es más que el deber de satisfacer sexualmente un cónyuge a otro y por supuesto el derecho de reclamar uno del otro esta satisfacción.

En el Derecho Canónico, como sabemos, el débito carnal que no admite desviación ni infidelidad está ordenado a la generación y educación de la prole. En otras palabras, la procreación ha sido considerada fundamentalmente como el fin primario del matrimonio cristiano (si bien atenuada en la legislación canónica vigente, la tradicional subordinación a los fines) es lo cierto, que el ejercicio de este acto conyugal (el débito) tan sólo se permitía si y en tanto en él se verificaba y observaba la subordinación esencial al fin primario del matrimonio.

Hoy por hoy se encuentra descrita la ordenación del matrimonio para el Derecho Canónico: el bien de los cónyuges que comprende el débito carnal dentro de la relación amorosa conyugal y la ayuda mutua y por otro lado, la generación y educación de la prole.

Lo cierto es que una cuestión previa pero estrechamente ligada al matrimonio y de la que se ocupó ampliamente la doctrina cristiana se refería a la propia licitud de la actividad sexual. Una primera justificación de la actividad sexual se encontraba en el matrimonio como remedio o efecto medicinal a la concupiscencia (se refiere a la debilidad de la naturaleza humana en el vehemente impulso natural que conduce al pecado de incontinencia, a la fornicación, al deseo inmoderado de los bienes terrenos y los goces sensuales) de manera que la actividad sexual es lícita sólo en el matrimonio y se ordena naturalmente a la procreación.

En este contexto no es de extrañar que para el Derecho Canónico la impossibilitas coeundi (impotencia ya orgánica, ya funcional para realizar el coito) constituya una

* Según la demógrafa María Elena BENÍTEZ, en "Panorama ... cit., pp. 105-106..." "los cambios en la composición familiar no han seguido exactamente el modelo de sustitución de la familia extendida por la familia nuclear o conyugal observado en otros países... las limitaciones en relación con la disponibilidad de viviendas, para el caso cubano, se convierten en el principal freno para la formación de nuevos hogares, tras la formación de una nueva familia...".

incapacidad para contraer matrimonio, también por la dimensión que alcanza en este Derecho, la consumación del matrimonio*.

He llegado hasta aquí para expresar estas reflexiones:

El débito conyugal (la actividad sexual como deber y derecho recíproco de los cónyuges tiene como sustento un sistema matrimonial que exija la capacidad física para la cópula carnal en los contrayentes... Ergo... cuando ese requisito de capacidad matrimonial no es exigido jurídicamente como entre nosotros, tampoco cabe hablar de débito conyugal puesto que entre los fines del matrimonio cubano (matrimonio que puede darse entre personas castradas, o imposibilitadas para realizar el coito por defectos orgánicos o funcionales o simplemente por senectud) no esta categóricamente valorada la procreación, pero tampoco la unión génito sexual. En otras palabras no es exigible el débito conyugal jurídicamente.

No se crea que estamos refiriéndonos al hablar de deuda interconyugal a pura historia pasada o concepción canónica obsoleta. Este deber, difícil o casi imposible de exigir jurídicamente por pertenecer a la esfera más íntima del matrimonio, donde la norma jurídica no puede inmiscuirse, si ha sido utilizado para contrarrestar dentro de la problemática de la violencia de género, la violencia infligida contra la esposa. Así el Tribunal Supremo de España en Sentencia de 16 de abril de 1927, estimó que la negativa de la mujer a tener contacto carnal con su marido, no obstante hacer vida en común con él, era causa atenuante en el parricidio del marido verificado contra la mujer, entendiendo que la negativa puede ser elemento integrante en el marido de arrebato y obsesión y más recientemente se ha considerado por algunos teóricos latinoamericanos que la cópula carnal violenta impuesta por un cónyuge a otro, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es integradora del delito de violación, sino si acaso, del ejercicio indebido de un derecho.

La doctrina del Derecho de Familia comparado sobre este tema parece orientada a considerar que sólo termina para la esposa el deber de prestar el débito conyugal cuando el marido quiera usar prácticas contra natura o pretenda el coito en estado manifiesto de embriaguez o en desdoro respecto a ella.

Realmente sobre el débito conyugal podríamos hacer más consideraciones, partiendo de la situación de la mujer y los prejuicios que se han consagrado sobre como ella debe aceptar el sexo.

### 2.2.3- Guardarse lealtad.

Lealtad puede ser sinónimo de fidelidad, pero el Código de Familia prefirió ese término y no acoger el del legado histórico.

¿Cómo se conceptualiza la lealtad?

Para arribar a un criterio es necesario que hagamos un poco de historia:

- El adulterio.

Era desleal, infiel, el cónyuge que yacía con persona distinta de su esposo o esposa, tal y como quedaba tipificada la infidelidad cuando se configuraba en el delito de adulterio

* Exhorto a los alumnos a refrescar conocimientos acerca de la concepción religiosa católica del matrimonio como sacramento (Módulo 1, pp. 48-49) y acerca de la supresión en nuestra legislación de la impotencia física, absoluta o relativa como requisito de capacidad en los contrayentes cubanos (Módulo 2, Primera parte, pp. 6 y 7).

(alterius et thorum, que significa lecho de otro) según lo establecido en el Código Penal español, hecho extensivo a Cuba en 1879. Allí se definía el adulterio como el delito que comete la mujer casada que yace con un varón que no es su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio. El Código no definía el adulterio del marido, pero lo castigaba si este tenía manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo público. Así en realidad el marido no cometía adulterio sino amancebamiento.

"Pero las penas eran diferentes, el adulterio de la mujer era castigado con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo, el del marido, que se integraba con el aditamento del escándalo, merecía la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

El amante que yacía con la mujer casada y ésta, si eran sorprendidos por el marido, se consideraba normal que los matara ipso facto, o les causara lesiones graves; en tal caso, el marido sería castigado con la pena de destierro. Si sólo los golpeaba (les causaba lesiones de otra clase) no era castigado, estaba exento de sanción. Mas por el contrario, la manceba que yacía con el marido se suponía que no debía recibir la muerte, ni una golpiza grave o de otra clase por parte de la esposa ofendida. Tal supuesto no lo contemplaba la ley, a la manceba se le castigaba con el destierro"(40)*.

El adulterio se despenalizó entre nosotros por Ley de 6 de Febrero de 1930, la que derogó los artículos del Código Penal referentes al delito de adulterio de la mujer y amancebamiento del marido, quedando sólo como causal de divorcio, enunciada la causal como adulterio a secas, sin distingos por razón del sexo, diferencia estigmatizante que había acompañado al adulterio femenino desde tiempos inmemoriales (mencionado ya en el Evangelio de San Mateo) por aquello que tan bien se sentenciaba en las Partidas†: "Si la adúltera tuvo un hijo, este resultará heredero del hombre que no es su padre, lo cual no sucede con el adulterio del hombre".

Eliminada la infidelidad como un delito, el de adulterio (ilícito penal) y mantenida como causal de divorcio (ilícito civil), no debió utilizarse más esa denominación (adulterio) para referirse al incumplimiento del deber de fidelidad, sino simplemente la causal de divorcio debió ser: incumplimiento del deber de fidelidad; tratamiento que sin embargo no siguió el Decreto-Ley 206 sobre divorcio vincular de 10 de mayo de 1934, que continuó llamando a la causal, adulterio, tal vez porque para este texto legal, la infidelidad conyugal se integraba sólo con el adulterio según su definición penal.

El profesor GUERRA LÓPEZ (41) desde las aulas de la Facultad de Derecho, hace medio siglo razonaba lo siguiente:

> "Considerado por la Ley del 18, el matrimonio un contrato que entre las obligaciones que engendra para los contrayentes tiene el de fidelidad, la infidelidad es el incumplimiento de las obligaciones de un contrato y el incumplimiento de un contrato civil, es una prohibición civil que no cae

---

* Si la esposa engañada con un "concepto absurdo del honor" daba muerte al esposo o a la manceba, "ahí estaban el garrote o el presidio" para toda la vida.
Ver en Anexos el manifiesto sobre "La situación jurídica de la mujer cubana en 1928".

† La Séptima Partida contiene la legislación penal explanada en treinta y cuatro títulos, en ella se regula el adulterio, más bien el de la esposa que era el que merecía pena por introducir al matrimonio la turbatio sanguinis.
Sin embargo, el Derecho Canónico siguió siempre el sistema igualitario: cometía tanto adulterio el hombre como la mujer.

dentro de la esfera de lo penal. Consecuencia, que desapareció el adulterio como delito dentro del Código Penal"...

"En las obligaciones recíprocas se puede pedir la resolución del contrato si una de las partes no cumple. Si usted mujer o usted hombre incumple el contrato, yo pido su resolución..

¡Que grosera la consideración de la ley!, pero esa es la ley, considerando al matrimonio un contrato, el que incumple, el otro puede pedir mediante el divorcio la extinción del matrimonio"

Ya sabemos que el adulterio como delito estaba bien definido: Consistía en yacer uno de los cónyuges con persona diversa de su consorte (del mismo sexo que éste) voluntariamente y a sabiendas... Luego... el "adulterio psíquico", "por correspondencia", los contactos sexuales sin cópula, los 'flirts" sin intimidades y por definición los contactos homosexuales, la zoofilia (crimen bestialitatis) o el ayuntamiento carnal por error, o violencia o bajo estado de enajenación mental no integraban el delito de adulterio.

Todavía más requerimientos aporta el Derecho Canónico que ha considerado al adulterio como causa de separación perpetua, pero para ello se requiere que sea verdadero, consumado, cierto y no sólo material sino también formal. Para que sea causa de separación perpetua, también tal adulterio no ha debido ser consentido, provocado, condonado o compensado por el otro cónyuge*.

¿Consiste entonces la lealtad conyugal solamente en no tener contacto carnal con persona distinta del cónyuge?

No lo creo así y me afilio al criterio seguido por distinguidos autores que consideran que la fidelidad "abarca toda la relación amorosa conyugal"(42) "alcanza también a prohibir cualesquiera actos que la conciencia social repute como infidelidad conyugal, lo mismo sean en personas de distinto sexo, que actos de homosexualidad, bestialidad, etc., e igual supongan que no, realización completa de cópula o ayuntamiento sexual... Ni siquiera es preciso civilmente el adulterio para que haya infidelidad conyugal"(43).

La deslealtad, en suma, es una expresión del desamor por lo que de engaño, traición, cobardía e hipocresía conlleva ser desleal... no se es desleal con quién se ama, conducta de fidelidad que debe subsistir íntegramente mientras no se extinga legalmente el matrimonio, aún en situaciones de prueba como es la de no vivir juntos, lo que evidencia que la lealtad es un deber inherente al matrimonio mismo... Y en tiempos de SIDA, además, por el riesgo a que se somete al cónyuge de transmitirle el VIH (Virus de inmunodeficiencia humana) si se mantiene una conducta extramatrimonial promiscua o no protegida.

De todas formas, como dijimos en su oportunidad, no hay manera de exigir el cumplimiento de este deber, depende de la conciencia y del sentido de responsabilidad y de respeto de cada cónyuge. Su incumplimiento sólo produce, desarmonía, decepción, frustración de un proyecto, todo lo cual conduce finalmente a la extinción del matrimonio, del que se considera en todas las leyes de divorcio con causales, su causal primera.

* Canon 1152 – Código de Derecho Canónico vigente.

2.2.4- Guardarse la consideración y el respeto debidos.

En cierta forma hay una sinonimia entre consideración y respeto, pues consideración quiere decir estimación, respeto, tomar en cuenta; pero el Código coloca ambos derechos y deberes por separado.

- Guardarse consideración

El deber de consideración no es una novedad introducida por el Código de Familia pues tiene antecedentes histórico de la Ley No. 9 de 20 de Diciembre de 1950, con ninguna secuela doctrinal, por lo que arriesgaremos al respecto comentarios propios.

¿Qué es para el cubano ser considerado?

Debemos contestar la pregunta tratando de no introducirnos en el ámbito conceptual del respeto y de la ayuda mutua, que son derechos y deberes independientes del de consideración según la preceptiva del Código de Familia.

Ser considerado es sobre todo, valorar el esfuerzo, la entrega, la lealtad, el sacrificio, la renuncia, la bondad, el dolor o el cansancio del otro. Relación que no agota, por cierto, las posibilidades fácticas. Implica, sin dudas, respeto por el ejercicio de los derechos inherentes a la personalidad del otro, derecho a la identidad que no puede ser invadido en perjuicio de su estabilidad emocional. Pondremos por ejemplo, que un esposo no es considerado con su esposa, si ella, trabajadora como él, asume sola (en una doble jornada) los quehaceres domésticos y el cuidado de los hijos y él no participa en ellos. O él no le permite a la esposa continuar su superación o le pone obstáculos para el desempeño de determinado trabajo o funciones sociales de ella. Los ejemplos de desconsideración podrían ser infinitos y el marido también podría ser víctima de ellos. Tienen, como expresé antes, indudablemente un sustrato de irrespeto. Por ello, por mucho que queramos distinguirlo del derecho – deber, respeto se solapa con él, de manera que nos referiremos de inmediato a éste.

- Guardarse respeto – su incumplimiento: Las injurias.

El derecho y deber conyugal a ser respetado dentro del matrimonio se engarza, como en general, todos los deberes y derechos recíprocos conyugales, con las causales de divorcio establecidas en numerus clausus del pasado; divorcio a que en definitiva daba lugar la violación o incumplimiento de los mismos.

En el caso de la violación del deber de respeto nos remitía a las causales de injuria*, de palabra, (debían ser graves) y de obra, que aducían, la primera, a toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, un ataque a su honor (las injurias, los agravios al honor, pueden ser verbales, si se exterioriza por la palabra hablada o escrita, o reales si se manifiesta por hechos que en sí mismos son injuriosos")(44) y la segunda, a los malos tratamientos de obra que se relacionaban con los ataques a la integridad corporal, a la salud y a las atenciones de orden material que eran debidas al cónyuge. "La injuria de obra comprende las torturas físicas, la servicia† y cualquier herida o golpe producido en uno de los

* Injuria: "En sentido lato se llama injuria a todo lo que es contra razón y justicia (quod non jure fit), pero en sentido más propio y especial no se entiende por injuria sino lo que uno dice, hace o escribe, con intención de deshonrar, afrentar, envilecer, desacreditar, hacer odiosa, despreciable o sospechosa, o mofar o poner en ridículo a otra persona". Joaquín ESCRICHE, "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", p.871.
Las injurias de palabra deben contener el animus injuriandi considerado su elemento subjetivo.
† La servicia, en su acepción gramatical, "equivale a crueldad excesiva", en la acepción jurídica, se reduce a un trato meramente cruel, sin necesidad que la crueldad sea excesiva.

cónyuges por el otro con la intención de producirle algún daño material a su persona física, así como cualquier acto que tienda a menospreciar, denigrar o producir algún daño moral en el agraviado"(45).

Es válido que retomemos esas expresiones de irrespeto que como apreciamos además (injurias de palabra y de obra) en ellas, hoy reconocemos el ámbito de la llamada "violencia de género" lo que no obsta para que pueda ser victima de la misma, también el esposo.

Si entre nosotros llega a constituir un delito recibirá el cónyuge ofensor la sanción prevista en el Código Penal vigente* que implicaría además por el hecho de ser cónyuge una circunstancia agravante, si se tratara de delitos contra la vida y la integridad corporal y contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud.

Pero éstas serían situaciones extremas, correspondientes a la esfera del Derecho Penal. En el campo del Derecho de Familia y especialmente del Derecho de Familia cubano de hoy, como afirmé antes, consideramos válida la remisión a las injurias en materia de divorcio del pasado, como expresiones del incumplimiento de ese derecho- deber; si bien nuestro actual sistema de divorcio (que estudiaremos en su oportunidad) ha eliminado la relación de causales preestablecidas, por lo que no tenemos que circunscribirnos sólo a las injurias graves de palabra y de obra, que no agotan (aunque en ese sentido la jurisprudencia y los estudios teóricos del pasado son muy ricos) todas las manifestaciones de la falta de respeto dentro del matrimonio que alude (lato sensus) a la agresión verbal, física o moral, que un cónyuge comete contra otro, denigrando la esfera más íntima de su personalidad.

Por último, recordemos que el Código nos previene acerca de que la prestación de los derechos-deberes, de lealtad, consideración y respeto deben ser debidos, no sólo porque son deberes sino porque se espera que sean los apropiados, los esperados por ambos cónyuges y los que reclama la institución del matrimonio que merece todo el enaltecimiento y la atención del Estado (Honor Matrimonii)

2.2.5- Ayudarse mutuamente.

Es elocuente la recomendación que en Las Partidas† se hace a los cónyuges acerca de lo que podría esperarles y cómo debían comportarse si de pronto cambia la situación de felicidad conyugal y aparecen las enfermedades, la pobreza, las contingencias desgraciadas (que expreso en el idioma castellano de hoy y versión propia):

> "Si alguno de los cónyuges cegase o se quedare sordo o contrahecho, o perdiese sus miembros por dolores, aunque se infectara con lepra, no debe uno desamparar al otro... antes, deben vivir ambos en uno y servir el sano al otro y proveerle de cosas que necesitare".

La filosofía de estas palabras sustenta el fundamento de la ayuda mutua, el deber de socorro, mutuo auxilio o recíproca asistencia, denominaciones todas con distintos alcances que recibe este derecho-deber en el Derecho de Familia comparado.

---

* Según modificaciones introducidas por la Ley 87 de 15 de Febrero de 1999, artículo 35 inciso j) al Código Penal vigente, Ley No. 62 de diciembre de 1987.

† Partida IV, Tit 2º., Ley VII.

La ayuda mutua, no obstante, no debe concretarse sólo a los momentos o situaciones difíciles, por el contrario, se expresa en una dimensión inter-personal más amplia y comprende muchos aspectos: afectivos, de apoyo, de consejo, de asistencia en la vida cotidiana de la pareja, de auxilio espiritual.

Visto con esa óptica, este derecho-deber difícilmente pueda imponerse imperativamente, no hay modo de que su incumplimiento pueda ser sancionado, sí sólo indirectamente a través del divorcio, pues no entra este deber así expresado en el terreno de la punibilidad y como todos en general los derechos y deberes conjugables recíprocos, como dijimos en su momento, pertenecen al terreno de la moral, aunque se enuncien como deberes jurídicos.

- Asistencia y socorro.

Por otro lado, en la doctrina del Derecho de Familia, desde antiguo se hace un distingo entre ayuda, valorada también como asistencia y socorro, considerando a la ayuda o asistencia tal como la hemos visto antes, como deber de cuidar al cónyuge enfermo, como asesoramiento, apoyo y consejo y el deber de socorro como auxilio económico, especialmente como deber de dar alimentos*.

El deber de dar alimentos, aunque surgido del matrimonio mismo se inscribe en la más amplia doctrina de los alimentos entre parientes y tiene la especial característica en este caso de que a pesar de no ser los cónyuges parientes entre sí se deben recíprocamente alimentos. En verdad, el derecho de un cónyuge a recibir alimentos tiene la contrapartida de la obligación (no un deber) del otro a darlos y es entonces el único de los deberes jurídicos conyugales que deviene en obligación propiamente dicha, con su consecuente tutela penológica.

Si nos atuviéramos a esta distinción de los teóricos del Derecho de Familia, en nuestro deber de ayuda mutua, no cabría la vertiente relacionada con la deuda alimenticia entre cónyuges, lo que no creo fuera la intención del legislador, pues el propio Código recoge la obligación alimentaria entre cónyuges, incluso entre ex-cónyuges, pues cabe post-divorcio en determinadas circunstancias (que ya estudiaremos en su momento). Amén de que el reconocido profesor ALBALADEJO(46) afirma algo con lo que estamos de acuerdo y es que "el deber de socorro o ayuda es uno mismo y único expresado con dos palabras diferentes, y que su significado es el de que cada esposo debe prestar al otro el sostén que aquél pueda y éste precise, en todo lo que económico, corporal o espiritual, dentro de la ley, las buenas costumbres y la moral, demande la comunidad de vida que el matrimonio instauró entre los dos casados".

Lo que no cabe dudas, es que este deber en su noción de ayuda tal como la hemos conceptualizado, es un deber propiamente dicho y en su significado implícito de socorro (según la doctrina) una obligación, que como informamos antes, tiene tutela o protección penal si es gravemente incumplido y resulta en la única verdadera obligación jurídica que existe entre los cónyuges.

Quisiera detenerme en unas reflexiones de presente acerca del sensible ámbito de la ayuda o asistencia al cónyuge en desgracia, al que enfermó, al que sufrió un accidente y quedó ciego, inválido, o al decir de Las Partidas "contrahecho".

Se hace referencia por un autor cubano(47) a una sentencia de la Corte de Casación en Francia, a principios del siglo XX, que llegó al extremo de declarar que las violencias

* Adelanto a los alumnos que aún no han estudiado la materia que Alimentos en su acepción jurídica no es sólo comida, sino todo lo necesario para satisfacer las necesidades de la vida.

que un marido neurasténico hacía sufrir a su mujer, debían ser soportadas por ésta en virtud de su deber de asistencia.

A su vez, el Derecho Matrimonial Canónico vigente recomienda encarecidamente al cónyuge engañado que por caridad cristiana y teniendo presente el bien de la familia, no niegue el perdón al cónyuge adúltero, ni interrumpa la vida matrimonial, no obstante constituir el adulterio para ese Derecho, causa de separación perpetua.

Relaciono ambas situaciones para formular esta pregunta: ¿Prevalecería el deber de ayuda en todo caso, aún para asistir al esposo o esposa que contrajo el SIDA en una relación extra-conyugal?

A la sensibilidad humana y el sentido de justicia de los alumnos dejo la respuesta.

3- Un alto para obligada información.

Antes de continuar los comentarios a la preceptiva del Código debo detenerme para precisar datos históricos:

Podríamos afirmar que hasta aquí, no obstante las indudables innovaciones revolucionarias del Código en esta materia, este texto legal se mantuvo dentro de la influencia doctrinal del Derecho Civil romano-francés que ha sido nuestro antecedente histórico-legislativo. A partir del artículo 26, que a continuación comentaremos y hasta el 28 in fine, el Código rompe este tracto histórico-doctrinal y se acoge a los influjos de la legislación en materia de Familia de los países ex –socialistas de Europa del Este.

Este influjo, que no es por cierto un calco, se debió a la similitud de consecuencias que para la familia implicaba romper con las ataduras de la propiedad privada, sus efectos para los derechos de la mujer y sobre todo la consideración de la distinta posición del hombre en el matrimonio y la familia. Es indudable que los legisladores del Código, en los tres últimos artículos que comentaremos, fueron atraídos por algunos de los enunciados de la preceptiva de esta legislación, especialmente del Código de Familia y de Tutela de la ex– República Popular de Polonia (de 25 de Febrero de 1964) pero supo el legislador inspirarse en los enunciados que se atemperaban a la herencia jurídica y cultural, a la idiosincrasia de nuestro pueblo.

Era común (con excepciones) que en los Códigos de Familia de los países de la ex – comunidad socialista de Europa se mezclaran en los efectos personales del matrimonio los efectos económicos o patrimoniales; extensión de los efectos del matrimonio que no seguían los Códigos que como el español nuestro (ya derogado) derivaba del Código francés de 1804. En éstos se colocaba todo lo relativo a los regímenes económicos del matrimonio en el Libro que estaba referido a las obligaciones y a los contratos. Para algunos autores, éste era un error técnico en la clasificación de los efectos del matrimonio, por tener la organización de los bienes de los esposos y los de la sociedad de gananciales estrecha vinculación con el matrimonio, por lo que debía estudiarse los efectos económicos del matrimonio no al tratar las obligaciones y los contratos, sino al estudiar el matrimonio mismo.

Nuestro Código de Familia, ya desgajado del Código Civil, dentro del Capítulo de las Relaciones Conyugales distinguió propiamente los derechos y deberes entre cónyuges (efectos personales) del régimen económico del matrimonio (efectos patrimoniales) éstos últimos como efectos del matrimonio mismo.

Algunos de los Códigos de los países ex – socialistas, como he señalado incluían los

efectos patrimoniales dentro de los efectos personales. De igual forma en estos Códigos se hacía énfasis, en la decisión del apellido común que iba a portar el matrimonio una vez efectuado éste, regulando si sería el del marido o el de la mujer, o si bien conservarían los respectivos apellidos prenupciales. Sobre el particular, es obvio que tampoco se pronunciara nuestro Código de Familia, pues tal práctica es ajena a nuestra cultura y aún aquella que había sido conservada por la costumbre de utilizar la preposición "de" (de pertenencia) agregando al nombre y apellido de la mujer casada el apellido del esposo, precedida de esa partícula "de", como estudiamos antes, no es en lo absoluto costumbre en estos momentos, a pesar de los vaticinios en sentido contrario de un reconocido jurista del patio.

Otra novedad de esta legislación, que sí fue asumida por nuestros redactores del Código de Familia, fue la de incluir en los derechos-deberes conyugales, los derechos-deberes paterno-filiales (educación, formación, guía, cuidado de los hijos) extendiendo más allá los derechos-deberes del ámbito de la reciprocidad entre cónyuges y comprometiendo entonces a ambos en relación con la prole*.

En rigor, no dejan de ser derechos-deberes recíprocos, pues coopera un cónyuge con el otro en ese propósito pero se convierte en lo que ambos padres (no ya vistos como cónyuges) deben realizar y cumplir con respecto a los hijos comunes, adelantando el contenido del ejercicio de la patria potestad que se regula entre nosotros en el capítulo dedicado a las relaciones entre padres e hijos.

Con ello, este enfoque de los efectos del matrimonio introduciendo las obligaciones sobre los hijos, se inscribe de alguna manera en la dogmática del Derecho Canónico que ha considerado a la prole (la procreación y la educación de la prole) como el primer y principal fin del matrimonio, como un bien del matrimonio (proles o spes prolis)†.

El Canon 1136 del vigente Código de Derecho Canónico(48) dentro de los efectos del matrimonio dispone:

> "Los padres tienen la obligación gravísima y el derecho primario de cuidar en la medida de sus fuerzas, de la educación de la prole, tanto física, social y cultural como moral y religiosa".

Resulta además difícil comentar estos artículos (del 26 al 28 del Código de Familia), pues como acota GÓMEZ TRETO(49) estas disposiciones carecen de un tratamiento jurídico-normativo acucioso y expresivo, necesario "si no por su real efecto jurídico, al menos por el educativo que puede servir de base ampliada para serias campañas divulgativas y educacionales".

Y agregaría yo, también difíciles de comentar, porque carecen en general de doctrina asentada, ni la de nuestro Derecho Histórico que no las consideró así y por ende expresó de esta manera, ni la de nuestro Derecho positivo, fundamentalmente por el carácter más ético que jurídico de las mismas que obstan su acceso a la consideración de nuestros tribunales.

---

* No en el sentido que lo había hecho la Ley No. 9 de 20 de Diciembre de 1950 al reivindicar los derechos maternos al ejercicio conjunto de la patria potestad. (Ver los artículos 2 y 3 de dicha ley en Anexos).

† La doctrina canónica vigente (como expresé en otro momento) ha preferido obviar la referencia a los fines, en su lugar menciona la ordenación del matrimonio. Ésta está fundamentalmente dirigida al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole.

Con todo y estas observaciones coincido con el que fuera destacado jurista cubano acerca de que estos artículos "son de las novedades de nuestra legislación socialista que, a pesar de la parquedad de la preceptiva legal que las introdujo, han tenido mayor impacto liberador, antidiscriminatorio, sobre todo para la mujer y socialmente desarrollantes en nuestro medio".

Con estas disquisiciones previas, acometeremos el comentario de los artículos que restan referentes a las relaciones conyugales.

4- Artículo 26.

Ambos cónyuges están obligados a cuidar de la familia que han creado y a cooperar uno con el otro en la educación, formación y guía de los hijos conforme a los principios de la moral socialista.

Igualmente, en la medida de las capacidades o posibilidades de cada uno, deben participar en el gobierno del hogar y cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.

Como adelantamos antes, el contenido del cumplimiento de estas obligaciones con los hijos, lo veremos más detenidamente cuando estudiemos la regulación de las relaciones paterno-filiales, pero podríamos ahora valorar que en este enunciado se plantea alcanzar algo más ambicioso que educar, guiar a los hijos para prepararlos como ciudadanos instruidos sino que es el de "formarlos íntegramente para una vida de relación de nueva y superior calidad en el proceso creativo del socialismo"(50).

Ya adelantamos al comentar los principios y objetivos que inspiran al Código de Familia (Módulo 1, pp. 55-56) como uno de esos objetivos es precisamente "contribuir al más eficaz cumplimiento por los padres de sus obligaciones con respecto a la protección, formación moral y educación de los hijos, para que se desarrollen plenamente en todos los aspectos y como dignos ciudadanos de la sociedad socialista", pues lo importante y clave es la transmisión de los valores de la ética de la nueva sociedad, que se sustenta en principios opuestos al egoísmo, individualismo, insensibilidad de la sociedad capitalista.

El enunciado también hace referencia a la coparticipación en el gobierno del hogar, que es la expresión jurídica de que ratificamos habernos acogido al sistema de codirección matrimonial sustentado en la absoluta igualdad de los cónyuges, ya formalmente proclamada en la Constitución de 1940 y en su ley complementaria (Ley No. 9 de 20 de diciembre de 1950) dejando atrás el decadente sistema de la potestad marital. Y por último se enuncia la cooperación mutua en el mejor desenvolvimiento del hogar, que podría tener múltiples interpretaciones pero que podemos expresar tal vez en uno de sus sentidos, como de coparticipación en los roles domésticos, posiblemente el sentido que más afecta los rezagos del "machismo" cubano. Y es de notar (como veremos enfatizado en el próximo artículo que comentaremos) que no se trata de la "ayuda" del esposo a la esposa, sino de la mutua cooperación, de la coparticipación en la realización de las tareas domésticas.

Ya apreciamos en páginas anteriores como de los resultados investigativos de la realidad familiar cubana, se desprende que todavía los hombres como norma participan poco en tales quehaceres, pero es indudable que después de la promulgación del Código de Familia, al menos están conscientes de que con ello están incumpliendo un deber establecido.

5- Artículo 27

Los cónyuges están obligados a contribuir a la satisfacción de las necesidades de la familia que han creado con su matrimonio, cada uno, según sus facultades y capacidad económica. No obstante, si alguno de ellos sólo contribuye a esa subsistencia con su trabajo en el hogar y en el cuidado de los hijos, el otro cónyuge deberá contribuir por sí solo a la expresada subsistencia, sin perjuicio del deber de cooperar a dichos trabajos y cuidados.

Este artículo es particularmente relevante pues, "por primera vez en nuestra legislación, se reconoce el verdadero valor del trabajo de cada cónyuge y especialmente el de la mujer en la atención a las necesidades hogareñas...

El Código de Familia por primera vez en nuestra legislación valoriza ese trabajo personal a los efectos de apreciar la contribución que los cónyuges hacen al sostenimiento del hogar"(51).

Podríamos considerar que "contribuir a la satisfacción de las necesidades de la familia" puede expresarse efectivamente como "contribuir al sostenimiento del hogar" deber que antes recaía casi exclusivamente sobre el marido por razones socio-económicas fundamentalmente pero también jurídicas y culturales (que ya estudiamos antes en el epígrafe dedicado a la confrontación histórica y de Derecho comparado).

Este deber de sostenimiento pesa ahora sobre uno y otro cónyuge, según sus facultades y capacidad económica.

¿Qué cabe entender por sostenimiento del hogar?

La doctrina cubana valoró en su momento (52) comentando sobre las causales del divorcio, que el sostenimiento del hogar no sólo incluía cumplir con las necesidades de la casa, alimentos y vestidos, sino que comprendía además, lo necesario para la educación de los hijos comunes, gastos de enfermedad, etc.

De esta manera, ambos cónyuges en la medida de sus posibilidades y capacidades, deben cumplir con todo ello. Se supone que para satisfacer las necesidades de la familia se cuente con una entrada económica proveniente del trabajo u otras fuentes que lo permitan.

Lo interesante del enunciado lo apreciamos en lo adelante cuando se expresa que si esa contribución viniere de uno sólo de los consortes, el otro, que no aporta nada más que el trabajo en el hogar y en el cuidado de los hijos debe esperar cooperación hogareña y con la prole, del que contribuye sólo económicamente.

Aunque el Código no expresa el género por los estereotipos culturales ya vistos sabemos que es a la mujer a la que se le asigna el trabajo en el hogar y en el cuidado de los hijos.

- Valor del trabajo doméstico.

De esta suerte ese trabajo doméstico está considerado en este enunciado con tanto valor como el trabajo remunerado: "A veces se piensa y se le da gran importancia y valor al trabajo que un cónyuge hace fuera del hogar y que le permite, con la remuneración que recibe, sostener, enfrentar y contribuir a solventar los gastos de ese hogar. Pero no se le concede igual valor e importancia al trabajo que el otro cónyuge o ambos realizan materialmente en la atención del hogar"(53).

El descalificado trabajo doméstico* realizado durante milenios por la mujer ha contribuido no obstante a reponer la fuerza de trabajo de la familia, tarea aparentemente improductiva, que no arroja un resultado económicamente visible y que sin embargo tiene extraordinario valor económico a través de la reposición diaria de gran parte de la fuerza de trabajo de toda la clase trabajadora. Se considera que el trabajo doméstico que realizan las mujeres significa entre el 30 y el 40% del producto bruto mundial.

Este precepto valoriza por primera vez en la legislación cubana adecuadamente y con sentido económico el trabajo de atención a las necesidades del hogar. Trabajo que ENGELS denominaba, como anotamos antes, "esclavitud doméstica más o menos disimulada de la mujer"y que el entendía no podía realizarlo compartido con el trabajo social, pues según expresaba: "si la mujer cumple con sus deberes en el servicio privado de la familia, queda excluida del trabajo social y no puede ganar nada; y si quiere tomar parte en la industria pública y ganar por su cuenta es imposible que pueda cumplir con sus deberes de familia". No imaginó hasta dónde podía alcanzar el sacrificio de la mujer, cargando con "el doble turno" de trabajo; sacrificio del que la mujer cubana es exponente plena.

El precepto que comentamos, como se evidencia, necesita para su real cumplimiento del desarrollo ideológico de hombres y mujeres, más de los primeros, que han sido evidentemente los beneficiados a través de los siglos y así se proclamó en la "Tesis y Resolución sobre el pleno ejercicio de la igualdad de la mujer": Una batalla fundamental ha de llevarse a cabo en el terreno de la conciencia, porque allí aún subsisten las concepciones atrasadas que arrastramos del pasado".

Esperemos por demás que con el desarrollo socio-económico y científico-técnico que vaya alcanzando el país se logre ir facilitando y atenuando en el futuro para toda la familia el peso gravoso que representa todavía la realización del trabajo doméstico.

6- Artículo 28.

Ambos cónyuges tienen derecho a ejercer sus profesiones u oficios y están en el deber de prestarse recíprocamente cooperación y ayuda para ello, así como para emprender estudios o perfeccionar sus conocimientos, pero cuidarán en todo caso de organizar la vida en el hogar de modo que tales actividades se coordinen cn el cumplimiento de las obligaciones que este Código les impone.

Se entendió en su momento por VARONA Y DUQUE ESTRADA(54), que este precepto tenía como máxima o única beneficiaria a la mujer y por ello expresaba:

> "Ambos cónyuges tienen derecho a ejercer sus profesiones u oficios y están en el deber de prestarse cooperación y ayuda para ello, así como para emprender estudios o perfeccionar conocimientos, coordinando esta actividades con el cumplimiento de las obligaciones hogareñas y parentales.

O sea, con meridiana claridad, que nuestras jóvenes – a veces demasiado jóvenes desposadas – en tanto que el deber primordial de atención a los hijos compartido con el padre, se lo permita, tienen el derecho a completar o superar y perfeccionar su

* LENIN en su artículo "Una gran iniciativa", publicado en Moscú, en julio de 1919, describía el trabajo doméstico y su efecto en la mujer de la manera siguiente:
"La mujer sigue siendo esclava del hogar, a pesar de todas las leyes emancipadoras, porque vive agobiada, exprimida, embrutecida, humillada, por los pequeños quehaceres domésticos que la atan a la cocina y a los hijos, obligada a malgastar sus esfuerzos en faenas absurdamente improductivas, mezquinas, embotadoras, embrutecedoras y aplastantes".

preparación, a ejercer sus profesiones u oficios, y sus compañeros tienen la obligación de ayudarlas en el curso de este trayecto liberador de su secular estado de inferiorización social"

Con el mismo objetivo en cuanto al desarrollo integral de la mujer se pronuncia el documento "Sobre el pleno ejercicio de la igualdad de la mujer" (al que hemos hecho referencia en otras partes de este material docente) gestado en el año de haberse promulgado el Código de Familia:

> "La sociedad necesita el aporte de todos sus integrantes, ya sean hombres o mujeres, aporte imprescindible para vencer al subdesarrollo.
>
> La creación de las condiciones materiales necesarias que dependen del desarrollo económico, se alcanzarán más rápidamente en la medida en que un mayor número de mujeres sumen su aporte al proceso productivo".

Ahora, a varias décadas del comentario referido y de estos pronunciamientos ha dado un vuelco impresionante la situación de la mujer. Baste señalar que las mujeres son el 66.6 % de todos los técnicos y profesionales del nivel medio y superior del país, el 72 % de la fuerza laboral en el sector educacional, el 67 % en el sector de la salud, 43 % en el científico y 21 % en la industria azucarera. Ha aumentado el número de mujeres que ocupan cargos de dirección a todos los niveles. Si en 1994 eran el 28.8 % hoy representan el 31.1 %. Ello demuestra la inserción cada vez más creciente de la mujer en la vida política del país y en los puestos de decisión. Las mujeres constituyen el 27.6 % de los Diputados al Parlamento. En el sector jurídico las mujeres fiscales constituyen el 61 %, juezas profesionales el 49 % y juezas del Tribunal Supremo Popular el 47 %. Las mujeres representan el 50 % de la población cubana, con una esperanza de vida superior a la de los hombres, en 4.6 años, conformando en la educación superior en los años 97-98 el 58 % del total de cada rama de las Ciencias.

Todos estos datos, extraídos del Cuarto Informe periódico de la República de Cuba, (septiembre de 1999) ante el Comité para la "Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer"* nos están mostrando de manera irrebatible que la mujer cubana no es la misma de 1975 cuando el legislador del Código redactó este artículo 28.

El comentario ahora debe partir de colocar (como se expresa en el precepto) en un mismo rasero los derechos del hombre y la mujer a ejercer sus profesiones u oficios, a estudiar o superarse no enfatizando sólo el reclamo en la realidad social de los derechos de la esposa sino en el sentido de equidad que dispone la norma: la de ambos cónyuges, no obstante la fuerza, todavía para ella invalidante, de los estereotipos de género.

Eso sí, para tales menesteres no ha de subestimarse a la familia, ambos deben ocuparse del hogar y del cuidado de los hijos, organizar la vida doméstica, de manera que las actividades profesionales o laborales, los estudios emprendidos o continuados en niveles superiores, no conlleven el olvido de los valores familiares, no acarreen la dejación de los derechos-deberes conyugales.

* La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 1979 la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer" – Cuba fue el primer país en firmarla y el segundo en ratificarla.

7- Advertencias Finales.

No quisiéramos terminar el estudio del contenido personal del matrimonio sin formular dos aclaraciones finales:

Primero: La violación o incumplimiento de los derechos y deberes estudiados, como ya apreciamos, conforman en su generalidad las situaciones que justifican o pueden justificar que un cónyuge pueda recurrir al divorcio.

Como adelantamos en su oportunidad (aunque aún no lo hemos tratado) el sistema de divorcio establecido en el Código de Familia ha eliminado el catálogo de causales preestablecidas, pero no las causas del divorcio, que son precisamente los supuestos de hecho, las situaciones concretas, relacionadas en general con la violación de los derechos–deberes conyugales que existen real y verdaderamente en la vida del matrimonio que autorizarían el ejercicio de la acción para solicitar el divorcio.

El incumplimiento de estos derechos-deberes conforma así las justas causas que crean una situación objetiva por la que el matrimonio deja de ser o ya no pueda ser más en lo adelante, la unión de un hombre y una mujer dispuestos a respetarlos y cumplirlos, a lograr los fines del matrimonio como institución social y jurídica lo que provoca la pérdida de su sentido no sólo para los cónyuges y los hijos sino también para la sociedad.

Esta pérdida del sentido del matrimonio, es pues la consecuencia del no ejercicio o incumplimiento de los postulados jurídico-morales en que se sustenta la relación personal entre los cónyuges.

De esta manera demandar el divorcio alegando como justa causa del mismo que el matrimonio ha perdido su sentido para los cónyuges y para los hijos y con ello también para la sociedad, es confundir las consecuencias con las causas, eliminando la sustanciación de los hechos causales que se relacionan con estos supuestos legales a que se refieren los artículos comentados del 24 al 28 del Código de Familia.

En tal ligereza, por desgracia, se incurre frecuentemente en la práctica jurídica y judicial, como veremos con más profundidad cuando estudiemos el divorcio como causa de extinción del matrimonio.

Segundo: Como aclaramos al comenzar este estudio, los derechos y deberes que lo integran surgen entre cónyuges y se deben al matrimonio formalizado.

Jurídicamente sólo los cónyuges son sujetos activos de estos mandamientos ético legales y sólo a ellos se debe exigir su cumplimiento.

Sin embargo, como conocemos, en la realidad social existen numerosas parejas que viven en uniones no formalizadas, que reúnen todos los requisitos para ser un matrimonio, pero que tal vez no lleguen nunca a legalizar su unión, ni accedan siquiera en un reconocimiento judicial de la misma a que se les declare ex-cónyuges.

Para estas uniones no formalizadas va también encaminado el mensaje educativo y ético de esta preceptiva, que deben los compañeros de vida conocer y respetar para bien de su unión y de sus hijos.

Concluido así los llamados efectos personales del matrimonio formalizado continuaremos el estudio de los efectos patrimoniales que se refieren a la estructura económica de la relación jurídica conyugal.

NOTAS:

1. PUIG PEÑA, Federico. "Tratado de Derecho Civil Español", Tomo II, (Derecho de Familia) Vol. 1, Teoría General del Matrimonio. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 168.

2. MACHADO HERNÁNDEZ, José. "Los Contratos sobre bienes en ocasión del Matrimonio", Editorial El Arte, Manzanillo, 1943. El juez, autor de este libro (Juez Municipal de Camajuaní) confesaba (pp. 29-30): "En lo que a nosotros respecta, debemos aclarar que somos partidarios de dicha obediencia, pues no concebimos un matrimonio sin la sumisión de la mujer al marido, en cuanto ella no implique rebajamiento moral o vulneración de un derecho.

Estimamos que la función directiva del marido, es cosa diferente a la potestad marital. El moderno derecho alemán ha olvidado dicha potestad totalmente y siendo ilimitada la capacidad de la mujer en el orden procesal y para celebrar negocios jurídicos, mantiene incólume, sin embargo, la autoridad del marido"

3- ARIAS LONDOÑO, Melba. "Cinco formas de violencia contra la mujer" Ecoe Ediciones, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Octubre de 1991. Nos expresa la autora (p. 37) al aludir a las relaciones de poder en la sociedad patriarcal que "la familia podría graficarse con una pirámide invertida, en cuya cúspide tiene asiento el jefe (llámese marido, padre, hermano, hijo) quien ostenta la mayor jerarquía por haber sido educado para desempeñar el rol dominador, desde allí ejerce su autoridad sobre los demás, así sea fundamentada en el miedo. La gradería siguiente es ocupada por la mujer en su papel de dependiente económica, psicoafectiva e ideológica, pues al contrario de aquél, ha sido formada para ser un objeto, obedecer, seguir y atender. Y en el último peldaño, están los seres más indefensos: los niños, considerados como propiedad privada de los padres hasta su mayoría de edad...

   A su vez, la profesora argentina, Titular de Derecho de Familia en la Universidad de Buenos Aires, Dra. Nelly MINYERSKY MENASSE, con una expresión semejante nos habla del "concepto de familia piramidal", el "tipo hispano-morisco de familia monogámica, edificada sobre la dirección del marido, jefe de la casa... En Ponencia "Análisis jurídico de la equiparación de roles durante el Matrimonio" presentada a la VIII Conferencia de la Asociación Americana de Juristas, Palacio de las Convenciones, La Habana.

4- RANDALL, Margaret. "La mujer cubana ahora". Editorial de Ciencias Sociales. Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1972, p. 14.

5- ENGELS, Federico. "El Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado", Colección Claridad, Buenos Aires, Argentina, s.f. pp. 72-73.

6- Tesis y Resolución "Sobre el pleno ejercicio de la igualdad de la mujer". I Congreso del Partido Comunista de Cuba, Departamento de Orientación Revolucionaria del Comité Central del Partido Comunista de Cuba, La Habana, 1976, p. 4.

7- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. "Manual de Derecho Civil español", Volumen IV, "Familia", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 151.

8- PALLARES, Eduardo. "Ley sobre Relaciones Familiares, comentada y concordada con el Código Civil vigente y leyes extranjeras" 2ª. edición, Librería Bouret, París, México, 1923, pp. 5-6.

9- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. "Los Grandes cambios en el Derecho de Familia en

México", Editorial Porrúa S. A., México, 1991, pp. 26 yss.

10- LE RIVEREND BRUSONE, Eduardo. "El Derecho de la Mujer Casada" Jesús Montero Editor, La Habana, 1946, Cita en p. 6.

11- ZAYAS RODRÍGUEZ, Ramón D. "Derechos de la Mujer Casada", Tipografía Venus, Sancti Spíritus, 1958, p. 34.

12- LÓPEZ CASTILLO, Raúl. "Capacidad civil de la Mujer Casada", Cultural S. A., La Habana, 1930, p. 78. El autor de esta excelente monografía, nos ilustra acerca de la Mens Legis de la ley de 18 de Julio de 1917, cuando expresa (p. 114): "El espíritu del legislador debe entenderse circunscripto, no obstante, al aspecto patrimonial, pero no al orden interior y organización de la familia, cuya unidad no puede romperse sin manifiesta imprevisión y cuya dirección corresponde, por ley y por costumbre, al jefe de la casa que es el marido".

13- Ob. cit. supra nota (1), p. 186.

14- Idem, p. 170.

15- Ob. cit. supra nota (10), pp. 32 y ss. En esta también excelente monografía el autor realiza un riguroso análisis con la más depurada técnica del Derecho Civil acerca de los conceptos, capacidad, incapacidad y sus vertientes doctrinales y expresa este juicio sobre la supuesta incapacidad de la mujer casada (p. 20): "Hallamos, por fin, las verdaderas "incapacidades" por las causas mencionadas, psíquicas, biológicas, de la persona. Se refieren casi siempre a "la capacidad de obrar", pero obstan a veces a la misma "capacidad de goce" como cuando al loco, al menor, al sordo-mudo se le suprime el derecho a casarse, el de testar, según los casos u otros de índole tan personal que no pueden ser objeto de actos o negocios jurídicos, no pueden ser puestos en ejecución por medio de otras personas, no entrando por tanto, en la esfera positiva de su vida...

    Y se habla, dados esos presupuestos de la "incapacidad" de la mujer casada, dándole a tan poca segura palabra un significado muy ajeno aún al del Derecho y un tono peyorativo que se supone colindante al vejamen. Se incurre en esa ligereza desde la Tribuna feminista hasta el Tratado de Derecho Civil y, en éstos sobre todo, es lamentable hallar promiscuamente la noción acertada y el juicio festinado".

16- Idem, p. 37.

17- Ob. cit. supra, nota (1), p. 180. Expresa el autor que "lógicamente el marido tiene el derecho a saber cuáles son las visitas que hace y recibe su mujer. Únicamente le estará vedado el establecer una prohibición absoluta de visitas, apartándola de la vida social, o en cierto sentido, una prohibición a la visita de parientes, que en la mayoría de los casos constituirá un manifiesto abuso de derecho, a no ser que razones familiares o disgustos intercedentes justifiquen la actitud del marido.

18- Idem, p. 175.

19- Ob. cit. supra, nota (10), p. 158.

20- PERAL COLLADO, Daniel. "Derecho de Familia", Fascículo 1, Instituto Cubano del Libro, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1973, p. 77.

21- DOMÍNGUEZ NAVARRO, Ofelia. "50 años de una Vida", Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971, p. 121. La autora, destacada luchadora por los derechos de la mujer en Cuba, nació el 9 de Diciembre de 1894 en la Provincia de Las Villas. Fue la primera mujer Notaria en Cuba y desempeñó una amplia labor no sólo

como integrante o dirigente de diversas organizaciones feministas cubanas (fundadora en 1928 de la Alianza Nacional Feminista, dedicada en apasionada entrega por lograr la aprobación del sufragio femenino) sino también como jurista (organizó en 1930 el Directorio Radical de Abogados) como periodista, escritora, Directora General de la Asociación Cubana de las Naciones Unidas (ACNU) y otros muchos desempeños y distinciones nacionales e internacionales. Sufrió vejámenes, prisión, persecuciones y vetos para viajar, que se incrementaron a medida que se fue radicalizando su posición hasta abrazar la doctrina marxista-leninista. Continuó con el mismo fervor revolucionario después del Triunfo de la Revolución (Ver en Anexo de este material docente su alegato "La situación jurídica de la mujer en 1928).

22- LENIN, Vladimir Ilich. "La emancipación de la mujer", Moscú, Ediciones en Lenguas Extranjeras, s. f.

23- ALBALADEJO, Manuel. "Curso de Derecho Civil", IV Tomo, Derecho de Familia. José María Bosch Editor, S.L., Barcelona, 1997, p. 128. Expresa el autor que "el antiguo artículo 57 (se refiere al para nosotros derogado Código Civil español de 1889) no hablaba de cónyuges, ya que no imponía deberes iguales recíprocos, cada uno a favor del otro, sino que hablaba de marido y mujer, para imponer a aquél el deber de proteger a ésta y a ésta el de obedecer a aquél".

24- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. "Matrimonio, compromiso jurídico de vida conyugal", Editorial Limusa, México, 1988, p. 50. Agrega el autor que "En los deberes no existe ese cruzamiento de derechos y obligaciones, porque el mismo deber lo tiene tanto el hombre como la mujer y ambos pueden exigirlo. Es una relación lineal de igualdad en la que se da el mismo deber. El deber se exige en reciprocidad y complementariedad, y ambos están obligados, independientemente del cumplimiento individual del otro".

25- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Emilio. "El Matrimonio", Jesús Montero Editor, La Habana, 1939, p. 128.

26- Ob. cit. supra, nota (24), pp. 12, 44.

27- SOUTO PAZ, José Antonio. "Derecho Canónico", Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid, 1987, p. 24.

28- Idem, pp. 63-64.

29- Ob. cit. supra, nota (24), p. 45.

30- VARONA Y DUQUE ESTRADA, Francisco. "Comentarios al Código de Familia", Revista Cubana de Derecho, Año XI, No. 19, p. 47.

31- GÓMEZ TRETO, Raúl, ¿Hacía un nuevo Código de Familia?, Revista Cubana de Derecho, Año XVII, No. 34 de julio-septiembre de 1988, La Habana, p. 37. Aclara además el autor que "la diferencia esencial de esta proclamación de principios en relación con las aproximaciones que al mismo se habían hecho en textos legales anteriores al triunfo de la Revolución, consiste en que éstas no pasaban de ser declaraciones formales y huecas dado que en el país no había condiciones objetivas ni subjetivas para que la mujer saliera por si misma de la situación de inferioridad y discriminación en que venía sumida desde el pasado por la carga cultural de nuestra sociedad de tradición hispano-africana".

32- CATASUS CERVERA, Sonia y CLOTILDE PROVEYER CERVANTES. "Género y jefatura del

núcleo familiar en Cuba hoy; Consideraciones sociológicas y demográficas" artículo en "Diversidad y Complejidad familiar en Cuba", Centro de Estudios Demográficos (CEDEM), Instituto Iberoamericano de Estudios sobre la Familia (IIEF), La Habana, 1999, p. 153. Relacionan las autoras la existencia de un grupo de modificaciones en el desempeño familiar como consecuencia de los cambios cualitativos que desde la mujer se han producido en el seno de la familia y que señalan como los siguientes (pp. 153-154):

- Una disminución del tamaño medio del núcleo familiar como resultado del acentuado decrecimiento de la fecundidad, a partir del ascenso cualitativo de la presencia de la mujer en la vida social y el consciente protagonismo de la pareja en la planificación de su familia.
- Modificaciones en las relaciones de poder que supone menor subordinación y sumisión de la mujer, a la par de la existencia de una mayor equidad y acercamiento en el desempeño de los roles familiares.
- El aumento del intercambio de ideas, de la toma de decisiones en conjunto, como expresión de una comunicación más fluida entre los miembros de la pareja y la familia.
- Una mayor conciencia de la necesidad de autonomía de los miembros de la pareja y de la familia de su individualidad.
- Un mayor respeto y reconocimiento familiar y social de la capacidad de la mujer para dirigir la vida de los miembros del hogar.

33- Colectivo de autoras, "La familia cubana. Cambios, actualidad y retos", Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas. Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, La Habana, 1996, pp. 14-16.

34- ÁLVAREZ SUÁREZ, Mayda. "Género y familia en Cuba", en "Diversidad y Complejidad familiar en Cuba", ob. cit. supra, nota (32), p. 140.

35- Ob. cit. supra, nota (10), p. 156.

36- DÍAZ PAIRÓ, Antonio. "El divorcio en Cuba", Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, La Habana, 1935, pp. 99-100 y 107-108. El autor nos ilustra con la Sentencia No. 43 de 30 de Mayo de 1923 del Tribunal Supremo de Cuba, que versa sobre el contenido del término "hogar" conceptuándolo como "el lugar en que los cónyuges e hijos viven o en que se encuentran por disposición legal o con el consentimiento del marido, agregando luego que no puede considerarse como hogar conyugal el lugar que voluntariamente escoja la mujer separada de su marido, sino aquél en que conviven los cónyuges e hijos, salvo cuando legalmente la esposa viva en lugar distinto al del marido o cuando éste la autoriza para ello".

37- Ob. cit. supra, nota (23), p. 130. Agrega el autor: "Al que quiera la vida en común, si, sin razón, el otro no se aviene a ella (así abandonó injustificadamente el hogar) se le faculta para obtener la separación legal y, en su caso el divorcio...".

38- Ob. cit. supra, nota (30), p. 47.

39- Ob. cit. supra, nota (24), p. 52.

40- MESA CASTILLO, Olga. "Adulterio y aborto. Tratamiento jurídico en Cuba" en "Temas de Derecho de Familia", Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.

Expongo en el trabajo dos premisas con relación al adulterio: La primera premisa:

El adulterio sólo era dable dentro del matrimonio civil o religioso, el matrimonio sancionado por el Derecho o la Religión. Era pues indispensable para que se configurara el delito, que existiera un matrimonio oficial, legal y público. Por ende, en la unión libre o concubinaria no podía integrarse ese delito que estaba reservado al matrimonio legal o monogamia de Derecho, expresión histórica de unión conyugal de las clases que ocupaban un lugar privilegiado en la sociedad.

La segunda premisa: En definitiva, no importaba la violación de la fidelidad conyugal, no importaba el adulterio en sí mismo, lo que importaba a fe ciega, era presumir legítimo al hijo de la adúltera para no enturbiar el orden sucesorio. (Con ello me estoy refiriendo a la regulación de las presunciones de paternidad, casi iuris et de iure del Código Civil español de 1889, que disponía que si el marido había tenido acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo, ese hijo se presumiría legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad o hubiera sido condenada como adúltera).

41- GUERRA LÓPEZ, José. Conferencias de clases, mecanografiadas, de Derecho de Familia, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Década del 40-50, pp. 104, 112. (Localizable en Biblioteca de la Facultad de Derecho, Universidad de La Habana). Expresa además el autor (p. 105) que "Hoy día se ha llegado a tener probado el adulterio sin necesidad de las pruebas materiales y sólo conque se justifique que el cónyuge copuló con la otra persona que no es su cónyuge, estaba en condiciones, en situaciones, circunstancias, en momentos tales que justificaran que el acto se había realizado o que era en el momento de su realización".

42- Ob. cit. supra, nota (24), p. 53.

43- Ob. cit. supra, nota (23), pp. 130-131

44- Ob. cit. supra, nota (36), pp. 79 y ss.

45- CAMACHO, Pánfilo D. "Comentarios al Decreto-Ley sobre divorcio con disolución del vínculo matrimonial de 10 de mayo de 1934" p. 26, citado por NUÑEZ Y NUÑEZ Eduardo Rafael en "Dogmática de las causales de divorcio", Jesús Montero, Editor, La Habana, 1947, p. 25.

46- Ob. cit. supra, nota (23), p. 22. Expresa el autor no obstante que "No cabe duda de que podría afirmarse que cada cónyuge debe al otro socorro cuando lo necesite, entendido ello como asistencia económica, o, si se quiere material en general y que también le debe ayuda en un sentido más moral, de apoyo, atención y auxilio espiritual".

47- Ob. cit. supra, nota (2), pp. 23-24.

48- Código de Derecho Canónico. Edición Bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca. Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1986.

49- Ob. cit. supra, nota (31), p. 65.

50- Ob. cit. supra, nota (30), p. 47.

51- PERAL COLLADO, Daniel, "Derecho de Familia", Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 1978, p. 78.

52- Consultar a Antonio DÍAZ PAIRÓ en ob. cit. supra, nota (36), p. 107, también a

Francisco LLACA ARGUDÍN, en "Legislación sobre el divorcio en Cuba".

53- Ob. cit. supra, nota (51), p. 78.

54- Ob. cit. supra, nota (30), p. 48.

ANEXOS:

## 1- LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CUBANA EN 1928.

Con la idea de dar a conocer a la mujer el fundamento legal de la serie de incapacidades que limitan y subordinan su personalidad en el seno de la familia, realicé un sencillo estudio de su posición ante nuestra ley civil y penal. Este trabajo sirvió durante algunos años de pauta a la intensa campaña que se realizó para incorporar a la mujer a las demandas de sus derechos.

### DENTRO DEL MATRIMONIO ERES PROPIEDAD DEL HOMBRE

El matrimonio es el modo de legalizar la unión del hombre y la mujer. Las leyes que regulan la vida de la pareja humana no son justas ni equitativas, porque establecen una diferencia notable entre su posición y la del hombre, dentro del matrimonio. Tú como persona plena, no te desenvuelves dentro del matrimonio. La potestad del hombre pesará constantemente sobre ti, convirtiéndote en una cosa. Piensa en lo que eres y en lo que vales y, en el papel que se te asigna dentro de la vida matrimonial. La Alianza nacional feminista espera, que penetrada de la amarga y deprimente realidad, abogues por obtener el puesto de compañera del hombre. Hoy eres, casada, propiedad del hombre. Contribuye a que la unión matrimonial esté regida por principios que respeten tu dignidad.

En el artículo 314 del código civil nuestro, se dice: que el matrimonio es un medio de emancipación de la menor. En el artículo 315 se dice que de derecho el matrimonio produce la emancipación de la menor. Tú verás como la menor no se emancipa y como la mayor de edad, pierde la emancipación que obtuvo por la ley, al contraer matrimonio. La menor no hace más que cambiar de potestad al casarse, por otra que dura tanto como dura la vida matrimonial.

En el acto del matrimonio, el juez lee a los contrayentes los artículos 56 y 57 del Código Civil que dicen: Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Este artículo 56 que parece inspirado en un hermoso principio de igualdad, queda destruido por el siguiente: El marido debe proteger a la mujer y esta debe obedecer al marido. Esa protección que dispensa el hombre a cambio de tu obediencia, es el punto de partida de tu vejaminosa posición dentro del hogar, en relación con tu marido y con tus hijos y, hasta con el medio que te rodea. Como ser humano, consciente y capacitado y, sobre todo, como madre, debes sentir esa sumisión obligada como una honda herida por donde se escapa la felicidad conyugal.

### LA MENTIRA DEL CONTRATO MATRIMONIAL

La ley finge muchas cosas, porque en esta época en que tu luchas y avanzas por tu propio esfuerzo, los legisladores han sentido el pudor de escribir en la ley la verdad que se desprende de ella. Te dicen que el matrimonio es un contrato (artículo 42) y tu sabes que uno de los requisitos del contrato es el consentimiento, que viene a perfeccionarlo (artículo 1261). En el artículo 125 se dice que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, los locos, dementes y sordomudos que no sepan escribir...; tampoco las mujeres casadas... Los legisladores cuando tu interrogas

sobre este raro y original contrato, en que su validez y cumplimiento, está al arbitrio de uno de los contrayentes, te dicen que es un contrato sui géneris, pero no te aclaran lo que salta de toda la legislación matrimonial: que es exclusivamente un contrato sui géneris pero de compraventa, en que la cosa objeto del contrato es la mujer, violando así el artículo 1256.

¿Se quiere dar una idea más cabal de la nulidad de la mujer como persona con libre voluntad y determinación? Fíjate, mujer, en el artículo 58 del código civil. Ni siquiera se te concede el derecho de opinar o proponer sobre el domicilio conyugal, porque de modo brutal se te dice en ese artículo que estás obligada a seguir a tu marido donde quiera que fije su residencia. Sólo en el caso de que puedas probar ante los tribunales la justa causa que te obliga a negarte, podrás eludir esa obligación, cuando se trate de trasladarse a país extranjero.

## TU PATRIA NO ES LA TUYA, SINO LA DE TU MARIDO

El artículo 22 del código civil establece que la mujer casada sigue la nacionalidad del marido. Es decir, que hasta el derecho de elegir libremente tu patria se te quita. ¿Quieres mayor subordinación y mayor desconocimiento de tu personalidad?

## NI A LA ADMINISTRACIÓN DE TUS BIENES TIENES DERECHO

Tu marido es el administrador de tus bienes, salvo casos especiales, artículo 59. Si eres obrera, empleada, profesional o comerciante, de lo que percibas por tu trabajo, corresponde a él la administración. Sin darte ni siquiera cuenta puede vender, hipotecar y comprar con el producto de tu trabajo. Sólo en el caso de que seas rica o heredes o que lleves de cualquier modo capital al matrimonio, te concede la ley su administración (ley de los parafernales).

## CASADA, NO TIENES PERSONALIDAD ANTE LOS TRIBUNALES

Tu marido es el representante legal tuyo y no puedes comparecer en juicio por ti, o por medio de procurador, si él no te autoriza expresamente (artículo 60). La ley establece casos especiales en que la mujer puede comparecer ante los tribunales de justicia, sin autorización marital, pero esto no significa ya una anormalidad o una rotura de la vida conyugal. El artículo 61 prohíbe a la mujer obligarse, sin licencia del marido. El 62 anula todo lo ejecutado por la mujer contra lo anterior.

## SE TE PRIVA DEL DERECHO HUMANO DE GUIAR A TU HIJO

Ahora observa cuál es tu situación frente a tus hijos. Te hemos presentado a ti en relación con tu marido. Mírate como madre y comprenderás que tu hijo no es tuyo, es del padre. La ley te priva de un derecho que emana de la naturaleza, verdadera y única fuente de derecho. Tu autoridad se desconoce y sólo puedes ejercitarla, en defecto del padre (artículo 154); imagina lo que es imponer una autoridad que nunca antes fue reconocida. Tu mismo hijo, si es consciente, al quedar huérfano de padre, será el primero en arrebatarte ese tardío privilegio. Observa lo peligroso y perjudicial que ha sido la actuación de muchas mujeres al quedar solas. La costumbre de ser cosa dentro del hogar conforma tu carácter y condiciona tu vida de modo tal, que tu gestión, aún guiada por el más noble de los sentimientos, no puede ser perfecta. En

esos momentos, la mujer y los hijos pagan caro el grave error de nuestras leyes que aíslan a la mujer de los más altos deberes de la humanidad. Las leyes amordazan tu boca, ahogan tu razón y doblegan tu voluntad, a la voluntad y a la razón única del hombre, que no siempre sabe indicar el rumbo cierto.

Los artículos 155 y 156 siguen recalcando la subordinación de la mujer frente a la patria potestad.

La oscura y silenciosa tragedia de tu felicidad rota y el desequilibrio de tu vida toda, tienen su origen en el desgarramiento que se hace en leyes y costumbres de tu dignidad. Aboga, mujer, porque las leyes escritas estén de acuerdo con las leyes de la naturaleza, que te dicen que tu hijo es tuyo.

## HASTA EN EL DIVORCIO ENCUENTRAS LA BURLA A TUS DERECHOS

Esta magnífica Ley de liberación, tiene además de sus causales siempre vejaminosas para el cónyuge culpable, ano ser la de mutuo disenso, que se hace impracticable casi, por el escándalo que lleva aparejado con la demanda y la burla que se hace de un modo constante a la pensión que asigna el Juzgado. Una ocultación de bienes a tiempo, basta para eludir el cumplimiento de ese deber.

Nuestra Ley, de Procedimiento deja portillos por donde puede el hombre escapar con facilidad.

## ANTE LA TUTELA ESTÁS EQUIPARADA CON EL MÁS DEGRADADO DE LOS HOMBRES

Entre los incapacitados para ejercitar la tutela, el artículo 237, después de señalar a los condenados a pena corporal, los que hubiesen sido penados por los delitos de robo, estafa, hurto, corrupción de menores, escándalo público, después de señalar hasta el último delincuente, te dice el legislador en el inciso 7: Las mujeres, salvo en los casos en que la ley las llame expresamente. ¿Te sientes bien, mujer, entre los infelices que viven extramuros de la sociedad y los que viven al borde de las leyes penales?

## ANTE EL CONSEJO DE FAMILIA NO ERES PERSONA

Al consejo de familia se llama hasta el último pariente por afinidad, a los amigos, a las personas honradas, pero no a las mujeres, que ni aún en el concepto genérico de persona, pueden entrar, porque más adelante especifica bien claro, que tienen que ser varones.

## TU NO PUEDES SER TESTIGO

Las leyes ofrecen contrasentidos inexplicables. Por conservar la supremacía del varón, dejan en pie el absurdo. Tú no puedes, aunque seas mujer de amplia cultura, servir de testigo en el más sencillo de los documentos. Y, no obstante, lo puede ser el último gañan de la calle. Sin embargo, como la Ley no establece prohibición expresa, tu puedes ser notario, teniendo tu, en esos momentos, la fe pública que es la concesión de un marcado privilegio que hace el estado, de algo que es suyo. No pensó el legislador antiguo en la posibilidad de que las mujeres llegaran a togarse.

## TIENES EL DEBER DE CONTRIBUIR A LAS CARGAS DEL ESTADO

Las leyes te obligan a pagar las cargas del estado. Tú, como el hombre, estás en el deber de contribuir al gasto público de tu país. Esto es justo, porque eres parte de él y participas de los beneficios de su buen desenvolvimiento.

## NO SE TE CONSULTA PARA DICTAR LEYES NI PARA ELEGIR GOBERNANTES

Si tienes el deber de ayudar al sostenimiento público, tu debes tener participación en la hechura de las leyes que te obligan, para que ellas sean el producto de la voluntad de todos.

Las leyes nuestras sirven con especial cuidado el interés de un grupo. Tú debes saber que la ley deja de ser justa, cuando no ha sido hecha para servir el interés colectivo. El interés de los hombres y el interés de las mujeres.

Tú tienes el deber de obedecer a los hombres que rigen el destino de tu patria. Nuestra patria es una república y su forma de gobierno es republicano democrático. Sus gobernantes son elegidos por el pueblo. Tu formas parte de ese pueblo y ya ves como tú no puedes manifestar tu voluntad por medio del sufragio, que lo ejercitan todos los hombres. Lo ejercita, hasta el hombre que ha oficiado de verdugo.

Reclama tu derecho a ser ciudadana de tu patria. Reclama, mujer, tu derecho al voto.

## ERES PLENAMENTE RESPONSABLE ANTE LAS LEYES PENALES

Ante las leyes penales, si se establece algún distingo entre tu responsabilidad y la del hombre, es para agravar la tuya. Tú equiparada ante nuestras leyes civiles al loco, al menor de edad, al delincuente; tú, sufriendo toda clase de limitaciones en tu capacidad, eres ante el código penal tan responsable como el más capacitado de los hombres.

Fíjate como el delito de rapto, que establecía una diferencia entre la delincuencia del hombre y la mujer, ha quedado, de hecho, destruido por la ley de 26 de febrero de 1926. Hoy, a más de quedar en pie la burla a la mujer, se hace letra muerta y se burla la patria potestad, base de toda nuestra legislación.

## LA LEY ES PARCIAL EN EL DELITO DE ADULTERIO

Al leer el artículo 447 que trata del delito de adulterio, comprendemos la parcialidad del legislador. El adulterio será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados medio al máximo. Pareja la pena para ambos, pensarás tú, pero ya verás como el legislador, que es hombre, rectifica rápidamente en el párrafo siguiente: Comete el delito de adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella, sabiendo que es casada. No habla del marido.

El artículo 149 dice, que sólo se impondrá la pena por el delito de adulterio a virtud de querella del marido agraviado. Más adelante, en el 452 se dice, que lo dispuesto en el 449 es aplicable al marido. Pero el marido, según este mismo artículo, 452, comete el delito de adulterio sólo cuando tuviere manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo público. Y si a la mujer la condena la ley a prisión correccional, en sus grados medio y máximo, al marido sólo lo condena a prisión correccional en sus grados mínimo al medio.

Tú eres la depositaria del honor conyugal.

LA LEY LE DICE A TU MARIDO Y A TU PADRE QUE TE PUEDEN MATAR

El artículo 437 es una clara invitación para que el padre o el marido maten. A diario verás tú, mujer, realizar el monstruoso crimen de zurcir el honor roto, en la vida ajena. El honor masculino se mancha con los actos de otro, no con los propios. Nuestra ley impone al que ha salido vindicado de la hazaña de asesinar a su mujer o a su hija, la ridícula pena del destierro. En cambio, si eres tú la que también, con un concepto absurdo del honor, matas, ahí están el garrote o el presidio para toda tu vida.

Y ahora, medita, después de conocer el bárbaro privilegio que el hombre se concede a sí mismo, si es decoroso que la cubana soporte por más tiempo el vejamen que contienen esos preceptos legales.

Ante las leyes civiles, se te limitan las facultades, se te incapacita, se te convierte en menor de edad y se te priva del derecho de guiar a tus hijos. Ante las leyes penales tu responsabilidad alcanza a lo inaudito. Tu marido te puede hasta matar. Por un lado débil, protegida por el hombre; plena, como un niño, de incapacidades, desconocimientos y privaciones, por otro lado, la ley, en vez de atenuar tu responsabilidad como en el caso del menor, cae brutal sobre ti con su más fuerte sanción.

La Alianza nacional feminista pone en tus manos estos datos, analízalos, consulta a tu razón y a la justicia que llevamos todos en el fondo de nuestra conciencia y decide entonces, si debes luchar o no, por la conquista plena de tus derechos civiles y políticos.

2- Ley No. 9 de 20 de Diciembre de 1950.

Artículo 1. El Artículo 57 del Código Civil quedará redactado como sigue:

Artículo 57. Los esposos deben protegerse mutuamente y guardarse las consideraciones debidas.

Artículo 2. El primer párrafo del Artículo 154 quedará redactado así:

Artículo 154. El padre conjuntamente con la madre, y en su caso el que sobreviva, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerlos mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre.

Artículo 3. La esposa tendrá conjuntamente con el marido todos los derechos y obligaciones de la patria potestad, necesitándose su consentimiento para todos los actos de administración y dominio de los hijos bajo su protección.

Artículo 4. En caso de divorcio se resolverá en la sentencia a cuál de los cónyuges corresponde la patria potestad.

En las sentencias dictadas con anterioridad a la vigencia de esta ley que no contuvieren declaración expresa de a quién corresponde la patria potestad, le quedará atribuida al cónyuge a quien el Juez discernió la custodia del hijo; y en las que se hubiere específicamente determinado a quién corresponde la patria potestad, quedan en plena vigencia y eficacia.

Artículo 5. La capacidad de los esposos cuando fueren menores de 18 años, se completará en la forma que dispone el Artículo 59 del Código Civil.

Artículo 6. La mujer podrá formar parte del Consejo de familia y será llamada a ese fin en el mismo orden que establece el Artículo 294 del Código Civil.

Artículo 7. Los cónyuges son los administradores de la sociedad de gananciales, salvo estipulación en contrario o renuncia.

Artículo 8. Los actos de administración pueden realizarse indistintamente por cualquiera de los esposos, pero para realizar cualquier acto de dominio en relación con los bienes de la sociedad de gananciales será necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

Artículo 9. Si hubiere discrepancia entre los esposos por los actos de administración o dominio de la sociedad conyugal, se ventilará la misma por los trámites de los incidentes que regula el Título III del Capítulo IV del Libro Segundo de la Ley Rituaria Civil.

Por el mismo procedimiento se ventilarán las cuestiones que se susciten entre los esposos en el ejercicio respectivo de la patria potestad sobre la persona y bienes de sus hijos.

Artículo 10. La mujer casada podrá ejercer libremente el comercio, sin necesidad de la licencia marital.

Artículo 11. Todos los artículos del Código Civil y los de legislaciones especiales, decretos leyes cualesquiera que ellos sean, que en alguna forma limiten las disposiciones de esta Ley, y especialmente el párrafo primero del Artículo 59, el Título VII del Libro Primero, el número séptimo del Artículo 237, y los artículos 1412 al 1416

inclusive del Código Civil quedan derogados, bien total o parcialmente según se opongan a la presente Ley.

Artículo 12. Se deroga al igual toda limitación en cuanto a la capacidad de la mujer que merme la igualdad de los sexos, que exista en nuestra legislación vigente, y especialmente los Artículos sexto, séptimo, octavo y noveno del Código de Comercio.

# EFECTOS JURÍDICOS ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTENIDO PERSONAL DE LA RELACIÓN JURÍDICO – CONYUGAL: CUESTIONES DE LEGE FERENDA.*

Dra. Ana María Álvarez-Tabío Albo†

Sumario: Palabras iniciales. Los deberes conyugales. Naturaleza jurídica. Deber de lealtad o fidelidad. Deber de Cohabitación. Deber de Respeto. Deber de Asistencia. Consecuencias. Para el régimen sucesorio. Para la patria potestad. Palabras finales.

## Palabras iniciales

Nos encontramos en un espacio de discusión científica sobre Género y sus relaciones con el Derecho. ¿Quién, a estas alturas del conocimiento, duda de semejantes conexiones? ¿Cómo negar las tensiones que surgen en el Derecho –pero en lo que especialmente me concierne con el Derecho de Familia– desde la perspectiva de género?‡ Como resultado de lo cual subsisten en la normativa actual desajustes que dan al traste con el principio de igualdad jurídica y real al que se aspira en todos los terrenos de la vida y al interior de la familia, entre hombres, mujeres y niños cualquiera sea su posición dentro de grupo familiar.

Las reflexiones que quiero compartir con Uds. están dirigidas al examen de las consecuencias jurídicas que en el ámbito familiar pudieran y deberían producirse, de manera efectiva y palpable, ante los hechos de violencia, especialmente, cuando ello significa el quebrantamiento de los deberes conyugales o incida sobre el libre desarrollo de la personalidad de los hijos e hijas con derivaciones sobre la patria potestad en su carácter de conjunto de funciones, obligaciones y responsabilidades que se desarrollan siempre en interés de los menores, aun cuando la violencia no sea ejercida directamente sobre ellos.

La violencia de género§ puede adoptar diversas formas tomando en cuenta la relación en que se enmarca y el ejercicio de poder que supone y presentarse como violencia sexual en la pareja u otros miembros femeninos de la familia, o en el ambiente laboral o estudiantil, o contra mujeres detenidas, presas o desarraigadas; en el tráfico de mujeres, la trata de niñas; o la violencia física, económica y psicológica en el espacio doméstico. Hablaremos hoy de esta última categoría para reflexionar sobre los efectos

---

* Versión de la disertación presentada en la VI Conferencia Internacional "Mujer, Género y Derecho", celebrada en La Habana del 11 al 13 de mayo 2016.

† Dra. en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana. Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia por la Universidad de La Habana. Profesora Auxiliar del Departamento de Derecho Civil y de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

‡ Los objetivos de esta disertación, como se desprende de su título, están concentrados, esencialmente, en la incidencia de las nociones de género y de la violencia que genera en el ámbito de las relaciones de pareja. Pero son muchas otras sus implicaciones que pretendo abordar escalonadamente en trabajos posteriores. Por ejemplo, respecto a la diferencia de edad para contraer matrimonio, con el derecho filiatorio, con la responsabilidad parental y sus consecuencias de cara a la atribución de la guarda y cuidado, sobre el nombre de las personas y tantas otras.

§ El término "violencia de género" para referirse a la violencia contra la mujer, fue ideado y difundido en el Congreso sobre la Mujer, celebrado en Pekín 1995 bajo los auspicios de la ONU.

que en el orden jurídico deberían derivarse de la presencia de esta lacra en el ámbito familiar.

Pero quiero dejar algo aclarado. Hay muchas mujeres que sufren por la violencia de su pareja o ex-pareja masculina, es cierto. Pero también hay muchos hombres que están en la misma situación y esa arista se invisibiliza. El estereotipo de la mujer siempre víctima y del hombre siempre maltratador hay que matizarlo. En mi opinión se trata de un concepto trunco que evade la inclusión de la "violencia de género masculina" o "violencia masculina", para así sacar de la vista la coexistencia de la violencia femenina, que también hay que combatir. Además, conduce al equívoco de presuponer que la violencia del hombre se dirige contra la mujer como género, y no contra su pareja o ex-pareja. Cuando una persona de cualquier género y ante cualquier circunstancia y tipo de relación, se cierra al entendimiento y el diálogo, que es la forma civilizada de solucionar los conflictos, -sea por falta de educación, o por tener un pésimo e incontrolable carácter, o por alteraciones psíquicas, o escasa autoestima, por soberbia o arrogancia, por estrés, por frustraciones, por fracasos sufridos en la vida, o por temor a la pérdida de su status familiar, o de su ambiente o nivel social- se inicia una cadena escalonada de agresiones y humillaciones psíquicas y verbales mutuas, chantajes emocionales hasta llegar a veces a la violencia física, que no conoce de género,* ni de testosterona, ni de estrógenos, sino de otra clase de factores. La violencia, provenga del hombre o de la mujer, siempre tiene el mismo origen: poder y control sobre la relación.

A partir de estas y otras precisiones, ¿cómo articular un régimen de amparo, resguardo o protección, aunque sea a posteriori, ante la presencia de hechos de violencia de género y familiar?

Los deberes conyugales

Para un entendimiento cabal del tema dedicaremos un pequeño espacio a delinear los contornos de cada uno de los deberes que configuran el contenido personal de la relación jurídica conyugal y, lo más importante, a definir si su naturaleza jurídica nos revela si se trata de auténticos deberes jurídicos, aunque dotados de un fuerte contenido ético-moral, o si son sólo declaraciones de principios ajenas a lo jurídico.

Durante las dos últimas décadas del siglo XX y lo que corre del presente, especialmente en nuestro entorno latinoamericano, se han enfrentado múltiples y serios estudios que han incorporado la institución familiar en los análisis de los procesos sociales, económicos, políticos y demográficos de la región, tomando como base que la familia es una instancia conectiva entre la sociedad y el individuo donde se generan y adoptan la mayoría de las decisiones que conciernen a la población.

Entre los aspectos más estudiados alcanzan especial relevancia los referidos a la manera cómo los individuos se organizan para vivir en familia y las condicionantes de uno u otro tipo de organización. Así, ya es una realidad visible el crecimiento de hogares monoparentales, de la jefatura femenina, de la población de las personas de la tercera edad, del parentesco no nuclear, entre otros. Pero subsisten, en un porcentaje importante y a pesar de los pesares, las uniones conyugales como forma de organización familiar, sean formalizadas o no que se sustentan en la convivencia de

* Que la violencia "de género" no es un problema de género, sino de la falta de compasión, de generosidad y de tolerancia que conduce a la agresividad humana, nos da fe el hecho de que hay violencia también en las parejas de personas del mismo sexo.

una pareja con el fin de llevar adelante un proyecto de vida en común en el contexto de la cual se insertan los deberes y derechos recíprocos.*

Naturaleza jurídica

Se impone, ante todo, preguntarnos: ¿Son los deberes y derechos conyugales una noción de carácter ético – moral y no jurídica? Se entiende que dentro de una unión tan íntima y deseada por las partes, las obligaciones que se generen carezcan de toda connotación coactiva para revelarse como deberes morales y éticos propios de la intimidad conyugal. No obstante, en mi opinión, se trata de verdaderos deberes jurídicos cuya infracción, como en cualquier tipo de incumplimiento, implica –o al menos debería implicar– la existencia de sanciones que van desde la socorrida posibilidad de disolver el vínculo matrimonial a través de la separación o del divorcio, hasta la imposición de consecuencias económicas, o la adopción de ciertas medidas vinculadas con los hijos con un mirada diferente.

Un argumento al que recurre constantemente cierto sector de la doctrina para desconocer el carácter jurídico de los deberes conyugales, se funda en que su naturaleza es de simples deberes éticos – morales que no producen obligación jurídica alguna, cuyo cumplimiento queda entregado a la conciencia de los cónyuges, incoercibles en su esencia, haciendo imposible el ejercicio de cualquier acción por su incumplimiento, olvidando que mantener esta consideración no se corresponde con el gran cambio que ha padecido la naturaleza jurídica misma del matrimonio – de una figura considerada como un sacramento o institución casi sagrada, a un simple contrato para convertirse en lo que es hoy: una institución social.†

---

* Si bien a la luz de la legislación familiar cubana el contenido personal de la relación jurídica conyugal sólo se "exige" a quienes ostentan la condición de cónyuges, es mi anhelo que se haga extensiva su aplicación y apreciación a las uniones de hecho y en ese tenor deseo sean entendidas las ideas que expongo.

† Las relaciones jurídicas matrimoniales se constituyen a partir del acto jurídico matrimonial; o lo que es lo mismo, el matrimonio nace a través de un acto jurídico que es el momento en que se contraen nupcias. Como estructura jurídica, no tiene presencia sin aquellos elementos a los que alude la teoría general, pero que, esencialmente, atinan a la manifestación de voluntad declarada, lo cual pone al descubierto que, desde esta perspectiva, el matrimonio no es más que lo que de hecho sucede. Pero a partir de ese momento y durante su transcurso, el matrimonio obliga a los cónyuges a cumplir deberes y derechos, que no pueden dejar de ser cumplidos, esto implica que ipso facto el fenómeno empieza por escapársele al mismo acto jurídico que lo recubre, para dar nacimiento a lo que la teoría jurídica del matrimonio le ha llamado su doble naturaleza; su faceta institucional. Esta teoría es entendida en razón que señala que la institución del matrimonio está por encima de los contrayentes, ya que éstos no pueden indicar los resultados que esta unión debe producir porque estos resultados se encuentran consagrados por el legislador y no pueden ser modificados por los contrayentes.

Por tanto tiene una naturaleza dual porque nace mediante un acto jurídico pero se comporta como una institución, pues, al igual que aquellas, el matrimonio tiene que cumplir requisitos que la ley y la sociedad considera obligatorios, se trata de un régimen jurídico cuyas condiciones no pueden dejar de ser cumplidas por el simple acuerdo de los intervinientes. Es un vínculo trascendental, cuyos efectos no se limitan al tiempo, ni están subordinados a la voluntad de los contrayentes. Esos efectos tampoco se circunscriben a las partes. Se extienden a terceros, especialmente a los descendientes. Son tan amplias sus consecuencias que abarcan no sólo a las personas, sino que tienen influencias importantes en los bienes.

El matrimonio, jurídicamente considerado, no es solamente un acto por el cual un hombre y una mujer (hasta ahora) se unen con determinados y específicos fines, como ser el de vivir juntos y otorgarse mutuos auxilios, sino también obliga a quienes lo toman a cumplir determinadas obligaciones, gozar de ciertos derechos y, sobre todo, a regirse por un estatuto legal dado con antelación por la autoridad.

Sin que sea el ánimo detallar las razones que, en mi opinión, dan al traste con la afirmación de que se trata de simples declaraciones de principios éticos debemos, obligatoriamente, analizar, aunque de manera somera, la concepción de estos deberes conyugales.

Fue la Escuela Exegética francesa,* inspirada en su Código Civil, la que promovió la tesis de que son "auténticos deberes jurídicos exigibles legalmente"; actualmente, la doctrina casi unánime sostiene la postura de que son "verdaderos deberes jurídicos", dotados de un fuerte contenido ético o moral, que carecen de coercibilidad jurídica. DE VERDA Y BEAMONTE, en su escrito sobre Responsabilidad civil y divorcio…,† expresa que "…los deberes conyugales no son meras obligaciones de conciencia propuestas a los esposos para un feliz desarrollo del matrimonio, sino que constituyen auténticas obligaciones jurídicas. Si no lo fueran, no tendría razón de ser que el Código Civil los incluyera entre los efectos del matrimonio, ni que legalmente fueran calificados como tales, por los arts. 67 y 68, que, al enunciarlos, hablan de que los cónyuges "deben" o "están obligados" a cumplirlos. Precisamente, la significación jurídica de los deberes conyugales es la razón por la cual los contrayentes tiene que asumirlos, al tiempo de prestar su consentimiento".

Como apunta SANCHO VILLARREAL,‡ "su carácter ético o moral no le priva de su juridicidad y, viceversa, su carácter jurídico no le priva de ser considerado también como un deber moral o ético. Existen múltiples normas o pautas éticas o morales incorporadas al ordenamiento jurídico, v. gr., el no matar, sin que ello implique ausencia de coactividad de las citadas normas".

La tesis contraria fue producto de la Escuela Histórica,§ quien se encargó de poner en duda el carácter jurídico de estos deberes, bajo el razonamiento de que éstos encontraban su argumento en la costumbre o la ética, y no en el derecho positivo. Entendían que "… virtudes como la fidelidad, la devoción, la obediencia, el respeto se imponían por la costumbre, y no por la ley, y que, en sustancia, debiera dejarse la ordenación de las relaciones familiares, en primera línea, a los miembros de la familia y a su sentido moral..., siendo misión única del Derecho asegurar su titularidad y disciplinar su ejercicio."** Muy ilustrativas de esta posición son las palabras expresadas por el exponente máximo de la Escuela Histórica, SAVIGNY, al expresar "no niego que la fidelidad y la asistencia recíproca de los esposos, la obediencia y el respeto de los hijos pertenezcan a la esencia del matrimonio ni del poder paterno, sino que

---

* La Escuela de la Exégesis, como recordamos, fue la corriente de interpretación del derecho que se gestó en Francia después de la publicación del Código Civil de Napoleón de 1804 y tuvo su auge en el siglo XIX: Su esencia descansa en la interpretación de la norma por la norma misma, exaltando el derecho escrito, dándole preeminencia al texto de la ley.

† DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía La Ley Nº 2. 2007, pp. 1658-1671.

‡ SANCHO VILLARREAL, Luis, El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción. Comentario a la STS de 30 de julio de 1999. Revista de derecho de familia, abril 2001, p. 82.

§ Se entiende por Escuela Histórica, según palabras del propio SAVIGNY, aquella que "admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta o la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Después, cada tiempo deberá encaminar su actividad a examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nacida por obra de una necesidad interna".

** LACRUZ BERDEJO, José Luis et al. Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia, tercera edición actualizada. Barcelona, José María Bosch Editor S.A., volumen I. 1990. p. 134.

estos elementos, a pesar de su importancia, descansan bajo la tutela de la moral y no bajo la protección del derecho"*

En un camino intermedio pareciera inclinarse actualmente la mayoría de la doctrina científica y legal de otras latitudes, (léase España, Italia, Francia y Chile, las cuales no tenemos tiempo de referenciar) al reconocer unos limitados efectos derivados del incumplimiento junto con su carácter ético moral (sólo aceptan los efectos expresamente previstos, tipificados por el legislador), cuestionando con ello su estricto valor de deberes jurídicos,

LACRUZ, si bien reconoce que se tratan de deberes jurídicos incoercibles directamente, advierte que ello "no les priva de su juridicidad, sino que al contrario, hace tanto más urgente arbitrar los medios precisos para mantenerlas en pie en esta condición suya plenamente jurídica".†

En la doctrina patria, parece imponerse la concepción de estimarlos como deberes cuyo incumplimiento no acarrea sanciones de tipo alguno (ni penal ni de otro tipo) con la excepción, como nos recuerda la Dra. Olga MESA CASTILLO, de la obligación de dar alimentos, como forma de manifestarse el deber de auxilio mutuo. Cito casi textualmente sus reflexiones cuando nos refiere que, "…tienen por ende un marcado carácter ético ante la imposibilidad de imponer su cumplimiento forzoso específico, en realidad porque son deberes y no obligaciones; puede obtenerse judicialmente el cumplimiento de una obligación incumplida, pero, los deberes difícilmente pueden exigirse; es casi imposible exigir en Tribunales, por ejemplo, el cumplimiento del "«deber de fidelidad»", y nos trae una reflexión de Manuel CHÁVEZ ASENCIO, cuando dice que "En los deberes no existe ese cruzamiento de derechos y obligaciones, porque el mismo deber lo tiene tanto el hombre como la mujer y ambos pueden exigirlo. Es una relación lineal de igualdad en la que se da el mismo deber. El deber se exige en reciprocidad y complementariedad, y ambos están obligados, independientemente del cumplimiento individual del otro". ‡

"Son en suma postulados más morales que jurídicos y algunos autores entienden que la esencia de ellos nunca podrá acogerse en el campo jurídico. …mal que nos pese, el concepto sigue siendo "extra jurídico" o metajurídico: No hay manera de obligar, imperativamente, normativamente o judicialmente a amar o ser amado."§

---

* SAVIGNY, Sistema del Derecho Romano Actual, t. I, traducido del alemán por Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto MESÍA y Manuel POLEY, ed. Góngora y Compañía, Madrid, 1878, pág. 234.

† Este criterio fue abrazado por la Corte de Apelaciones de Talca con fecha 30 de agosto de 2012 quien dicta sentencia favorable a una demanda de indemnización de perjuicios por daños materiales y morales interpuesta por la mujer en contra de su marido, que tenía por fundamento la responsabilidad civil extracontractual derivada de los daños que le causó al haberla contagiado del virus del papiloma humano producto de sus repetidas infidelidades matrimoniales, lo cual la llevó finalmente a someterse a una histerectomía total a la edad de cuarenta y tres años de edad; en este sentido el tribunal de segunda instancia fue claro al decir que los deberes conyugales, pese a que sean incoercibles directamente, son "auténticos deberes jurídicos exigibles legalmente"; y siguiendo a la doctrina española defendida por LACRUZ, basan su decisión en que "… se tratan de deberes jurídicos incoercibles directamente, pero agregan que ello no les priva de su juridicidad, sino que al contrario, hace tanto más urgente arbitrar los medios precisos para mantenerlos en pie en esta condición suya plenamente jurídica..., el carácter jurídico de los deberes conyugales debería hoy estar fuera de discusión, si pretendemos mantener el matrimonio con su naturaleza de institución jurídica".

‡ MESA CASTILLO, Olga. Derecho de Familia. Editorial Félix Varela, La Habana, 2010. p.211-212.

§ Idem p. 212.

Muy vinculado a su naturaleza jurídica, algo hay que decir de la disponibilidad o indisponibilidad de estos deberes, y las conclusiones a las que arribemos deberían reafirmar o negar el carácter jurídico de los mismos.

LACRUZ,* comentando el art. 68 Código Civil español, en particular los deberes de convivencia y fidelidad, expone que "en esta limitada medida, la materia de la convivencia me parece indispensable: los cónyuges pueden estar de acuerdo en no vivir juntos en absoluto, por tiempo definido o indefinido, pero no pueden pactarlo con eficacia sino, a lo más, como un medio de concluir con el matrimonio: no para permanecer en él". Y en el mismo sentido, GARCÍA CANTERO† es tajante al argumentar que "hay que seguir manteniendo que se trata de normas imperativas, al menos en el sentido de que serían nulos radicalmente los pactos en virtud de los cuales los cónyuges se comprometiesen a no convivir nunca, se autorizasen recíprocamente a mantener relaciones sexuales con terceros o se dispensasen del deber de alimentos."

GETE - ALONSO‡ nos comenta que cualquier pacto previo a la celebración del matrimonio, destinado a eliminar radicalmente cualquiera de los deberes y derechos, acarrearía la inexistencia del consentimiento matrimonial y la nulidad del matrimonio con independencia de que el consentimiento de los contrayentes haya sido prestado en forma voluntaria o por medio de engaños, como la simulación.

Contrario al parecer mayoritario, es la posición de RAGEL SÁNCHEZ;§ para este autor, los deberes y derechos conyugales, después de contraído el vínculo matrimonial, son plenamente disponibles para los cónyuges mediante pacto, aun cuando éstos quieran seguir casados, pero se dispensan recíprocamente de un deber o derecho, como el de convivencia. Sólo advierte que estos pactos, en los cuales se renuncia a la exigibilidad de algunos deberes y derechos, serán válidos en la medida que respeten la dignidad de los cónyuges, conserven éstos la facultad de desistirse del mismo en cualquier tiempo, y no comprendan la totalidad de los deberes y derechos conyugales, ya que esto último importaría un pacto de separación de hecho y no de concreción o modalidad de la convivencia.

Los deberes y derechos conyugales, no son susceptibles de ser derogados ni modificados sustancialmente, son deberes legales, ya que ellos, constituyen el verdadero contenido de la unión matrimonial en lo concerniente a sus efectos personales. A pesar de los cambios importantes en su concepción, el contenido mínimo del mismo se ha mantenido; el deber de respeto, ayuda y socorro mutuo, de vivir juntos, y fidelidad, a nuestro entender, es lo que precisamente compone al matrimonio, o mejor dicho, lo que da vida al vínculo que de él emana. No existe el "matrimonio a la carta", lo cual en definitiva viene a reafirmar el carácter jurídico de los deberes conyugales.

Después de celebrado o contraído el matrimonio, es posible que los cónyuges dispongan de la obligatoriedad de los deberes y derechos conyugales; sostener lo contrario se

---

* LACRUZ BERDEJO, José Luis. (Coord.) "Comentario al artículo 68", revisado para la 2º edición por Joaquín RAMS ALBESA y Jesús DELGADO ECHEVERRÍA. Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil, segunda edición. Madrid, Civitas. 1994.

† GARCÍA CANTERO, Gabriel. Comentarios al CC y Compilaciones forales dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Madrid, 1982 pp. 192 y ss. arts. 42 al 107.

‡ GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen. Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Madrid. 1984 pp. 134 y ss.

[20] RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. Los deberes conyugales. Anuario de la Facultad de Derecho, Nº 14-15, 1996-1997, págs. 261-314.

justifica en teoría, pero desconoce cierta realidad sociológica que se respira en el ambiente actual. Existen muchos matrimonios en la sociedad cubana cuyos integrantes cumplen todos y cada uno de los deberes y derechos conyugales, pero también existen otros en los cuales los cónyuges se han dispensado, anticipada o posteriormente, mediante pactos o convenios expresos o incluso tácitos y, preferentemente verbales (dudamos que podamos encontrarnos con un pacto escrito de esta naturaleza, pero aun así, no descartamos dicha posibilidad), la obligatoriedad de alguno de los deberes conyugales –se han otorgado ciertas "licencias matrimoniales"- pero aun así, siguen manteniendo y alegando, férreamente, la existencia y vigencia de su vínculo matrimonial.

Un breve análisis del contenido y significación de cada uno a la luz de la legislación familiar cubana, nos lleva al repaso de los principios o postulados éticos-jurídicos que los sustentan, recogidos en los artículos del 24 al 28 del Código de Familia a los cuales les remito: la absoluta igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges sobre la base de la convivencia, lealtad, consideración, respeto y ayuda mutua; la coparticipación de ambos cónyuges en las tareas domésticas, la educación, formación y guía de los hijos y el gobierno del hogar; el cumplimiento de los deberes con el otro cónyuge y la satisfacción de las necesidades de la familia según sus facultades y capacidad económica; y el ejercicio de los derechos individuales y de superación personal, sin descuidar el cumplimiento de las obligaciones conyugales.

Principios que se traducen concretamente en los deberes de lealtad y fidelidad, de cohabitación, de respeto y de asistencia. Si bien estos dos últimos son los que más engarzan con el tema central de esta intervención, detengámonos en el contenido de cada uno de ellos.

Deber de lealtad o fidelidad

La tutela jurídica ante el incumplimiento de este deber sufrió una ruda transformación con la abolición en nuestra legislación (y en muchas) del delito de adulterio y de éste como causal de divorcio culpable.

Cuando hablamos de infidelidad enseguida pensamos en el adulterio, que como es sabido, consiste en el hecho de mantener una persona casada relaciones sexuales con persona distinta a su cónyuge. Idea bastante generalizada incluso entre juristas que hacen coincidir el deber de fidelidad con la reprobación del adulterio (por la importancia que se le concede a la infidelidad sexual) y no estiman que haya infidelidad en las relaciones con otras personas si no llegan a consumarse carnalmente.

Infidelidad o deslealtad (que en su contrario es la nomenclatura que usa el Código de Familia cubano) es mucho más amplio. Se producirá cuando exista una conducta deshonesta, indecorosa ya se trate de una actividad sexual, afectiva, familiar o social, se traiciona de cualquiera de estas maneras.

- no implica la recíproca disponibilidad sexual de los cónyuges obtenida por la fuerza, pero es una consecuencia necesaria del matrimonio monogámico que exige la exclusividad de las relaciones sexuales entre los cónyuges.
- Va más allá de la reprobación de la conducta adúltera. La fidelidad es comunión de intereses, apoyo moral ante cualquier circunstancia que no entrañe renuncia

a nuestros principios.

- Es el deber de fidelidad el que queda gravemente infringido cuando no hay balance o reciprocidad en la dedicación física y espiritual, que conlleva una lealtad mutua. Es evidente que el deber de fidelidad implica una renuncia a la libertad sexual y, en cierto modo, a la afectiva. Hay que tener en cuenta que determinadas actitudes y comportamientos por parte de uno de los cónyuges pueden resultar ofensivos y lesivos a la dignidad del otro esposo, hiriendo su sensibilidad.
- Es un deber recíproco, permanente, absoluto incompensable e inexcusable (no puede excusarse alegando incumplimiento del otro) y permanente durante la vigencia del matrimonio. La infidelidad de uno no habilita al otro a ser infiel. En principio subsiste hasta la disolución del vínculo.
- Tiene dos aspectos uno positivo y otro negativo, el primero implica el derecho a mantener relaciones sexuales con su cónyuge, y el negativo obliga a ambos a abstenerse de hacerlo con otra persona que no sea su marido o esposa.

Deber de Cohabitación

Que implica mantener un hogar común como elemento normal, natural del matrimonio y no puede limitarse a una simple apariencia de vida común sino que implica un comportamiento de convivencia. Es el deber conyugal por excelencia, pues sólo cuando existe una auténtica y verdadera convivencia pueden cumplirse con intensidad los restantes deberes conyugales.

No obstante, y en el caso de Cuba ello se acentúa con sus propios matices, la convivencia no es imprescindible para que exista el matrimonio pues pueden los cónyuges no convivir físicamente por propia o por causas ajenas a la voluntad y será un matrimonio relajado, o carente de recursos para proveerse de vivienda común, o en crisis o fracasado, pero matrimonio al fin y al cabo.

La convivencia necesita de la presencia del corpus y del animus. Y esto último es lo importante, más que el dato fáctico de tener un lugar común donde residir, debe tenerse en cuenta preferentemente el dato intencional.

No obstante la falta del dato fáctico de cohabitación debe ser provisional y externo a la pareja, que desean sinceramente vivir juntos, pero no pueden hacerlo por el momento por motivos económicos, de trabajo, de ampliación de estudios, de enfermedad propia o de un familiar, u otros.

Contempla la prestación del débito carnal aunque este tópico lo veo más asociado a los aspectos positivo y negativo del deber de fidelidad que antes mencionaba. La persona que contrae matrimonio o decide vivir en pareja pretende mantener normalmente con su cónyuge relaciones sexuales. La negativa continuada e injustificada producirá a la larga una crisis matrimonial que afectará a la relación conyugal y conducirá a una situación de falta de convivencia. Pero ello no significa que se deba, en defensa del deber de convivencia, obligarse a las relaciones sexuales pues ello atentaría contra la dignidad de la persona y su libertad sexual y terminaría solapándose en sutiles coacciones, conductas de violencia sexual.

Implica coexistir en un mismo espacio físico salvo excepciones, por ejemplo, razones de trabajo, enfermedad, amenazas, etc.

Deber de Respeto

¿Qué puede significar la imposición de una específica obligación-deber de respeto cuando, en sentido general, todos estamos obligados a ello?

El deber conyugal de respeto mutuo es mucho más intenso que el deber general de respeto que merece toda persona por el hecho de serlo pues una persona vinculada conyugalmente tiene, además, el derecho a que su pareja respete el lugar y privilegio que ocupa dentro de la familia.

Entraña conducta considerada, ausencia de actitud injuriosa o vejatoria de obra o de palabra, reconocimiento de una esfera de libertad personal y seguridad a salvo de injerencias e intromisiones del otro, de reconocimiento a los derechos de la personalidad y a la esfera privada del otro cónyuge, a la correspondencia, a su profesión, a sus convicciones religiosas y políticas, incluso la imposición de prácticas anticonceptivas como condición para las relaciones sexuales. O sea, es un deber general, pero que se proyecta, de una manera especial, en el seno del matrimonio, prohibiendo los malos tratos físicos y psíquicos, así como la esfera de intimidad personal y los derechos de la personalidad.

Se trata de mantener en el seno de la relación conyugal una conducta considerada, amable y cortés. Es, en definitiva, la ausencia de expresiones despreciativas, injuriosas o lesivas a la integridad del otro esposo y el deber de respetar el marco de libertad que cada cónyuge tiene y que no ha de perder por el hecho de contraer matrimonio.

Deber de Asistencia

Teniendo el matrimonio la finalidad de establecer una comunidad de vida, la idea que debe primar es la de la colaboración y cooperación, de contribución de esfuerzos, de aunar voluntades para encontrar soluciones a los avatares de la vida; de la misma manera que se disfruta de los buenos momentos, hay que dar la talla en las situaciones más desfavorables.

Implica la ayuda y el socorro mutuo que abarca situaciones de muy diversa índole que van desde al auxilio meramente monetario hasta la satisfacción de atenciones de carácter físico o espiritual.

Supone la solidaridad personal, la coparticipación en todos los sucesos de la vida (alegrías, dolores, éxitos y fracasos), el auxilio en caso de enfermedad, incluso si esta es prolongada y deber mutuo de alimentos (en su más amplio concepto).

Supone compartir las cargas propias del matrimonio y de la familia, entendidas éstas no sólo como cargas económicas, sino, también, de cara a la esfera afectiva, psicológica y espiritual. Comprende, además de lo que materialmente pueda entenderse como alimentación (deber legal de alimentos), otros cuidados de orden ético y afectivo; asistencia al cónyuge enfermo, que no quede desvalido; colaboración en las tareas domésticas; cuidado y educación de los hijos comunes.

El deber de asistencia tiene dos aspectos, uno material y otro moral o espiritual, el primero (material), comprende alimentos, ropa, etc. y el segundo (moral o espiritual), se refiere al apoyo psicológico, que se traduce en estímulos al otro cónyuge

para el logro de proyectos y la participación en todas las situaciones felices y desdichadas de la vida familiar.

Estos deberes deben entenderse en un sentido más amplio que el atribuido a estas categorías. En efecto, el deber de solidaridad entre los cónyuges los obliga a adherirse sincera y activamente a los intereses del otro manifestando interés, unión y disposición a colaborar, por lo tanto va mucho más allá de la simple asistencia, contribución recíproca o socorro, exige esfuerzos mancomunados para que la relación subsista, compresión mutua de entendimiento afectuoso a fin de conocer y entender cuáles son las metas en la vida; respeto recíproco el cual supone la aceptación y tolerancia de los gustos, deseos y preferencias del otro, así como el reconocimiento de los derechos del otro a manifestar su individualidad, a desarrollar su personalidad, a conducir el hogar, a formar y orientar a los hijos y opinar en los asuntos relativos a la vida en común.

¿Cómo enlaza todo lo dicho con los actos de violencia dentro de la relación de pareja? Pues que el vehículo para el incumplimiento del contenido de cada uno de estos deberes puede ser, y generalmente es, a partir de manifestaciones de la violencia en sus múltiples formas de presencia.

Consecuencias

A la luz de nuestro ordenamiento jurídico, si se violan estos postulados jurídico-morales que a modo de apercibimiento es el que lee el Notario o el Registrador en el acto de formalización del matrimonio, en vez de una sanción jurídica resguardadora, se produce el efecto contrario, la posible disolución del matrimonio por causa de divorcio. El cónyuge que sufre dicho incumplimiento insta la separación o el divorcio no para reparar el mal causado, sino para evitar que se agrave.

Hay que reconocer que superar el sistema de divorcio sanción, caracterizado por la búsqueda a ultranza de un culpable y de un inocente, significó un enorme paso de avance. El matrimonio es cosa de dos y el que esté libre de culpas…. El cambio decisivo vino con la supresión de todo requisito de culpabilidad instaurándose el sistema de divorcio remedio con todo lo bueno que ello significó, pero que trajo como compañía el debilitamiento de los deberes recíprocos al interior de la pareja. De tal suerte, aunque el cónyuge sea abusivo, infiel, desconsiderado, irrespetuoso y egoísta, aunque asuma que el hogar es como un hostal donde recibir comida, baño, sexo y lecho sin pagar a cambio pensión ni renta, o no colabore en las tareas comunes ni le importen las propias del otro, si a pesar de todo ello se sigue adelante con el matrimonio, nada perturba a la institución desde el punto de vista jurídico.

En cambio, sí será la causa subjetiva que incida como razón primera para acceder a la separación o al divorcio. La desatención, la infidelidad, la humillación, la falta de colaboración, o peor, los malos tratos no necesitan ser acreditados; basta con incitar el divorcio y será oída la pretensión. “El Derecho ya no quiere saber nada de lo que pasa de puertas adentro en un matrimonio y que no sea delictivo, ya que mientras alguno de los miembros de la pareja no proteste y diga que lo deja, el matrimonio lo es plenamente y a todos los efectos; y cuando ése decide divorciarse, el Derecho tampoco quiere escuchar excusas ni razones, le dan igual los motivos y tanto vale que yo quiera

divorciarme porque mi mujer no colabora en las tareas domésticas como porque he dado con otra que ahora me apetece más para compartir techo y tálamo."*

¿Qué efecto se produce si la pareja no vive junta, o si no son leales y fieles unilateral o recíprocamente o no se auxilian ni se asisten ni colaboran en beneficio de la familia creada o si cada quien se dedica a velar por sus propios intereses en lugar de actuar en interés de la familia? Es decir, ¿qué pasa en el ámbito jurídico si se desconocen consciente o inconscientemente, abierta o solapadamente todos y cada uno de los deberes consustanciales a la vida en común, de pareja?

Mal que nos pese, no sucede absolutamente nada, excepto que alguna de esas omisiones derive en una conducta tipificada como delictiva en el Código Penal. Si convertimos esos deberes en simples declaraciones de principios, en conceptos abstractos, en llamados a la bondad y a la convivencia pacífica, en un desiderátum filosófico bellamente adornado por la prosa pero sin sus correlativos mecanismos de coerción que los haga reales y exigibles, serán, con mucho, deberes aparentemente jurídicos.

Todas estas razones, que no dejo de reconocer como ciertas, no dejan de mortificarme, de atormentarme, para terminar por rebelarme como jurista, como familiarista, como ser social y como persona. Y por eso no deja de causarme cierto regocijo tropezarme con noticias como la que nos da cuenta de la condena impuesta a un francés a pagar 10.1 euros por incumplir los deberes conyugales† a pesar del absurdo que encierra en sí misma.

Y se me ocurre que como deberes de carácter jurídico al fin, es posible prever, al menos en el plano del deber-ser, algunas consecuencias o efectos jurídicos palpables que se deriven del incumplimiento de los deberes conyugales en general, pero especialmente cuando involucra algún hecho de violencia en cualquiera de sus manifestaciones.

Como estamos en un Evento dedicado a las cuestiones de Género vistas bajo el prisma del Derecho, me explayaré especialmente en los efectos que pudieran producirse para el Derecho de Familia en relación con la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores y las causas de incapacidad (prefiero el término indignidad) para suceder cuando están presentes hechos de violencia contra la pareja.

Para el régimen sucesorio.

En el derecho cubano se unifican las normas contentivas de las causales de desheredación, de incapacidad e indignidad para suceder, bajo la denominación de incapacidades para suceder, (cfr. artículos 469 y 470 del Código Civil), es decir, que el legislador cubano no distinguió entre causales de incapacidad para suceder, de las

*GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Hay deberes matrimoniales? http://almacendederecho.org/hay-deberes-matrimoniales/

† Un tribunal francés condenó a un hombre a pagar 10.000 euros a su esposa en concepto de daños y perjuicios por haber incumplido durante años el deber de mantener relaciones sexuales con ella. Estaban casados desde 1986 y tenían de dos hijos. El tribunal se basa en el artículo 1382 del código civil, que prevé que cualquier persona "que causa daño a otra" debe repararlo. Sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de Aix en Provence, en Francia. www.eluniversal.com.co 29 de noviembre de 2011.

causales de indignidad y las causales de desheredación a pesar de sus notables diferencias.

El legislador cubano, además, inspirado en la nobleza que dignifica su concepción al distinguir lo más posible al heredero especialmente protegido del heredero forzoso, mutiló la facultad del testador para desheredar o privar de la porción especialmente reservada por ley a quienes tienen derecho a ella, excepto que obedezca a una causa justa reconocida expresamente en la ley. La ponderación del legislador al sopesar entre la justeza de conceder al testador la facultad de privar de la legítima a los herederos con derecho a ella por las causas previstas en la ley por una parte y la sobreprotección a ultranza de quienes necesitan una tutela en el orden sucesorio por el estado de dependencia económica respecto del causante o por su inaptitud para trabajar por la otra, lo hizo inclinarse por lo segundo, logrando con ello no solo imponer la prelación, sino el destierro del Código Civil de las normas sobre desheredación.

No obstante, creo entender que la cátedra de Sucesiones de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana abraza el criterio más coherente con la naturaleza jurídica de las instituciones en comento: existiendo un heredero especialmente protegido a quien le corresponde la mitad de la herencia, pero que estuviere sujeto a una causal de incapacidad para suceder de las reguladas en el artículo 469 de dicho cuerpo legal, deben prevalecer estas causales sobre la cualidad de especial protección.

Las causas de incapacidad para heredar reconocidas en el Código Civil cubano en sus artículos 469 y 470, en síntesis incluyen a los que:

a) hayan atentado contra la vida del causante o de otro heredero o beneficiario de la herencia;

b) hayan empleado engaño, fraude o violencia para obligar al causante a otorgar una disposición testamentaria o a cambiar o dejar sin efecto la otorgada;

c) hayan negado alimentos o atención al causante;

d) hayan abandonado definitivamente el país.

De todas estas sólo nos interesan a nuestros objetivos la a) y la c), contestes con los deberes de respeto y auxilio mutuo.

a) Hayan atentado contra la vida del causante o de otro heredero o beneficiario de la herencia.

Y aquí hay más preguntas que respuestas

¿Se puede considerar que las actitudes de violencia de género están comprendidas en este inciso, aun si la intención no es atentar contra la vida de la pareja o del cónyuge, sino simplemente regodearse en el abuso?

La existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge ¿pueden subsumirse en este pronunciamiento? ¿Dónde encuadra la violencia psicológica?

¿Para que pueda apreciarse, se precisará de la existencia de un matrimonio o unión no separada de hecho, ni en trámites de divorcio?

¿Qué quiere decir, o cuál es el alcance de la frase "atentar contra la vida? ¿Se necesita de una condena en juicio penal? ¿O valen los indicios fundados de violencia de género?

Esto necesita ser aclarado e incluir un supuesto de incapacidad vinculado a los

supuestos de violencia de género; o en el peor de los casos extender la interpretación a estos extremos con una muy longa, amplia y maleable discreción aplicable a los sucesos de violencia.

Porque si a lo que conducen es a la separación o al divorcio no es preciso acudir a la causa de incapacidad pues ya no hay llamamiento sucesorio a favor del agresor. Pero si tras el episodio de violencia la pareja mantiene su vida en común porque nunca la llegan a interrumpir, sea por la compulsión y dependencia psicológica a la que suelen estar sometidas las víctimas, sea por la sistematicidad del maltrato que la coloca en una espiral de la cual no puede salir, todo se queda en la nada.

Y si se tratare de una disposición testamentaria, ¿habría que acreditar los malos tratos?, ¿quién estaría legitimado para ello?, ¿se puede considerar que se ha producido un incumplimiento grave de los deberes conyugales y asimilarlo a esta causa de incapacidad?

Otras dificultades aparecerían si está pendiente el proceso de divorcio. En efecto, es posible que el fallecimiento del cónyuge se produzca una vez iniciada la acción y antes de la sentencia firme. ¿Qué hacer? ¿Habrá que demostrarlo y será necesario ventilar esta ignominiosa situación?

Pero hay más preguntas: una víctima de violencia de género, tras sufrir repetidas agresiones, prolongadas por años, termina matando a su pareja de manera dolosa y resulta condenada por ello, ¿pierde igualmente los derechos sucesorios que pudieren corresponderle?

La aplicación neutra de la norma conduciría al mismo resultado y merece la pena meditar sobre ello.

c) Hayan negado alimentos o atención al causante

Menos interrogantes nos provocan este supuesto de incapacidad pues aparece más clara su tipificación como una de las manifestaciones del deber de asistencia o, más precisamente, del incumplimiento de una de las formas en que se puede expresar el deber de asistencia, ayuda y socorro mutuos. Pero ¿qué significa negar atención? ¿Incluye el incumplimiento del deber de asistencia?

En resumen, prever la violencia de género como causa expresa de incapacidad supondría la concreción del principio según el cual nadie puede tomar ventaja de su propia acción ilícita que alcanza no sólo la incapacitación del maltratador respeto de su cónyuge o pareja sino que se extiende a los hijos que maltrataren a sus padres y en general a todos aquellos que resultasen responsables de actos de violencia doméstica.

Para la patria potestad*

La patria potestad es una función que debe desarrollarse siempre en interés de los menores, criterio que regirá la apreciación y regulación de su contenido y de todas sus derivaciones. Este es el norte que nunca ha de perderse. Cuando se puede poner en peligro este interés superior por el grave incumplimiento de los progenitores de sus deberes para con sus hijos e hijas, el ordenamiento jurídico ha previsto medidas como

* Usando nuestra nomenclatura aunque ya prefiero llamarle responsabilidad parental

la suspensión o la privación de la patria potestad, o las penas accesorias para las que regula el Código Penal la pérdida de la patria potestad. *

Pero estamos ante el supuesto de violencia, no contra el hijo o hija, sino contra su madre o padre. ¿Quién duda de que uno de los más graves incumplimientos de lo deberes derivados de la patria potestad es la violencia de género? ¿Nos permiten las normas contenidas en los artículos correspondientes del Código de Familia actuar en consecuencia –no lo creo- o nos obligan a estirar extremadamente su influjo a estos casos?

Colocándonos en los supuestos más visibles (violencia contra la mujer), atentar contra la vida o la integridad física de la madre por parte del padre quebranta no sólo el supremo interés de los menores al desarrollo de su personalidad, sino también contra los derechos fundamentales de la madre a su integridad o vida que deben prevalecer sobre el derecho de los padres maltratadores a relacionarse con sus hijos. Es por ello que en casos de violencia de género se justifica plenamente la privación de la patria potestad del maltratador respecto de sus hijos, o –al menos- imponerle serias limitaciones en su ejercicio.

---

* ARTICULO 85. La patria potestad comprende los siguientes derechos y deberes de los padres:

1) tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado; es esforzarse para que tengan una habitación estable y una alimentación adecuada; cuidar de su salud y aseo personal; proporcionarle los medios recreativos propios para su edad que estén dentro de sus posibilidades; darles la debida protección; velar por su buena conducta y cooperar con las autoridades correspondientes para superar cualquier situación o medio ambiental que influya o pueda influir desfavorablemente en su formación y desarrollo;
2) atender la educación de sus hijos, inculcarles el amor al estudio; cuidar de su asistencia al centro educacional donde estuvieren matriculados; velar por su adecuada superación técnica, científica y cultural con arreglo a sus aptitudes y vocación y a los requerimientos del desarrollo del país y colaborar con las autoridades educacionales en los planes y actividades escolares;
3) dirigir la formación de sus hijos para la vida social; inculcarles el amor a la patria, el respeto a sus símbolos y la debida estimación a sus valores, el espíritu internacionalista, las normas de la convivencia y de la moral socialista y el respeto a los bienes patrimoniales de la sociedad y a los bienes y derechos personales de los demás; inspirarles con su actitud y con su trato el respeto que les deben y enseñarles a respetar a las autoridades, a sus maestros y a las demás personas;
4) administrar y cuidar los bienes de sus hijos con la mayor diligencia; velar porque sus hijos usen y disfruten adecuadamente los bienes que le pertenezcan; y no enajenar, permutar ni ceder dichos bienes, sino en interés de los propios menores y cumpliendo los requisitos que en este Código se establecen;
5) representar a sus hijos en todos los actos y negocios jurídicos en que tengan interés; completar su personalidad en aquellos para los que se requiera la plena capacidad de obrar; ejercitar oportuna y debidamente las acciones que en derecho correspondan a fin de defender sus intereses y bienes.

ARTICULO 93. (Modificado). Ambos padres, o uno de ellos, perderán la patria potestad sobre sus hijos:

1) cuando se les imponga como sanción por sentencia firme dictada en proceso penal;
2) cuando se atribuya a uno de ellos por escritura notarial o por sentencia firme dictada en proceso de divorcio o de nulidad de matrimonio o se prive a ambos por resolución judicial.

ARTICULO 94. La patria potestad se suspende por incapacidad o ausencia de los padres, declarada judicialmente.

ARTICULO 95. Los tribunales, atendiendo a las circunstancias del caso, podrán privar a ambos padres, o a uno de ellos, de la patria potestad, o suspenderlos en el ejercicio de ésta, en los casos de los artículos 93 y 94 , o mediante sentencia dictada en proceso promovido a instancia del otro o del fiscal, cuando uno o ambos padres:

1) incumplan gravemente los deberes previstos en el artículo 85;
2) induzcan al hijo a ejecutar algún acto delictivo;
3) abandonen el territorio nacional y, por tanto, a sus hijos;
4) observen una conducta viciosa, corrupta, delictiva o peligrosa, que resulte incompatible con el debido ejercicio de la patria potestad;
5) cometan delito contra la persona del hijo.

En la misma línea de pensamiento y de acuerdo a la particularidad de cada situación, (y dando por sabido que no debe confundirse la guarda y custodia que se refiere a los cuidados diarios y a la convivencia con los hijos e hijas, con la noción más amplia de la patria potestad) en los casos de violencia de género, aunque no se imponga la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación para la misma ni tampoco se le prive del ejercicio de la patria potestad al maltratador, sí podría privársele de la guarda y custodia atribuyéndola en exclusiva al otro progenitor aun en caso de que no se esté tramitando el divorcio, lo cual implicaría ciertas reglas de alejamiento físico o de abandono forzoso del domicilio familiar.*

Y vuelven las interrogantes.

Si la ley pudiera prever que los maltratadores pierdan no sólo la custodia de sus hijos, sino también la patria potestad, ¿se necesitaría de una condena penal?

¿Sólo será viable cuando se pruebe las lesiones o el intento de asesinato o el asesinato mismo, o, como nos preguntamos en el supuesto anterior, sería posible para los casos en que no existe proceso penal en curso pero el órgano jurisdiccional advierte, durante la tramitación del proceso de familia y a partir de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia intrafamiliar?

Ante la ausencia de un pronunciamiento específico para este tipo de conductas ¿Se podrá privar de la patria potestad en la misma condena o será necesario acudir a la vía civil para la privación y evitar así dilaciones perjudiciales para los hijos menores?

¿Estas decisiones deberán adoptarse únicamente cuando exista un riesgo claro de perjuicio para el menor? No lo creo. Para mantener en común y con toda fluidez un régimen de guarda y custodia y de comunicación debe existir entre los progenitores una relación de respeto mutuo que permita el desarrollo normal tanto para los propios progenitores como también – y lo que es más importante – para la salvaguarda del interés de los menores.

Jamás debería prevalecer como criterio cualificador del interés superior, el argumento de que lo mejor para el menor es el respeto al principio de coparentalidad que defiende la

---

* Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Presidente Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán. Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Sentencia nº: 36/2016 de fecha 04/02/2016 Procedencia: Audiencia Provincial Bizkaia. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Legislacion-y-jurisprudencia/ Jurisprudencia-espanola/ Violencia de género y custodia compartida: La Sentencia de fecha 09 de Febrero de 2016 dictada por el Tribunal Supremo Español sienta un importante precedente jurisprudencial en casos de violencia de género o familiar y la atribución de la guarda y custodia. En esta ocasión, el Alto Tribunal ha estimado el Recurso de Casación que había interpuesto una madre víctima de violencia de género por el que solicitada que se denegara el régimen de guarda y custodia compartida entre ésta y su ex marido por haber sido condenado éste – padre de las menores – por un delito de violencia de género. La madre aportó en el procedimiento judicial en el que se estaba decidiendo el régimen de custodia una Sentencia dictada previamente por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Esta Sentencia condenaba al otro progenitor como autor de un delito de amenazas dentro del ámbito familiar. Esa Sentencia, condenaba al padre por unos hechos producidos durante el día de Reyes, cuando la madre hizo entrega de las menores al padre para que las menores pudieran estar en compañía de ambos progenitores. En ese contexto, el padre amenazó gravemente a la madre al gritarla "como no me den la custodia compartida te arranco la piel a tiras. Como me quites la custodia compartida, aunque sea lo último que haga, te meto una hostia aquí mismo, mentirosa de la hostia, esto va a acabar mal para todos, perra de la hostia, te va a tocar la gorda, la gorda te va a tocar". El Juzgado de Violencia sobre la Mujer consideró probados estos hechos y condenó al padre como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar. Esta condena, en contra del criterio de instancias judiciales previas, ha supuesto para el Tribunal Supremo la adopción de la fijación de un régimen de guarda y custodia monoparental a favor de la madre.

relación con ambos progenitores a pesar de ser uno de ellos un abusador con el otro aunque no lo sea con su hijo o hija. Sólo con un distanciamiento del progenitor violento pueden los menores dejar de identificarse con esas conductas y regenerar su psiquis y su autoestima. Para que esos niños y niñas se puedan sanar es fundamental que crezcan alejados de la violencia y se les eduque en los valores de igualdad. Otra solución es impensable: el binomio marido violento/padre amoroso o la hipótesis de que un maltratador puede ser buen padre no se sostiene. Un maltratador no es un buen padre.

En un reportaje periodístico* en ocasión del Día de la No Violencia contra la Mujer en el año 2014, una joven periodista nos advierte de algo que sabemos de sobra los juristas.

- El crimen por violencia de género no está recogido como concepto en ningún instrumento jurídico.
- El Código Penal cubano prescinde de este tipo de delito por cuestiones de género y sus múltiples manifestaciones sin una respuesta con tratamiento específico: canaliza estas conductas a través de los tipos delictivos de alcance general (homicidio, asesinato, lesiones, coacción o amenazas)

Aunque en el delito de asesinato exista una tipicidad dirigida al agresor en condición de cónyuge o persona con determinado grado de parentesco; o el nivel de familiaridad se considere una agravante a la hora de juzgar una acción contra la vida y la integridad corporal, el desarrollo normal de las relaciones sexuales, la familia y la infancia, eso es insuficiente. O que para los casos de violencia psicológica se acuda al delito de coacción pero con la misma apreciación que se hace para cualquier persona que obligue a otra a algo no deseado y la violencia verbal pudiera recogerse como amenaza, eso es insuficiente. En ninguno de esos supuestos hay orientaciones para ejemplos específicos relacionados con las nociones de género.

- De igual forma, las lagunas en el Código Penal cubano en cuanto a la violencia de género, permiten que cuando una persona sea golpeada y no se visualizan lesiones que necesiten tratamiento médico, no sea considerado delito sino una contravención del orden público.
- Tampoco se consideran entre las acciones punitivas las de índole psíquica y económica que en muchos casos generan a la postre maltrato físico.

La ausencia de este enfoque en las leyes cubanas, y coincidimos solo en parte con la comunicadora, responde a que el fenómeno, aunque importante, no se considera de "alta peligrosidad" o extendido a gran escala social, lo cual no se corresponde enteramente con la realidad.†

---

* GARCÍA CARDENTEY, Mayra. Cubahora. Primera Revista Digital de Cuba. "Importante, ¿pero definitoria?" 25/11/2014.. www.cubahora.cu/cultura/importante-pero-definitoria.

† La ley no puede esperar a una explosión del fenómeno para tomar cartas en el asunto, especialmente cuando un ínfimo porcentaje de los hechos son denunciados ante las autoridades. Una señal de alerta nos llega, por ejemplo, del resultado arrojado por la investigación de campo realizado por la MsC. Filadelfa VIDAL AGUILAR y que nos da a conocer en la ponencia "Violencia contra la mujer. Manifestaciones y consecuencias en la sociedad contemporánea" presentada en la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y la que les remito. Si bien la muestra obtenida se enmarca en un territorio, edades y nivel educacional específico, se constató que más del 50 % de las mujeres encuestadas han sido víctimas de algún tipo de violencia al menos una vez en la vida y un 53,5 % han sido maltratadas en más de una forma. La forma más presente es la violencia psicológica (37 %) a través de los silencios, los gritos y las prohibiciones; en segundo lugar la violencia física (22 %) a través de los

En su parte general, la ley penal cubana establece en el artículo 38 como sanción accesoria la privación o suspensión de derechos paternos-filiales y de tutela para los delitos de violación, pederastia, abusos lascivos, ultraje sexual, incesto, proxenetismo y trata de personas y corrupción de menores. ¿Dónde quedan las situaciones de violencia en cualquiera de sus manifestaciones? El legislador debe incluir expresamente en la valoración del Tribunal la aplicación de la mencionada norma a todos los delitos en que se acredite la agravante de violencia de género.

En resumen, el Código Penal cubano no ofrece una adecuada respuesta al fenómeno de la violencia de género, regulando en el mismo sentido algunas figuras delictivas que pudieran encontrar cierta relación, pero que no son capaces de satisfacer con especificidad contundente las manifestaciones violentas dentro de la familia.

En este contexto juega un papel esencial la preparación especializada de los miembros de los tribunales de justicia familiar. Se deben abandonar los eufemismos y llamar a las cosas por su nombre: no estamos ante un "conflicto familiar" cuando de lo que se trata, en puridad, es de violencia, casi siempre masculina. En estos casos, como nunca, cobran vigencia y protagonismo los equipos multidiciplinarios de apoyo a la justicia familiar, profesionales capaces de identificar cuándo se está en presencia de la madre manipuladora, malintencionada, trastornada, y aficionada a las falsas denuncias contra el padre para conseguir beneficios económicos o para alejarlo de los hijos; o de ponderar si se trata de un menor manipulable, inmaduro, y sin un criterio claro de lo que le conviene, o si estamos en presencia de un lobo disfrazado de cordero. Hay que ser muy cuidadosos para evadir el efecto contrario y termine prostituyéndose este régimen de amparo al punto de convertirlo en una herramienta de chantaje o de clara desventaja.

## Palabras finales

Espero no haberlos aburrido demasiado sino, por el contrario, sembrar una pequeña inquietud, a partir del análisis de un elemento más que justifica el abordaje también desde la norma, de un fenómeno social latente en la sociedad y la familia cubana y que a veces preferimos ignorar: la violencia. Soy una convencida de que el enfoque de género es de suma importancia para pensar cambios radicales y necesarios en todo el plexo normativo cubano y, en especial, en el Derecho de Familia.

Hemos reflexionado sobre la naturaleza jurídica de los deberes conyugales que conforman el contenido personal de esa relación jurídica, pasando por un breve repaso del contenido de cada uno para razonar sobre las consecuencias jurídicas palpables que pudieren derivarse de su quebranto, especialmente, cuando tenga su origen en un hecho de violencia de género, sea respecto de la persona de la pareja o ex-pareja, sea de cara al impacto en la formación y desarrollo de la personalidad de sus hijos e hijas. La ley no debería declararse ni impotente ni incapaz de proveer los mecanismos legales para ello.

---

empujones, golpes y tirones de pelo; la tercera la sexual (17 %) y por último, la económica con el 14 % expresada en la centralización por el hombre del dinero devengado por ambos y la imposibilidad de la mujer de acceso al mismo. El principal victimario es el esposo, compañero o novio. Solo un 5 % de las mujeres maltratadas realizaron denuncia ante la autoridad competente. Cfr. Memorias de la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y otras disciplinas afines. La Habana. Mayo de 2013. Formato digital. pp. 809-841.

# CONTENIDO ECONÓMICO DE LA RELACIÓN JURÍDICA CONYUGAL

Sumario: Presentación del tema. Contenido económico de la relación jurídica conyugal. Confrontación histórica y de Derecho comparado. Regímenes económicos matrimoniales: Su clasificación. Régimen económico matrimonial de comunidad parcial o limitada. Régimen económico matrimonial regulado en el Código Civil español hecho extensivo a Cuba en 1889. Importancia de la Ley de 18 de julio de 1917. La Constitución de 1940 y su Ley complementaria (Ley 9 de 20 de diciembre de 1950). Principios cardinales en cuanto al régimen económico del matrimonio. Régimen económico matrimonial que regula el Código de Familia (Ley N° 1289 de 14 de febrero de 1975). La comunidad matrimonial de bienes. Concepto. Naturaleza jurídica. Comienzo y fin de la comunidad matrimonial de bienes. Renuncia a la misma. Bienes que integran la comunidad matrimonial de bienes. Bienes comunes. Bienes comunes por presunción legal. Bienes propios. Principios que rigen en la comunidad matrimonial de bienes. De las cargas y obligaciones de la Comunidad Matrimonial de bienes. Consideraciones generales. Qué es a cargo de la comunidad matrimonial de bienes. Administración y disposición de la comunidad matrimonial de bienes. Comentarios a la preceptiva del Código de Familia. Disolución y liquidación de la comunidad matrimonial de bienes. Consideraciones generales. Valoración especial acerca de la prueba de la posesión constante del estado conyugal. La comunidad matrimonial de bienes en liquidación. Vías para proceder a la liquidación. Características según causas de disolución. Reglas para liquidar la comunidad matrimonial de bienes. Plazo para liquidar la comunidad matrimonial de bienes. Importancia del Art. 40 del Código de Familia.

Presentación del tema:

Estas líneas se ocupan de los efectos o consecuencias jurídicas que surgen por el hecho de la formalización del matrimonio, pero también y para el caso Cuba, dado el especial tratamiento jurídico que se le confiere a la unión de hecho o matrimonio no formalizado, para los que surgen de este tipo de unión, con especificidades en las que nos detendremos más adelante.

Estas consecuencias jurídicas de la formalización del matrimonio, siguiendo los principios doctrinales, se contraen a los llamados efectos personales, de contenido más bien extrapatrimonial, concentrados en la pareja conyugal entre sí y por supuesto relacionados con los derechos y deberes conyugales (texto ya publicado) y a los efectos patrimoniales que se refieren al régimen económico del matrimonio al que se dedica el presente material docente.

Debemos sin embargo aclarar, como expresamos al inicio de esta presentación, que en cuanto a los efectos patrimoniales del matrimonio, resulta ahora obligado considerar jurídicamente no sólo al matrimonio civil, sino también a la unión no formalizada, por cuánto si ésta se reconoce judicialmente o se formaliza con carácter retroactivo, o simplemente se prueba la "posesión constante del estado de cónyuges", se aplicaría para esas uniones ya legalizadas o probadas en un proceso, el régimen económico del matrimonio formalizado que regula el Código de Familia, con efectos retroactivos desde la fecha de iniciada la unión. Tal situación difiere de los efectos personales del matrimonio, cuya naturaleza no es susceptible de valorarse con efectos retroactivos y por ello sólo es posible formular, como lo hicimos en ese caso, una recomendación moral, para que los "compañeros convivientes" asumieran los principios éticos

jurídicos del Código en cuanto al cumplimiento de los derechos y deberes conyugales.

Vistas estas diferencias de los efectos personales y económicos del matrimonio para nuestra realidad socio jurídica, comencemos entonces el estudio del llamado contenido económico de la relación jurídica conyugal y lo iniciaremos mediante un análisis histórico en el que confrontaremos también principios doctrinales y Derecho de Familia comparado.

1- Contenido económico de la relación jurídica conyugal. Confrontación histórica y de Derecho Comparado.

Ante todo, cuando nos referimos al régimen económico del matrimonio, estamos tratando del disciplinamiento jurídico que las distintas legislaciones establecen sobre el régimen de los bienes por razón del casamiento, que algunos autores denominan como "el derecho matrimonial patrimonial" o "régimen matrimonial pecuniario". De esta suerte los regímenes económicos matrimoniales "forman el estatuto que regula los intereses pecuniarios de los esposos entre sí y en sus relaciones con los terceros"(1)

La idea del disciplinamiento jurídico del contenido económico del matrimonio ha surgido en la historia desde siempre* por la fuerza de la naturaleza jurídica del matrimonio, como institución eminentemente pública, que obliga a la regulación de las relaciones jurídicas que surgen de la misma, máxime si se trata de la organización económica de la sociedad conyugal, si bien en algunas legislaciones, aunque sólo lo fuere para normar los trazos generales, en que debe acomodarse la manifestación de la voluntad humana, autonomía de la voluntad, que en este ámbito patrimonial es una expresión "ius privatista" dentro del Derecho de Familia.

Y todo ello porque el matrimonio supone la aparición inevitable de una serie de cargas, gastos, obligaciones relacionadas con la vivienda común, el sustento, la educación y formación de los hijos y otras, que constituyen lo que pudiéramos llamar la economía del matrimonio, que debe ser reglada jurídicamente aunque los bienes sean pocos o ningunos al momento de contraer o formalizar el matrimonio. También surgen cuestionamientos, constante matrimonio, y sobre todo, a su disolución, sobre la titularidad, administración y disposición de los bienes que se aportan primero y que se adquieren después durante la vida matrimonial y sobre la naturaleza jurídica de las cargas y obligaciones a cargo de la sociedad conyugal.

Todo ello ha obligado, como dijimos antes, a que en todo país, en todos los tiempos, se haya regulado un sistema económico por el que ha de regirse la institución del matrimonio. De este modo han surgido en la historia diferentes regímenes económicos, matrimoniales, tema del que nos ocuparemos de inmediato:

* La primera manifestación de este disciplinamiento (que subsiste todavía en algunas regiones del planeta) fue la compra de la mujer. En el Derecho Romano el régimen económico matrimonial no era convencional, sino legal asociado al matrimonio cum manu y más tarde relacionado con la institución de la dote. La institución de la dote se perfecciona técnicamente por la naturaleza del matrimonio cum manu (y su pleno desarrollo se produce cuando se extiende el matrimonio sine manu) y constituye el símbolo del régimen económico del matrimonio romano, que surgió como una reacción al sistema de la absorción por el marido, en plena propiedad, de todos los bienes de la mujer.
Como recordatorio a los alumnos, acotaré, que la dote es la aportación gratuita que la mujer u otra persona en su nombre hacía a su esposo por razón del matrimonio, con el fin de que éste lo administrara y con sus frutos ayudarle a subvenir a las cargas matrimoniales (ad sustinenda onera matrimonii).

1.1 – Regímenes económicos matrimoniales. Su clasificación.

La rica referencia histórica ha contribuido a la fundamentación de principios doctrinales generales que sustentan una clasificación grosso modo de estos regímenes, atendiendo a su origen y a sus efectos.

Así se ha establecido (2) que por su origen podemos distinguir: regímenes de carácter convencional y regímenes de carácter legal.

Por sus efectos, los regímenes económicos matrimoniales se dividen en: regímenes de comunidad, regímenes de separación y regímenes de participación.

Comencemos por la primera clasificación:

Regímenes de carácter convencional:

Como su nombre lo indica, un régimen es convencional cuando prima la voluntad de los contrayentes en su constitución y ello, mediante la celebración de unos pactos que se denominan comúnmente capitulaciones matrimoniales, pero que han recibido también la denominación de contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio o pactos nupciales.*

Por el contrario, un régimen tiene carácter legal, cuando es la propia ley y no la voluntad de los contrayentes la que decide qué régimen se aplicará a determinado matrimonio.

Por regla, cuando los cónyuges no se pronuncian por vía convencional se establece por ley un régimen de carácter supletorio.

Por la segunda clasificación, o sea, por sus efectos, circunscribiéndonos ahora, a los regímenes de comunidad, comentaremos que se caracterizan por la existencia de un patrimonio común a ambos cónyuges, patrimonio que no tiene que ser excluyente de posibles patrimonios propios de cada uno de los cónyuges.

La Comunidad de los bienes puede ser universal: Todos los bienes presentes y futuros del matrimonio son comunes o la comunidad puede ser parcial o limitada: comprende únicamente a concretas categorías de bienes: ganancias, muebles, muebles y ganancias, bienes futuros, etc. En esta llamada comunidad parcial o limitada, coexisten tres patrimonios distintos: el común, el del marido y el de la esposa, es decir, hay al mismo tiempo bienes que pertenecen al matrimonio y otros que son propiedad exclusiva de cada esposo.

Exhorto a los alumnos a interiorizar esta modalidad de régimen de comunidad, por la trascendencia que tiene para nuestro sistema económico matrimonial, como veremos más adelante.

---

* Según DE LOS MOZOS, en España, la costumbre de otorgar capitulaciones matrimoniales es relativamente reciente, pues no se extiende hasta los siglos XVII y XVIII, posiblemente como consecuencia de la generalización del mayorazgo en los territorios de Derecho Común, lo mismo que había pasado en otras partes de Europa. Lo cierto, acota el autor, que aparecen en la época pre-capitalista, anterior a la "revolución industrial". En épocas anteriores eran desconocidas; los romanos no las otorgaban, su régimen económico no era convencional, constataban solamente la aportación de la dote. José Luis DE LOS MOZOS. "Comentarios al Derecho Civil y Compilaciones Forales", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 176. LALINDE ABADÍA, J., por su parte expresa que "los pactos matrimoniales crecen progresivamente, pero no se articulan en un solo documento hasta el siglo XIV en que adoptan la forma capitular… Consultar a LALINDE ABADÍA J, en "Iniciación histórica al Derecho español", Editorial Ariel, Barcelona, 1978.

Continuando con la explicación del tema añadiremos que a su vez los regímenes de separación, se caracterizan por la ausencia de un patrimonio común a los cónyuges. No existen más patrimonios que los propios de cada cónyuge. Si cada cónyuge administra su propio patrimonio, la separación es absoluta, si el marido es el que administra (a veces obtiene la propiedad de los bienes de su mujer) y disfruta sus propios bienes y los de su mujer, todos o parte, para con los mismos ayudar al levantamiento de las cargas matrimoniales, como vimos antes, (en nota a pie de página) se trata entonces del sistema dotal.

Acerca de las precisiones conceptuales entre el régimen dotal y el régimen de separación de bienes, siguiendo a PUIG PEÑA (3) afirmaremos que "se objeta, sin embargo, que el régimen dotal no es de necesidad articularlo siempre en un régimen de separación, pues puede perfectamente coincidir con un régimen de comunidad, aparte de que la típica escisión del patrimonio femenino (bienes dotales, bienes parafernales) puede no darse, si la mujer entrega en dote todos sus bienes, careciendo por ende de parafernales"* (Parafernales, de: Para, fuera o al lado de y pherna, dote o sea bienes propios de la mujer, no incluidos en la dote).

Por último el sistema de participación en las ganancias se presenta como un sistema mixto entre el de comunidad y el de separación, pues durante la vida del matrimonio, funciona como si fuera de separación, pero una vez que se procede a su liquidación, se comporta como un régimen de comunidad en el que los cónyuges tienen derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.

De cuanto hemos informado hasta aquí, tal y como alerté a los alumnos en su momento, por su importancia para nuestro vigente régimen económico matrimonial retomaremos el estudio del régimen de comunidad de bienes parcial o limitada. Las razones que nos llevan a ello las explicaremos de inmediato: El régimen de comunidad universal de bienes no está generalmente regulado en el Derecho comparado, aunque nada obsta para que sea asumido en capitulaciones, donde estas existan.

Tampoco nos detendremos en el régimen de separación, ni en el de participación en las ganancias, por no estar regulados en el vigente Código de Familia, aunque los alumnos deben profundizar en ellos mediante la utilización de la bibliografía que se acompaña en Notas al final del presente material docente. También la que se ofrece a pie de página.

Asimismo queremos adelantar que no se regula entre nosotros un régimen convencional, sólo un régimen legal, de carácter obligatorio, el de la comunidad matrimonial de bienes.

De ahí que nos interese especialmente profundizar en el régimen de comunidad de bienes parcial o limitada.

---

* Algunos autores, según PUIG PEÑA, entienden, que en su forma pura, el régimen dotal se caracteriza por la escisión del patrimonio femenino en dos masas articuladas en un sistema de separación de bienes: los dotales, que la mujer entrega al marido, que los administra sólo como compensación a las cargas, y los parafernales, que son los que la mujer no ha constituido en dote, y a la que corresponde el goce y consiguiente administración.
Adelantamos ahora la información acerca de que el régimen dotal, la dote como institución fue, entre nosotros, prácticamente eliminada, del Código Civil español, derogado en cuanto a su eficacia y aplicabilidad, por la Ley de 18 de Julio de 1917, (Ley de Parafernales) como veremos más adelante. También precisaremos la distinción entre régimen dotal y dote.

1.2 – Régimen económico matrimonial de comunidad parcial o limitada.

La coexistencia entre bienes comunes y propios en que se basa este tipo de régimen es característica del sistema que se regula en nuestro país, que se afilia a esta modalidad.

Este tipo de comunidad puede a su vez adoptar múltiples formas(4):

1– Comunidad de bienes muebles: En este sistema se hacen comunes los bienes muebles, adquiridos tanto onerosa como lucrativamente. Los bienes inmuebles son propiedad particular de cada cónyuge.

2– Comunidad de muebles y adquisiciones: Se distingue entre los bienes muebles que son comunes tanto al pactar la comunidad, como los que se adquieran posteriormente, ya sea la adquisición onerosa o gratuita. Los bienes inmuebles sólo son comunes cuando hayan sido adquiridos durante el matrimonio.

3– Comunidad de bienes futuros: Sólo se convierten en bienes comunes los que el matrimonio adquiera a partir de la vigencia del sistema ya sea la adquisición onerosa o gratuita y sin que la naturaleza mueble o inmueble del bien tenga relevancia. Los bienes anteriores a la vigencia son propios de cada esposo.

4 – Comunidad de adquisiciones onerosas: Los cónyuges tienen la propiedad de los bienes que les pertenecían con anterioridad al matrimonio y la de las adquisiciones que se realicen a título gratuito durante el matrimonio; por lo tanto sólo son comunes las adquisiciones onerosas realizadas por cualquiera de ellos durante la vigencia del régimen. Se consideran también como adquisiciones onerosas los productos del trabajo y las rentas de los bienes privativos.

Este es el sistema de la sociedad de gananciales o lo que es lo mismo de la comunidad matrimonial de bienes.

El legislador del Código de Familia prefirió denominar a esta comunidad de adquisiciones onerosas, NO sociedad de gananciales o sociedad legal de gananciales, sino comunidad de bienes o comunidad matrimonial de bienes y no es incorrecto, pues la sociedad de gananciales es una situación de comunidad (una modalidad del régimen de comunidad parcial o limitada, como hemos señalado antes).

Los comentaristas del Código Civil español de 1889 habían teorizado acerca de que el término sociedad, en la llamada sociedad de gananciales, no podía entenderse en su sentido técnico, sino aludiendo a un estado de conjunción del patrimonio matrimonial caracterizado por considerar ganancias tanto a todo lo adquirido por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, como a los bienes procedentes del trabajo o industria y los frutos e intereses de los bienes de todas clases. La particularidad del régimen es que al disolverse el matrimonio, las ganancias (beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo) se dividen por mitad entre ambos cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido.

Para el Dr. PERAL(5) que me antecedió en esta Cátedra, la denominación de sociedad legal de gananciales, resultaba infortunada, por cuanto este régimen no era legal en sentido estricto, tenía sólo vigencia supletoria en ausencia de capitulaciones y tampoco debía considerarse como una verdadera sociedad, aunque el propio Código derogado establecía que tal sociedad se regiría por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello en que no se opusiere a la regulación que sobre la misma contenía el título

dedicado al contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio*. Enfatizaba el Dr. PERAL que resultaba "tarea casi imposible encontrar con respecto a la sociedad (contrato) un precepto que resulte aplicable a la llamada sociedad legal de gananciales".

En resumen, coincidía en valorar a la llamada sociedad de gananciales, propiamente como una comunidad limitada a ciertos bienes adquiridos por los cónyuges, comunidad de bienes que se establecía entre los cónyuges por razón de su matrimonio, que no nacía de un pacto, ni tenía como fin el lucro (objetivo básico del contrato de sociedad). También el uso del término ganancias, acotaba, resultaba paradójico, ya que esas ganancias sólo se determinaban con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial; el régimen económico matrimonial no se organizaba para fijar qué ganancias se obtendrían cuando el matrimonio finalizara "sino para atender a los gastos y cargas naturales que origina el matrimonio y la vida en común"(6).

Coincidía entonces el recordado maestro, con otros reconocidos comentaristas del Código Civil español derogado: la sociedad de gananciales aludía a una situación de comunidad por razón del matrimonio ergo podía ser denominada propiamente (como lo hizo el legislador de nuestro Código de Familia) comunidad de bienes (del matrimonio) o comunidad matrimonial de bienes.

De esta forma, la naturaleza jurídica y los principios que rigen para la sociedad de gananciales pueden ser valorados para la comunidad matrimonial de bienes, pues es en esencia la misma entidad con denominación distinta y así la consideraremos en este material docente.

Por ello, antes de continuar en nuestra confrontación histórica, debemos dejar aclarado algunos conceptos relativos al régimen de sociedad de gananciales útiles a tener en cuenta para el de comunidad matrimonial de bienes.

Las precisiones conceptuales que deseamos formular se refieren a las diferencias entre los términos sociedad conyugal y sociedad de gananciales y entre ganancial y ganancias:

La sociedad conyugal está integrada por el conjunto de todos los bienes que sirven de base a la vida económica del matrimonio. La sociedad conyugal puede estar sujeta a diferentes regímenes económicos, el de gananciales es uno de ellos, por lo que es obvio que la sociedad conyugal tiene un carácter más amplio que el de la sociedad de gananciales (7).

El concepto ganancial hace alusión al bien cuya cualidad de propio no puede acreditarse, en otras palabras, hace alusión a los bienes comunes, mientras que el concepto ganancias es económico y resulta de comparar el activo con el pasivo de la comunidad. Sólo hay ganancias cuando el activo supera al pasivo y tal resultado sólo es posible conocerlo cuando se procede a la liquidación de la sociedad (8).

Vistos estos conceptos y conocida la diversidad y clasificación de los regímenes económicos matrimoniales, estamos en condiciones de comentar el precedente régimen económico matrimonial que rigió entre nosotros.

* El Contrato de sociedad, según definición del Código Civil derogado "es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias" (Cfr. Art. 1665)

1.3 – Régimen económico matrimonial regulado en el Código Civil español hecho extensivo a Cuba en 1889.

Nuestro anterior régimen económico nos fue implantado desde la metrópoli española mediante la extensión a Cuba en 1889 del Código Civil español.*

Debemos aclarar que algunos comentaristas de la época, con mucha razón, no lo consideran un régimen o sistema económico puro, sino enlaces de instituciones correspondientes a regímenes diversos. (El cuadro que presentaremos más adelante contribuye a que confirmemos este criterio).

En éste se permitía la expresión de voluntad de los contrayentes estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativa a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en el mismo Código. Este régimen económico convencional que implicaba un sistema de permisión de la autonomía de la voluntad, se expresaba mediante los contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio, conocidos también como informamos antes (supra 1.1) como pactos nupciales o capitulaciones matrimoniales, que se celebraban por los que iban a unirse en matrimonio† con la finalidad de fijar la estructura económica que regiría en el matrimonio que pensaban contraer. Así, podía pactarse una absoluta separación de bienes, un régimen dotal, o un régimen de comunidad más o menos amplia‡.

En defecto del pacto se regulaba como régimen legal supletorio, el de la sociedad de gananciales, que como ya vimos (supra 1.2 – 4) implicaba un sistema comunitario relativo.

Si los futuros cónyuges, pactaban capitulaciones y al mismo tiempo negaban el régimen de gananciales, sin expresar las reglas por las que habían de regirse sus bienes o si la mujer o sus herederos renunciaban a dicha sociedad legal de gananciales, entonces el Código establecía que se observara lo dispuesto para la dote.

Así, el régimen dotal, como tal régimen económico del matrimonio, podía pactarse, como aclaramos antes, en las capitulaciones, imponerse en situación de subsidiaridad cuando los esposos o la mujer o sus herederos rechazaban el sistema de gananciales, pero también podía decretarse por el juez cuando la separación de bienes (separación judicial de bienes) se acordaba a instancias del marido.

---

* Antes de la extensión a Cuba del Código Civil español de 1888, el Derecho Civil que se aplicaba en Cuba, era el de España, que implicaba un compendio de normas y principios del Derecho, que al decir del ex-diputado a Cortes, Dr. D. José SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, empezaban por "el Fuero Juzgo y seguían por el Fuero Viejo de Castilla, leyes del Estilo, Fuero Real, Código de las Partidas, Ordenamiento de Alcalá, Ordenanzas de Montalvo, Leyes de Toro, Reales Cédulas, Nueva Recopilación, Autos acordados, Pragmáticas y Novísima Recopilación".
En materia de los bienes de los casados y especialmente de la sociedad legal de gananciales, se aplicaban especialmente normas que procedían del Fuero Real, de las Partidas, de las Leyes de Toro y de la Novísima Recopilación y el contenido de las mismas, no se apartaba mucho de las que estableció después el Código Civil de 1889.
Consultar la valiosa obra del Dr. D. José SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO: "El Derecho Civil español". Imprentas de Vizcaíno y Minuesa, Madrid, 1871.

† Ahora, como veremos más adelante, las capitulaciones matrimoniales en la actual legislación española se celebran antes o constante matrimonio y gozan de mutabilidad, es decir, pueden ser modificadas o revocadas.

‡ La Ley de 18 de julio de 1917, (Art. 9), creó el Registro Nacional de Capitulaciones Matrimoniales, que se llevaría en la Secretaría de Justicia con carácter público. Ver Ley en Anexos.
Tal Registro se mantiene con carácter histórico en el Ministerio de Justicia.

La dote, como institución, no como régimen económico*, heredada del Derecho Romano, podía convivir y de hecho lo estaba, con la sociedad de gananciales.

La regulación, difusa, del régimen económico del matrimonio en el Código Civil español de 1888, se refería también a los bienes parafernales de la mujer (releer supra en 1.1, precisiones conceptuales entre el régimen dotal y el régimen de separación de bienes). El Código definía los bienes parafernales de la mujer como "los bienes que la mujer aportaba al matrimonio sin incluirlos en la dote y los que adquiría después de constituida ésta sin agregarlos a ella" (Art. 1381).

En rigor, debía considerarse bien parafernal a cualquier bien privativo de la mujer que ésta aportara al matrimonio y los que la mujer recibiera a título lucrativo o por subrogación o sustitución de un bien propio, constante matrimonio.

Y por último se regulaban en el Código las donaciones por razón del matrimonio y la situación especial de la separación de bienes.

Las primeras debían ser donaciones pre-matrimoniales o propias donaciones por razón del matrimonio† y no donaciones durante el matrimonio ya celebrado que estaban prohibidas si las efectuaban los cónyuges entre sí, a no ser que se trataran de liberalidades permitidas, consistentes en regalos módicos que un cónyuge hacía al otro en ocasión de regocijo familiar.

La situación especial de separación de los bienes podía obtenerse por vía de las capitulaciones, como ya informamos, lo que integraba una <u>separación voluntaria de bienes</u>.

La llamada <u>separación legal de bienes</u> se producía, cuando de modo forzoso, por imperativo de la ley, se aplicaba a modo de sanción por violación de prohibiciones de contraer matrimonio (a que se referían los Arts. 45 y 50 del Código Civil español derogado) prohibiciones que entrañaban impedimentos impedientes o simplemente prohibitivos de contraer matrimonio‡.

---

* La imprecisión entre dote y régimen dotal no es sólo terminológica, trasciende a la sistemática. Como muy bien aclara PUIG PEÑA: "La dote es una institución, el régimen dotal, un sistema de organización económica del matrimonio que generalmente supone la dote, pero que puede vivir sin ella", (op. Citada en Notas finales, p. 407) - Otros autores, (José MACHADO HERNÁNDEZ, "Los contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio", (op. Citada en Notas finales, p. 87) insisten en que "la dote no es lo que distingue el sistema dotal. Este régimen ha tomado su nombre de la dote; pero esto (PLANIOL y RIPERT, tomo IX p. 488) no es lo que lo caracteriza, puesto que, bajo el de comunidad y bajo el régimen sin comunidad, también existe la dote".

† Aunque se conocen también como donaciones propter nuptias, no lo son de acuerdo a la terminología y contenido de estas donaciones en el Derecho Histórico español, pues las propter nuptias, eran donaciones hechas por los padres a sus hijos varones por razón del matrimonio para ayudarles a sostener las cargas del mismo (ad sustinenda onera matrimonii). De manera que deben denominarse con propiedad: donaciones por razón del matrimonio.

‡ Los alumnos deben rememorar lo estudiado en el acápite "Prohibiciones de celebrar matrimonio. Antecedentes histórico – legales" del Módulo 2, segunda parte. En éste se expresa que el Código de Familia no da a los impedimentos impedientes o simplemente prohibitivos exactamente el mismo tratamiento que les confería el Código Civil español, en cuya preceptiva el matrimonio así celebrado, con estos impedimentos, era válido pero se consideraba ilícito y sometido a determinadas reglas sancionadoras las que como vemos daban lugar como sanción civil a la separación legal de bienes. Ahora, la presencia de estos impedimentos, sólo posibles en el matrimonio formalizado, acarrea nulidad relativa, es decir que puede el matrimonio convalidarse de pleno derecho transcurrido el plazo de seis meses sin haberse ejercitado la acción de nulidad (Art. 47 del Código de Familia). Debemos por ello considerar que el Código de Familia derogó tales anteriores disposiciones, aboliendo de este modo <u>la llamada separación legal de bienes</u>.

Por último, la separación judicial de bienes, tenía lugar por vía de los Tribunales, en determinadas circunstancias: Uno de los cónyuges había sido condenado a una pena que llevaba consigo la interdicción civil, había sido declarado ausente o había dado causa al divorcio (antes de la Ley de 29 de julio de 1918, sólo divorcio de separación de cuerpos). Y tal separación había sido solicitada judicialmente por uno de los cónyuges e impuesta forzosamente por el Tribunal para el que había incurrido en la causa que había motivado la solicitud.

Ahora bien, se producían efectos distintos según la separación judicial la hubiere pedido la esposa o el esposo: Si había sido acordada por el Tribunal a instancias de la mujer, se transfería a la misma la administración de los bienes, administración que ejercía con irritantes limitaciones impuestas por el propio Código. Si a instancias del hombre, él continuaba facultado para administrar los bienes del matrimonio, pero no tenía en este caso, la mujer, derecho a las ganancias ulteriores, regulándose los derechos y obligaciones del marido por lo dispuesto en las normativas que regulaban la administración, usufructo y restitución de la dote. Es decir, como expresamos antes, se le aplicaban al marido las reglas del régimen dotal.

El Código Civil español vigente ha reformado por Ley 11 de 13 de mayo de 1981 el sistema patrimonial del matrimonio que ya no es el que se presenta en el cuadro que reseñamos*.

La mujer no podía, sin licencia de su marido, enajenar, gravar ni hipotecar los bienes parafernales, ni comparecer en juicio para litigar sobre ellos, a menos que fuera judicialmente habilitada al efecto. Tampoco podía sin licencia o poder del marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones que se establecían por la ley.

---

* Las líneas directrices de esta reforma (siguiendo los criterios del Dr. Julio CARBAJO GONZÁLEZ de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo) serían las siguientes:

- Se ha producido un cambio en la denominación del Título de "Del Contrato sobre bienes con ocasión del Matrimonio" se ha pasado al del "Del Régimen económico matrimonial".
- Toda la nueva regulación se basa en el principio de igualdad entre los cónyuges.
- Se establecen disposiciones de carácter general que son de aplicación cualquiera que sea el régimen económico de que se trate y que se denomina por la doctrina "régimen matrimonial primario".
- Se ha dado nueva redacción a algunos preceptos de la sociedad de gananciales, que se sigue manteniendo como régimen legal supletorio en defecto de capitulaciones.
- Se introducen cambios en el régimen de separación de bienes entre los que se destacan los que hacen referencia a la consideración de este régimen como aplicable a aquellos matrimonios que sin pactar entre sí régimen alguno, excluyen en cualquier caso el de comunidad.
- Se ha eliminado la denominada "separación legal de bienes" que se aplicaba como una especie de sanción a aquellos matrimonios que infringían determinadas prohibiciones.
- Con carácter opcional se introduce un nuevo régimen: el de participación en las ganancias, que sólo podrá funcionar si se ha pactado.
- Los cónyuges sin otras limitaciones que las establecidas en el Código son los que determinan que régimen económico va a seguir su matrimonio.
- Se ha suprimido la dote y la regulación de los parafernales.
- Se ha instaurado el principio de libertad de contratación entre los cónyuges (pueden otorgarse donaciones y celebrar entre sí contratos)
- Pueden los cónyuges modificar el régimen económico incluso después de celebrado el matrimonio.

(Extractado de la Lección 7 "Régimen Económico Matrimonial" pp. 3, 4).

Todo este sistema o más bien enlaces de regímenes económicos diversos, que acabamos de exponer en este cuadro, se enmarcaba en el dogma de la potestad marital, con el despliegue de todas sus manifestaciones ya estudiadas en el material docente anterior, dedicado por entero a los efectos personales del matrimonio y del que debemos recordar aquí, en cuanto al régimen económico del matrimonio las potestades del marido que no deben ser olvidadas por los alumnos: El marido era el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, el administrador y usufructuario de los bienes que constituían la dote inestimada y tenía el dominio y administración de la dote estimada*.

En suma, ya se tratase de bienes adquiridos a nombre de la mujer, del marido o de la sociedad de gananciales (de ambos) el esposo era el facultado por la ley para administrarlos, enajenarlos y obligarlos a título oneroso sin el consentimiento de la mujer. Por su condición de bienes gananciales también tenía el marido esos poderes en cuanto a los frutos, rentas o intereses de todos los bienes y a los productos del trabajo de ambos. Este modelo de sistema patrimonial del matrimonio y las omnímodas potestades del marido tuvieron su atenuación en nuestra historia legislativa al promulgarse la ley de 18 de julio de 1917 a la que dedicaremos los comentarios que siguen.

1.4 – Importancia de la Ley de 18 de julio de 1917†

Esta ley fundamentalmente introdujo modificaciones en cuanto a la capacidad civil de la mujer casada en el ámbito patrimonial, al consagrar para la mujer la libre administración y disposición de sus bienes propios (o sea, bienes parafernales) por lo que la ley recibió, como ya conocen los alumnos, el nombre del "ley de parafernales".

El alcance de la ley en cuanto al ámbito patrimonial del matrimonio lo conocemos y reproducimos en la certera valoración de un estudioso y calificado jurista de la época (9)

> "Comprende pues (para la mujer) el libre dominio de los bienes parafernales (anteriores a la ley) y también el de los dotales estimados, cuando indebidamente se les llame ahora así, ya que a la vigencia de la ley los dotales estimados eran de la propiedad del marido, y no podían ser, ni pasar a ser, por tanto, propiedad de la mujer.
>
> En cuanto a los parafernales y dotales inestimados la reforma se limita a la libertad de actuación. Ya no necesita, como antes, licencia del marido para disponer de los mismos. Y en cuanto a los dotales estimados, la reforma es violenta. La mujer conserva su libre dominio. Ya no pasa ese dominio, pues, al marido; y al no pasar el dominio al marido, ni siquiera la administración, como hemos visto, ni mucho menos el usufructo, que no lo menciona la ley; es claro como el día, que ha dejado de existir la dote estimada y con ella todas las consecuencias que le eran inherentes".

Realmente, se entendió que la ley "hizo rodar por tierra la institución de la dote" en nuestro país, al equiparar los bienes dotales a los parafernales, rigiéndolos por los mismos preceptos al calificarlos a todos, bienes propios de la mujer, y logró independizar en parte a la mujer del sometimiento a la autoridad del marido. No obstante, los efectos alcanzaron esencialmente al patrimonio de la mujer (exclusivamente a los bienes propios de las mujeres de la clase adinerada de la sociedad cubana) pero no a su persona. La ley dejó incólume los bienes gananciales del matrimonio que seguían administrados por el marido como jefe de la familia, confiriéndosele a la mujer la administración de los bienes comunes sólo en determinadas circunstancias como ya conocimos (ver supra separación judicial de bienes). Ni siquiera dicha ley le otorgó el derecho que tenía como condómina de los

bienes de la sociedad conyugal a prestar su consentimiento en cuanto a la disposición de dichos bienes. Luego, el marido seguía siendo el administrador legal de la sociedad conyugal y la mujer no podía comprar con dinero de la sociedad sin su permiso.

Por ello, resultaban verídicas y fundadas las denuncias de la feminista Ofelia DOMÍNGUEZ (espero que ya conocida por los estudiosos del Derecho de Familia) cuando escribía a las mujeres cubanas en 1928:

> "Tu marido es el administrador de tus bienes, salvo casos especiales (Art. 59)*.
>
> Si eres obrera, empleada, profesional o comerciante, de lo que percibas por tu trabajo, corresponde a él la administración. Sin darte ni siquiera cuenta puedes vender, hipotecar y comprar con el producto de tu trabajo. Sólo en el caso de que seas rica o heredes o que lleves de cualquier modo capital al matrimonio, te concede la ley su administración (ley de parafernales)"

La sociedad de gananciales, como apreciamos quedaba organizada bajo la administración exclusiva del marido. Tal situación se mantuvo hasta la proclamación de la Constitución de 1940 que estableció nuevas bases para el régimen económico matrimonial, como veremos de inmediato.

1.5 – La Constitución de 1940 y su Ley complementaria (Ley 9 de 20 de diciembre de 1950). Principios cardinales en cuanto al régimen económico del matrimonio.

El Título V de dicha Carta Magna dedicado a la familia estableció como conocemos un vuelco renovador en cuanto a los fundamentos heredados de esta institución, desportillando la concepción patriarcal en que se hacía descansar por el Código Civil español. En materia que nos ocupa, el Art. 43 en sus párrafos tercero y cuarto estableció los principios siguientes (10)

1. Igualdad absoluta de ambos cónyuges, en derechos y en la organización futura del régimen económico.
2. Capacidad plena de la mujer casada.
3. Libertad de trabajo de la mujer casada.
4. Libertad a la mujer casada para disponer del producto de su trabajo.

Con el propósito de desarrolla las directrices constitucionales relacionadas con la familia se promulgó, como es sabido, diez años después la ley 9 de 20 de diciembre de 1950.

---

Debo informar, por cierto, que el párrafo segundo de este artículo fue declarado inconstitucional, por sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1923, declarando que había derechos adquiridos que no podían modificarse. Tal era la concepción conservadora de los magistrados de entonces, con honrosas excepciones.

* Se refiere fundamentalmente a los bienes parafernales cuya administración conservaba la mujer, mientras no la entregara al marido. La administración de estos bienes, una vez entregada al marido era definitiva e irrevocable.

Los juristas cubanos de la época, se encargaron de encontrar contradicciones entre lo dispuesto en el Art. 43 de la Constitución, la ley 9 de 1950 y el Código Civil, especialmente en cuanto al trabajo de la mujer, ahora, en contraste con la ley de 1917, que suponía como tipo una mujer adinerada, burguesa, ésta, la de 1940 más realista, se inspiraba en la mujer trabajadora y se le concedía esa facultad en cuanto a los productos del trabajo (11), lo que no se había tenido en cuenta directa ni indirectamente en la ley de 1917.

La preceptiva del Código Civil derogado, como ya conocemos, establecía que el producto del trabajo de los cónyuges formaba parte de la sociedad de gananciales (Art. 1401 inciso segundo).

Ante esta evidente contradicción comentaba un reconocido estudioso de entonces (12):

> "Nuestra Carta Fundamental no altera los principios básicos del régimen supletorio de bienes matrimoniales, según el Derecho actual; más aún, ni siquiera varía la naturaleza jurídica de los bienes conforme a las distintas clases aceptadas en el Código Civil…, respecto a este elemento patrimonial (productos del trabajo, sueldos, honorarios, salarios, etc. de la mujer) se produce por efecto de la celebración del matrimonio un peculiar fenómeno jurídico: una evasión o endósmosis. El sueldo, el salario, jornal, etc. que hasta ese momento era de la mujer, pasa a ser pertenencia de la sociedad conyugal, por adquirir la condición de ganancial,,,. Por otra parte, ello se da también en relación con el marido…."

La controversia se agudizaba por cuanto, además, la ley 9 de 1950 nada establecía sobre la disponibilidad por la mujer casada del producto de su trabajo, eje de la polémica.

Una interpretación armonizadora (13) consideró que debía entenderse, que pudieran o no, la mujer y el marido disponer libremente del producto de su trabajo, éste quedaba afectado siempre al pago de las cargas y obligaciones comunes del matrimonio y por tanto sujeto al régimen establecido para el patrimonio común. Y esto era una verdad irrebatible si se mantenía el régimen de la sociedad legal de gananciales que establecía el Código Civil.

Podríamos concluir diciendo que el régimen económico matrimonial del Código Civil se había mutilado en parte, pero sus cimientos eran los mismos. También las condiciones materiales existentes en la Cuba de entonces no propiciaba que se hicieran realidad los principios cardinales proclamados por la Constitución en cuanto a la regulación del patrimonio matrimonial sobre la base de la igualdad de los cónyuges. Mucho menos había conciencia generalizada de que tal régimen económico debía extenderse por analogía al "matrimonio equiparado" pues el modelo del que se partía, con exclusividad, era el del matrimonio civil, se aludía a los cónyuges, al esposo y la esposa y se soslayaba u omitía lo que la propia Constitución había previsto (Art. 43 6to. Párrafo) para la protección del concubinato; aunque para ser justa debo admitir que se había propuesto en el propio año de 1940, por Decreto Presidencial, la creación de una comisión integrada por eminentes juristas cubanos* para la redacción de un proyecto de adaptación del Código Civil a la Constitución en el cual los redactores del mismo se

* Los alumnos ya conocen este proyecto. Les recuerdo ahora que la comisión redactora del mismo estaba integrada por los reconocidos juristas Alberto BLANCO, Eduardo LE RIVEREND BRUSONE, Antonio DÍAZ PAIRÓ, bajo la presidencia del Dr. Antonio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN.

habían pronunciado disponiendo que: (Art. 1389) "en los casos en que los tribunales hayan equiparado la unión al matrimonio se entenderá que rige la sociedad legal de gananciales entre los unidos, salvo que hubieren pactado otra cosa".

Con esta última expresión parecería incluso que se estaban refiriendo nada menos que a la posibilidad de que los unidos consensualmente adoptaran capitulaciones matrimoniales.

Los postulados constitucionales en materia de familia, fueron reproducidos de forma análoga en la Ley Fundamental de 1959.

Todo este recuento histórico y doctrinal nos prepara para que podamos comentar con conocimiento de causa las raigales transformaciones que posteriormente tendrían lugar en nuestra legislación de familia con respecto al régimen económico del matrimonio que es la materia que nos ocupa.

1.6 – Régimen económico matrimonial que regula el Código de Familia vigente.

Con la promulgación en 1975 del Código de Familia si se logra una renovación total del sistema patrimonial del matrimonio.

Como hemos venido informando en el desarrollo de esta confrontación histórica, el Código de Familia eliminó el régimen convencional, o sea la posibilidad de concertar capitulaciones matrimoniales ante notario y estableció un único régimen económico que denominó comunidad de bienes y que en esencia es idéntico al de la sociedad de gananciales.

Las razones de la inconveniencia de que tales pactos nupciales fueren regulados en el nuevo Código, podríamos encontrarlas en las reflexiones del profesor PERAL, que fue uno de los redactores del texto (14).

> "Ese sistema (el de capitulaciones) que permitía la libre selección del régimen patrimonial en una sociedad en la que la integración de la mujer al trabajo casi era inapreciable y en la que el hombre era, por lo general, quien aportaba al matrimonio y a su sostenimiento los medios económicos necesarios, propiciaba y reforzaba el predominio del hombre y la situación de dependencia de la mujer".

Comento ahora con pasión que las mismas razones en contrario, o sea para retomar el régimen convencional, podríamos aducir, si nos atenemos a las estadísticas sobre incorporación de la mujer al trabajo, que demuestran su vertiginoso ascenso en la sociedad cubana, como ya apreciamos al estudiar el contenido personal del matrimonio.

Es indudable que en su momento histórico la toma de decisión del legislador para regular un solo régimen económico obligatorio para los cónyuges tuvo el influjo de la experiencia vivida por los países socialistas de Europa. Se decía entonces que la autarquía individual no podía primar sobre una organización jurídica basada en una estructura planificada sustentada en la propiedad social socialista (15).

En los primero años después de la Revolución Socialista de Octubre, en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Polonia, Checoslovaquia, Yugoslavia y otros estados socialistas de entonces, el sistema legal obligatorio era el de separación de bienes en el matrimonio. El Código de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia (RSFSR) aprobado el 19 de noviembre de 1926 por el Comité Central de Rusia y sus

similares de las demás repúblicas federadas, estableció en lugar de la separación de bienes, el principio del patrimonio común adquirido por los esposos en el matrimonio (16). Las razones aducidas para este cambio, se basaron en la valoración acerca de que la separación de bienes de los esposos había dejado de responder en la medida necesaria al principio de igualdad de los cónyuges; en ciertos casos disminuía los derechos de la mujer, especialmente de la mujer ocupada en las faenas domésticas y en la educación de los hijos; los bienes adquiridos con el salario del marido, se consideraban como propiedad de éste. De esta forma el establecimiento del patrimonio común y la valoración económica del trabajo doméstico (igualación del trabajo de la mujer en el hogar con el trabajo del marido en la producción) ayudaron a profundizar en la igualdad de derechos de los esposos (17).

Con esta experiencia histórica, el primer país americano que emergía al socialismo, asumió como único régimen económico matrimonial obligatorio el de la comunidad de bienes.

Completada así esta información contrastativa sobre la historia de los regímenes matrimoniales en nuestro país, sólo nos resta comparar el contenido del cuadro presentado sobre el sistema económico anterior y la realidad actual:

De los regímenes del cuadro presentado, sólo queda en pie el régimen legal de la sociedad de gananciales, denominada ahora comunidad de bienes, no valorada como un régimen legal supletorio, sino como un régimen legal obligatorio. Todas las demás instituciones entonces reguladas fueron desapareciendo en el decurso histórico; la última, las donaciones con ocasión del matrimonio que eran donaciones con determinados requerimientos y exigencias al no regularse en el vigente Código Civil* desaparecieron también de la realidad jurídica cubana.

Recapitulando cuanto hemos expuesto resumiremos, recordando, que el régimen convencional fue abolido con la promulgación del Código de Familia, en 1975, así como la separación legal de bienes. El régimen dotal y la dote como institución resultaron ineficaces desde 1917 (18), la separación judicial de bienes fue fuertemente embatida por la ley de 1917†. Los bienes parafernales de la mujer, no tenían sentido después de la proclamación de la Constitución de 1940 y por último las donaciones con ocasión del matrimonio fueron derogadas con la puesta en vigor del Código Civil en 12 de abril de 1988.

---

* La Ley Nº 59 aprobada el 16 de julio de 1987 (Código Civil cubano) regula el contrato común de donación, no así el especial con ocasión del matrimonio. Arts. 371 y s.s.

† La separación judicial de bienes a instancias de la mujer si lo era por causa de interdicción civil del marido, acarreaba transferir a la misma la administración de todos los bienes del matrimonio y el derecho a todos los gananciales ulteriores, con exclusión del marido. Si la solicitud de separación se fundaba en la declaración judicial de ausencia del marido o por haber éste dado motivos al divorcio, la mujer entraba en la administración de su dote y de los demás bienes que por resultado de la liquidación le hubieren correspondido; pero estas potestades femeninas se limitaban con la prohibición de enajenar o gravar los bienes inmuebles que le hubieren correspondido y aquellos cuya administración se le hubiere transferido. Para ello necesitaba licencia judicial. Es obvio que el alcance de la ley de 18 de julio de 1917 eliminaba la solicitud de licencia judicial a la mujer para enajenar o gravar sus bienes inmuebles y en general su bienes propios.
En cuanto a la separación judicial de bienes a instancias del marido al que se le aplicaban las reglas del régimen dotal, se produjeron contradictorias interpretaciones por los juristas de la época acerca de lo que quedaba vigente y lo que no por el influjo de la ley de 1917. Lo que sí resultaba inobjetable era que la ley no había modificado en nada la estructura y organización de la sociedad de gananciales y que ésta, por regla la administraba y disponía de ella, el marido.

2 – La comunidad matrimonial de bienes.

Ya adelantamos en el recuento histórico doctrinal anterior que el régimen de comunidad al que se adscribía la sociedad legal de gananciales, o lo que es lo mismo, la comunidad matrimonial de bienes, era el de una comunidad de adquisiciones onerosas, una de las modalidades dentro del régimen económico matrimonial de comunidad de bienes parcial o limitada (ver supra 1.2). De manera que si hemos establecido una absoluta sinonimia o igualdad entre los conceptos sociedad legal de gananciales y comunidad matrimonial de bienes, cuanto desarrollemos en este epígrafe concerniente a la comunidad matrimonial de bienes se referirá por igual a la sociedad legal de gananciales.

2.1 – Concepto.

La comunidad matrimonial de bienes es por tanto una situación de comunidad parcial o limitada que la ley declara establecida entre marido y mujer, en nuestra legislación, con carácter imperativo y único.

La podríamos definir como:

> El sistema económico matrimonial que implica una comunidad de adquisiciones onerosas que determina que a su disolución se hagan comunes y divisibles por mitad las ganancias y los beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio.

No obstante esta definición que se ajusta a doctrina, como veremos en el desarrollo del tema (y sobre todo al llegar a las reglas para liquidar la comunidad matrimonial de bienes) en nuestra realidad socio – jurídica (infra 5.4) las ganancias y beneficios obtenidos se concretan fundamentalmente en bienes comunes (gananciales) que son los repartibles por mitad entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido.

Este tipo de comunidad económica matrimonial se vincula a las más ancestrales costumbres castellanas, pero la doctrina se inclina por considerar que tuvo su origen en los pueblos germánicos, pues se presenta como una comunidad germánica o zur gesammte hand (patrimonio en mano común)*. Se dice introducida en España por los godos, teniendo como fuente original la ley de RECESVINTO inserta en el LIBER IUDICIORUM. "En nuestro Derecho histórico, se encuentran los primeros vestigios de sociedad de gananciales en el Fuero Juzgo y en los Fueros Municipales y se desenvolvió más tarde en las Partidas, de donde pasó a la Novísima Recopilación, para adquirir tipicidad propia que la caracteriza como una institución genuinamente castellana" (19)*.

* Emilio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, en su excelente monografía sobre el matrimonio (op. cit. en Notas p. 303) nos informa sin embargo que algunos autores (STOLFI, PLANIOL ET RIPERT) no le dan a esta comunidad categoría de sociedad especial, ni la de patrimonio en mano común (zur gesammte hand), ni de patrimonio adscrito a un fin, entendiendo la mayoría de ellos que se trata de una mera comunidad. La tesis de que se presenta como una comunidad germánica, la comparten no obstante reconocidos autores como CASTÁN, ROCA SASTRE, BONET, BATLE y es también la posición del Tribunal Supremo de España (p. ej. Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1988 y otras, como la de 17 de abril de 1967) según nos informa Encarnación I. ROCA TRIAS et al (op. cit. en Notas, p. 204).

2.2 – Naturaleza jurídica.

Aceptada entre nosotros la naturaleza jurídica de la comunidad matrimonial de bienes como una comunidad de tipo germánico o de "patrimonio en mano común" o "comunidad en mano común", es obvio que nos afiliamos a la idea de que se trata de una comunidad sin cuotas, copropiedad en común que "existe sobre una cosa materialmente indivisa, pero donde no hay cuotas de participación, sino que todos los comuneros han de ejercitar siempre de conjunto las facultades inherentes al dominio"(20) tipo de comunidad regulada en el Art. 169 del Código Civil vigente† cuando establece:

> Art. 169 del C. C. La copropiedad en común surge de la comuni-dad matrimonial de bienes y se regula por las disposiciones del Código de Familia.

Quiere esto decir que el derecho que los cónyuges tienen sobre la masa común no es susceptible de ser dividido idealmente en una cuota, sino que es un derecho íntegro sobre la totalidad de la tal masa; "derecho que es común al mismo tiempo del marido y de la mujer, siendo por lo tanto necesaria la actuación conjunta de ambos para la validez y eficacia del derecho; es un derecho que se individualiza sobre cada uno de los diversos bienes que integran la masa común"(21).

A contrario – sensu la llamada copropiedad por cuotas o romana, también regulada en el Código Civil vigente (Arts. 162 y ss) alude a una proporción o parte ideal dentro del valor total de la cosa indivisa, de manera que "cada uno de los copropietarios tiene derechos y obligaciones en proporción a su respectiva cuota y puede disponer de su parte sin el consentimiento de los demás, con las limitaciones que la ley establece (Cfr. Art. 162. 2 del Código Civil cubano).

Queda así claro, que la masa común de bienes del matrimonio funciona como un patrimonio separado de los que puedan tener cada uno de los cónyuges, y hace surgir para ellos un derecho sobre cada uno de los bienes, sin cuotas, un derecho sobre cada bien y sobre todos ellos.

Ahora precisemos, ese patrimonio separado, que es ciertamente distinto del patrimonio privativo de cada cónyuge, no constituye el patrimonio de una persona jurídica, sino de los propios cónyuges, de ello inferimos que la comunidad matrimonial de bienes no tiene personalidad jurídica independiente, así por ejemplo los bienes que la integran no pueden ser inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de la comunidad, sino a nombre de los propios cónyuges, los cónyuges a su vez no pueden ejecutar actos ni contraer obligaciones a nombre de la comunidad, sino a nombre propio.

En resumen, la naturaleza jurídica de la comunidad matrimonial de bienes es la de una comunidad sin cuotas o en mano común, comunidad que constituye un patrimonio separado del de los propios cónyuges, pero sin personalidad jurídica propia y que no puede existir si no es entre marido y mujer.

* Otros autores han delineado otras precisiones en este recuento histórico; lo cierto es que el régimen de comunidad matrimonial de bienes es propio de la cultura jurídica germana, por oposición al sistema matrimonial de influencia romana que reconocía por base preponderante de regulación al sistema dotal. Sea como fuere, se considera el régimen ideal y más perfecto para normar la economía del matrimonio y el que más se ajusta a la especial naturaleza del mismo.

† Ley N° 59 de 16 de julio de 1987, Código Civil cubano.

2.3 – Comienzo y fin de la comunidad matrimonial de bienes. Renuncia a la misma.

Vinculada como está, la comunidad matrimonial de bienes al matrimonio mismo, es obvio que no puede quedar constituida con anterioridad al matrimonio y tampoco en buena lectura de la preceptiva, después de la formalización de éste. Se supone como régimen único e imperativo y no dispositivo que es, que por designio de la ley (ope legis) comience a funcionar automáticamente si el matrimonio se ha formalizado o legalizado.

Ahora bien, y aquí comienza la situación que nos separa de los principios doctrinales en esta materia, pues tal régimen económico emerge por excelencia de la celebración del matrimonio civil o religioso: entre nosotros sin embargo, pudiera comenzar automáticamente para cualquier unión de hecho o no formalizada, que reúna los requisitos de aptitud legal en los unidos, de estabilidad y singularidad, aún sin haber sido dicha unión legalizada mediante el reconocimiento judicial o mediante la formalización con efectos retroactivos del matrimonio, baste que se pruebe en un proceso determinado la existencia de la posesión constante del estado conyugal unida a las actas de inscripción de nacimiento de los hijos, si los hubiera (Art. 22 del Código de Familia) para que se considere que existe en esa unión una comunidad matrimonial de bienes a todos los efectos legales.

De este modo, el régimen económico del matrimonio comienza desde el momento en que el matrimonio se formalice o desde la fecha de iniciada la unión (Art. 29 del Código de Familia). En este último caso sólo si esa unión se reconoce judicialmente (Art. 18 del Código de Familia), se formaliza con carácter retroactivo a la fecha de iniciada ésta (Art. 19 del Código de Familia) o se prueba la posesión constante del estado conyugal (Art. 22 del Código de Familia); y cesará, continúa estableciendo el Art. 29, cuando el vínculo matrimonial se extinga por cualquier causa. Es decir, por muerte, presunción de muerte de uno de los cónyuges, sentencia firme o escritura notarial de divorcio o por nulidad del matrimonio (que no es en rigor, como hemos expresado en otro momento una causa de extinción del matrimonio) (Art. 43 del Código de Familia).

Como contrasentido de los efectos de nuestro reconocimiento judicial de la unión matrimonial, como han de recordar los alumnos, resulta que el mismo deviene en una causa de extinción del matrimonio, por supuesto no contemplada en el Código, pero que opera así en la realidad jurídica y judicial. Quiere esto decir que la comunidad matrimonial de bienes de una unión reconocida judicialmente, se extingue a los efectos legales, una vez que la sentencia declare el momento de la extinción de la situación de hecho, por muerte o separación que debe coincidir con la realidad material pretérita que se reconoce. Y la sentencia declara que los así unidos, en ese lapso, fueron casados, es decir que entre ellos hubo un matrimonio. También hay un matrimonio, cuando la unión se formaliza con carácter retroactivo. Es esa "conditio iuris", el matrimonio, el que da vida a la comunidad matrimonial de bienes.

Como situación muy excepcional, repetimos, la unión matrimonial no reconocida ni formalizada puede acceder a que se declare la existencia de la comunidad matrimonial de bienes, mediante la prueba de la posesión constante del estado conyugal, en el proceso que corresponda. Y aún cuando no se declara que hay allí un matrimonio, al menos sí se acepta que hay una "posesión de estado de cónyuges"*

En este texto, al referirnos a la comunidad matrimonial de bienes, lo haremos considerándolo como el régimen económico de nuestro matrimonio (por excelencia

formalizado) y no mencionaremos a la unión matrimonial, por su incidencia en este tema muy excepcional y limitado a situaciones puntuales. No obstante, los alumnos deben realizar un creativo ejercicio personal de concordancia extensiva, de nuestros comentarios, a la situación de la unión matrimonial que ha probado la posesión constante del estado conyugal.

Las causas de extinción y la nulidad y la extinción "anómala" a que hemos hecho referencia, son las únicas causas que harían cesar la comunidad matrimonial de bienes† pues no puede cesar por asumirse en capitulaciones otro régimen matrimonial, como puede acontecer en otras legislaciones, ni puede sujetarse tampoco a condición de ninguna clase, ni puede renunciarse mientras esté vigente el matrimonio y esto último es obvio, por implicar la renuncia la posesión previa del derecho que se renuncia que no se conoce hasta que llegue el momento de la liquidación. Por ello, la renuncia en todo o en parte a los derechos sobre la comunidad matrimonial de bienes, sólo es posible después de extinguido el vínculo matrimonial.

Insistiendo sobre la renuncia debemos agregar:

Tal renuncia que recoge el Art. 38, tercer párrafo del Código de Familia deberá constar siempre por escrito, se supone que ante Notario se espera que se disponga en beneficio del otro cónyuge o sus herederos, tiene carácter irrevocable y si la renuncia es a todos los bienes comunes, se hace innecesaria la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes. Además no debe ser hecha en fraude de acreedores.

Llama no obstante la atención la expresión en todo o en parte, por cuanto los teóricos del Derecho de Familia, comentando sobre esta situación de renuncia, están contestes en que, de los caracteres esenciales de la misma, se desprende que la renuncia ha de ser pura, simple y total y por ende no se puede en principio renunciar a la comunidad matrimonial de bienes en una parte o cuota y aceptar el resto; sencillamente porque como ya vimos no se trata de una comunidad por cuotas.

Como apreciamos, el Código de Familia sobre el particular tiene otra concepción, que incita a valorar, que tal renuncia en todo o en parte se produciría siempre después de efectuada la liquidación y no antes‡.

Visto así el comienzo y el final y con ello el lapso de existencia que cabe esperar a nuestro único régimen económico matrimonial nos ocuparemos de los bienes que lo integran.

---

* Los alumnos deben releer lo atinente a la prueba de la posesión constante del estado conyugal en el Módulo 2, III Parte.

† Para abundamiento sobre las causas de extinción "anómalas" ver infra 5.1 y 5.1.1.

‡ Ver Anexo 5

2.4 – Bienes que integran la comunidad matrimonial de bienes.

Habíamos comentado (supra 1.1) que en la modalidad de comunidad parcial o limitada, a la que pertenece el régimen de comunidad matrimonial de bienes, coexistían tres patrimonios distintos: el común, el del marido y el de la esposa. Quiere esto decir, que hay al mismo tiempo bienes que pertenecen al matrimonio y otros que son propios o privativos de cada cónyuge. También debemos recordar que sólo los bienes comunes son susceptibles de dividirse por mitad entre los cónyuges o entre el sobreviviente y los herederos del fallecido, a la extinción o nulidad del matrimonio. En realidad, como apreciamos sólo los bienes comunes importan para el régimen de Comunidad Matrimonial de Bienes y sólo a ellos debió referirse el Código, criterio que ya habían señalado comentaristas del Código Civil derogado, pues se decía con razón que habiendo descrito los bienes comunes (gananciales) por exclusión sería fácil determinar los propios de los cónyuges.

Sin embargo, la relación casuística de los bienes propios la considero útil, no sólo porque como veremos en su momento, en las operaciones de la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes al realizar el inventario de las deudas y bienes comunes, implícitamente se realiza un inventario de los bienes y deudas privativas de los cónyuges y porque además, hay bienes, como ya veremos también más adelante, que estando teóricamente adscritos a una categoría determinada, propio o común, pueden pasar a la valoración jurídica de la categoría opuesta.

Es lo cierto, que por razón del casamiento, cada cónyuge lleva con él y conserva su patrimonio propio, patrimonio integrado por bienes, derechos y obligaciones, que en las sociedades capitalistas pueden llegar a ser cuantiosos y referirse incluso a grandes fortunas.

Por el contrario, en nuestra sociedad socialista, la capitalización, la acumulación de capitales, la explotación de unos seres humanos por otros, es ajena por naturaleza al sistema de economía basado en la propiedad socialista sobre los medios fundamentales de producción. Ello no obsta a que se posea un patrimonio compuesto por determinado número de bienes fungibles o muebles, que puede incluir vehículos automotores y otros electrodomésticos y hasta sofisticados electrónicos que satisfacen el confort hogareño y la superación profesional y una serie de derechos y obligaciones de carácter económico, relacionados con ellos, pues se garantiza la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio; también es posible que se habite una vivienda que se posea con justo título de dominio y que se sea titular de otra de recreo y por último que se reciban bienes muebles o inmuebles por vía de herencia.

Si además se accede a recibir divisas por cualquier vía legítima (ojalá no ilegítima) la holgura económica es aún mayor.

Quiere esto decir, que si bien la economía del matrimonio en Cuba no es comparable a la de cualquier país del sistema capitalista, no es inexistente, como se han creído algunos ilusos que se han atrevido a afirmar que la propiedad personal y la herencia no tienen lugar en nuestro país.

Todo este cúmulo de bienes puede que se obtenga una vez constituido el matrimonio y siendo así, ya pueden tener la condición de bienes comunes, de acuerdo con la dicción del Código de Familia que los enumera casuísticamente como veremos.

2.5 – Bienes comunes. (Art. 30 del Código de Familia)

Se consideran como tales:

Inciso 1 – Los salarios o sueldos, jubilaciones, pensiones, u otra clase de ingresos que ambos cónyuges o cualquiera de ellos obtenga durante el matrimonio, como producto del trabajo o procedente de la seguridad social.

En general, a nivel de Derecho comparado, y con más razón en nuestro país, por lo que acabamos de explicar, son los productos del trabajo los que nutren mayormente el patrimonio común del matrimonio, pues la mayor parte de los casados tienen como capital, a veces único, su capacidad de trabajo. "Por trabajo ha de entenderse toda actividad encaminada a obtener un rendimiento económico, generalmente en dinero; aunque no tiene por qué ser siempre en dinero y así si la actividad laboral se retribuye parte en dinero y parte en especie, ambas serán bien ganancial" (común) – (22).

Según la doctrina, los productos del trabajo son pues, los sueldos, salarios, honorarios, remuneración por los servicios, premios por las actitudes y también las jubilaciones, pensiones indemnizaciones, siempre que la actividad física o intelectual desplegada se ejecute, tenga lugar durante la vigencia del matrimonio.

Estos son los considerados bienes comunes por excelencia o también bienes comunes por naturaleza.

Continuando con la normativa del Código, son también considerados bienes comunes:

(Art. 30 del Código de Familia)

Inciso 2 – Los bienes y derechos adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno de los cónyuges.

Este enunciado pone en evidencia la esencia fundamental de la comunidad matrimonial de bienes, la onerosidad, pues como recordamos, la misma es por excelencia una comunidad de adquisiciones a título oneroso.

Así, forman parte de la comunidad todos los bienes que se adquieren durante el matrimonio por este título, así como los frutos y rentas de los mismos, como veremos después. A contrario sensu, como estudiaremos en su momento, son propios, los bienes que se posean anteriores al matrimonio y los adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio a título lucrativo o sea por donación, herencia o legado.

En este enunciado también se pone en evidencia uno de los principios de la comunidad matrimonial de bienes, (principios de los que nos ocuparemos más adelante) y es el de la subrogación real. Adelantaremos que esto quiere decir que el bien adquirido con dinero de la comunidad se vuelve común, así como el bien adquirido con dinero propio tendrá el mismo carácter de propio como apreciaremos en su momento.

Por ello con justeza se nos advierte por PUIG PEÑA (23) que la expresión caudal común debe interpretarse en un doble sentido, no sólo de los bienes que se compran con dinero de la comunidad matrimonial, sino los bienes permutados o sustituidos por los bienes comunes adquiridos mediante ellos, que también asumen el carácter de comunes.

Alerto a los alumnos que deben interiorizar la expresión final del enunciado que comentamos: "bien se haga la adquisición onerosa para uno sólo de los cónyuges". En este caso también el bien adquirido debe considerarse en principio común,

pero sobre la naturaleza jurídica definitiva de alguno de estos bienes, volveremos en su oportunidad.

A continuación establece el Código de Familia que son bienes comunes los que siguen:

(Art. 30 del Código de Familia)

Inciso 3 – Los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o de los propios de cada uno de los cónyuges.

En una lectura lata, podríamos considerar que debemos incluir aquí toda clase de utilidades o beneficios obtenidos durante el matrimonio y entre los frutos todos los reconocidos de antiguo por el Derecho Civil, es decir, los naturales, industriales y civiles.

Como se aprecia la expresión es absoluta, toda clase de frutos pertenecen a la comunidad de bienes, constante el matrimonio, ya sean los naturales, percibidos, o los civiles, devengados, ya provengan de los bienes comunes o de los propios de alguno de los cónyuges, todos se reputan bienes comunes.

Sin embargo, aunque adelantemos conocimientos quisiera detenerme en una modalidad de bienes propios regulada en el inciso 4 del Art. 32 del Código de Familia por cuanto algún autor la ha considerado como excepción a la regla de valoración de los frutos, rentas o intereses. Como comunes provengan de donde provengan siempre que esté vigente el matrimonio. Así en el mentado enunciado del Art. 32.4 se consideran bienes propios las sumas que se cobran por un cónyuge por razón de los plazos vencidos durante el matrimonio que correspondan a una cantidad o crédito constituido a su favor con anterioridad al mismo, pagaderos en plazos, en otras palabras, sumas de dinero que cobra uno de los cónyuges por razón de un crédito a su favor pagadero en fracciones. Se considera excepción a la regla enunciada en el Art.
30.3 por concedérsele la naturaleza de frutos a tales sumas.

No obstante se han esgrimido argumentos en sentido contrario basados en la siguiente inteligencia:

Si un cónyuge antes del matrimonio ha aportado un capital pagadero en cierto número de plazos, que sigue cobrando una vez casado, tales sumas no deben ser consideradas frutos, sino abonos que son parte integrante del capital aportado y por ello se le valora como bien propio.

ESPÍN CÁNOVAS, insistiendo en este "supuesto particular" informa que … se inspira "en la distinción entre capital y frutos o rentas del mismo" y se aplica esta regla a casos que podrían presentar alguna dificultad de interpretación (24).

A esta relación casuística de bienes comunes establecida por el Código de Familia hay que agregar la <u>de todos los bienes</u>, mientras no se pruebe que son propios de uno solo de los cónyuges. Esto configura otro principio de la Comunidad matrimonial de bienes, el principio de presunción de comunidad* (de gananciali dad), que da origen a otra clase de bienes comunes, de la que nos ocuparemos de inmediato:

* El precedente de esta presunción puede encontrarse en el Derecho Romano. Nos informa ESPÍN CÁNOVAS op. cit. en Notas p. 216 que "En el Derecho romano existía una presunción por la que se estimaba que los bienes que la mujer casada adquiriese sin constar su origen procedían de donación de su marido, para salvaguardar así su honorabilidad, presunción que por haber sido formulada por QUINTO MUCIO SCAEVOLA ha pasado a ser denominada "presunción muciana".

2.6 – Bienes comunes por presunción legal.

Son sin duda estos bienes surgidos del deseo del legislador de favorecer a la comunidad matrimonial de bienes, de manera que para considerar propio un bien, es preciso acreditar que pertenece exclusivamente a uno de los cónyuges y por la fuerza de esta presunción legal, en caso de falta de prueba o ante la duda, el bien se considera común.

Esta presunción que la ley establece produce las consecuencias de que resulte innecesario probar que un bien es común, pues basta invocar la presunción y también de simplificar la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, pues los bienes serán en principio comunes y el cónyuge (o sus causahabientes) que alegue propiedad sobre alguno, como dijimos antes, deberá acreditarlo.

Vistos los bienes comunes, pasemos al estudio de los bienes propios según la preceptiva del Código de Familia.

2.7 – Bienes propios (Art. 32 del Código de Familia)

Hemos adelantado ya algunas situaciones relativas a los bienes propios que se establecen en cinco incisos del mentado Art. 32 y que ahora pudiéramos resumir en los supuestos siguientes:

Se consideran bienes propios:

1 – Los bienes y derechos de pertenencia anterior al matrimonio. (incisos 1,4)

2 – Los adquiridos después por título gratuito o por permuta o sustitución. (inciso 2)

3 – Los adquiridos a costa del dinero propio. (inciso 3).

4 – Los de uso personal exclusivo de cada uno de los cónyuges. (inciso 5)

En los numerales 3 y parte del dos se hace explícito el principio de subrogación real que ya vimos anteriormente para los bienes comunes y que podemos formular ahora diciendo que como se evidencia en las adquisiciones a título oneroso, el bien adquirido tendrá el mismo carácter que tenga el bien objeto de la contraprestación. En otras palabras, serán propios los bienes adquiridos con dinero propio de uno de los cónyuges. A tal tipo de subrogación se le denomina subrogación por empleo. Asimismo si se permuta o sustituye un bien propio por otro, el bien permutado o sustituido tendrá el carácter de propio. Esta subrogación recibe el nombre de automática y se describe como aquella en que "un bien individualizado es sustituido por otro bien individualizado en un patrimonio privativo" (25).

Debemos detenernos en los bienes de uso personal exclusivo de cada uno de los cónyuges, por cuanto se presentan situaciones polémicas si el bien fue adquirido con el patrimonio común y se reclama como de uso personal exclusivo.

Ante todo es mi criterio que en este enunciado debemos considerar tanto las ropas y objetos de uso personal, como los instrumentos necesarios para el ejercicio de una profesión u oficio.

En el Derecho comparado de Familia, se le ha puesto un límite al vestuario y objetos personales, si éstos han sido adquiridos con el caudal común, (ver supra Art. 30.2 del

Código de Familia), para que se adjudiquen como propios y es que no sean de extraordinario valor; así, si son de extraordinario valor, conservan su naturaleza de bienes comunes, aún cuando se trate de bienes de uso exclusivo. De igual modo habrá de considerar el extraordinario valor o no de los instrumentos necesarios para el ejercicio de una profesión u oficio, que para el caso de un cónyuge de profesión periodista, por ejemplo, puede incluir bienes de distinto tipo, desde una máquina de escribir hasta una sofisticada computadora. Lo cierto que esta valoración casuística será tarea de los Tribunales al momento de la división y adjudicación de la masa común resultante en las operaciones de la liquidación, si bien la normativa del Código de Familia no se pronuncia al respecto; lo que sí hace con más precisión el Código Civil al regular la transmisión de bienes de uso doméstico a convivientes (Art. 542.1.2), pues de tal transmisión a los convivientes se exceptúa el dinero, los créditos, joyas, obras de arte, colecciones valiosas, equipos de transporte, objetos de ornamentación y de uso personal del causante, así como cualesquiera otros bienes que tenga carácter suntuario*.

En la preceptiva del Código de Familia sobre los bienes propios también se omite regular los bienes y derechos que con contenido patrimonial son inherentes a su titular, por la especial vinculación que tienen con el cónyuge de que se trate, o sea, los bienes y derechos patrimoniales relativos a la propiedad intelectual e industrial y que por esa condición de inherentes a su titular, no deben ser considerados comunes. De esta suerte, el derecho de autor y cuantos derechos surgen del producto del ingenio: descubrimientos, inventos, innovaciones, racionalizaciones y la mentada creación de obras científicas, educacionales, literarias y artísticas.

Ahora bien, la doctrina insiste en que es necesario distinguir los productos obtenidos de tales creaciones individuales, constante matrimonio, pues deben considerarse como comunes, esos rendimientos de la explotación de los mismos durante la vigencia del matrimonio.

Vistos los bienes que integran nuestro régimen económico matrimonial, estamos en condiciones (aunque adelantaremos información aún no ofrecida) de referirnos a los principios, algunos de ellos†, que están presentes en el régimen de comunidad matrimonial de bienes:

2.8 – Principios que rigen la comunidad matrimonial de bienes. (26)

1 – Principio de la onerosidad:

Siendo sustancialmente la comunidad matrimonial de bienes una comunidad de adquisiciones onerosas, forman parte de la misma los bienes que constante matrimonio se adquieran por ese título, así como los frutos y rentas de los mismos.

Este principio se hace evidente en el Art. 30 inciso 2 del Código de Familia.

2 – Principio de persistencia del carácter de los bienes del matrimonio:

---

* En la vigente legislación familiar española (Código Civil Art. 1321) se establece que "fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyen el ajuar de la vivienda habitual de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. NO se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor".

† Por supuesto, se trata de principios que rigen también para la sociedad legal de gananciales de los que hemos seleccionado los que guardan mayor congruencia con nuestra legislación familiar o que hemos adaptado a nuestra preceptiva.

Los bienes que se aportan al matrimonio, ora como propios, ora como comunes, conservan mientras dure el matrimonio, el carácter con el que son aportados (Arts. 30 y 32 del Código de Familia).

3 – Principio de subrogación real:

Quiere decir que la sustitución o el cambio de un bien por otro hace que el nuevo bien adquiera la misma naturaleza, común o propia, del bien sustituido o cambiado (Art. 32.2 del Código de Familia). En las adquisiciones a título oneroso implica que el bien adquirido tendrá el mismo carácter, propio o común, que tuviera el bien objeto de la contraprestación (Art. 30.2 y 32.3 del Código de Familia)*.

4 – Principio del reconocimiento del derecho a reembolso:

Se ha de deducir el importe de lo que es propio o es soportado por el caudal común. (Art. 32.2 segundo párrafo y Art. 39 último párrafo, del Código de Familia).

5 – Principio de igualdad de administración y disposición:

Los cónyuges son los administradores de los bienes de la comunidad matrimonial de bienes y ninguno podrá disponer de ellos sin el previo consentimiento del otro. (Art. 35 y 36 del Código de Familia).

6 – Principio de presunción e comunidad:

Se presumen comunes los bienes mientras no se pruebe que son propios. (Art. 31 del Código de Familia).

3 – De las cargas y obligaciones de la comunidad matrimonial de bienes.

3.1 – Consideraciones generales.

La comunidad matrimonial de bienes crea un especial estado de derecho cuya finalidad primordial es hacer frente a las necesidades del matrimonio y la familia. Mediante ese conjunto de bienes, se asumirán determinados deberes, acordes con el cometido del matrimonio, quiere decir que con la comunidad matrimonial de bienes hay que atender a una serie de gastos y responder de una serie de obligaciones que genera la vida en común. Pero esa masa patrimonial también cumple otra función, muy importante, que lo es más, para países con regímenes económicos basados en la propiedad privada: la de servir de garantía patrimonial a la actuación de los esposos con relación a terceros.

Esta materia se regula en un artículo del Código de Familia, el Art. 33 que contiene cuatro incisos, los que comentaremos más adelante. Antes debemos precisar cuestiones terminológicas, en evitación de confusiones, pues la dicción del Código se refiere a expresiones que utiliza indistintamente. Estas son: cargas, obligaciones, de cargo, gastos, deudas. En realidad porque podrían usarse como sinónimos.

* "El principio de subrogación real tiende a conservar íntegro un patrimonio a través de los sucesivos actos de disposición realizados sobre el mismo, Nada más lógico que la aplicación de la subrogación real (RES SUCCEDIT IN LOCUM PRETII ET PRETIUM IN LOCUM REI) a la sociedad de gananciales que presenta un patrimonio común de ambos cónyuges, pero a su vez distinto del privativo de cada uno de ellos, por lo cual es preciso mantener el carácter ganancial o privativo de los bienes pertenecientes a cada una de estas <masas patrimoniales> para que no se operen cambios infundados en las mismas…"

Diego ESPÍN CÁNOVAS op. cit. p. 210.

Así, una carga representa un gravamen, podría ser un gasto (una erogación, extracción de una parte del patrimonio) pero podría ser una deuda que implica una obligación o una obligación propiamente dicha (dar, hacer, o no hacer, lo que nos viene impuesto por un vínculo jurídico), todo ello a cargo de la comunidad matrimonial de bienes*.

De esta suerte, el fundamental designio de la comunidad matrimonial de bienes es el de sufragar las llamadas cargas (deudas) de la familia, que no son otra cosa que los gastos necesarios para sostener el ritmo de vida familiar, cuyo alcance precisaremos en su oportunidad.

Tal importancia se le atribuye al levantamiento de las cargas del matrimonio que la actual y reformada legislación española (ver supra a pie de página las líneas directrices de esta reforma), que ha asumido la regulación de varios regímenes económicos (convencional, sociedad de gananciales, de separación y de participación en las ganancias) ha establecido "Disposiciones Generales"† que son de aplicación cualquiera que sea el régimen económico que se adopte, en las cuales ocupa un lugar señero la disposición imperativa de que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio (AD SUSTINENDA ONERA MATRIMONII).

Quiere esto decir, que sea el régimen de comunidad o no, los cónyuges están obligados siempre al levantamiento de las cargas matrimoniales, en otras palabras, se impone la sujeción de los bienes para la atención de los gastos y obligaciones de la familia. Con lo que podríamos concluir afirmando que el levantamiento de las cargas matrimoniales es efecto consustancial de la vida en común de los esposos, cualquiera que fuere el régimen económico de su matrimonio.

Ahora bien, nuestro régimen es el de la comunidad matrimonial de bienes, considerado el más "acabado y perfecto", el que en verdad satisface las exigencias del Derecho Matrimonial, con más razón en él, ocupan las cargas del matrimonio un lugar esencial.

3.2 – Qué es a cargo de la comunidad matrimonial de bienes.

Establece el Código de Familia (Art. 33) que serán de cargo de la comunidad matrimonial de bienes:

> 1 – El sostenimiento de la familia y los gastos en que se incurra en la educación y formación de los hijos comunes y de los que sean de uno solo de los cónyuges.

El enunciado puede dividirse en dos cuestiones fundamentales:

---

* "La clave se encuentra (como dicen DIEZ – PICAZO y GULLÓN) en que la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica independiente, por lo que en sentido estricto, no puede contraer deudas, Deudores serán siempre los cónyuges. Pero cuando la deuda se ha contraído para satisfacer necesidades de la sociedad, el pago, en definitiva, deberá recaer sobre el patrimonio ganancial. Por ello, en el supuesto de que se verifique el pago de esa deuda con bienes de un patrimonio privativo, se generará un crédito a favor de ese patrimonio privativo contra el ganancial… Esa deuda está pues, a cargo de la sociedad, se pague al tercero acreedor con lo que se pague. Puede entonces decirse que es deuda de la sociedad". Encarnación I. ROCA TRIAS, op. cit. p. 227.

† Estas Disposiciones Generales reciben en la doctrina la calificación de "Régimen económico matrimonial Primario"o de Derecho necesario, término de origen francés que ha sido acogido por algunas destacados autores españoles que lo utilizan sin reserva y que alude a estas disposiciones de carácter legal, de naturaleza más bien imperativa y que son de aplicación a todo tipo de régimen económico que se asuma, ya sea convencional, ya legal.

1 – El sostenimiento de la familia que debe entenderse en un sentido amplio, habitación, vestido, sustento, gastos de enfermedad, viajes, vacaciones… ¿De qué familia? – De modo contrario, la familia debe entenderse en un sentido estricto: los cónyuges y los hijos no independizados.

2 – Gastos en la educación y formación de los hijos comunes y de los que sean de uno solo de los cónyuges. El Código no distingue si los hijos que sean de uno solo de los cónyuges conviven o no con éstos. El hecho de incluir a los hijos no comunes dentro de las cargas del matrimonio, sin alusión a la calidad de la filiación, de acuerdo con el principio de igualdad de todos los hijos, cualquiera que fuera el estado civil de sus padres, establecido en el propio Código de Familia (Art. 65) y sin alusión tampoco a la convivencia o no de los mismos con el matrimonio, resultó una novedad del Código de Familia si tomamos como referencia la legislación anterior y alguna legislación comparada. Así nos comentaba el Dr. PERAL: (27)

> Constituye una originalidad del Código la de considerar como carga del matrimonio, o lo que es lo mismo, como gastos que deben abonar ambos cónyuges con cargo a la comunidad matrimonial de bienes, el sostenimiento y los gastos en que se incurra en la educación y formación del o de los hijos de uno solo de los cónyuges, si bien es posible que esa carga se vea aliviada en los casos en que dicho o dichos hijos sean menores de edad y estén recibiendo una pensión alimenticia del padre o madre del matrimonio anterior del cónyuge que lo tiene a su guarda y cuidado.

El profesor PERAL parece partir de la situación de convivencia de ese hijo menor de edad de anterior matrimonio por razón de que su madre o padre tiene su guarda y cuidado y de ese modo recibe la pensión alimenticia del otro progenitor. Pero la situación puede ser a la inversa: El hijo menor no convive con el matrimonio porque su padre, vuelto a casar, no tiene su guarda y cuidado (lo más frecuente) sino que está obligado a pasarle una pensión alimenticia.

En tal caso, en algunas legislaciones, también tal obligación está a cargo de la comunidad matrimonial de bienes, pero surge un derecho de reembolso de las cantidades satisfechas, que será deducido a favor del cónyuge no obligado, en el momento de la liquidación.

Como el Código de Familia no distingue, no debemos distinguir y tanto conviva o no el hijo de uno solo de los cónyuges con el matrimonio, los gastos en su educación y formación representará una carga para la comunidad matrimonial de bienes, que será soportada por el caudal común sin derecho a reembolso.

Otras precisiones queremos hacer, primero, con respecto a los hijos: mientras convivan en el seno familiar y no estén independizados, por cualquier causa, sean mayores de edad o no, su sustento sigue siendo una obligación de la familia, aunque algunas veces lo sea sólo moral y no jurídica. Si no conviven y reciben una pensión alimenticia de uno de los esposos, que es su progenitor en anterior matrimonio, en circunstancias determinadas, que ya estudiaremos en su momento, a pesar de arribar los hijos a la mayoría de edad, pueden mantener el derecho a recibirla. Quiere esto decir que tales obligaciones prorrogadas por diversas contingencias de la vida seguirán repercutiendo en el patrimonio común del matrimonio.

Y la segunda precisión alude al término "familia en sentido estricto", que ya vimos se reduce a los cónyuges y a los hijos no independizados.

Es lo cierto que la doctrina del Derecho de Familia, reduce el deber u obligación de afrontar las cargas del matrimonio al sustento (en sentido amplio) de esa familia inmediata y no incluye a la familia más extensa. En otras palabras, a costa del caudal común no hay obligación de sustentar a los parientes de cualquiera de los esposos. De esta suerte, por ejemplo los suegros, padres de cualquiera de los cónyuges, sólo tendrán derecho a ser alimentados* detrayendo los alimentos de las rentas propias del esposo obligado, no de su parte de los bienes comunes, pero siempre que con ello no queden incumplidas las obligaciones de la comunidad.

Tal aserto de separación de bienes a esos efectos, es ilusorio contrastado con la realidad de la vida en común, pues las mutuas y recíprocas ingerencias patrimoniales son inevitables, ya que el matrimonio genera "per se" una comunidad de vida y un conjunto íntimo de relaciones creadora de vínculos asociativos entre los cónyuges. Además de que debemos recordar que los salarios, sueldos y otros, los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, procedan de bienes comunes o propios, se consideran bienes comunes.

Así, sea de modo indirecto o directo, las obligaciones jurídicas y a veces sólo morales que tienen los cónyuges con los parientes más allá de los hijos, recaen también sobre la comunidad matrimonial de bienes.

Continúa expresando el Código en su Art. 33 inciso 2 que también serán a cargo de la comunidad matrimonial de bienes:

> 2 – Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio, por cualquiera de los cónyuges, excepto en los casos en que para contraerlas se necesitare el consentimiento de ambos.

En realidad, de acuerdo con esta redacción, se trata más bien, de qué se responde con los bienes comunes.

Como apreciamos, el enunciado se refiere de manera absoluta a todas las deudas y obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio (aunque no guardaran relación con las cargas familiares), a seguidas excepciona aquellas que contrajo un cónyuge por su cuenta sin el consentimiento del otro, siempre que hubiere necesitado el consentimiento del mismo para ello.

El precepto podía haberse redactado en sentido positivo estableciendo que serían de cargo de la comunidad matrimonial de bienes, todas las deudas y obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

"Por otro lado ese consentimiento del otro cónyuge, si no se prestó para que el acto lo realizase sólo el cónyuge que obró, cuando haya obrado solamente un esposo, puede prestarlo el otro después, ratificando lo hecho por aquél" (28).

Lo cierto es que los sujetos obligados son siempre los cónyuges, ambos o uno, pues la comunidad matrimonial de bienes, como hemos informado antes, no tiene personalidad jurídica y por tanto no puede contraer deudas. Los deudores son siempre los cónyuges en cuanto cotitulares del patrimonio común.

---

* El concepto jurídico de alimentos, que aún no hemos estudiado, comprende no únicamente la comida, sino todo lo necesario para la satisfacción de las necesidades de la vida.

El principio doctrinal que rige esta materia se enuncia afirmando que: "Las deudas comunes deben ser afrontadas con los bienes comunes y a la inversa, las deudas propias de cada cónyuge deberán ser abonadas con su propio patrimonio". Principio que la naturaleza misma de la vida en común del matrimonio al que nos hemos referido antes, se encarga muchas veces de desvirtuar, así como, acorde con la situación de convivencia, lo impone la propia naturaleza jurídica de la comunidad matrimonial de bienes como copropiedad en común, que en realidad crea un derecho expectante para ambos cónyuges hasta que se produzca la liquidación.

No obstante los avatares de la convivencia, resumiremos la directiva doctrinal: Las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges, son deudas de la comunidad u obligaciones de la comunidad de las que responden frente a los acreedores los bienes comunes, mientras que las deudas propias (contraídas por un cónyuge sin el consentimiento del otro, cuando fuere esto necesario, situación que estudiaremos en su momento) son aquellas de las que responde frente a los acreedores, el cónyuge que así obró, con sus bienes propios. Claro que los patrimonios "se funden" en la comunidad de bienes "en mano común".

Con más razón se responde con los bienes propios cuando las deudas fueron contraídas por uno de los cónyuges antes del matrimonio, situación a la que se refiere el Art. 34 del Código de Familia.

Continúa el Código indicando qué es a cargo de la comunidad matrimonial de bienes:

> Artículo 33
>
> 3 - Las rentas o intereses devengados durante el matrimonio, de las obligaciones a que estuvieren sujetos los bienes propios de cada cónyuge y los comunes.

Esta norma es casi copia fiel y literal del Art. 1408 inciso 2 del Código Civil español derogado. Se había considerado por los comentaristas de dicho Código como un precepto de "oscura redacción", a tal extremo que un autor* sugiere y propone determinados supuestos necesarios de tener en cuenta para poder aclarar su significado. Trataremos entonces de dar una explicación propia:

El precepto se refiere ante todo a bienes propios o comunes (con más razón los primeros) que se disfrutan de común por ambos cónyuges, es decir media el usufructo del bien. El bien está sujeto a una carga (comprado a crédito, por ejemplo) que devenga intereses. La comunidad matrimonial de bienes está obligada al pago de estos intereses que devenguen las deudas de cualquier origen contraídas por el marido o la mujer siempre que hayan sido devengadas dentro del matrimonio y esto sin derecho alguno a indemnización por el cónyuge no propietario del bien, en compensación al uso y disfrute que de dicho bien hace el mismo.

El principio que rige en esta materia lo podríamos formular sucintamente de esta manera: Toda deuda que afecte a los bienes propios, ha de pagarse con los bienes propios, pero si afectan a los frutos (rentas, intereses) de estos bienes, son de cargo de la comunidad matrimonial de bienes.

Pongamos un ejemplo de la realidad cubana: La asignación de un automóvil a uno de los cónyuges por méritos laborales, misiones internacionalistas u otras razones honoríficas. Dicho vehículo asignado durante el matrimonio puede ser adquirido por el

* Federico PUIG PEÑA, op. cit. p. 319.

cónyuge premiado a través de un crédito bancario conveniado a su nombre, el que devenga intereses. Esta carga la asume la comunidad matrimonial de bienes, pues el auto lo disfruta también el otro cónyuge y ello sin derecho a reembolso al momento de la liquidación por el cónyuge no premiado.

Alerto a los alumnos que estamos hablando de cargas, no de la naturaleza jurídica del bien, la que tenemos que precisar al momento de la liquidación. Para ello debemos considerar lo que se conoce como el "tracto del bien" el camino o la historia del bien, cómo surgió, o cómo se adquirió, pues si a pesar de haber sido asignado el auto a uno de los cónyuges, se ha adquirido mediante el salario del cónyuge premiado, el auto se considerará común y no propio, y recuérdese que son comunes todos los productos del trabajo, incluido los premios por las actitudes relevantes en el desempeño laboral.

Naturalmente como veremos en su momento, la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes es un procedimiento que tiene sus fases en las que por último en la adjudicación de los bienes pueden prevalecer estos derechos morales de pertenencia, muchas veces por vía de la compensación pecuniaria al otro cónyuge.

Y por último, son una carga de la comunidad, según el inciso 4 del Art. 33:

> 4 – Las reparaciones menores o de mera conservación en los bienes propios, hechas durante el matrimonio.

Como el Código menciona las reparaciones menores y los bienes propios y nada dice de las reparaciones mayores y los bienes comunes, debemos detenernos en esas diferentes situaciones y empezar por distinguir lo que son reparaciones menores distintas de las reparaciones mayores.

Así, las reparaciones menores, el propio enunciado del precepto lo aclara, son reparaciones de mera conservación que no conllevan un cambio o transformación de la estructura del bien y el bien por cierto, no es sólo el inmueble, sino que puede serlo asimismo un bien mueble. Por su parte las reparaciones mayores, son reparaciones extraordinarias que inciden en la propia estructura original del bien, transformándolo.

El Código establece que esas reparaciones menores hechas en los bienes propios, durante el matrimonio son a cargo de la comunidad de bienes, se supone que sustentada esta decisión en la posibilidad de disfrute que el cónyuge no propietario tiene del bien, fundamentalmente por razón de ser la comunidad de bienes usufructuaria de los bienes propios de los esposos. ¿Quid de la situación de las reparaciones menores hechas en los bienes comunes?

Es obvio que tales reparaciones realizadas durante el matrimonio en los bienes comunes, también serán a cargo de la comunidad matrimonial de bienes, aunque el Código no lo enuncie.

Quiere esto decir que todas las reparaciones menores hechas en cualquier clase de bien serán siempre una carga de la comunidad matrimonial de bienes.

Veamos las situaciones que pudieran acontecer si las reparaciones mayores se hacen en los bienes propios o en los comunes.

La doctrina y el Derecho comparado nos ilustran sobre estos supuestos: Si se hacen reparaciones mayores en los bienes propios durante el matrimonio, aunque se hagan con el patrimonio común, tales reparaciones no serán consideradas nunca a cargo de la comunidad matrimonial de bienes. Quiere esto decir que al momento de la liquidación surgirá un deber de reembolso por parte del cónyuge propietario del bien reparado. De

manera contraria: si se hacen reparaciones mayores en los bienes comunes, aunque se hagan con el patrimonio propio de un cónyuge, se consideran tales reparaciones a cargo de la comunidad matrimonial de bienes y por tanto soportadas en común por ambos cónyuges, sin derecho a reembolso alguno.

Un último asunto quisiéramos agregar dentro del concepto de reparaciones, pues en el mismo cabe comprender las propiamente dichas (que ya vimos) y las denominadas cargas ordinarias, "por lo cual corresponderá a la sociedad (comunidad) el pago de todas las expensas ordinarias de conservación y cultivo, las pensiones, impuestos periódicos y en general, todas las cargas periódicas menores que afecten a los bienes sociales (comunes) y a los de cada cónyuge, siempre que correspondan a períodos de tiempo comprendidos entre la celebración del matrimonio y la disolución de la sociedad (comunidad) cualquiera que sea la época en que se paguen o demanden" (29).

Quiere esto decir que están a cargo de la comunidad matrimonial de bienes los pagos del teléfono, gas, usufructo oneroso de la vivienda común, electricidad, y otros, todo lo que se consideran cargas ordinarias, de la vida en común del matrimonio.

4 – Administración y disposición de la comunidad matrimonial de bienes.

4.1 – Comentarios a la preceptiva del Código de Familia.

Norma el Código de Familia en dos preceptos, el Art. 35 y el Art. 36, los principios que han de guiar a los cónyuges en los actos de administración y de disposición de la comunidad matrimonial de bienes, estableciendo la administración conjunta pero indistinta de los bienes por ambos cónyuges (Art. 35) y la disposición conjunta de los esposos, ninguno de los cuales podrá realizar actos de dominio en relación con los bienes sin el previo consentimiento del otro (Art. 36). Este tratamiento es técnicamente correcto, pues es sabido que administrar es un acto de distinta naturaleza que disponer y admite una actuación autónoma, aunque sujeta a los límites legales.

El enunciado de estos preceptos responde al principio de igualdad jurídica del hombre y la mujer en el matrimonio alcanzado formalmente en nuestro país, como sabemos desde la Constitución de 1940, desarrollados en su ley complementaria (Ley 9 de 20 de diciembre de 1950) y consagrado realmente en el plano jurídico, con la promulgación del Código de Familia en 1975.

La característica de esta normativa es su parquedad que obliga a que hagamos comentarios interpretativos.

Ante todo, dejemos establecida la diferencia entre administración y disposición de los bienes, conceptos ya estudiados precedentemente en otras materias del Derecho Civil, con la debida profundidad y de los que ahora sólo daremos definiciones generales:

Así, los actos administrativos se relacionan con la conservación de los bienes y la recolección de rentas y frutos. En cambio, los actos dispositivos pueden disminuir directa o indirectamente la sustancia económica de un patrimonio, y se relacionan fundamentalmente con la enajenación y el gravamen de los bienes.

De antiguo en el Derecho Civil se han contrapuesto los llamados actos de administración ordinaria de los de administración extraordinaria sin que ninguna norma haya enunciado un criterio para distinguir uno de otro.

Es lo cierto que existe una zona intermedia o línea separatoria entre los actos de

administración, sobre todos los actos de administración extraordinaria, y los actos dispositivos, de difícil calificación, que el Derecho comparado ejemplifica entre otros, con el arrendamiento de bienes. También se pronuncia en ese sentido aconsejando que lo mejor es que no haya una regla que determine la calificación sino que será casuístico el análisis tomando como fundamento el contexto en que se produce el acto.

Tales disquisiciones teóricas caben para interpretar el alcance que tienen los cónyuges como administradores de los bienes de la comunidad matrimonial de bienes.

Aunque el precepto que comentamos (Art. 35) es muy escueto en cuanto a ofrecer pormenores de situaciones que incumben a la administración y reglarlos, cuanto podemos inferir de su dicción es que ambos cónyuges son los administradores y que indistintamente cualquiera de ellos, sin el consentimiento del otro puede realizar actos destinados al mantenimiento, conservación y aprovechamiento del patrimonio común, y (sigue diciendo el Código): "adquirir los bienes que por su naturaleza estén destinados al uso o al consumo ordinario de la familia", como si tal supuesto no estuviere implícito en los actos de administración, que sí lo está. Tal adquisición alude a las compras que, por su naturaleza, estén dedicadas a ese consumo cotidiano de la familia*, que en otras legislaciones contempla también los gastos que sean urgentes y necesarios aunque sean de carácter extraordinario, como los gastos que puedan surgir de atender a un hijo accidentado en ausencia del padre y otros familiares.

Con estas compras caseras para la realización de los usos domésticos o cotidianos termina la alusión del Código a los actos de administración, dejando fuera una relación taxativa de actos que recogen otras legislaciones, como la española vigente, que denomina ahora indistintamente a los actos de administración, actos de gestión y en la cual, se consideran nulos de nulidad absoluta los actos a titulo gratuito (ya de administración, ya de disposición) si falta el consentimiento del otro cónyuge†.

Si en vez de adquirir para el consumo cotidiano, un cónyuge da propinas o hace regalos con los bienes comunes, con motivo de fiestas familiares u otras, "liberalidades de uso con ocasiones de regocijo para la familia", expresión de la doctrina, pero que puede ser no en ocasión de regocijo sino de luto y el regalo consistir en una corona mortuoria, sin dudas actos de liberalidad a costa del caudal común, se consideran no obstante, actos en materia de administración que no requieren del consentimiento previo del otro cónyuge. También la realización de actos en defensa de bienes y derechos comunes por vía de acción o excepción, como podría ser la adopción de medidas para preservar de peligros a los bienes comunes o promoviendo las reparaciones para su mantenimiento y conservación.

Es obvio que cada cónyuge también administra su propio patrimonio y puede "al sólo efecto de dicha administración, disponer por sí sólo de los frutos y productos de sus bienes, frutos y productos que son gananciales (comunes), pero que puesto que con los gananciales (con los constituidos por esos frutos y productos y con los procedentes de

* La palabra consumo, según PUIG PEÑA, ha de ser interpretada en un sentido amplio, comprensivo no sólo de los artículos necesarios para comer, beber y arder, sino también todo lo referente al vestido e incluso joyas, si dada la condición de la familia, resultan éstas no un lujo, sino una necesidad". op. cit. en Notas p. 195.

† Sin embargo en el vigente Código Civil español, a mi entender, las reglas reguladoras de la gestión o administración de la sociedad de gananciales son técnicamente incorrectas puesto que le dan a los cónyuges facultades conjuntas pero no indistintas o autónomas para administrar, regulando después las excepciones que suponen la posibilidad de la actuación aislada o individual de cada uno de ellos.

otras fuentes) se ha de hacer frente a la administración ordinaria de los bienes privativos, pueden utilizarse a tal fin por el cónyuge que sea, los rendimientos de sus bienes propios, y entonces no es precisa para ello la intervención del otro cónyuge" (30).

Y también es obvio que pueden darse situaciones de administración y disposición conferidas de manera excepcional por mandato legal a uno solo de los cónyuges, como serían las situaciones de tutela (uno de los cónyuges declarado judicialmente incapaz es sometido a tutela y el otro cónyuge es el tutor) (Art. 148.1 del Código de Familia), o uno de los cónyuges es declarado ausente y el otro cónyuge es su representante legal. (Art. 33.2 del Código Civil).

Por otro lado, por decisión judicial puede recaer la administración únicamente en un solo cónyuge, cuando el otro se encontrare en imposibilidad (puede ser simple imposibilidad de hecho, transitoria) de prestar el consentimiento. Situación no contemplada en la normativa cubana.

Como apreciamos ante la ausencia de regulación más profusa en materia de administración de los bienes de la comunidad matrimonial de bienes, aconsejo acudir a los principios doctrinales y al Derecho comparado, ajustándolos siempre a nuestra realidad socio – económica y jurídica.

Analizados hasta aquí los actos de administración, pasemos a comentar los actos de disposición o dominio que enuncia el Art. 36 del Código de Familia.

Ya definimos "grosso modo" lo que se entiende por acto de disposición. Podríamos reproducir lo que en tema de comunidad matrimonial de bienes se considera debe estar incluido dentro del concepto "acto de disposición": "la enajenación, o acto dispositivo en sentido estricto que implica un cambio de la titularidad del derecho o bien de que se dispone que pasa a otro titular diverso, y que puede ser oneroso o gratuito; los actos de gravamen sobre bienes que tengan la condición de gananciales (hipoteca, prenda, usufructo, etc.)" (31).

El mandato del precepto que comentamos es imperativo: Ninguno de los cónyuges podrá realizar tales actos en relación con los bienes de la comunidad matrimonial sin el previo consentimiento del otro. Y sólo excepciona de tal disposición imperativa, que se tratare de reivindicar bienes para la comunidad.

De nuevo nos encontramos ante una norma muy general y omisa sin más precisiones ni información sobre como reglar situaciones que emerjan de la conducta de los cónyuges en este sentido.

Así, ¿Cuál sería el efecto de violar este mandato? ¿El acto realizado sin ese consentimiento previo, será nulo o anulable, podría ser confirmado posteriormente por el otro cónyuge? ¿Qué sucede si se negare el cónyuge a solicitar del otro el consentimiento?

Podríamos comenzar respondiendo que en el Derecho de Familia comparado algunas legislaciones distinguen los actos de disposición o dominio de carácter oneroso de los actos de disposición o dominio de carácter gratuito. En materia de régimen económico del matrimonio, el acto dispositivo a título oneroso, necesitado de consentimiento conjunto, que se lleve a cabo por uno solo de los cónyuges sin el consentimiento del otro, puede ser confirmado por el otro cónyuge o sus herederos o puede ser impugnado por ellos. Luego los efectos de tal acto unilateral son de anulabilidad. Por el contrario, si el acto en vez de a título oneroso, lo es a gratuito, la falta del consentimiento de uno

de los cónyuges da lugar, no a su impugnación, sino a su nulidad absoluta*.

El Código de Familia no distingue (como debiera hacerlo) los actos de dominio en relación con los bienes de la comunidad matrimonial que sean a título oneroso de los que sean a título gratuito, por lo que mal que nos pese no debemos distinguir (UBI LEX NON DISTINGUIT, NEC NOS DISTINGUERE DEBEMUS) y concordaríamos en afirmar sin más que, "comúnmente se ha entendido en Cuba que es nulo el acto dispositivo realizado por un cónyuge sobre un bien común sin el consentimiento del otro" (32). No debemos olvidar, no obstante que estamos ante una relación muy especial, que es la que une a los esposos entre sí, en esa "unidad de mesa, lecho y habitación" tan propensa a la reconciliación y la tolerancia…

¿Por qué no esperar a que el cónyuge ignorado, comprenda, perdone al otro y confirme (ratifique con más propiedad) el acto realizado sin su consentimiento?.

Tampoco la legislación sustantiva familiar cubana nos informa qué hacer si y uno de los cónyuges se niega a dar su consentimiento. En la legislación española se acude a la autoridad judicial cuando se trata de actos de disposición a título oneroso, no así en los a título gratuito†, de manera que el juez suple el consentimiento si encontrare fundada la petición.

Como apreciamos, en tema de desacuerdo posible en la realización de actos de dominio en relación con los bienes de la comunidad matrimonial, el Código de Familia nada dice, si bien la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (Ley N° 7 de julio de 1977) dispone (Art. 358.3) que los conflictos que surjan entre los cónyuges sobre la administración y disfrute de los bienes comunes, se tramitarán en proceso sumario. La ley ritual como apreciamos no se refiere a los conflictos sobre el dominio o disposición de los bienes comunes, sólo a los de administración y disfrute. En todo caso los conflictos que surjan entre los cónyuges relativos al dominio de los bienes comunes se tramitarán en proceso ordinario. Por otro lado, como ya informamos, por mandato legal se transfieren la administración y el dominio, a un cónyuge sólo cuando el otro es sometido a tutela y él es el tutor, o cuando por ausencia del otro recae en él su representación legal.

Una excepción sólo hace el Código de Familia en cuanto a los actos de dominio y la necesidad del consentimiento previo y es con relación a los actos reivindicatorios de bienes para la comunidad. Acerca de la acción reivindicatoria de bienes muebles e inmuebles, remito a los alumnos a las lecciones ya tomadas de Derechos sobre Bienes y sólo quiero comentar ahora que el cónyuge que reivindica un bien para la comunidad matrimonial no tiene que probar que tiene el consentimiento del otro, sino sólo y fundamentalmente que ostenta el título de copropiedad de la cosa, puesto que "la condición de titular domínico es presupuesto procesal de legitimación" (33).

Retomemos ahora lo explicado en cuanto a las cargas de la que responde la comunidad matrimonial de bienes relacionadas con las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges y la excepción que hace el precepto (ver supra Art. 33 inciso 2) de aquellas deudas y obligaciones que contrajo un cónyuge por

* Se excepcionan del consentimiento conjunto los actos dispositivos a título gratuito consistentes en las llamadas "liberalidades de uso" ya vistas.

† En esa legislación, en los actos dispositivos (como en los administrativos) a título gratuito, la falta de consentimiento de un cónyuge no puede ser suplida por la autorización judicial. Sin consentimiento del otro, cada cónyuge, sin embargo podrá realizar con los bienes comunes las llamadas "liberalidades de uso", como ya informamos.

su cuenta sin el consentimiento del otro, siempre que hubiere necesitado el consentimiento del mismo para ello por la vinculación que tiene esta situación con el consentimiento previo que estamos estudiando en tema de actos dispositivos, pero que también se relacionan con los actos administrativos, en tanto en cuanto rebasen los límites de la administración ordinaria que regula el Art. 35, ya estudiado.

Ya vimos que la actuación de un cónyuge que desconociendo la necesidad del consentimiento del otro lleve a cabo un acto de dominio sobre los bienes de la comunidad matrimonial, en nuestra legislación, tiene el efecto de producir la nulidad del acto (y no su anulabilidad si es a título oneroso, como en otras legislaciones) pero, puede surgir también para el disponente una responsabilidad económica por su actuación si ésta fue dañosa para la comunidad matrimonial de bienes, más si tal daño se produjo dolosamente.

En cuanto a las deudas y obligaciones contraídas por un cónyuge durante el matrimonio sin el consentimiento del otro, en situaciones que este consentimiento fuere necesario, como sabemos, no responderán de ellas los bienes comunes sino los bienes propios del cónyuge que las contrajo. Estos gastos conforman el activo del inventario y se consideran colacionables por haber sido satisfechos por la sociedad y deben ser deducidos si no se pagaron antes, al momento de la liquidación, abonando el cónyuge deudor su importe, o bien de sus bienes propios o de la mitad que le corresponde de los bienes comunes. Ya hicimos comentarios en su momento acerca de la fusión de los patrimonios propios y el común que entraña la convivencia de los esposos y hasta de la posibilidad de la ratificación del acto realizado sin consentimiento por el cónyuge que no obró.

Para terminar este acápite relacionado con la administración y el dominio de los bienes que conforman la comunidad matrimonial de bienes, sólo nos quedaría repetir con el Código, lo que el mismo establece en su Art. 37 y es que en todo lo no previsto en ese texto con respecto a, la comunidad matrimonial de bienes se regirá por las disposiciones generales que regulan la comunidad de bienes, es decir por las disposiciones de la copropiedad por cuotas del Código Civil, fundamentalmente en sus artículos del 161 al 166.

5 – Disolución y liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.

5.1 – Consideraciones generales.

En el estudio del régimen económico matrimonial que regula el Código de Familia, hemos llegado al momento de la disolución del régimen económico único que el mismo establece con carácter obligatorio, como sabemos. Ya habíamos adelantado comentarios acerca del fin de la comunidad matrimonial de bienes (ver supra 2.3) y ahora nos restaría agregar algunas precisiones.

Habíamos expresado en su momento que la "conditio iuris" del régimen de comunidad matrimonial de bienes, es la existencia del matrimonio que en nuestro sistema jurídico familiar admite matices muy sui generis, pues puede formalizarse el matrimonio con carácter retroactivo, puede declararse judicialmente que existió un matrimonio que ya no existe y puede probarse, sino el matrimonio, al menos "la posesión constante del estado conyugal". Todas estas situaciones unidas al matrimonio civil o formalizado propiamente dicho, dan lugar a que pueda declararse que en todas ellas rige o rigió el régimen económico de la comunidad matrimonial de bienes.

Si estas variantes de uniones conyugales deben ser apreciadas para identificar el comienzo de la comunidad matrimonial de bienes, con más razón debemos detenernos en el momento del cese de la misma, que se vincula con el cese del matrimonio, que es su razón de ser.

Tomando como paradigma el matrimonio civil o formalizado, ya sabemos, que la comunidad matrimonial de bienes termina por la extinción del matrimonio (Art. 38 del Código de Familia). Y que las causas de extinción se regulan en el Art. 43 del Código de Familia, que considera con imprecisión técnica a la nulidad como una causa de extinción.

De esta suerte, el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, la declaración judicial de presunción de muerte de uno de ellos, la sentencia firme o la escritura notarial de divorcio, como causas de extinción propiamente dichas y la nulidad del matrimonio, como causa de ineficacia del mismo, rigen para el matrimonio civil o formalizado, haya sido formalizado o no con carácter retroactivo al momento de iniciada la unión.

Ahora bien, otro es el análisis que debemos hacer con el matrimonio judicialmente reconocido, con precisión, con la unión matrimonial judicialmente reconocida, pues admitiendo como causa de extinción al fallecimiento, teóricamente y por la vía muy excepcional a la presunción de muerte* no así al divorcio, ni la nulidad, que no tienen cabida en ella, habría que agregar una nueva causa de cese de la unión conyugal: el abandono o disentimiento de uno de los compañeros.

Sabemos, sin embargo, que en tema de unión matrimonial judicialmente reconocida, ninguna causa de extinción de la unión conyugal que exista en la realidad objetiva tendrá efectos legales, sino se recoge en la sentencia que declara el reconocimiento, por lo que hemos afirmado, que es la sentencia declarativa de reconocimiento, la que deviene en causa de extinción del matrimonio. Causa anómala por cierto.

Luego a las causas de extinción y la nulidad contenidas en el Art. 43 del Código de Familia, para el caso Cuba, debemos añadir como causa de disolución del matrimonio, la propia sentencia de reconocimiento judicial del mismo. Son estas causas las que propician el fin de la comunidad matrimonial de bienes y dan origen a que se lleve a cabo la liquidación de la misma.

### 5.1.1- Valoración especial acerca de la prueba de la posesión constante del estado conyugal.

Un alto debemos hacer para que reflexionemos con relación al régimen económico del matrimonio, lo que se pretende al probar la existencia de la unión matrimonial como verdadera unión conyugal con posesión constante de estado de cónyuges, a que hace alusión el Art. 22 del Código de Familia.

Como hemos afirmado antes, la pretensión de aportar esta prueba unida a las actas de inscripción del nacimiento de los hijos, si los hubiera, en un proceso civil, penal o administrativo, no es que se reconozca judicialmente la unión, o que ésta se legalice de alguna manera, sino sólo probar que existe para propósitos puntuales, pero teóricamente nada obsta que se utilice para que pueda probarse que existió. Esta última posibilidad es la que daría origen a solicitar la disolución y liquidación de la

* Más que la muerte misma, la declaración judicial de presunción de muerte está intrínsecamente relacionada con el matrimonio formalizado, como ya tendremos oportunidad de conocer cuando desarrollemos las causas de extinción y la nulidad del matrimonio, en el Matrimonio (VI Parte).

comunidad matrimonial de bienes. Mas como unión de hecho, la unión matrimonial sólo podría terminar por muerte o separación, (por abandono o disentimiento de uno de los compañeros) y al igual que en el caso del reconocimiento judicial de la unión matrimonial se aportaría una nueva causa de cese de la unión conyugal: la mera separación o el abandono.

También sin duda esta vía de llegar a la disolución y liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, es teóricamente aceptable, pero prácticamente excepcional (para algunos juristas del patio más que excepcional es inviable procesalmente) y deviene también en una vía sumamente anómala. Sin embargo, probar la posesión constante del estado conyugal es factible para lograr derechos específicos sobre los bienes comunes.

Vistas estas consideraciones generales con las especificidades de nuestra legislación familiar, veamos la situación que sigue una vez disuelto el matrimonio.

5.2 – La comunidad matrimonial de bienes en liquidación.

Una vez disuelto el matrimonio por las causas ya explicadas queda la comunidad matrimonial de bienes como un patrimonio colectivo en espera de la liquidación con indeterminación transitoria de titularidad de los bienes, pues ambos cónyuges son cotitulares.

Se crea de este modo un régimen especial, que termina cuando se procede a liquidar esa comunidad "estática" y a adjudicar a cada cónyuge su parte, fase que puede durar lo que los cónyuges quieran o no realizarse nunca.

¿Qué régimen disciplina este patrimonio especial?

Como el Código de Familia no establece reglas específicas, suponemos que habrá que atenerse a la observancia de supletoriedad que enuncia el ya visto Art. 37 del Código de Familia, o sea, que empezará a regir para ese patrimonio indiviso las normas de la copropiedad común que regula el Código Civil.*

En el Derecho comparado para ese estado especial indefinido rigen las normas generales de la comunidad de bienes ordinaria o por cuotas y analógicamente las normas de la comunidad hereditaria, por cuanto puede equipararse la situación a la comunidad hereditaria antes de la partición.

Los textos de Derecho de Familia recogen las observaciones que tal situación de pendencia ha generado y que trataremos de resumir:

- Ninguno de los esposos es dueño particular de ninguno de los bienes conyugales y por tanto carecen de acción para pedir a título particular nada en relación con ellos (salvo los bienes propios de cada cónyuge).
- Cese de la situación de copropiedad en común y por lo tanto ya no serán de aplicación las reglas de administración y disposición de los bienes de la comunidad matrimonial.

* Ante el silencio del Código, afloran otros criterios. Así se expresa que: "El Código de Familia de 1975, carece de reglas específicas sobre administración y disposición de bienes comunes durante esta etapa, por lo que ha de entenderse que al respecto siguen las mismas normas de los Arts. 35 al 37, a pesar de que los ex cónyuges suelen violar estos preceptos reiteradamente". Orlando RIVERO VALDÉS. Temas de Derechos Reales. op. cit. en Notas. p. 68.

- Procede la renuncia de cualquiera de los cónyuges a sus derechos en la comunidad matrimonial de bienes.
- Cada cónyuge no pasa automáticamente a ser titular exclusivo de una parte de los bienes.
- Los frutos de los bienes propios dejan de incrementar el patrimonio común. El patrimonio común sigue ingresando los frutos de los bienes comunes.
- Se sigue sin establecer cuotas sobre los bienes, lo que sólo es posible hacer al determinar la cuota final, después de atendidas las cargas, previa adjudicación del remanente en las operaciones de liquidación.
- Los bienes comunes no pueden ser enajenados sino por todos los copartícipes.
- Las adquisiciones llevadas a cabo con bienes o dinero procedente del patrimonio común parece que deben regirse por el principio de subrogación real, generando el ingreso del bien adquirido en el patrimonio común.
- Mientras se haga la liquidación de la masa común de bienes se darán alimentos al cónyuge supérstite y a sus hijos (situación parecida a la que se regula en nuestro Art. 42, y en la que nos detendremos con más profundidad en su momento).

Es lo cierto que en nuestra realidad socio – jurídica, ya sea por la carencia explícita de normas sustantivas que regulen esta situación especial de los bienes comunes antes de la liquidación , o ya sea por la ausencia de medidas cautelares sobre los bienes que serán objeto de una posible litis, suele suceder que antes de comenzar las operaciones de liquidación, "muchos de los bienes que conformaban la comunidad matrimonial ya han sido enajenados, destruidos o escondidos por uno de los cónyuges… Esto sucede sobre todo en los casos en que no coinciden en el tiempo la extinción de hecho y de derecho del matrimonio y uno de los cónyuges se marcha de lo que hasta entonces fuera hogar común" (34).

Sin duda que esta situación urge de una respuesta firme en el orden material y procesal.

Queremos todavía detenernos en este especial estado de proindivisión en el cual ni los cónyuges ni sus causahabientes son dueños de cosas determinadas, para comentar esa suerte de alimentos que surgen de esta masa común en caso de muerte de uno de los cónyuges, para beneficio del supérstite y sus hijos mientras se hace la liquidación.

El enunciado sucinto responde en parte a la esencia del Art. 42 del Código de Familia que se basa en uno semejante, el 1430 del derogado Código Civil español que hacía alusión a una supuesta liquidación judicial (no extrajudicial) dentro de un juicio de testamentaria o abintestato que al efecto se incoara en el que forzosamente había de procederse antes a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes y se enunciaba de esta manera:

Art. 1430 del Código Civil español derogado

> De la masa común de bienes se darán alimentos al cónyuge superviviente y a sus hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se les rebajará

de éste en la parte en que excedan de los que ya les hubiese correspondido por razón de frutos o rentas*

Por su parte, el Art. 42 del Código de Familia no sólo se pronuncia sobre estos alimentos especiales (igualmente dentro de un proceso sucesorio de naturaleza judicial) sino que también lo hace sobre el derecho de permanencia en el uso y disfrute de los bienes comunes que tienen el cónyuge sobreviviente y los hijos menores hasta que se aprueben judicialmente las operaciones de la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.

A título de comparación lo reproduciré:

Art. 42 del Código de Familia vigente:

> En caso de que el matrimonio se extinga por causa de muerte, el cónyuge sobreviviente y los hijos menores tendrán derecho a continuar en el uso y disfrute de los bienes comunes hasta que se aprueben judicialmente las operaciones de la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes. Además, el Tribunal que conozca del proceso sucesorio, autorizará, en la medida que resulte necesario, al cónyuge sobreviviente, para percibir el pago de cantidades correspondientes al fallecido o a la comunidad matrimonial de bienes y para que, con cargo a ella o al efectivo que forme parte de los bienes dejados, satisfaga sus gastos corrientes y los de los hijos menores y, al efecto, extraiga de las cuentas bancarias del fallecido, o de ambos, las sumas que sean menester.

A no dudar el derecho a obtener estos alimentos de distinta especie que los que estudiaremos en su momento, de esa masa común indivisa hasta el final de la liquidación sólo es posible en caso de disolución de la comunidad matrimonial de bienes por causa de muerte† y se enmarca en un proceso sucesorio judicial y no extrajudicial, porque es el Tribunal el que tiene el poder de autorizar. Sin embargo, el usufructo de los bienes comunes a favor del cónyuge sobreviviente y los hijos menores, es legal, pues emana de lo que dispone la propia ley.

Confieso que no veo reflejada explícitamente en nuestra ley de trámites en materia sucesoria el mandato al Tribunal enunciado en el Art. 42 del Código de Familia que comentamos‡

Como hemos apreciado hasta aquí, las causas de disolución y la nulidad del matrimonio son causas de disolución legal de la comunidad matrimonial de bienes, que la hacen concluir de pleno derecho. Entre nosotros, ya lo comentamos antes, vale como causa de disolución, la sentencia firme de reconocimiento judicial de la unión no formalizada; que podríamos valorar como una causa judicial de disolución.

---

* El precepto se conserva casi igual en el vigente Código Civil español (16ª. Edición de 1997) Art. 1408. Las diferencias sonde palabras: se habla de cónyuges y en su caso al sobreviviente y de frutos y rentas.

† O de presunción de muerte en su caso, pues declarada ésta por el Tribunal y firme la resolución, se producen los mismos efectos que el fallecimiento acreditado por certificación médica.

‡ En la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil (hecha extensiva a Cuba por Real Decreto de 25 de septiembre de 1885, que empezó a regir el 1º. De enero de 1886) en la administración de las testamentarías a instancias de los interesados, el juez podía mandar que los productos de la administración se entregaran por vía de alimentos a los herederos y legatarios y al cónyuge sobreviviente, hasta la cantidad que respectivamente podía corresponderles como renta líquida de los bienes a que tuvieran derecho. El Juez fijaría la cantidad y los plazos en que el administrador haría la entrega (Art. 1099).

Disuelta la comunidad queda el caudal común en la situación de espera por la liquidación, que puede como expresé antes, no producirse nunca, ya sea por la pobreza de los bienes comunes, por el acuerdo privado de los ex cónyuges o por otras causas sobrevenidas. Se supone también que éste es el momento, como informamos antes, de renunciar a los derechos en la comunidad matrimonial con las prevenciones que acerca de la renuncia hicimos en su oportunidad (ver supra 2.3)

5.3 – Vías para proceder a la liquidación. Características según causas de disolución. La liquidación de la comunidad matrimonial de bienes puede realizarse legalmente por la vía extrajudicial, es decir, ante notario estatal o por vía judicial ante los Tribunales. Esta autora piensa que inter-vivos hay otra vía que he llamado supra-jurídica o meta-jurídica, que es la acordada privadamente entre los cónyuges a espaldas del Derecho, lo que no significa que sea ilícita, sino perfectamente válida y también a juicio de esta autora, entre nosotros, mayoritaria.

Si la causa de extinción ha sido el fallecimiento de uno de los cónyuges o la declaración judicial de presunción de muerte, que una vez firme, equivale al fallecimiento acreditado por certificación médica, la liquidación formará parte de las operaciones sucesorias. Quiere decir que la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes es operación previa a la partición de la herencia. El cónyuge viudo (por supuesto se refiere también a la viuda) como cónyuge supérstite tiene derecho a la mitad de los bienes comunes una vez realizadas las operaciones de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes y como heredero (a) abintestato, en el primer llamado, le corresponde una porción igual a la de los herederos con quienes concurra (si concurre con los descendientes o padres del causante). Y de no existir éstos le corresponde al cónyuge la totalidad de la herencia (en detrimento de hermanos y sobrinos) (Cfr. Arts. 517 y 518 del Código Civil cubano). En la sucesión testamentaria el cónyuge sobreviviente puede ser un heredero especialmente protegido si reúne los requisitos exigidos (Cfr. Art. 493.1 del Código Civil cubano).

Las pautas de realización de la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes se regulan por el Código de Familia, y los principios del Derecho sucesorio por el Código Civil.

Conocer, tramitar y resolver las declaratorias de herederos en la herencia intestada, redactar las escrituras de partición, avalúo, liquidación y adjudicación de bienes adquiridos por herencia testada o intestada y escrituras de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes adquiridas por razón del matrimonio y otras relacionadas con la disposición de los bienes de la comunidad matrimonial de bienes, etc., son todas funciones del notario y pertenecen por tanto al ámbito extrajudicial*. Sólo cuando sea manifiesta la contradicción entre las partes, resulten perjuicios a terceras personas o se emita por el Fiscal dictamen en contrario, conocen del asunto

* Al comenzar a regir el 1º. de junio de 1985 la Ley 50 de las Notarias Estatales, los expedientes de jurisdicción voluntaria y el proceso sucesorio de declaratoria de herederos se transfirieron a la función notarial de conformidad con lo estipulado en la Disposición Especial Primera de la mencionada ley, la cual en su Art. 10 inciso C atribuye una función al Notario relacionada con este particular.
Posteriormente, al promulgarse el Decreto – Ley No. 154 de 1994 (Del divorcio notarial) se adicionó a dicho inciso C la función del notario en cuanto al divorcio notarial por muto acuerdo, quedando redactado de la forma siguiente:
C)- Conocer, tramitar y resolver los asuntos de jurisdicción voluntaria, sucesorios de declaratoria de herederos y de divorcio, de conformidad con la ley.

los Tribunales Municipales Populares, así como igualmente tiene lugar el proceso judicial de testamentaria por haber surgido contradicción entre los herederos y legatarios entre sí sobre la participación de los bienes.

Como puede apreciarse en esta esfera del Derecho Patrimonial de Familia hay un desempeño muy importante del notario y se hace más estrecho el vínculo entre el Derecho de Familia y el Derecho Notarial.

Faltarían tres comentarios en tema de fallecimiento como causa de la disolución del matrimonio y por ende de la comunidad matrimonial de bienes:

- Uno se relaciona con el divorcio: Si durante la sustanciación del proceso de divorcio, fallece uno de los cónyuges en cualquier instancia del proceso, el cónyuge sobreviviente conserva su condición de cónyuge viudo y por tanto conserva su derecho hereditario y la vía extrajudicial de liquidar la comunidad matrimonial de bienes, como la hemos explicado (Art. 519 del Código Civil cubano).
- Otro es lo que nos dice la doctrina cuando tiene lugar la muerte de ambos cónyuges, los bienes de la comunidad matrimonial de bienes no pueden adjudicarse si no se lleva a cabo previamente la liquidación de la comunidad con el acuerdo de todos los causahabientes.
- Y el tercero y no por ser el último deja de ser el más importante. El derecho para solicitar la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes no caduca nunca y puede realizarse en cualquier momento posterior al fallecimiento o a la declaración judicial de presunción de muerte. (Art. 40 a contrario sensu). Se considera así una acción imprescriptible.

Si la causa de extinción ha sido el divorcio. En este supuesto habrá que distinguir si el divorcio se efectuó por justa causa o mutuo acuerdo. Aunque los alumnos no han todavía estudiado con profundidad esta institución pues no hemos aún arribado al estudio de las causas de extinción y nulidad del matrimonio, la propia expresión de estas vías de divorcio indican que uno es litigioso (justa causa) y compete a los Tribunales Municipales Populares y el otro puede serlo por la vía extrajudicial ante notario (Decreto – Ley 154 de 1994)*, si bien está vigente la sustanciación del divorcio por mutuo acuerdo ante los Tribunales. (Art. 380 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral).

En el divorcio por justa causa las cuestiones referentes a la liquidación de los bienes comunes del matrimonio se sustancian en las propias actuaciones del proceso de divorcio, siguiendo las pautas que regulan la herencia intestada, en cuanto resulten aplicables (ver en Anexos Sentencias 1 y 2). Pero la ley establece un término de caducidad, que enmarca la reclamación de la liquidación dentro del año siguiente a la firmeza de la sentencia. Cuestión muy controvertida que trataremos más adelante cuando comentemos el Art. 40 del Código de Familia.

A su vez el divorcio por mutuo acuerdo por la vía judicial obliga a que en las convenciones a que hayan llegado los cónyuges respecto a las llamadas medidas accesorias (patria potestad, guarda y cuidado de los hijos menores, pensión

* El Decreto Ley N° 154 de 6 de septiembre de 1994 introdujo un importante (y muy polémico) cambio en la regulación del divorcio en Cuba, que siempre (menos un breve lapso histórico) debió plantearse ante los Tribunales disponiendo ahora que los notarios podían divorciar por mutuo acuerdo entre los cónyuges.

alimenticia) se incluya la liquidación y separación de los bienes comunes, (Art. 380 primer párrafo de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral).

Por su parte, el divorcio por mutuo acuerdo por la vía notarial admite que la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes puede realizarse en acto posterior. (Ver en Anexos, liquidación de la comunidad matrimonial de bienes en divorcio por mutuo acuerdo ante notario).

Nos limitamos a describir las disposiciones legales, sin emitir juicios de valor, pues no hemos preparado al alumnado para una crítica fundamentada en esta materia, (a la que todavía, como hemos dicho, no hemos arribado, pues trata del Matrimonio VI Parte).

Como puede apreciarse con el divorcio se accede a la liquidación judicial y la extrajudicial. También es obvio que una liquidación extrajudicial que provoque perjuicio a terceras personas, debe pasar al conocimiento de los Tribunales.

Si la causa ha sido la nulidad del matrimonio. Doctrinalmente la nulidad matrimonial se ha configurado como institución cuasi – pública, por lo que la acción para pedir la nulidad no sólo corresponde a los cónyuges sino también al Ministerio Fiscal.

La nulidad del matrimonio se relaciona con los impedimentos o prohibiciones dirimentes (e impedientes en nuestro caso) para contraerlo, que ya conocen los alumnos y con los vicios del consentimiento, que aún no hemos estudiado pues es parte del texto que dedicaremos a las causas de extinción y nulidad del matrimonio, pero que los alumnos conocen por sus estudios del Derecho Civil Parte General.

El impedimento o vicio debe estar debidamente acreditado para que en el proceso de nulidad, siempre de matiz contencioso, pueda arribarse a una declaración de nulidad, cuyo efecto fundamental consiste en destruir legal y retroactivamente el vínculo imperfectamente establecido, borrando la existencia del matrimonio.

Ahora bien, sin ánimo de profundizar, sino a los efectos del tema de la liquidación de los bienes comunes, que es lo que estamos comentando, debemos recordar que la doctrina del matrimonio putativo* introdujo un paliativo al rigor de los efectos de la nulidad, al valorar la buena fe, en ambos o uno de los contrayentes, de modo que la putatividad suprime el radicalismo de la retroactividad y la nulidad ya no va a producir efectos más que en el futuro; en otras palabras, el matrimonio putativo de buena fe mantiene los efectos producidos desde la celebración a la anulación, y es un matrimonio eficaz como si fuera válido, aunque se anule.

Tanto el matrimonio nulo propiamente dicho como el putativo, con relación a los bienes del matrimonio, va a sufrir los efectos de la declaración judicial de nulidad que sólo se obtiene mediante un proceso ordinario que es de conocimiento de los Tribunales Provinciales Populares. La sentencia firme de nulidad del matrimonio, incide no sólo en la disolución del matrimonio mismo, sino en la del régimen económico de éste, si bien la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes no tendría necesariamente que disponerla la sentencia, sino que puede ser un trámite posterior y al igual que al divorcio por justa causa se le confiere por la ley sustantiva (Art. 40 del Código de Familia) un término de caducidad para reclamarla dentro del año siguiente a la firmeza de la sentencia.

* Exhorto a los alumnos a releerla en el Módulo 2 – 2da. Parte.

Mas, importa mucho a los efectos de la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes si los cónyuges han actuado de mala o buena fe.

El Código de Familia en el Art. 38 segundo párrafo nos previene acerca de la actuación de mala fe de un cónyuge que ha dado lugar a la invalidez del matrimonio y lo sanciona civilmente a no tener participación en los bienes de la comunidad matrimonial, es decir a perder sus derechos a los bienes comunes. No obstante, "esta sanción no implica la inutilidad de la liquidación, ya que a los efectos de terceros acreedores y del propio cónyuge que ha recibido de sanción , se hace indispensable". (35)

Si ambos cónyuges hubieran actuado de mala fe, se reputa que la comunidad matrimonial de bienes no existió nunca.

Ahora bien, como de todas formas, los intereses de los esposos han quedado confundidos, hay necesidad de proceder a una liquidación, restituyéndose lo aportado y distribuyéndose los beneficios según las reglas de la equidad".(36)

Para el cónyuge que actuó de buena fe y en todo caso (buena o mala fe) siempre para los hijos, el matrimonio tendrá los efectos civiles de un matrimonio válido aunque se haya declarado nulo.

Si la causa ha sido el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada: Ya comentamos como para nuestra legislación de familia, la sentencia firme de reconocimiento judicial de una unión matrimonial no formalizada deviene en causa de extinción de matrimonio. Con ello, extinguido el matrimonio (ya por muerte, ya por abandono o disentimiento de uno de los "compañeros") tenemos el presupuesto para proceder a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.

El reconocimiento se sustancia por los trámites del proceso ordinario ante los Tribunales Municipales Populares. Declarado éste con lugar, se procede a la liquidación de los bienes comunes en las propias actuaciones al igual que en el proceso de divorcio por justa causa..

Pero si sólo se reconoce la unión y no se pretende por el momento liquidar bienes ¿Qué término de caducidad tiene en la ley reclamar la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes estando ambos ex-compañeros, ya ex-cónyuges vivos? (Pues ya apreciamos en su oportunidad que por causa de muerte, la acción deviene imprescriptible).

No tenemos respuesta pues sencillamente se trata de una laguna de la ley. Si bien con respecto al reconocimiento judicial de la unión no formalizada alguna corriente de pensamiento ha sugerido concederle, al menos, a esas uniones de hecho, para ser reconocidas judicialmente el término de cinco años, circunscribiendo el ejercicio de la acción para solicitar de los Tribunales el reconocimiento al término de prescripción de las acciones civiles, que es de cinco años (art. 114 del Código Civil cubano) abandonando la práctica fundada en doctrina cubana, de que tal acción, es imprescriptible.

Una reflexión final quiero agregar a estos comentarios.

El Código de Familia (Art. 39) nos enuncia no tan claramente como hubiéramos querido que "cuando por no haber acuerdo entre los interesados para la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes,… fuere necesario proceder a su liquidación judicial". Lo que quiere decir que si hay acuerdo entre los interesados no se procede

por la vía judicial, sino extrajudicial.

Esta afirmación inferida contrario sensu nos permite lanzar este aserto:

Aunque los cónyuges hayan estado incursos en el proceso judicial que va a dar fin a su matrimonio (divorcio, nulidad, reconocimiento) si el proceso litigioso termina con la sentencia firme que disuelve el matrimonio, y a esta altura los ex-cónyuges se ponen de acuerdo para liquidar los bienes… sencillamente pueden hacerlo ante el notario, siempre que presenten ante él certificado del Registro del Estado Civil de la inscripción de la ejecutoria recaída en sentencia firme de divorcio, nulidad del acto del matrimonio (Art. 60 (a) (ch) de la Ley de Registro del Estado Civil) y ejecutoria del Tribunal competente en sentencia firme de reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada (Art. 58 (b) de la Ley del Registro del Estado Civil) y el notario en la forma dispuesta por el Código de Familia pero atendiendo a las convenciones de los ex-cónyuges procederá a la liquidación de los bienes de la comunidad matrimonial*.

Realmente, en la práctica notarial cubana, basta la certificación de la sentencia, emitida por el Secretario (a) del Tribunal.

Así nos informaba, recién promulgado el Código de Familia cubano el reconocido notario (ya fallecido) Pedro VERDEJO REYES acerca de las escrituras para liquidar la comunidad matrimonial de bienes en caso de divorcio o nulidad:

> "concurrirán ambas partes interesadas reseñándose en la parte expositiva de la misma todos los antecedentes que la motivan, como la fecha y lugar de celebración o formalización del matrimonio, fecha de la ejecutoria que lo disolvió, con expresión del juez o Tribunal que hubo de dictarla y el Secretario que la certifica, ejecutoria que el notario dará fe de haber tenido a la vista, en su caso, unirá a la escritura matriz a fin de que forme parte integrante de la misma…

Similar a la escritura de liquidación de las situaciones de divorcio o nulidad eran aquellas que:

> "liquida sociedades de ganancias, formadas entre personas que no contrajeron matrimonio, ni lo han formalizado, a la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido plena validez y en la que como exposición se hará relación de los años que los comparecientes han mantenido una unión estable y singular, continuándose en la misma forma anterior".†

Se está refiriendo al reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada y pone en evidencia cuanto afirmamos acerca de la vía extrajudicial en todo caso en que haya acuerdo entre los cónyuges, cualquiera que fuera la complejidad del litigio anterior en que estuvieron incursos.

---

* Ver en Anexos escritura notarial de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes post proceso judicial de divorcio por justa causa.

† El profesor VERDEJO usa aquí un lenguaje todavía influido por la equiparación matrimonial y no por la del reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, pues el Código de Familia se había recién promulgado. Como prueba de ello nos informa que "se acompañará al escrito inicial la certificación de sentencia firme sobre "equiparación matrimonial". No obstante vale igual como ejemplo para la sentencia firme de reconocimiento.

De igual forma puede acontecer lo contrario, y es que disuelto extrajudicialmente el matrimonio ante notario (divorcio por mutuo acuerdo) sin embargo se liquidan bienes por la vía judicial*.

De esta manera podemos atribuirle al procedimiento de liquidación de los bienes de la comunidad matrimonial de bienes, cierta independencia del proceso de disolución del matrimonio que le da vida.

5.4 – Reglas para liquidar la comunidad matrimonial de bienes.

Como hemos informado antes, la situación de indivisión que se produce a la disolución de la comunidad matrimonial de bienes puede durar lo que los ex-cónyuges quieran, pero en cuanto se solicita la división de los bienes comunes, comienza la fase de liquidación a la que dedicaremos los comentarios que siguen.

La liquidación supone una serie de operaciones regidas por normas especiales (entre nosotros sumamente omisas) que van encaminadas a determinar cuáles son finalmente los bienes comunes que han de ser atribuidos por mitad entre los cónyuges. En el Derecho comparado "llegar a determinar si al final ha habido o no ganancias, es una tarea compleja que requiere previamente reintegrar a cada cónyuge los bienes privativos suyos, abonar las deudas de la sociedad frente a los terceros y frente a los propios cónyuges, y una vez efectuada esa labor atribuir el remanente o superávit por mitad a cada cónyuge" (38)†. Para nuestra realidad socio – jurídica conocer si ha habido o no ganancias, no es el objetivo fundamental de la liquidación, sino determinar cuáles son los bienes gananciales para su división por mitad entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido (volver sobre los conceptos ganancias y ganancial, en supra 1.20. Por ello, enunciaremos aquí, sólo a modo de ejemplo, las reglas, que en general se enuncian en el Derecho comparado para liquidar la sociedad de gananciales, que conlleva en los países de economía capitalista, a la realización de tareas complejas, entre nosotros, notablemente simplificadas, acorde con nuestro sistema de economía socialista.

El Código de Familia por su parte sólo enuncia de tales tareas complejas la disposición de qué en la liquidación judicial (remite las reglas sólo a la liquidación por vía de los Tribunales) se procederá al inventario y avalúo de los bienes sobre la base del valor que tenían en la fecha de extinción del matrimonio; que hecho el avalúo se deducirán las deudas, cargas y obligaciones pendientes y el remanente se distribuirá por mitad entre los cónyuges o en caso de muerte, entre el sobreviviente y los herederos del fallecido (Art. 39 del Código de Familia).

Sin embargo, en la práctica judicial (ni en la extrajudicial cubana se acostumbra a realizar la deducción de deudas, cargas y obligaciones pendientes, limitándose la liquidación a la realización del inventario, avalúo y división de los bienes comunes por mitad entre los cónyuges (ver en Anexos liquidaciones judiciales y extrajudiciales de la comunidad matrimonial de bienes).

En tema de liquidación de la sociedad de gananciales los distintos tratadistas del Derecho de Familia, se han ocupado de nombrar cada uno de estos pasos, reflejando lo

* Ver en Anexos, sentencia N° 3.

† Este conjunto de operaciones es similar al que se efectúa a la hora de distribuir la herencia de una persona.

que dispone la ley pero expresándole de distinta manera. Así, de una forma muy sencilla, nos informa ALBALADEJO (39)

- "Primero se inventariará su activo y pasivo
- después se pagará éste (el pasivo)
- cubierto el pasivo, el saldo activo que queda (si queda) se distribuirá entre los esposos o entre el que de ellos sobreviva y los herederos del otro, o entre los herederos de ambos, si han muerto los dos".

Pero a los efectos didácticos he preferido seguir los pasos que enuncia PUIG PEÑA en su obra citada y estos son:

1 - Inventario

2 - Avalúo

3 - Liquidación propiamente dicha

4 - División

5 - Adjudicación

Comentaremos cada paso por separado:

1- Inventario:

Como vemos la liquidación comienza por realizar un inventario que debe ser de los bienes comunes, pero en realidad lleva implícito mencionar también cuáles son los bienes y deudas propias, porque han de quedar fuera del mismo. Debe consistir en una relación o enumeración de los bienes y deudas comunes (relación circunstanciada del activo y del pasivo), en el activo grosso modo debe comprenderse el conjunto de los bienes comunes y en el pasivo las deudas pendientes a cargo de la comunidad.

En el activo debe considerarse el importe de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran a cargo sólo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la comunidad contra éste (ver supra comentarios al Art. 33.2 y al Art. 36 del Código de Familia) que se consideran colacionables y deben rebajarse de los bienes propios o de la mitad de los bienes comunes del cónyuge deudor.

En el pasivo, debe incluirse lo que la sociedad debe a los terceros y a los propios cónyuges en razón a lo que estos anticiparon de su patrimonio personal por deudas de la sociedad. "En la aplicación del activo al pago del pasivo, la idea directriz… es la de que primero han de pagarse las deudas de la sociedad y luego abonarse a los cónyuges lo que les corresponda contra ella por reintegros o indemnizaciones"(40).

En rigor, como apreciamos el inventario tiene dos partes, una referente al activo, es decir los bienes que son comunes y otra al pasivo o deudas de la sociedad que han de abonarse con aquella masa común, tal operación en sentido genérico se rige por estrictos principios contables y en la antigua legislación procesal (Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885) se establecía una prelación en la descripción de los bienes componentes del caudal inventariado en la forma siguiente:

1 – Metálico.

2 – Efectos públicos.

3 – Alhajas.

4 – Semovientes.

5 – Frutos.

6 – Muebles.

7 – Inmuebles.

8 – Derechos y Acciones.

A la cual se ajustaba la práctica notarial cubana. La vigente Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral no contiene precepto alguno al respecto.

A los efectos didácticos, el segundo paso es el avalúo, pero éste en prioridad es parte intrínseca del inventario como veremos:

2- Avalúo:

El avalúo o tasación está estrechamente relacionado con el inventario, pues si no se determina el valor de los bienes inventariados no se puede llegar a una exacta distribución. Nuestro Código establece que el valor de los bienes será el que tenían en la fecha de extinción del matrimonio (Art. 39 del Código de Familia primer párrafo). Sin embargo, en otras legislaciones, en la práctica, la tasación o avalúo de los bienes se realiza el día de la liquidación, lo que a mi modo de ver es más adecuado, por cuanto desde la fecha de extinción del matrimonio o nulidad del mismo hasta el inicio de la liquidación, pueden haber pasado meses, y en el caso de extinción del matrimonio por causa de muerte o presunción de muerte, hasta años. La tasación de los bienes correspondientes podrá hacerse por mutuo acuerdo entre los cónyuges o mediante perito.

3- Liquidación propiamente dicha:

Se trata de la determinación o formación del haber líquido, que se obtiene deduciendo el debe del haber, determinando así el caudal partible o "ganancias de la sociedad". No existen más bienes comunes adjudicables o repartibles en una liquidación que los que resulten después de haber sido hechas las "deducciones de las deudas, cargas y obligaciones pendientes" (Art. 39 del Código de Familia ultimo párrafo)

El Código de Familia no abunda más sobre este paso de las operaciones que se refieren a la liquidación propiamente dicha, pero en otras legislaciones, como la española, se han de pagar las deudas de la comunidad comenzando por las alimenticias.

4- División:

El remanente de todo lo anterior será dividido entre los cónyuges por mitad o entre uno de ellos y los herederos del otro en caso de fallecimiento del mismo.

Si la división es en dinero, resulta sencilla, pero no tan sencilla cuando los bienes resultantes son de distinta especie y naturaleza. En tal caso la partición se hará aplicando las reglas de la partición de herencia mediante "lotes de bienes" lo más equilibradamente posible para lograr un reparto justo de la mitad correspondiente a cada uno de los cónyuges.

En la división de los bienes debe tenerse en cuenta, en cuanto a los inmuebles, que se rigen por una ley especial, que es la Ley General de la Vivienda (Ley N° 65 de 23 de diciembre de 1988) que establece el régimen jurídico de éstas, a la que hay que atenerse en todo caso.

Quisiéramos detenernos en el momento de la división de los bienes cuando se trata de la liquidación por vía judicial (que como sabemos se rige por las normas de la herencia

intestada) y en la figura del Contador - Partidor*, que surge cuando no hay acuerdo en la forma de distribución de los bienes. Esta figura, que existía desde antiguo como empleado oficial del juzgado, llamados entonces "contadores judiciales por oficio enajenado", ahora no contemplados, ha sido sustituida por la del contador partidor cuya designación habrá de recaer en la persona o personas que los ex-cónyuges acuerden en común, o en su defecto el que el Tribunal designe. Los contadores judiciales por oficio enajenado eran recusables por las mismas causas y en igual forma que los peritos. Ahora, lamentablemente a juicio de algunos juristas, "en la práctica, tanto peritos, contadores partidores (bien pocos y sin especialización)… constituye el motivo fundamental de lo demorados que resultan estos procesos…† (41).

Muy estrechamente unido al momento de la división de los bienes es la adjudicación, último de los pasos de todo el proceso general de liquidación, pero este último paso tiene unas características muy especiales, que lo distinguen de la división propiamente dicha, como se verá:

5- Adjudicación:

En el momento de adjudicar los bienes pueden surgir derechos de preferencia para que un cónyuge elija que ciertos bienes sean incluidos en su parte, como pueden ser los bienes comunes que resultan de uso personal (que en la doctrina, como ya vimos, no pueden ser bienes de extraordinario valor). Y lo mismo puede acontecer con los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio. De hecho estos bienes, si bien pudieron ser adquiridos constante matrimonio, con el patrimonio común, la propia ley los considera propios por ser de uso personal exclusivo de cada uno de los cónyuges (Ver supra comentarios al Art. 32.5 del Código de Familia) de forma que el cónyuge en cuestión tendrá derecho a que se incluyan en su lote de bienes.

Asimismo puede surgir un derecho de elección, si el bien, aunque común, ha sido obtenido por razones meritorias, como premio al esfuerzo personal, (retomando el ejemplo del automóvil asignado por méritos laborales o misiones internacionalistas u otras razones) (ver supra comentarios al Art. 33.3). Claro está que si tal posibilidad provoca que el valor del bien excede de la cuota asignada, el cónyuge al que se adjudique el bien tiene que compensar al otro cónyuge abonando la diferencia en dinero o con otro bien.

Una interrogante surge en la adjudicación de los bienes y este derecho de elección para ciertos bienes si la situación o supuesto de hecho se relaciona con la transmisión de bienes de uso doméstico a convivientes, (Art. 542 al 544 del Código Civil cubano), pues puede suceder que los cónyuges estuvieran separados, si bien no divorciados y los bienes comunes los estuviera usufructuando uno de los cónyuges en la vivienda que fue común y que ahora comparte con convivientes no parientes. Como tales bienes (mobiliario, enseres y objetos existentes en la vivienda, que sean indispensable para la continuación de la vida doméstica) se transmiten a los convivientes, al fallecer su propietario, fueren los convivientes herederos de éste o no - ¿Qué derecho de opción tendría sobre estos bienes el cónyuge viudo en la comunidad matrimonial de bienes?

---

* Ver Art. 562 de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, tercer y cuarto párrafo.

† Ver en Anexos, la sentencia No. 3 (Recurso de Apelación en proceso de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes) alusión al contador partidor y a los lotes de bienes. Esta sentencia recurrida de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes se basa en una liquidación judicial de un matrimonio disuelto por divorcio realizado ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges.

Otra situación muy sui-generis en tema de adjudicación de los bienes de la comunidad matrimonial es la que plantea el Art. 41 del Código de Familia, cuando faculta al Tribunal que procedió a la liquidación a disponer que determinados bienes domésticos comunes que considere necesarios o convenientes para la educación y desarrollo de los hijos menores, se adjudiquen en propiedad preferentemente al cónyuge a cuya guarda y cuidado queden los menores. Si con esta adjudicación (que por regla se hará a la madre, que es la que suele tener la guarda y cuidado de los hijos menores) ella excediere de su cuota de participación en la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, se le otorgará de todas forma el uso y disfrute de esos bienes, sin perjuicio de que el otro cónyuge (por regla el padre) conserve su derecho de propiedad sobre los mismos. Todo ello, mientras la madre no tenga a su disposición y uso otros similares. Por supuesto, que el Código no se refiere a la madre o al padre, sino a los cónyuges.

Como se aprecia todo este enunciado tiene el objetivo de favorecer los intereses de los hijos menores pues "los derechos de propiedad de los cónyuges son muy respetables, pero ceden, desde luego, ante el derecho de los hijos a conservar sus medios de desarrollo y cultura, sean estos efectos deportivos, libros, medios de comunicación, como televisores o equipos indispensables para la higiene y la conservación de la salud, etc."(42)

Esta medida la establece el Código para los casos en que la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes tenga que realizarse judicialmente… "pero ello no empece, decía el profesor PERAL (43) a que los propios cónyuges al hacer la liquidación extrajudicial, la adopten en un acto voluntario de comprensión a favor de los hijos menores habidos en el matrimonio".

Hechas las adjudicaciones de los bienes en proporción a sus respectivas cuotas o participación, con las especificidades del derecho de adquisición preferente, ya vistas, cada cónyuge recibirá su mitad y quedará extinguida la sociedad de gananciales.

Las resoluciones judiciales, como las escrituras notariales, contentivas del proceso de liquidación con la adjudicación y avalúo de los bienes, sirven de formal título de dominio al cónyuge a quien se le hubiere adjudicado determinado bien, para ejercitar conforme al mismo las acciones que de él se deriven.

### 5.5 – Plazo para liquidar bienes de la comunidad matrimonial de bienes. Importancia del Art. 40 del Código de Familia.

Este precepto muy especial, resulta bastante singular para el Derecho de Familia comparado. Se trata de establecer un término de caducidad para ejercer el derecho a liquidar bienes, si la causa de extinción del matrimonio fue el divorcio o si se anuló el matrimonio, no así (y no porque lo exprese la norma, sino por todo lo contrario, porque no lo expresa) por inferencia, si la causa de extinción fue el fallecimiento de uno o ambos cónyuges o la presunción de muerte. Ya vimos que en tales casos, la acción deviene imprescriptible.

De este modo transcurrido el plazo de un año a partir de la fecha de extinción del matrimonio por causa de divorcio o nulidad (es la dicción del Código, debió decir, o desde que se haya anulado el matrimonio) sin que se hayan iniciado judicial o extrajudicialmente las operaciones de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, sin perjuicio de lo dispuesto sobre el cónyuge que por su mala fe hubiese dado motivo a la causa de nulidad del matrimonio, el cónyuge que poseía los bienes muebles comunes, desde la extinción o desde la nulidad del matrimonio, quedará como

propietario único de los mismos.

Este enunciado provoca algunos cuestionamientos:

La primera pregunta a formular sería ¿Qué obligó al legislador del Código de Familia a establecer este mandato de ius cogens?

El profesor PERAL, que fuera uno de los redactores del Código de Familia nos informa (44):

> "Como quiera que la demora en la práctica de la liquidación trae graves inconvenientes y conspira contra la viabilización de la misma, sobre todo, si con posterioridad, él o los ex-cónyuges contraen o formalizan un nuevo matrimonio, el Código de Familia procura simplificar esa situación mediante una disposición que constituye una singularidad propia de nuestra legislación".

Por su parte, el que fuera reconocido jurista cubano (ya fallecido), Raúl GÓMEZ TRETO, nos da su versión (45):

> "La limitación contenida en el Art. 40, en el sentido de que sea solamente un año el término durante el cual puede ejercitarse judicialmente la acción de partición de los bienes muebles comunes en los casos de extinción del matrimonio, frustró la posibilidad de actitudes vengativas extemporáneas e injustas por parte de los ex-cónyuges celosos – generalmente ex-maridos de que su ex-compañera contrajera nuevas relaciones amorosas, con lo cual se aseguró la estabilidad material de las partes remitiendo la satisfacción de las necesidades materiales futuras al esfuerzo y trabajo personal en consonancia con el principio de distribución socialista y no en dependencia de concesiones particulares".

A mi modo de ver, la disposición del Código es acertada, por cuanto, de lo contrario, se acumularían liquidaciones de distintos matrimonios, dando lugar a liquidaciones simultáneas de dos o más comunidades matrimoniales de bienes, que obligaría a operaciones de gran complejidad. De todas formas, tal situación de simultaneidad podría producirse si la disolución de los matrimonios formalizados, los que sean, tiene lugar durante el lapso de un año, partiendo de la disolución del primero. Y en el caso nuestro, en que se admite el reconocimiento judicial de una unión matrimonial no formalizada (por cierto, como ya comentamos, no contemplado el reconocimiento judicial en el Art. 40, como "singular" causa de extinción del matrimonio que es) se pretenda liquidar bienes de la comunidad matrimonial de bienes de ese matrimonio judicialmente reconocido, al mismo tiempo que se liquidan bienes de un matrimonio formalizado disuelto. Situación que es posible dada la naturaleza sui-generis del reconocimiento que se refiere a situaciones pasadas a las que se les confiere efectos jurídicos con carácter retroactivo y al no regularse un plazo de caducidad específico para liquidar bienes de un matrimonio judicialmente reconocido.

Esta situación de liquidación conjunta de varias sociedades se regula en otras legislaciones y nos referiremos a ella al final de los comentarios sobre el artículo que nos ocupa.

La segunda pregunta que nos formularíamos del enunciado del Art. 40 es la de si estamos ante un plazo o si con precisión técnica se trata de un término.

Admitamos que la ley expresa que hay un plazo de un año, a partir de la fecha de

extinción del matrimonio, pero la fecha de extinción del matrimonio se refiere a la fecha de la firmeza de la sentencia de divorcio, (de la escritura notarial en su caso, si el divorcio fue de mutuo acuerdo) o a la sentencia firme declarando la nulidad del matrimonio. De modo que se indica el momento temporal en que finaliza el derecho a liquidar, tratándose de un momento futuro pero cierto.

La diferencia entre plazo y término importa a los efectos de la computación, pues los plazos empiezan a contarse a partir del día siguiente a aquél en que ocurre el acontecimiento (extinción del matrimonio) y se cuenta en ellos el día del vencimiento (al año), mientras los términos civiles se computan en días naturales y pueden designarse con la mención de un día específico (el día de la firmeza de la sentencia o de la escritura de divorcio, al año siguiente).

Me afilio a que se trata más de un término que de un plazo.

Y la última y más importante pregunta, que se han hecho muchos juristas nuestros es si se trata de una situación de prescripción extintiva o de caducidad, en otras palabras si es que prescribe la acción para pedir la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes al año de la extinción del matrimonio o si es que caduca el derecho automáticamente al año de tal acontecimiento.

Algunos juristas cubanos han relacionado el lapso de tiempo de un año con la posible prescripción adquisitiva o adquisición de tales bienes muebles por usucapión a favor del ex-cónyuge poseedor de los mismos. Así nos expresa GÓMEZ TRETO: (46)

> "Una cuestión de fondo, que finalmente quizás debiera definirse, es la relativa a si la acción para pedir la división de los bienes muebles de la comunidad matrimonial extinguida ésta, prescribe o caduca al año de disuelto el matrimonio.
>
> En su artículo 392 párrafo final, la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (No. 7 de 19 de agosto de 1977) se expresa que la acción "caduca", mientras que en el artículo 40 del Código de Familia, aunque parece inclinarse a la caducidad, no expresa claramente si la adquisición de tales bienes por su poseedor ocurre por usucapión y consiguiente prescripción de la acción de la contraparte o si es efectivamente por caducidad.
>
> Como el nuevo Código Civil da un claro tratamiento a ambas instituciones que tienen tan diversos efectos (artículos 112 a 124 sobre prescripción de las acciones, artículos 125 y 126 sobre caducidad de derechos y 184 a 190 sobre usucapión) y teniendo en cuenta que la prescripción, que preserva la obligación natural, parece más adecuada a esos casos, debiera hacerse la correspondiente aclaración en la elaboración de la legislación que al respecto se acometa".

Y esta valoración acerca de la posibilidad de usucapir los bienes muebles comunes el ex-cónyuge poseedor de los mismos, surge, porque como se aprecia, están presentes los elementos esenciales que caracterizan la prescripción adquisitiva: la posesión a título de dueño, pública, pacífica, no interrumpida, de buena fe, pero por supuesto se trataría de una usucapión muy especial porque no sería por el transcurso de tres años que se adquiriría la propiedad del bien mueble, sino sólo por el transcurso de un año a partir

de la extinción o nulidad del matrimonio. No está recogida esta "modalidad" en la regulación de la usucapión ene. Código Civil (Arts. 184 al 190)*.

No creo que la intención de los legisladores del Código de Familia cuando redactaron este artículo, fuera la de hacer propietario al cónyuge poseedor de los bienes muebles, sino la de eliminar complejidades, procurando la pronta certidumbre de la situación, agilizando las operaciones de liquidación y como medio de prevenir a los ex-cónyuges de que sean diligentes en el orden de liquidar bienes, so pena de que habrá un perjuicio para uno de ellos, o para ambos, si no lo hacen así.

Por esa misma razón, me adscribo a que la institución presente en el artículo 40 es definitivamente la caducidad, institución distinta de la prescripción extintiva (como conocen los alumnos por sus estudios previos de Derecho Civil Parte General) pues aunque ambas son formas de extinción de las acciones y de los derechos por el transcurso del tiempo, sus regímenes jurídicos y efectos son diferentes, "singularmente porque (la caducidad) no es susceptible de interrupción y porque puede ser acogida de oficio por el juez, aunque el interesado no la alegue"(47).

De esta forma, si durante el lapso de un año, posterior a la firmeza de la sentencia de divorcio o nulidad del matrimonio y de la escritura de divorcio notarial por mutuo acuerdo no se realiza la liquidación judicial o extrajudicialmente, de la comunidad matrimonial de bienes, por imperio de la ley, la comunidad quedará automáticamente extinguida y el cónyuge poseedor de los bienes muebles, se convertirá en propietario de ellos, o si ambos cónyuges estaban en co-posesión de los mismos, surgirá la copropiedad por cuotas que regula el Código Civil. En esa relación de bienes muebles, no sólo pueden entrar los enseres domésticos y equipos electrodomésticos, sino toda la gama de bienes muebles conocidos de antiguo por el Derecho Civil, como pueden ser los automóviles, embarcaciones, esculturas, etc., sin que una sola palabra exprese el Código de exceptuar los bienes de carácter suntuario o de extraordinario valor (ver supra comentarios al Art. 32 del Código de Familia)†. Sólo parece no ser beneficiado con este mandato del Art. 40, el cónyuge poseedor de los bienes que haya actuado de mala fe y provocado con su actuar la nulidad del matrimonio, situación que como sabemos acarrea para él la sanción civil de perder sus derechos en los bienes comunes.

En cuanto a los bienes inmuebles, tampoco nada establece el Código, "pero en virtud de las normas especiales de la Ley General de la Vivienda (1988) (aa. 66 y 68), la vivienda queda en copropiedad por cuotas". (48) Quiere esto decir que en tema de

---

* Por su parte el Profesor Orlando RIVERO VALDÉS, autor del libro "Temas de Derechos Reales", varias veces citado en este texto en válidos comentarios escritos formulados en ocasión de esta edición, expone su criterio:

"No creo que puede entenderse hay usucapión de bienes muebles en el caso del Art. 40 del Código de Familia" y ofrece las siguientes razones:

1- "El que continúa y se mantiene en la posesión a partir de la disolución de la comunidad y hasta el cumplimiento del plazo no posee un bien ajeno sino uno propio.
2- Tampoco lo hace con justo título o causa legítima para usucapir, pues su posesión está fundada en la condición de propietario en comunidad matrimonial en estado de disolución.
3- Tampoco posee buena fe para usucapir porque conoce al otro dueño y se conoce a sí mismo y no puede ser dueño y volver a ganar la propiedad, o ganar la propiedad dos veces sin haberla perdido.
4- Cuando uno se mantiene poseyendo materialmente, no quiere ello decir que no está clara la propiedad; jurídicamente la propiedad pertenece a ambos ex-cónyuges mientras no liquiden dentro del plazo o mientras no se produzca la liquidación ex-lege".

† Ver en Anexos, sentencia en proceso ordinario sobre reconocimiento del dominio de un automóvil a uno de los ex-cónyuges, al conjuro del Art. 40 del Código de Familia.

liquidación de la comunidad matrimonial de bienes cuando la vivienda que ocupan los ex-cónyuges pertenecía a ambos no hay término alguno de caducidad de sus derechos, y a falta de acuerdo entre ambos de a quién de ellos se adjudicará su propiedad definitiva, la vivienda continuará como propiedad de ambos ex-cónyuges.

Por último y para dar fin a la materia referente al régimen económico del matrimonio, trataremos de una situación que no regula el Código de Familia que es el supuesto especial de liquidación de dos o más comunidades matrimoniales de bienes, o sea, la liquidación simultánea o conjunta de las mismas, derivadas de la extinción de los distintos matrimonios o uniones reconocidas de una misma persona.

Las reglas que establece el Derecho comparado son de la más elemental lógica, comenzando por disponer que se debe liquidar la primera en el tiempo. Si existe un inventario o medios de prueba que justifiquen los bienes de cada comunidad matrimonial de bienes no deben surgir grandes problemas, pero la situación se complica cuando esa prevención no se ha hecho y los bienes no se sabe con certeza a quienes corresponden. En esa situación de no poder determinar los bienes de cada una de las comunidades patrimoniales, la ley admite que se prueben los bienes que corresponden a cada una de ellas, utilizando los medios de prueba admitidos en derecho, es decir, mediante testigos, documentos, peritos, etc.

Si aún así no es posible determinar lo que pertenecía a cada comunidad, se aplicará la regla de la proporcionalidad teniendo en cuenta el tiempo de duración de cada matrimonio y la cuantía a que alcancen los bienes propiedad de los respectivos cónyuges.

Debe primar siempre en estas operaciones la presunción legal iuris tantum de que todos los bienes son comunes mientras no se pruebe que son propios de alguno de los cónyuges en particular.

Una vez establecido (inventariado) el caudal común de cada ex-matrimonio, las operaciones a seguir son las que corresponden a cualquier liquidación de bienes comunes, ya vistas.

De todas formas toda esta conjunción de intereses da lugar a operaciones complicadas.

Como apreciamos al estudiar el Art. 40 del Código de Familia, y su término de un año de caducidad del derecho a liquidar bienes en caso de divorcio y nulidad, es obvio que esta disposición constriñe la posibilidad de liquidaciones conjuntas, pero no las imposibilita. Asimismo, el término de caducidad no cuenta para los matrimonios formalizados que se han extinguido por muerte o presunción de muerte ni en rigor para los matrimonios reconocidos extinguidos por esas causas. Para las uniones matrimoniales reconocidas judicialmente como para el caso de que ambos "ex-cónyuges" estuvieren vivos sabemos, no hay en el Código de Familia, disposición expresa, de forma que hipotéticamente tal simultaneidad puede darse en la práctica cotidiana aunque de forma excepcional, pero no imposible.

Con esta información del Derecho comparado de Familia, damos fin al llamado contenido económico de la relación jurídica conyugal y con ello a la V Parte del Módulo 2, Módulo, como sabemos, dedicado al Matrimonio.

NOTAS:

1. PUIG PEÑA Federico "Tratado de Derecho Civil Español", Tomo II, Vol. 1. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953. p. 262.
2. CARBAJO GONZÁLEZ Julio et al. "Régimen económico matrimonial", Lección 7, pp. 6 y ss. Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho, Curso 1984 – 1985.
3. Ut supra loc. Nota 1, p. 280.
4. SERRANO ALONSO Eduardo et al. "Régimen económico matrimonial", Lección 9 pp. 49 y ss. Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho, Curso 1984 – 1985.
5. PERAL COLLADO Daniel, "Derecho de Familia", Fascículo 1, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1973, p. 62.
6. Ibidem p. 63.
7. Ut supra loc. Nota 1, p. 286.
8. Ut supra loc. Nota 4, p. 57
9. LÓPEZ CASTILLO Raúl, "Capacidad civil de la mujer casada. (Ley de 18 de julio de 1917) Reformas que introdujo en nuestra legislación". Editorial Cultural S.A., La Habana, 1930, pp. 85, 86. Agregaba el autor, acerca de los efectos de esta ley (pp. 51, 52): "Desaparece la dote estimada conservando la mujer el dominio absoluto de todos sus bienes dotales. Desaparece la administración y el usufructo a favor del marido de la dote inestimada, conservando la mujer su libre administración. Desaparece la irrevocabilidad de la administración de los parafernales. Sólo a voluntad de la mujer puede el marido ser el administrador de dichos bienes dotales, así como de los parafernales, actuando como un simple mandatario. La mujer recupera y conserva su personalidad exclusiva para actuar en relación con esos bienes propios, con entera independencia del marido".
10. Ut supra loc. Nota 5, p. 69.
11. Consultar a LE RIVEREND BRUSONE, Eduardo en "El Derecho de la mujer casada" Jesús MONTERO Editor, La Habana, 1945, p. 134.
12. Ibidem pp. 131, 174, 175.
13. Ut supra loc. Nota 5, p. 71.
14. PERAL COLLADO, Daniel "Derecho de Familia", Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 1978, p.84.
15. Ibidem p. 82.
16. SEDUGUIN, Piotr "Matrimonio y familia en la URSS. La nueva legislación soviética". Editorial Progreso, Moscú, 1974, pp. 11, 12.
17. Ídem.
18. Acerca del embate que había producido la ley de parafernales en el régimen dotal del Código Civil, que hizo surgir contradictorios criterios entre los juristas de la época sobre su real alcance (modificación o derogación de dicha preceptiva) reproducimos los comentarios al respecto de José MACHADO HERNÁNDEZ en su libro "Los contratos sobre bienes con ocasión del Matrimonio", Editorial "El Arte", Manzanillo, 1943, p. 86.

"No es cosa fácil saber si después de la promulgación de la ley de 18 de julio de 1917, resulta posible entre nosotros la existencia de dicho régimen por declaración de los tribunales. Esa ley es tan anticientífica, que afectando a casi todos los artículos que se refieren a la dote, no puede uno apreciar exactamente cuáles son aquellos que modifica y en qué término. En tal sentido fue censurada por el Dr. Ángel C. BETANCOURT, que por eso se abstuvo de anotar muchos artículos de nuestro Código Civil que a la dote se refieren; y el Dr. FABRÉ CANO, (Repertorio Judicial, 1933) se hizo eco de la frase de un ilustre profesor de Derecho, que frente al desconcierto que dicha ley le produjo, confesó "que era un pegote y que dentro del alcance de esa frase sólo los cerebros privilegiados pueden llegar a conclusiones ciertas y definitivas sin temor a equivocarse.

19. "MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Emilio, "El Matrimonio", Jesús MONTERO Editor, La Habana, 1939, p. 300.
20. RIVERO VALDÉS, Orlando, "Temas de Derechos Reales", Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, p. 65.
21. Ut supra loc. Nota 4, p. 60.
22. Ibidem pp. 69, 70.
23. Ut supra loc. Nota 1, p. 297.
24. ESPÍN CÁNOVAS, Diego. "Manual de Derecho Civil español". Vol. IV Familia. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 220.
25. ROCA I. TRÍAS, Encarnación (coordinadora) et. al. "Derecho de Familia" 3ª. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997 p. 204, citando a LACRUZ BERDEJO.
26. Ut supra loc. Nota 4, pp. 54, 55 y Nota 1, pp. 302 a 304.
27. Ut supra loc. Nota 14, p. 87.
28. ALBALADEJO, Manuel, "Curso de Derecho Civil", IV – Derecho de Familia, Octava edición, José María BOSCH editor, S.L. Barcelona, España 1997, p. 173.
29. Ut supra loc. Nota 1, pp. 319, 320.
30. Ut supra loc. Nota 28, pp. 179, 180.
31. Ut supra loc. Nota 4, Lección 10, p. 89.
32. Ut supra loc. Nota 20, p. 67.
33. Ibidem p. 43.
34. DE LA FUENTE LÓPEZ, Jorge, "Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica". Revista Cubana de Derecho, Año XVIII, N°. 38, Julio – Septiembre 1989, p. 91.
35. Ut supra loc. Nota 19, p. 328.
36. Ut supra loc. Nota 1, p. 333.
37. VERDEJO REYES, Pedro, "Seminario de Función Notarial" Curso dirigido. Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, s/f. pp. 196, 226.
38. Ut supra loc. Nota 4, Lección 11, p. 101.
39. Ut supra loc. Nota 28, p. 189.

40. Ibidem p. 190.
41. Ut supra loc. Nota 34, p. 89.
42. VARONA DUQUE ESTRADA, Francisco. "Comentarios al Código de Familia", Revista Cubana de Derecho. Año XI, No. 19, p. 49.
43. Ut supra loc. Nota 14, p. 91
44. Ibidem p. 90.
45. GÓMEZ TRETO, Raúl, ¿Hacia un nuevo Código de Familia? Revista Cubana de Derecho, Año XVII, Número 34, junio – septiembre de 1988, pp. 36, 37.
46. Ibidem p. 70.
47. DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. "Sistema de Derecho Civil", 8va. edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1995, p. 462.
48. Ut supra loc. Nota 20, p. 68.

ANEXOS

Anexo 1

LEY DE 18 DE JULIO DE 1917

Artículo 1. Los Artículos 168 y 172 del Código Civil quedan por la presente derogados y en su consecuencia la madre que pase a segundas o ulteriores nupcias conservará la patria potestad sobre sus hijos de anteriores matrimonios.

Las mujeres casadas en segundas nupcias que, al promulgarse esta ley, tuvieran hijos de anteriores matrimonios recobrarán la patria potestad sobre los mismos que hubieran perdido al pasar a segundas nupcias, disolviéndose los Consejos de familia que a ese efecto se hubieren constituido.

Artículo 2. La mujer casada conservará la libre administración y disposición de todos los bienes que sean o pasen a ser de su propiedad, bien tengan el carácter de parafernales, bien el de dotales y en ningún caso será necesaria la licencia del marido para realizar acto alguno inherente a esa libre administración o dominio de los mismos.

Artículo 3. Cuando se trate de ventilar derechos en relación con los referidos bienes, tendrá la mujer casada la facultad de comparecer en juicio sin licencia marital, bien personalmente, bien otorgando los poderes o documentos públicos necesarios al efecto.

Artículo 4. Podrá asimismo la mujer casada aceptar o repudiar herencias, concurrir libremente al otorgamiento de cuentas de división y partición de bienes, y a todos aquellos actos y contratos que envuelvan la aceptación por título oneroso o lucrativo de bienes que tengan la condición de propios y a la celebración de contratos, cualquiera que sea su naturaleza, tendentes a invertir o afianzar los bienes o el producto de la renta de bienes que tengan el carácter de los comprendidos en el Artículo 2 de esta ley.

Artículo 5. En todos los contratos que la mujer celebre con motivo de los derechos que en esta ley se le conceden, se hará constar la naturaleza de los bienes, así como el origen, procedencia y naturaleza de los mismos. El Notario autorizante advertirá a los otorgantes la existencia del Registro Nacional de Capitulaciones Matrimoniales, creado por el Artículo 9 de esta ley y la conveniencia de presentar certificación de las resultas del mismo en relación con el derecho de los esposos respecto a los bienes objeto del contrato.

Artículo 6. La mujer casada podrá entregar la administración de todos los bienes a que se refiere el Artículo 2 a su esposo. En este caso, esa administración se regirá por las reglas establecidas en el Código Civil, a falta de pacto expreso. En todo tiempo la mujer podrá libremente revocar la entrega en administración de los bienes al marido y adquirir de nuevo la libre disposición y administración de los mismos.

Artículo 7. Los productos de los bienes a que se refiere esta ley responderán a las cargas matrimoniales a tenor de lo dispuesto en los Artículos 1362 y 1385 del Código Civil y se acumularán a los gananciales en la forma prescripta en la ley, no existiendo las capitulaciones a que se refiere el Artículo 1315 del Código Civil.

Artículo 8. La mujer casada menor de edad completará su capacidad jurídica con la intervención de las personas llamadas por la ley a ese fin.

Artículo 9. La entrega por la mujer casada de la administración de sus bienes al marido, así como la revocación de la misma, se verificará siempre por documento público, que se inscribirá sin perjuicio de tercero, en un Registro Nacional de Capitulaciones Matrimoniales, que se llevará en la Secretaría de Justicia con carácter público.

En el Registro, se inscribirán todos los instrumentos públicos referentes al régimen de los bienes del matrimonio y de los esposos y se librarán certificaciones de los mismos a quien las solicite.

Artículo 10. El Poder Ejecutivo dictará el "Reglamento del Registro Nacional de Capitulaciones Matrimoniales"dentro de los treinta días siguientes a la promulgación de esta ley, organizando en igual período el correspondiente servicio, a cuyo fin se concede un crédito anual de seis mil pesos, que se pagará de los fondos del Tesoro no afectos a otras obligaciones, hasta su inclusión en los Presupuestos generales.

Artículo 11. Todos los Artículos del Código Civil y los de legislaciones especiales, cualesquiera que ellos sean, que se opongan, o en alguna forma limiten las disposiciones de esta Ley, especialmente el 1444 del Código Civil, quedan derogados.

(El Decreto N° 1135 de 18 de agosto de 1917, promulgó el "Reglamento del Registro Nacional de Capitulaciones Matrimoniales").

## CAUSAS DE INEFIACIA DEL MATRIMONIO
## LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

Sumario: Presentación del tema. Las causas de extinción o disolución del matrimonio y las causas de ineficacia del mismo. Diferencias doctrinales. La nulidad y la anulabilidad del matrimonio. Disquisiciones teóricas. Matrimonios nulos y anulables. El matrimonio inexistente. Los matrimonios simulados celebrados con reserva mental o en broma. Los matrimonios formalizados con error en las personas o mediante coacción o intimidación que vicien el consentimiento (Artículo 45.2 del Código de Familia. La formalización del matrimonio bajo coacción. La formalización del matrimonio bajo intimidación. La formalización del matrimonio bajo miedo o temor reverencial. La formalización del matrimonio con error en las personas. Valoración del dolo como causa invalidante del matrimonio. La formalización del matrimonio con infracción de los requisitos que para su validez exige la legislación vigente (Artículo 45.3 del Código de Familia). El matrimonio putativo. Recuento histórico. Requisitos para que se aplique la teoría del matrimonio putativo. Los efectos del matrimonio putativo. Los efectos respecto al cónyuge de buena fe. Los efectos respecto de los hijos. La unión matrimonial no formalizada putativa. Recuento histórico. Requisitos para que se aplique la teoría de la unión de hecho de buena fe o unión matrimonial putativa. Los efectos de la unión de hecho de buena fe o unión matrimonial putativa. Los efectos respecto al conviviente de buena fe. Los efectos respecto de los hijos.

Presentación del tema:

Después de haber dedicado los materiales docentes precedentes (Matrimonio IV y V Partes) que trataban especialmente del matrimonio formalizado, tanto en cuanto a los elementos y circunstancias del acto de formalización mismo, como en lo concerniente a los derechos y deberes conyugales (contenido personal) y al régimen económico o efectos patrimoniales que se derivan del matrimonio (contenido económico), nos corresponde en esta sexta parte dedicarnos al fin de esta institución, pues como toda obra o institución humana, ha de nacer, desarrollarse y perecer, si bien los lazos que se gestaron y consolidaron durante su vigencia, perdurarán en sus efectos económicos de liquidar la comunidad matrimonial de bienes, en los derechos a la sucesión hereditaria en caso de muerte, en el mantenimiento del parentesco consanguíneo (y en su caso por afinidad) para la prole que ha de conservar la estirpe familiar y siempre perdurará en los afectos, los recuerdos y el sentimiento de lo mejor que se vivió en conjunto, aún cuando el proyecto matrimonial haya fracasado.

Relacionado con el fin del matrimonio, en la doctrina y en el Derecho Comparado, se establece una clara distinción entre la nulidad del matrimonio y la extinción o disolución del matrimonio, la primera se relaciona con un acto de formalización que adoleció de algún vicio o defecto que acarreó la ineficacia o invalidez del mismo desde que se produjo (ex-causa antigua), a la que dedicaremos íntegramente este material docente, mientras que la segunda se relaciona con un acto de formalización válido que se rompe por una causa "sobrevenida e independiente del acto que lo originó" (ex-causa nova) (1), que será objeto del próximo material.

Antes de adentrarnos en el estudio de la nulidad del matrimonio, dedicaremos el

primer acápite del texto para comentar las situaciones o causas que provocan esta diferenciada denominación y consideración doctrinal

1- Las causas de extinción o disolución del matrimonio y las causas de ineficacia del mismo. Diferencias doctrinales.

Como hemos adelantado, la denominación distinta, responde a situaciones diferentes: la disolución del matrimonio se asocia a actos naturales que lo extinguen, como el de la muerte o presunción de muerte, a un medio legal que disuelve el lazo conyugal contraído válidamente: el divorcio y la nulidad es la expresión de ineficacia de un acto que entraña una infracción, ya sea al violarse los impedimentos matrimoniales, las formalidades exigidas en la formalización o por la presencia de vicios del consentimiento.

No obstante, algunos autores (2) distinguen la disolución del matrimonio de la extinción, pues entienden que los supuestos de la muerte o de la muerte presunta, son causas de extinción propiamente dichas, mientras que el divorcio se enmarca dentro de la categoría más genérica de disolución, por considerarse éste un remedio jurídico a la crisis del matrimonio.

De cualquier forma, como hemos expresado en otras ocasiones, nuestro Código de Familia ha incurrido en esta materia en imprecisiones técnicas, al incluir entre las causas de extinción del matrimonio, a la nulidad, (Artículo 43.3 del Código de Familia) institución que como veremos más adelante, tiene el efecto principal de declarar la invalidez del matrimonio ab initio*, luego, la nulidad no puede ser causa de extinción de un vínculo matrimonial que, por su irregularidad no existe tanto para el futuro como para el pasado. De esta suerte, el mentado Artículo 43 debe ser modificado y así lo ha considerado el nuevo proyecto de Código de Familia†, de manera que la disolución o extinción del matrimonio conforme un capítulo diferente al de la nulidad, quedando entonces como causas de extinción o disolución del matrimonio las siguientes:

1. El fallecimiento de cualquiera de los cónyuges.
2. La declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges.
3. El divorcio por sentencia firme o por escritura notarial.

Constituyendo la nulidad del matrimonio, declarada por sentencia firme, la resultante de la realización de un acto jurídico familiar que llevó implícito una infracción que acarreó a su vez, su ineficacia como sanción civil‡. Precisamente, es parte de nuestro análisis estudiar (y en su caso rememorar) las causas que ocasionan la nulidad del matrimonio, no sin antes recalcar a los alumnos que tales causas son causas que competen por excelencia sólo al matrimonio formalizado, no obstante, para nuestro Derecho familiar, como se explicó en su momento, (Módulo 2 – Tercera Parte) al regular el Código de Familia las prohibiciones matrimoniales como prohibiciones de contraer y no limitadas a la formalización del matrimonio, nada obsta que las causas

* Excepto si se trata de matrimonio putativo, como deben recordar los alumnos.
† Versión del año 2003, aún no aprobada.
‡ "La ineficacia es, ante todo, una sanción. Si por sanción entendemos la reacción del ordenamiento jurídico ante una infracción, se comprende enseguida por qué la ineficacia se sitúa dentro del repertorio de sanciones que el orden jurídico aplica al negocio jurídico irregular". DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio "Sistema de Derecho Civil" Volumen 1 – Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía privada. Persona Jurídica. Octava Edición, Editorial TECNOS, S.A., Madrid, 1994, p. 567.

de nulidad estén presentes en una unión matrimonial que pudo lograr el reconocimiento judicial a pesar de adolecer de impedimentos dirimentes, si bien tal sentencia puede ser recurrida a fin de lograr se anule y se dicte otra en sustitución de la revocada, declarando sin lugar la demanda original establecida.

Lo que deseo desde ahora es dejar sentado que para nuestro Derecho familiar la nulidad del matrimonio no lo es sólo del matrimonio formalizado, sino que las causas que acarrean nulidad absoluta o de pleno derecho pueden también estar presentes en la unión no formalizada que pretenda su legalización, no así en las que acarrean nulidad relativa que competen por excelencia al matrimonio formalizado; pero tales precisiones las haremos con más profundidad en su momento, ahora nos ocuparemos de teorizar acerca de la nulidad y de la anulabilidad del matrimonio.

2- La nulidad y la anulabilidad del matrimonio. Disquisiciones teóricas.

Frente a la teoría general de la ineficacia del negocio jurídico del Derecho Civil, la doctrina (con mucho peso la canónica) ha desarrollado la teoría particular de la nulidad del matrimonio, una de las más complejas que contiene el Derecho de Familia, que en ciertos aspectos coincide con la general, pero en otros se aparta sustancialmente de ella. Es más, se entiende (3) que a la nulidad del matrimonio "no pueden aplicarse, ni siquiera por razón de analogía, las reglas establecidas para la nulidad de los contratos y, por tanto, se trata de dos teorías perfectamente distintas, lo cual prueba una vez más el carácter institucional que hemos venido atribuyendo al matrimonio".

Si nos atenemos, no obstante a los principios dogmáticos del Derecho Civil en materia de ineficacia del acto jurídico, conceptuada ésta: "como aquella situación o causa que agrede el acto jurídico y le priva de producir los efectos o consecuencias previstas por los sujetos que lo realizan para su consolidación y consumación"*, conocemos de las categorías de ineficacia del negocio jurídico que se contemplan ya sea por disconformidad con la ley o por la propia voluntad de los sujetos que realizan el acto, dando lugar al negocio jurídico nulo absoluto y radicalmente, anulable simplemente o, rescindible, categorías que recoge el Código Civil vigente (Ley No. 59 de 16 de julio de 1987) aplicables en lo que sea pertinente de manera supletoria al tema de la nulidad del matrimonio que regula el Código de Familia. Ahora bien, en la dicción del Código de Familia, sólo se habla de nulidad y no de anulabilidad (la rescisión por definición no tiene cabida en materia matrimonial) y este tratamiento se afilia a las pautas tradicionales de este Derecho que en lo que concierne a la institución del matrimonio ha estado permeado por los principios del Derecho Matrimonial Canónico, especialmente por el principio del FAVOR MATRIMONII (Canon 1060†: "El matrimonio goza del favor del Derecho; por lo que en la duda se ha de estar por la validez del matrimonio, mientras no se pruebe lo contrario"‡ y el de la permanencia del

* Concepto de ineficacia que se ofrece en el texto de Derecho Civil, Parte General, VALDÉZ DÍAZ, Caridad del Carmen (Coordinadora), Editorial "Félix Varela", La Habana, 2002, p. 261.

† Codex Iuris Canonici (CIC) Código de Derecho Canónico vigente promulgado el 25 de enero de 1983.

‡ "Entre las concreciones jurídico-positivas del favor matrimonii destacan las presunciones legales que tutelan la constitución, régimen e indisolubilidad del matrimonio y, en particular la presunción de validez,… En cuanto presunción legal, se caracteriza por ofrecer un criterio para considerar la validez de un matrimonio sin necesidad de demostrarla. Exime, por tanto, de la carga de la prueba a quiena firma su validez, mientras que deberá asumir esta carga quien afirma la nulidad del matrimonio". BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto, "Compendio de Derecho Matrimonial Canónico", Séptima edición. Editorial TECNOS, S.A., Madrid, 1991, pp. 51 – 52.

consentimiento: canon 1, 107* que establece la presunción de la perseverancia del consentimiento otorgado: "aunque el matrimonio se hubiera contraído inválidamente por razón de un impedimento o defecto de forma, se presume que el consentimiento prestado persevera, mientras no conste su revocación".

Todo ello conduce siempre a la salvaguarda de la institución del matrimonio, de forma que "cuando un matrimonio ha resultado nulo por vicio de alguno de sus elementos esenciales se le puede conceder la validez jurídica mediante un acto de confirmación o convalidación, sin necesidad de una nueva celebración del matrimonio, sino completando o supliendo alguno de los requisitos por el que fue inválido el matrimonio o removiendo alguno de los obstáculos de Derecho Positivo que se opusieron a su validez" (4).

De esta manera el acto de convalidación, tan apreciado para el resguardo del matrimonio se sustenta en la renovación del consentimiento que adopta en el Derecho Canónico distintas vías según se trate de nulidad por existencia de impedimentos, nulidad por defecto de consentimiento y nulidad por defecto de forma.

He expresado sólo alguno de los principios concernientes a la revalidación del matrimonio del Derecho Canónico, concepción que se jerarquiza sobre la nulidad misma, para que apreciemos el legado sobre la naturaleza y características de la institución matrimonial que como objeto de estudio no admite un mero trasplante de las categorías del Derecho Privado.

En el Derecho Matrimonial Canónico no se menciona la anulabilidad, sino la nulidad del matrimonio, matrimonio que por demás se presume siempre válido y esta valoración ha influido en la regulación civil del matrimonio, que en general no mencionaba ni menciona la anulabilidad, sino solamente la nulidad†, aunque semejante situación se afrontaba también en el Código Civil español derogado que recogía el régimen jurídico de la nulidad dentro de las normas generales que dedicaba a las obligaciones y los contratos, sin mencionar el término anulabilidad, situación superada en el vigente Código Civil de 1987 al regular en su Parte General, la ineficacia de los actos jurídicos.

Y no es sólo que no se emplee el término anulabilidad, es que muchos teóricos del Derecho de Familia no admiten la distinción entre matrimonios nulos y anulables "fundándose en que, tanto unos como otros, tienen apariencia de matrimonio y surten sus efectos hasta que se declare judicialmente la nulidad"(5).

Autores contemporáneos españoles‡ afirman a su vez categóricamente que "la anulabilidad es una clase de ineficacia que puede aplicarse solamente a los negocios

---

* Código de Derecho Canónico vigente (1983).

† Al respecto DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio en "Sistema de Derecho Civil" op. cit., observan que "En materia de Derecho de Familia y Sucesiones emplea siempre el término "nulidad" lo que origina el problema, cuando no hay una regulación específica de la misma… de si son aplicables las normas que se dan para la nulidad de los contratos o en qué medida lo son" p. 568.

‡ E. ROCA i TRÍAS, F. BLASCO GASCÓ, M. CLEMENTE MEORO, A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, V. L. MONTÉS PENADÉS, L. PRATS ALBENTOSA, Ma. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (Derecho de Familia 3ra. edición) Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1997, p. 105. Acerca de la convalidación del matrimonio nulo, los autores afirman que el matrimonio en el que concurra alguna de las causas previstas de nulidad es nulo y continúa así mientras no se produzca un acontecimiento que permita una valoración distinta. Por tanto, la valoración legal de la nulidad cambia si posteriormente a la celebración del matrimonio nulo, concurre un elemento nuevo que elimina los motivos por los que se calificó como nulo. Ello sólo puede ocurrir si se producen todos los elementos del matrimonio, es decir, que no falte el consentimiento, ni la forma (pp. 108-109)

jurídicos patrimoniales… porque el matrimonio crea un status que sólo puede ser alterado por causas declaradas judicialmente y al afectar al estado civil son de interés general y la validez del negocio no permite la actuación de la autonomía de la voluntad para la atribución de efectos, a diferencia de lo que ocurre en el Artículo 1, 311 (se refieren al Código Civil español vigente y al artículo que trata de la confirmación expresa o tácita de un contrato viciado de nulidad – aclaración de esta autora – ). Concluyendo los autores con esta afirmación lapidaria: " De donde cabe deducir que no es aplicable al matrimonio la categoría de la anulabilidad".

Aunque admitamos que en el Derecho de Familia comparado la distinción entre los conceptos nulidad absoluta y anulabilidad* aplicados al matrimonio, no es admitida casi unánimemente, es también cierto que la categoría convalidación (cuyo origen es de Derecho Canónico como hemos visto, aunque se afirma que fue contemplada en el Derecho romano, recepcionada luego por el Derecho Civil) (6) tiene semejanza con la llamada confirmación de los contratos† uno de los medios sanatorios para convalidar el negocio jurídico anulable, pues el nulo (de pleno derecho, radical o de nulidad absoluta) es inconvalidable, ya que lo que es nulo al inicio no puede convalidarlo el transcurso del tiempo ("quod ab initio nullun est non potest tractu temporis convalescere"). En otras palabras, el matrimonio nulo de nulidad absoluta no admite confirmación ni subsanación y por ende el derecho a impugnarlo no caduca.

La acción de impugnar el matrimonio viciado, dentro de un plazo de tiempo a contar desde la formalización del matrimonio, (seis meses para nuestro Código de Familia) y la afirmación que el propio Código nos hace de que transcurrido dicho plazo sin ejercitarse la acción, el matrimonio quedará convalidado de pleno derecho (Artículo 47, segundo párrafo) nos lleva de la mano al ejemplo de la confirmación tácita de un acto anulable, ergo, habiendo convalidación del matrimonio de pleno derecho hay simple anulabilidad y no nulidad, aunque entremos en contradicción con los autores españoles citados. Si bien otro distinguido tratadista español como Diego ESPÍN CÁNOVAS (7) nos recuerda que "La caducidad de la acción durante determinado plazo después de cesar la causa anulatoria es típica de la anulabilidad".

El propio Derecho Canónico admite en la revalidación del matrimonio la convalidación simple que se opera por un acto de los contrayentes cooperando en la renovación del consentimiento (en el caso de que uno sólo de los cónyuges haya de renovar el consentimiento, debe perseverar el consentimiento de la otra parte). Con lenguaje de Derecho Civil estamos ante la actuación de la autonomía de la voluntad del cónyuge afectado para la atribución de efectos (convalidación del matrimonio) tal y como puede acontecer con la confirmación expresa de un contrato, aunque ya sabemos las

---

* Sin perjuicio del régimen especial de determinadas causas invalidantes, según afirman REINA, Víctor y MARTINELL, Joseph Ma. en "Curso de Derecho Matrimonial" op. cit. en Notas p. 588.

† Como deben recordar los alumnos de lo aprendido en la materia de Derecho Civil Parte General, la confirmación es un medio de convalidar el negocio anulable mediante la renuncia expresa o tácita, de la acción de nulidad, hecha por quien sufrió el vicio o defecto de aquel. ¿Qué requisitos exige la confirmación? Responden DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio en "Sistema de Derecho Civil" op. cit. p. 576. … requiere tanto el conocimiento de la causa de nulidad, es decir, de que el negocio se haya celebrado con tal o cual vicio, como que esa causa haya cesado. Esta última exigencia es obvia, porque de lo contrario la confirmación como negocio estaría afectada por el mismo vicio del negocio primitivo… Se purifican todos los vicios del negocio desde el momento de su celebración. Tiene, pues, plena eficacia retroactiva al hacerse inatacables los producidos desde entonces. Hasta aquí la doctrina de la confirmación referente a negocios patrimoniales inter-vivos. En cambio para el negocio jurídico matrimonial sólo se reconoce una forma de convalidación: el que ambos cónyuges convivan un año después de haber cesado el vicio de la voluntad". (Artículo 76 del Código Civil español.)

diferencias teórico-conceptuales entre el matrimonio y el contrato y la improcedencia de establecer un paralelismo entre el Derecho Civil (teoría general de la ineficacia del negocio jurídico) y el Derecho de Familia en su teoría particular de la nulidad del matrimonio.

Concluyendo estas disquisiciones podríamos aseverar que aunque el Código de Familia sólo se refiera a la nulidad en sus artículos del 45 al 48, debemos deducir del contenido de los mismos, cuándo estamos ante la nulidad absoluta o de pleno derecho del matrimonio y cuándo ante la anulabilidad, teniendo en cuenta la posibilidad de convalidación del matrimonio, los plazos especiales de caducidad, y la naturaleza personal exclusiva del ejercicio de la acción en la voluntad del cónyuge que sufrió el vicio; sin perder de vista que la nulidad del matrimonio, para nuestro Derecho positivo ha de producirse según la herencia del Derecho Canónico por las mismas causas que en éste: por existencia de impedimentos por defecto de consentimiento y por defecto de forma.

3- Matrimonios nulos y anulables.

Antes de comentar cada uno de los artículos que regulan la nulidad del matrimonio, es deber que rememoremos*, de acuerdo con los principios doctrinales, pero ateniéndonos a las peculiaridades de nuestro Derecho de Familia, qué entendemos por matrimonio nulo, de nulidad absoluta y matrimonio anulable o afecto de nulidad relativa.

Son matrimonios nulos, afectos de nulidad absoluta, los matrimonios formalizados o contraídos entre personas carentes de aptitud legal. Ya desglosamos en su momento el concepto de aptitud legal, en los componentes de capacidad física, mental y legal, de modo que si el matrimonio se contrajo o formalizó entre personas del mismo sexo, o sin arribar a la pubertad legal, o carentes de capacidad mental o incursos en cualesquiera de las prohibiciones de vínculo o ligamen anterior, parentesco, relación cuasi-familiar o conyugicidio, el matrimonio sería nulo de pleno derecho, daría lugar a un acto jurídico nulo absoluto y radicalmente (Artículos 2, 4 y 5 del Código de Familia)†.

Ya conocimos que la nulidad absoluta es inconvalidable, que ante la presencia de impedimentos dirimentes o anulatorios no se admite confirmación ni subsanación posible y el derecho para impugnar el matrimonio no tiene término de caducidad. Sin embargo (y una vez más recordemos que estamos ante la institución del matrimonio) puede surgir una excepción, como han de recordar los alumnos, en el caso de la impubertad legal‡ pues si se logra formalizar el matrimonio existiendo esta prohibición, en ambos o uno de los contrayentes, y la mujer queda en estado de gestación, o si los impúberes arribaren a la pubertad sin haberse solicitado la nulidad del matrimonio, de hecho y de derecho, se convalida el matrimonio formalizado, no obstante la presencia de esta prohibición, como nos previene el Artículo 47 tercer párrafo.

---

* Los alumnos deben releer los antecedentes histórico-legales, la valoración general acerca de las prohibiciones de contraer matrimonio en el Código de Familia y el concepto de aptitud legal en el Módulo 2 (Segunda Parte)

† En el caso de las uniones no formalizadas que lograron el reconocimiento judicial del matrimonio, presente en ellas un impedimento dirimente, se trataría de la nulidad de la sentencia dictada.

‡ Exhorto a los alumnos a releer lo explicado sobre la prohibición de la impubertad legal en el módulo 2 (Segunda Parte).

Veamos ahora el concepto de matrimonio anulable igualmente teniendo en consideración los principios doctrinales, pero también las peculiaridades de nuestro Derecho de Familia.

Son matrimonios anulables o afectos de nulidad relativa, los matrimonios formalizados en los que la manifestación de la voluntad esté viciada por error, coacción o intimidación, o aquellos en que se infrinjan los requisitos que para su validez exige la legislación vigente, es decir, adolezcan de defectos formales en la contracción válida de las nupcias. (Artículos 3, 6, 45.2, 45.3 del Código de Familia y Artículos 61 al 71 de la LREC).

Adelanto que sobre el tema de la infracción de los requisitos volveremos con más profundidad en su momento.

Véase que he subrayado matrimonios formalizados y no he incluido a los matrimonios contraídos* que se relacionan con la unión no formalizada o unión de hecho, pues por la propia naturaleza de la misma resulta improcedente atribuirle requisitos formales para su válida constitución. Ahora bien, en cuanto a los vicios del consentimiento, cabría teóricamente la posibilidad de que se inicie una unión no formalizada bajo el influjo de alguno de ellos… ¿Pero qué habría de demandarse al Tribunal, la nulidad de qué acto si no ha trascendido al Derecho? Tal vez conjeturando pensemos que pueda alegarse por la vía de excepción por el compañero (a) que sufrió el vicio, si es que prospera la demanda de reconocimiento judicial del matrimonio presentada por el ofensor. Todo cuanto hemos aventurado, resulta tan insólito e inusual que no merece que nos detengamos en ello, amén de que ahora adelantamos la información acerca de que el plazo de seis meses que otorga el Código de Familia, para que la situación jurídica claudicante por la presencia del vicio sea impugnada o se convalide de pleno derecho, no es un plazo de prescripción, sino de caducidad† Y el Código bien nos previene (para que ya no teoricemos más) que la acción de nulidad deberá ejecutarse dentro del plazo de seis meses a partir de la formalización del matrimonio (Artículo 47 primer párrafo del Código de Familia), "aunque debe aclararse que el ejercicio de la acción debe necesariamente interrumpir el plazo de caducidad, pues aun cuando el derecho no se haya realizado, al ejercitarlo dentro del término, cesan los efectos de la caducidad" (8).

Así, según la doctrina y la jurisprudencia son plazos de caducidad y no de prescripción en materia de Derecho Civil los de ejercicio de acciones de anulación de los contratos. En materia de Derecho de Familia es opinión mayoritaria de los tratadistas que la petición de nulidad en el matrimonio (como otras propias del Derecho de Familia) comparte la naturaleza de la caducidad y no la de la prescripción. Así nos lo informa el recordado profesor ya fallecido, Tirso Clemente DÍAZ (9) al expresarnos que se afilian a esta consideración PUIG PEÑA, SANCHO TORAL Y ALGUER. Así lo reafirma la dicción del Código Civil español ya derogado entre nosotros (Artículo 102 tercer párrafo) y el vigente Código Civil español (Artículo 76) cuando establece que "caduca la acción y se convalida el matrimonio"… y por último, entre los autores cubanos contemporáneos lo afirma también Vicente RAPA ÁLVAREZ (10) cuando escribe que "en el ámbito del

* Rememorar las expresiones terminológicas que utiliza el Código de Familia al regular la relación conyugal Módulo 2 (Primera Parte)

† Los alumnos deben volver sobre lo estudiado precedentemente en Derecho Civil Parte General (libro de texto de la asignatura) acerca de las diferencias conceptuales entre los términos caducidad y prescripción que se refieren a instituciones que se relacionan con el transcurso del tiempo pero tienen características bien diferenciadas. (pp. 299 a 313).

Derecho de Familia, el Código de Familia establece en su Artículo 47 un plazo de caducidad de seis meses para pedir la nulidad del matrimonio".

En general, se afirma, además, que son imprescriptibles todas las acciones del Derecho de Familia, para las cuales, no señale expresamente la ley un término de prescripción o de caducidad.

Si seguimos teorizando podríamos extender el análisis, a si se trata de un plazo o de un término de caducidad, denominaciones que se valoran como sinónimas en algunas legislaciones, pero que doctrinalmente presentan rasgos diferenciados* y así, aunque el Código de Familia hable de plazo, es lo cierto que hay futuridad y certidumbre en que al cumplirse los seis meses exactos de celebrado el matrimonio, partiendo del día en que se contrajeron las nupcias, si no se ejercita la acción, caducará el derecho para pedir la nulidad del matrimonio. Ergo se trata de un término de caducidad.

Hechas estas consideraciones técnicas podríamos resumir lo explicado hasta aquí:

1. La nulidad absoluta o de pleno derecho del matrimonio se relaciona con la existencia de prohibiciones de contraer matrimonio y puede surgir tanto en una unión no formalizada que pretenda legalizarse mediante el reconocimiento judicial del matrimonio, como en un matrimonio formalizado.
2. La nulidad relativa o anulabilidad del matrimonio se relaciona con los vicios del consentimiento y con defectos de forma y sólo puede surgir en el matrimonio formalizado.
3. En la nulidad absoluta del matrimonio que establece el Código de Familia están presentes los llamados impedimentos dirimentes o anulatorios legados a la legislación civil por el Derecho Canónico, si bien el impedimento de relación cuasi-familiar, valorado como dirimente en el Código de Familia entra en contradicción con el tratamiento histórico doctrinal otorgado al mismo, que lo ha considerado en general† como un impedimento impediente o simplemente prohibitivo.
4. En la nulidad relativa del matrimonio que establece el Código de Familia están presentes, además de los vicios de consentimiento los llamados impedimentos impedientes o simplemente prohibitivos, también legados a la legislación civil por el Derecho Canónico, pero valorados de distinta manera por el Código de Familia, como he explicado precedentemente en su oportunidad, pues antes, si a pesar de la prohibición se celebraba el matrimonio, éste, era válido pero ilícito, sometiéndose a los contraventores a una sanción civil de contenido patrimonial, fundamentalmente en cuanto a entender contraído el casamiento con absoluta separación de bienes‡, ahora, prohibiciones semejantes, presentes no obstante en un matrimonio formalizado, acarrean la nulidad

* Los alumnos deben repasar estas diferencias en el texto del Dr. Tirso Clemente, Tomo II (Segunda Parte) pp. 675, 676. Ver op. cit. en Notas.

† Releer los comentarios acerca de la prohibición de relación cuasi-familiar en el Módulo 2 (Segunda Parte)

‡ Releer Nota a pie de página del acápite 1.3 "Régimen económico matrimonial regulado en el Código Civil español extensivo a Cuba en 1889" en Módulo 2 V Parte (Régimen económico del Matrimonio) en cuanto a la llamada separación de bienes.

relativa del matrimonio y por ende su posible convalidación si no se ejercita la acción en el término de caducidad prescrito.

Es bueno que sepamos que al respecto de los impedimentos impedientes o simplemente prohibitivos, el vigente Código de Derecho Canónico decidió prescindir de esta categoría, reduciendo así el ámbito del concepto a los llamados impedimentos dirimentes, con lo que sólo se podrán considerar impedimentos, en sentido técnico, aquellas prohibiciones o restricciones del ius connubii que determinan la validez o nulidad del matrimonio.

5. Los efectos de la nulidad absoluta del matrimonio, declarada por sentencia firme son los de destruir el vínculo con una retroacción absoluta, volviendo las cosas al ser y estado que tenían al momento de la celebración del enlace* (11). Quiere ello decir que los ex-cónyuges vuelven al estado conyugal que ostentaban antes de la celebración del matrimonio anulado. De ahí que el tratadista español Federico PUIG PEÑA definiera a la nulidad del matrimonio como "la destrucción legal y retroactiva de un vínculo imperfectamente establecido, por concurrir en la celebración de las nupcias un vicio consustancial a ellas suficientemente acreditado" (12), efecto que distingue a la nulidad de las causas de extinción del matrimonio, las que extinguen el vínculo matrimonial para el futuro respetando su vigencia anterior y sus efectos consecuentes. Sin embargo, este radicalismo de los efectos de la nulidad queda paliado en el matrimonio putativo como ya hemos adelantado en su momento y profundizaremos más adelante.
6. Los efectos de la nulidad relativa sólo posibles en matrimonios convalidables son los de conferirle plena validez al matrimonio si no se ha ejercitado la acción de nulidad en el término prescrito de caducidad. Si ésta acción se ejercita en dicho término y se declara por los Tribunales la nulidad, una vez firme la declaración judicial, la misma retrotrae sus efectos a la fecha de formalización del matrimonio, como si este no se hubiere celebrado nunca.

Una vez resumidos los elementos esenciales que configuran la institución de la nulidad del matrimonio, entre nosotros, adelantamos ahora, que sobre las causas que dan origen a la nulidad relativa, volveremos pormenorizadamente más adelante cuando comentemos el articulado del Código que las contempla y daremos por conocidas y dominadas por el alumnado, las causas que originan la nulidad absoluta ya estudiadas al desarrollar el tema de las prohibiciones de contraer matrimonio en el Código de Familia (Módulo 2 – Segunda Parte), agregando ahora que para pedir la nulidad absoluta del matrimonio sólo están legitimados ambos cónyuges y el Fiscal, (Artículo 46.1 del Código de Familia) acción que podrá ejercitarse en cualquier tiempo, pues como sabemos el matrimonio afecto de nulidad absoluta no es convalidable (Artículo 47 cuarto párrafo).

No obstante antes de iniciar los comentarios de los incisos 2 y 3 del Artículo 45 del Código de Familia, relativos a la anulabilidad del matrimonio, informaremos acerca de una importante categoría doctrinal, la del matrimonio inexistente, concepto, por cierto

* Ver en Anexos (Anexo 1) Sentencia del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, declarando la nulidad absoluta de un matrimonio formalizado con el impedimento de vínculo o ligamen anterior.

no recogido en los textos positivos que casi en su totalidad la omiten, pero de indudable valor doctrinal en materia de matrimonio. Al mismo, dedicaremos las valoraciones que siguen, para comentar después otras figuras doctrinales importantes para el Derecho Civil, pero sobre todo para el Derecho de Familia que se refieren a la simulación, la reserva mental y la declaración Iocandi-causa.

4- El matrimonio inexistente

Como categoría distinta de la nulidad y la anulabilidad del matrimonio ha surgido sobre todo en la doctrina francesa el concepto de matrimonio inexistente, desenvuelto por la doctrina y en ocasiones por la jurisprudencia, pero en general no regulado de modo expreso en los Códigos Civiles, (por lo que se dice que es "extra-legal") ni siquiera en el Código Civil francés, desde el que se teorizó sobre sus rasgos y efectos diferentes al de la nulidad absoluta. Se dice que tal categoría doctrinal se debe al propio NAPOLEÓN, preocupado porque en el Código Civil francés se mezclaran los casos en que no había realmente matrimonio con aquellos en que el matrimonio podía ser anulado*

La doctrina se hizo extensiva después a los actos de Derecho Privado especialmente al régimen jurídico de las obligaciones y contratos, si bien el Derecho Civil español ha sido reticente en aceptarla y la jurisprudencia en admitirla. Así se nos informa (13) que "el Derecho español y el hispanoamericano que le sigue, no mencionan para nada la categoría de los matrimonios inexistentes, ni la jurisprudencia los admite, en los países regidos por dichas legislaciones". En realidad nuestra legislación civil y de familia no lo hace.

Sin embargo, salvando la terminología utilizada del matrimonio como contrato, coincido con el reconocido jurista cubano, ya fallecido, Emilio MENÉNDEZ MENÉNDEZ (14) cuando citando a Zachariae VON LINGENTHAL (se dice al que se debe al desarrollo doctrinal de la teoría de la inexistencia del matrimonio) nos aclara que "la inexistencia implica ausencia total y absoluta de los elementos esenciales del contrato, mientras que la nulidad sólo de sus elementos de validez" para concluir MENÉNDEZ MENÉNDEZ afirmando que "tratándose de matrimonio, la diferencia existente entre estos aspectos de la eficacia contractual, cobra especial interés, porque en él, más que en ningún otro contrato, pueden especificarse casos en que la inexistencia y la nulidad están perfectamente definidas", a lo que agregaría que el interés no es sólo académico, sino que responde a la realidad de la naturaleza del matrimonio, especial acto jurídico de contenido humano y no meramente patrimonial. Así, entre nosotros, un matrimonio celebrado entre homosexuales con el real deseo de obtener protección jurídica ante un falso funcionario (ni Notario ni Registrador del Estado Civil) que logra no obstante su inscripción en el Registro del Estado Civil, es algo más que un matrimonio nulo, es en rigor un matrimonio inexistente.

De esta suerte un matrimonio inexistente no es en sí un matrimonio, faltan todos los elementos esenciales para que se configure como tal y no puede técnicamente anularse, porque no existe. Es la nada jurídica.

* Para mayor información acerca de las observaciones de NAPOLEÓN de la posibilidad de que surgieran matrimonios, cuya anulación no estuviera prevista en ningún texto legal y por ende para los cuales no rezaría el principio del Derecho francés "pas de nullité sans texte" "no hay nulidad sin que un texto legal la declare" que dio impulso a la doctrina de los matrimonios inexistentes, recomiendo a los alumnos consultar a Luis FERNÁNDEZ CLERIGO en "El Derecho de Familia en la legislación comparada" op. cit. en Notas pp. 88 a 96.

La doctrina recoge las situaciones que darían lugar a la inexistencia del matrimonio y no a la nulidad absoluta del mismo y se limitan a tres casos:

1. Con total ausencia de consentimiento (como la del enajenado mental o la del menor de edad).
2. Sin la intervención del funcionario facultado para autorizar la formalización del matrimonio. (Falta de celebración).
3. La identidad de sexo (en legislaciones que no admiten el matrimonio o la unión estable homosexual)*

Para la doctrina española que no acepta la inexistencia separada de la nulidad absoluta, los tres ejemplos se resuelven con la nulidad, razones por las que considera equívoca e inútil la categoría de matrimonio inexistente, tendencia a la que no me afilio del todo en materia de matrimonio.

Asimismo se ha teorizado sobre los efectos del matrimonio inexistente, distintos de los del matrimonio nulo de pleno derecho, que trataré de resumir sucintamente (15):

1. La inexistencia no produce ningún efecto, cualquiera que fuere la entidad del impedimento existente (no habría bigamia ni carencia de singularidad, por ejemplo, ni falta de aptitud legal en un matrimonio inexistente que esté violando la presencia de esos impedimentos dirimentes).
2. El matrimonio inexistente no puede confirmarse ni ratificarse por la voluntad de los pseudo-cónyuges. No admite convalidación.
3. No exige – a diferencia de la nulidad – declaración judicial que la señale. (No obstante, es conveniente, y en algunos casos necesarios, obtener de los Tribunales de Justicia la declaración de inexistencia). El pronunciamiento no sería ni constitutivo, ni declarativo, sino simplemente acreditativo del hecho de la inexistencia.
4. El matrimonio inexistente no puede beneficiarse con la doctrina del matrimonio putativo.
5. La inexistencia es de orden público y cualquiera puede denunciarla.

Nos interesa que reflexionemos a la luz de las tres situaciones que recoge la doctrina que configuran un matrimonio inexistente vistas en el punto anterior, la solución que, partiendo de su preceptiva daría a las mismas el Código de Familia. No cabe dudar que la primera y tercera situación, se resolverían por aplicar la nulidad absoluta o de pleno derecho, basándonos en la violación de la prohibición de contraer matrimonio de los que carecieren de capacidad mental para otorgar su consentimiento (Artículo 4.1 del Código de Familia) y por violación de la no identidad de sexo infringiendo el

* Esta causa de matrimonio inexistente de los siglos XIX y XX está sufriendo un fuerte embate en los inicios del siglo XXI, dado el avance que la legalización de la unión estable homosexual está teniendo sobre todo en Europa y en los Estados Unidos de América. Además, nos advierte ALBALADEJO, "no es menos cierto, que con los problemas de la transexualidad y las posibilidades de que el sexo aparente no sea el real y de que en el Registro Civil conste el que verdaderamente no es, y todo ello llevado al extremo de que la otra parte o incluso el propio interesado pueda creerse en posesión de un sexo que realmente no le corresponde, cabe que se den casos de matrimonio sin diversidad de sexo" en Curso de Derecho Civil, op. cit. en Notas, pp. 91, 92.

enunciado del Artículo 2: El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer*… Mas, la segunda situación no tiene una preceptiva explícita que la contenga. Así cuando el Código se refiere a la infracción de los requisitos que para la validez del matrimonio exigen sus normas (Artículo 45.3 del Código de Familia y no se refiere a las que posteriormente demandó la Ley del Registro de Estado Civil por razones obvias, pues ésta se promulgó como sabemos, diez años después y consistió en un "trasplante" más o menos renovado del articulado del Código), tal infracción de requisitos acarrea simple anulabilidad (Artículo 47 primer párrafo) por lo que debe tratarse de irregularidades formales, pero no categóricamente de falta o defecto total de forma. Como es de comprender la falta o defecto total de forma conllevaría a la nulidad absoluta o a la inexistencia del matrimonio. Este supuesto no lo regula el Código de Familia.

Abundando en lo que aporta la doctrina del Derecho de Familia acerca de las diferencias entre las "simples irregularidades formales" llamadas también formalidades extrínsecas, de "la falta o defecto total de forma", se nos previene que se incurre en las primeras cuando la ausencia de formalidades puede ser subsanada o rectificada administrativa o judicialmente ya que tal ausencia no determina ipso-facto la nulidad del matrimonio, pero la falta o defecto total de forma, que se materializa más que, cuando hay defectos fundamentales en la forma de celebración, cuando hay ausencia de un acto , en otras palabras no hay verdadera celebración, por no estar presente en el acto de formalización el funcionario facultado, no un funcionario incompetente, sino un no funcionario, no es posible que tal situación acarree efecto distinto que la nulidad absoluta y aún técnicamente más correcto, la inexistencia del matrimonio.

Suponemos que ante el silencio del Código de Familia sobre este supuesto que comentamos, deban nuestros Tribunales aplicar como materia supletoria la preceptiva que regula la ineficacia de los actos jurídicos del Código Civil y específicamente la relacionada con el Artículo 67 (ch) "en contra de una prohibición legal" y aún más apropiada la del Artículo 67 (d) "sin cumplir las formalidades establecidas con carácter de requisito esencial".

5- Los matrimonios simulados, celebrados con reserva mental o en broma.

Si seguimos las pautas de la teoría general del negocio jurídico y la doctrina canónica del matrimonio estaríamos también obligados a discernir acerca de otras situaciones que se relacionan con la divergencia o discordancia consciente entre la voluntad interna y la manifestación externa de esa voluntad como son los casos de la simulación, de la declaración emitida sin seriedad o en broma (Iocandi causa) y la reserva mental†, éstas últimas que no las regula ni el Código de Familia ni el Código Civil, pero que son parte (en general las tres) de la teoría del Derecho Matrimonial más clásico que estipula que estando presentes en un matrimonio acarrean también la ineficacia del mismo. Si bien el matrimonio en broma es difícil que se produzca en la

* Es curioso que no haya una prohibición expresa de contraer matrimonio con identidad de sexo. El Código de Familia como sabemos, valora la diferencia de sexo en sentido positivo como un requisito de capacidad física para contraer matrimonio.

† Acerca de las diferencias conceptuales entre simulación, (absoluta o relativa) reserva mental, y la Iocandi causa o Iocandi gratia exhorto a los alumnos a refrescar los conocimientos adquiridos en la asignatura Derecho Civil Parte General. Releer el texto del Dr. Tirso CLEMENTE DÍAZ – Tomo II (Segunda Parte), op. cit. en Notas, pp. 464 – 534.

práctica dada la solemnidad que debe acompañar la formalización del matrimonio, no debe desecharse su análisis desde una perspectiva teórica.

La importancia actual de estas figuras (sobre todo de la simulación y la reserva mental)* no se reduce a un simple ejercicio intelectual de valorar el legado del Derecho Canónico sobre la esencialidad del consentimiento en la creación del matrimonio, sino a circunstancias muy prácticas que se refieren a situaciones socio-políticas migratorias que conciernen a tratados entre naciones y a principios del Derecho Internacional Privado. Así "las dos guerras mundiales (del pasado siglo), en concreto, la segunda guerra mundial, especialmente en aquellos países donde se produjo la ocupación alemana, supusieron la celebración masiva de matrimonios aparentes, con el fin de evitar deportaciones, obtener permisos de residencia o emigración, y conseguir, en definitiva, las ventajas que podía suponer un cambio de nacionalidad" (16).

Actualmente el matrimonio simulado, con la finalidad de conseguir alguna ventaja de cualquier tipo, sobre todo de obtener permisos de emigración o residencia, es una vía de entrada al mundo desarrollado por los ciudadanos del tercer mundo, los más en franco fraude a la ley, lo que ha supuesto una ingente modificación de la legislación al respecto y una abundante cantidad de comentarios y jurisprudencia en los países receptores.

La distorsión de los fines del matrimonio al emplearse éste como vía de salida del país ha sido también utilizado entre nosotros por segmentos minoritarios, algunos de ellos no menos desnaturalizados de nuestra población, como comentamos en su momento (Módulo 2 IV Parte) al referirnos a la formalización del matrimonio entre ciudadanos extranjeros y ciudadanos cubanos† (Ver en Anexos sentencia de nulidad del matrimonio por existencia de reserva mental y auto consular denegando la transcripción del matrimonio por considerarlo de complacencia).

Los matrimonios celebrados para conseguir las ventajas que el ordenamiento jurídico establece para el matrimonio son enlaces que se celebran cumpliendo los requisitos formales previstos, ante la autoridad competente o funcionario autorizante, no son matrimonios inexistentes en cuanto a la forma, sino reales, pero aparentes en cuanto al consentimiento, pues se trata de consentir para lograr un beneficio ajeno al mantenimiento de un estado definido como matrimonial, hay en ellos simulación absoluta, según la preceptiva del Código Civil‡, simulación en el consentimiento matrimonial, tal y como lo ha apreciado la doctrina canónica que "designa con el nombre de simulación al acto de voluntad por el cual, pese a la aparente manifestación correcta del consentimiento matrimonial, se excluye, o bien el matrimonio en sí, o aquellos elementos sin los que, por ser esenciales, no puede subsistir" (17). Por ello, es

---

* "Así que es nulo el matrimonio, porque no hay consentimiento matrimonial en el sentido pedido por la ley, celebrado con simulación; caso en el que ambos contrayentes de acuerdo entre sí, declaran externamente querer casarse, para crear así un aparente matrimonio, pero coincidiendo ambos en la manifestación oculta del uno al otro de que no lo desean. Y también es nulo el matrimonio con reserva mental de un cónyuge (aún desconocida por el otro, que sí desea casarse realmente y así lo declara) de no querer verdaderamente el matrimonio que dice contraer" ALBALADEJO, Manuel "Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia" Ver op. cit. en Notas, p. 93.

† Recomiendo a los alumnos releer el comentario en Anexo del Módulo 2 – IV Parte sobre una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado español acerca de un matrimonio de complacencia celebrado en Cuba en enero de 1996 entre una viuda cubana nacida en 1934, con un soltero español nacido en 1974, en el que se sospecha simulación en el consentimiento matrimonial.

‡ A su vez, es doctrina de Derecho de Familia que la simulación relativa (Artículo 67 inciso f) es de muy difícil concreción en materia de matrimonio ya que bajo la ceremonia nupcial o el acto de casamiento no puede ocultarse o disimularse otra especie de acto, que no se refiera al matrimonio mismo.

criterio admitido por esa doctrina de distinguir entre simulación total y simulación parcial; por la primera, los contrayentes excluyen el matrimonio mismo, por la segunda excluyen elementos esenciales o alguna de sus propiedades esenciales, rechazando alguna de las obligaciones inherentes*. En la primera hay ausencia de consentimiento, en la segunda, la presencia de un consentimiento deformado, en su sustancia y ambas acarrean la nulidad del matrimonio. Así, cuando se sustituye el objeto formal o causa jurídica del pacto conyugal, por un contenido distinto de conveniencia, se está excluyendo al matrimonio mismo y se expresa una de las modalidades de la simulación total o simulación propiamente dicha.

Es obvio que la construcción teórico-doctrinal del Derecho Canónico en cuanto a la simulación en materia de matrimonio, de la que hemos informado lo más elemental, no está explícitamente regulada en nuestro Código de Familia.

A su vez la variante de la simulación absoluta del Código Civil Cubano (Artículo 67 inciso e) que podría aplicarse para regular los efectos de la disconformidad entre la voluntad interna y su manifestación en cuanto a la ordenación institucional del matrimonio, afronta el reto de penetrar en los más íntimos fines subjetivos de los contrayentes (por regla, muy difíciles de probar) y su posible incompatibilidad con los fines institucionales del matrimonio.

No se trata de personas carentes de capacidad mental para otorgar el consentimiento (Artículo 4.1 del Código de Familia) sino de personas con discernimiento que pretenden utilizar al matrimonio (con una aparente manifestación correcta del consentimiento) como vía de alcanzar objetivos ajenos a la institución, vaciándolo de su contenido ético jurídico establecido en las propias normas del Código de Familia, en franco desprecio de la ley, que se produce cuando se intenta lograr el resultado contrario a una ley o disposición normativa cuya aplicación correcta se burla.

Reflexiono a estas alturas, dadas las reiteradas situaciones de matrimonio entre ciudadanos cubanos y extranjeros inculpados de celebrar matrimonios simulados (o con existencia de reserva mental) si el Código de Familia debió referirse no sólo a la capacidad mental para otorgar el consentimiento como requisito del matrimonio, sino a que no existiría el matrimonio sin consentimiento matrimonial. Es claro que no se puede emitir el consentimiento si no hay lucidez mental, pero puede suceder que con lucidez mental se simule el consentimiento en cuanto al contenido institucional del matrimonio. Sin embargo, al respecto, se afirma por un autor (18) que hay ciertas posiciones doctrinales que no consideran a la simulación como comportadota de nulidad "por entender que la transcendencia invalidante de la simulación en los negocios familiares no era compatible con el interés superior a que se atiende con estos negocios. En el caso del matrimonio se pensaba además (continua la cita) particularmente en relación al matrimonio civil en forma ordinaria, que la intervención del encargado del Registro Civil, aun sin ser constitutiva, dotaba a la celebración de unas características tales que, frente a dicha intervención de la autoridad judicial, debía considerarse intrascendente la simulación acordada por los contrayentes" (Ver en Anexos Recurso de Apelación a la Dirección General de Registros y el Notariado de España contra Resolución del Cónsul General de España en Santo Domingo, República Dominicana, por denegar la inscripción del matrimonio celebrado entre una ciudadana dominicana y un ciudadano español, por considerar a dicho matrimonio un negocio jurídico simulado).

* La simulación total se caracteriza por el animus non contrahendi y la parcial por el animus non se obligandi.

El autor de la cita acota a su vez que "contra esta actitud se hacía necesario afirmar, desde planteamientos menos formales y más realistas y sensibles a la sustancia de las cosas, la simulación como causa de nulidad, por no parecer lógico que se considere como verdadero y válido matrimonio una mera apariencia del mismo, confeccionada con una finalidad diversa – y por lo mismo fraudulenta – de la que persigue el matrimonio, que es el establecimiento de una comunidad de vida. Estos razonamientos (continúa) se hacían más apremiantes ante la realidad de la simulación matrimonial, con finalidades tan diversas, como la subrogación en una vivienda, la obtención de un permiso de residencia o la adquisición de la nacionalidad mediante la oportuna opción, supuesto este último al parecer, bastante corriente" (fin de la cita). Esta última valoración crítica podría concretarse con la concisa afirmación de otro autor (19) : "En consecuencia nos encontramos ante un matrimonio contraído con la finalidad de defraudar a la ley, cuando se busque mediante su celebración aparente, la consecución de un efecto jurídico distinto y accesorio a su finalidad práctica" *.

Tal tipo de matrimonio puede (y suele) quedar impune en nuestra sociedad, porque no lo regula, con propiedad para sancionarlo la ley familiar y hay reticencia para aplicar la ley civil y en cuanto a los ilícitos penales de perjurio y matrimonio ilegal, no se adecuan sus enunciados en el vigente Código Penal (Ley No. 62 de 1987) para reprimirlo. De esta manera, retomando el caso de la viuda cubana que formalizó matrimonio con un joven español en La Habana en 1996 (Anexo al Módulo 2 IV Parte) nada pareció inquietar al Registrador o Notario cubano que lo autorizó, no obstante la diferencia de cuarenta años entre los contrayentes, porque si ambos tenían aptitud legal, eran personas capaces que cumplieron los requisitos establecidos para la formalización del matrimonio de un ciudadano cubano con un ciudadano extranjero (Artículo 63 de la LREC) el funcionario no abrigó dudas de que existiera algún impedimento legal (Artículo 69 de la LREC) y autorizó la formalización; no obstante, el Cónsul General de España en La Habana negó la inscripción del matrimonio en el Registro Consular por sospecha de simulación y la Dirección General de los Registros y del Notariado español, en su momento, desestimó el recurso interpuesto por los promotores de la inscripción, argumentando que "ante las pruebas realizadas y en especial de las entrevistas hechas a los esposos, se tienen fundadas sospechas de que el matrimonio es nulo por simulación".

¿Tendremos (como expresaba el reconocido jurista cubano Raúl GÓMEZ TRETO) (20) que considerar el modo viable de reformular los preceptos que regulan los requisitos sustantivos de la formalización del matrimonio… que el funcionario autorizante escrute hasta de oficio, si las partes quieren el acto… introducir (tercia esta autora) una audiencia reservada y por separado de cada uno de los contrayentes y formularles un interrogatorio para llegar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes? †

---

* "Esta conducta suele incluir una ocultación o simulación, al utilizarse una norma de cobertura en contra de su finalidad práctica (en nuestro caso, la celebración del matrimonio aparente) con la finalidad de burlar determinada ley (por ejemplo, las disposiciones que regulan la adquisición derivativa de la nacionalidad española)" VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "Matrimonio civil y reserva mental", op. cit. en Notas, p. 40.

† Tal y como establece la Instrucción de 9 de enero de 1995 de la Dirección General de los Registros y del Notariado español sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero. Por su parte desde la doctrina canónica se afirma que: "Mientras los anteriores criterios se referían a la capacidad de conocer y a la capacidad de querer, referida al contrato matrimonial, en 1941 una sentencia rotal (C. WYNEM) aborda por primera vez la exigencia de un conocimiento estimativo del matrimonio como requisito de la capacidad psíquica, abriendo así un nuevo

En realidad estamos obligados a hacer algo para reivindicar la ultrajada institución del Matrimonio, cada vez más subestimada y desnaturalizada entre nosotros.

Vistos estos elementos doctrinales (que no los regula el Código de Familia) sobre la nulidad del matrimonio que atañen a la inexistencia del mismo y a la divergencia consciente entre la voluntad interna y su manifestación, nos corresponde ahora otro aspecto también relacionado con el consentimiento, pero en este caso con los llamados vicios, que el Código de Familia regula en el inciso 2 del Artículo 45 y que se refieren al error, la coacción y la intimidación.

6- Los matrimonios formalizados con error en las personas o mediante coacción o intimidación que vicien el consentimiento (Artículo 45.2 del Código de Familia).

Como recordarán los alumnos de sus clases de Derecho Civil Parte General, "los vicios de la voluntad implican, no que la voluntad no existe, sino que ha sido anormalmente formada, bajo la influencia de causas que han hecho se formase una voluntad distinta de la que hubiere sido la verdadera voluntad del sujeto" (21). El Código de Familia alude al error in persona, a la coacción (vis absoluta) que se refiere a la violencia física o fuerza y a la intimidación o amenaza que se refiere a la violencia moral (vis compulsiva o animo illata)*. El Derecho Canónico las denomina con precisión a la coacción o fuerza física, vis compulsiva, vis absoluta, vis corpori illata y a la coacción o fuerza moral, vis impulsiva, vis relativa, vis animo illata. A comentar brevemente cada uno de los vicios del consentimiento en materia de matrimonio regulados en el Código de Familia, dedicaremos las páginas que siguen, comenzando por la coacción.

6.1- La formalización del matrimonio bajo coacción.

En realidad la violencia física no es en buena técnica un vicio del consentimiento, porque la violencia material o física ejercida por una persona sobre otra para que emita una declaración de voluntad es obvio que arranca de ella una declaración forzada que impide al violentado de toda la posibilidad de actuar en otra forma, por lo que más que viciar su voluntad, la excluye totalmente. Este es el tratamiento que recibe ahora la violencia en el Código Civil cubano como circunstancia que acarrea la nulidad absoluta del acto jurídico enmendando la imprecisión que en cuanto al tratamiento de la violencia presentaba el Código Civil español derogado que en general equiparaba sus efectos a los de la intimidación o amenaza. Ahora bien, en cuanto a la institución del matrimonio, tradicionalmente, en el Derecho de Familia comparado (al igual que en Cuba) se mantiene la violencia física o coacción como un vicio del consentimiento que produce sólo la anulabilidad y no la nulidad absoluta (algunos teóricos del Derecho Civil y de Familia entienden que debía ser más bien la inexistencia del acto jurídico). Las razones de esa supervivencia se encuentran en el Derecho Canónico y en el aforismo que rezaba desde Roma: "la voluntad coaccionada es siempre voluntad"† (voluntas coacta est semper voluntas). Así "la praxis eclesiástica… ha venido considerando escolásticamente a la voluntad coaccionada

---

camino en esta problemática materia" SOUTO PAZ, José Antonio, "Derecho Canónico", Universidad Nacional de Educación a distancia – Madrid 1987 – Tomo 2 – p. 83-84. Ver en Anexos comentarios a la referida sentencia.

* Refrescar los conocimientos acerca de los vicios de la voluntad en el libro de Derecho Civil Parte General (Tomo II – Primera Parte) de CLEMENTE, Tirso op. cit. en Notas, pp. 386 – 451.

† "Coaccionado quiso, pero sin embargo, quiso" – "Coactus voluit, sed tamen voluit".

como una verdadera voluntad y en consecuencia ha entendido que el consentimiento prestado bajo coacción es "naturalmente suficiente" para producir los efectos jurídicos (y morales) propios del consentimiento matrimonial, aunque en ciertos supuestos y por los males que de él se pueden derivar, si la coacción alcanza un determinado nivel… el Derecho destituye de valor jurídico a esa voluntad matrimonial coaccionada, es decir, la torna jurídicamente ineficaz" (22).

Lo cierto es que se trate de vicio del consentimiento o carencia absoluta del consentimiento, la formalización del matrimonio mediando violencia material o física, por los requisitos o condiciones que debe reunir al acto violento para que se integre como tal y no se convierta en amenaza o intimidación son tan difíciles que se concierten en la realidad práctica, que este supuesto de anulabilidad del matrimonio se vuelve algo así como de ciencia-ficción. Piénsese que la forma en que se manifiesta la violencia física se produce golpeando a la persona, apuntándole en la sien con una pistola, amarrándola, cogiéndole la mano para que escriba lo que el que realiza el acto coactivo quiere y otros actos de constreñimiento físico, para arrancarle por la fuerza al violentado la pura emisión o signo externo del consentimiento, todo ello en el acto mismo de formalización, que se supone se realiza ante el funcionario actuante y los testigos. Aunque todo es posible en la "viña del Señor", por muy novelesco que nos parezca, su incidencia real debe ser casi nula, tanto como la cópula carnal posterior de estos matrimonios coaccionados que pueden decidir a posteriori (seis meses de cohabitación) su convalidación de pleno derecho*

6.2 – La formalización del matrimonio bajo intimidación.

Un supuesto de más posible expresión en la práctica es el del matrimonio que se formalice bajo intimidación, o amenaza, por cuanto el miedo (metus) a perder una posición económica determinada o a un familiar querido o el aprecio o alta valoración de una persona que se respeta, todo ello empleado como vía de amedrentar al pretenso contrayente para forzarlo(a) al matrimonio, tiene cabida como supuesto de hecho admisible en la contemporaneidad. No obstante, para que se pueda en realidad integrar la intimidación en el matrimonio se necesita que se reúnan determinados requisitos sin los cuales no sería posible solicitar la nulidad del mismo, los que trataremos de resumir:

1. Debe existir una relación de causalidad entre la coacción moral y el consentimiento.
2. El miedo debe tener su origen fuera del que lo padece, (debe tener el requisito de la exterioridad). En otras palabras que la amenaza surja de una actividad humana externa, al sujeto pasivo del miedo ni tampoco se base en una causa natural (terremoto, huracán, enfermedad).
3. El miedo tiene que ser antecedente (no se trata de un miedo concomitante a la formalización del matrimonio como en la coacción material) por lo que se entiende que el miedo perdura después de la coacción moral inicial.

* El Código Civil español derogado agregaba (Artículo 101) como causa de nulidad (en realidad anulabilidad) el matrimonio contraído por el raptor con la robada, mientras ésta se hallare en su poder; si recobrada la libertad, la robada no interponía en el término de seis meses la demanda de nulidad se convalidaba el matrimonio (Artículo 102).

4. El mal que se amenaza debe ser grave, es decir la gravedad del mal sería valorada como tal por cualquier ser humano normal que se encontrara en idénticas circunstancias.
5. El mal con que se amenaza, además de grave ha de ser inminente, en otras palabras el mal ha de suceder prontamente.
6. El temor ha de ser racional y fundado, es decir, que exista una evidente desproporción entre el peligro y la resistencia a oponer y esté provocado por una causa que provoque "grave trepidación mental" (trepidatio mentis).
7. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, el sexo y a las características de la persona, quiere decir que para apreciar estas circunstancias descritas, debe atenderse en cada caso concreto, al sexo, a la edad y a la condición de la persona, tanto intimidada como intimidante. (Así, un mismo hecho intimidatorio puede tener un efecto distinto en un hombre o en una mujer, un adolescente o un adulto, un rico que un pobre y no puede infundir el mismo miedo la amenaza de un anciano enfermo y desvalido que la de un hombre joven y fuerte)*

Por demás, es doctrina del Derecho de Familia que en cuanto al matrimonio cabría que tanto la coacción física como la moral procediera de un tercero, no sólo del que aspira personalmente a formalizarlo bajo esos vicios del consentimiento, sino también de alguien interesado en que el matrimonio se produzca de todas maneras, admitiéndose igualmente la nulidad del acto. Y como sabemos en la intimidación o amenaza el miedo se produce en la persona no sólo por lo que individualmente pueda sufrir en si misma o sus bienes sino igualmente en la persona o bienes de un tercero, por regla, un ser querido.

No debemos terminar el estudio del matrimonio bajo el efecto de la intimidación como vicio del consentimiento, sin analizar una figura, modalidad de este vicio, fuertemente enraizada en la doctrina canónica, que encuentra expresión en la realidad social, cual es el llamado miedo reverencial†, si bien ni los Códigos, el Civil y el de Familia cubanos, hacen mención de él. Al mismo le dedicaremos unos comentarios.

### 6.2.1 – La formalización del matrimonio bajo miedo o temor reverencial.

El temor reverencial (Timor o metus reverentialitis) es tratado en la literatura canónica distinguiéndolo en sus expresiones de simple, (mero temor a irrespetar) cualificado y mixto, siendo los dos últimos los que pueden invalidar el matrimonio. El cualificado "se produce cuando existe el temor fundado a incurrir en la indignación grave y perpetua, o al menos duradera, del superior y el mixto "cuando además de esa indignación, se temen otros males concretos aptos para suscitar el miedo común (expulsión del hogar, desheredación, denegación de medios educativos, etc.)" (23).

---

* El Código Civil cubano, como recordarán los alumnos se refiere a la amenaza (Artículo 72) estableciendo que la misma existe si el manifestante obra bajo los efectos del temor provocado por miedo del anuncio de un mal contra la vida, el honor o los bienes de él o de un tercero.

† Siguiendo al Dr. Tirso CLEMENTE en su obra citada (Tomo II Primera Parte) p. 456, el temor reverencial "consiste en el respeto intenso que induce frecuentemente a las personas sometidas a la autoridad ajena a realizar actos que no realizarían espontáneamente".

No nos parezca tan ajena esta modalidad de la intimidación de la realidad actual cubana, pues la inevitable relación de supeditación o sujeción que tienen los hijos con relación a sus padres cuando aun están sujetos a su patria potestad provoca en ellos el respeto y la reverencia a sus progenitores, aún cuando las características idiosincrásicas de la familia cubana son bien alejadas de los patrones autoritarios, no cabe dudar que subsisten estos rasgos en muchos núcleos familiares. De ahí, que piénsese en una hija menor de edad, que en ese entorno familiar quedase encinta y se le obligase, por salvar el honor de la familia, a formalizar el matrimonio contra su voluntad, pero forzada por el temor fundado de incurrir en la indignación de los padres que puede revestir un carácter grave y duradero, sin mencionar los otros posibles males mayores mencionados. De hecho nos ocupamos de esta hipótesis al comentar el matrimonio del menor y el fundamento de la autorización de los padres que en ningún caso debía forzar el consentimiento del menor (Ver Modulo 2 IV Parte).

El profesor GUERRA LÓPEZ (24), que presidió esta Cátedra hace más de medio siglo nos informaba sobre un hecho acontecido en el Oriente cubano que nos podría ilustrar sobre la figura que comentamos:

> "Hace poco una muchacha concurrió a contraer matrimonio con su novio, su madre y los testigos, al celebrarse el matrimonio y al momento de decir que sí, dijo que sí, pero al momento de firmar, dijo, no firmo. Consultada informó que contraía matrimonio porque su madre la obligaba".

Si bien ha pasado demasiado tiempo desde este hecho anecdótico y la juventud cubana ha adquirido independencia de criterio dentro del seno de una familia ya con caracteres más democráticos que hace cincuenta años, no desechemos que con otras manifestaciones y en otro contexto podría repetirse en esencia un matrimonio obligado por el llamado temor reverencial.

Más, ante el silencio expreso del Código de Familia queda en pie el tema, para la simple teorización, siempre fructífera en esta materia, pues mediante ella es posible lograr el rescate de valoraciones que están implícitas en la norma escrita, en este caso, del matrimonio realizado bajo esta modalidad de la intimidación.

### 6.3 – La formalización del matrimonio con error en las personas.

Según la doctrina del Derecho de Familia en esta causa de anulabilidad del matrimonio tenemos que distinguir cuándo se trata del error vicio propiamente dicho y cuándo estamos frente al llamado error obstativo, si bien, ambos casos pueden acarrear la nulidad del matrimonio. Así, cuando una persona (A) formaliza su unión con (B), creyendo que es (C) (error en la identidad física de la persona) hay error en la declaración de la voluntad, pues (A) se quiere casar con (C) y así lo declara, pero no se trata de (C) sino de (B).

En este supuesto la causa es extrínseca al que incurre en el error, pues le ha sido sustituida una persona por otra (los ejemplos pueden darse en los supuestos de matrimonio por poder, cuando no se conoció antes físicamente al pretenso contrayente, cuando una hermana gemela toma el puesto de su hermana en el acto mismo de celebración del matrimonio)*

* En la literatura cubana del siglo XIX se recoge este drama en la novela "Leonela" del escritor Nicolás HEREDIA.

Mas, cuando una persona se ha formado una falsa apreciación de determinadas cualidades personales que valora como determinantes para contraer nupcias (error causam dans), como que la mujer sea virgen por ejemplo, y resulta que no lo es, estamos ante el error como vicio del consentimiento, pues ha manifestado su voluntad conforme a una apreciación equivocada de la realidad, que de haberla conocido, no le hubiera conducido a declarar su voluntad de casarse.

A este error (error en cualidad directa) se le conoce como "error redundante", pues el error en la cualidad redunda en error en la persona misma. Más adelante insistiremos en este tipo de error.

¿Qué establece al respecto el Código de Familia?

La dicción del Código "error en las personas" no hace alusión a las cualidades personales determinantes de la prestación del consentimiento, como otras legislaciones, por lo que tenemos que afirmar, que se refiere al supuesto de <u>error en la identidad física de la persona del otro contrayente</u>.

Un autor (25) entiende que "el error concerniente a la persona comprende tanto la identidad física, como la jurídica…" y define con un ejemplo a qué se refiere el error en cuanto a la identidad jurídica de la persona del otro contrayente: (26)

> "Supongamos el caso de un aventurero o de un fugado de presidio que se proporciona los documentos suficientes para justificar el estado civil y la identidad de una persona honorable, y suplantándola y haciéndose pasar por ella, contrae matrimonio con quien cree celebrarlo con un individuo de correcta conducta, y resulta por tanto, víctima de ese error".

De esta manera el error en la identidad física se integra cuando una persona físicamente se cambia por otra (ejemplo más ilustrativo, el de los hermanos gemelos) y el error en la identidad jurídica, cuando una persona sustrae u obtiene los documentos identificativos de otra (el carné de identidad, por ejemplo) y se hace pasar por ella, suplantándola. Este tipo de error es posible también en el supuesto del matrimonio por poder cuando se desconoce físicamente a la persona con quien se pretende formalizar el matrimonio, aunque también en ese supuesto pero con respecto a la identidad física, cuando pretendo casarme por poder con Juan Pérez, profesor universitario, con quien sostuve una abundante correspondencia en este caso, sin haberlo visto nunca y resulta que me caso con Juan Pérez, obrero ferroviario que tomó su lugar, pero sin suplantar su identidad, pues se trata de otro Juan Pérez.

En todos estos errores que conciernen a la identidad física o a la identidad jurídica, el error recae sobre el acto, sobre la declaración de voluntad y no se aprecian como típicos errores propios o error vicio que es el que engendra la voluntad interna y la determina, aunque el Código los valora como vicios del consentimiento.

Así el error en las personas valorado como verdadero vicio del consentimiento alude a que el contrayente sufra un error acerca de alguna circunstancia o cualidad de la otra parte, o sea, incurra en error en cuanto a las cualidades personales del otro, que además debe ser determinante para la prestación del consentimiento (de lo contrario sería irrelevante jurídicamente). Si el error no es casual sino que ha sido inducido

maliciosamente por uno de los contrayentes ("nubentes" o "nupturientes")* o por un tercero, el error confunde sus aguas con otro vicio del consentimiento que es el dolo o fraude. A esta situación le dedicaremos algunos comentarios, aunque no se ocupa de ello el Código de Familia.

7- Valoración del dolo como causa invalidante del matrimonio.

Al decir de GUERRA LÓPEZ (27) el dolo (recuérdese que el Código Civil cubano lo llama fraude) siempre considerado como motivo de nulidad de los contratos "no existe en materia de matrimonio" y afirmaba que la razón de la ausencia de ese vicio en el Derecho Matrimonial Canónico se debía a la consideración del matrimonio como sacramento, pues si se engañaba para lograr el matrimonio se engañaba para bien, para algo bueno, que es la ventaja de casarse y agregaba:

> "porque en el matrimonio engaña el que puede†, es decir, siempre el matrimonio tiene una base de engaño, ni el hombre, ni la mujer se presentan tales como son, todas sus características las tienen escondidas".

Es cierto que el Derecho Canónico mantuvo una tradicional negativa en admitir al dolo (siempre vinculado al error) como causa invalidante del matrimonio pues ha sido reticente en aceptar que el sacramento matrimonial pudiera nacer de maquinaciones insidiosas que indujeran al error para lograr el consentimiento, en otras palabras, que el consentimiento hubiese sido provocado mediante el error producido por conductas dolosas en tema tan trascendente como el matrimonio y concretamente con el consorcio conyugal.

Sin embargo, el dolo, con cierto desprendimiento terminológico de la figura del error, ha llegado a configurarse en el Código Canónico vigente, tal cual reza el Canon 1098:

> "Quien contrae matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente".

Como vemos se trata de engañar al otro sobre cualidades (que por su naturaleza pueden perturbar el consorcio de vida conyugal) que dice poseer, sustrayéndolas de su conocimiento (subrepción) o que dice poseer, aparentándolas (obrepción) para lograr su consentimiento. Así se aprecia que, se produce un nexo causal entre la conducta dolosa y el consentimiento, lo que se logra a través del error en que hace incurrir al otro. La conducta dolosa, como dijimos antes también puede provenir de un tercero‡.

Sin que nos detengamos más en esta figura que no la regula el Código de Familia de Cuba, ni otras legislaciones, que, en su caso, la valoran dentro del error, con algunas

---

* Se refiere al ius nubendi o al derecho a contraer nupcias (que es un derecho fundamental de la persona) y a uno de los miembros de la pareja nupcial o contrayente.

† Se refiere a una célebre frase de la doctrina francesa "En mariage, trompe qui Peut", que hace referencia a que en el noviazgo que precede al matrimonio se produce una especie de competencia de los novios en resaltar sus buenas cualidades y ocultar o disimular las malas, en medio del clima propio de la conquista matrimonial, en que la teoría del dolo correría el riesgo de ser improcedente, porque ambos se engañan y más lo hace el que puede.

‡ En este caso, por regla en la legislación civil se exige la connivencia del cónyuge con el tercero, si bien en el Derecho Canónico, el dolo, será siempre extrínseco, suscitado por las insidias, bien del cónyuge, bien de una persona interesada en la celebración del matrimonio.

excepciones que se ocupan del dolo con independencia del error, quisiéramos relacionar algunos ejemplos prácticos de cómo se contempla en la jurisprudencia de los Tribunales eclesiásticos:

- Engañar sobre si se es estéril o no (aunque ya sabemos que la esterilidad es irrelevante para el matrimonio tanto civil como religioso) pero engañar sobre ello al otro cónyuge podría provocar ciertamente una situación perturbadora para la comunidad de vida conyugal.
- Ocultación dolosa de ciertas taras o enfermedades (piénsese en el Sida, la hemofilia, la tuberculosis y otras)
- El error dolosamente causado sobre la virginidad si esta ha sido apreciada por el otro contrayente como una cualidad pretendida directa y principalmente.

Y otros múltiples ejemplos, siempre ricos para la teorización del Derecho Matrimonial.

Una vez que hemos agotado el tema de los matrimonios formalizados bajo vicios del consentimiento, sólo nos resta resaltar de nuevo que los únicos legitimados para accionar solicitando la nulidad del matrimonio son los propios cónyuges que hayan sufrido el vicio y recordar lo ya tratado con anterioridad acerca de la convalidación del matrimonio si no se ejercita la acción de nulidad dentro del plazo de seis meses a partir de la formalización del matrimonio y aunque el Código no lo establezca se presume que después de haberse desvanecido el error, cesado la coacción o la causa de intimidación que viciaba el consentimiento, presumiéndose igualmente que durante ese período de seis meses los cónyuges hubieran vivido juntos sin haber interpuesto la demanda de nulidad (Artículo 46.2 del Código de Familia) (Artículo 47 primero y segundo párrafo).

8- La formalización del matrimonio con infracción de los requisitos que para su validez exige la legislación vigente. (Artículo 45.3)

Si bien adelantamos comentarios acerca de las llamadas formalidades extrínsecas o irregularidades formales a las que presumimos se refiere el término "infracción de los requisitos" cuando estudiamos la inexistencia del matrimonio (Ver supra epígrafe 4) como categoría distinta de la nulidad, establecimos la diferencia de tales irregularidades formales con la falta o defecto total de forma; pero ahora nos corresponde analizar con más detenimiento a qué se refiere el Código de Familia cuando alude a la infracción de los requisitos que le dan validez a la formalización del matrimonio de acuerdo con nuestra legislación vigente, que debe incluir por cierto, la normativa de la Ley del Registro del Estado Civil y no sólo las normas del Código de Familia.

La primera observación que debemos hacer es la omisión de la preceptiva en regular las distintas clases de defectos formales que pudieran acarrear la nulidad, pues de acuerdo con la expresión lata del Código cualquier infracción de los requisitos, de cualquier magnitud o tenor podría provocar la nulidad del matrimonio, o por el contrario una grave desatención de las formalidades podría considerarse como simple infracción de los requisitos y así por ejemplo: ¿Si el Notario o Registrador en el acto de formalización omitiera leer los artículos atinentes a los derechos y deberes conyugales sería suficiente infracción de los requisitos de formalización para impugnar la validez de ese matrimonio? Este y otros ejemplos de distintas clases de defectos formales,

tendrían que incluirse en la expresión "infracción de los requisitos" lo que nos obliga a un ejercicio de análisis y reflexión.

Debemos para ello de apoyarnos en la doctrina y en el Derecho de Familia comparado a fin de establecer un criterio de interpretación.

Por de pronto, tenemos que remitirnos a las fuentes del Derecho Matrimonial que como sabemos se encuentran en el Derecho Matrimonial Canónico. En el mismo se nos previene de las formalidades previas, de la celebración misma del matrimonio, de las formalidades subsiguientes, de la llamada forma jurídica sustancial (ordinaria y extraordinaria) tomando como elemento esencial la emisión del consentimiento. Sin que entremos en más detalles, podríamos resumir que "la forma esencial para la validez del matrimonio consiste en la presencia activa del Ordinario, del párroco o de un delegado de ellos (el cual puede ser un sacerdote, diácono, e incluso laico*), de una parte, y en la presencia de dos testigos, de otra"(28).

Quiere ello decir, que este principio visto desde la legislación civil nos informa que no habrá matrimonio si el consentimiento se presto sin la presencia de un funcionario facultado o con competencia y si no existen testigos o éstos no son hábiles.

No se trata aquí de una infracción de los requisitos sino de la violación de la forma esencial para la validez del matrimonio, que acarrearía siempre nulidad absoluta, así como la falta o defecto total de la forma cuando no hay verdadera celebración (a la que aludimos en su momento) acarrea técnicamente la inexistencia del matrimonio.

¿O es que para el Código de Familia la violación de la forma esencial se asume como una simple infracción de los requisitos que admite la convalidación?

Según ALBALADEJO (29) "por forma esencial no hay que entender todas y cada una de las partes de la ceremonia… sino sólo la manifestación del consentimiento por los contrayentes ante el funcionario y los testigos hábiles… Así que el matrimonio valdrá aún habiéndose prescindido de la lectura de los artículos (sobre deberes conyugales recíprocos†) o de la declaración del funcionario de que los contrayentes quedan unidos en matrimonio, o cuando el consentimiento lo hubiesen prestado éstos, espontáneamente, sin previa pregunta de aquél" Y tercian otros autores (30) aclarando que "ni el expediente matrimonial previo, ni la inscripción registral, ni las actuaciones previas a dicha inscripción, que en ocasiones se requieren, pertenecen a la celebración propiamente dicha, ni por tanto a la forma de matrimonio. En realidad, son formalidades anteriores o posteriores, relacionadas con el negocio jurídico matrimonial a celebrar o celebrado, pero que no forman parte del mismo y cuyos vicios o defectos no pueden invalidarlo". Quiere esto decir que el matrimonio es válido, aunque por las causas que sean no se hayan observado las formalidades que no forman parte de la celebración misma y aún de este acto de carácter solemne se entiende que no todas las partes que lo comprenden son entendidas dentro de la forma esencial cuya violación conlleva a la nulidad absoluta.

Si nos atenemos a estos comentarios ninguna de estas situaciones descritas acarrearían la nulidad del matrimonio, darían paso más bien a correcciones administrativas.

Para seguir despejando la incógnita del enunciado del Código de Familia acerca del alcance de la expresión "infracción de los requisitos" debemos retornar el concepto de

* Según la última innovación introducida por el Código de 1983.
†† Aclaración de esta autora

"forma esencial", para partiendo de él, valorar otras causas posibles de nulidad por defecto o vicio de forma.

Como apreciamos en la doctrina y el Derecho comparado de Familia, el matrimonio es nulo si se celebró ante funcionario no facultado o competente y si no existen testigos o éstos no llenan los requerimientos exigidos de capacidad (y en el caso nuestro además, de no guardar relación de parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad con cualquiera de los contrayentes).

Este supuesto, como hemos afirmado antes, no lo podemos valorar a la luz de la doctrina como un caso de simple anulabilidad (aunque ante el silencio y la parquedad de la dicción del Código, bien podría considerarse como un ejemplo de infracción de los requisitos).

Consideramos que se impondría un análisis casuístico de las distintas situaciones de formalización y de la gravedad de la violación cometida, para aplicar o bien la normativa del Código de Familia, o en su caso con carácter supletorio la del Código Civil en cuanto a la ineficacia de los actos jurídicos, especialmente en cuanto al Artículo 67–d, que se refiere como causa de nulidad absoluta, al no cumplimiento de las formalidades establecidas con carácter de requisito esencial.

Habría además que valorar la pluralidad de funcionarios que pueden autorizar el matrimonio que ante ellos se formaliza, según se trate de la formalización en condiciones normales o especiales a que hicimos referencia en el Módulo 2 IV Parte (que invito a releer), especialmente los comentarios formulados acerca de los matrimonios en situaciones especiales.

En relación a los testigos cabría formular la misma recomendación casuística; si bien, de nuevo, desde el Código de Familia no habría otra solución que considerar las violaciones sobre la capacidad, mayoría de edad y no relación de parentesco de los testigos como simples infracciones de los requisitos y por ende de posible convalidación del matrimonio si no se ejerce la acción de nulidad dentro del plazo de seis meses a partir de la formalización (Artículo 47 primer párrafo) contradiciendo la doctrina, como ya hemos visto.

Ante la incertidumbre jurídica que provoca el mentado artículo del Código de Familia que comentamos, que concierne a la formalización del matrimonio con infracción de los requisitos, esta autora ratificó en el Módulo 2 - IV Parte* la consideración de que estos requisitos se refieren grosso modo a formalidades extrínsecas que establece la Ley del Registro del Estado Civil (Artículos 61 al 71) cuya infracción afecta la validez del matrimonio y se relacionan con los requisitos generales que se integran desde el primer paso del llamado expediente matrimonial y más tarde con el acto mismo de formalización y con los requisitos especiales que atañen a:

- La formalización del matrimonio del menor. (Artículo 3 del Código de Familia y Artículo 61 de la Ley del Registro del Estado Civil)

* Página 21. Ya desde el Módulo 2 – II Parte, aclarábamos que los requisitos de formalización de los Artículos 3 y 6 del Código de Familia remedaban a los llamados impedimentos impedientes o simplemente prohibitivos pero que ahora su violación hacía anulable el matrimonio y de posible convalidación, si la acción de nulidad no se ejercitaba dentro del plazo de seis meses a partir de la formalización del matrimonio y no, válido pero ilícito, y sometido a determinadas reglas sancionadoras como en el pasado. A ello agregábamos los requisitos para la formalización del matrimonio que establece la Ley del Registro del Estado Civil (Artículos 61 al 71) cuya infracción afecta la validez del matrimonio. (En realidad dentro de estos últimos se contemplan también los enunciados de los Artículos 3 y 6 del Código de Familia). (Ver Módulo 2 – II Parte pp. 40 y 41).

- La formalización del matrimonio de la mujer antes de transcurrir 300 días de extinguido el matrimonio anterior. (Artículo 6 del Código de Familia y Artículo 62 de la Ley del Registro del Estado Civil)
- La formalización del matrimonio de un ciudadano extranjero con un ciudadano cubano. (Artículo 7 del Código de Familia y Artículos 63 y 64 de la Ley del Registro del Estado Civil)
- La formalización del matrimonio por poder. (Artículo 65 de la Ley del Registro del Estado Civil)

Con respecto a la formalización del matrimonio del menor, el mismo Artículo 47 primer párrafo del Código de Familia, distingue especialmente esta situación, aludiendo a los casos previstos en el Artículo 3 del propio Código que regula como sabemos, precisamente este tipo de matrimonio, para el que se reserva también la posible convalidación por caducidad del derecho a ejercitar la acción de nulidad, transcurrido el plazo de seis meses desde la formalización.

Podemos entonces concluir estas reflexiones con un final abierto:

De estas situaciones relacionadas con los requisitos generales, los especiales y en particular los casos previstos en el matrimonio del menor que como recordarán atañen a la autorización para la formalización del matrimonio del mismo que deben otorgar determinadas personas en un orden prelacional y taxativo (padres, adoptantes, tutores, abuelos) y el Tribunal, han de surgir los casos específicos que impliquen irregularidades formales o extrínsecas, que devengan en infracción de los requisitos exigidos, situaciones que como sabemos, no están reguladas explícitamente en la norma escrita, sujetas por ello a la interpretación casuística de los Tribunales, ni distinguidas en la preceptiva del Código de Familia, que no estableció la diferenciación que merecía el defecto de forma esencial del matrimonio de las simples irregularidades formales, denominando a ambas situaciones como infracción de los requisitos de validez del matrimonio y otorgándoles el mismo efecto de nulidad relativa.

Para ejercer la acción de nulidad en este supuesto, el Código legitimó a cualquiera de los cónyuges y al fiscal (Artículo 46 primer párrafo).

Culminado así el análisis de los incisos 2 y 3 del Artículo 45 del Código de Familia, que enriquecimos con teorizaciones acerca de categorías doctrinales en esta materia, no reguladas por el Código, nos corresponde para concluir el estudio de la nulidad del matrimonio, ocuparnos de una importante institución que ya conocen los alumnos de sus estudios precedentes en Derecho Matrimonial cubano, pero que ahora retomaremos para profundizar en ella. Nos estamos refiriendo al matrimonio putativo.

9- El matrimonio putativo. Recuento histórico.

Ya habíamos adelantado en el Módulo 2 (Segunda Parte) cuando analizamos someramente la teoría de los matrimonios putativos, como era opinión de varios autores (FERNÁNDEZ CAMUS, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, PLANIOL Y RIPERT, MOREL) que el matrimonio nulo pero contraído de buena fe*, no fue regulado especialmente en el

* El matrimonio nulo puede ser Noto (si es notoria la nulidad) o putativo si esa nulidad es desconocida para ambas partes o una de ellas.
En el Derecho Privado "es en el contrato, como paradigma del negocio jurídico, donde se ha enfatizado legislativamente el tratamiento del principio jurídico de la buena fe, lo que ha motivado una profusa doctrina científica y jurisprudencial". Derecho de Contratos, Tomo I, Teoría General del Contrato,

Derecho Romano, pero sí que este Derecho tuvo noción de él. Abundando sobre esta valoración, el que fuera también profesor de esta Cátedra, Eduardo LE RIVEREND BRUSONE, nos informa (31) que, no obstante, "ya desde fines del Derecho Romano, surgen las ideas cristianas sobre matrimonio – sacramento, la legitimidad de los hijos, el repudio de todo lo que no sea sacramento y con la fuerza que había adquirido la Iglesia, aumentan las persecuciones de que eran objeto los que no estuvieran unidos en matrimonio legítimo y entonces, no había modo de hacer a los hijos legítimos, más que al amparo del matrimonio. Además, en el Derecho Romano existía la disolución por simple repudio… pero con el Derecho Canónico… surgieron los problemas de la indisolubilidad del matrimonio, que trajeron el matrimonio putativo, porque en cuanto no se cumplieran muchas de las condiciones que establece la Iglesia… era bastante fácil que después de celebrado se comprobara que existía una causa de nulidad… y no había divorcio…".

Por su parte también corresponde al Derecho Romano, la noción de buena fe recreada por el Derecho Canónico al valorarla en materia de matrimonio pues en realidad, el principio había sido originariamente contractual y romano: «que nadie se beneficie de su propio fraude» y había sido fijado y aplicado en forma negativa (mala fe) al matrimonio canónico por la decretal «Propósitum» de Alejandro III (incluida en la Compilación de Decretales de Gregorio IX y más tarde en el «Corpus Iuris Canonici»* (32).

La valoración de la buena fe aplicada al matrimonio nulo es una expresión de la humanización de las instituciones llevada a cabo por el Derecho Canónico y aportadas a la cultura jurídica general, muy especialmente al Derecho Civil, en la dulcificación de los principios de equidad, tolerancia, dispensa, disimulación† y buena fe.

La buena fe es la ignorancia o el error sobre la causa de nulidad o la creencia de que el acto matrimonial es válido y esa valoración de la buena fe, que siempre se presume, aparece indisolublemente ligada a la figura del matrimonio putativo a la largo de su evolución histórica.

Un autor nos informa que "ya en los siglos XI y XII se aborda el tema en relación con el matrimonio incestuoso y con ocasión de atenuar las consecuencias del matrimonio

---

Colectivo de autores, Coordinadora OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C., Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 30.

* Alejandro III, Papa de 1159 a 1181.

Gregorio IX, Papa de 1227 a 1241.

Corpus Iuris Canonici, imitación del Corpus Iuris Civilis justinianeo, cuya versión más importante fue la edición de los correctores romanos, publicada por el Papa Gregorio XIII en 1582. El Papa Gregorio XIII (1572 a 1585) reformó el calendario juliano (de Julio César, año de 708 romano AC) reforma llamada gregoriana que ha sido adoptada por casi todos los pueblos del mundo. Por su parte Diego ESPÍN CÁNOVAS (Op. Cit. en Notas p. 87) nos afirma que "fue en el siglo XII cuando aparece la doctrina del matrimonio putativo en las obras doctrinales (Pedro LOMBARDO y otros) Pedro LOMBARDO fue un teólogo italiano y obispo de París (¿1100? – 1060) autor de la obra Libro de las sentencias base de la enseñanza teológica.

† "Otro remedio conexo con el matrimonio putativo, es la DISSIMULATIO, que está muy arraigada en el Derecho Canónico juntamente con la tolerancia. En el Derecho Canónico se finge por la autoridad la ignorancia de algo contrario a la ley, sea inválido o ilícito, a causa de la imposibilidad, dificultad o inoportunidad de hacer efectiva la estricta observancia del Derecho" LÓPEZ ALARCÓN, Mariano y NAVARRO VALLS, Rafael en "Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado" Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1984, p. 255. Así por ejemplo si el impedimento de impotencia es sólo conocido por el que lo padece y se celebra el matrimonio canónico, conocida por ambos, los cónyuges pueden evitar la nulidad y por el principio del "favor matrimonii" "disimular" y cohabitar como hermanos (aclaración de esta autora).

contraído entre parientes, cuya prohibición se extendía hasta el séptimo grado en la línea colateral" (33). Así se admitió la buena fe no solamente en el caso de error de hecho, sino también en el de Derecho "y en el caso de duda sobre la subsistencia del impedimento, sin distinguir si se trataba de duda sobrevenida a la celebración o preexistente a ella" (34).

En las Decretales de Gregorio IX a que hemos hecho referencia se estableció que en caso de nulidad del matrimonio, todos los hijos nacidos o solamente concebidos antes de la declaración de nulidad debían considerarse legítimos* y que, a tal efecto, era suficiente la buena fe de uno de los cónyuges, confirmándose además la necesidad de la celebración del matrimonio canónico (in facie Eclesiae) para que pudieran producirse estos beneficios (35).

La necesidad de la celebración por la Iglesia a la forma canónica para apreciar la putatividad, se ha mantenido en el Derecho Canónico, donde se gestó, hasta la fecha, recogiéndose en el Canon 1061.3 del Código de Derecho Canónico vigente promulgado el 25 de Enero de 1983, cuyo enunciado nos ofrece el concepto de matrimonio putativo:

> El matrimonio inválido se llama putativo, si fue celebrado de buena fe al menos por uno de los contrayentes hasta que ambos adquieran la certeza de la nulidad.

Este último párrafo: "hasta que ambos adquieran certeza de la nulidad" nos advierte que la buena fe puede cesar después de celebrado el matrimonio al tomar conocimiento ambos cónyuges del impedimento que provoca la nulidad. Esta posición introduce (como veremos más adelante) la doctrina más extendida que se basa en la máxima mala fides supervenies non nocet (la mala fe sobreviniente no perjudica)

> Teniendo en cuenta la buena o la mala fe de las partes sobre la causa irritante del matrimonio en el momento de la celebración, el matrimonio válido puede ser putativo y atentado. Se dice que es éste último cuando es celebrado inválidamente con mala fe por parte de entrambos cónyuges. Y es putativo cuando se trata de un matrimonio al que se tiene como válido aunque sea nulo si se ha realizado de buena fe (al menos por parte de uno de los contrayentes) y hubiere sido celebrado por la Iglesia a la forma canónica.
>
> La consecuencia más importante del matrimonio putativo jurídicamente hablando, es que se considera válido para otorgarle ciertos efectos favorables en favor de los de los cónyuges y de la prole de ellos nacida (36).

La valoración de que sólo el matrimonio celebrado ante la Iglesia (como aun la mantiene el Derecho Canónico) podía ser considerado putativo se modificó en el decurso histórico pasando la institución a la legislación civil (sobre todo de los países con monarquías católicas), legislación que las recepcionó adecuándola del Derecho Canónico.

---

* "A tales hijos la Iglesia los consideró legítimos, pese a ser el matrimonio sacramento nulo; y precisamente porque esa nulidad no impedía su consideración de matrimonio válido a efectos de filiación, este matrimonio fue denominado PUTATIVUM (que se considera tal) o COLORATUM (que tenía color de matrimonio)" REINA, Víctor y MARTINELL, Josep. Mª. (Op. cit. en Notas, p. 731). Lo que quiere decir que se reputa como matrimonio o que se le tiene por tal, sin serlo realmente. (De Putare que significa, creer, juzgar). Aclaración de esta autora.

Debemos recordar que durante siglos la institución del matrimonio estuvo regida por la Iglesia Católica y sólo el embate del proceso de secularización del matrimonio, cuestionó la competencia de la Iglesia en esta materia, proceso que se inició con la reforma protestante en la cual los postulados de LUTERO sobre el matrimonio* (que agudizó la distinción entre contrato y sacramento, reservando para la competencia estatal todo lo referente al primero) logró extrapolar definitivamente el matrimonio putativo del Derecho Canónico también al Derecho Civil.

Según un autor (37) "el matrimonio civil es de origen holandés† y surgió en el siglo XVI para solucionar problemas a los que se separaban de la religión. De ahí pasó a Inglaterra y luego a Francia. España obviamente, no lo consagraba en Las Partidas…" Pero es de notar que en el Derecho histórico español ya se habían establecido los presupuestos fundamentales de la doctrina canónica del matrimonio putativo (buena fe, por lo menos de uno de los cónyuges) y así ocurre en las Partidas de Alfonso X el Rey Sabio (1221 – 1284) en ellas, se "negaba la legitimidad de los hijos si ambos cónyuges eran de mala fe, reputándolos sólo legítimo si uno era de buena fe" (38).

El matrimonio civil para que precisemos, se dice entonces (39) que "es introducido por primera vez en los Países Bajos después de la dominación española como remedio a la obligatoriedad del matrimonio evangélico impuesto por las sectas protestantes, pasó después a Inglaterra y, posteriormente, la tendencia secularizada de la Revolución lo implantó como obligatorio en Francia, extendiéndose después a los demás países".

Como apreciamos, es lo cierto, que la legislación napoleónica estableció como hemos visto, el matrimonio civil obligatorio pero al mismo tiempo aceptó la doctrina del matrimonio putativo (Artículo 201) expandiéndose por su influencia a la mayoría de las legislaciones latinas, como el Código Civil español hecho extensivo a Cuba en 1889.

Dicho texto estableció a la par que el matrimonio canónico, el civil subsidiario y la doctrina del matrimonio putativo regulada en el Artículo 69, que estipulaba lo que sigue:

> El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo.
>
> Si ha intervenido buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos.
>
> La buena fe se presume, si no consta lo contrario.

---

* Reproduzco, resumiéndolos, los comentarios de REINA y MARTINELL en "Curso de Derecho Matrimonial" op. cit. en Notas, p. 116, sobre la influencia de la reforma luterana en materia de matrimonio:

- No considera sacramento al matrimonio.
- No considera a la Iglesia competente sobre el matrimonio, sino a la autoridad civil.
- Entiende que el asunto del divorcio no está teológicamente nada claro, aunque lo da por cosa permitida en caso de adulterio.
- Restringe considerablemente la libertad para contraer matrimonio, pues a la teoría consensual él añade el requisito de la aquiescencia de los padres.
- Todo ello en un contexto no "menospreciador" del matrimonio, sino de exaltación del mismo como un "mandamiento de Dios", por encima del estado de virginalidad apostólica (celibato sacerdotal y votos religiosos).

† Holanda tenía en vigor el matrimonio civil desde 1580.
En su Código Civil de 1838 reguló el divorcio culposo.

> Si hubiera intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos*

Sin embargo, este enunciado colisionaba con el del Artículo 51 que establecía:

> No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviera ya casado legítimamente.

La contradicción entre ambos enunciados† dio pie a diversas posiciones teóricas y jurisprudenciales en España que también fueron debatidas por los familistas del patio, como por excelencia se demuestra en las conferencias de clase reproducidas (mecanografiadas) del profesor GUERRA LÓPEZ que ejerció en esta Cátedra (40) :

> "Así que, ese matrimonio del 51 que dice que no produce ningún efecto, nos encontramos en el 69 que dice: si ha sido celebrado de buena fe produce efecto; ¿es una excepción de la regla general, o aquella es tan absoluta que no admite excepción?
>
> Interpretando de acuerdo con el criterio de la época, el espíritu del legislador, el momento religioso, político, social en que el Código se promulgaba, en la letra del 51 se estableció un precepto absoluto y no quería darle valor alguno al segundo matrimonio, segunda esposa o segundo esposo, nada; hijos del segundo matrimonio: adulterinos, sin derecho ninguno… ¡Ah, pero ese mismo legislador o se contradijo o después observó el error, o sin darse cuenta estableció una excepción que hay que tener en cuenta al interpretar uno y otro precepto…"

La doctrina del matrimonio putativo, sin la cortapisa conservadora de la letra del Artículo 51, pasó a la nueva legislación de familia con la promulgación del Código de Familia cubano en 1975, que reproduce los ancestrales principios canónicos del matrimonio putativo para el matrimonio formalizado, en el Artículo 48, que reproducimos a modo de constatación de este aserto; si bien el tratamiento ofrecido respecto a los derechos de los hijos para el caso de que ambos cónyuges obraran de mala fe, carece de la claridad enunciativa de la legislación anterior:

> El matrimonio declarado nulo producirá, en todo caso, los derechos previstos en este Código sólo para los hijos habidos en el mismo y para el cónyuge que ha obrado de buena fe.
>
> Si ambos cónyuges hubiesen obrado de mala fe, el matrimonio no producirá tales derechos en favor de ninguno de ellos.
>
> Se presume que ha actuado de mala fe el cónyuge que en el momento de la formalización del matrimonio tenía conocimiento de una causa de nulidad.
>
> La buena fe se presume, salvo prueba en contrario.

Sin embargo, la legislación familiar cubana innovó mucho más allá de lo heredado doctrinalmente y extendió los efectos del matrimonio putativo a la unión de hecho o

---

* El Código, con este enunciado, modificó la concepción prístina mantenida desde las Partidas y en las legislaciones que le sucedieron, de negar efectos civiles a los hijos si ambos cónyuges habían actuado de mala fe.

† En la actualidad, en España, el mentado Artículo 51 que ofreció tanta dificultad a la aplicación de la doctrina del matrimonio putativo, ha sido derogado por la Ley 30 de 7 de Julio de 1981.

unión matrimonial no formalizada, creando una nueva figura, la unión matrimonial putativa* (Artículo 18 segundo párrafo del Código de Familia) que por su carácter singular requiere que le dediquemos unos comentarios razonados, pero antes, profundizaremos en los requisitos, condiciones y efectos del matrimonio putativo, elementos todos de esta figura que vimos en su momento (Módulo 2, II Parte) de manera muy escueta y general.

Es obvio que para que podamos establecer los requisitos y efectos del matrimonio putativo, debemos partir por antonomasia del matrimonio formalizado o civil, para que luego podamos apreciar la "desviación" o "anomalías" que se producen para esta doctrina cuando la aplicamos a una unión no formalizada judicialmente reconocida en lo que hemos dado en llamar "unión matrimonial putativa" cuando ya el Tribunal ha reconocido en ella, la presencia de la buena fe.

9.1- Requisitos para que se aplique la teoría del matrimonio putativo.

1. Ante todo debe tratarse de un matrimonio válido, es decir, un matrimonio debidamente celebrado, con presencia del funcionario actuante y los testigos y más aún, de la observancia de los requisitos generales relacionados con el expediente matrimonial y de los requisitos especiales en su caso, que atañen a situaciones específicas ya estudiadas al informar acerca de la formalización del matrimonio.
2. Dicho matrimonio no debe estar afectado de haberse realizado bajo coacción o intimidación, (incluyendo el temor reverencial) como vicios del consentimiento, ni afectado de simulación o reserva mental, como expresión de una divergencia consciente entre la voluntad interna y la declarada (situaciones todas, que ya estudiamos). Así por ejemplo, un contrayente que se casa bajo coacción está consciente de que formaliza un matrimonio nulo, pero no puede ser inculpado de mala fe o por el contrario considera de buena fe que el matrimonio es válido. De ahí que se haya definido por un autor la buena fe como "la falta de voluntad consciente de contraer un matrimonio nulo"†. Buena fe implicaría entonces ausencia de imputabilidad al cónyuge de provocar la causa de nulidad. Otra situación puede darse con el error doloso (que ya vimos), acción intencionalmente dirigida a crear falsamente apariencias y cualidades especialmente buscadas por el otro contrayente u omitiendo información debida sobre ellas, de manera que de no haber mediado error doloso, el contrayente no se hubiera casado. Así se puede valorar la buena fe del esposo que deseando tener descendencia se casó con una mujer que le hizo creer que era más joven y que tenía edad para engendrar. Este y otros supuestos del error en persona pueden dar causa a una actuación de buena fe por parte del otro contrayente.
3. No puede tratarse tampoco de un matrimonio inexistente, como en su momento informamos. El matrimonio putativo puede aplicarse a

* En el presente material llamaremos a esta figura de la unión de hecho de buena fe, indistintamente, unión matrimonial putativa o unión matrimonial no formalizada putativa, para distinguirla del matrimonio putativo.

† La definición que ya se considera clásica en esta materia se debe al académico español Gabriel GARCÍA CANTERO.

los casos de nulidad matrimonial, pero no a los de inexistencia del matrimonio.

4. El impedimento o prohibición presente debe ser dirimente o anulatorio, es decir debe acarrear nulidad absoluta, como los que ya estudiamos relativos a los Artículos 4 y 5 del Código de Familia.

5. La ignorancia o el error (de hecho y de Derecho) acerca de la existencia de la causa de nulidad han de ser excusables*. No será considerado excusable cuando el hecho va en contra del llamado Derecho Natural. Así, el matrimonio del padre con la hija o del hermano con la hermana, no puede ser excusado por alegarse ignorancia de la ley que prohíbe el matrimonio entre parientes consanguíneos en línea recta y entre hermanos, pues este error de Derecho es incompatible con la llamada ley natural, amén de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Otra situación se plantea si el matrimonio se produce por ignorarse de buena fe el parentesco consanguíneo, lo que daría lugar, como en el caso anterior al delito de incesto, delito que como ya conocimos en el recuento histórico de esta figura del matrimonio putativo, provoca desde sus orígenes, la atención de la Iglesia tratando de atenuar las consecuencias en general del matrimonio contraído entre parientes sobre todo porque la prohibición por razones de parentesco†, tanto consanguíneo, como por afinidad se extendía a muchos grados o generaciones (en el parentesco consanguíneo en la línea recta o directa abarcaba todos los grados de parentesco, en la colateral se extendía hasta el séptimo grado, en el Código de Derecho Canónico de 1917 hasta el sexto grado, en el actual Código de 1983 hasta el cuarto grado, todos según el cómputo romano‡. En el parentesco por afinidad actualmente la prohibición se limita a la línea recta en cualquier grado). No obstante el impedimento de consanguinidad considerado de Derecho Natural se ha concretado históricamente en el primer grado y siguientes grados de la línea recta o directa y en el segundo grado de la línea colateral, o sea entre ascendientes y descendientes y entre hermanos de uno o doble vínculo. La Iglesia llegó a admitir que la ignorancia del impedimento por parte de ambos cónyuges permitía tener por legítimos a los hijos, siempre que el vínculo de parentesco no fuera tan próximo que el matrimonio hubiera de considerarse "horribile et turpe" (41). Y aunque la disciplina del matrimonio putativo se fue ampliando y extendiendo su beneficio a nuevas situaciones, es lo cierto que la barrera del impedimento de consanguinidad en los grados referidos considerados de Derecho Natural ha provocado que nunca se conceda la dispensa del impedimento de consanguinidad en línea recta o en el segundo grado de la línea colateral. Mas, teóricamente si se aceptara la

* Aquel error en que puede incurrir cualquier persona de capacidad media, o con otras palabras, el error no pudo ser evitado empleando una diligencia de media a regular.

† Releer en el Módulo 2 – II Parte los comentarios a la prohibición de contraer matrimonio por razones de parentesco.

‡ El sistema germano de computación del parentesco era el utilizado por el Código de 1917, el actual Código de 1983 adopta el sistema de computación romano o civil.

validez del matrimonio por la presencia de la buena fe, aún mediando este impedimento de consanguinidad, es evidente que en la vida real la determinación filiatoria de ambos progenitores, pondría de relieve el carácter incestuoso del hijo y esta revelación no sería nunca conveniente para el menor.

6. Debe intervenir la buena fe en la creencia de la validez del matrimonio, al menos, por uno de los contrayentes o por ambos, buena fe que se presume como principio y que debe estar presente en el momento de contraer el matrimonio, aunque se debate acerca de si el conocimiento posterior de la existencia de la causa de nulidad que no había sido advertida y se conoce después, constante matrimonio, sin que por ello se accione (el cónyuge que la descubra) para anular el matrimonio, imposibilita reconocer o no, a favor de dicho cónyuge los efectos del matrimonio putativo por razón de su mala fe sobrevenida. La tendencia doctrinal es la de sí reconocer los efectos en favor de dicho cónyuge si la buena fe existía en el momento de contraer matrimonio.
7. La prueba en contra de la buena fe incumbe a quien trata de impugnarla en el proceso correspondiente* bien a instancia de parte o incluso de oficio en razón del posible fraude de ley.
8. Por último debe mediar una declaración judicial de nulidad del matrimonio (sentencia firme), que no invalidará los efectos ya producidos hasta la declaración de nulidad respecto de los cónyuges de buena fe y respecto de los hijos, como si fuera un matrimonio válido, evitándose la retroacción de los efectos de la declaración de nulidad. De este modo "la sentencia de nulidad deja a salvo los derechos ya nacidos e inmutadas las relaciones familiares constituidas, tal como se habían constituido, hasta la fecha de la sentencia, a partir de ésta, opera la nulidad como si en su fecha hubiera ocurrido la disolución del matrimonio" (42).
9. Entre nosotros, la acción de nulidad debe ejercitarse dentro de un proceso ordinario del que conocerá el Tribunal Provincial Popular en la que debe intervenir el Fiscal como actor o demandado. Como deben recordar los alumnos, la nulidad matrimonial se ha configurado como una institución cuasi pública, por lo que la acción para pedir la misma no sólo corresponde a los cónyuges sino también al Fiscal.

Una vez vistos los requisitos para que opere la teoría del matrimonio putativo y siempre circunscribiéndonos como modelo paradigmático al matrimonio civil o formalizado, nos corresponde ahora conocer los efectos del matrimonio putativo. Pretendemos como dijimos en su momento dejar esclarecidos todos estos elementos doctrinales y de Derecho comparado de esta figura tan especial del

* "Si se trata de nulidad civil… ha de ser en el curso del proceso correspondiente donde debe plantearse la pretensión de que se declare al otro cónyuge de mala fe, entre otras razones porque no tiene sentido que dándose en el citado proceso los elementos necesarios para un semejante pronunciamiento, y estando éste tan ligado al objeto principal del proceso – la nulidad misma – tenga que ser después otro juez y en otro proceso específico el que decida sobre asunto tan trascendental" REINA y MARTINELL Op. Cit. en Notas p. 739.

matrimonio putativo en su ancestral y esperado entorno, dentro del Derecho Civil y de Familia, del matrimonio legítimamente constituido, para luego intentar un estudio comparativo de cómo se comportan para la unión de hecho contraída de buena fe, una extensión analógica muy sui generis que es un aporte del Derecho de Familia latinoamericano, con peculiaridades aún más singulares en el Derecho de Familia de Cuba.

9.2- Los efectos del matrimonio putativo.

El matrimonio putativo es un matrimonio nulo que por la presencia de la buena fe en uno o ambos cónyuges ha logrado atenuar el rigor de los efectos de la nulidad del matrimonio, la que (como estudiamos antes) determina que una vez declarada por sentencia firme, debe producir efectos retroactivos como si el matrimonio no hubiera existido nunca (nulidad ex-tunc).

A diferencia de esta drástica consecuencia la presencia de la buena fe admite que el matrimonio aunque nulo, produzca sus efectos hasta el momento de ser firme la sentencia de nulidad (nulidad ex-nunc). Es decir se mantienen los efectos producidos desde la celebración a la anulación. De manera que como con acierto afirma ALBALADEJO [***] "El matrimonio anulado que es eficaz como si fuera válido, se llama matrimonio putativo".

Al suprimir la retroactividad devastadora de la existencia misma del matrimonio, la nulidad no producirá efectos mas que en el futuro (ex-nunc).

Los efectos del matrimonio putativo se proyectan en dos ámbitos: en el cónyuge y en los hijos.

9.2.1- Los efectos respecto al cónyuge de buena fe.

Los efectos respecto al cónyuge de buena fe, que recoge la doctrina y el Derecho comparado de Familia los relacionaremos sucintamente:

1 - El cónyuge se considera como tal desde el momento de la celebración del matrimonio hasta la declaración de nulidad del mismo, de manera que se entiende que el cónyuge de buena fe estuvo casado con la persona con quien había contraído matrimonio, a todos los efectos legales, aunque el matrimonio se anule por la presencia de vínculo o ligamen anterior, en lenguaje de Derecho Penal aunque se configure el delito de bigamia.

   De esta suerte conserva el cónyuge de buena fe los derechos adquiridos por razón del matrimonio que le beneficien v. gr.: adquisición de nacionalidad, de residencia, de carta de trabajo, la emancipación lograda causa matrimonialis, y otras. Mas con la sentencia firme de nulidad pierden también los cónyuges la presunción de tales.

2 - La sentencia firme de nulidad producirá respecto de los bienes del matrimonio la disolución del régimen económico matrimonial y por ende la de proceder a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes (recomiendo rememorar lo estudiado en el Módulo 2–V Parte relativo al régimen económico del matrimonio y a la vía de proceder a la liquidación

[***] ALBALADEJO, Manuel. Curso de Derecho Civil… op. cit. en Notas p. 105.

por causa de nulidad teniendo en cuenta si los cónyuges o el cónyuge han o ha actuado de buena o mala fe).

En algunas legislaciones el cónyuge de buena fe tendrá derecho a una indemnización (no a una pensión) si la nulidad le ha producido un desequilibrio económico en relación con la posición del otro siempre que haya existido convivencia conyugal.

3 - El cónyuge de buena fe conserva los derechos a la sucesión del cónyuge premuerto, si la sentencia declarando la nulidad se produjo después de la muerte de éste.

A contrario sensu se estima que declarada la nulidad antes de la muerte del otro cónyuge no cabe atribuir derechos sucesorios al cónyuge putativo.

4 - Circunscribiéndonos a que se ignore de buena fe el impedimento de ligamen que configura el delito de bigamia previsto y sancionado en el vigente Código Penal (Artículo 306), el profesor Leonardo B. PÉREZ GALLARDO nos ilustra en el texto de la asignatura de Derecho de Sucesiones acerca de las situaciones que habría que distinguir si el bígamo murió antes o después de la declaración judicial de nulidad matrimonial. Nos interesa resaltar la situación de la premuerte del bígamo sin haberse dictado sentencia de nulidad matrimonial, por cuanto el autor nos pone de manifiesto las posiciones encontradas, fundamentalmente en el contexto del Derecho latinoamericano, a favor del cónyuge de buena fe en cuanto a sus derechos sucesorios o todo lo contrario que carece de ese derecho* si el supérstite de matrimonio válido mantiene su vocación sucesoria.

La posición de la doctrina española en cuanto a esta situación de los efectos sucesorios del matrimonio contraído de buena fe con impedimento de ligamen, se inclina en todo caso a no negar los efectos del matrimonio putativo evitando incurrir en supuestos de discriminación inaceptables y ello se relaciona, en el caso de esa legislación, que es por cierto antecedente de la nuestra, con la supresión por la ley 30 de 7 de Julio de 1981 del ya mentado en su momento, Artículo 51, (ver supra acápite 9) que privaba de efectos civiles al matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente, excluyendo de los beneficios del matrimonio putativo al matrimonio nulo por impedimento del vínculo.

Así los autores contemporáneos (todos relacionados en las Notas bibliográficas de este material o en las citas a pie de página) nos informan al respecto:

> ➢ "Por consiguiente, situado el problema en el carácter (forma) civil de los matrimonios sucesivos, constante el primero no ha de existir problema alguno en reconocer la aplicabilidad de los efectos del matrimonio putativo" (REINA y MARTINELL p. 45)

---

* Ejemplo de esa posición lo es la de del Código Civil de Bolivia (Decreto Ley No. 12760, edición de 1998) que en su Artículo 1106 establece:

1 - Cuando el matrimonio ha sido declarado nulo después que murió uno de los cónyuges, el sobreviviente de buena fe tiene derecho a la sucesión del premuerto conforme a las disposiciones anteriores.

2 - El cónyuge sobreviviente de buena fe queda sin embargo excluido de la sucesión si la persona de cuya herencia se trata estaba ligada por matrimonio válido en el momento de su muerte.

- "Hoy desaparecido este precepto (Artículo 51) creo que no hay razón ninguna para excluir el mantenimiento de la eficacia del segundo matrimonio, aunque se anule por estar casado con anterioridad en otro matrimonio uno de los cónyuges. Es decir… se protegen los efectos del matrimonio nulo, aunque sea nulo por bigamia" M. ALBALADEJO, p. 106.
- "El cónyuge de buena fe conserva los derechos en la sucesión del cónyuge premuerto si la sentencia de nulidad se dictó después de la muerte de uno de ellos; no los conserva en el caso contrario" (F. BLASCO GASCÓ, M. CLEMENTE MEORO, A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, V. L. MONTÉS PENADÉS, L. PRATS ALBENTOSA, M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, E. ROCA I TRÍAS, p. 111).
- "En la actualidad la derogación del citado Artículo 51 evita el enfrentamiento normativo indicado. Subsiste sin embargo, la posibilidad de un doble matrimonio por consecuencia de la doctrina canónica sobre el matrimonio civil de los católicos que podría reproducir la disputa doctrinal antes expuesta. En este caso la eficacia del matrimonio putativo no tendría el obstáculo que antes encontraba en el derogado Artículo 51" ESPÍN CÁNOVAS p. 91.

5 - En el Derecho de Familia cubano, la dicción del Artículo 48 del Código de Familia no parece dar cabida a una interpretación restrictiva aun si la causa de nulidad se relaciona con la existencia de un vínculo o ligamen anterior, pues con claridad expone que el matrimonio declarado nulo producirá en todo caso los derechos previstos en este Código… para el cónyuge que ha obrado de buena fe.

Así comparto esta afirmación: "si a tenor del Artículo 48.1 del Código de Familia cabe apreciar a favor de quién obró de buena fe los plenos efectos de la relación conyugal afectada de nulidad, no cabe discriminar entre ellos y debe entenderse que también se deriva el derecho a suceder por la vía intestada, no en su condición de cónyuge supérstite sino de la buena fe que fundamenta el favor legis dispensado" (43). Y este parece ser el criterio predominante en nuestros Tribunales en cuanto a la interpretación del mentado Artículo 48.

9.2.2- Los efectos respecto de los hijos.

Como conocimos al estudiar los antecedentes históricos de esta figura del matrimonio putativo, fue precisamente para paliar las consecuencias de ilegitimidad de los hijos de matrimonios contraídos de buena fe con impedimento de parentesco, que la Iglesia instituyó esta figura antes del siglo XIII como un remedio al gran número de personas que celebraban matrimonios nulos de absoluta buena fe dada la extensión exagerada de las prohibiciones del matrimonio entre parientes, consagradas por el propio Derecho Canónico.

La consecuencia de acceder los hijos a la legitimidad por razón de la buena fe de uno o de ambos progenitores guardaba relación con el status de hijo legítimo que sólo se alcanzaba en el seno de un matrimonio legal o religioso (según el momento histórico) o posteriormente también con la legitimidad lograda por subsiguiente matrimonio o por

concesión Real o presidencial. Aún así los beneficios del matrimonio putativo supeditados a la existencia de ese matrimonio nulo contraído de buena fe, pero matrimonio al fin, colisionaba con las reglas generales restrictivas para lograr la legitimidad de los llamados hijos naturales en determinados supuestos de obligada calificación filiatoria por razón de la naturaleza misma del nacimiento ocurrido fuera del matrimonio* aunque luego se celebrara el mismo como nos reseña el que fuera profesor de esta Cátedra, Eduardo LE RIVEREND BRUSONE (44) :

> "Antiguamente era más discutido este extremo, ya que además del matrimonio de los padres era necesario el reconocimiento de los hijos como naturales por ambos padres. Supongamos que el impedimento existente hubiese sido el de vínculo, como lo que determinaba la condición de natural de los hijos era que los padres hubiesen podido contraer matrimonio al tiempo de engendrar el hijo, no hay duda que en este supuesto aún suponiendo que con posterioridad los progenitores hubiesen contraído matrimonio, al no poder ser reconocido el hijo como natural (puesto que era adulterino, al menos en relación con el progenitor casado) no se completaban los requisitos de la legitimación y el matrimonio no podía surtir éstos efectos"

Esta situación podía acontecer entre nosotros antes de la promulgación de la ley de 15 de Agosto de 1938 sancionada por el entonces Presidente de la República Federico LAREDO BRU que introdujo una modificación esencial, considerándose legítimos a los hijos habidos fuera del matrimonio de padres que en el momento de su concepción estuvieran o no en aptitud de contraer matrimonio, siempre que en cualquier tiempo posterior, los padres hubieren celebrado matrimonio legal (45).

Como se aprecia el privilegio de la legitimidad seguía dependiendo del matrimonio de los progenitores, aunque se hubieren superado las diferencias entre los ilegítimos naturales y los no naturales.

Comentamos toda esta historia a los efectos de valorar los beneficios de la legitimidad de los hijos si mediaba un matrimonio de buena fe pero siempre un matrimonio pues del mismo dependía la legitimidad.

Ya vimos que el Código Civil derogado entre nosotros ensanchó el ámbito de las consecuencias generosas del matrimonio putativo a todos los hijos aunque ambos cónyuges hubieren actuado de mala fe, pero siempre que mediare la celebración de un matrimonio (ya estudiamos en los requisitos para que se aplique la teoría del matrimonio putativo, supra 9.1, que para que surja debe tratarse de un matrimonio válido) y sin que hagamos más historia, es lo cierto, que al desvincularse la legitimidad de los hijos de la institución del matrimonio, como ha acontecido en nuestra legislación familiar: "todos los hijos son iguales y por ello disfrutan de iguales derechos y tienen los mismos deberes con respecto a sus padres, cualquiera que sea el estado civil de éstos" (cfr. Artículo 65 del Código de Familia) y en el principio constitucional que expresa que "todos los hijos tienen iguales derechos, sean habidos dentro o fuera del matrimonio" (cfr. Artículo 37 de la Constitución de la República de

* Para adelantar información sobre el tema de la filiación, aún no cursada, recomiendo a los alumnos leer en "Temas de Derecho de Familia", Colectivo de Autores, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, la ponencia de esa autora titulada "Regulación Normativa de la filiación en el Estado Cubano" de ella el punto relacionado con la regulación de la filiación en el pasado legislativo cubano pp. 64 a 69

Cuba)* la legitimidad de los hijos ya no depende del matrimonio de los padres sino del reconocimiento del hijo, pero aún mejor, no existen las categorías de hijos legítimos e ilegítimos, sino la de hijo si ha surgido la filiación jurídica ya sea dentro, fuera del matrimonio, aún en una relación ocasional y cualquiera que fuere el estado conyugal de los padres al momento de la concepción.

Visto así, el efecto "legitimador" para los hijos en nuestra legislación ya no se asocia en exclusiva con el matrimonio de los padres ya sea este matrimonio válido o nulo putativo, si bien del acto jurídico matrimonial (matrimonio legalizado) surge para los hijos una presunción inmemorial que descansa en la frase PATER EST IS QUAE NUPTIAE DEMOSTRANT, en otras palabras más populares "padre es el marido de la madre", que sigue vigente en materia de filiación y paternidad en nuestro Código de Familia y que ya estudiaremos cuando abordemos el tema de las relaciones paterno filiales.

Por ello podríamos asimilar los derechos de estos hijos de matrimonio putativo o de matrimonio de mala fe a los que surgen para los nacidos dentro de matrimonio formalizado (no diferentes en su esencia a los que nacen fuera del matrimonio) pero sí en cuanto a los requisitos formales de inscripción del nacimiento del hijo, cuya sistemática es otra si el niño no ha nacido dentro del matrimonio formalizado o judicialmente reconocido de manera que la inscripción del nacimiento del hijo de matrimonio putativo o de mala fe efectuada por uno sólo de los padres (atendiendo a la presunción citada) surtirá efectos legales con respecto a ambos, correspondiendo a los hijos como primer apellido el primero del padre, como segundo el primero de la madre (según las reglas del Artículo 45 de la Ley del Registro del Estado Civil vigente)† surgiendo para el hijo todos los efectos personales y patrimoniales derivados de la relación paterno filial y parental.

Culminado el estudio del matrimonio putativo (en verdad culminado los elementos esenciales de esa figura que exige aún más dedicación monográfica) intentaremos, en un análisis comparativo abordar el estudio de su remedo: "la unión matrimonial putativa" vinculada a la unión no formalizada sin singularidad (Artículo 18 segundo párrafo del Código de Familia) como una "lex specialis" de esta doctrina aplicada a las relaciones conyugales‡ de buena fe en una unión de hecho donde se ha ignorado el impedimento del vínculo o ligamen anterior presente en ella.

Pero antes, estamos obligados a hacer un poco de historia.

## 10- La unión matrimonial no formalizada putativa. Recuento histórico.

Todo cuanto vamos a relacionar de ahora en adelante niega en gran medida el milenario legado histórico doctrinal estudiado hasta aquí, para que surja el matrimonio putativo al que le hemos dedicado ya muchas páginas y va a contradecir esta categórica afirmación: "No se originan efectos de matrimonio putativo de una mera unión de hecho"§. Porque la aplicación analógica de esta doctrina a la mera unión de hecho parece ser una "herejía" latinoamericana influenciada nada menos que por la Gran Revolución Socialista de Octubre llevada a cabo por el pueblo avasallado

* Constitución proclamada el 24 de Febrero de 1976 y reformada en Julio de 1992 y en Junio del 2002.
† Ley Nº 51 de 8 de Julio de 1985, "Ley del Registro del Estado Civil".
‡ En buena técnica convivenciales, mientras no se legalicen.
§ REINA Y MARTINELL Op. cit. en Notas p. 44

de la Rusia zarista en 1917 bajo la certera y brillante conducción de Vladimir ILICH LENIN.

Por ello debemos comenzar, sin ánimo de profundizar demasiado en esta historia (objetivo sin duda necesario para la formulación de una monografía sobre el tema) a puntualizar sucintamente cómo y donde surge en América Latina la regulación de la unión de hecho* para precisar acerca de la regulación dentro de ella, de la buena fe:

- El Código de Matrimonio y la Familia de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia (RSFSR) aprobado el 19 de Noviembre de 1926 por el Comité Ejecutivo Central de Rusia y sus similares de las demás repúblicas de la Unión, vigente hasta los años 1969-70 le reconoció fuerza jurídica no sólo al matrimonio civil, sino también a las uniones maritales de hecho† (46).

- El Código Civil de México para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal (Decretos del 7 de Enero y de 6 de Diciembre de 1926 y de 3 de Enero de 1928, en vigor a partir del 1º de Octubre de 1932) reguló el concubinato estableciendo entre otros derechos para los concubinos y sus hijos derechos hereditarios recíprocos para la concubina y el concubinario siempre que hubieren vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron a la muerte de uno de ellos o cuando hubieren tenido hijos en común siempre que ambos hubieren permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Especialmente se expresaba que "si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios… ninguno de ellos heredará". Con lo que descartó el concubinato compartido o adulterino y por ende el reconocimiento en él de la buena fe.‡

  Algunos teóricos del Derecho de Familia Latinoamericano descubren en esta legislación la influencia de la legislación soviética.

- La Constitución de la República de Cuba de 1940, hasta donde conozco, fue la primera en demandar la protección legal del concubinato y su consideración como institución jurídica equiparable al matrimonio civil por razones de equidad (Artículo 43). No se hace mención alguna a la posibilidad de uniones concomitantes de buena fe. Es reconocida la presencia de delegados progresistas y comunistas que defendieron con pasión esta conquista en la Asamblea Constituyente.

---

* En el Derecho de Familia comparado de Latinoamérica el concubinato recibe denominaciones diversas: Para el Código de Familia de El Salvador es unión no matrimonial, para el de Panamá, matrimonio de hecho, para el de Honduras, unión de hecho, para el de Bolivia, unión conyugal libre o de hecho, para Nicaragua unión de hecho estable y los unidos se denominan convivientes o compañeros de vida, para el reformado Código de Familia de Costa Rica, unión de hecho (por Ley Nº 7532 de 8 de Agosto de 1995), para México, concubinato (concubina y concubinario) para Colombia, uniones maritales de hecho y los unidos son compañeros permanentes, para Brasil, unión estable, para Cuba, matrimonio no formalizado, entre otros ejemplos.

† La legislación soviética reconoció el matrimonio de hecho no registrado desde el Código del Matrimonio y la Familia de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia (RSFSR) de 19 de Noviembre de 1926 hasta el 8 de Julio de 1944 (Decreto del Presidium del Soviet Supremo de la URSS). A partir de entonces la ley reconoció fuerza jurídica sólo al registrado.

‡ Cfr. Artículo 1635 de ese Código hoy reformado desde el 1 de Junio del año 2000. Se introdujeron modificaciones a la regulación del concubinato permitiendo que el concubino que haya actuado de buena fe en una unión plural (que no hace surgir el concubinato) tiene derecho a demandar del otro una indemnización por daños y perjuicios.

- En 1945 la Constitución política de Bolivia (de 24 de Noviembre de 1945) reconoce al matrimonio de hecho en las uniones concubinarias en su Artículo 131 con esta redacción:

  "Se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias con sólo el transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios de prueba, o el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraer enlace. La Ley del Registro Civil perfeccionará estas uniones de hecho".

Un estudioso del tema (47) afirmaba en 1947 que "este enunciado reconoce su origen, directa o indirectamente en el Artículo 128 del proyecto de Código ucraniano de la familia de 1926".

- En 1972 (Decreto Ley Nº 10426 de 23 de Agosto de 1972) se promulga el primer Código de Familia del Continente latinoamericano, el Código de Familia de Bolivia y por primera vez se regulan las uniones conyugales libres o de hecho y dentro de ellas las llamadas uniones irregulares (Artículo 172) con este enunciado:

  No producen los efectos anteriormente reconocidos las uniones inestables y plurales, así como las que no reúnan los requisitos… aunque sean estables y singulares.

  Sin embargo, en este último caso pueden ser invocados dichos efectos por los convivientes cuando ambos estuvieran de buena fe y aún por uno de ellos, si sólo hubo buena fe por su parte, pero no por el otro.

Los Códigos de Familia (independizados de los Códigos Civiles) que le sucedieron no en todos los casos siguieron este legado de regulación, como apreciaremos de inmediato.

- El Código de Familia de Costa Rica ignoró la existencia de la unión de hecho. No fue hasta 1995 (Ley Nº 7532 de 8 de Agosto) que se adicionó un Título al Código de Familia denominado "De la unión de hecho" (Artículos 242 a 246). Se regulan efectos limitados para la unión adulterina (Artículo 246) sin valorar la existencia o no de la buena fe.

- En 1975 se promulga el Código de Familia de Cuba, regulando el reconocimiento judicial del mal llamado matrimonio no formalizado (perfeccionando la herencia legislativa del matrimonio equiparado de la Constitución de 1940) y contemplando la unión matrimonial putativa, con este enunciado: (Artículo 18 segundo párrafo del Código de Familia)

  Cuando la unión matrimonial estable no fuere singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio surtirá plenos efectos legales en favor de la persona que hubiere actuado de buena fe y de los hijos habidos de la unión.

- En 1984 (Decreto Nº 76-84 de 11 de Mayo de 1984) se promulga el Código de Familia de Honduras regulándose la unión de hecho, y la unión de hecho putativa (Artículos 45 y 46) esta última con la redacción siguiente:

  (Artículo 46)

Cuando la unión de hecho establecida no fuere singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, la unión de hecho surtirá plenos efectos legales en favor de la persona que hubiere actuado de buena fe y de los hijos habidos en la unión, sin perjuicio de los derechos legales de la esposa e hijos del matrimonio.

- En 1993 (Por Decreto Legislativo Nº 677 de 11 de Octubre de 1993 en vigencia desde 1º de Octubre de 1994) se aprobó el Código de Familia de El Salvador, regulándose la unión de hecho (Artículo 118) como unión no matrimonial, no contemplándose la unión de hecho de buena fe.
- En 1994, Por Ley Nº 3 de 17 de Mayo de 1994 se aprueba el Código de Familia de Panamá, regulándose el matrimonio de hecho (Artículos 53 al 59) sin incluir la unión de hecho putativa en su normativa.

Nos hemos atenido a algunos de los Códigos de Familia y no todos (faltarían los de algunos estados mexicanos) sin detenernos en el ordenamiento jurídico de las relaciones familiares en los Códigos Civiles, en su génesis, por regla, más conservadores, para que apreciemos como en los textos desgajados del Derecho Civil, con reticencia todavía, la tendencia del reconocimiento de esta figura sui generis de la unión de hecho de buena fe, afronta dificultades para su aceptación, pero parece abrirse paso lentamente, como lo demuestran las reformas llevadas a cabo en ese sentido tanto en México (Distrito Federal) como en Costa Rica, esta última admitiendo al menos el concubinato adulterino.

Teniendo ya una visión panorámica latinoamericana del decurso histórico de esta singular figura, nos correspondería ahora reseñar comparativamente (tomando de modelo al matrimonio putativo) los requisitos para que se aplique la teoría de la unión matrimonial putativa, limitando el análisis a la legislación cubana, si bien, como hemos apreciado de los artículos de otros Códigos de Familia citados al respecto, las bases normativas son muy semejantes, en general.

10.1- Requisitos para que se aplique la teoría de la unión de hecho de buena fe o unión matrimonial putativa.

1 – Ante todo debe existir una unión no formalizada (llamada en la doctrina convivencia MORE UXORIO) con los caracteres de estabilidad y todos los "otros" atributos de la aptitud legal (capacidad física, mental) menos la llamada capacidad legal, pero sólo en cuanto a un impedimento: <u>la prohibición de vínculo o ligamen anterior</u>, pues el impedimento se refiere sólo a la falta de singularidad de la unión (Artículo 18 segundo párrafo). En su momento, al estudiar esta prohibición, (Módulo 2 II Parte) informamos que tal falta de singularidad se provocaría, tanto por la preexistencia de un matrimonio formalizado anterior como por la concomitancia de uniones no formalizadas, desconocidas de buena fe. Reflexión que extendimos (al interpretar la redacción de este segundo párrafo del Artículo 18 que comentamos) a la unión no formalizada anterior en la inteligencia de que <u>estar unido en matrimonio anterior</u>, según la letra del Artículo 18 segundo párrafo, incluye el hecho de estar unido no sólo en matrimonio formalizado anterior, sino en una simultánea union matrimonial no formalizada (Módulo 2 II Parte p. 77).

2 - Como es de apreciar el impedimento presente se limita a la existencia de un vínculo o ligamen anterior (impedimento de ligamen) y se dejan fuera todos los demás impedimentos dirimentes atinentes que pueden ser ignorados de buena fe, como es el

caso del parentesco, la relación cuasi familiar, el conyugicidio, más bien por error de hecho o de Derecho, por lo que habría que afirmar que ningún efecto beneficioso en el orden civil tendría unirse consensualmente de buena fe estando presente cualquier impedimento fuera del impedimento de ligamen, independientemente por demás de la responsabilidad que pueda surgir en el orden penal, como puede acontecer con el delito de incesto, por ejemplo.

3 – Con respecto a los vicios del consentimiento, ya afirmamos en el supra epígrafe 3 (matrimonios anulables o afectos de nulidad relativa) que aunque cabría teóricamente la posibilidad de que se inicie una unión no formalizada bajo el influjo de alguno de ellos, resulta tan insólito e inusual ese ejercicio de teorización al aplicarlo con carácter retroactivo al momento de iniciada la unión para lograr el reconocimiento judicial de la misma o incluso para valorar la oposición por vía de excepción del que sufrió el vicio en una situación legal de un término de caducidad de seis meses para su convalidación, en que además la acción de nulidad se legitima sólo para los que han contraído matrimonio formalizado, que no vale la pena insistir en ello y mucho menos para apreciar la buena fe. Categóricamente por esto, en una unión no formalizada de buena fe no cabría alegar el error en la identidad de la persona (ni el error obstativo, ni el error vicio, ni la distinción del llamado error en la identidad jurídica) ver supra epígrafe 6.3. Y tampoco cabría alegar el simple error de hecho o de Derecho a no ser relacionado con el impedimento de ligamen.

4 – En cuanto a la coacción, la intimidación (incluyendo la modalidad de temor reverencial) la divergencia consciente entre la voluntad interna y la manifestación externa de esa voluntad, como en los casos de simulación y reserva mental, todos relacionados con la emisión del consentimiento, tampoco válidos en general de admitir en el matrimonio putativo* (ver supra 9.1) pues pueden destruir la existencia misma del matrimonio, existencia que es la base de la teoría del matrimonio putativo, resultan mucho menos aplicables como hemos visto a la unión de hecho y con más razón a la compleja situación que introduce la valoración de la buena fe en la misma.

5 – De esta forma, la unión no formalizada debe "existir"en la realidad social con estabilidad y como hemos afirmado con los demás atributos de la aptitud legal, presente sólo el impedimento de vínculo como impedimento dirimente que acarrea nulidad absoluta (Artículo 4.2 del Código de Familia) el que se desconoce de buena fe por ignorancia o error excusable (de hecho y de Derecho).

6 – Debe intervenir la buena fe (que siempre se presume) en la creencia de la validez y singularidad de la unión, al menos por uno de los "compañeros convivientes" o por ambos y ateniéndonos a la aplicación analógica de la doctrina del matrimonio

* No todos los autores están contestes en que estos vicios como causa de nulidad puedan ser admitidos en el modelo de matrimonio putativo. La mayor resistencia a admitirlo se ha planteado en relación con el matrimonio bajo coacción, creyendo que tal matrimonio es válido, pues se estima que el contrayente tiene plena advertencia de que no celebra libremente su matrimonio y que por ello, no puede ser válido. LÓPEZ ALARCÓN (op. cit. en Notas p. 258) nos advierte: "a mi juicio, hay causas de nulidad que son incompatibles con la buena fe, como la simulación, pero no veo tan claro que quién ha obrado impulsado por el miedo, sobre todo el reverencial, no pueda alegar los beneficios del matrimonio putativo por creer de buena fe que no era nulo su matrimonio" y el colectivo de autores, bajo la coordinación de E. ROCA I TRÍAS "Derecho de Familia" 3ra edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1977, p. 111, en cuanto a los presupuestos para que se produzca el matrimonio putativo nos informa: " Que la causa de nulidad del matrimonio no impida la existencia del mismo. Por tanto, sólo puede ser aplicada cuando la nulidad se declare por vicios del consentimiento, falta de edad o impedimentos, nunca por defecto absoluto de forma o por falta absoluta de consentimiento, por ejemplo, en los casos de simulación".

putativo, la buena fe debe existir al momento de comenzar la unión concubinaria, sin que el conocimiento posterior de la existencia del vínculo imposibilite reconocer a favor del conviviente, los efectos de la unión matrimonial putativa por razón de una presunta mala fe sobrevenida con la aceptación pasiva de la situación descubierta.

7 – Debe mediar un proceso judicial de reconocimiento judicial de la unión no formalizada que declare o la existencia de la unión, si lo fue sin la presencia del impedimento de vínculo o sea con singularidad y estabilidad o que declare en su caso la buena fe aun existiendo éste impedimento, al no probarse la mala fe por quien la impugne, pues como sabemos, la buena fe se presume.

8 – La prueba en contra de la buena fe incumbe a quien trate de impugnarla (por regla el cónyuge o el otro conviviente en una relación plural) como hemos expresado en el proceso ordinario de reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado* que deviene en el proceso ordinario de reconocimiento de la buena fe, pues tal unión matrimonial queda anulada si no hay singularidad, con la sentencia misma.

9 – Es de destacar que aunque anulada para el futuro (ex - nunc) se mantienen los efectos producidos desde el comienzo de la unión, hasta el momento de la disolución, como si la unión de hecho fuere válida para el conviviente de buena fe y siempre para los hijos.

10 - Este proceso de reconocimiento de la unión matrimonial no formalizada, como recordarán los alumnos (Módulo 2 III Parte) se sustancia, de acuerdo con la vigente Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, por los trámites del proceso ordinario ante los Tribunales Municipales Populares con la participación del Fiscal de lo Civil y de Familia como parte actora o demandada†.

Pasemos ahora a comentar los efectos que se producen de esta unión matrimonial no formalizada putativa o de buena fe.

10.2- Los efectos de la unión de hecho de buena fe o unión matrimonial putativa.

Debemos recordar las características de nuestra unión de hecho que por su singular tratamiento jurídico difiere, algo más que semánticamente del que se le confiere a este tipo de unión libre o consensual en el contexto latinoamericano. De esta suerte nuestro ordenamiento jurídico al legalizar la unión de hecho o "no formalizada" no sólo hace surtir para ella los mismos efectos del matrimonio civil, sino que se convierte ella misma en un matrimonio civil, desde el momento de iniciada y en esos términos es inscrita (48). En otras legislaciones latinoamericanas (como el Código de Familia de Panamá entre otros ejemplos) se afirma que "la unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil", pero el matrimonio de hecho se inscribe como tal, es un matrimonio "especial"y el matrimonio civil es el matrimonio. En otras palabras, coexiste una

* En buena técnica: reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada.

† Es de apreciar las diferencias en el proceso y en cuanto a la competencia que se evidencian cuando se trata de declarar la nulidad por cualquier causa del matrimonio formalizado, (Artículo 48 del Código de Familia) de cuando se trata de "nulidad" de la unión de hecho putativa, por causa de falta de singularidad, (Artículo 18 segundo párrafo).

familia natural con una familia legítima; una se sustenta en el concubinato otra en el matrimonio civil.

Entre nosotros si la unión de hecho se legaliza, deja de ser unión de hecho, se convierte en matrimonio civil, aunque lo sea sólo en pretérito, en el caso del reconocimiento judicial.

Es importante recordar esta especial valoración que nuestro Código de Familia da a la unión matrimonial no formalizada, cuando se reconoce judicialmente, porque califica como cónyuges (no como convivientes, ni concubinos) a los que se unieron (siempre que hubiere aptitud legal, singularidad y estabilidad) en el lapso de convivencia y hasta el momento de dar por extinguida la unión por muerte o abandono, de suerte que los unidos fueron cónyuges. En el término durante el cual existió la unión, hubo un matrimonio con los mismos efectos del matrimonio formalizado y el estado conyugal de los unidos durante dicho período es por consiguiente el de casados. Siempre según los términos de la sentencia que reconoce la existencia de la unión que tiene un carácter meramente declarativo. Y no se trata como dijimos antes de un simple calificativo semántico, de denominar de diferente manera al conviviente, llamándole cónyuge, cuando en definitiva en otras legislaciones al conviviente se le llama conviviente aunque tenga iguales derechos que el cónyuge, ni refleja esta distinción, técnica más avanzada que la cubana, sencillamente refleja la diferencia discriminante, que es también semántica entre la familia natural y la familia legítima que subyace en todas estas legislaciones, que si bien regulan la unión de hecho y le otorgan en general efectos "iguales, idénticos o similares" que al matrimonio, la distinguen, registran y regulan como otro tipo de unión que no es el matrimonio. Con ello expresan claramente que una es la familia que surge del acto jurídico matrimonial (la legítima o de primera) y otra la familia que surge de esta unión convivencial (la familia natural o de segunda) que el legislador ha tenido a bien regular, a veces con reticencia. Este tratamiento de naturaleza discriminante y clasista es lo que ha intentado barrer (con mayor o menor éxito) la legislación cubana, al legalizar estas uniones calificando al conviviente como cónyuge y a su unión como matrimonio, a todos los efectos legales.

Recordado esto, comenzaremos por comentar los efectos de la buena fe respecto de los compañeros en una unión matrimonial putativa.

10.2.1- Los efectos respecto al conviviente de buena fe.

1 – Si se demanda el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada por abandono del otro conviviente, estando vivos ambos, y se presume o se declara en su caso, la buena fe del que demanda o de ambos, los efectos se limitarán al ámbito patrimonial de la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes (Artículo 38 del Código de Familia) y a otros derechos adquiridos por razón del matrimonio que le beneficien (no esta viabilizada en nuestra legislación sustantiva la vía para que los convivientes o compañeros y luego ex–cónyuges, reciban alimentos). Los efectos patrimoniales que le beneficien lo reciben siempre en el carácter de ex–cónyuges que fueron y ya no son, máxime que con la declaración de buena fe, al "anularse" la unión matrimonial por la presencia del impedimento de vínculo, también pierden (doblemente) los cónyuges la presunción de tales, ex-nunc. Más adelante precisaremos más sobre esta situación y su calificativo.

2 – Si se demanda el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada por causa de muerte el conviviente de buena fe conserva los derechos a la

sucesión del otro conviviente (ya ex–cónyuge) premuerto, si la sentencia reconociendo la buena fe se produjo después de la muerte de éste. De lo contrario, declarada la buena fe antes de la muerte, según el presupuesto que vimos primero en esta relación, no cabe atribuir derechos sucesorios al conviviente putativo. Siempre se accedería al derecho de liquidar la comunidad matrimonial de bienes, como ya vimos.

3 – Si se demanda el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada por causa de muerte se obliga a demandar genéricamente a herederos, sucesores, causahabientes o herencia yacente del causante, así como cualquier persona con interés en el proceso. Con todo no se garantiza que sean debidamente emplazados los que podrían impugnar la presunta buena fe.

4 – Si se logra el reconocimiento de la buena fe no puede al mismo tiempo lograrse el reconocimiento de la unión, nula por existencia de impedimento, pues aunque fue válida durante el tiempo que existió, al fallarse la sentencia se anula para el futuro por haber concurrido un impedimento anulatorio con efectos de nulidad absoluta, como es la presencia de un vínculo o ligamen anterior.

5 – Profundizando en el reconocimiento de la buena fe en caso de muerte, si bien no hemos realizado (como debe hacerse) un completo estudio de las sentencias dictadas en el tiempo por nuestro Tribunal Supremo, creemos que en general la tendencia que se observa, como hemos afirmado antes, es la de atribuir "plenos efectos legales a favor de la persona que hubiera actuado de buena fe" tal como reza parte del enunciado del Artículo 18 segundo párrafo incluyendo por supuesto el derecho hereditario.

6 – Si esta es la tendencia las vías, sin embargo, para hacerla efectiva ha encontrado escollos significativos por las contradicciones intrínsecas de esta figura. La primera es la acreditación registral que habría que darle para proporcionar cierto valor probatorio, pues al tratarse de una unión matrimonial putativa y no de un matrimonio putativo en el que media un asiento registral válido previo, que pudo ser violado por otro asiento registral espurio, sobre todo al volver a formalizar el matrimonio declarando una falsa soltería, o tratándose de un econocimiento judicial de matrimonio no formalizado estable y singular en que la sentencia de reconocimiento puede hacer de una posesión de estado un título de adquisición de la condición de cónyuges que se convierte en título de legitimación al practicarse la inscripción de la ejecutoria del Tribunal competente en el Registro del Estado Civil, por el contrario, la unión matrimonial putativa parece invisibilizada para el Registro del Estado Civil donde sólo existe registrado el matrimonio civil anterior o en su caso posterior y absolutamente ignorada si se trata de dos uniones putativas concomitantes o plurales. Y por principio aún reconocida la buena fe y sentencia en mano no cabría registrarla porque queda anulada para el futuro, por lo que nunca podría, en rigor, adquirir un título de legitimación.

De este modo para la unión de hecho estable y singular parece redactado el inciso (b) del Artículo 58 de la Ley del Registro del Estado Civil cuando establece que:

> El registrador del estado civil practicará la inscripción del matrimonio en el momento en que autorice la formalización del acto o de conformidad con… (b) la ejecutoria del Tribunal competente.

Por el contrario, la unión matrimonial putativa parece sólo acceder con la sentencia reconociendo la buena fe al título de adquisición* de la condición de cónyuge, que se declara desde que comenzó la unión hasta que es firme la sentencia, en verdad, al igual que sucede con el reconocimiento judicial de la unión estable y singular, sólo que éste llega a la investidura del estado civil, al poderse registrar mientras la unión de hecho putativa, gracias al beneficio de la buena fe, a pesar de ser nula de origen, se vuelve válida en ese interregno, pero por razón de su nulidad implícita no debe llegar nunca a tal posibilidad.

Por ello, la condición de cónyuge o de viudo o viuda durante el tiempo que duró la unión o a la muerte del compañero (a) esta legitimada para la unión de hecho estable y singular, y en verdad carece de legitimación para la unión de hecho de buena fe (como también es bueno destacar, para el matrimonio putativo).

Recuérdese que son uniones o matrimonios anulados que se consideran eficaces como si fueran válidos, pero anulados al fin.

Quiere esto decir que en rigor no deben ser llamados cónyuges ni viudas o viudos, pues no tienen un título de legitimación para ello. Y este es el segundo gran escollo que afronta esta singular figura. Si no son viudas o viudos, no tienen vocación sucesoria. ¿A título de qué heredan? Y lo cierto es que la ley le da igual validez a la unión matrimonial putativa que a la unión estable y singular, por demás, a ambas, todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente, cuando fuere reconocida por el Tribunal competente y estos efectos ya lo vimos antes, llegan a los derechos en la sucesión del compañero (a) premuerto.

Así nuestro Tribunal Supremo ha sorteado desde el calificativo de viuda, al de "ser parte como una heredera más en las diligencias que llegaren a promoverse con relación a la partición de los bienes quedados al fallecimiento del causante"† que parece más ajustada a las consideraciones que hemos hecho hasta aquí‡ aunque en verdad, nuestro Código Civil en materia de Sucesiones (sucesión intestada) no dice una palabra sobre quién puede ser esta heredera.

Vistos estos singulares y controvertidos efectos respecto al conviviente de buena fe y no agotadas todas las aristas que quedarían por considerar, veremos ahora los efectos respecto de los hijos, último punto del programa.

### 10.2.2- Los efectos respecto de los hijos.

Todo cuanto comentamos en el epígrafe (supra 9.2.2) en cuanto al efecto sobre los hijos habidos en un matrimonio putativo, o aún de mala fe, cabe reproducirlo aquí, pero

---

* "Pero el título de adquisición no reemplaza al de legitimación y la posesión de estado, no puede en modo alguno considerarse como título de legitimación de la misma. Este será el registral, como el únicamente idóneo para proporcionar la investidura del estado civil" RAPA ÁLVAREZ, Vicente. Op. cit en Notas p. 135.

† Ver en Anexo 6 considerando de esta sentencia.

‡ Otra denominación más genérica puede ser la de "beneficiaria" o "beneficiario", términos que proceden del Derecho de Seguridad Social cubano. Es de notar que desde 1979 por Resolución 407 de ese año se incluyó a la "compañera" unida en forma estable pero no singular a la cual se refiere el párrafo segundo del Artículo 18 del Código de Familia como "beneficiaria" del régimen de seguridad y asistencia social (consultar el artículo "Los principios generales del Derecho de Seguridad Social en Cuba" de CRIOLLO HIDALGO, Esther, especialmente p. 105) Revista Jurídica del Ministerio de Justicia No. 5 de Octubre – Diciembre de 1984.

ahora para una unión de hecho o no formalizada putativa para la que se aplica, por vía analógica, la misma doctrina protectora.

Ya conocimos que la sistemática para la inscripción del nacimiento del hijo nacido en una unión no formalizada, exige otras formalidades distintas que para los nacidos en un matrimonio formalizado o judicialmente reconocido, pues no surge en una unión de hecho aún no legalizada, presunción alguna de filiación* como surge del matrimonio formalizado o judicialmente reconocido.

Y por todo cuanto hemos comentado antes, para una unión no formalizada de buena fe (unión matrimonial putativa) tampoco cabe que hablemos de matrimonio judicialmente reconocido, sino del reconocimiento judicial de la buena fe.

Insistiremos entonces en que, tratándose de una unión aún no legalizada (padres no unidos en matrimonio formalizado o reconocido judicialmente) la inscripción del nacimiento del hijo debe hacerse por ambos padres conjunta o separadamente pues la inscripción efectuada por uno sólo de ellos no surtirá efectos legales con respecto a ambos, por no mediar el principio de presunción filiatoria. Y ya a estas alturas de las consideraciones acerca de los efectos sobre los hijos en las uniones matrimoniales putativas podríamos aventurar, que al igual que en las uniones reconocidas judicialmente singulares y estables, (ver Módulo 2 III Parte p. 83) debe surgir si se reconoce la buena fe en uno o ambos convivientes, la presunción de que los hijos habidos son de ambos, pues aunque se trate de una unión anulada por el impedimento de ligamen, y tampoco se trata de un matrimonio putativo tiene los beneficios protectores de la buena fe, tal y como la consagraron los teólogos y padres de la Iglesia Católica desde antes del siglo XIII, extendidos más tarde a todos los hijos aunque se tratase de una unión o un matrimonio contraído de mala fe con conocimiento del impedimento presente.

Con esto terminamos el estudio de esta institución tan rica y tan técnica como lo es la nulidad del matrimonio y las especiales situaciones que ha introducido a la misma el extender la doctrina del matrimonio putativo a la unión no formalizada de buena fue.

En el próximo material iniciaremos el estudio de la última parte del Matrimonio: Las causas de extinción del matrimonio.

* Cuando en su momento estudiamos la filiación, veremos que puede surgir en ese caso la presunción de una posesión de estado (la posesión contínua del estado del hijo) pero esa posesión de estado no da el titulo de estado de hijo si no trasciende al Derecho.

NOTAS

1 – ALBALADEJO, Manuel. "Curso de Derecho Civil IV", Derecho de Familia, José María Bosch Editor, S. L., Barcelona, 1997, p. 71. Expresa además el autor: "Aquí baste decir que la disolución consiste en que el vínculo ya establecido venga a romperse – a partir de ahora – por una causa sobrevenida e independiente del acto que lo originó. Pero además de disolverse, el matrimonio puede anularse (declararse nulo) y la anulación consiste en que, atacando el hecho del casamiento, que adoleció de algún defecto, se destruya aquél y con él – y a partir de entonces – el vínculo o apariencia del mismo que había creado".

2 – REINA, Víctor y MARTINELL, Josep Ma. "Curso de Derecho Matrimonial", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, 1995, p. 582.

3 – FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. "El Derecho de Familia en la legislación comparada", Editorial Uthea, México, 1947, p. 88.

4 – BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto. "Compendio de Derecho Matrimonial Canónico", Séptima edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1991.

5 – Ut supra loc. Nota 3 p. 96 citando el autor a los famosos tratadistas alemanes ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF.

6 – CLEMENTE DÍAZ, Tirso. "Derecho Civil Parte General" Tomo II (Segunda Parte), Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 1984, p. 811. Al respecto expresa el autor que "la convalidación fue contemplada en Derecho Romano. DIHIGO expresa que el acto inexistente o nulo de modo absoluto no puede ser confirmado ni aún con la voluntad de las partes. Si éstas quieren producir el efecto deseado, deberán celebrar un nuevo acto de acuerdo con la ley".

7 – ESPÍN CÁNOVAS, Diego. "Manual de Derecho Civil español" Vol. IV Familia. Sexta edición – Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981 – p. 82.

8 – RAPA ÁLVAREZ, Vicente. "La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil". Revista Jurídica No. 19 del Ministerio de Justicia, Abril – Junio de 1988. Año VI, p. 209.

9 – CLEMENTE DÍAZ, Tirso. "Derecho Civil Parte General" Tomo II (Tercera Parte), Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 1984, pp. 1120 y 1121.

10 – Ut supra loc. Nota 7, p. 209.

11 – PUIG PEÑA, Federico. "Tratado de Derecho Civil Español", Tomo II, Vol.1, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 552. Aclarando sin embargo el autor que así se entendió en los primitivos Derechos… hasta el surgimiento de la tesis del matrimonio putativo.

12 – Idem, p. 530.

13 – Ut supra loc. Nota 3 p. 94.

14 – MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Emilio. "El Matrimonio" Segunda edición, Jesús Montero Editor, La Habana, 1939. pp. 361, 362.

15 – Al decir de RUGGIERO, en los matrimonios inexistentes "es ineficaz todo acto

…/316

posterior confirmativo o de ratificación, así como la consumación, la cohabitación, o ni la misma posesión de estado de cónyuge; ninguno de estos actos, hace eficaz una unión que jurídicamente no existe, aún cuando no se estime como delito", cita (11) a pié de página en Federico PUIG PEÑA, ut supra loc. Nota 11 p. 541.

16 – VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. "Matrimonio civil y reserva mental", 1ra edición, EUB, S.L., Barcelona, 1996. p. 43. El autor expone en su obra (páginas 49 a 54) los principales fines perseguidos mediante la reserva mental en el matrimonio, evidenciando la vertiente práctica de esta figura dogmática del Derecho Civil y su adecuación en materia de matrimonio y los relaciona sucintamente como sigue: Beneficios previstos por el ordenamiento jurídico para el matrimonio que fundamentan su celebración aparente: Nacionalidad y vecindad civil, derechos sucesorios, derechos de subrogación arrendaticia, beneficios de la legislación laboral y de la Seguridad Social, beneficios de la legislación tributaria y otros beneficios legales. A juicio de esta autora tales beneficios se persiguen igualmente con la simulación y el matrimonio de complacencia (contraído por interés).

17 – Ut supra loc. Nota 4, p. 168.

18 – LUNA SERRANO, Agustín. Citado por José Antonio SOUTO PAZ en el libro Derecho Canónico, Tomo 2, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Segunda edición, junio de 1987, Madrid, p. 261.

19 – Ut supra loc. Nota 16, pp. 40, 41.

20 – GÓMEZ TRETO, Raúl. ¿Hacia un nuevo Código de Familia?, Revista Cubana de Derecho, Año XII, Nº 34, pp. 60, 61.

21 – CLEMENTE DÍAZ, Tirso. "Derecho Civil Parte General" Tomo II (Primera Parte), Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 1984, p. 392.

22 – Ut supra loc. Nota 2, p. 462.

23 – Ut supra loc. Nota 4, pp. 162, 163.

24 – GUERRA LÓPEZ, José y LE RIVEREND BRUSONE, Eduardo. Conferencias mecanografiadas por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (décadas del 40 y 50) p. 85. (Localización: Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana).

25 – Ut supra loc. Nota 3, p. 110.

26 – Ibidem p. 107.

27 – Ut supra loc. Nota 24, p. 98.

28 – Ut supra loc. Nota 4, p. 210.

29 – Ut supra loc. Nota 1, p. 54.

30 – Ut supra loc. Nota 2, p. 540.

31 – Ut supra loc. Nota 24, p. 128.

32 – Ut supra loc. Nota 2, p. 567.

33 – LÓPEZ ALARCÓN, Mariano y NAVARRO VALLS, Rafael. "Curso de Derecho

Matrimonial Canónico y Concordado", Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1984, p. 256.

34 – Idem.

35 – Consultar a LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, et al, en el texto citado (Nota 33 p. 256).

36 – Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca. Dirección Lamberto DE ECHEVARRIA. Séptima Edición revisada. Biblioteca de autores cristianos, Madrid MCMLXXXVI. Fragmentos del comentario al Canon 1061.3, resumidos por esta autora.

37 – PARRA BENÍTEZ, Jorge. "Manual de Derecho Civil. Personas, familia y Derecho de Menores". Editorial Temis, S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, p. 198.

38 – Ut supra loc. Nota 11, p. 552 – Nota 25 a pie de página.

39 – Ibidem p. 47.

40 – Ut supra loc. Nota 24, p. 47.

41 – Ut supra loc. Nota 33, p. 256.

42 – LACRUZ BERDEJO, José Luis et al. "Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia", Cuarta edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, p. 123.

43 – CHIKOC BARREDA, Naiví. "Efectos sucesorios del matrimonio contraído de buena fe con impedimento de ligamen". Ponencia presentada a la "III Conferencia Internacional de Derecho de Familia" celebrada en Villa Clara entre el 17 y el 20 de Febrero del 2004. Expresa también la autora que "El ius connubi es el fundamento de la existencia de esta clase sucesoria, por lo que debe ser apreciado cuando el matrimonio se ha contraído de buena fe, aún viciado de nulidad, si la misma se ha declarado con posterioridad a la muerte de uno de los cónyuges. Si quien ha obrado de buena fe fallece sin aceptar ni repudiar la herencia, como reza el Artículo 529 del Código Civil, el ius delationis se trasmite a sus herederos, pues aunque fundado en un elemento subjetivo consustancial a la persona del contrayente, una vez nacido, no se extingue tras la muerte sino que pasa a integrar el patrimonio hereditario".

44 – Ut supra loc. Nota 24, p. 138. Al respecto de esta observación del autor, encontramos en referencias de PUIG PEÑA (cita 5 a pie de la página 9 del Tomo II, Vol. II del Tratado de Derecho Civil español, Editora Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, dedicado a la paternidad y filiación) la aclaración siguiente:

"En el Derecho histórico español es conocida la catalogación que de las filiaciones hizo la ley de Partidas. Sabido es que dividía a los hijos en "naturales" y "espurios", siendo aquellos los nacidos de padres solteros sin impedimento no dispensable para casarse, con tal de que vivieran juntos a título de concubinato. Los espurios podían ser adulterinos o notos, incestuosos (llamados nefarios si la procreación tuvo lugar entre ascendientes y descendientes) sacrílegos y mánceres, siendo estos últimos los que concebían las prostitutas o mujeres de mancebía y burdel… Las leyes de Toro hicieron una nueva catalogación y sobre todo cambiaron el concepto de hijo natural, entendiendo por tal: "quando al tiempo que nascieren o fueren concebidos, sus

padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación, en tanto que el padre lo reconociere por su hijo".

45 – Consultar a ÁLVAREZ COLLADO, Eduardo, en su artículo "La unión matrimonial no formalizada", Revista Jurídica Nº 17 del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, Octubre – Diciembre de 1987, p. 40. Consultar igualmente el Módulo I de esta autora en su segunda parte, p. 40.

46 – SEDUGUIN, Piotr. "Matrimonio y familia en la URSS", Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1978, pp. 12, 13.

47 – SANDOVAL SAAVEDRA, Hugo. "El matrimonio de hecho", Universidad de San Francisco Xavier, Sucre, Bolivia, 1947, p. 42. Expresa además el autor (p. 23): "No estaría completo el examen de los antecedentes que deben ser consultados si no nos refiriéramos a la legislación soviética. Parecería imposible dejar de mencionarla toda vez que se hable de las relaciones conyugales de hecho. Y es que su contribución en pro de la admisión jurídica de tales uniones, no puede desconocerse. Sobre todo, en lo que se refiere a nuestra reforma, hemos de ver más adelante cómo ella corresponde a los antecedentes soviéticos".

48 – MESA CASTILLO, Olga. "El Tratamiento jurídico a la unión de hecho en Cuba", Revista Cubana de Derecho Nº 18 de Julio – Diciembre del 2001. – Resumen de ideas – p. 17. (Recomiendo la lectura integra de este trabajo).

Anexo

MATRIMONIO, NULIDAD DEL MATRIMONIO. Por falta de consentimiento matrimonial. Existencia de reserva mental por parte de la actora, pues lo que trataba de conseguir al contraer matrimonio no era asumir los deberes que la institución matrimonial comporta, sino salir de su país y poder legalizar su situación en España, ocultando su propósito al otro contrayente. No se trata de un matrimonio simulado ya que falta el acuerdo con tal fin entre ambas partes.

A.P. Las Palmas de Gran Canaria. (Sección 5ª). Sentencia 3 julio 2002.

P.: NKCO

[Rº 844/2001. Sentencia nº 340/2002]

---

Disp. Aplic.: CC: arts. 45, 73.1, 1249 y 1253.

Vid.: En idéntico sentido STS 26 Nov. 1985.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La demandada recurre en apelación la sentencia cuyo fallo hemos transcrito en el correspondiente antecedente de hecho de la presente, e interesa del Tribunal: «1. Se revoque la sentencia apelada de fecha 10 Jul. 2001 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Arucas en los autos núm. 100/200 Menor Cuantía, en el sentido de no decretar la nulidad del matrimonio civil. 2. Se estime íntegramente los pedimentos aducidos por esta representación en su escrito de contestación de demanda. 3. Que se imponga las costas a la parte demandante por su temeridad y mala fe». Alega en defensa del recurso, en síntesis, que ha existido error en la valoración de la prueba, pues no se ha acreditado la falta de consentimiento matrimonial de la demandada; que mantuvo relaciones de hecho con el actor durante más de dos años (antes y después del matrimonio); que el amor no se incluye entre los deberes matrimoniales; y que el propio demandante consideró que el matrimonio era válido (aunque esta litis responde a un fracaso y conflictos no superados) por lo cual interpuso demanda de separación que dio lugar al procedimiento 250/99, que no prosperó.

El demandante se opone al recurso y solicita su desestimación y la confirmación de la sentencia apelada, con imposición de costas a la apelante. Alega, en resumen, su plena conformidad con los razonamientos jurídicos de la resolución de instancia y considera que la apreciación de la prueba practicada y las deducciones obtenidas de tal acervo probatorio son plenamente ajustadas a derecho, siendo reveladoras de que la demandada en ningún momento tuvo voluntad de contraer matrimonio con el actor, en el sentido de establecer un régimen de vida en común y asumir los deberes inherentes a dicha situación matrimonial, pues su verdadera intención, oculta al contraerlo, provocando engaño en el actor, fue con el único objetivo de salir de Cuba y legalizar su situación en España, existiendo una clara divergencia consciente entre la declaración y la voluntad negocial, habiendo hecho reserva mental al prestar su consentimiento, viciándolo y

provocando engaño en el actor, lo que es causa de nulidad del matrimonio por falta de consentimiento.

Segundo. La apelante demandada parece mirar en su recurso solo a una modalidad de la falta de consentimiento, el emitido sin consentimiento del alcance del negocio que se celebra, esto es, el consentimiento no consciente. De aquí que la enajenación mental y la perturbación de orden psíquico de uno de los contrayentes, en cuanto afectan a la capacidad de entender o querer puedan dar lugar a la ausencia de consentimiento, sea cual fuera la causa que haya provocado tal situación y con independencia de si ésta es habitual o transitoria, siempre que permanezca en el momento de su emisión; esto explica la reiterada cita a la TS S. de 18 Sep. 1989, que contempla un caso de esquizofrenia donde el Alto Tribunal haciendo uso del criterio psicológico, no del biológico, no aprecia la falta de consentimiento, por lo que abundando en su tesis la apelante alega la falta de prueba pericial que acredite su deficiencia o anomalía psíquica, teniendo presente, quizás, aunque no invocando el párrafo segundo del art. 56 del CC.

Mas, el anterior supuesto no solo es el único que afectando al consentimiento es causa de nulidad del matrimonio, sino que conviene recordar, que no ha sido alegada por el actor sino por el demandado al contestar la demanda (hecho noveno), girando el debate en torno a la reserva mental, que significa tanto como que el declarante quiere la declaración pero se reserva unilateralmente sus efectos, expresa formalmente el consentimiento aunque con reservas y hay discordancias entre la voluntad interna y la declarada, o como dice el TS., añadimos, en su S 26 Nov. 1985 es «una manifestación de discordancia consciente entre voluntad y declaración, discordancia ocultada a la otra parte… de modo que resultó su conducta un lazo tendido a la buena fe de la otra parte». Este supuesto lo incluye la doctrina mayoritaria en el art. 73.1 del CC. que invoca el actor en relación con el 45.1.

Tampoco las demás sentencias de las Audiencias Provinciales que cita la apelante arrojan mayor luz al presente caso y a la posición que defiende. Así, la de Zaragoza Sec. 4ª, de 20-66-1998, se refiere a error en las cualidades de la persona y hace referencia a la ya citada del TS. por dicha parte. La de Guadalajara, de 26 Jun. 1998, declara precisamente la inexistencia total y absoluta en la demandada apelada de querer constituir esa comunidad de vida que constituye el matrimonio y da lugar a la nulidad del mismo, haciendo hincapié en que el «propósito de la contrayente es buscarse una vía de escape para emprender su vida en otro lugar». La de la Secc. 22 de la AP Madrid, de 26 de May. 1998, no ha lugar a la nulidad por ausencia del consentimiento en atención a la avanzada edad del actor. La de la propia audiencia y Sección, de 10-33-1998 no acepta la nulidad del matrimonio por la alegación de un curioso error en la identidad de la persona, carecer de título universitario. Y la de la AP Huelva, de 16 Dic. 1997, tampoco da lugar a la nulidad al no estar acreditado que la fidelidad no fuera un propósito de vida en común.

Tercero. No vemos tampoco mayor obstáculo en el hecho de que el CC. no defina el consentimiento matrimonial (lo mismo cabe decir acerca del matrimonio). El profesor LACRUZ decía del consentimiento que es «la voluntad consciente de la persona que lo presta de establecer con otra el vínculo que comporta la institución matrimonial» y, añadía, que faltaba cuando se expresa formalmente el consentimiento pero con reserva mental, entre otros casos. El consentimiento matrimonial, en suma, es de la misma naturaleza que el contractual regulado en los arts. 1261 y ss. del CC. (también invocados

por el actor), y en el art. 73 de dicho Cuerpo legal deben incluirse aquellos supuestos en que falta el consentimiento matrimonial. La falta de «affectio maritalis» (expresión rescatada del Derecho Romano) no significaba falta de amor (palabra que emplean ambas partes), sino del consentimiento que había de ser permanente en el matrimonio, si bien puede manifestarse de varias formas: infidelidad, incumplimiento de los deberes conyugales, vejaciones, etc.

La dificultad de la prueba sobre la existencia de la reserva mental es notoria al afectar a la esfera interna de la persona. Así también lo entendió el juez a quo en los razonamientos que integran el párrafo tercero del segundo de los fundamentos de Derecho de su sentencia, pero contiene las fórmulas jurídicas que permiten indagar e inducir esa voluntar interna, haciendo uso de la doctrina del TS. (que a su vez ha recogido la sentencia de la Secc. 18ª de la AP Barcelona de 8 Nov. 1999, que permite acudir a la prueba de presunciones del art. 1249 y ss. del CC. en la materia que nos ocupa, como lo había hecho la de la Secc. 22ª de Madrid de fecha 30 Sep. 1997).

Al efecto, se declaran probados una relación de hechos (fundamento de Derecho tercero), que la Sala ha examinado detenidamente y considera también probados, que en aplicación del art. 1249 en relación con el 1253 del CC., mediante un juicio inductivo lógico, cuyo proceso recoge detalladamente el cuarto fundamento de Derecho, llevan a la conclusión que "ha existido falta de consentimiento matrimonial por parte de la actora recurrente por clara reserva, mental", toda vez que lo que trataba de conseguir al contraer matrimonio no era «asumir los deberes que la institución matrimonial comporta», como señala la expresada sentencia de la Secc. 22ª de la AP Madrid, creando una comunidad de vida (expresión esta que sigue teniendo vigencia y significado), sino conseguir al contraer matrimonio salir de Cuba y poder legalizar su situación en España ocultando tal propósito al recurrido, de forma que a su proceder le es perfectamente aplicable lo dicho por el TS. en la S 26 Nov. 1985 y que hemos subrogado en el segundo fundamento de Derecho de la presente.

No se trata de un matrimonio simulado, pues falta el acuerdo con tal fin entre ambas partes y de la prueba practicada especialmente de la conducta del actor anterior a la celebración del mismo ni remotamente puede colegirse, basta para ello con repasar los hechos que la propia demandada admite al contestar la demanda y su confesión al respecto, sin que tenga especial trascendencia el hecho de que el demandante formulara demanda de separación previamente (pues ello denota que se casó ignorando la falta de consentimiento de la demandada).

No aparece tampoco que el juzgador de instancia haya dado significación a la declaración jurada prestada ante el Cónsul de España en Cuba por Doña A. ni Doña B., que la demandada afirma que no las conoce. Pero, no puede privarse de valor a la de Don C., hecha ante la propia autoridad consular (valor de documento público y que se valora con los demás hechos probados), con el cual la apelante convivió y de quien tuvo una hija y a quien le giró 22.000 Ptas. El 27 Ene. 1999 (es decir, dos meses después de llegar a España), según reconoció en confesión en el acta de comparecencia de las medidas provisionales, folios 65 y 11) y a quien la demandada le seguía considerando como su «gran amor» (carta del 21 Dic. 1998 dirigida a la madre de Don C, folio 136, 137, 192, 196, posición 27ª cuando solo llevaba unos días en España).

Cuarto. Todo lo expuesto lleva a este Tribunal a desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia dando por reproducidos en lo fundamental los razonamientos jurídicos de la misma, aún lamentando que sean desgraciadamente frecuentes los casos semejantes al debatido en esta litis «en los países sometidos a fuerte inmigración» (usamos la propia frase que la DGRN hace uso reiterado resolviendo recursos de su competencia), y no imponemos las costas de esta alzada debido a las especiales dificultades técnicas y prácticas que plantea el procedimiento.

*Anexo*

Consulado General de España AUTO

Sr. Don A., Cónsul General de España en La Habana, encargado del Registro Civil Consular, dice:

HECHOS:

1.- El Sr. A., nacido en Ciudad de La Habana, Cuba, el 11 de agosto de 1973, ha contraído matrimonio en Plaza de la Revolución, Ciudad de La Habana, Cuba, según la Ley local, con la Sra. B., nacida en Barcelona, España, el 25 de agosto de 1980.

2.- El día 5 de octubre del 2003, la Sra. B., presentó en este Consulado General impreso de declaración de datos para la transcripción de su matrimonio en el Registro Civil, declaración de su estado civil, certificado de matrimonio local, certificado de nacimiento y fe de vida de soltera de ella, y certificado de nacimiento y fe de soltería de su marido.

3.- El 5 de octubre del 2003, fueron oídas en audiencia reservada las personas anteriormente citadas, levantándose el Acta correspondiente con sus declaraciones, a los efectos del Art. 256 del R.C.C.

4.- De acuerdo con las disposiciones legales, posteriormente, se dio traslado de los documentos que forman el expediente y del Acta al Ministerio Fiscal, quién emitió el preceptivo informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Corresponde al Encargado de este Registro Civil Consular la calificación de los hechos cuya inscripción se solicita conforme al Art. 27 L.R.C.

De las manifestaciones de ambos cónyuges reflejadas en el Acta levantada tras el preceptivo trámite de audiencia ante el Encargado del Registro Civil, se desprende claramente la ausencia de verdadero consentimiento matrimonial, -requisito indispensable para la validez de dicho matrimonio conforme establece el Art. 73 C.C.- y la falta de intención de contraer matrimonio a los fines propios de dicha institución.

Consulado General de España

Teniendo en cuenta lo que antecede, y el Informe Fiscal, el matrimonio de referencia presenta, a criterio de este Encargado del Registro Civil Consular, todas las características de un matrimonio de complacencia.

Vistos los Artículos 27 L.R.C. 3, 6, 45, 49, 51, 56, 61, 65, 73 y 1.253 C.C. y 256 R.R.C., así como las siguientes Instrucciones y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado: IC No. 52 de 9 de Enero de 1995; IC No. 394 de 30 de Mayo de 1995; IC No. 375 de 16 de Agosto de 1995; Res. de 22 de Noviembre de 1995; Res. de 8 de Enero de 1996 y Res. 22 de Marzo de 1996.

ACUERDO

1.- DENEGAR la transcripción del matrimonio local, contraído entre la ciudadana española Sra. B. y el ciudadano cubano Sr. A., por considerarlo nulo, al no existir un consentimiento matrimonial real por parte de los cónyuges, incurriendo en un supuesto "matrimonio de complacencia". No procede, por tanto, su transcripción en el Registro Civil del Consulado General de España en La Habana.

2.- Citar al interesado Sr. A., a fin de notificarle el presente Auto denegatorio y remitir copia del mismo y actuaciones al Juez Encargado del Registro Civil del domicilio de la ciudadana española Sra. B. a fin de que, a través de la correspondiente diligencia se le notifique el presente Auto.

3.- Notificar a los interesados, por la vía señalada en el número anterior, que contra este Auto podrá interponerse recurso de apelación en el plazo de 15 días hábiles a partir de la fecha de notificación, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (Art. 355 R.R.C.).

La Habana, 3 de Enero del 2004.

A. B. C.
Cónsul General de España
en La Habana

Anexo

A LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

DOÑA X.Y.Z., Procuradora de los Tribunales, actuando en nombre y representación de DON A.B.C., de nacionalidad española, mayor de edad, casado con DOÑA D.E.F., de nacionalidad dominicana, empleado, vecino de Aranda de Duero, con domicilio en la Plaza del Vaticano, 3; y provisto de D.N.I. Nº 27.061.913-H, como acredito con la copia autorizada de la escritura de apoderamiento que otorgase a mi favor y que acompaño al presente escrito como documento nº 1, con el ruego de que me sea devuelta una vez testimoniada en el Expediente de su razón, ante la Dirección General comparezco y como mejor proceda, DIGO:

Que, con fecha 5 de Octubre del 2001, le ha sido notificada a mi representado la Resolución del CONSUL GENERAL DE ESPAÑA EN SANTO DOMINGO (República Dominicana), de fecha 1-10-2-001, cuya copia se acompaña como documento nº 2, por la que se DENIEGA LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CONSULAR DE DICHA CIUDAD DEL MATRIMONIO CELEBRADO POR MI MANDANTE CON DOÑA D.E.F.

Que considerando, dicho sea con los debidos respetos, que la referida Resolución es contraria a Derecho, además de gravemente perjudicial para los legítimos intereses y derechos subjetivos de mi representado, en su nombre, siguiendo sus instrucciones y dentro del plazo establecido en la propia Resolución, interpongo contra la misma, al amparo de lo dispuesto en el artículo 355 del Reglamento del Registro Civil, RECURSO DE APELACIÓN, con base en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO.- Mi representado, DON A.B.C., empleado de una industria radicada en Aranda de Duero y con limitadas posibilidades económicas, divorciado de un matrimonio anterior, contrajo matrimonio en la República Dominicana, ante las autoridades y bajo la legislación de dicho país, con la nacional y residente en el mismo, DOÑA D.E.F., nacida el 18 de septiembre de 1959, natural de Las Selvas de Farfán (República Dominicana), dedicada a las labores domésticas, y en plenitud de sus facultades físicas y capacidades mentales y civiles para contraer matrimonio tal y como lo hizo.

Ambos se habían conocido más de dos años antes, con ocasión de otro viaje de mi representado al citado país, desde cuando mantenían una relación sentimental que, debido a la distancia geográfica existente entre ambos países y a la limitación de medios económicos para ambos, se fue desarrollando y consolidando por vía telefónica y epistolar en buena parte de ese período.

SEGUNDO.- Una vez celebrado el matrimonio, mi mandante, como ciudadano español que es, solicitó de nuestro Consulado General en Santo Domingo, el competente por razón del lugar de celebración, la inscripción del mismo en el Registro Consular, con todas las consecuencias, derechos y obligaciones inherentes a tal acto.

TERCERO.- Previamente a la decisión sobre la inscripción solicitada, mi mandante y su esposa fueron citados separadamente para la celebración de la entrevista a la que se

refiere el artículo 246 del Reglamento del Registro Civil, así como la Instrucción de esa Dirección General de 9 de Enero de 1995, practicándose la del esposo en el Registro Civil de su domicilio, en Aranda de Duero; y la de la esposa en el propio Registro Civil Consular.

En dichas entrevistas les efectuaron una serie de preguntas, gradualmente más íntimas y concretas, sobre la vida del otro que le resultó imposible el responder a alguna de ellas.

CUARTO.- Finalmente y a despecho de los evidentes y reiterados deseos de ambos contrayentes por formar una familia normal, el Sr. Cónsul General de España en Santo Domingo, dictó la Resolución que hemos acompañado en copia y que es objeto del presente recurso.

Para efectuar la decisión denegatoria se aduce, como causa genérica, "la falta de convivencia y desconocimiento mutuo", desarrollando dicha apreciación a partir de manifestaciones vertidas por los contrayentes en las citadas "audiencias reservadas", como las siguientes:

- Por el esposo: Que sólo había estado en la República Dominicana en dos ocasiones, la segunda para contraer matrimonio; que no había convivido nunca con su esposa; y que no conocía con exactitud la edad, fecha de nacimiento, lugar de trabajo y solicitudes de visado anteriores de su esposa.
- Por la esposa: Que le denegaron un visado en el año 2000 para entrar en España; que confundió la naturaleza u objeto del mismo; y que no conocía datos personales de su esposo, como la edad, día del matrimonio, lugar y fecha de nacimiento, lugar de residencia y trabajo, nombre de los padres y de los hermanos, etc.

Con estos elementos, el Sr. Cónsul llega a la conclusión de que el matrimonio es "un negocio jurídico simulado con objetivos económicos y migratorios irregulares", realizado en "fraude de ley". En otras palabras, que mi representante se ha prestado a casarse a cambio de un dinero que le pagaría la esposa la cual tiene como objetivo dicho matrimonio como vía para conseguir la entrada y residencia en España.

Tal apreciación, tan radical presunción "contra legem", así como las referidas exigencias de conocimiento de datos y hechos personales del otro en una relación de esta naturaleza, como requisito para el normal ejercicio de un derecho constitucional, estimamos colinden con la legalidad y vulneran los referidos derechos fundamentales de mi representado, por lo que se ve éste compelido a interponer el presente recurso con base en los siguientes,

MOTIVOS DEL RECURSO

I.- EL DERECHO AL MATRIMONIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO.

Aunque en nuestro Derecho el matrimonio se regula, básicamente en el Código Civil, y su inscripción registral en la Ley y Reglamento del Registro Civil, se trata de una materia de profunda naturaleza constitucional e, incluso, internacional.

Y así nuestra Constitución (CE) protege el Derecho al matrimonio o "ius nubendi" en su artículo 32, que establece: "1.- El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.- 2.- La Ley regulará las formas de matrimonio,

la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos."

Este derecho no se encuentra restringido por la nacionalidad de los contrayentes, por aplicación su propio enunciado literal ("el hombre y la mujer"), y por así disponerlo el artículo 13 de la propia CE, que hace extensivo estos derechos, entre otros, a los extranjeros; como, por otra parte, no podría ser de otra forma al tratarse el derecho al matrimonio de uno de los derechos protegidos a nivel internacional, y así, el artículo 12 de la Declaración Europea de los Derechos Humanos, y el 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establecen que los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin distinción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia.

Por otra parte y al tratarse de uno de los derechos consagrados en el Capítulo II del Título I de la CE, a tenor de lo dispuesto en el artículo 53 de la misma CE, vincula a todos los poderes públicos, debiendo informar su respeto y defensa LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS, pudiendo solamente regularse su ejercicio POR LEY que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial. Ello excluye la posibilidad de que, de hecho, se pueda regular por normas o instrumentos de rango inferior al de ley el ejercicio del derecho al matrimonio, o que, con apoyo en normas de rango legal, se vacíe o limite el contenido esencial de ese mismo derecho subjetivo y fundamental.

II.- <u>REQUISITOS LEGALES DEL MATRIMONIO</u>.

Como se ha apuntado, la regulación legal del matrimonio que prevé el apartado 2 del artículo 32 CE, se encuentra en el Código Civil (CC), cuyo artículo 44 reproduce el derecho al matrimonio que recoge la CE, estableciéndose en el artículo 45 el requisito fundamental y básico para la validez del matrimonio. Dice este artículo. "NO HAY MATRIMONIO SIN CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL".

Es decir, nuestro Ordenamiento, aparte de la concurrencia o ausencia de otras circunstancias de tipo objetivo que igualmente regula el CC, como son la edad, la capacidad, la ausencia de consanguinidad, etc., sólo requiere el consentimiento válido y libre de los contrayentes para que el matrimonio pueda celebrarse y deba reconocerse por los poderes públicos. MÁS ALLÁ DE ESE LIBRE CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRAYENTES NADA EXIGE LA LEY Y, POR LO TANTO, NADA PUEDEN EXIGIR A LOS CÓNYUGES LOS ENCARGADOS DEL REGISTRO.

En consecuencia, sobran, por ilegales, cualesquiera otros requisitos tales como el del conocimiento previo profundo entre los cónyuges; mucho más el de convivencia previa entre ambos, -como parece exigir la Resolución recurrida-, que choca, además y todavía, frontalmente con las normas éticas y religiosas de buena parte de la sociedad española y dominicana; o el del amor o la voluntad de crear una familia. Por muy extremado que parezca, debemos ceñirnos a la Ley, y esta no exige nada de eso, sino solamente EL CONSENTIMIENTO O VOLUNTAD LIBRE Y ADECUADAMENTE MANIFESTADA DE LOS CONTRAYENTES, lo cual se ha producido en el caso que nos ocupa de forma clara y nítida.

III.- <u>IRRELEVANCIA A ESTOS EFECTOS DE LAS CAUSAS MEDIATAS O MOTIVOS INTIMOS DE LOS CONTRAYENTES A EFECTOS DE LA VALIDEZ DEL</u>

MATRIMONIO.-

Por lo expuesto y desarrollando a efectos dialécticos la fundamentación jurídica que antecede, nuestro Ordenamiento no exige y, por lo tanto, prohíbe, si ello sirve para limitar el ejercicio de un derecho fundamental, que los contrayentes tengan una determinada motivación o intención mediata a la hora de contraer matrimonio, pues sólo exige una e inmediata: el consentimiento libre. Sin que las autoridades, ni siquiera la ley, pueda establecer una demostración de determinadas intenciones remotas en los contrayentes para completar la validez del matrimonio.

Esta tesis se comprueba no sólo con el examen de nuestra realidad social, donde los matrimonios "por conveniencia o complacencia", eso sí, entre nacionales o mixtos entre familias "pudientes", han sido y son abundantes, sin que a nadie se le haya ocurrido tacharles de nulos de raíz, (por razones de amistad familiar, por arreglos empresariales, por motivos hereditarios, por alcanzar fama y dinero, etc.); sino que la propia legislación contempla supuestos matrimoniales en los que la creación de una familia o el amor no entran dentro de los requisitos, como puede ser el matrimonio "in artículo mortis", o los requisitos establecidos para el matrimonio del heredero a la Corona del Reino.

Por lo tanto, y partiendo de la base que la intención y causa de mi mandante y su esposa al contraer matrimonio era y es la de convivir y crear una familia, aunque así no lo fuese y siempre que su intención no fuese contraria a la Ley y al Orden Público de forma demostrada, el matrimonio debe ser inscrito

IV.- NULIDAD ORIGINAL DEL MATRIMONIO.

Nuestra legislación regula perfectamente esta posibilidad y además de manera adecuada al rango de derecho fundamental que tiene el "ius nubendi", y lo hace en el artículo 73 y 74 del CC, como un mecanismo a activar con posterioridad a la celebración e inscripción del matrimonio, cuando se haya demostrado la concurrencia de las causas de nulidad en el matrimonio en cuestión que se enumeran en el primero de los preceptos citados. Este mismo mecanismo es citado, como el fundamental para poner veto a los matrimonios nulos, por la ya famosa y manida Instrucción de esa Dirección General de 5 de Enero de 1995.

En nuestro caso, la resolución deduce la nulidad de consentimiento de los cónyuges presumiendo tan ilegal como anticonstitucionalmente la existencia de "un interés económico y ánimo de eludir las normas migratorias" como únicas causas reales del matrimonio de mi mandante. Dejando a un lado en este momento, lo que de ofensivo, injusto y vejatorio tienen esas gratuitas afirmaciones, si existiera algún indicio de que tal intención existiese, lo procedente sería haber dado cuenta al Ministerio Fiscal o al Juzgado de Instrucción correspondiente, pues se están imputando a mi representado intenciones y acciones delictivas. Si, como sucede, no existe nada de eso, ni indicios remotos, debe procederse a la inscripción del matrimonio.

Por lo expuesto,

SUPLICO A LA DIRECCIÓN GENERAL que teniendo por presentado este escrito, poder y documento adjuntos, lo admita, habiendo por interpuesto en tiempo y forma RECURSO DE APELACIÓN contra la Resolución del Cónsul General de España en Santo Domingo de fecha 31-10-01, por la que se deniega la inscripción del matrimonio celebrado por mi representado en la República Dominicana con la ciudadana del mismo DOÑA D.E.F., y, previos los

trámites oportunos, dicte nueva resolución por la que, revocando la impugnada, estime el presente recurso y acuerde ordenar la inscripción en el referido Registro Consular del citado matrimonio, con todo lo demás que le sea inherente o consecuente con arreglo a Derecho y Justicia que pido en Madrid a 20 de Noviembre del 2001.

Fdo. Doña X.Y.Z.

Procuradora

Anexo

La incapacidad por amencia se basa en la carencia de uso de razón. En efecto, en el Derecho Canónico medieval la incapacidad para el matrimonio venía determinada por la posesión del uso de la razón. Es importante hacer notar, no obstante, que Santo Tomás exigía en orden al matrimonio una discreción de juicio, mayor que el simple uso de razón, para asumir obligaciones futuras que para consentir en un acto de presente. En consecuencia, y por la naturaleza de las obligaciones conyugales, la capacidad para contraer matrimonio aparece vinculada a una discreción de juicio mayor que aquella que puede tener un niño de siete años, al que se le reconoce uso de razón. Una opinión más restrictiva sería adoptada, posteriormente, por Sánchez que, partiendo de la concepción del matrimonio como ordenado al remedio de la concupiscencia, considera el uso de razón como criterio suficiente para determinar la capacidad para contraer matrimonio, y por tanto debe permitirse el matrimonio a los menores –a partir de los siete años– con el objeto de que eviten la fornicación.

La postura defendida por Santo Tomás acabaría prevaleciendo sobre la propuesta por Sánchez, de tal manera que la tesis tomista constituye el germen de las tesis más modernas que diferencian la discreción de juicio del uso de razón, proyectando aquélla en el campo de las obligaciones matrimoniales. En este sentido, se habría advertido que el consentimiento para las obligaciones futuras no es preciso que sea más informado, intenso o deliberado, en cuanto acto humano, de cuanto deba serlo el consentimiento para obligaciones de presente. Por el contrario, la razón de la distinción habría que encontrarla, según tales posturas, en la consideración de que es necesaria mayor aptitud psíquica para asumir las obligaciones que vinculan para el futuro que la que se requiere para consentir en un acto de presente.

La discreción de juicio, siempre desde esta perspectiva, habría que medirla no sólo en base a la capacidad para comprender el objeto del voto o del contrato, sino también en base a la capacidad de asumir, realizar, cumplir u observar las obligaciones que derivan del voto o del contrato. Aunque se verá más adelante cuál ha sido la evolución de esta propuesta, lo cierto es que se llegó a delinear el criterio de la discreción de juicio proporcionada al matrimonio, en un intento de adecuar la capacidad conyugal a la naturaleza concreta y singular del matrimonio, que implica obligaciones gravosas para toda la vida.

Evolución jurisprudencial.

La ausencia de criterios legales obligó a la jurisprudencia a elaborar una serie de criterios que permitieran resolver los casos concretos que presentaban ante los Tribunales y en los que cabía presumir la invalidez del matrimonio por defecto de capacidad psíquica.

La jurisprudencia sentó inicialmente los siguientes criterios:

a) «Como el fin de la ley difiere del fin de la medicina, el legislador sólo recibe aquellas clasificaciones o términos que responden al fin de la ley»;

b) se recurrió, en vía analógica, a la aplicación de otros preceptos legales del

Código y, especialmente, al c. 2201 que regulaba las causas modificativas de la responsabilidad penal;

c) los estados psíquicos anómalos se sistematizan, de acuerdo con el anterior criterio, en locura habitual (amencia), trastorno mental (mentis perturbatio) y debilidad mental (debilitas mentis).

En un principio, y partiendo de estos criterios, la jurisprudencia distinguió entre circunstancias transitorias y anomalías estables para concluir que, en todo caso, la privación del uso de razón que dichas anomalías comporten debe proyectarse sobre el momento concreto de la celebración del matrimonio, puesto que lo decisivo es que dichas anomalías pueden comprometer el acto humano consciente y libre que es el consentimiento.

La aplicación de estos criterios se reducía, por una parte, a supuestos de demencias perfectas y, por otra parte, se limitaba a determinar si el sujeto era capaz de emitir o no el consentimiento en el momento de la celebración del matrimonio, sin referencia alguna, por tanto, a la aptitud para asumir las obligaciones conyugales. A ambos criterios se habría de referir la más moderna jurisprudencia rotal, abriendo nuevos caminos en la investigación de la capacidad física para contraer matrimonio.

En efecto, mientras los anteriores criterios se referían a la capacidad de conocer y a la capacidad de querer, referida al contrato matrimonial, en 1941 una Sentencia rotal (C. Wynem) aborda por primera vez la exigencia de un conocimiento estimativo del matrimonio como requisito de la capacidad psíquica, abriendo así un nuevo camino en esta problemática materia.

En síntesis, la tesis que se mantiene en la referida sentencia es la siguiente: Siguiendo la moderna psicología, se considera que el matrimonio como acto humano no existe sino en el orden social, ético y jurídico; de donde se concluye que un hombre incapaz de llegar a apreciar, a estimar los valores éticos, sociales y jurídicos que encierra, es incapaz de contraerlo. De aquí la necesidad en el contrayente de una facultad estimativa o ponderativa que nos diga no cuál es el objeto del pacto matrimonial, sino lo que valga este pacto, de tal manera que: si el contrayente en el momento de prestar consentimiento no era capaz de tener aquel conocimiento apreciativo o estimativo del valor del matrimonio, debe decirse que carece de la suficiente discreción de juicio proporcionada al contrato matrimonial y, en consecuencia, el consentimiento prestado es nulo.

El supuesto hecho considerado en esta Sentencia se refiere a un sujeto dotado de suficiente inteligencia y voluntad; no se trata, por tanto, de un amente habitual, ni de un afectado de perturbación mental transitoria. A pesar de ello, todos los médicos que le habían tratado como paciente, así como la pericia practicada, coincidían en considerar al sujeto incapaz para contraer matrimonio, porque psicológicamente estaba incapacitado para ponderar, estimar y apreciar el valor ético, social y jurídico del matrimonio, por padecer una inmoralidad constitucional, una especie de imbecilidad o anestesia moral que afectaba a sus sentimientos éticos, incapacitándole para adquirir conciencia de la gravedad e importancia del acto matrimonial y de las obligaciones que impone. Se trataba, en suma, de un débil psíquico, no en la esfera intelectiva o volitiva, sino en la

esfera ética.

Según la tesis mantenida en esta Sentencia, hay que distinguir la facultad cognoscitiva, que consiste en abstraer lo universal a partir de elementos particulares de un hecho, y, de aquí, a aprehender o captar lo verdadero simplemente, y la capacidad crítica (poder crítico), que es el poder de juzgar, de raciocinar, de afirmar o negar alguna cosa y de comparar juntamente juicios para que de tal comparación pueda ser deducido un nuevo juicio.

En sentencias posteriores se va a seguir este criterio jurisprudencial exigiendo, como requisito de la capacidad psíquica, el conocimiento estimativo o capacidad crítica para contraer matrimonio. «El matrimonio sólo vale entonces, cuando por esta facultad crítica el hombre puede hacer o formar deliberaciones y excitar actos de voluntad libre» (C. Sabatini). «No basta la capacidad de conocer teóricamente que el matrimonio es una sociedad permanente entre el varón y la mujer para procrear hijos, sino que se requiere una capacidad de estimar y ponderar prácticamente, tanto la perpetua y exclusiva obligación que ha de asumir como los motivos para elegir o no este concreto matrimonio» (C. Pinto).

La jurisprudencia posterior al Concilio Vaticano II ha introducido la dimensión del matrimonio como comunidad de vida y amor y los conceptos básicos de la moderna psiquiatría en orden a perfilar con mayor precisión los contornos, siempre imprecisos, de la capacidad psíquica.

Siguiendo el excelente estudio de Gloria Morán sobre esta cuestión, se puede observar la proliferación de la terminología y sistemáticas médicas en la jurisprudencia de los años setenta. Las neurosis y psicostenias se reconducen a la discreción de juicio proporcionada al matrimonio. Las psicosis se encauza por la vía de la incapacidad para asumir deberes y obligaciones conyugales. Las personalidades psicopáticas se encuadran en el capítulo de defecto de discreción de juicio. La esquizofrenia se incluye en el capítulo de defecto de libertad interna al igual que la paranoia. La toxicomanía y el alcoholismo se incluyen como supuestos de incapacidad para asumir las obligaciones conyugales, así como las anomalías psico-sexuales.

La situación doctrinal y jurisprudencial que acabamos de exponer, anterior al Código de 1983, ha sido valorada acertadamente por A. Reina en los siguientes términos: «La falta de consenso general en materia tan poco pacífica, la insuficiencia tanto de la doctrina y de la jurisprudencia canónicas, como de la ciencia psiquiátrica, aún insuficiente en el momento codificador, y en definitiva la escasa sensibilización frente a los fenómenos psíquicos son razones que explican pero no justifican la carencia de regulación explícita de la capacidad psíquica necesaria para contraer matrimonio en el Código de Derecho Canónico de 1917. Tal situación legal propició el desarrollo y la evolución de una jurisprudencia que, ante la necesidad, hubo prácticamente de crear la normativa, en lugar de limitarse a aplicarla e interpretarla».

Anexo

Sentencia Nº 76 de 18 de Febrero del 2002

(Reconocimiento de Unión Matrimonial de Buena Fe no corresponde al concepto de viuda que puede corresponder para la declaración de heredero)

CONSIDERANDO: Que el único motivo de que consta el Recurso con amparo en el apartado uno del Artículo 630 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral no puede prosperar, porque la naturaleza declarativa de la sentencia reconociendo la buena fe a que se contrae el segundo párrafo del Artículo 18 del Código de Familia, carece de entidad para el reclamo del expreso concepto de viuda que le corresponde al cónyuge supérstite del matrimonio formalizado que tenía constituido el causante con otra mujer al momento de su fallecimiento, y sobre esa base aducir habérsele preterido en la declaratoria de herederos tramitada sin su participación, puesto que tal conceptualización entorpece la debida anotación registral de ese estado civil que inequívocamente le corresponde a ésta última, al extremo que el legislador, como previsión de esa situación, prescindió de que dicha ejecutoria fuera inscripta en el Registro del Estado Civil en la formulación del apartado b) del Artículo 58 de la Ley Nº cincuenta y uno de ocho de julio de 1985, inequívocamente referida al supuesto de matrimonio no formalizado a que se contrae el primer párrafo del antes citado Artículo 18 del Código de Familia, diferenciando de tal modo del matrimonio propiamente dicho, los efectos que genera la estimación de la buena fe en una unión no formalizada carente del requisito sustancial de capacidad legal para contraerla, a lo que no obsta se reitere que tal consideración en modo alguno desvirtúa el derecho de la recurrente sustentado en la referida sentencia, a ser parte como una heredera más en las diligencias que llegaren a promoverse en relación con la partición de los bienes quedados al fallecimiento del causante, que es en esencia el alcance del pronunciamiento del fallo de la sentencia dictada en el correspondiente tribunal municipal, expresamente confirmada en todas sus partes por el de la ahora recurrida, ….

CONSIDERANDO: Que por lo antes expuesto, procede desestimar el Recurso establecido.

Tomado del Boletín Especial de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos (en ocasión de celebrarse la Conferencia Jurídica Nacional) Diciembre del 2002.

# EL REGIMEN DE INEFICACIA DEL MATRIMONIO EN CUBA.[274]

Dr. Daimar CÁNOVAS GONZÁLEZ
Profesor Titular, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.
Presidente de la Cátedra de Estudios Jurídicos, Instituto Superior de Tecnologías y Ciencias Aplicadas.

SUMARIO: 1. De las causas de ineficacia en el matrimonio. 2. La inexistencia. 3. Aplicación supletoria del Código Civil. 4. En torno a los impedimentos. 5. ¿Anulabilidad en el matrimonio? 6. Nulidad absoluta en el matrimonio.

1. De las causas de ineficacia en el matrimonio.

No parte el abordaje del tema de la nulidad del matrimonio de un interés puramente académico. Su finalidad no es la búsqueda del conocimiento por el conocimiento, como una vez ocurriese en los claustros de Bizancio; se trata de dar respuesta a una serie de interrogantes, con los que se encuentra cualquier estudioso del Derecho de Familia en Cuba, referidos específicamente a esta modalidad de ineficacia.

Efectivamente, el origen está más bien en una situación problemática, que consiste precisamente en la no correspondencia de las categorías de ineficacia que recoge el Código Civil vigente, de 1987, con las aplicables al matrimonio en virtud del Código de la Familia, del año 1975. Dicha falta de correspondencia puede existir debido, en primer lugar, a una cuestión cronológica, pues el Código de Familia, anterior al Código Civil, sólo recoge una categoría de ineficacia, la nulidad, como lo hacía el entonces vigente en Cuba Código Civil español de 1888, en materia de contratos (artículos 1300 ss.). Otra posible explicación, quizás menos superficial, hace derivar la discrepancia, del ascendiente que tiene dentro de las causas de ineficacia del matrimonio el Derecho Canónico, que desconoce otras categorías distintas de la nulidad, situación que no es tenida en cuenta por el principal cuerpo civil, que recoge aquellas que corresponden al acto jurídico en sentido general.

El Código de Familia no contiene un capítulo especialmente dedicado a las causas de ineficacia, sino que de forma incorrecta incluye a la nulidad dentro de las causas de extinción del matrimonio, en su artículo 43 inciso 3. La improcedencia de dicha regulación ha sido puesta de relieve por la Doctora Olga MESA al afirmar: "...la nulidad no puede ser considerada causa de extinción del vínculo matrimonial que, por su irregularidad, no existe tanto para el futuro como para el pasado".[275]

Esta distinción entre causas de ineficacia y causas de extinción, si bien predomina en el panorama legislativo internacional, no es unánime. Así, Suecia, Finlandia y un grupo de los antiguos países socialistas de Europa del Este, sólo regulan el divorcio como causa de

[274] Ponencia presentada en la V Conferencia Internacional de Derecho de Familia, Unión Nacional de Juristas de Cuba. Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, La Habana, 12 al 14 de mayo de 2009.

[275] MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia – Módulo 2, El matrimonio. Nulidad del matrimonio, primera edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 9.

extinción, como única modalidad por la que es posible disolver el vínculo, sin importar que su origen se remonte a alguna causa antecedente y no subsiguiente a la formalización del mismo.[276] Precisamente la distinción entre causas de extinción y de ineficacia radica en que las primeras tienen su origen en circunstancias posteriores al acto de constitución del matrimonio, de forma que el mismo nació válido. En el caso de las segundas, el matrimonio nació inválido, por faltar uno de sus presupuestos, ya en el mismo momento en que se constituyó. Ese es el sistema tradicional seguido en los países de derecho romano francés o continental, y es el que ha seguido la legislación patria.

No considero que deban realizarse cambios en ese sentido. Como ya se apuntó, el sistema nórdico no se corresponde con nuestra historia legislativa. Además, conduce a aplicar una misma solución para supuestos de hecho totalmente distintos, pues en un caso se ha realizado un acto que adolece de defectos en diferentes órdenes, mientras que en el otro se trata de un acto que reúne todos estos requisitos. Por último, debe tenerse en cuenta que, aunque se trate de un sector minoritario, para determinadas personas el divorcio puede constituirse en una conducta reprochable moralmente, lo que no sucede cuando se ha contraído un matrimonio posteriormente declarado nulo. Estas razones aconsejan mantener la dualidad referida con anterioridad.

Paso ahora a considerar la aplicación al matrimonio de las distintas causas de ineficacia recogidas en la doctrina civilista, con el objetivo de poder establecer principios que permitan realizar una adecuada interpretación y aplicación de la normativa vigente en la materia.

2. La inexistencia.

Las posiciones sobre la inexistencia de los actos jurídicos parten precisamente de la doctrina francesa, que se vio en la necesidad de calificar a los matrimonios constituidos por personas del mismo sexo o sin la presencia del funcionario competente para ello, cuando era un criterio firme la imposibilidad de declarar nulo un acto salvo que una disposición legal estableciese dicho efecto (pas de nullité sans texte). Hoy esa dificultad ha desaparecido al aceptar la mayoría de la doctrina que la nulidad no deriva necesariamente de la vulneración de un precepto imperativo en concreto, sino de un acto contrario a los principios del Derecho, o al ordenamiento jurídico en sentido general. Como señala VALDÉS DÍAZ, "El negocio jurídico se sanciona como radicalmente nulo, cuando se ha verificado contra lo dispuesto por la ley, si padece de defectos tan graves que equivalen a que no produzca efectos jurídicos...".[277]

MESA CASTILLO recoge cinco argumentos que se han esgrimido para sostener distintos efectos en el matrimonio para la inexistencia que para la nulidad, o sea, cinco razones para mantener la inexistencia como categoría diferenciada.[278] Quisiéramos ahora analizar cada uno de estos argumentos, con el objetivo de demostrar la inutilidad de

[276] Vid. REINA, Víctor y Joseph Ma. MARTINELL, Curso de Derecho Matrimonial, primera edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, p. 585.
[277] VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, "Causa de las relaciones jurídicas civiles" en, VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (Coordinadora), Derecho Civil Parte General, primera edición, Editorial Félix Varela, La Habana, p. 263.
[278] MESA CASTILLO, Olga, op.cit., pp. 25-26.

dicha categoría. Siguiendo a DÍEZ PICAZO "…en contra puede alegarse que es inútil desde el momento en que no da lugar a unas consecuencias jurídicas distintas de la nulidad radical. Carece también de necesidad, ya que la nulidad no es preciso que esté taxativamente impuesta por la ley, sino que basta con que la exija su significado y finalidad".[279]

Se argumenta que el matrimonio inexistente no produce ningún efecto, siquiera el de bigamia; de modo que si se contrae un primer matrimonio al que falte alguno de sus requisitos esenciales, y luego se contrae un segundo, no se estaría incurriendo en dicho delito, además de poder perfectamente formalizarse el matrimonio posterior, al no existir ningún impedimento. El que se constituya o no el delito de bigamia es algo discutible, pues realmente se llegó a formalizar un segundo matrimonio sin haber disuelto el primero. Por otra parte el matrimonio inexistente sí constituiría impedimento sobre todo cuando se llegó a inscribir; no se ve como se podría formalizar otro acto, sin destruir previamente la inscripción mediante el correspondiente proceso.

Se aduce además que el matrimonio inexistente no puede confirmarse ni ratificarse. Que no exista posibilidad de confirmación no es nada extraño, si se tiene en cuenta que los actos convalidables mediante confirmación son los actos anulables, los nulos están privados de dicha posibilidad. Tampoco justifica la existencia de esta noción diferenciada la imposibilidad de ratificación, porque la ratificación sólo procede en supuestos especiales que algún sector de la doctrina ha calificado de nulidad absoluta, como es el caso del acto realizado por el falsus procurator (artículos 421-422 Código Civil cubano).

Con respecto al hecho de que el matrimonio inexistente no exija declaración judicial al respecto, tampoco la nulidad absoluta exige tal declaración, tal como ha sido puesto en evidencia por la doctrina mayoritaria. No obstante, en ambos casos hay que destacar, como lo hace ALBALADEJO, que "A pesar de lo dicho sobre la carencia de efectos, puede ocurrir que de hecho se establezca, o se pretenda establecer un estado de cosas a tenor del negocio nulo[280] (...) Semejante situación puede dar lugar a la necesidad o al interés de obtener una declaración de nulidad que corte la perturbación o que sirva de presupuesto para hacer cesar el estado de hecho contrario a la realidad jurídica".[281]

Otra razón a la cual se acude para fundamentar esta distinción, es la no-aplicación al matrimonio inexistente de la teoría del matrimonio putativo. Se parte aquí de una inadecuada asimilación entre nulidad matrimonial y matrimonio putativo. Desde sus orígenes en el Derecho Canónico medieval, la aplicación de la doctrina del matrimonio putativo no está ligada a la nulidad del mismo, aunque la presupone, sino que es una consecuencia de la presencia de algún impedimento. Así, para que un tribunal, reconociendo la buena fe en al menos uno de los cónyuges, reconozca a favor del mismo los efectos de un matrimonio nulo, dicha nulidad deberá fundarse en haberse contraído con presencia de impedimentos dirimentes o anulatorios, de forma que no toda causa de nulidad absoluta lleva aparejada la posibilidad de reconocimiento de la buena de los cónyuges.

---

[279] DÍEZ PICAZO, Luis, Sistema de Derecho Civil. – Volumen I. Introducción, Derecho de la persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica. Editorial Tecnos, Madrid, 1983, p. 569.

[280] También del inexistente (Nota del autor).

[281] ALBALADEJO, Manuel, Curso de Derecho Civil español común y foral, Tomo I Introducción y Parte General, primera edición, Librería Bosch, Barcelona, 1977, p. 541.

Por último, se aduce que las normas relativas a la inexistencia del matrimonio son de orden público, de donde se deriva que esté legitimada para ejercitar la acción conducente a dicha declaración cualquier persona interesada. Esta legitimación pública, si bien tiene un alcance más restringido en el Código de Familia, que sólo legitima a los cónyuges y al fiscal, también se ha regulado de forma semejante, a favor de cualquier persona interesada, en el artículo 74 del Código Civil español, y en el artículo 249 del Código Civil para el Distrito Federal de México, para el caso de la nulidad.

¿Cuáles son los supuestos que la doctrina favorable a esta posición incluye dentro de lo que se ha denominado inexistencia? Se pueden enumerar tres, con solución dentro del ordenamiento positivo cubano, sin necesidad de recurrir al citado expediente creado por los autores franceses. En el caso del matrimonio contraído con ausencia total de consentimiento, tiene solución específica en el artículo 4.1 del Código de Familia, que exige capacidad mental para contraerlo. En segundo lugar hay que considerar al matrimonio formalizado sin un funcionario facultado para autorizarlo, que resultaría nulo en virtud del artículo 67 inciso d) de nuestra principal ley civil. Finalmente, se llega al supuesto de la identidad de sexo, que cabría calificar como de nulidad absoluta, a tenor del artículo 67 ch), que declara nulos los actos realizados en contra de una prohibición legal, prohibición que hay que encontrar implícita en el artículo 2 del Código de Familia, al conceptuar al matrimonio como "...la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello a fin de hacer vida en común".

3. Aplicación supletoria del Código Civil.

La posibilidad de la aplicación supletoria de los preceptos del Código Civil relativos a la nulidad en materia matrimonial ha sido discutida de forma general y en el ámbito cubano, a partir de posiciones encontradas. Esta es la llamada tesis de la especialidad de las nulidades matrimoniales, que defiende entre los autores argentinos LORENZO DE FERRANDO, por ejemplo. La misma sostiene que el matrimonio sólo puede ser declarado nulo por las causas expresamente previstas en la ley, con carácter especial para este singular acto jurídico. Este debate doctrinal se ha visto coronado por la postura que ha adoptado a este respecto nuestro máximo foro. En ese sentido, considero adecuado citar in extenso los argumentos expuestos en la sentencia 274 de 10 de abril de 2001 del Tribunal Supremo Popular:

"…con la aprobación del Código de Familia, mediante la ley mil doscientos ochenta y nueve de catorce de febrero de mil novecientos setenta y cinco, se logró en nuestro país sustraer el régimen legal de las relaciones familiares del ámbito particularísimo del Derecho civil, en el cual priman los principios de la autonomía de la voluntad, su exteriorización y otros que no responden a los que deben regir en el Derecho de Familia, en el que se aúnan el interés social y el interés personal; estas razones, y fundamentalmente la importancia que el Estado le confiere a la célula elemental de la sociedad, que lo es la familia, dio lugar a la promulgación de una Ley separada de otras legislaciones sobre bases autónomas, y con perfecta separación del derecho privado regulador de relaciones patrimoniales y otras involucradas con ellas; así fueron establecidas las normas reguladoras de las diferentes instituciones que guardan relación con el Derecho de Familia, entre ellas las causas de extinción del matrimonio, claramente definidas en el artículo cuarenta y cinco del citado Código de Familia, y en los siguientes se estableció quienes se encuentran legitimados para accionar y pedir su nulidad,

.../340

limitando esa prerrogativa a los cónyuges y al Fiscal, éste en representación del orden público; de igual forma se establecieron los plazos para ejercitar dicha acción y previó que de no hacerse en el tiempo establecido, el matrimonio quedará convalidado de pleno derecho; asimismo señala los casos en los cuales dicha acción no prescribe ni que el matrimonio sea convalidable, de lo que se colige que el legislador concibió al respecto, como más conveniente para la familia, todas las causas de nulidad que se consideraron oportunas y consecuentemente las plasmó en dicha norma, y a ella debemos los juzgadores atenernos, máxime si cualquier intromisión normativa ajena a la de la específica de la familia, puede resultar una decisión peligrosa y creadora de un gran desorden en el seno de la sociedad, por lo que no puede quedar al riesgo del debate judicial, ni sujeta al interés de personas ajenas al acto jurídico que se pretende anular…".

Dicha posición, si bien se encuadra dentro de una tradición familista de fuerza sobre todo en Latinoamérica, considero que al menos en el contexto cubano actual resulta desacertada. Tal postura contradice el carácter supletorio del Código Civil establecido en su artículo 8 y en la Disposición Final Primera. Se le atribuye, además, al Código de Familia una suficiencia que no tiene, pues además de las causas de nulidad sustantiva, hay que tener en cuenta en nuestro ordenamiento la nulidad por motivos formales, como el caso de las nulidades derivadas de la Ley de Notarías Estatales, o de aquellas normas que pasaron a la Ley del Registro del Estado Civil y que permanecen extra-vagantes con relación a la principal ley sustantiva familiar.

A ello hay que añadir el hecho de que los cónyuges y la institución misma quedarían desprotegidos frente a conductas atentatorias de sus fines o del libre consentimiento, que debe cimentar este acto. Al propio tiempo, se haría inútil la categoría de acto jurídico, definida en el artículo 49 del Código Civil como "...manifestación lícita, de voluntad, expresa o tácita, que produce los efectos dispuestos por la ley, consistentes en la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica", que por su carácter generalizador, es posible subsumir en la misma al matrimonio, con la utilidad que reportaría aplicarle el régimen de ineficacia establecido en dicho cuerpo legal, en lo pertinente.

4. En torno a los impedimentos

Para abordar el acápite relativo a los impedimentos, de tanta incidencia en el tema de la nulidad del matrimonio, hay que situarlos precisamente dentro del contexto general de aquella causa de ineficacia. En la doctrina canónica se sigue una tradicional tripratición de las causas de nulidad, distinguiendo entre aquellas que son ex parte personae (relativas a condiciones personales), ex parte consensus (relativas al consentimiento) y ex parte formae (relativas a la forma esencial del matrimonio).

Se pueden definir los impedimentos como circunstancias objetivamente presentes en uno o ambos contrayentes en virtud de las cuales el derecho impide a esa persona contraer matrimonio. Resulta por tanto desacertada la homologación que se ha hecho entre impedimentos y prohibiciones para contraer matrimonio, reguladas en los artículos 4 y 5 del Código de Familia, pues el inciso 1 del artículo 4, por ejemplo, se refiere a la falta de consentimiento, que no se puede calificar de ninguna manera como impedimento matrimonial.

Es difícil una transmutación sin más de las nociones propias del Derecho Canónico a las categorías empleadas por la legislación vigente. Así ha pasado con los conceptos de impedimento dirimente e impedimento impediente. Los denominados impedimentos dirimentes son aquellos que de estar presentes en el matrimonio, conducen a su nulidad, mientras que los impedientes o prohibitivos no traen como consecuencia la nulidad, sino que el matrimonio sea válido, pero los cónyuges estén sujetos a sanciones derivadas de la ilicitud del acto. Se ha admitido de forma general que las prohibiciones establecidas por los artículos 3 y 6 son ejemplos de impedimentos impedientes.[282] Esta calificación parte de una indebida identificación entre nulidad relativa e impedimentos impedientes, siendo así que si la consecuencia establecida por la ley es la nulidad, cualquiera que sea su especie, se trata de impedimentos dirimente. Esa posición se refuerza por el hecho de que en el vigente Código de Derecho Canónico de 1983 han desaparecido los impedimentos de este tipo.

Abordar cada uno de los impedimentos en concreto rebasa los marcos de las presentes páginas. Sólo me referiré a aquellos que tienen todavía incidencia en el ordenamiento vigente, prescindiendo de los que tiene ya un carácter histórico. Entre los primeros hay que situar a la denominada impubertad legal, o impedimento de edad. Conocida es la historia de esta prohibición dentro del Derecho Romano, con la disputa entre sabinianos y proculeyanos, pues mientras los primeros eran partidarios de que la pubertad fuese establecida para cada persona en particular, - posición más en correspondencia con el diferente desarrollo fisiológico de cada persona -, los segundos se posicionaban a favor de establecer una presunción de carácter general, presunción que fue admitida en la legislación justinianea, aunque como presunción iuris et de iure. Más tarde el Derecho Canónico también admitió el sistema de presunciones, pero estableciéndola con carácter iuris tantum.

El Código de Familia vigente sigue la tendencia casi universal de establecer una presunción legal iuris tantum, que fija la edad a partir de la cual es posible contraer matrimonio en 14 años para la mujer y 16 para el hombre. Pero este carácter de presunción, contra la cual cabe prueba en contrario, no cede ante cualquier medio de prueba, ni es posible impugnarla en todo momento, pues en virtud de una disposición expresa de la ley (artículo 47 Código de Familia) el matrimonio, una vez formalizado estando presente la prohibición referida, puede convalidarse si los cónyuges arriban a la edad requerida o la mujer queda en estado de gestación. Es decir, sólo se permitirá la formalización del matrimonio si los menores han arribado a la edad de la pubertad, no admitiéndose que contraigan matrimonio si la mujer está embarazada pero no tiene 14 años cumplidos.

Por otra parte, el artículo 4.2 establece la prohibición de vínculo o ligamen anterior, al impedir la celebración del matrimonio, cuando la persona está unida en matrimonio formalizado o reconocido. En ese sentido, ya es lugar común entre los comentaristas del Código de Familia la observación sobre el hecho de que la existencia de un matrimonio reconocido, declarado como tal mediante sentencia del tribunal competente, no constituye en sí una prohibición, pues dicha sentencia tiene al mismo tiempo efectos extintivos,

[282] MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia – Módulo 2, segunda reimpresión, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 41.

determinándose en el propio documento la fecha de inicio y fin del matrimonio. En palabras de la Doctora Olga MESA CASTILLO, "…la sentencia judicial que declara el reconocimiento del matrimonio no formalizado, dispone sólo sobre el tiempo que duró la unión, que estaba ya extinguida (por muerte o por abandono de una de las partes) al momento de establecerse ante el Tribunal la demanda para el reconocimiento. De manera que un matrimonio reconocido por el Tribunal nunca debe ser un matrimonio existente sino que existió en el pasado y de ninguna manera puede ser obstáculo para formalizar un nuevo matrimonio".[283]

En nuestra práctica forense se ha impuesto dicha concepción, sobre aquella otra representada por el profesor PERAL COLLADO, para la cual una vez reconocido un matrimonio, sólo cabe la cesación del mismo mediante las causas de extinción propias del matrimonio formalizado: la muerte, la presunción de muerte y el divorcio. Es de alabar, por tanto, la modificación que se propone en el anteproyecto de nuevo Código de Familia, que ha sido discutido en diferentes instancia académicas, entre los operadores del Derecho y organizaciones sociales como la Federación de Mujeres Cubanas, en el sentido de contemplar sólo como impedimento de ligamen el matrimonio formalizado anterior (véase art. 11 del anteproyecto).

El artículo 5.4 del vigente Código de Familia contempla la prohibición o impedimento de crimen o conyugicidio. Este tiene sus antecedentes en el Derecho Canónico, que conoció cuatro modalidades del mismo: el adulterio con promesa de matrimonio, el adulterio con posterior conyugicidio, o sea, adulterio seguida de la muerte del cónyuge del adúltero casado; adulterio con posterior tentativa de matrimonio, y el conyugicidio propiamente dicho, que no presupone el adulterio. Las primeras tres modalidades han perdido cualquier virtualidad jurídica al dejar de considerarse el adulterio como delito desde el año 1930, en que desapareció como tal del Código Penal, por Ley de 6 de febrero.[284]

Desde una posición en mi opinión demasiado pragmática se ha sostenido la inutilidad de esta figura en la actualidad, si se tiene en consideración la extrema facilidad con que en la legislación patria se puede disolver el matrimonio, por la vía judicial o notarial. Ese criterio no tiene en cuenta el hecho de que para un sector de la población el divorcio es tenido como una conducta inapropiada y moralmente reprochable, como es el caso de la Iglesia Católica, lo que puede determinar o al menos influir en una conducta de esa naturaleza. Debe tenerse en consideración además los posibles móviles económicos que puede tener adicionalmente la muerte del cónyuge, de forma que haga posible contraer nuevo matrimonio, y al propio tiempo conservar los derechos sucesorios con respecto al cónyuge fallecido. Por si ello no bastase, lo escaso que desde el punto de vista numérico pueda aparecer un fenómeno no justifica su exclusión del ordenamiento jurídico, pues el Derecho también se concibe para prevenir y reprimir conductas que pueden parecer extremas, y por ello infrecuentes.

¿Cuál es la finalidad de dicha prohibición? En primer lugar, proteger a la institución matrimonial, lo que se expresaba en los términos tradicionales del Derecho Canónico

[283] MESA CASTILLO, Olga, op. ult. cit. p. 47.

[284] MESA CASTILLO, Olga, "Adulterio y aborto: tratamiento jurídico en Cuba" en, MESA CASTILLO, Olga (coordinadora), Temas de Derecho de Familia, primera edición, Editorial Félix Varela, 2001, pp. 34-47.

como la protección de la "santidad y honorabilidad del matrimonio". En segundo lugar, proteger la vida de los cónyuges de atentados de este tipo. Ahora, una cuestión que requiere un análisis más detallado es la posible extinción del impedimento al extinguirse la sanción que como consecuencia del delito se les impuso a los autores, o al autor y su cómplice. La profesora MESA CASTILLO sostiene que "... cumplida la condena se suponen libres los amantes para unirse en matrimonio formalizado o no. Este debe ser también el límite de la aptitud legal para el pretendido reconocimiento (el cumplimiento de la sanción)".[285]

En nuestra opinión, se trata en este caso de un impedimento perpetuo, tal como es reconocido por la doctrina canonista. No tiene carácter penal o sancionador, pues su finalidad, como ya fue apuntado, no es castigar el delito, función propia de la sanción penal. De hecho el Código Penal no contempla dicha prohibición entre las sanciones de carácter accesorio, lo cual sería apropiado según la interpretación a la que se ha hecho referencia. A ello hay que añadir que el Código de Familia no hace mención alguna al momento en que se extingue la sanción, pues no es el mismo caso de la relación cuasifamiliar establecida a partir de la tutela, que cesa al desaparecer las circunstancias que le dieron origen: la situación de incapacidad del mayor de edad, o la no-sujeción a patria potestad del menor.

Otro de los impedimentos que ha recogido la ley vigente en materia familiar es el referido al parentesco, que tradicionalmente se ha extendido tanto a los parientes por consanguinidad como a los parientes por afinidad. En el siglo IX las prohibiciones por este motivo llegaron hasta el séptimo grado por consanguinidad según el sistema romano de cómputo, pero precisamente a raíz del inicio del segundo milenio después de Cristo, el Derecho Canónico comienza a utilizar el sistema de cómputo germano, que solamente cuenta en la línea colateral el brazo más largo, de forma que aunque nominalmente se mantuvo la prohibición en el grado séptimo, en realidad se multiplicó, pues entonces se llegó al grado catorce según el sistema romano.

Dentro del Derecho español esta prohibición siguió en líneas generales la de la normativa canónica reduciéndose en el momento de la codificación hasta el tercer grado de la línea colateral, siendo en este caso dispensable. Nuestro Código de Familia, redujo aún más la prohibición hasta el segundo grado de consanguinidad en la línea colateral. Asimismo, también desapareció el parentesco por afinidad como causa de nulidad del matrimonio. Éste actualmente es definido por el Código de Familia de la siguiente manera: "Los parientes de un cónyuge lo son del otro, en la misma línea y grado" (artículo 120). Sólo cabría hacer aquí una observación, que no pasará inadvertida a las miradas perspicaces, este tipo de parentesco es necesario que tenga igualmente un carácter bilateral, y por tanto, debe extenderse, más allá de su sentido literal, a los cónyuges de los parientes consanguíneos del sujeto de referencia, no sólo a los consanguíneos de su cónyuge.

5. ¿Anulabilidad en el matrimonio?

[285] MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia – Módulo 2, segunda reimpresión, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 61.

Retomando el hilo de la exposición, paso a abordar seguidamente la pertinencia de la categoría de anulabilidad dentro del matrimonio, por cuanto existe un sector importante de la doctrina española contrario a dicha aplicación. Sostienen que "...la anulabilidad es una causa de ineficacia que puede aplicarse solamente a los negocios jurídicos patrimoniales, porque el matrimonio crea un status, que sólo puede ser alterado por causas declaradas judicialmente, y al afectar el estado civil, son de interés general y la validez del negocio no permite la actuación de la autonomía de la voluntad para la atribución de efectos (...) de donde cabe deducir que no es aplicable al matrimonio la categoría de la anulabilidad".[286]

En primer lugar, no cabe aquí sostener el argumento de la autoridad, tan querido para la escolástica, pero hace tiempo desechado por la ciencia moderna. Por muy renombrados que sean los autores que siguen esa corriente, este hecho sólo puede constituir un elemento que es imposible obviar en el análisis, pero no será un criterio definitorio de ninguna manera. En última instancia, no puede perderse de vista que otros autores como ESPÍN CÁNOVAS, BONET RAMÓN, PUIG BRUTAU y SÁNCHEZ ROMÁN, son partidarios de la opinión contraria.

A ello hay que añadir que el Código Civil, que contempla la anulabilidad en el artículo 69, la configura como causa de ineficacia de todo acto jurídico, sin excluir expresamente al matrimonio, lo que no entra en contradicción con el artículo 45.2 del Código de Familia, que contempla la nulidad del matrimonio por error en las personas o mediante coacción o intimidación que vicien el consentimiento. Pero la razón más convincente está dada porque toda una serie de actos de carácter extrapatrimonial quedarían desprovistos de dicha protección, como pueden ser el poder para contraer matrimonio, el reconocimiento de un hijo, el acto por el cual el padre da a su hijo en adopción, etc.

¿Cuáles serían los supuestos de anulabilidad? En primer lugar la coacción o amenaza, que no define el Código de Familia, pero que el Código Civil caracteriza como aquella circunstancia en que "el manifestante obra bajo los efectos del temor provocado por medio del anuncio de un mal contra la vida, el honor o los bienes de él o de un tercero" (artículo 72). Habría que tener en consideración igualmente, al error, de gran trascendencia en sede de nulidad del matrimonio. El mismo puede ser un error en la identidad de la persona, que será un error obstativo, o un error en las cualidades. En este último supuesto se tienen en cuenta circunstancias tales como la impotencia, alguna enfermedad mental, una depresión neurótica, el embarazo anterior, el ocultamiento de antecedentes penales, la situación migratoria de ilegalidad, entre otros.

El vicio del error es acogido genéricamente por el artículo 45.2 del vigente Código de Familia, aunque el mismo se encuentra regulado en sus diferentes tipos por el artículo 70 del Código Civil, que referido a la modalidad que nos ocupa, establece en su apartado c, que existe error también cuando "el manifestante tuvo en cuenta otra cosa u otra persona distinta o de cualidades distintas de aquella que es objeto del acto". A nadie escapará lo impropio de referirse el precepto solo al "objeto del acto", siendo así que en la primera parte también están incluidas las personas, que jamás podrán ser consideradas objeto de

[286] ROCA I TRÍAS, Encarna (Coordinadora), Derecho de Familia, tercera edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 105.

ningún acto. Ahora, no obstante la tradición canónica de encauzar la nulidad del matrimonio a través de este vicio, que ha sido acogida por el Derecho Civil codificado, existe un sector de la doctrina, en especial de la doctrina argentina, que se opone a dicha aplicación. BORDA sostiene que en la práctica no puede producirse el error en la identidad del contrayente en el caso del matrimonio, pues las formalidades con las que el acto se celebra previenen al mentado vicio – piénsese en la presencia de un funcionario público, y en la presentación de los documentos de identidad, por ejemplo.[287]

Con respecto al error sobre las cualidades personales, se ha apuntado que, en "...el caso de una mujer que contrae matrimonio con un hombre que ha sufrido una condena infamante. Si la novia le ha preguntado y el esposo le ha ocultado tales antecedentes, la mujer podrá solicitar la anulación del matrimonio pero invocando el dolo, no el error. Si en cambio, nada le ha preguntado, es que ella no se ha preocupado y no puede más tarde, decir que fueron los supuestos antecedentes honorables los que la impulsaron al casamiento. El error, si existe, no es excusable".[288] No hay que llegar necesariamente a estos extremos.

La excusabilidad del error debe apreciarse de acuerdo a la naturaleza propia del matrimonio. No se debe exigir a los novios una prudencia excesiva al momento de formalizar el matrimonio, de modo que si no se indagó, como en el caso de análisis, por los antecedentes penales, después no puede alegarse el error. Una diligencia promedio de los contrayentes no incluiría jamás la exigencia de una certificación sobre los antecedentes penales del otro contrayente. Esa situación de desconocimiento o conocimiento equivocado en la que consiste el error puede darse perfectamente, como situación distinta de la del dolo, por más que el derecho haya tomado medidas para actuar preventivamente sobre dicho fenómeno.

Precisamente otro punto debatible es la inclusión del dolo o fraude, como le denomina el artículo 71 del Código Civil, entre las causas que conducen a la anulabilidad del matrimonio. En contra de dicha posibilidad se manifiesta con vehemencia la doctrina francesa para la cual en marriage tromp qui peut, o lo que es lo mismo, en el matrimonio engaña el que puede. Se alude con ello a que en el noviazgo, en esa etapa previa a la celebración del matrimonio, cuya extensión y naturaleza tanto ha variado con el tiempo, es propio que cada uno de los miembros de la pareja trate de mostrar al otro sus mejores cualidades, o aún de demostrar las cualidades que no posee con tal de agradar a su compañera/o. La doctrina canónica fue tradicionalmente reacia al hecho de que el matrimonio, sacramento entre cristianos, pudiese estar afectado por las maquinaciones de una de las partes, pero dicha posición ha cedido en la actualidad pues para el vigente Código de Derecho Canónico, "...quien contrae matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente" (canon 1098). Las supuestos que podrían darse serían los mismos que han sido citados para el error, pero cuando el desconocimiento de uno de los contrayentes haya sido efectivamente provocado por el otro. En ese sentido debía realizarse una apertura del artículo 45.2 del vigente Código de Familia.

---

[287] BORDA, Guillermo A., El error de hecho y de derecho. Su influencia en la anulación de los hechos jurídicos, segunda edición, Editorial Emilio Perrot, Buenos Aires, 1950, pp. 84-85.

[288] DÍAZ, Silvia A., "El error", en, Revista Jurídica Argentina La Ley, año 2005, Tomo A, número 931.

En una situación totalmente opuesta se haya el denominado temor reverencial, definido como aquel que se produce cuando "existe el temor fundado a incurrir en la indignación grave y perpetua, o al menos duradera, del superior", situación que se denomina temor cualificado, y que se dice mixto cuando además de esa indignación se temen otros males con aptitud para suscitar temor, como pueden ser la expulsión del hogar o la desheredación, en las legislaciones que la admiten.[289] Este hecho no sería constitutivo de amenaza pues falta el elemento activo que provoca el temor, se trata de un temor que se ha originado de forma espontánea, aunque no puede por ello desecharse, pues también de carácter espontáneo es el error, y sin embargo la casi unanimidad de los ordenamientos jurídicos lo admiten en esta sede. Como ha afirmado la Doctora MESA CASTILLO: "Si bien (...) la juventud cubana ha adquirido independencia de criterio dentro del seno de una familia ya con caracteres más democráticos que hace cincuenta años, no desechemos que con otras manifestaciones y en otro contexto podría repetirse en esencia un matrimonio obligado por el llamado temor reverencial."[290]

6. Nulidad absoluta en el matrimonio.

Los supuestos de nulidad absoluta han sido más pacíficamente admitidos por la doctrina, aunque no en toda la amplitud aplicable al resto de los actos jurídicos de carácter negocial, dada la especialidad de normas como las relativas al matrimonio putativo, cuando uno de los cónyuges ha obrado de buena fe.

Existe un grupo de causas que conducen sin lugar a dudas a la nulidad absoluta. Ellas son las contempladas en los artículos 4.2 y 5 en todos sus apartados, "…circunstancias éstas que se regulan en el Código de Familia como impedimentos dirimentes que provocan la nulidad absoluta del acto".[291] Vuelve a aparecer aquí la sinonimia entre la doctrina de los impedimentos y el efecto de la nulidad absoluta. La expresión en su contexto original, también contemplaba el art. 4.1 referente a la falta de consentimiento, circunstancia que no constituye un impedimento, pues no se refiere a una condición personal y distinta de la voluntad, tal como han sido definidos con anterioridad.[292]

Como causa independiente debe considerarse entonces la falta de consentimiento en uno o en ambos contrayentes (artículo 4.1 Código de Familia), que merece un tratamiento diferenciado al no serle de aplicación, por ejemplo, la doctrina del matrimonio putativo, según la más tradicional concepción que al respecto hemos heredado del Derecho Canónico. Nótese como la solución adoptada por el legislador cubano en este supuesto, va contra la doctrina de la inexistencia del matrimonio, pues uno de los más citados ejemplos

[289] BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto, Compendio de Derecho Matrimonial Canónico, séptima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p.162.
[290] MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia – Módulo 2, El matrimonio. Nulidad del matrimonio, primera edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p.40.
[291] TEJEIRO MORCATE, Carlos A., "El sistema matrimonial civil cubano. Principios informantes" en, CD Nuevos perfiles del Derecho de Familia – Libro Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo, Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2006.
[292] Vid. epígrafe 4 del presente trabajo.

de tal causa de ineficacia es la falta de consentimiento matrimonial, supuesto que es contemplado en el Código de Familia como primera causal de nulidad.

A ello hay que añadir los matrimonios celebrados sin las formalidades establecidas por la ley como requisito esencial. Este precisamente es uno de los supuestos en los cuales resulta útil la aplicación supletoria del Código Civil en materia de ineficacia matrimonial, doctrina que viene rechazando, como ya se vio, la Sala de Civil y lo Administrativo de nuestro más alto foro. Y es necesario, en tanto el tratamiento a las nulidades por motivos de forma en el Código de Familia es demasiado uniforme. La única mención al respecto se deduce del artículo 4.3 al establecer que es nulo el matrimonio "…con infracción de los requisitos que para su validez exige este Código". La propia sistemática del artículo 45 que intenta reunir todas las causales de nulidad, hace pensar que el precepto anteriormente citado se refiere a la nulidad por motivos formales, al excluir los vicios del consentimiento y las prohibiciones de los artículos 4 y 5.

Pero el régimen jurídico que detalla seguidamente se considera que no es el adecuado para enfrentar todas las nulidades de carácter formal. Si bien el artículo 46.1 amplía la legitimación a cualquiera de los cónyuges o el fiscal, el artículo 47 establece que la acción de nulidad, cuando se fundamente en el artículo 45.3, deberá ejercitarse dentro de los seis meses siguientes contados a partir de la formalización del matrimonio. Una regla semejante, aplicada a todos los casos de nulidad formal conduce al absurdo de convalidar el matrimonio una vez transcurrido el término antedicho, cualquiera que sea la entidad del defecto de forma.

La incompetencia del funcionario autorizante, por ejemplo, o la ausencia de los testigos requeridos, o incluso la inhabilidad de los mismos, no pueden tener como consecuencia la convalidación de dichos actos por el no ejercicio de la acción en el término establecido para ello. Se trata de normas de orden público, cuya efectividad no puede depender de la voluntad de los sujetos destinatarios. El matrimonio es uno de los actos solemnes por excelencia, y por tanto, la función que reviste la forma en él hace que las consecuencias de su incumplimiento sean las más graves que el ordenamiento prevé. Se trata de actos que "…denominados en la doctrina ad solemnitatem, son sancionados por la ley, bajo pena de nulidad radical de no cumplimentar los requerimientos formales que el ordenamiento impone o que las partes han añadido, dotándole de un valor esencial. En los actos solemnes la nulidad de la forma quebranta el valor intrínseco del acto, que sin forma no tiene razón de ser, no son atendidos por el Derecho…".[293]

Entre los defectos formales que conducen a la nulidad absoluta, cuando el matrimonio se formaliza ante notario público, hay que citar los autorizados fuera de los límites de la competencia territorial siempre que no se celebre in anticulo mortis, cuando en el documento público no consta la identidad o firma del notario, así como la identidad o el juicio de conocimiento y capacidad de los comparecientes, la omisión de sus firmas y de la de los testigos, entre otras (artículo 16 de la Ley de Notarías Estatales). En el mismo sentido hay que interpretar los requisitos que establecen la Ley del Registro del Estado

[293] PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "A propósito de la nulidad de los instrumentos públicos notariales" en, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. e Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (coordinadores), Derecho Notarial, tomo III, primera edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, p. 118.

Civil y su Reglamento.[294] Tienen éste carácter, vgr. el artículo 61 del Reglamento que se refiere a la incapacidad para ser testigo, el artículo 63 que establece las prohibiciones para comparecer como testigo ante el registrador, cuando dichos requisitos no sean subsanables conforme a la propia legislación vigente.

En relación con el artículo 45.3 quedaría reservado para aquellos requisitos formales previstos en el Código de Familia, por expresa remisión del texto legal, que no tengan señalada causa de ineficacia distinta. Estas formalidades, si bien están igualmente establecidas legalmente, no tendrían similar grado de imperatividad de aquellas a las que se ha hecho referencia con anterioridad, aplicándoseles un régimen más flexible. En este caso estarían la necesidad de presentar certificado médico para la mujer que pretenda contraer matrimonio antes de los trescientos días de haberse extinguido su matrimonio anterior (artículo 6 del Código de Familia), así como la autorización requerida cuando el menor púber pretende contraer matrimonio (artículo 3 del mismo cuerpo legal).[295]

Necesaria también resulta la aplicación del articulado del Código Civil en materia de simulación del matrimonio. Aquí es donde manifiesta su mayor debilidad la tesis de la especialidad del régimen de ineficacia en el matrimonio, si esta es interpretada en su sentido más estricto. La falta de pronunciamiento del Código de Familia sobre esta figura deja desprotegida a la sociedad frente a la utilización de la institución matrimonial para fines ajenos a aquellos que el Derecho tutela. Véase que no se trata en este caso del febril interés del legislador por regular todos los espacios posibles, sino de un fenómeno de hondas repercusiones prácticas. Como bien señala MESA CASTILLO, "…actualmente el matrimonio simulado, con la finalidad de conseguir alguna ventaja de cualquier tipo, sobre todo de obtener permisos de emigración o residencia, es una vía de entrada al mundo desarrollado por los ciudadanos del tercer mundo, los más en franco fraude a la ley, lo que ha supuesto una ingente modificación de la legislación al respecto y una abundante cantidad de comentarios y jurisprudencia en los países receptores".[296]

Efectivamente, la ausencia de una regulación al respecto en la legislación cubana sólo puede atribuirse al momento histórico en que se promulgó el Código de Familia, cuando las relaciones comerciales con los países de Europa Occidental y América eran casi inexistentes, y el turismo no tenía el peso actual en el Producto Interno Bruto de la nación. Las condiciones han cambiado de forma tan radical en los últimos veinte años que se hace urgente la reacción de nuestro Derecho positivo a éste fenómeno. Me permito añadir al problema migratorio, las restricciones existentes en cuanto a actos de disposición sobre los inmuebles urbanos, constituyéndose el matrimonio en medio que permite la posterior cesión de bienes de esa naturaleza, bajo la apariencia de un acto realizado a título gratuito entre cónyuges o excónyuges.

Mientras que otros ordenamientos jurídicos, protegen la institución matrimonial y las normas migratorias a través de esta causal de nulidad absoluta, el nuestro queda

---

[294] Se trata de la Ley 51, de 15 de julio de 1985, Ley del Registro del Estado Civil, y la Resolución 157, de 25 de diciembre de 1985, del Ministro de Justicia, Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil.

[295] MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia – Módulo 2, segunda reimpresión, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 41.

[296] MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia – Módulo 2, El matrimonio. Nulidad del matrimonio, primera edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p.29.

incompleto ante ausencias de tal envergadura. El único instrumento en manos del funcionario autorizante del matrimonio lo establece el artículo 69 de la Ley del Registro del Estado Civil, que se refiere a la posibilidad de denegar la autorización para la formalización del matrimonio cuando el funcionario "…abrigue dudas fundadas en relación con la existencia de algún impedimento legal…", expresión que incluso habría que interpretar en un sentido lato, más allá de los impedimentos propiamente dichos. Sólo está concebido, pues, este mecanismo preventivo, sin que se prevean otros que actúen si el matrimonio efectivamente se llegó a formalizar. Incluso debe preverse en este caso la recepción de la figura de la reserva mental, que siquiera reconoce el vigente Código Civil. Como se conoce esta figura hace alusión a la concertación de determinado acto jurídico con propósitos ocultos por una de las partes, sin existir el acuerdo simulatorio que requieren los apartados e) y f) del artículo 67 de la ley sustantiva civil.

La doctrina conforme a la cual los altos intereses familiares exigen que la voluntad común simulatoria de los cónyuges sea del todo intrascendente debe ser, por ello, desechada. Precisamente el orden público exige que el acuerdo entre partes creador de una apariencia jurídica no vulnere aquella finalidad que proclama el Código de Familia en su artículo primero: "…el fortalecimiento del matrimonio legalmente formalizado o judicialmente reconocido…".

Estos son sólo algunos de los problemas que el régimen de la ineficacia matrimonial plantea al operador jurídico. Ojala y estas reflexiones cumplan su cometido de ser un estímulo para el debate, y un catalizador para las correspondientes modificaciones legislativas, que en este ámbito son necesarias.

## BIBLIOGRAFÍA.

ALBALADEJO, Manuel, Curso de Derecho Civil español común y foral, Tomo I Introducción y Parte General, primera edición, Librería Bosch, Barcelona, 1977. BORDA, Guillermo A., El error de hecho y de derecho. Su influencia en la anulación de los hechos jurídicos, segunda edición, Editorial Emilio Perrot, Buenos Aires, 1950. BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto, Compendio de Derecho Matrimonial Canónico, séptima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1991. DÍAZ, Silvia A., "El error", en, Revista Jurídica Argentina La Ley, año 2005, Tomo A, número 931.

DÍEZ PICAZO, Luis, Sistema de Derecho Civil. – Volumen I. Introducción, Derecho de la persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica. Editorial Tecnos, Madrid, 1983. LORENZO DE FERRANDO, María Rosa, "Impedimentos matrimoniales" en, A.A.V.V., Derecho de Familia, tomo primero, primera edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1982, pp. 148-180. MESA CASTILLO, Olga, "Adulterio y aborto: tratamiento jurídico en Cuba" en, MESA CASTILLO, Olga (coordinadora), Temas de Derecho de Familia, primera edición, Editorial Félix Varela, 2001, pp. 33-55. MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia – Módulo 2, segunda reimpresión, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004. MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia – Módulo 2, El matrimonio. Nulidad del matrimonio, primera edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "A propósito de la nulidad de los instrumentos públicos notariales" en, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. e Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (coordinadores), Derecho Notarial, tomo III, primera edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, pp. 116-134. REINA, Víctor y Joseph Ma.

MARTINELL, Curso de Derecho Matrimonial, primera edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995. ROCA I TRÍAS, Encarna (Coordinadora), Derecho de Familia, tercera edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997. TEJEIRO MORCATE, Carlos A., "El sistema matrimonial civil cubano. Principios informantes" en, CD Nuevos perfiles del Derecho de Familia – Libro Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo, Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2006. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (Coordinadora), Derecho Civil Parte General, primera edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.

# LA CESACIÓN DE MATRIMONIO. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO MUERTE Y DECLARACIÓN JUDICIAL DE PRESUNCIÓN DE MUERTE

Aclaración necesaria:

Como ya habíamos advertido antes al estudiar la nulidad del matrimonio en la doctrina y en el Derecho comparado se establece una clara distinción entre la nulidad del matrimonio y la extinción o disolución del matrimonio.

Vamos a denominar ahora a estas causas que ponen fin al matrimonio como causas de cesación del mismo, a fin de incluir en ellas, tanto la nulidad ya estudiada en el texto anterior, como las causas propias de extinción (muerte y presunción de muerte) y el divorcio, todas estas últimas que serán objeto de este material, con el que pondremos fin al estudio del Derecho Matrimonial cubano.

Esta autora, sin embargo, se vio obligada a extender el análisis a otros temas conexos al hecho de la muerte, como las consideraciones con mirada de género del estado conyugal de viudez, los efectos de ella para el parentesco por afinidad, según criterios doctrinales, al estudio de las declaraciones judiciales de ausencia y presunción de muerte, más allá del matrimonio incluyendo a otras instituciones del Derecho de Familia y por último a realizar una valoración histórico – legislativa de estas instituciones jurídicas propias del Derecho Civil, desde la normativa y la óptica del Derecho de Familia.

Agradecimiento

El tema de las declaraciones judiciales de ausencia y presunción de muerte, tema propio del Derecho Civil en el que incide también el Derecho de Familia ha sido escasamente tratado por los juristas cubanos contemporáneos.

En medio de ese vacío de creación, de manera excepcional, el que fuera mi alumno distinguido, hoy Dr. Cj. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, publica tres excelentes monografías que tratan de la Muerte, la Ausencia, y la Presunción de Muerte, las que me sirvieron para contrastar mis propias ideas, enlazando como en un concierto de piano a cuatro manos, las valoraciones desde el Derecho Civil y el Derecho de Familia.

Agradezco infinitamente al autor esta posibilidad y le felicito por su rigor científico. Me ha dado también la oportunidad de hacer realidad ese lema del más puro magisterio que expresa, que el verdadero maestro es el que quiere ser aventajado por sus alumnos.

Olga MESA CASTILLO.

Abreviaturas utilizadas referentes a los textos legales más nombrados:

| | |
|---|---|
| CF | Código de Familia. Ley No. 1289 de 1975 |
| CC | Código Civil cubano. Ley No. 59 de 16 de julio de 1987 |
| CCe derogado | Código Civil español extensivo a Cuba en 1889. Derogado |
| CCe vigente | Código Civil español actualizado hasta el año 2005 |
| LREC | Ley del Registro del Estado Civil. Ley No. 51 de 8 de julio de 1985 |
| LPCALE | Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y económico. Ley No. 7 de 1977 (Con adiciones en el 2006) |

Sumario: Introducción. Extinción del matrimonio por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges (Art. 43.1 del CF). El estado conyugal de viudez. Valoración histórica legislativa desde el concepto de género. Efectos de la viudez en el parentesco por afinidad. La declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges (Art. 43.2 del CF). Introducción al tema. Antecedentes histórico – legislativos de la ausencia y de la presunción de muerte. Valoración desde el Derecho de Familia. Declaración judicial de ausencia y sus efectos posibles para el matrimonio. La declaración judicial de ausencia. Su repercusión para el ejercicio de la patria potestad. La declaración judicial de presunción de muerte, sus efectos para el matrimonio. Recuento legislativo. Los efectos para el matrimonio de la reaparición del presuntamente muerto. Consideraciones Generales. El presuntamente muerto. Fecha exacta de su muerte y de la extinción del matrimonio. Declaración judicial de presunción de muerte y declaración de fallecimiento. Precisiones conceptuales. La reaparición del cónyuge presuntamente muerto, sus efectos para el matrimonio según las distintas hipótesis de la LREC. Consideraciones acerca de la omisión (con excepción del matrimonio) en la normativa del CF de los efectos de la reaparición del presuntamente muerto. Las declaraciones judiciales de ausencia y presunción de muerte. Cauce procesal y régimen registral.

1- Introducción

Insistiendo en lo expresado en la aclaración necesaria y aunque resulte repetitivo, recordemos que el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges o la declaración judicial de la presunción de muerte de uno de ellos, cabe conceptuarlas como causas propiamente dichas de extinción del matrimonio, mientras para algunos autores el divorcio se enmarca dentro de la categoría más genérica de disolución. Como hemos adelantado en la presentación de este material de estudio, hemos decidido denominar a todas estas causas (incluyendo la nulidad) que ponen en definitiva fin al matrimonio como causas de cesación del mismo, no obstante, debe esperarse de un material docente que abundemos en expresar el por qué algunos teóricos del Derecho de Familia valoran esta diferencia entre extinción y disolución, que no es sólo semántica sino basada en la realidad fáctica.

Así, el divorcio, si bien pone fin al matrimonio, se origina no en la desaparición física del cónyuge sino en paliar los efectos de una crisis matrimonial, en otras palabras, en remediar jurídicamente una situación sobrevenida inter vivos, de incompatibilidad, violencia, desamor en aquella pareja que un día se unió para convivir supuestamente toda la vida. Los efectos del divorcio tienen aún más repercusiones jurídicas si ha habido prole, pues entonces se demanda desde el Derecho de Familia la adopción ex lege de medidas respecto a los hijos, acerca de su guarda y cuidado, régimen de comunicación, pensiones alimenticias para ellos y el ex – cónyuge en su caso, liquidación de la comunidad matrimonial de bienes entre otros efectos que estudiaremos al ocuparnos del divorcio.

Es lo cierto, que en el Derecho Comparado, se hace énfasis cada vez más en la problemática de las llamadas crisis matrimoniales y sus secuelas, trátese de divorcio, nulidad, o en determinadas legislaciones (que no en Cuba) la separación de los cónyuges. Así se afirma que una de las claves del Derecho Matrimonial actual es la regulación cada vez más completa y compleja de las consecuencias que la ruptura comporta en temas

tales"…(1). La preocupación surge fundamentalmente, amén de la protección de otros derechos conyugales, por el propósito de salvaguardar los intereses y la estabilidad emocional de los menores[297] también ahora considerados como sujetos de derechos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Las crisis matrimoniales ponen en peligro la estabilidad del matrimonio, van socavando el concepto mismo de matrimonio y ya saben los estudiosos del Derecho Matrimonial cubano, que matrimonio es el formalizado, el que trata de remedar con carácter retroactivo y por cierto lapso la unión no formalizada reconocida judicialmente.

Estamos comentando entonces, causas de cesación, (nulidad, fallecimiento, presunción de muerte y divorcio) que se refieren o que tienen lugar paradigmáticamente en el matrimonio formalizado (antes, en la legislación del pasado, matrimonio civil), si bien el fallecimiento puede ser y de hecho es, entre nosotros, una causa de extinción para la unión no formalizada reconocida judicialmente. Pero pensemos en una presunción de muerte declarada judicialmente en una unión reconocida judicialmente. Sin dudas, requeriría de una fragosa labor heurística concebir tal situación[298] aunque la vida es más rica que la imaginación.

Sin lugar a dudas, para el Derecho Comparado la conditio iuris de las causas de cesación del matrimonio, es, que exista el matrimonio civil o religioso, según sea la legislación vigente. Este es en general también el principio que rige entre nosotros, pero con características tan sui-generis como la existencia de un matrimonio formalizado con carácter retroactivo, o la posible nulidad absoluta o de pleno derecho que puede surgir en una unión no formalizada que logre no obstante ser reconocida judicialmente, o el reconocimiento de la buena fe en una unión libre, no formalizada o de hecho[299], que obligaría a una valoración más puntualizada, la que dejo como tema de reflexión para futuras monografías, propias o de los lectores.

Siguiendo el hilo conductor sobre las llamadas crisis matrimoniales, referidas a situaciones de ruptura por divorcio, nulidad y en otros lares, separación de los cónyuges, es de destacar que se trata de un tema que ha adquirido relieve a nivel mundial, en nuestra llamada "cultura occidental" de raíz greco – romana o judeo – cristiana y que se relaciona con la calificada "crisis institucional del matrimonio civil"[300], en otras palabras

---

[297] Tal terminología de "menores" ha sido reemplazada en la doctrina más avanzada por la de niñas, niños y adolescentes, por considerarla la Convención de los Derechos del Niño, una denominación subestimativa de la infancia y la adolescencia que en el desarrollo de su capacidad progresiva va alcanzando ciudadanía desde la niñez

[298] Ya esto advertíamos a pie de página en las Consideraciones Generales de la Disolución y Liquidación de la comunidad matrimonial de bienes en el Capítulo referido al Régimen Económico del Matrimonio.

[299] Recomiendo releer los epígrafes dedicados a los matrimonios nulos y anulables y a la unión matrimonia no formalizada putativa en el Capítulo dedicado a la Nulidad del Matrimonio.

[300] La Iglesia Católica cubana en la palabra de Monseñor Carlos Manuel DE CÉSPEDES GARCÍA MENOCAL en documentado trabajo sobre el matrimonio, concluye afirmando (entre otras consideraciones) que "la sociedad occidental contemporánea ya no es la misma que aquella en la que se llegó a las clarificaciones actuales acerca del matrimonio, ni la presencia física de la Iglesia Católica está limitada hoy al mundo occidental como lo estaba, casi exclusivamente, en la Edad Media y en los tiempos del Concilio de Trento. El pluralismo de visiones dentro del mundo occidental acerca de la familia, del sexo, del matrimonio, etcétera tiende a imponerse e incluye criterios que se contraponen a los que la Iglesia afirma como irrenunciables"… En "El Matrimonio y la familia a lo largo de la historia del cristianismo" (Edición Especial de Palabra Nueva No. 165 – Revista de la Arquidiócesis de La Habana, Año XVI, Julio – Agosto de 2007 p. 41)

"crisis del propio concepto de matrimonio, de su función y contenido institucional de la razón de ser en el seno de la sociedad de nuestros días"(2).

Este fenómeno jurídico y social puede objetivarse en la disminución de las tasas de nupcialidad y en el aumento de las uniones de hecho, más difíciles de controlar estadísticamente, aunque se constatan mediante las estadísticas de los nacidos vivos según el estado conyugal de la madre.

En ambas variables nuestro país revela cifras perturbadoras: así desde 1964 al 2005 (o sea en 41 años) la tasa bruta de nupcialidad ha presentado sus niveles más bajos en los años 2004 y 2005 y todo apunta a que seguirán declinando; mientras en el año 2005 los nacidos vivos de madres casadas alcanzaban la cifra a nivel nacional de 26,298, mientras los nacidos de madres "acompañadas" alcanzaban mucho más del doble, con un total de 85,398 (3). Los datos estadísticos actuales demuestran que la cifra referente a los hijos nacidos de uniones no formalizadas sigue in crescendo de manera gradual.

¿Quiere esto decir que el matrimonio formalizado en nuestro país está en crisis o que se está produciendo un acelerado proceso de cambio?

Esta es una buena pregunta para los psicólogos, sociólogos y demógrafos cubanos, pero desde el ángulo jurídico, la valoración tiene otra connotación: Si no hay matrimonio formalizado, no hay causas de cesación del mismo a considerar… ni siquiera la muerte[301].

Aún más patético es el caso de las niñas, niños y adolescentes, que en situación de ruptura de la unión no formalizada de sus progenitores no estarían amparados por las medidas protectoras (tutelares) para ellos, específicamente del divorcio, pues no hay divorcio si no hay matrimonio formalizado. Si bien, tampoco lo están ahora, revelación que parece inconcebible, que ya habíamos constatado antes, pero que ahora, después de una exhaustiva investigación de Derecho Comparado, se evidencia en el excelente trabajo de Tesis Doctoral realizado por la reconocida jurista Miriam VELAZCO MUGARRA (4) al poner de manifiesto que no se garantiza en nuestro país el principio de igualdad de todos los hijos[302] pues los nacidos de uniones no formalizadas sujetas a crisis de ruptura al no existir el divorcio para ellos, no están respaldados los hijos menores por las mismas medidas que los hijos fruto de un matrimonio formalizado que acude al divorcio. Todo, porque el procedimiento civil vigente "perjudica la eficacia del Derecho sustantivo, pues se establecen distintas reglas para determinar la situación jurídica del hijo menor, según sea hijo de matrimonio o no".

Con las estadísticas de nuestro país que he aportado y los comentarios formulados, no pretendemos presentar un cuadro apocalíptico, sino hacer reflexionar a los lectores de cómo el Derecho de Familia del futuro debe dar respuesta a los cambios acontecidos a nivel mundial que se refieren en especial al panorama general de la crisis de identidad del concepto civil del matrimonio en "esta sociedad contemporánea crecientemente pluralista y neopagana"[303] y de forma apremiante en la necesidad de disponer de un

---

[301] Estamos partiendo del matrimonio formalizado o civil como institución paradigmática y en los efectos jurídicos del mismo, fundamentalmente en el ámbito del Derecho Civil y de Familia.

[302] Insistimos que aludimos al ámbito del Derecho de Familia y en este caso en cuanto a medidas cautelares entre hijos nacidos en matrimonio formalizado o no en caso de ruptura de sus progenitores y no a la política pública de protección a la infancia en nuestro país, reconocidas como ejemplares a nivel internacional.

[303] Al decir de Monseñor Carlos Manuel DE CÉSPEDES GARCÍA MENOCAL en el trabajo citado supra a pie de página.

nuevo Código de Familia, de un procedimiento familiar propio y distinto del Civil y de un fuero especial de Familia en nuestro país, reclamos que ya resultan impostergables.

No obstante, todavía es necesario que emprendamos el estudio de las causas de extinción del matrimonio que regula nuestro Código de Familia vigente y empezaremos por el hecho de la muerte de cualquiera de los cónyuges.

2 – Extinción del matrimonio por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges (Art. 43.1 del Código de Familia)

Según el concepto sacramental del matrimonio, la muerte debía ser la única causa de extinción del mismo: "Lo que Dios unió no lo separe el hombre". Pero este ideal no fue alcanzado ni para el propio Derecho Canónico que tuvo que admitir si no el divorcio, si la nulidad del matrimonio, pero siempre bajo el principio del Favor Matrimonii, presumiendo su validez, jerarquizando la revalidación del matrimonio sobre la nulidad misma.

La muerte como hecho trascendente, por no decir, el más trascendente de la vida humana, de la persona natural tiene múltiples efectos jurídicos e implicaciones éticas, filosóficas, sociológicas, médicas, entre otras, por lo que ya se habla de la posibilidad de que surja un Derecho Funerario, como un Derecho independiente del Derecho Civil (6).

Son tantos los efectos de la muerte en todas las ramas de las Ciencias Jurídicas y tanta la importancia del cadáver, de los avances de la trasplantología, al que se suma en el proceso de la muerte determinar el instante mismo de la cesación definitiva de la vida que habría que coincidir con la necesidad de la existencia de un Derecho independiente.[304]

"Con la muerte cesa la vida orgánica del hombre, se extingue la personalidad jurídica y también la capacidad como sujeto de derecho, aunque las relaciones jurídicas creadas en la vida por la persona que fallecen subsisten en una cierta medida y duración." (7)

El profesor Dr. Cj. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO en valioso trabajo titulado "Un enfoque filosófico y jurídico en torno a los criterios para la determinación y certificación de la muerte, con especial referencia al criterio neurológico"(8) nos informa del proceso sufrido de secularización de la muerte (abandonada la relación con la espiritualidad y el más allá) y por consiguiente de la medicalización que consiste en el hecho de haber caído en el dominio de la medicina (relación médico – paciente) correspondiendo su determinación y certificación al personal facultativo autorizado (Cfr. Art. 26.1 del CC) y continúa

[304] Desde que el hombre tuvo uso de razón le atormentó la idea de la muerte, reflexionaba Job en el Antiguo Testamento: "El hombre nacido de mujer tiene corta vida y abundantes tormentos… Pero el hombre que muere queda inerte. Cuando un hombre expira ¿dónde está?. La frase latina POST MORTEN NIHIL EST (Después de la muerte no hay nada) expresa la misma angustia. Job 14.1.10. La Biblia Latinoamericana – Sociedad Bíblica Católica Internacional, Roma, 1972. Impreso en Venezuela.
Los comentaristas de esta Biblia en Eclesiastés 5.21. razonan algo que resulta curioso para esta autora que no es creyente: (…) "Incluso para los creyentes de hoy que sabemos de la otra vida, nuestra fe no tiene poder habitualmente para destruir el miedo natural a la muerte. En la práctica nos deja desconcertados tanto la desaparición de los seres queridos como la certeza de nuestra muerte".
Este sentimiento de imposibilidad de pensar nuestra propia muerte ha sido denominado APORIA y fue especialmente formulado por Epicuro. (Ver trabajo del Dr. Cj. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO en obra citada en Nota (8) al final de este texto).

expresando cómo la muerte ahora se relaciona con el cese irreversible de las funciones cerebrales, sosteniéndose entonces el criterio de la muerte encefálica sobre el criterio tradicional basado en que la muerte tiene lugar por el cese permanente de la circulación de los fluidos corporales vitales (paro irreversible de la función cardiaca y respiratoria, o sea criterio de muerte cardio – respiratoria).

Aunque parezca que estas valoraciones no aportan al tema de la muerte como causa de extinción del matrimonio, muy por el contrario nos ayudan a profundizar en la connotación actual de este hecho jurídico trascendente para la persona natural.

Desde el Código de Familia, por la muerte se extingue no sólo el matrimonio, sino que en múltiples situaciones ya estudiadas en capítulos anteriores, se valora también la muerte, como en el caso de los padres otorgantes de la autorización excepcional para la formalización del matrimonio en hijos púberes menores de edad (Cfr. Art. 3.1) como en el impedimento dirimente de conyugicidio (Cfr. Art. 5.4) y los que se refieren al régimen económico del matrimonio (Cfr. Arts 38 y 42) en cuanto a la posibilidad de liquidar los bienes de la comunidad matrimonial de bienes. Y aún en otras situaciones todavía no estudiadas se hace referencia a la muerte, con la que se extingue la patria potestad (Cfr. Art. 92.1) la obligación de dar alimentos (Cfr. Arts. 135.1 y 2) la tutela, si fallece el tutelado, no así el tutor (Cfr. Art. 160.3) y aparece también convocada la muerte, en otras circunstancias, en el Art. 103.4 y el Art. 101 que proveen la posibilidad de la adopción del huérfano, el Art. 114 en materia de adopción, que hace referencia al Art. 103.4 y por último en el Art. 131, por el que se establece que fallecido el alimentista sus herederos no están obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente.

Sin embargo, en ninguna materia del Derecho tiene tanta importancia la muerte como en el Derecho de Sucesiones. Este Derecho, como ya deben conocer los lectores, comprende el conjunto de normas que regulan la transmisión del patrimonio del causante al sucesor, heredero o legatario, mediante testamento o por ley. El heredero sucede a título universal, en todo o en parte alícuota de los bienes, derechos y obligaciones del causante, considerándose herederos especialmente protegidos, los hijos o sus descendientes, el cónyuge sobreviviente y los ascendientes. En la herencia intestada lo son los hijos y los demás descendientes, los padres, el cónyuge, los demás ascendientes, los hermanos y los sobrinos.[305]

Es decir, la muerte enlaza al Derecho de Familia con el Derecho de Sucesiones; las personas implicadas en la relación jurídica de suceder están unidas por lazos de parentesco o por el matrimonio. Todos los parientes nombrados, así como el cónyuge supérstite (se supone, como abundaremos más adelante, que también lo es el compañero sobreviviente de una unión no formalizada pero con los requisitos de aptitud legal, singularidad y estabilidad, que fue reconocida judicialmente) forman parte del entramado regulado por el Derecho de Familia. Un solo pariente quedó fuera de esta red de parentesco, pues la herencia intestada que regula el Código Civil, ignoró a los tíos (tercer grado de consanguinidad) que desempeñan un papel en el Código de Familia, pues son llamados para constituir la tutela de los menores de edad (Cfr. Art. 145) pueden adoptar a sus sobrinos(as) (Cfr. Art. 100) y por último hasta pueden ser cónyuges de ellos, pues no

[305] Cfr. los artículos 466, 467.1, 468.1 y 2, 493.1, y 510 del Código Civil cubano, (Ley No. 59 de 16 de julio de 1987).

les está prohibido contraer matrimonio entre sí, ya que la prohibición de contraer matrimonio por razones de parentesco en la línea colateral llega al segundo grado, o sea hermanos de uno o doble vínculo (Cfr. Art. 5.1).[306]

Acerca de la omisión que realiza el vigente Código Civil de hacer referencia explícita al compañero o compañera supérstite de una unión no formalizada reconocida judicialmente, sino que se refiere sólo al cónyuge sobreviviente, presumimos que se debe a que en esta denominación están implícitos los unidos en unión reconocida judicialmente; si bien ya saben los estudiosos del Derecho Matrimonial cubano, por las valoraciones ya realizadas al estudiar el reconocimiento judicial de la unión no formalizada, que los unidos nunca son cónyuges en presente, recibiendo ese calificativo en pasado cuando la unión ha concluido, y según los términos de la sentencia que declara que durante el lapso de duración de la unión hubo un matrimonio igual al formalizado. En esa misma línea y denominándolo como matrimonio asume la Ley del Registro del Estado Civil, (Ley No. 51 de 8 de julio de 1985) la ejecutoria del Tribunal competente cuando alude a la unión matrimonial judicialmente reconocida (Cfr. Art. 58 (b)) y a la posibilidad de que en todo "matrimonio" registrado y extinguido por causa de muerte, pueda anotarse el estado de viudez mediante nota marginal y a instancia de parte (Cfr. Art. 60G).

Este omisión calificativa de situaciones "conyugales" diferentes del Código Civil y de la Ley del Registro del Estado Civil debe haberse inspirado en el deseo de hacer realidad el propósito del legislador del Código de Familia de igualar la unión no formalizada reconocida judicialmente al matrimonio formalizado, identificando al conviviente con el cónyuge y a la unión como matrimonio a todos los efectos legales, si bien conocemos que tal igualdad no es absoluta.[307]

Lo que si resulta cuestionable es la omisión total en que incurriere el Código Civil en su Libro IV en cuanto a la situación sucesoria de los matrimonios putativos (Cfr. Art. 48 del CF) y de las uniones matrimoniales putativas (Cfr. Art. 18 segundo párrafo del CF)[308] como sí lo hacen otras legislaciones en el Derecho comparado, sobre todo de la primera, pues la unión de hecho de buena fe afronta en general dificultades para su aceptación aún donde surgió, en América Latina, y aunque resulte "loable el propósito de justicia que sustentó su regulación en los Códigos de Familia de Bolivia, Cuba y Honduras" (9) sus intrínsecas contradicciones objetivas dificultan o enervan que al miembro inocente que actuó de buena fe se le pueda denominar cónyuge supérstite o viudo.

Para el Derecho de Sucesiones como hemos visto, el cónyuge supérstite, el cónyuge sobreviviente es uno de los protagonistas principales de este Derecho, para el Derecho de Familia en cuanto al fallecimiento como causa de extinción del matrimonio, ese cónyuge supérstite o sobreviviente, sin dejar de acceder a ambas denominaciones, cambia su

---

[306] Si bien es propósito del nuevo Anteproyecto de Código de Familia, el de ampliar la prohibición de contraer matrimonio por razón de parentesco en la línea colateral hasta el tercer grado, es decir, precisamente, entre tío(a) y sobrina(o).

[307] Releer lo estudiado en cuanto al reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, sus efectos iguales y los que no surten iguales al matrimonio formalizado.

[308] Sugiero releer los epígrafes relativos al matrimonio putativo y a la unión no formalizada putativa en el tema concerniente a la nulidad del matrimonio.

estado conyugal y de casado se convierte en cónyuge viudo. Y es precisamente la viudez el efecto más trascendente que la muerte origina en un matrimonio.

A ello nos referiremos de inmediato

3 – El estado conyugal de viudez. Valoración histórico - legislativa desde el concepto de género

Para acercarnos a lo que el estado conyugal de viudez ha significado en la historia, tenemos que partir inexorablemente de un enfoque de género, pues no ha implicado lo mismo la viudez para el hombre que para la mujer.

En casi todas las culturas de la antigüedad (10) se consideraban situaciones especialmente afrentosas o vulnerables que reclamaban castigo o sacrificio personal de la mujer, la conducta infiel, si ésta era casada, cometiendo adulterio, o la situación de la viuda que debía acogerse una vez fallecido su marido, a una vida de resignada castidad y recogimiento. La filosofía más generalizada era que:

- "A la mujer el padre debe protegerla en la infancia, el esposo en la juventud y los hijos varones en la vejez, a la mujer nunca se le debe dar independencia"

  (Cita de las "Leyes de Manú" – Libro Sagrado de la India que expone la doctrina del brahmanismo, de Brama, Dios supremo de los antiguos hindúes)

- "La verdadera viuda es la que al quedarse sola ha puesto en Dios toda su esperanza, dedicando sus días y sus noches a la oración y las súplicas "

  (Del Nuevo Testamento. Cartas pastorales de Pablo a Timoteo. El propio Apóstol Pablo en carta a los corintios insiste en la idea acerca de que la viuda será más feliz si permanece sin casar)

A las viudas sin embargo, que no habían logrado hijos de su difunto marido se les admitía la excepción de casarse con su cuñado, a fin de engendrar hijos que continuaran su estirpe, práctica que se conoce en la historia con el nombre de levirato.

Posiblemente la situación más cruel que han afrontado las viudas ha acontecido precisamente en la India, según un autor (11) "en un tiempo las mujeres eran sepultadas vivas en una fosa junto a su marido".

También ha resaltado más la viudez femenina que la masculina, porque desde todos los tiempos y en todas las regiones del planeta (todavía no sabemos con certeza por qué) los hombres premueren a las mujeres.

En nuestra historia legislativa, en la Cuba colonial, tenemos ejemplos del tratamiento diferenciado que recibían las viudas en su doble condición de mujer y viuda. A veces la normativa con el ropaje de resguardar a la mujer y protegerla y otras permeada del prejuicio inmemorial[309] acerca de la maldad y falsedad intrínseca de la mujer, lo que se demandaba por el contrario eran medidas para protegerse de ella.

[309] Insistiendo en las "Leyes de Manú", se resume este prejuicio inmemorial en esta afirmación: "Manú (padre de los hombres) le asignó a la mujer cama, asiento, adornos, deseos impuros, rabia, deshonestidad, malicia y mala conducta "

Sin retrotraernos más allá de la vigencia del Código Civil español hecho extensivo a Cuba en 1889, podemos encontrar en este texto legal testimonio evidente de estas valoraciones como veremos a continuación:

- Las madres viudas que volvían a casarse (bínubas) perdían la patria potestad sobre sus hijos menores, conservándola únicamente cuando el padre de éstos hubiera previsto que ella contrajera nuevo matrimonio, haciéndolo constar en testamento y por tanto ordenando que en tal caso ella ejerciera la patria potestad sobre sus hijos (Cfr. Art. 168 del CCe derogado). El fundamento de esta especie de sanción para la bínuba (privación automática, extrajudicial de la patria potestad que no sufrían los padres viudos vueltos a casar) según un autor (12) debía encontrarse en el temor a que influencias morales y legales del segundo marido perjudicaran los intereses de los hijos del anterior matrimonio, lo que el propio autor se cuestiona, pues expresa que "la realidad demuestra que las madrastras son peores que los padrastros".

  Como es de apreciar, una vez más, se valora que las mujeres son más débiles moralmente y más perversas que los hombres[310].

- Se vetaba el nombramiento de tutor formulado en testamento por la viuda para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, si ésta en vida había contraído nuevas nupcias, necesitándose en ese caso de la aprobación expresa del Consejo de Familia para que surtiera efecto este acto de última voluntad de la madre (Cfr. Art. 206 del CCe derogado).

- Si correspondía en un relegado tercer orden (como era de esperar) ejercer a las abuelas paternas o maternas la tutela legítima de los nietos menores no emancipados, éstas debían conservarse viudas, porque de lo contrario no podían ejercer la tutela sobre sus nietos (Cfr. Art. 211 del CCe derogado).

- Si bien en materia sucesoria, el Código Civil de 1889 se refería a los derechos del cónyuge viudo y no a la viuda, el estado conyugal de viuda, la viudedad ocupaba una consideración especial en el Derecho español, tal vez por lo que hemos expresado antes, sobre la premoriencia de los esposos en relación con sus esposas. Viuda, (la norma se refería también al viudo. Cfr. Art. 834 del CCe derogado) era la mujer que al morir su consorte no se hallare divorciada o lo estuviere por culpa del cónyuge difunto. Se refería esta preceptiva por supuesto, al divorcio de separación de cuerpos o divorcio no desvinculatorio, del que ya informamos desde los capítulos introductorios.

La viuda gozaba de un derecho de usufructo mientras viviera (cuota vidual) sin obtener nunca la propiedad, tanto en la sucesión testada como la intestada.

Para que la viuda pudiera suceder en todos los bienes del difunto debía concurrir a la herencia sin la presencia de los demás parientes favorecidos del esposo difunto. Debía tratarse en síntesis de una viuda en soledad y "siempre que no estuviere separada por sentencia firme de divorcio" (Cfr. Art. 952 del CCe derogado). De todas formas se garantizaba que la viuda se vistiera de negro, pues del caudal de la herencia del marido,

[310] Como han de recordar los lectores, tal inequidad por razón de género fue abolida (no sin oposición del Tribunal Supremo de la época) por la Ley de 18 de julio de 1917 (Ley de Parafernales).

se costeaba el vestido de luto para la viuda[311], que abonarían los herederos del difunto con arreglo a su clase y fortuna (Cfr. Art. 1427 del CCe derogado) que se refiere a la liquidación de la sociedad de gananciales, existiendo la institución de la dote (Cfr. Art. 1379)).

La situación de la viuda no era en realidad una situación tan privilegiada en el Derecho español[312]. Sólo logró un tratamiento igualitario con los demás herederos especialmente protegidos casi un siglo después al promulgarse el Código Civil cubano en 1987.

Agregaría que en la herencia intestada el cónyuge sobreviviente (puede ser el viudo) goza de posición privilegiada pues no necesita de los requisitos de especial protección.

Sin haber realizado un estudio exhaustivo del tema de la viudez en nuestro país, sobre todo con enfoque de género (investigación que sería muy provechosa)debo terminar este epígrafe del sumario haciendo mención a las normas en materia de seguridad y asistencia social que estuvieron vigentes hasta la promulgación de la reciente Ley 105 de 27 de diciembre de 2008, Ley de Seguridad Social y su Reglamento (Decreto No. 283 de 6 de abril de 2009).

En aquellas normativas anteriores centradas por la Ley No. 24 de 28 de agosto de 1979 (Ley de Seguridad Social) y el Capítulo XIII dedicado a la Seguridad Social en el Código de Trabajo (Ley No. 49 de 28 de diciembre de 1984) se hacían distingos de género con el propósito esencial de ayudar a las viudas a soportar una vida de entrega al cuidado de sus hijos menores o mayores enfermos físicos o mentales o a sus padres discapacitados, viabilizándole la realización de las tareas domésticas y de asistencia asignadas por las costumbres ancestrales a la mujer. Para ello, se le concedían determinados privilegios laborales y asistenciales con el objetivo "loable" de favorecerlas en el desempeño de tales tareas. Al mismo tiempo se discriminaba cruelmente a los viudos, (en una especie de discriminación positiva) de los que demandaba una serie de requisitos y condiciones que no demandaba de las viudas para que éste pudiera tener derecho a pensión por causa de viudez.

Para sorpresa de esta autora, la nueva normativa, de seguro que inspirada en los mismos "buenos propósitos", reproduce tales designios que perpetúan los estereotipos culturales de género en detrimento del desarrollo de la mujer y de su derecho humano a la igualdad consagrado en la Constitución de la República y sin proponérselo, de buena fe, se retrotrae con ello al pensamiento conservador, sino retrógrado de las culturas de la

[311] Algo que ha caído en desuso relacionado con el hecho de la muerte, es el luto. La calidad y duración de los lutos llegó a ser regulado en el Derecho Histórico español (Nueva y Novísima recopilación 1570 – 1680). Hasta los primeros decenios del siglo XX se conservaban estas costumbres. Vestir completamente de negro, sobre todo para las viudas era de riguroso cumplimiento.

[312] En el Código de Comercio, por [Real Decreto de 28 de Enero de 1886, se dispuso que este Código promulgado en España por la Ley de Agosto 22 de 1885, rigiera en Cuba desde el 1 de mayo de 1886 cuerpo legal vigente desde ese momento histórico (y todavía sorprendentemente)] la viuda gozaba de ventaja para el ejercicio habitual del comercio, pues no estaba sujeta a la potestad del padre o a la autoridad del marido. (Cfr. Art. 4). Igual suerte tenía la mujer casada, mayor de 21 años, que viviera separada de su cónyuge por sentencia firme de divorcio (Cfr. Art. 11) Divorcio no desvinculatorio.

antigüedad con respecto a la mujer y al destino que debían tener las viudas en especial, valoraciones que formulamos antes, al inicio de este tema.[313]

Tengo a bien reproducir literalmente esta información reflexiva ofrecida en entrevista realizada a la Dra. Lilliams RODRÍGUEZ RIVERA Vicedirectora del Centro de Investigaciones sobre longevidad, envejecimiento y salud (CITED):

- "En el plano social prácticamente desde el surgimiento de la humanidad, la mujer desempeña el papel de 'cuidadora' de sus hijos, de enfermos y de adultos mayores, entre otras muchas responsabilidades en casa. En Cuba son las cuidadoras principales, según estudios, de adultos mayores con demencia y discapacidades, lo cual les impone una sobrecarga desde el punto de vista psicológico y les comporta depresión, agotamiento y sentimientos de culpabilidad. Y algo esencial: ello les impide o limita incluso acudir a los servicios de salud para recibir la atención médica requerida". (Reportaje de José A. de la Osa, titulado "Las mujeres viven más", Periódico Granma – sábado 23 de mayo de 2009).[314]

Como vemos, pesó más un criterio de solución práctica que detener, desde la normativa la fuerza de la costumbre, los estereotipos de género que encadenan inmemorialmente a la mujer.

No hemos agotado el estudio de la viudez y sus efectos para la mujer y cuanto se ha dicho hasta aquí, tal vez incite a los lectores a continuarlo, analizando en otros textos jurídicos patrios este estado conyugal, visto desde una perspectiva del genero y desde el ámbito del Derecho.

De todas maneras, la muerte parece dignificar al matrimonio más que cualquiera otra causa de cesación y especialmente en cuanto a las viudas, a pesar de haber sido tan condenadas a vivir en soledad, tan sacrificadas en la atención de la familia y tan preteridas si volvían a unirse en matrimonio, no sufrieron a nivel social en nuestro país, tal prejuiciado discriminación y sórdida maledicencia, como las divorciadas, desde que valientemente se acogieron a nuestra primera ley de divorcio vincular promulgada en 1918.

Por último, para concluir este tema de la viudez que se relaciona con el hecho jurídico de la muerte como causa de extinción del matrimonio, debo informar que esta causa (contrario – sensu) con la de la nulidad o la del divorcio no destruye en todo caso según la doctrina y algún Derecho Comparado, los vínculos jurídicos existentes con los parientes afines, parentesco que es el que surge paradigmáticamente con motivo del matrimonio, matrimonio religioso, civil o formalizado.

A analizar sucintamente las repercusiones jurídicas de este tipo de parentesco en nuestra legislación vigente, dedicaré las próximas consideraciones.

---

[313] Exhorto a los lectores a leer el Art. 72 de la Nueva Ley de Seguridad Social y los Arts. 188 y 189 de su Reglamento. Ahora las viudas además de ocuparse de hijos y padres, también pueden ocuparse de sus suegros.

[314] Las mujeres viven más pero tienen "peor salud" en comparación con los hombres. Información ofrecida por la entrevistada.

3.1- Efectos de la viudez en el parentesco por afinidad

Aunque adelantamos conocimientos debemos referirnos a la regulación del parentesco por afinidad: Según establece nuestro Código de Familia (Cfr. Art. 120) los parientes de un cónyuge lo son del otro por afinidad en la misma línea y grado…, debió decir en la misma línea y grado en que los une el parentesco consanguíneo[315]. Esta clase de parentesco da origen a la llamada familia política.

En algunas legislaciones el parentesco por afinidad no cesa con la muerte de uno de los cónyuges y tiene repercusiones jurídicas en diferentes ámbitos.

Se nos informa no obstante por un autor (13) que en el Derecho Romano la muerte de uno de los cónyuges hacía cesar inmediatamente el parentesco por afinidad. Igual doctrina siguió el antiguo Derecho francés, que se sustentaba en la frase: "muerta mi hija, muerto mi yerno".

Pero en cuanto al parentesco por afinidad, la concepción sacramental del matrimonio que lo valora como perpetuo e indisoluble ha hecho que se establezcan lazos perdurables aún después de la muerte y entonces "la afinidad no termina con la muerte, ni con un matrimonio posterior, ni por la disolución de un matrimonio no consumado"(14).

Aunque esta doctrina ha sido discutida en el decurso histórico parece haberse impuesto en los Códigos Civiles, sobre todo de raíz latina, por influjo del Derecho Canónico, que en fin de cuentas ha sido el que ha construido todas las prescripciones rectoras de esta clase de parentesco. Así nos informa Federico PUIG PEÑA (15): "No elimina el parentesco por afinidad la disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges. Los parientes del mismo siguen siendo afines del esposo superviviente (affinitas supérstite condeletur)"

El autor opina que al recoger el Código Civil (se refiere al Código Civil español, ya derogado entre nosotros) el impedimento de parentesco por afinidad (impedimentum affinitatis) para la contracción válida de las nupcias, hace suponer "efectivamente que ésta (la afinidad)[316] sobrevive a la unión que la ha hecho nacer"(16). Como sabemos, este parentesco por afinidad ya no es impedimento para el matrimonio en el Código de Familia.

De esta concepción doctrinal se impone que arribemos a dos principios básicos:

- Las uniones de hecho no formalizada NO daban origen al parentesco por afinidad, sino el matrimonio civil o en su caso el religioso.
- La muerte de uno de los cónyuges como causa de extinción del matrimonio dejaba intacto el parentesco por afinidad para el cónyuge sobreviviente.

[315] Así, entre el esposo y su cuñado (hermano de su esposa) existe el mismo parentesco por afinidad que entre la esposa y su hermano consanguíneo (o sea segundo grado de parentesco, línea colateral). Hay parentesco por afinidad en la línea recta, ascendente o descendente, y en la línea colateral, pero los cónyuges entre sí, no guardan ningún grado de parentesco.
Sugiero refrescar los conocimientos adquiridos precedentemente al estudiar la prohibición que para contraer matrimonio constituye entre nosotros el parentesco según se regula en el Art. 5 inciso 1 del Código de Familia y constaten que este tipo de parentesco ya no es una causa de prohibición para el matrimonio.
[316] Aclaración de esta autora.

Aplicar a nuestro Derecho Matrimonial estos dos principios doctrinales requiere de alguna reflexión, más bien de cuestionamiento por cuanto nos apartamos en muchos aspectos de la regulación convencional en materia de matrimonio. Ante todo, como sabemos tenemos varias opciones "conyugales" [317]:

- La unión no formalizada si presenta los requisitos de aptitud legal, singularidad y estabilidad (posesión constante del estado conyugal).
- La unión no formalizada reconocida judicialmente.
- El matrimonio formalizado con carácter retroactivo o no.

El Derecho de Familia distingue bien estas diferentes situaciones, pero en la esfera social los entornos de cada una de ellas son tan difusos ya, que ni siquiera socialmente se cuestiona ante cual de ellas nos encontramos al conocer a una pareja unida, de hombre y mujer.

El parentesco por afinidad para cualquiera de estas "modalidades" surgirá efectivamente, aunque no lo sea "jurídicamente". Si la perdurabilidad de los efectos del parentesco por afinidad en el caso del fallecimiento de uno de los cónyuges, se debe al resguardo del impedimento dirimente de afinidad para contraer nupcias, que si se establecía en la legislación de pasado, ahora para el Código de Familia, tal parentesco se ha omitido totalmente de la faz de nuestro Derecho de Familia, no sólo como prohibición de contraer matrimonio, sino en cuanto a todo tipo de derechos y deberes, pues la familia política no es llamada para ninguna situación de apoyo familiar, ni en la adopción, ni en la tutela, ni en los alimentos, ni en la formalización del matrimonio del menor de edad. El Código de Familia se ha limitado a definirlo por primera vez, pues no estaba conceptualizado en el Código Civil derogado, lo que resulta paradójico, pues el vigente lo ha definido sin darle ninguna atribución en su propia normativa, mientras en el Código derogado se le daba a tal parentesco múltiples facultades, pero no se definía[318]. El Código Civil vigente tampoco le atribuye ninguna facultad a tal clase de parentesco.

Lo que para esta autora resulta sorprendente es la importancia que otras leyes de nuestro país le confieren al parentesco por afinidad, algunas, me imagino que por inercia, por reproducir el precedente normativo, otras, porque no han sufrido modificación en muchos años o modificadas han mantenido estas prevenciones como hemos expresado, por inercia. Así a título de ejemplo relacionamos las siguientes:

- La Ley de las Notarias Estatales (Ley No. 50 de 1984); el Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil (Ley No. 51 de 1985, su Reglamento por Resolución No. 157 de 25 de diciembre de 1985); Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (Ley No. 7 de julio de 1977); Código Penal (Ley No. 62 de 1987) y Ley de Procedimiento Penal (Ley No. 5 de 1977).

[317] La palabra conyugal se refiere a los cónyuges y no es la más correcta para denominar otras uniones que no son matrimoniales, pero pedimos esta licencia

[318] En la Sección del parentesco (Art. 915 a 923) del CCe hecho extensivo a Cuba en 1889, se definía en que consistía y se establecían reglas de computación, sólo del parentesco consanguíneo.

Las tres últimas mencionadas han sufrido adiciones o modificaciones recientes, con la característica de que éstas no han eliminado la valoración acerca del parentesco por afinidad. Sin embargo, sorprendentemente la Ley General de la Vivienda (Ley No. 65 de 1988) desde un principio le negó todo derecho a la ocupación a la vivienda a la parentela política, como tales parientes y las modificaciones recientes que dicha ley ha tenido, no han alterado esta valoración de exclusión.[319]

Las normativas en general, se refieren a la inhabilidad que el parentesco por afinidad produce para testificar en determinados actos: documento notarial, acto registral, para estar exentos de la obligación de declarar como testigos, inhabilidad para prestar servicios como peritos, para provocar circunstancias agravantes en determinados delitos, para estar exentos de responsabilidad penal, solo civil, para declarar en juicio penal a favor del acusado, para excusarse de la obligación de declarar, de nuevo inhabilidad para prestar servicios como peritos, esta vez en materia penal.

En todos estos casos se valora en general el parentesco por afinidad hasta el segundo grado, tanto en la línea recta como en la colateral (comprende nuera y suegro, yerno y suegra y los padres de éstos últimos, padrastro e hijastra, madrastra e hijastro y los hijos de éstos últimos y cuñados).

En cuanto a la Ley General de la Vivienda, no cuenta para nada la condición de pariente por afinidad y la protección legal les correspondería a éstos, sólo si hubiere coincidencia en la coyuntura de ser madre con uno o más hijos menores, o anciano, o conlleve una manifiesta injusticia su desalojo o fueren convivientes con tres, cinco o diez años o más, según la situación de que se trate. Para esta Ley, sin embargo, si cuentan las otras "modalidades" de la unión "conyugal", pues con ruda franqueza, aunque incurriendo en un barbarismo terminológico, establece protección para el cónyuge, de matrimonio formalizado o no.

No piensen los lectores que nos hemos alejado del tema puntual que estamos tratando relacionado con los efectos de la viudez en el parentesco por afinidad, muy por el contrario estamos precisando hasta donde nos acercamos o distanciamos de la herencia doctrinal de esta materia. Así para los "operadores" del Derecho en nuestro país, con referencia a las leyes mencionadas ¿Cónyuge es el de matrimonio formalizado o no? Sólo que no lo expresan. ¿Estará claro que en una unión no formalizada no hay parentesco por afinidad? ¿Se valora el sentido jurídico del parentesco por afinidad o el sentido afectivo y cercano de este pariente? ¿Se respetará la sobrevivencia de este parentesco aún después de la muerte? Y todavía hay otras interrogantes más complejas: ¿Quid de la situación del parentesco por afinidad en una unión no formalizada que ha sido reconocida judicialmente post – morten de uno de los compañeros unidos? ¿Y la situación al respecto del matrimonio putativo y de la unión matrimonial putativa?[320]

---

[319] Ver en Anexo 1 la selección de artículos de dichas leyes que se refieren al parentesco por afinidad y contrario sensu, selección de artículos de la Ley General de la Vivienda que ponen en evidencia la omisión de tal clase de parentesco.

[320] En cuanto al matrimonio putativo, no así de la unión matrimonial putativa (que es una especie de "herejía" para la doctrina convencional) opina PUIG PEÑA que "los autores discurren sobre cuándo se trata del impedimento affinitatis (que, como sabemos, no existe entre nosotros – aclaración de esta autora –) PLANIOL entiende que en el caso del matrimonio putativo subsiste el parentesco" (fin de la cita) Ver ob. cit. en Notas, al final del texto p. 260.

Sería necesaria una investigación de campo para conocer en la práctica jurídica como armonizan tales cuestionamientos, que dejamos en suspenso, para ocuparnos de la siguiente causa de extinción del matrimonio que se relaciona con la muerte, pero que puede no serlo: la presunción de muerte.

4 - La declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges (Art. 43,2 del Código de Familia)

Introducción al Tema

Esta causa de extinción del matrimonio se basa, grosso modo, en el supuesto de hecho de presumir que ha muerto uno de los cónyuges cuya muerte no pueda ser acreditada, pues esta persona natural está desaparecida (en condiciones ordinarias o extraordinarias) no se halla en su domicilio y no se tienen noticias de su paradero; supuesto de hecho que puede dar lugar luego de transcurrido determinado plazo a que judicialmente se le declare presuntamente muerta. Es decir, que debe mediar una resolución del Tribunal declarando NO el fallecimiento sino la presunción de él, resolución que a pesar de la dicción del Art. 36,1 del Código Civil vigente que expresa que "declarada la presunción de muerte queda expedito para los interesados el ejercicio de los mismos derechos que les hubieran correspondido de ser la muerte acreditada por certificación medica", contiene de todos modos una presunción iuris tantum pues aunque provoque ex lege la extinción del matrimonio (Cfr. Arts. 43,2 y 44 del CF) la expectativa de la reaparición del presuntamente muerto permanece como una constante (Cfr. Art. 60 incisos e y f de la LREC).

De todo ello abundaremos más, a continuación, pero por de pronto, es necesario hacer un poco de historia en la que incluiremos también a la declaración judicial de ausencia.

5 – Antecedentes histórico – legislativos de la ausencia y de la presunción de muerte. Valoración desde el Derecho de Familia

Parafraseando al reconocido jurista Emilio MENÉNDEZ MENÉNDEZ (17) "la presunción de muerte puede ser considerada bien como una institución del Derecho de Familia o como un elemento de la capacidad civil". Sobre este último aspecto es consenso entre los distintos autores que tanto la ausencia (con la que la presunción de muerte se halla intrínsecamente relacionada) como propiamente la presunción de muerte, no son por sí causas modificativas de la capacidad de obrar, pues tanto el ausente como el presuntamente muerto, si están vivos, pueden ser plenamente capaces; lo que sí es cierto que tales situaciones influyen sobre la situación jurídica de la persona que no puede de momento ejercitar sus derechos, o sea, conforman circunstancias de hecho que influyen en el ejercicio de los derechos pero "solo en el lugar donde la persona tiene el centro de sus operaciones" (18) y sus bienes, atributo priorizado en la ley, quedarían a su suerte, si no se regularan medidas supletorias de protección.

La institución de la ausencia representa doctrinalmente un escalón, una instancia previa a la idea de la muerte que al decir del recordado profesor Tirso Clemente DÍAZ "es la parte final de un proceso más o menos largo en que juegan la posibilidad y la probabilidad de la vida y la muerte" (19). Para emprender su estudio desde el Derecho de Familia, lo haremos de la manera más sucinta posible, pues como sabemos es materia propia de la Parte General del Derecho Civil. Adelantamos si una enfática afirmación: La causa de extinción del matrimonio es la presunción de muerte declarada judicialmente, NO la declaración judicial de ausencia.

6 – Declaración judicial de ausencia y sus efectos posibles para el matrimonio

En el derogado Código Civil español hecho extensivo a Cuba en 1889, la ausencia se regulaba de manera que pudiéramos llamar escalonada y progresiva. Se comenzaba por la presunción de ausencia desde un concepto técnico de la misma, no desde un concepto vulgar o usual. Se normaban medidas provisionales para asegurar los derechos e intereses del ausente. (Cfr. Arts. 181 al 183 del CCe derogado).[321] Se continuaba con una declaración de ausencia si hubieren pasado dos años sin haberse tenido noticias del ausente o desde que se recibieron las últimas y cinco años en el caso de que el ausente hubiere dejado persona encargada de la administración de sus bienes (Cfr. Art. 184 al 186 del CCe). Intermediando un capítulo dedicado a la administración de bienes del ausente (Cfr. Art. 187 al 190 del CCe) se regulaba entonces la presunción de muerte del ausente (Cfr. Art. 191 al 194 del CCe) que tenía como presupuesto jurídico que hubieren pasado treinta años desde que desapareció el ausente o se recibieran las últimas noticias de él o noventa desde su nacimiento para que el Juez a instancias de parte interesada declarara la presunción de muerte. Y culminaba con un capítulo dedicado a los efectos de la ausencia en cuanto a los derechos eventuales del ausente, o sea, los que nacían con posterioridad a los hechos que habían dado lugar a la declaración de ausencia (Cfr. Art. 195 al 198 del CCe).[322]

Imaginen a una viuda del pasado (puede ser el viudo, pero ya sabemos que los hombres, por regla general, pre-mueren a las mujeres y que las mujeres se desplazaban menos que los hombres, salvo los casos especiales de desapariciones masivas reguladas en supuestos

[321] En el Código Civil cubano vigente, (Ley No. 59 de 16 de julio de 1987) a la ausencia se le ha eliminado esta etapa previa que establecía el Código Civil español derogado y que daba lugar a medidas provisionales en esos casos, que se sustentaba en una presunción de vida del ausente, primer estadío ahora no contemplado, lo que es objeto de crítica del profesor Dr. Cj. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, el que opina que "es lamentable que el legislador no haya tenido en cuenta la necesidad de precautelar el patrimonio de dicha persona, aún cuando no proceda la declaración de ausencia".
Ver referencia del artículo de este autor titulado "Una aproximación a la hermenéutica de las normas reguladoras de la ausencia en el Código Civil cubano", p. 28, en Notas al final del texto.

[322] Como abundaremos más adelante al estudiar la declaración judicial de presunción de muerte, el Código Civil cubano, vigente, ha previsto que es posible declarar la presunción de muerte sin previa declaración judicial de ausencia, si transcurren tres años sin tenerse noticias de la persona natural que haya desaparecido de su domicilio sin indicios de su paradero (Cfr. Art. 34,1 del CC). Se trata de un desaparecido ordinario, no de la figura del desaparecido o ausencia calificada y la posible declaración judicial de ausencia si esta persona ha desaparecido en estas circunstancias por más de un año (Cfr. Art. 33,1 del CC). Ese primer estadío entre la desaparición física y la ausencia (ausencia presunta) queda desprotegida en nuestro Código Civil.

…/368

concretos) reitero, imaginemos a la viuda esperando treinta años al ausente desaparecido o desde que recibió las últimas noticias de él o noventa años desde su nacimiento para poder acceder a la declaración de presunción de muerte del esposo ausente, cuando no existía el divorcio desvinculatorio. El Art. 52 del CCe derogado establecía que "el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges". Por ello, se afirmaba que la viuda del ausente era la viuda perpetua.

Se cumplía así un ideal de la antigüedad tanto de la doctrina del brahmanismo como de la Biblia, que ya conocimos antes en este material docente: la viuda debía ser viuda para siempre.

Pero los juristas criollos no esperaron tanto tiempo como los de la Metrópoli española para rebelarse contra esa eterna viudez. Comenzaron por establecer bien pronto el divorcio vincular o desvinculatorio con disolución del vínculo matrimonial, por la ya conocida de todos Ley de 29 de julio de 1918, estableciendo en ella que el transcurso de dos años después de la declaratoria judicial de ausencia sin haberse tenido noticias del ausente era causa para el divorcio (Cfr. Art. III Causal 11 de dicha Ley). Diez y seis años más tarde por el también conocido Decreto – Ley 206 de 10 de mayo de 1934, que insistió en perfeccionar el divorcio desvinculatorio, de nuevo en la causal 11, se contempló a la declaración judicial de ausencia como causa de disolución del matrimonio, pero el plazo de espera después de la declaración judicial de ausencia sin haberse tenido noticias del ausente se rebajó a sólo seis meses.

Como puede apreciarse la declaración judicial de ausencia, si bien no extingue el matrimonio puede ser causal de divorcio por impedir el cumplimiento de los fines del matrimonio ya estudiados a que se refieren los artículos 24 al 28 ambos inclusive (Cfr. Art. 52 del CF).

Aunque nos ocuparemos en su momento del divorcio como causa de cesación del matrimonio, debemos adelantar ahora, que no obstante ser nuestro sistema de divorcio no culposo y no establecerse como en el pasado un catálogo taxativo de causales en numerus clausus, no por ello puede demandarse un divorcio sin causa y ésta de la ausencia fue valorada por los comentaristas patrios del pasado, como una causa dudosa "pues no se sabe si el hecho es voluntario o no" – en otras palabras – "esta causa no supone la culpa o mejor ésta no puede determinarse, es más, parece que debe excluirse, pues si el cónyuge se hubiera alejado por su voluntad mediaría el abandono; por ello se estima como caso de divorcio remedio, de causa sine culpa". (20) Realmente esta causa en el Derecho comparado se considera objetiva, incluso admite doctrinalmente invocarla al propio cónyuge ausente una vez reaparecido.

Pero no nos hagamos ilusiones, en la realidad práctica del ejercicio del Derecho de Familia en nuestro país se han desvirtuado los principios sustantivos del divorcio y las demandas por justa causa se basan en tomar como causa lo que en realidad son las consecuencias, aduciendo como una cómoda muletilla que el divorcio ha perdido "su sentido para los cónyuges y para los hijos y con ello también para la sociedad" (Cfr. Art. 52 del CF) precepto con el que se hace alusión a lo que sucede cuando existen causas (incumplimiento de los derechos – deberes del matrimonio) que generan estas

consecuencias.[323] Si a esto agregamos que la declaración judicial de ausencia "tiende a solventar una situación transitoria pero la ley no establece un límite temporal de existencia" (21) y que resulta más fácil y práctico interesar directamente la declaración judicial de presunción de muerte, dado que la declaración judicial de ausencia no es ahora un paso previo para la declaración judicial de presunción de muerte y los plazos de tiempo establecidos no son extensos, debemos concluir que todo ello finalmente conduce a que se incoen pocos procesos demandando la declaración judicial de ausencia y casi ningún divorcio sustentado en esta causal, sino encubiertos en divorcios procesados en rebeldía "por ignorado paradero". La razón es simple: al no contestar la demanda de divorcio, el demandado, por no estar localizable al ignorarse su paradero, se necesita abrir a prueba el proceso especial de divorcio por justa causa, ajustándose a las disposiciones del proceso en rebeldía en el que se notifican las providencias y autos mediante la tablilla de avisos del Tribunal, si después de practicadas las diligencias se ignorase el último domicilio del demandado (Cfr. Arts. 167 segundo párrafo, 169 y 439 de la LPCALE). Así con el ropaje de "ignorado paradero" (ausencia en sentido vulgar o usual) presumo que muchos verdaderos ausentes en el sentido técnico – jurídico (o sea, cuando hay incertidumbre sobre su existencia, no se sabe donde está, ni si está) resultan divorciados sin que el Fiscal los represente (no interviene el Fiscal en el proceso de divorcio) aunque la Ley de la Fiscalía General de la República (Ley No. 83 de 11 de julio de 1997) le confiere a los fiscales la facultad de asumir su representación cuando carezcan de ella o cuando resulte contraposición de intereses.[324]

Ahora bien, si firme la sentencia de divorcio retornara el rebelde, no procederá a su favor la audiencia en rebeldía, si nos atenemos a la clara dicción del Art. 452,3 de la LPCALE: "No procederá la audiencia en rebeldía contra las sentencias firmes dictadas en procesos de divorcio o de nulidad del matrimonio". De esta suerte el estado conyugal de divorciado para el rebelde por "ignorado paradero" sería irrevocable.

No se piense que estos divorcios en rebeldía por ignorado paradero son inusuales en nuestro medio insular propicio a eventos migratorios legales o ilegales, convocados por los privilegios de una ley que sólo protege a los inmigrantes cubanos, con el único propósito de socavar nuestro sistema de gobierno. También se producen migraciones internas, sobre todo del oriente al occidente del país. Todo ello contribuye a que se separen los matrimonios formalizados y algunos de los cónyuges tome un destino desconocido. (Ver en Anexo 2, Sentencia de divorcio en rebeldía).

6.1 – La declaración judicial de ausencia. Su repercusión para el ejercicio de la patria potestad

La declaración judicial de ausencia,[325] previa sentencia del Tribunal provincial competente (Cfr. Art. 6,3 de la LPCALE) provoca ex lege la suspensión del ejercicio de la

[323] Esta ligereza o distorsión en la práctica jurídica y judicial, fue destacada por esta autora en Advertencias Finales, al tratar el tema de los derechos y deberes conyugales.

[324] Dicha Ley en su artículo 18.D establece que "el Fiscal en el ejercicio de la función de control y preservación de la legalidad tiene las facultades de asumir en procesos civiles, de familia y en cualquier otro, la representación de menores de edad y personas incapaces o ausentes que carezcan de representación legal o cuando los intereses de éste sean contrapuestos a los del menor, incapaz o ausente".

[325] También la declaración judicial de incapacidad para el progenitor declarado judicialmente incapaz

patria potestad para el progenitor declarado ausente (Cfr. Art. 94 del CF). Y es sólo suspensión porque el declarado ausente puede retornar.

El menor de edad como todavía denominamos convencionalmente a los hijos e hijas que no tienen capacidad de obrar al no estar sujeto a la patria potestad del progenitor ausente quedaría bajo la patria potestad del otro progenitor. (Cfr. Art. 83 segundo párrafo del CF).

Si este, a su vez hubiere fallecido (o también hubiere sido declarado ausente) entonces el menor, al no estar sujeto a protección paterno – filial alguna, podría ser tutelado (Cfr. Art. 137,1 y 138,1 del CF) pero no daría lugar a la adopción, si alguno de los progenitores o ambos hubieren sido declarados judicialmente ausentes, pues la suspensión del ejercicio de la patria potestad no es presupuesto jurídico para la adopción. Sólo lo es, entre otros supuestos, la muerte de ambos progenitores, pero de ellos nos ocuparemos en su momento cuando estudiemos con mas detenimiento los efectos de la presunción de muerte, más allá del matrimonio en otras materias de Derecho de Familia. Más bien, como apreciaremos en su momento, la omisión de esos efectos en la preceptiva del CF.

La declaración judicial de ausencia crea entonces una expectativa de regreso del progenitor ausente que limita de cierta manera el derecho del menor a que se encauce prontamente su vida con padres adoptivos. El Código de Familia no establece el tiempo de espera para esa situación de incertidumbre, por lo que habría que atenerse a lo preceptuado en el vigente Código Civil en cuanto a la ausencia y la presunción de muerte, que como sabemos prioriza por excelencia el resguardo de los bienes y los intereses patrimoniales en ambas instituciones. Se deja asimismo a la normativa del Código Civil lo que concierne al retorno del declarado ausente o cuando se prueba su existencia (Cfr. Art. 37 del CC) que daría lugar a la nulidad de la declaración judicial de ausencia. Si el ausente retorna, sería "el mismo el legitimado para interesar la nulidad de la declaración judicial de ausencia, en proceso respecto del cual, nada disponen ni el Código Civil ni la Ley Procesal…" (22) nulidad del auto judicial de declaración de ausencia y el de nombramiento de representante del ausente que provocaría, previa tramitación del proceso judicial ordinario que daría fin a la suspensión de la patria potestad anteriormente declarada, al restablecimiento de la patria potestad al progenitor suspendido de ella.

El Código de Familia no previó, sin embargo, los efectos de este retorno o de la prueba de la existencia del progenitor declarado ausente, para determinadas situaciones relacionadas con el ejercicio de la patria potestad (autorización del matrimonio del menor, por ejemplo) y otras disposiciones tomadas en su ausencia por el otro progenitor y aún en caso de faltar por ausencia ambos progenitores, las tomadas por el tutor.

Con éstas inquietudes, daremos paso, siguiendo el hilo conductor de los antecedentes histórico – legislativos de la ausencia y de la presunción de muerte al estudio de esta última institución, como el último peldaño de un proceso entre la vida y la muerte que comenzamos con la presunción de ausencia. Analizaremos los efectos de la presunción de muerte para el matrimonio, pero también los que podrían ser para el ejercicio de la patria potestad y para la institución de la adopción.

7 – La declaración judicial de presunción de muerte, sus efectos en el matrimonio.

Recuento legislativo

No vamos a remontar a Roma nuestro recuento histórico legislativo sobre la presunción de muerte, pues se dice que no se conoció en ese Derecho tal institución (23) sino que ha de servirnos como antecedente cuanto hemos informado sobre la institución de la ausencia en el derogado Código Civil español. Dicho texto legal no decía una palabra en su articulado acerca de los efectos legales de la declaración judicial de presunción de muerte sobre el matrimonio, pero dejaba advertido en su base legislativa sexta[326] lo siguiente: (-) "sin que la presunción de muerte llegue en ningún caso a autorizar al cónyuge presente para pasar a segundas nupcias".

Como conocimos antes, los alargados plazos para acceder a la declaración de presunción de muerte y esta categórica afirmación condenaba al cónyuge del ausente (por regla a la mujer) a una viudez perpetua al no existir entonces el divorcio desvinculatorio sino sólo el de separación de cuerpos[327].

No se piense que esta concepción tan limitada, por no decir injusta de los efectos de la declaración judicial de presunción de muerte para el cónyuge presente en el derogado Código Civil español, se debió a la influencia del Derecho Canónico y su valoración sacramental y perpetua del matrimonio. Muy por el contrario, expresa un autor (24) que según la legislación de la Iglesia de entonces, si bien no se admitían como suficientes para autorizar el nuevo matrimonio los plazos civiles de ausencia y presunción de muerte "se llegan a permitir las nuevas nupcias cuando, a virtud de información canónica llevada a cabo por el Ordinario con arreglo a la instrucción de 13 de mayo de 1868 (Santo Oficio) se adquiera, ya que no la certeza absoluta, a lo menos, la certeza moral de la muerte del otro cónyuge".

Sin embargo, no es opinión compartida por otros estudiosos del Derecho Matrimonial español (25) que afirman que "la antigua prohibición hoy superada (se refieren al Código Civil vigente en España,[328] reforma que veremos más adelante era deudora de la influencia canónica y de los criterios de rigidez con que se trataba de tutelar la indisolubilidad del matrimonio."

Lo cierto es que el vigente Código de Derecho Canónico de 1983 (Cfr. Canon 1707,2) conserva el mismo tratamiento de la muerte presunta basada en las investigaciones oportunas, las declaraciones de los testigos, por fama o por indicios, para alcanzar la certeza moral sobre la muerte del cónyuge; pero en la doctrina de la Iglesia, la muerte presunta no se concibe como un supuesto disolutorio conceptualmente distinto de la

[326] Código Civil español hecho extensivo a Cuba en julio de 1889, con notas aclaratorias y concordancias redactadas por Ángel C. BETANCOURT, tercera edición. Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Cª, La Habana, 1924 p. 15.

[327] Es curioso que un jurista como MENÉNDEZ MENÉNDEZ (citado supra) al comentar este articulado exprese en su obra (relacionada en Notas al final de este texto) que la dicción del Código Civil español (se trata del derogado, aclaración de esta autora) hace presumir aunque no lo diga expresamente, que el cónyuge del presunto muerto queda en la categoría de viudo y disuelto el matrimonio que lo unía al ausente, basándose para ello en que la preceptiva (Cfr. Art. 194) establece que una vez firme la sentencia (hoy auto, aclaración de esta autora) que declara la presunción de muerte de un ausente, se abrirá su sucesión y se repartirá su herencia como si realmente hubiere fallecido. MENÉNDEZ MENÉNDEZ no hace alusión a la sexta base legislativa a que hemos hecho referencia. Claro, se trata de la viudez, no de pretensión de pasar a segundas nupcias.

[328] Aclaración de esta autora.

muerte misma, de manera que si reapareciera el cónyuge presuntamente muerto, provocará la nulidad del nuevo matrimonio por impedimento de vínculo.

Aunque ya sabemos que desde 1918 (Ley de 29 de julio) el divorcio podía ser una solución para evitar una espera perpetua desde la viudez, era necesario pronunciarse sobre los efectos limitativos e injustos de la presunción de muerte a que se refería la base legislativa sexta, que no autorizaba al cónyuge presente para pasar a segundas nupcias (si bien como hemos dicho no se explicitaba esta advertencia en el articulado del Código Civil derogado).

La reparación de este efecto excluyente para emprender nuevas nupcias fue acometida por el Código de Familia promulgado como sabemos en 1975. De esta manera en dicho texto, en su versión original, se dispuso en su Art. 43,2 (tal y como lo conocemos ahora) que la declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges extingue el matrimonio desde el momento en que dicha declaración quede firme, pero su segundo y tercer párrafo sufrieron modificaciones en la historia, cambios que trataré de resumir. Comenzaré por el tercer párrafo que fue objeto de derogación por la Ley 9 de 22 de agosto de 1977. Su redacción original de 1975, establecía:

Art. 44 (tercer párrafo) enunciado original de 1975:

- "A los efectos de lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo podrá declararse la presunción de muerte pasados diez y ocho meses de la declaración de ausencia si lo instare parte interesada, salvo que la desaparición se hubiere producido a consecuencia de un hecho notorio, caso en el cual, la presunción de muerte podrá declararse en cualquier tiempo después de ocurrido el hecho".

Este precepto con sus plazos mucho más cortos que los que establecía el Código Civil español entonces vigente e introduciendo la institución del desaparecido que no requería esperar plazo alguno por tratarse de hechos notorios, circunstancias extraordinarias, siniestros o accidentes graves, sólo era aplicable a los efectos del matrimonio, lo que determinó su derogación y supresión del Código de Familia para dar entonces una nueva redacción al Art. 191 del CCe derogado que se refería a los plazos de treinta y noventa años ya referidos para declarar la presunción de muerte, generalizando así su propuesta de cambio a todas las situaciones más allá del matrimonio.

La nueva redacción que introdujo al Art. 191 del CCe, la Ley 9 de 1977 redujo a dos años el plazo para solicitar la declaración judicial de presunción de muerte, partiendo de la declaración judicial de ausencia y la posibilidad de solicitar la declaración judicial de presunción de muerte en cualquier tiempo si se trataba de la figura del desaparecido o ausencia calificada, enunciado que como aclaramos ya incluía todas las situaciones no sólo la del matrimonio.[329]

[329] Por la Ley 9 de 1977 había que esperar para declarar la ausencia un año, sin haberse tenido del ausente o desde que se recibieron las últimas y cinco igual, en el caso que el ausente hubiere dejado persona encargada de la administración de los bienes y para declarar la presunción de muerte después de la declaración de ausencia esperar dos años. Es decir, había que esperar un año o cinco para la declaración de ausencia y luego dos años para la declaración de presunción de muerte del ausente. Resumiendo, para declarar la presunción de muerte debía esperarse de tres a siete años, más diez días y treinta días después de la publicación de la declaración judicial de ausencia y de presunción de muerte, respectivamente, en la

Asimismo el segundo párrafo del Art. 44 del Código de Familia en su versión original sufrió modificación por la susodicha ley.

En su dicción original se manifestaba así:

> Art. 44 segundo párrafo Código de Familia enunciado original de 1975.
>
> "Si el otro cónyuge no hubiere contraído matrimonio y apareciere el declarado presuntamente fallecido, el matrimonio extinguido recobrará su validez si ambos así lo solicitan en simple comparecencia ante el encargado del Registro Civil"
>
> – "En caso de que el cónyuge haya contraído nuevo matrimonio, este mantendrá toda su validez"

La Ley 9 de 22 de agosto de 1977, modificó el enunciado del Código de Familia para darle la dicción siguiente:

> Art. 44 segundo párrafo modificado por la Ley 9 de 1977:
>
> – "Si el otro cónyuge no hubiere contraído matrimonio y apareciere el declarado presuntamente fallecido, el matrimonio extinguido recobrará su validez, si ambos, así lo solicitan en simple comparecencia ante el encargado del Registro Civil, de lo contrario se les considerará divorciados"
>
> – "En caso de que el cónyuge haya contraído nuevo matrimonio, éste mantendrá toda su validez y el que apareciere tendrá el estado civil equivalente a de divorciado"

Resulta penoso que el propio legislador del Código de Familia utilizara el término "contraído" (luego repetido por la Ley 9) término que por la propia nomenclatura establecida por los redactores del Código[330] se relaciona con la unión no formalizada, en vez de utilizar el más apropiado de "matrimonio formalizado", porque no sabemos a qué validez se refiere el nuevo matrimonio "contraído", que es obvio que no tiene ninguna validez legal, a no ser que se considerara con otro tipo de validez esta nueva relación consensual ante la reaparición del cónyuge presuntamente muerto, nada menos que para que éste adquiera por ello ipso facto e ipso iure el estado conyugal de divorciado.

Con casi idéntico enunciado (incluyendo por tercera vez la inadecuada terminología de "contraído") ocho años más tarde, este segundo párrafo modificado fue abrogado, "trasladado" del Código de Familia y regulado desde 1985 en la Ley del Registro del Estado Civil. En otras palabras, extraído del Código e incluido en el Art. 60 (incisos e, f) de la Ley del Registro del Estado Civil[331] por razón de las facultades con que fueron investidos los registradores del Estado Civil en esta materia y por el carácter eminentemente administrativo que se le confirió al procedimiento… pero las consideraciones más reflexivas las haremos en el epígrafe relativo a los efectos para el matrimonio de la reaparición del presuntamente muerto. Epígrafe que contendrá varios sub-epígrafes numerados

---

tablilla de avisos del Tribunal. Si se trataba de desaparecidos, en cualquier momento podía solicitarse sin exigirse transcurso de tiempo.

[330] Recuérdese lo estudiado sobre las distintas expresiones terminológicas que utiliza el Código de Familia al regular la relación conyugal.

[331] Ley No. 51 de 8 de julio de 1985.

8 – Los efectos para el matrimonio de la reaparición del presuntamente muerto. Consideraciones Generales

Las instituciones jurídicas que estudiamos (ausencia y presunción de muerte) como hemos informado hasta aquí fueron renovadas también en el Código Civil cubano (Ley No. 59 de 1987) en su Sección Tercera del Título II (Sujetos de la relación jurídica) Arts. 33 al 37. Y los legisladores patrios, como apreciamos, lo hicieron dos años después de la regulación establecida en la Ley del Registro del Estado Civil, sobre presunción de muerte y sus efectos para el matrimonio en el caso de la reaparición del presuntamente muerto que, a su vez, reproducía en esencia lo enunciado en la Ley 9 de 22 de agosto de 1977. Ley que como sabemos, a su vez, modificó el Art. 44 segundo párrafo del Código de Familia promulgado en 1975.

He repetido todo este "iter" legislativo, para sentar las bases de que solo vamos a destacar de la nueva regulación de la declaración judicial de presunción de muerte que regula el Código Civil, aquellos elementos informativos necesarios para un análisis posterior desde la óptica del Derecho de Familia. Así, destacaremos lo siguiente:

- Ante todo el plazo mínimo de tres años ya establecido por la Ley 9 de agosto de 1977 para la declaración judicial de presunción de muerte se ha mantenido; ahora puede promoverse de manera directa pues como ya sabemos no es necesaria como antesala promover primero la declaración judicial de ausencia (Cfr. Art. 34,1 del CC).
- La ausencia calificada que se refiere a los desaparecidos en condiciones extraordinarias o notorias[332] que según la Ley 9 de 1977 al modificar el Art. 91 del CCe, admitía solicitar la declaración judicial de presunción de muerte en cualquier tiempo después de ocurrido el hecho sin exigirse determinado transcurso de tiempo, ahora su regulación demanda distintos plazos, según las circunstancias notorias (Cfr. Art. 35,1,2 del CC).
- Para el Código Civil vigente declarada la presunción de muerte queda expedito para los interesados el ejercicio de los mismos derechos que les hubieran correspondido de ser la muerte acreditada por certificación médica y los efectos de la declaración se retrotraen al momento en que se produjo el acontecimiento que hizo presumir la muerte o se tuvieron las últimas noticias del desaparecido (Cfr. Art. 36,1,2 del CC). Se refiere tanto a la presunción de muerte de un desaparecido en condiciones extraordinarias como en condiciones ordinarias.

8.1 – El presuntamente muerto. Fecha exacta de su muerte y de la extinción del matrimonio

El enunciado del Art. 36,2 que acabamos de mencionar parecería que colisiona con el Art. 44 del Código de Familia que establece que los efectos para la extinción del matrimonio se

[332] A los que desaparecen en condiciones ordinarias se les califica en doctrina como ausentes. Como bien señala el profesor Dr. Cj. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO: "Nuestro Código Civil como se ha podido constatar utiliza la expresión – desaparecidos – para nombrar al sujeto incurso en ambas circunstancias". Consultar su trabajo titulado "La declaración judicial de presunción de muerte, una aproximación tópica a su estudio" Ficha bibliográfica en Notas, al final de este texto.

producen desde que la resolución judicial de presunción de muerte quede firme, mientras el Código Civil preceptúa que los efectos de la declaración deben retrotraerse al momento en que se produjo el acontecimiento que dio origen a la muerte presunta o desde que se conocieron las últimas noticias del desaparecido.

¿Cuál es entonces la fecha exacta de la muerte y por ende la fecha exacta de la extinción del matrimonio? ¿Desde que se dio el supuesto de hecho de la muerte o desde que la resolución judicial queda firme?

Ateniéndonos a la excelente monografía sobre el tema del profesor PÉREZ GALLARDO, repetiríamos con él que "si nos afiliamos a la primera posición, el día presuntivo en que acaeció la muerte es el dispuesto en la resolución judicial, conforme con los medios de prueba aportados, o sea, en atención a los que ha sido probado ante el juez, de modo que a los efectos de la resolución judicial se retrotraen a esa fecha. Es la posición que adopta el Art. 36,2 del CC". (26).

Pero a su vez, la posición del Código de Familia, que no se refiere a la retroacción de los efectos, sencillamente establece que existirá muerte presunta desde el momento en que la resolución judicial que la contiene ya dictada, adquiera firmeza y ese sería el momento de la extinción del matrimonio, "de modo que para el matrimonio no regiría la retroactividad de los efectos de la declaración judicial de muerte presunta que predica el Art. 36,2 del CC". (27)

Detengámosno a reflexionar sobre esta contradicción:

El Código de Familia es la ley especial y se refiere solo al matrimonio, pero el Código Civil es posterior y es el que regula la institución de la presunción de muerte a todos los efectos. Esto indica que en este caso el Código de Familia debe ajustarse a lo previsto en el Código Civil, pues no seguir la misma prédica llevaría a situaciones que colindan con el absurdo jurídico, como muy bien demuestra PÉREZ GALLARDO en el ejemplo que reproduzco a pie de página[333].

## 8.2 – Declaración judicial de presunción de muerte y declaración de fallecimiento. Precisiones conceptuales

Retomando de nuevo el Art. 36 del CC, esta vez en su inciso 1 observamos como su enunciado parece equiparar la presunción de muerte a la muerte misma, acreditada ésta por certificación médica, si bien se establece en el Art. 26,1 del propio CC que esa certificación se hace por el personal facultativo autorizado, refiriéndose por supuesto a la muerte de la persona natural, no, a la persona natural desaparecida… la pregunta que debemos formular es si la declaración de presunción de muerte equivale en propiedad a la defunción o fallecimiento del desaparecido.

---

[333] "A, sujeto desaparecido, del cual se tuvo las últimas noticias el 18 de agosto de 1998, declarado presuntamente muerto en virtud de auto de fecha 26 de noviembre de 2005, firme desde el 8 de diciembre de 2005, se abra su sucesión a la fecha 18 de agosto de 1998 y se tenga extinguido su matrimonio con fecha 8 de diciembre de 2005, pues ello supondría que a la primera fecha pudiera promoverse la liquidación de su caudal hereditario, mientras que la comunidad matrimonial de bienes no quedaría extinguida hasta el 8 de diciembre de 2005: un absurdo jurídico imposible de defender".
(En "La declaración judicial de presunción de muerte…ob. cit. en Notas, al final de este texto)".

Para responder debemos comenzar por recordar la historia ya contada de la base legislativa sexta del Código Civil español que derogamos y hagamos un alto para ello:

- Como ya explicamos, si bien en nuestra historia legislativa se logró paliar la espera perpetua de la viuda del ausente mediante la promulgación de una ley de divorcio desvinculatorio[334] como lo fue la Ley de 29 de julio de 1918 que estableció la ausencia como causal de divorcio, la situación en el Reino de España se mantuvo en cuanto a los fectos de la declaración judicial de presunción de muerte, tal y como la establecía la base legislativa sexta del Código Civil de 1888[335]. O sea, que la presunción de muerte enervaba en todo caso la pretensión del cónyuge presente a pasar a segundas nupcias. La no admisión por la legislación española de la disolución del matrimonio por la declaración judicial de presunción de muerte se modificó en 1939, por Ley de 8 de septiembre que reformó la institución de la ausencia en el Código Civil estableciendo una declaración de fallecimiento (no así de presunción de muerte) que no bastaba por sí sola para que el cónyuge presente pudiera contraer ulterior matrimonio. Por tales características el reconocido catedrático Diego ESPÍN CÁNOVAS (28) apreció que esta disposición "trataba de facilitar las ulteriores nupcias del cónyuge presente aunque mediante la exigencia de algún complemento que aportase mayor certidumbre moral de la efectiva muerte del cónyuge desaparecido, norma que estaba además concorde con la normativa canónica".
- Cuarenta y dos años más tarde al reformarse de nuevo el Código Civil español en esa materia por la Ley de 30 de julio de 1981 se le concede a la declaración de fallecimiento el efecto disolutorio del vínculo conyugal, de manera que el cónyuge presente podía contraer nuevo matrimonio sin más trámites comprobatorios del fallecimiento (Cfr. Art. 195 del CCe vigente). Naturalmente este efecto disolutorio del vínculo conyugal se relaciona con la regulación que de la declaración de fallecimiento del ausente establece el Código Civil español vigente en su Art. 193[336].

Se aprecia en el enunciado de este artículo que en situación ordinaria los plazos son de diez o en su caso cinco años si el ausente hubiere cumplido setenta y cinco años. Compárese con lo que establece el Código Civil cubano para declarar la presunción de muerte de un desaparecido en condiciones ordinarias: como sabemos, tres años sin

---

[334] Ver supra lo comentado en el epígrafe "Declaración judicial de ausencia y sus efectos para el matrimonio"

[335] Código que se hizo extensivo a Cuba en 1889, reformado. Aclaración de esta autora.

[336] Código Civil español vigente
Art. 193 (según Reforma de la Ley 4/2000de 7de enero)
Procede la declaración de fallecimiento:
1 – Transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición.
2 – Pasados cinco años desde las últimas noticias o, en defecto de éstas, desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco años.
El tercer y el cuarto inciso se refieren a riesgo inminente de muerte por causa de violencia, o en caso de siniestro, o de subversión de orden político, reduciéndose los plazos en esos casos a un año, tres meses o seis meses.

tenerse noticias de éste, sin que sea necesaria la previa declaración judicial de ausencia y sin que cuente la edad del desaparecido. Parece obvio que con tales requerimientos se espere más por el retorno del presuntamente muerto.

- Así, en España desde 1981, la declaración de fallecimiento fija por vía judicial el momento del fallecimiento (se expresa la fecha a partir de la cual se considera ocurrida la muerte de la persona) de modo que la resolución judicial tiene efectos ex – tunc y no la adquisición de firmeza de la propia resolución judicial.

Por nuestra parte se ha mantenido la denominación de "declaración judicial de presunción de muerte", sin que se considere, (de acuerdo a la dicción del Código de Familia en materia de matrimonio) al desaparecido o ausente como fallecido hasta tanto no se haga firme la resolución judicial que la declara, prevaleciendo así "un animus de retorno" o de la "prueba de su existencia" que se impone aún contra lo establecido en el Art. 36,1 del CC.

Los efectos de una y otra posición dogmática (declaración judicial de presunción de muerte o declaración de fallecimiento) se evidencian de manera distinta al valorar las consecuencias que para el matrimonio tiene la reaparición (por retorno o por prueba de su existencia del desaparecido) como apreciaremos a continuación en el siguiente sub – epígrafe sobre este tema.

8.3 – La reaparición del cónyuge presuntamente muerto. Sus efectos para el matrimonio según las distintas hipótesis de la Ley del Registro del Estado Civil

En esta Ley, como ya hemos informado, la que establece las pautas a las que hay que atenerse en materia de matrimonio si reapareciere el presuntamente muerto.

La dicción literal del Art. 60 de la LREC establece lo siguiente:

Art. 60 (incisos d, e y f)

- Al margen de la inscripción del matrimonio se anotarán los datos siguientes:

  d) la ejecutoria de presunción de muerte;

  e) la validez del matrimonio extinguido, si el cónyuge presuntamente muerto apareciera y ambos así lo solicitaran al registrador del estado civil; de lo contrario se consignará que están divorciados;

  f) el divorcio, si en el caso del inciso anterior el cónyuge hubiera contraído nuevo matrimonio antes de la aparición del presuntamente muerto.

Para darle un mayor orden didáctico a nuestras ideas iremos reflexionando y comentando por separado el contenido de estos incisos:

Inciso d):

Acerca del asiento de esta nota marginal contentiva de la ejecutoria de presunción de muerte al margen de la inscripción del matrimonio, comentaremos más adelante, cuando nos ocupemos del régimen registral y el cauce procesal de las instituciones de la ausencia y la presunción de muerte.

Inciso e) : primera hipótesis

La viudez del matrimonio extinguido, si el cónyuge presuntamente muerto apareciera y ambos así lo solicitaran al registrador del estado civil

Este enunciado parece indicarnos que si apareciere el presuntamente fallecido, éste personalmente, concurriendo conjuntamente con el cónyuge presente (que no ha formalizado nuevas nupcias) ante el registrador del estado civil, le solicitan que "reviva" el matrimonio que existió entre ellos e ipso iure el registrador anota al margen del matrimonio extinguido por previa nota marginal de presunción de muerte, la "validación" o "resucitación" de ese matrimonio.

¿Necesita el presuntamente muerto, antes de presentarse al registrador concurrir al Tribunal para anular la resolución judicial de presunción de muerte, tal y como prevé el Art. 37 del CC?[337]

Es de apreciar que el Art. 37 del CC (que recomiendo leer a pie de página) se refiere solo a los efectos que en el orden patrimonial tendrá la reaparición del declarado presuntamente muerto y no tiene en cuenta los derechos derivados de las instituciones propias del Derecho de Familia como el matrimonio, las relaciones paterno filiales, la adopción, la tutela y los alimentos.

En rigor, de los efectos que para estas instituciones propias del Derecho de Familia tendría la reaparición tanto del declarado ausente, como del declarado presuntamente muerto (con excepción del matrimonio para este último) tampoco se ocupó en su momento el Código de Familia, como ya hemos apreciado y seguiremos abundando más adelante (Ver supra: Declaración judicial de ausencia. Su repercusión para el ejercicio de la patria potestad).

De esta suerte sin requerirse "la incoación de proceso judicial en este caso" (29) sólo compareciendo ante el registrador, se entenderá que nunca se extinguió el matrimonio, con los efectos patrimoniales que lleva este hecho, si se liquidó en su momento la comunidad matrimonial de bienes por causa de muerte, situación acerca de la cual nada se ha regulado en específico y sólo remito a los lectores a leer los criterios expresados por el profesor PÉREZ GALLARDO relativos al modo como han de revertirse a la comunidad matrimonial de bienes "aquellos bienes que fueron liquidados entre el cónyuge supérstite putativo y los herederos también putativos"(30) basándose fundamentalmente el autor en la doctrina y en el Derecho comparado, pues casi seguro que desde que se promulgó la LREC (1985) y desde antes, desde que se promulgó el Código de Familia (1975) no ha acontecido en nuestro país un solo caso de reaparición de un cónyuge presuntamente muerto que con su pareja de toda la vida haya solicitado ante el registrador "resucitar" su matrimonio extinguido y los efectos patrimoniales de este suceso, de modo, que si estoy en lo cierto, no tenemos un sustento ni práctico, ni jurisprudencial para dar respuesta a nuestras inquietudes en ese supuesto. ¿Qué decir de un reconocimiento judicial que se

[337] Art. 37 del CC
Si el declarado ausente o presuntamente muerto se presenta o se prueba su existencia, el Tribunal anula la declaración de ausencia o presunción de muerte y dispone que, salvo los casos de excepción que establece la ley, se le restituya en todos sus derechos, y recobre sus bienes en el estado en que se encuentren y el precio de los enajenados o los adquiridos con él, pero no podrá reclamar frutos.

…/379

haya logrado alegando y probando la presunción de muerte del conviviente y este reapareciere?.

Retomando el enunciado de la hipótesis que comentamos volvamos al supuesto de hecho: Ninguno de los esposos había formalizado nuevo matrimonio. Piénsese que de mala fe podría haberlo hecho el presuntamente muerto, incidiendo en el delito de bigamia, constándole que aunque el sabía que lo creían muerto, estaba vivo y había contraído nuevas nupcias estando casado. Y el cónyuge presente tampoco había formalizado nuevo matrimonio subsistiendo el mismo amor entre ambos miembros de la pareja (llamémosla, pareja original). De esta suerte la declaración judicial de presunción de muerte de nuestro Derecho positivo establece administrativamente una solución expedita que encarga al registrador del estado civil: Éste, a solicitud de los esposos, hace "revivir" ese matrimonio como si nunca se hubiera extinguido.

Aquí vamos a apreciar la diferencia conceptual de la que ya informamos, entre la declaración judicial de presunción de muerte de nuestra legislación y la declaración de fallecimiento que establece la legislación española vigente, con la diferencia de los plazos y demás requerimientos que sustentan una y otra posición que ya tratamos supra (Ver sub – epígrafe 3 – Declaración judicial de presunción de muerte y declaración de fallecimiento. Precisiones conceptuales).

Ante esta misma situación descrita en esta hipótesis de la LREC, en la normativa española vigente la reaparición del presuntamente muerto, no provocaría revivir el matrimonio de la pareja original, pues "en relación a la disolución del matrimonio, el efecto ya producido por la resolución judicial firme (declaración de fallecimiento, aclaración de esta autora) es formalmente inmodificable, de modo que a partir de la misma … si ninguno de ellos ha pasado a ulteriores nupcias … pudieran contraer matrimonio entre si, al igual que ocurre entre divorciados". (31)

En otras palabras, "la eventual aparición del declarado fallecido no ha de poder producir la reanudación de efectos del matrimonio anterior, sino que si se desea una reanudación de la vida matrimonial, es necesario 'contraer' (para nosotros 'formalizar') de nuevo, matrimonio" (32). Es obvia la diferencia de los efectos, entre una y otra regulación.

Inciso e) : segunda hipótesis

- Se consignará que están divorciados, si el cónyuge presuntamente muerto apareciera y conjuntamente con el cónyuge presente, así lo solicitaran al registrador del estado civil, por no querer ambos reanudar la vida matrimonial.

¿Qué alcance tiene el término consignar utilizado por la LREC?

El término consignar, entre otras acepciones se refiere a "escoger un lugar para poner algo en él, depositar una cosa" [338] "citar en un escrito: consignar un hecho."[339]

Es decir, el registrador lo que efectúa es una inscripción nueva al margen de la inscripción del matrimonio extinguido, en este caso por voluntad de ambos miembros de

[338] En "Compendio de términos de Derecho Civil" (coordinador Mario MAGALLÓN IBARRA) Edición de la Universidad Autónoma de México, México, 2004.

[339] En Pequeño Larousse Ilustrado (por Miguel DE TORO GISBERT y Ramón GARCÍA PELAYO Y GROSS) Instituto del Libro, La Habana, 1968.

la pareja. En otras palabras, deja registrado con nota marginal que el matrimonio no se ha extinguido por muerte, sino por divorcio… ¿Pero quién divorcia a los cónyuges? ¿el registrador? ¿A partir de que fecha se suponen divorciados? ¿En el momento de la comparecencia ante el registrador? ¿Desde que fue firme la resolución judicial que declaró la presunción de muerte? ¿Desde el momento que se produjo el acontecimiento que hizo presumir la muerte o se tuvieron las últimas noticias del desaparecido?

¿Puede el registrador consignar un hecho jurídico, con más propiedad, un acto, que no ha acontecido creando una verdadera ficción jurídica? ¿Con qué autoridad y con qué facultad tuitiva puede divorciar un registrador? si además existieren hijos menores de edad y ya el progenitor desaparecido no es fallecido pues retorna demandando sus derechos paterno filiales y obligándose al mismo tiempo a ellos, así como sus derechos conyugales patrimoniales reclamando su participación en la comunidad matrimonial de bienes si fue antes liquidada o no. Si además deben retrotraerse los efectos de la declaración judicial de presunción de muerte al momento en que se produjo el acontecimiento que hizo presumir la muerte o se tuvieron las últimas noticias del que reaparece, según prescribe nuestro Código Civil (Cfr. Art. 36,2) ello daría lugar nada menos que a un divorcio registral con carácter retroactivo, con hijos menores, toda una novedad preocupante para la Convención Internacional de los derechos del niño y su doctrina de la protección integral del niño como sujeto de derecho.

Es obvio que esta solución administrativa tan expedita es altamente riesgosa y criticable. Otra situación sería si el registrador consignara el divorcio de los cónyuges que ya no se aman, divorcio efectuado de acuerdo a los cauces procesales establecidos en nuestro Derecho positivo, o la declaración judicial de presunción de muerte produjera automáticamente la disolución del vínculo, como se establece en la legislación española vigente.

Inciso f) hipótesis única

- El divorcio, si el cónyuge presuntamente muerto apareciera[340] y el cónyuge presente hubiera contraído nuevo matrimonio antes de su aparición.

Aquí la situación que se plantea se relaciona con el mandato que estipulan los Arts. 43,2 y 44 del Código de Familia, pues como se extinguió el matrimonio por la declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges, desde el momento en que dicha declaración quedó firme, el cónyuge presente formalizó (no contrajo)[341] nuevo matrimonio. Ante la aparición del presunto fallecido, el registrador consignó de manera expedita, el divorcio.

Toda la gama de cuestionamientos que hicimos para esta actuación que se le asigna al registrador, es válida para esta situación, aunque se supone que la fecha del divorcio debe retrotraerse en este caso al momento de la contracción de las nuevas nupcias del ex–cónyuge presente… pero… ¿Quién los divorcia? ¿Quién dispone de los efectos y medidas en relación a los hijos menores, si los hay, al régimen económico del matrimonio?

[340] Eso parece del enunciado de este inciso f, que aclara, que debe remitirse al supuesto de hecho del inciso anterior, cuando expresa: "si en el caso del inciso anterior"…

[341] Hemos criticado en varias ocasiones esta incorrecta terminología.

De nuevo apreciamos la diferencia en el orden conceptual entre la declaración judicial de presunción de muerte de nuestra legislación y la declaración de fallecimiento de la legislación española… Así, entre nosotros, el vínculo entre el presuntamente muerto y su ex–cónyuge realmente no se rompió por el hecho de la ulteriores nupcias y es necesario consignar el divorcio; en la legislación española, la declaración de fallecimiento de un cónyuge da lugar a que el matrimonio se disuelva… "pero ni es divorcio, ni es que se permita pedirlo, por la sencilla razón, de que no hace falta, puesto que declarado el fallecimiento, se produce automáticamente la disolución del vínculo y no cabe ya pretenderla después, puesto que no existe ya vínculo que disolver (33)."

Aclaro que la disolución del vínculo, por muerte, por declaración de fallecimiento o por divorcio, así como la anulación y la separación de todo matrimonio las regula el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de manera unitaria por reciente modificación introducida en el año 2005.[342]

Resumiendo ideas, de nuevo creo riesgoso que para dar celeridad y despojar de supuestos formalismos "innecesarios" a los actos propios del Derecho de Familia se caiga en ficciones jurídicas en posible desprotección de los derechos, sobre todo de la infancia. Sencillamente, los registradores del estado civil, fundamentalmente, deben garantizar la inscripción de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, de forma que sólo se consignarán los divorcios que se realicen en la realidad a través de las vías procesales oficiales. Tal vez sólo podríamos aceptar por economía procedimental, que se consignara revivir un matrimonio, como que nunca se extinguió por la muerte de uno de los cónyuges, si así éstos lo quisieran, evitándose incurrir en la "reformalización" de un mismo matrimonio.

Por último y en cuanto a las hipótesis de la LREC que comentamos, debo destacar, que a juicio de esta autora faltó una situación hipotética que no se valoró: Consignar el divorcio (en rebeldía) que el cónyuge presente demandó en su momento, por ignorado paradero, sino por declaración judicial de ausencia del demandado y ésta si hubiera sido una consignación verídica, no ficticia a realizar por el registrador.

9 – Consideraciones acerca de la omisión (con excepción del matrimonio) en la normativa del Código de Familia de los efectos de la reaparición del presuntamente muerto

No hay un solo precepto en el Código de Familia (excepto los relativos a la extinción del matrimonio) que mencione a la declaración judicial de presunción de muerte como una noción distinta de la muerte misma. La dicción del Código se refiere sólo a la muerte, por lo que no sabemos si debemos considerar incursa en el concepto de muerte, también a la presunción de ella.

En este material docente en su m omento (Ver supra el acápite "Extinción del Matrimonio por fallecimiento de cualquiera de los cónyuges") tratamos de la muerte y de las múltiples situaciones en que era invocada en el Código de Familia. Una de esas situaciones se refería a la extinción de la patria potestad por la muerte de los padres o del hijo (Cfr. Art. 92,1 del CF) y en ese caso, como en todos en que se nombra a la muerte, con excepción del matrimonio, se silencia a la declaración judicial de presunción de muerte.

[342] Fundamentalmente consultar la Ley 15/2005 de 8 de julio

Un antecedente de este artículo, dada nuestra común historia legislativa con la metrópoli española, lo encontramos en el Código Civil español vigente, cuando establece en su actual Art. 169, que la patria potestad se acaba: – Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo – Ya sabemos que en esa legislación la declaración de fallecimiento ha sustituido a la noción de presunción de muerte, otorgándole a esa declaración un real poder disolutorio. En el artículo que comentamos el legislador establece una diferencia en las situaciones fácticas, pues una variante es la muerte y la otra la declaración de fallecimiento.

Entre nosotros, la omisión preceptiva de la presunción de muerte, se hace más notable cuando nada se regula sobre los efectos que se provocarían con la reaparición (por retorno o por prueba de su existencia) del declarado presuntamente muerto, para, por ejemplo, el sensible ámbito de las relaciones paterno filiales, incluyendo la patria potestad, la adopción, pero también para cualquiera de las situaciones requeridas de asistencia, guarda o protección tutelar de los hijos menores de edad, cuyo destino fue decidido ante la presunta muerte del progenitor sin la voluntad de éste[343]

10 – Las declaraciones judiciales de ausencia y presunción de muerte: cauce procesal y régimen registral

Si bien, como sabemos, el análisis de estos requerimientos en ambas instituciones se estudia detalladamente en la Parte General del Derecho Civil, debemos retomarlos ahora para culminar las consideraciones que en esta materia hemos realizado hasta aquí, bajo la óptica del Derecho de Familia.

Debe ser ya conocido por los lectores que ambas instituciones jurídicas se sustancian por los trámites de la jurisdicción voluntaria (Cfr. Arts. 589 a 591 de la LPCALE)[344] con la característica de que en el caso de la presunción de muerte cabe sólo inferir tal procedimiento, al no estar dicha situación fáctica empeñada en contienda entre partes, pero no porque así lo establezca de manera expresa la ley de trámites, omisión que

[343] Adelanto a los lectores que la única modalidad de adopción que establece el Código de Familia, es la plena, que deviene irrevocable, es decir, que una vez firme la resolución judicial que la autorice y vencido un plazo de seis meses, deviene como definitiva e inexpugnable, para los adoptantes, pues se rompen para el adoptado los lazos con la familia consanguínea. Con esta información, a título de ejemplo, teóricamente mostramos lo que podría suceder con la adopción plena de un menor, cuyo progenitor fue declarado presuntamente muerto:

– Supongamos que declarada firme judicialmente la presunción de muerte del padre de un menor y extinguido por ello el matrimonio que lo unía a su consorte y madre del niño, ésta como viuda formaliza nuevas nupcias (ex Art. 44 del CF), adoptando su nuevo esposo al hijo del presuntamente muerto (ex Art. 101 del CF). En estas circunstancias, un año más tarde el presunto muerto reaparece y ya sabemos (ex Art. 60 f de la LREC) que el ulterior matrimonio prevalecerá sobre el primero y el presuntamente muerto tendrá el estado civil de divorciado. ¿Debe perder también la patria potestad sobre su hijo consanguíneo al no poder impugnar la adopción ya acordada judicialmente y vencido el plazo de seis meses que fija la ley (ex Art. 110 del CF)? Es obvio que no se ajusta a la lógica y a los principios doctrinales que rigen en materia filiatoria, pero no hay respuesta explícita desde nuestro Código de Familia.

[344] Según el Art. 578 de la LPCALE corresponden a la jurisdicción voluntaria los procedimientos que tengan por objeto hacer constar hechos o realizar actos que, sin estar empeñada ni promoverse cuestión entre partes, hayan producido o deban producir efectos jurídicos, y de los cuales no se derive perjuicio a persona determinada

resulta penosa pues al promulgarse en 1977 la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, dos años antes ya el Código de Familia había distinguido en una Sección Segunda del Capítulo III relacionado con la extinción del matrimonio a la presunción de muerte, prescribiendo como sabemos en su Art. 44 que la declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges extinguía el matrimonio desde el momento en que dicha declaración quedare firme. La ley ritual, sin embargo se refirió y se refiere sólo a la administración de bienes de ausentes. Para encontrar la denominación de declaración de presunción de muerte conjuntamente con la declaración de ausencia hay que remitirse al Art. 7 de dicha ley la que al establecer la competencia para conocer de los asuntos civiles por razón del lugar (fuera de los casos de sumisión expresa o tácita) determina que en cuanto a esas declaraciones judiciales, el Tribunal competente es el del último domicilio del ausente o desaparecido (Ver en Anexo 3, en proceso de jurisdicción voluntaria de declaración judicial de presunción de muerte, auto declarando ésta sin lugar).

Esta autora considera que esta parquedad, más bien omisión de esta figura tan especial para el Derecho de Familia, como lo es la presunción de muerte, demuestra que no se atemperó en la ley adjetiva lo que demandaba la ley sustantiva y es una deuda que la ley de procedimiento tiene con el Código de Familia. De manera que en una futura regulación que se formule sobre el procedimiento familiar basado en los singulares principios que lo sustentan, se acometa con todo rigor normar esta materia, máxime, que como ya hemos conocido, ahora convergen en ella, además del Código de Familia, el Código Civil y la Ley del Registro del Estado Civil, con posiciones que no son del todo homogéneas y que dejan vacíos de interpretación.

Ya vimos al analizar los diferentes incisos que plantea el Art. 60 de la LREC como en su inciso D se dejaba dicho que la ejecutoria de presunción de muerte se asentará como nota marginal a la inscripción del matrimonio. Es lo cierto, que tal ejecutoria debe inscribirse también al margen de la inscripción de nacimiento (Cfr. Art. 42 inciso H de la LREC) y al margen de la inscripción de la adquisición, pérdida o recuperación de la ciudadanía cubana (Cfr. Art. 81 inciso I de la LREC). Estos dos últimos asientos marginales distinguen la muerte o defunción de la ejecutoria de presunción de muerte propiamente dicha.[345]

En otras palabras, distinguen la muerte física o defunción de la muerte presunta. Sin embargo, debía esperarse que cuando se emitiera por el Tribunal declaración de presunción de muerte, esta ejecutoria se inscribiera como defunción o fallecimiento de esa persona desaparecida y a ello se refiriera el inciso (d) de la inscripción de la defunción, (Cfr. Art. 74 de la LREC) cuando establece que el registrador del estado civil practicará la inscripción de la defunción de conformidad con la (inciso D) ejecutoria del Tribunal competente … Más no es así, según ha investigado el profesor PÉREZ GALLARDO, el que nos informa que "los operadores del Derecho en Cuba no practican asiento de defunción cuando el Tribunal libra ejecutoria de presunción de muerte" y tal proceder, a juicio del profesor se debe a que "han primado las razones históricas, más la fuerza de la costumbre

[345] Art. 42 inciso H – establece: Al margen de la inscripción de nacimiento se anotará: la defunción o la ejecutoria de presunción de muerte. Y el Art. 81 establece: Al margen de la inscripción de la adquisición, pérdida o recuperación de la ciudadanía cubana se anotará inciso (G) la defunción inciso I – la presunción de muerte.

y el parco tratamiento que la ley registral le ofrece a esta figura, siempre distinguiéndola de la defunción propiamente dicha y a su vez apellidando la ejecutoria judicial, cuando a ella atañe" (34).

Coincidiendo con lo que expresa el autor, pero diciéndolo con otras palabras, cree esta autora que cuenta cuanto hemos valorado acerca de la diferencia conceptual entre declaración de fallecimiento de la legislación española y declaración judicial de presunción de muerte de nuestra legislación. Entre nosotros, el plazo para declarar la presunción de muerte de un desaparecido en condiciones ordinarias es tan breve y no se distingue la edad del mismo, que obliga a que prevalezca en la conciencia de esos operadores del Derecho ese "animus de retorno" que se impone aún contra la dicción del Art. 36,1 del CC. Claro, que tal situación conspira contra la necesaria eficacia de contar con un asiento registral principal y no con meras notas marginales para certificar la muerte presunta que equivale a la defunción misma, pero para ello habría que restructurar toda la concepción con la que se ha normado esta institución jurídica entre nosotros.

En cuanto a la declaración judicial de ausencia, la omisión registral es absoluta: el auto que declara la ausencia no está establecido que se inscriba en el Registro del Estado Civil ni como nota marginal en el asiento de inscripción del nacimiento del declarado ausente. Sin embargo, la ausencia, su declaración judicial deviene en un acto con trascendencia en el orden familiar y patrimonial, que si bien no está relacionado, como la presunción de muerte con el estado civil de las personas y aunque estadísticamente apenas se procesen casos por los Tribunales (por las razones que hemos analizando en este material docente)[346] aún así, sería necesario que se registrara por su interés social y jurídico.

Por último, a criterio de esta autora faltó también en nuestra legislación valorar en toda esta materia relacionada con las declaraciones judiciales de la ausencia y la presunción de muerte, la existencia o no de la mala fe (pues la buena fe se presume siempre), incidencia que podría cambiar la apreciación de los hechos; regulación que establecen otras legislaciones.

Terminado así el análisis de éstas instituciones del Derecho Civil y de Familia, que por razón de los intricados problemas jurídicos a que han dado lugar han recibido en la doctrina la denominación de "crux juris studiosorum", damos paso a la última de las causas de extinción o cesación del matrimonio; el divorcio.

[346] Releer ut supra el epígrafe "Declaración judicial de ausencia y sus efectos posibles para el matrimonio"

NOTAS

1.- REINA, Víctor y Josep Mª MARTINEL. "Curso de Derecho Matrimonial", Marcial Pons – Ediciones Jurídicas S. A., Madrid, 1995, p. 582.

2.- Ibidem p. 50. Según los autores, cuando hablan de crisis del concepto de matrimonio, se están refiriendo fundamentalmente a la significación y función social de la institución y no a que ésta haya caído en desuso.

3.- Anuario Demográfico de Cuba 2005. Edición de diciembre de 2006. Centro de Estudios de Población y Desarrollo, Oficina Nacional de Estadísticas, pp. 62 y 131.

4.- VELAZCO MUGARRA, Miriam, "La guarda y cuidado de los menores sujetos a la Patria Potestad", Ediciones ONBC, (Organización Nacional de Bufetes Colectivos), La Habana, 2008. p. 379. Conclusión No. XVI – Ver también especialmente del Capítulo 5, la página 353, "Ejecución provisional del régimen de guarda y cuidado y de comunicación dispuesto en sentencia definitiva". Asimismo sobre el tema de la "Ineficacia procesal para determinar la situación jurídica de los hijos e hijas menores en la crisis de la pareja de sus progenitores", consultar las Memorias de la "IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia", Ciudad de La Habana, Cuba, año 2006 que contiene la ponencia con éste título de las autoras, Dra. Miriam VELAZCO MUGARRA y MsC. Eulalia VELAZCO MUGARRA.

6.- LEDESMA URIBE, José Jesús, Reflexión expresada en Post-Grado sobre Derecho Civil Mexicano ofrecido en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana por el distinguido Maestro de la Universidad Iberoamericana de México DF en el año 1992. El profesor agregaba: "El momento supremo de la existencia es el momento de la muerte. Cuando se nace, se es todo materia y se nace unido de manera estrecha a la madre, no se está solo. Pero el momento de la muerte, es el momento de la mayor individualidad del hombre, fragilizado el cuerpo y agudizada la conciencia, cuando todavía no se ha perdido ésta, es el momento de la excelsa soledad y de la verdad absoluta de la vida" (Palabras textuales tomadas por esta autora).

7.- CLEMENTE Tirso, Derecho Civil Parte General Tomo I (Primera Parte), Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 1983, p. 287.

8.- PÉREZ GALLARDO, Leonardo. "Un enfoque filosófico y jurídico en torno a los criterios para la determinación y certificación de la muerte con especial referencia al criterio neurológico", Boletín ONBC Nº 11 de Enero – Abril del 2003, impreso por CIABO (Centro de Información y adiestramiento informático para el abogado), recomiendo su lectura íntegra.

9.- MESA CASTILLO, Olga, "La unión de hecho de buena fe" Revista Jurídica del Ministerio de Justicia Nº 8 de 2005, Ver Reflexiones Finales, aunque sugiero su lectura íntegra.

10.- SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, "El parentesco en el Derecho Comparado" Universidad Autónoma de San Luis de Potosí. Facultad de Derecho. Editorial Universitaria Potosina, México, 1996. El autor caracteriza a grandes rasgos el desenvolvimiento de la familia en Egipto, Babilonia, Asiria, Israel, Persia, India, China, Grecia, Roma y Germania, pp. 28 a 35.

.../386

11.- Ibidem, p. 32.

12.- PUIG PEÑA, Federico, Derecho Civil español, Tomo 2, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 215.

13.- Ut supra loc. Nota 10, p. 104.

14.- Ídem.

15.- Ut supra loc. Nota 12 p. 260.

16.- Idem.

17.- Magistrado que fuera de la Audiencia de La Habana, profesor de Derecho Civil e Internacional Privado en la Academia de Derecho de La Habana. (Década de los años 20 y 30 del pasado siglo XX) Aquí se trata de su excelente monografía sobre "El Matrimonio" (ya mentada en otras ocasiones en este material sobre el Derecho Matrimonial cubano) editada por Jesús Montero, La Habana, 1939, p. 384.

18.- DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa. "La persona individual" en libro de texto de Derecho Civil, Parte General, bajo la coordinación de Caridad del C. Valdés Díaz, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p. 118.

19.- CLEMENTE DÍAZ, Tirso. "Derecho Civil Parte General" Tomo 1 (Segunda Parte) Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 1983, p. 489. Recomiendo a los lectores consultar su obra para un estudio detallado de la ausencia. Asimismo, consultar a PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. en "Una aproximación a la hermenéutica de las normas reguladoras de la ausencia en el Código Civil cubano", Boletín Nº 29 de la ONBC (Organización Nacional de Bufetes Colectivos) Octubre – Diciembre 2007.

20.- DÍAZ PAIRÓ, Antonio. "El divorcio en Cuba" Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, La Habana, 1935, p. 134. El autor plantea la duda sobre si se trata de una causal culposa o no, por el infeliz tratamiento que el Decreto – Ley 206 de 1934, establecía con respecto a la madre, pues el Art. 24 (a) de dicho texto legal admitía la posibilidad de que la madre fuere declarada culpable por esta causa. Sorprendentemente también por la causal décimocuarta, referente a la locura crónica, sólo que luego enmendaba en su Art. 28, que ésta décimocuarta causal no conllevaba declaratoria de culpabilidad con respecto de ninguno de los cónyuges, lo que no admitía con respecto a la declaración judicial de ausencia. De ahí que otro notable comentarista de la época, Andrés Mª Lazcano en "Comentarios a la Ley de Divorcio Vincular", Editorial Lex, 1945, p. 50, estimaba que la causal 11 debió valorarla el legislador como exenta de culpabilidad. (Cit. pos. Mariano SÁNCHEZ ROCA en "Leyes Civiles de Cuba y su jurisprudencia" Vol. 1, La Habana, 1951, p. 1,346).

21.- Ut. Supra loc. Nota 19, del autor Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, trabajo sobre la ausencia, p. 98. Agrega el autor una reflexión que comparto (en nota a pie de esa página): "Es más, en la realidad cubana pocas veces los jueces conocen procesos de esta naturaleza, ya que al abreviarse considerablemente los plazos de tiempo para interesar la declaración judicial de presunción de muerte es más fácil y práctico interesar directamente ésta, que la de la ausencia. Se acudiría a esta última cuando

resulte necesaria la administración de los bienes del ausente con suma urgencia".

22.- Ídem. p. 107.

23.- Ut supra loc. Nota 19, el autor Tirso CLEMENTE DÍAZ en página 520 citando al profesor Ernesto DIHIGO (nacido en 1896 y que fuera profesor de Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana en la etapa republicana) nos reproduce del mismo esta información "conocer la institución de la presunción de muerte en Roma era innecesario pues con respecto a la muerte se mantenía la libertad de prueba sujeta a la apreciación judicial".

24.- Ut supra Nota 12 – cita a pie de la página 527.

25.- Ut supra Nota 1 – página 606.

26.- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. "La declaración judicial de presunción de muerte, una aproximación tópica a su estudio", localizar en "Actualidad Jurídica", Tomo 171, Lima, febrero 2008, pp. 311 – 327 y en "Estudios de Derecho Privado" en homenaje a Christian Larroumet, Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2008, pp. 423 – 461. La cita corresponde al epígrafe 6 del sumario: "La determinación de la fecha exacta del fallecimiento".

27.- Ídem. Consultar los epígrafes 6 (arriba citado) y 9 : "Efectos en el orden familiar. Especial referencia al matrimonio".

28.- ESPIN CÁNOVAS, Diego. "Manual de Derecho Civil español" Vol. IV Familia, sexta edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 114.

29.- RAPA ÁLVAREZ, Vicente. "La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil", Revista Jurídica No. 19, abril – junio de 1988, Año VI, Departamento de divulgación del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, p. 132.

30.- Ut supra Nota 26 – Consultar epígrafe 10: "Consecuencias jurídicas de la prueba de la existencia del declarado presuntamente muerto o de su retorno".

31.- Ut supra Nota 1 – pp. 606 – 607.

32.- ROCA TRIAS, E. et al "Derecho de Familia", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1997, p. 131 – Para reafirmar sobre esta posición de la legislación española vigente, acerca de la virtualidad del efecto disolutorio de la declaración de fallecimiento, consultar además a DIEZ – PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN en "Sistema de Derecho Civil", Volumen I, Octava edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1994, p. 325 y a ALBALADEJO, Manuel en "Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia", Décima edición, Edisofer SL. Madrid, España, 2006, pp. 76 y ss.

33.- ALBALADEJO, Manuel. "Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia", Décima edición, Edisofer SL. Madrid, España, 2006, pp. 78 – 79.

34.- Ut supra Nota 26, Consultar epígrafe 7 "Inscripción en el Registro del Estado Civil".

ANEXOS

ANEXO 1

Inhabilidades que surgen del parentesco por afinidad para algunos textos legales, como la Ley de las Notarias Estatales, Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Código Penal, Ley de Procedimiento Penal, y Omisión de este tipo de parentesco en la Ley General de la Vivienda. Selección de Artículos

- Ley de las Notarias Estatales

Ley Nº 50 de 1984

Artículo 30: -No pueden ser testigos en el documento notarial:

ch) los parientes del Notario autorizante dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;

e) los herederos o legatarios, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;

f) los parientes del compareciente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad

- Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil

Ley Nº 51 de 1985, su Reglamento, Resolución Nº 157 vigente a partir del primero de enero de 1986

Artículo 63: -No pueden ser testigos (del acto registral de que se trate):

ch) el cónyuge, los parientes o afines del registrador en línea recta o colateral hasta el segundo grado.

- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico

Ley Nº 7 de julio de 1977

Artículo 306: -Será inhábil para prestar servicios como perito la persona en quien concurra alguna de las causas siguientes:

1) Ser cónyuge o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes.

Artículo 328: - Están exentos de la obligación de declarar como testigos:

Inciso 4) el suegro o la suegra en los pleitos del yerno o la nuera y viceversa.

- Código Penal

Ley Nº 62 de 1987 (Actualizado por Editora del Minjus, 2003)

Son circunstancias agravantes:

Artículo 53 (j): modificado por el Artículo 3 de la Ley Nº 87 de 16 de febrero de 1999:

> Ser cónyuge y el parentesco entre el ofensor y la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
>
> Este agravante sólo se tiene en cuenta en los delitos contra la vida y la integridad corporal o contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud.

Capitulo XII – Disposiciones complementarias

Artículo 341,1: - Están exentos de responsabilidad con arreglo a este Código, sujetos solamente a la Civil, por los hurtos, estafas, apropiaciones indebidas o daños que recíprocamente se causen:

a) los cónyuges, ascendientes, descendientes o afines en la misma línea;

b) los hermanos y cuñados

- Ley de Procedimiento Penal

Ley Nº 5 de 1977 (Actualizado por Editora del Minjus, 2003)

Artículo 1: - Segundo párrafo (modificado por el Decreto – Ley Nº 151 de 10 de junio de 1994)

> Se presume inocente todo acusado mientras no se dicte fallo condenatorio contra él. Todo delito debe ser probado independientemente del testimonio del acusado, de su cónyuge y de sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Capítulo VI. De las declaraciones de los testigos. Sección Primera – Disposiciones Generales

Artículo 170: -Pueden excusarse de la obligación de declarar:

1) Los ascendientes y descendientes del acusado, su cónyuge y demás parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Artículo 207: -Es inhábil para prestar servicios como perito la persona en quien concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1) El parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el acusado o perjudicado.

- Ley General de la Vivienda

Ley Nº 65 de 1988 (Actualizado por Editora del Minjus, 2004)

Omisión absoluta del parentesco por afinidad

Consultar por ejemplo:

Capítulo IV: -Régimen jurídico de las viviendas propiedad del Estado. Sección Primera. Arrendamiento de Viviendas del Estado.

Artículo 55 (incisos a, b, c)

Capítulo V: - Régimen jurídico de las viviendas propiedad personal. Sección Primera. Derechos y obligaciones de los propietarios de viviendas.

Artículo 65

Artículo 70 (Modificado por el Artículo 1 del Decreto – Ley Nº 233 de 2 de julio de 2003) – Incisos a, b, c

Artículo 78 (Modificado por el Artículo 1 del Decreto – Ley Nº 233 de 2 de julio de 2003)

Artículo 81 (Modificado Ídem)

Capítulo VIII: - De los ocupantes ilegales

Artículo 111 – Incisos d, e.

El mismo tratamiento en cuanto al parentesco por afinidad puede apreciarse en los incisos (b), (c), (ch) de la Octava Disposición Transitoria y los incisos (f), (g) de la Novena Disposición Transitoria.

ANEXO 2

MODELO PC-5.11

SENTENCIA DE DIVORCIO EN REBELDÍA

(Art. 437 y SIG. LPCAL)

SENTENCIA _____

PRESIDENTE:

Lic. Ssss Rrrrr Mmmm

JUECES:

Ttttt Mmmmmm Ccccc

Mmmm Bbbbb Ggggg

En Guanabacoa a los diez días del mes de abril del año dos mil ocho VISTOS por el Tribunal Municipal Popular de Guanabacoa, los autos del Proceso Especial sobre DIVORCIO POR JUSTA CAUSA radicado al número ciento cincuenta y tres de dos mil nueve, establecido por R. F. G. maestra primaria y vecina de la Carretera de Kilómetro Ocho y medio, Villa María, Guanabacoa, Ciudad de La Habana, que compareció representada por el Licenciado R. M. A., contra M. C. T., ingeniero, de domicilio conocido y como último conocido en el Territorio Nacional el de la calle Gijón número ciento y siete (107), Trinidad, Sancti Spíritus, por lo que se le declaró y se le siguió en rebeldía, juicio que tiene por objeto la disolución del matrimonio existente entre los mismos.----------

RESULTANDO: Que la parte actora funda su pretensión en los siguientes hechos: Que contrajo matrimonio con la parte demandada el día trece de mayo de mil novecientos noventa y cuatro y que en el mismo se procrearon dos hijos, la parte actora desea disolver el vínculo matrimonial que lo une a su cónyuge ya que se encuentran separados, con completa ruptura de la vida material y espiritual por lo que no realizan vida matrimonial, resultando irreconciliable la relación por lo que ha perdido su sentido el matrimonio para los esposos, los hijos y la sociedad.-------

RESULTANDO: Que admitida la demanda y emplazada en forma legal la parte demandada, no se personó dentro del plazo establecido, por lo que se dio por contestada la demanda a su perjuicio, y se le declaró rebelde y se abrió el proceso a prueba, celebrándose la comparecencia que prevee el artículo trescientos ochenta y cuatro de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativa, Laboral y Económica, dictándose el Auto de medidas provisionales que no fue recurrido.-----

RESULTANDO: Que la parte actora propuso las siguientes pruebas: Documental Pública y Testifical, las que se practicaron.----------

RESULTANDO: Que en el desarrollo del proceso se han observado las formalidades legales.----------SIENDO JUEZ

PONENTE: Licenciada Ssss Rrrrr Mmmm.----------

CONSIDERANDO: Que con las pruebas practicadas, apreciadas conforme a las normas determinantes de su eficacia, han quedado demostrados los hechos de la demanda, de los que se deduce inequívocamente, que el matrimonio ha perdido su sentido para los esposos y la Sociedad, por lo que se procede de conformidad con lo dispuesto en los artículos cincuenta y uno y cincuenta y dos del Código de Familia, a acoger la pretensión deducida en este proceso y declarar disuelto el matrimonio existente entre las partes litigantes, con los demás pronunciamientos consecuentes que se dirán:----------

FALLAMOS: Que acogemos la demanda y declaramos disuelto el matrimonio entre R. F. G. Y M. C. T., no hacemos pronunciamientos en cuanto a costas, dada la naturaleza de la cuestión que se ventila, respecto a los pormenores que refiere el artículo trescientos setenta y nueve de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativa, Laboral y Económica se dispone: que los menores M. E. Y T. O. de apellidos C. F. quedan bajo la guarda y cuidado de la madre, sin perjuicio del régimen de comunicación con el padre, que será abierto. El padre abonará a favor de sus menores hijos una pensión alimenticia de OCHENTA PESOS MENSUALES, a razón de CUARENTA PESOS para cada uno, pagaderos por mensualidades adelantadas. La patria potestad se defiere a ambos padres. No se fija pensión para las partes. No se hacen pronunciamientos en cuanto a la vivienda por no constar que la misma sea un bien común del matrimonio. Se extinguen los derechos sucesorios entre los ex cónyuges. Y se decreta la separación de bienes comunes, previa la Liquidación de la Comunidad Matrimonial de Bienes. Y firme que sea esta resolución remítase copia certificada de la misma al Registro del Estado Civil de Trinidad, Sancti Spíritus, conforme a lo establecido en el artículo veintiséis de la Ley de Estado de Registro Civil del Estado Civil.----------

ASÍ POR ESTA NUESTRA SENTENCIA, LA PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS.----------

# DERECHO DE FAMILIA

TERCERA PARTE

Filiación

Relaciones Paterno Filiales

Adopción

# LA FILIACIÓN Y SUS ACCIONES. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE SU REGULACIÓN Y APLICACIÓN PRÁCTICA.

Dr.C.Reinerio Rodríguez Corría.

Doctor en Ciencias Jurídicas. Master en Derecho Privado por la Universidad de Valencia, España. Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia. Profesor Auxiliar de Derecho Civil Parte General y Derecho de Familia. Facultad de Derecho, Universidad Central "Marta Abreu" de Las Villas.

Resumen

La filiación es una institución de suma importancia, por su incidencia en diferentes relaciones jurídicas, a partir del establecimiento de la relación paterno-filial. Para establecer la filiación se necesitan dos actos previos, diferenciados entre si: el reconocimiento y la inscripción. La filiación puede probarse con la certificación de nacimiento expedida por el Registrador del estado civil o la posesión constante del título de estado de hijo, aunque nuestra legislación sólo reconoce la primera.

A la filiación se vinculan varias acciones, las que tienen las siguientes características: personalísimas, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.

En la doctrina y el Derecho comparado se reconocen las acciones de reclamación, encaminadas a la afirmación de la filiación y las acciones de impugnación, ordenadas a la destrucción de una filiación formalmente existente. Se establece además, la acción mixta de reclamación e impugnación, orientada a conseguir un pronunciamiento que declare inexistente una filiación y que afirme y determine otra relación paterno-filial.

La regulación de las acciones de filiación en nuestro derecho positivo es parca, y no responde, en muchos casos, a los postulados aceptados de forma mayoritaria por la doctrina, por lo que se requiere un estudio pormenorizado del tema y la consecuente modificación legislativa.

Palabras claves: filiación, reconocimiento, inscripción, acciones, impugnación, estado civil.

Sumario: 1. Presentación. 2. La filiación y su prueba. 3. El reconocimiento e inscripción de los hijos. 4. Las acciones de filiación. 4.1. Las acciones de filiación en la legislación y la práctica cubanas.

1. Presentación.

La filiación se fundamenta, inicialmente en un hecho biológico, que se establece sobre la base de que una persona ha sido engendrada por otra. A partir de este momento, el Derecho reconoce esta realidad, le otorga un contenido jurídico y por tanto deriva de ella un conjunto de deberes y derechos entre padres e hijos.

Pero esta afirmación inicial puede llevarnos al error de afirmar que siempre e indefectiblemente la filiación deriva de la procreación. No siempre es así, y no pensemos

ya en los casos de la adopción y la reproducción humana asistida, sino que en la vida real, muchas veces existe una diferencia entre el progenitor y el padre. Por lo tanto el concepto de padre, y el rol social que se le asigna está basado en determinados presupuestos sociales, morales y jurídicos, los que en este último caso pasan por determinadas presunciones, basadas fundamentalmente en la relación conyugal.

Esto hace que en la determinación de la filiación inciden varias acciones, conocidas, de forma genérica, como acciones de filiación, que incluyen aspectos tan diversos como la reclamación o la impugnación. Esas acciones han merecido la reiterada atención de la doctrina foránea, sin embargo en nuestro ámbito son pocos los que se han aventurado a efectuar un análisis profundo del tema. Esta carencia es paradójica, si consideramos que la regulación de las acciones de filiación en nuestro derecho positivo es parca, y no responde, en muchos casos, a los postulados aceptados de forma mayoritaria por la doctrina, lo que suscita, en el orden práctico, no pocos inconvenientes a nuestros operadores jurídicos.

2. La filiación y su prueba.

Siguiendo a DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS[347], puede afirmarse que los efectos básicos de la filiación se concretan en:

1. El derecho a los apellidos.
2. El derecho a los alimentos.
3. Los derechos sucesorios.

La prueba de la filiación, se acredita, según la doctrina y el derecho comparado, por varios medios, a saber: la inscripción en el registro civil, la sentencia que la determine, la presunción de paternidad matrimonial y la posesión constante del título de estado de hijo.

Esta última, se compone de tres elementos que deben concurrir en cada caso:

1. Nomen: que se concreta en la utilización de los apellidos paternos.
2. Tractatus: es la forma de ser tratada una persona, según se tratan padres e hijos.
3. Fama: es la opinión generalizada que reconoce al hijo como de un determinado padre.

En nuestra legislación, y según el artículo 55 de la Ley del Registro del Estado Civil, la filiación solo se probará con la certificación de la inscripción de nacimiento. La posesión constante del título de estado de hijo no es, en nuestro caso, prueba de la filiación; sin embargo los elementos que la integran no son totalmente ajenos a nuestro Código de Familia, que en el artículo 75 establece presunciones, iuris tamtun, de paternidad.[348] Esas presunciones funcionarán como elementos probatorios en procesos judiciales relacionados con la paternidad.

---

[347] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: Sistema de Derecho Civil, volumen IV, 5ta edición, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 250.

[348] ARTICULO 75. - Se presume la paternidad:
1) cuando pueda inferirse de la declaración del padre formulada en documento indubitado.
2) cuando hubieren sido notorias las relaciones maritales con la madre durante el período en que pudo tener lugar la concepción;
3) cuando la condición de hijo se halla hecho ostensible por actos del propio padre o de su familia.

El establecimiento de la filiación se funda en dos principios:

a) que es siempre posible determinar la maternidad (mater semper certa est) y

b) que sobre la determinación de la paternidad existe un manto de duda, que deriva en incertidumbre (pater semper incertus).

Esto último se resuelve con diferentes presunciones que tiene como base la institución matrimonial, posición que asume el Código de Familia cubano.[349]

3. El reconocimiento e inscripción de los hijos.

Debe recordarse que para exista la filiación se necesitan dos actos previos y también diferenciados entre si: el reconocimiento y la inscripción.[350]

La doctrina[351] es unánime en señalar como formas de realizar el reconocimiento[352] las siguientes:

1. Registral: siendo este el mas común y extendido.
2. Testamentario: como se sabe, este acto tiene por naturaleza contenido patrimonial, pero la doctrina acepta que pueda contener disposiciones no patrimoniales, como el reconocimiento de un hijo. En algunas legislaciones esto se ha legitimado[353], llegando incluso a considerarse testamento aquel acto que sólo contenga el reconocimiento de un hijo.[354] Tal disposición se incluiría en lo que ha dado en llamarse contenido atípico del testamento, o sea, aquel conjunto de disposiciones suficientemente numerosas, frecuentes y representativas de los diversos actos jurídicos que pueden formar parte de un testamento por disposición legal o por decisión propia del testador.[355] Dentro de

---

[349] Art. 74. Se presumirá que son hijos de las personas unidas en matrimonio:
1) los nacidos durante la vida matrimonial;
2) los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la extinción del vínculo matrimonial, si la madre no hubiera contraído nuevas nupcias.
Las presunciones establecidas en este artículo se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6.

[350] Es necesario insistir en la distinción entre reconocimiento e inscripción, pues usualmente tienden a identificarse o confundirse. Considero que el aspecto fundamental se diferenciación está en su naturaleza: el reconocimiento es un acto jurídico que corresponde a la madre y el padre, de forma conjunta o separada; la inscripción es un trámite estrictamente registral que corresponde únicamente al registrador del estado civil, y que tiene como presupuesto al reconocimiento.

[351] Vid. por todos, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., op. cit. pp. 264-265.

[352] Debo precisar que no asumo la distinción entre reconocimiento voluntario y forzoso, aceptada por algunos autores. Para ellos, el forzoso es aquel que impone un Tribunal, pero en ese caso prefiero decir que lo que se impone forzosamente es la filiación, pues la ejecutoria de la sentencia es la que da lugar a la inscripción y esta a la filiación. Por otra parte, la consideración del reconocimiento como un acto jurídico es contraria al término forzoso.

[353] Según PÉREZ GALLARDO, es el caso del Codice Civile (artículo 587, segundo párrafo), el Código Civil de Bolivia (artículo 1112. II); el del Código Civil de Perú (artículo 686, segundo párrafo) y el Código Civil portugués en el artículo 2179.2. Implícitamente reconocido en el artículo 833 del Código Civil venezolano. Vid. PÉREZ GALLARDO L. B.: Derecho de Sucesiones, Capítulo V "El acto jurídico testamentario" (versión electrónica)

[354] Cfr. artículo 741 del Código Civil español: El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que hizo o éste no contenga otra disposición, o sean nulas las demás que contuviere.

[355] Vid. por todos a PÉREZ GALLARDO L. B.: op.cit.

estas últimas, que no están reconocidas expresamente en el ordenamiento jurídico cubano podría ser incluida, junto a otras[356], el reconocimiento de un hijo.

3. En documento público distinto al testamento.[357]

Mas adelante analizaré detalladamente, si en nuestro caso, esas formas de hacer el reconocimiento son suficientes para que se proceda a la inscripción.

Para concluir con el reconocimiento puede afirmarse, siguiendo a CASTÁN[358], que como acto o negocio de Derecho de Familia, reúne como características principales las siguientes:

1. Es unilateral: aunque se realice conjuntamente por ambos padres, presupone una declaración de voluntad por cada progenitor, y a partir de ese momento surgen dos relaciones filiatorias: la materna y la paterna. No hay, por tanto una filiación general, hay una filiación materna y una materna y consecuentemente las acciones de filiación estarán también diferenciadas.
2. No admite determinaciones accesorias: (condición, término, modo)
3. Es irrevocable: lo cual no implica que sea impugnable cuando esté viciada la voluntad.[359]
4. Es constitutivo del status de hijo, incluso con efecto retroactivo: el acto de reconocimiento da lugar a la filiación desde el momento del nacimiento.

Como ya adelanté, una vez efectuado el reconocimiento se procede a la inscripción, y cabría en este momento preguntarse, qué formas de reconocimiento desencadenan la inscripción en nuestro caso. La respuesta nos la ofrece la Ley del Registro del Estado Civil en su artículo 40.[360] De su análisis de colige que, en esencia, hay dos formas básicas

---

[356] Reconocimiento de deudas, disposiciones sobre el funeral, delación de la tutela, etc.

[357] Pudiera ser este el caso que establece el ya analizado artículo 75 del Código de Familia, al referirse a la declaración del padre contenida en documento indubitado, pero sucede que en nuestro caso, como ya se explicó esto es sólo una presunción y no da lugar a la inscripción registral de forma directa.

[358] CASTÁN TOBEÑAS, J.: Derecho civil español, común y foral, tomo V, volumen 2, 9na edición, REUS, Madrid, 1985, pp. 149-151.

[359] Aunque en nuestro Código de Familia y la Ley del Registro del Estado Civil no hay precepto alguno dedicado expresamente a este particular, de la calificación de acto jurídico del reconocimiento se predica su validez o ineficacia, según las normas del Código Civil, específicamente la nulidad relativa, amparado en el artículo 8 y la Disposición Final Primera del Código Civil, sobre la supletoriedad de esta cuerpo legal respecto a otras materias, dentro de las que está el Derecho de Familia. Es importante aclarar que, la impugnación del acto de reconocimiento por vicios del consentimiento no impide que posteriormente el hijo reclame la filiación por vía judicial.

[360] Artículo 40. El registrador del estado civil practicará la inscripción del nacimiento de conformidad con:
a) La declaración de la madre y del padre conjuntamente o la de uno de ellos, ante el director de la unidad del Sistema Nacional de Salud donde ocurra el nacimiento. El director de la unidad podrá delegar esta función en la persona que designe
Si por circunstancias excepcionales dicha declaración no pudiera hacerla la madre o el padre, corresponderá al mencionado director efectuarla ante el registrador del estado civil. La declaración se hará dentro de las setenta y dos horas posteriores al nacimiento y en todo caso antes del egreso del recién nacido;
b) si el parto no ocurriera en una unidad del Sistema Nacional de Salud, la declaración se hará ante el registrador del estado civil.

.../398

de llegar a la inscripción: la declaración ante el registrador de uno o ambos padres[361] y la ejecutoria de una sentencia dictada por tribunal competente.[362]

Otra variante a analizar, aceptada por la doctrina, y presente en la legislación y la jurisprudencia judicial y registral de numerosos países, es la de llegar a la inscripción mediante expediente, promovido ante el registrador, cuando el reconocimiento se produjo por vía no registral. En nuestro caso solo se autoriza la formación de expediente para inscribir nacimientos fuera de término.[363]

Es justo reconocer que muchas de las situaciones analizadas, que no se regulan en nuestra legislación actual, se resuelven de manera acertada en el Anteproyecto de Código de Familia, pero hoy sólo constituyen previsiones de lege ferenda.[364]

4. Las acciones de filiación.

Es procedente analizar la intervención judicial en este tema, recordando que cualquier decisión judicial presupone el ejercicio de una acción y es aquí donde entran a jugar su papel las acciones de filiación, que se basan en una serie de principios generales[365]:

1. La admisión de la libre investigación de la paternidad y la maternidad.

---

En este caso corresponderá a la madre o al padre, o a ambos conjuntamente, hacer dicha declaración y, en defecto de éstos, a sus representantes legales, un familiar mayor de edad o quien haya visto o presenciado el parto, encuentre abandonado al menor o lo tenga bajo su abrigo o guarda y cuidado.
Las personas a que se refiere el párrafo anterior estarán obligadas a realizar la declaración del nacimiento dentro de los treinta días posteriores al parto o al encuentro del menor abandonado;
c) los documentos autorizados por las personas a que se refieren los artículos 10, 11, 20 y 67 de esta Ley;
ch) la declaración del interesado, si fuera mayor de edad;
d) los documentos en que consten las inscripciones practicadas en las extinguidas alcaldías de barrio, a instancia de parte;
e) ejecutoria de tribunal.
En los casos a que se refieren los incisos a), b) y ch) de este artículo se exigirá a los declarantes la exhibición del documento oficial de identidad, a los efectos de consignar los datos necesarios para practicar la inscripción.

[361] Art. 45 de la Ley del Registro del Estado Civil. Si existe matrimonio formalizado la inscripción del nacimiento efectuado por uno solo de los padres surtirá efectos respecto a ambos.
Art. 47 de la Ley del Registro del Estado Civil. Si no hubiera matrimonio la inscripción la harán ambos padres conjuntamente o uno solo de ellos.
En este último caso se desencadena el procedimiento previsto en el artículo 48 de la propia Ley.

[362] Debe además tenerse en cuenta que no siempre que se proceda a inscribir un menor, se establece la filiación con sus progenitores, esto depende de quién realiza la inscripción. Por ejemplo, en el caso del inciso a) del artículo 40, cuando la inscripción la realice el Director, sólo se fijará la filiación materna; en el caso del inciso ch) la declaración del interesado no genera per se filiación, siendo necesario una proceso judicial para establecer la filiación.

[363] Cfr. artículos. 87, 88 y 89 de la Resolución 157 de 1985 del Ministro de Justicia, Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil.

[364] Anteproyecto de Código de familia. Versión de 8 de marzo de 2007.
ARTÍCULO 89. El reconocimiento es voluntario cuando, no existiendo matrimonio formalizado o reconocido judicialmente, se realiza:
1) por declaración personal de la madre y el padre. La filiación surte efectos solamente para aquel que lo reconoció ;
2) por testamento;
3) por declaración expresa del progenitor del concebido y no nacido;
4) por declaración expresa del progenitor del que haya fallecido si tiene descendencia.

[365] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., op. cit. pág. 269.

2. La posibilidad de utilizar toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.
3. La exigencia de un principio de prueba, que articule la viabilidad de la demanda: no se exige presentar el documento o testigos, sino describirla tal y como se presentará finalmente.
4. La adopción de medidas de protección del hijo y sus bienes durante el procedimiento.
5. Las condiciones subjetivas de ejercicio de la acción (legitimación activa y pasiva)

A las acciones de filiación, por ser acciones de estado, se le atribuyen[366], entre otras, las siguientes características: personalísimas, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.

1. Son personalísimas al ser la filiación un componente del estado civil y como regla general, su ejercicio queda reservado a los protagonistas de la relación paterno-filial. Solo excepcionalmente, pueden ejercitarla otros interesados. No son ejercitables por subrogación.
2. Son intransmisibles inter vivos, al ser la filiación una cualidad indisponible. En cuanto a la transmisibilidad mortis causa, se acepta, pero limitadamente; por ejemplo, los herederos pueden continuar la acción ya ejercitada, y en supuestos de dificultad o imposibilidad de ejercicio de la acción por su titular, se permite la transmisión de la acción -aún no ejercitada- a los herederos del legitimado activamente, aunque por tiempo limitado.[367]
3. Son irrenunciables, en tanto no inciden solamente en la persona que las ejercita, sino y en grado mucho mas trascendente en la persona del hijo, a lo cual se une el interés social en la protección de la relación paterno-filial y la figura del menor.
4. Son imprescriptibles, pues el estado civil es cualidad de orden público, irrenunciable en el orden sustantivo. Sin embargo, están sujetas en ocasiones a plazos de caducidad, encaminados a evitar una indefinida indeterminación de la situación de las personas, en aras de la seguridad jurídica y en interés de la paz y la estabilidad familiar y de la consideración social. Obviamente, la caducidad, basada en el dato objetivo del transcurso del tiempo, opera ope legis, es apreciable ex officio por el juzgador, no admite causas de interrupción y tiene alcance preclusivo.

Siguiendo la opinión doctrinal más común[368], las acciones de filiación se clasifican en dos grandes grupos:

1. Acciones de reclamación, encaminadas a la afirmación de la filiación, que a su vez pueden ser: a) meramente declarativas, cuando pretenden constatar la existencia y eficacia de una filiación preexistente, y proclamar la coincidencia entre una filiación aparente como situación fáctica y una filiación real como relación jurídica; b) de

366 CASTÁN TOBEÑAS, J., op.cit. pág. 123; ALVAREZ GARCÍA, M. D.: <<Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales>>, en la obra colectiva La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación, director Francisco LLEDÓ YAGÜE, Consejo General del Poder Judicial Madrid, Marzo 1994.

367 Así en los artículos 132.2, 133.1, 136.2 y 141 del Código Civil español, sin concordancia en nuestra legislación vigente.

368 En ese sentido, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., op. cit. pág. 273; ALVAREZ GARCÍA, M. D., op. cit.

reclamación strictu sensu, cuando persiguen establecer una filiación concreta, hasta ese momento no determinada formalmente.

2. Acciones de impugnación, ordenadas a la destrucción de una filiación formalmente existente.

Por su parte, la acción mixta de reclamación e impugnación, orientada a conseguir un pronunciamiento que declare inexistente una filiación y que afirme y determine otra relación paterno-filial, no constituye un tertius genus, sino el ejercicio acumulado de ambas[369], necesario cuando se reclame una filiación que contradiga otra acreditada y que es preciso impugnar, pues no es eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria. En este caso, la acción de impugnación tiene carácter accesorio respecto de la acción de reclamación.[370] Ya que, como afirman los autores citados[371], la finalidad que el actor persigue es la determinación de la filiación auténtica (acción principal), que conlleva la declaración de la inexactitud de la filiación aparente (acción subordinada).

En el Derecho comparado esta acción está prevista en el artículo 134 del Código Civil español.[372] Es importante resaltar la idea de que no podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia.[373] Sobre este artículo, LÓPEZ LÓPEZ plantea: "En el artículo 134 se contempla una acción de reclamación, a la que le es accesoria otra, de impugnación, pues será necesario conseguir que prospere ésta para que se declare la filiación reclamada, que es la que verdaderamente fundamenta esta acumulación, y es su ejercicio la que permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria. Por ello, el régimen al que se somete es al de la acción de reclamación, y de ahí la remisión que el artículo 134 hace a los anteriores".[374]

En igual sentido se pronuncia expresamente la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que en su Capítulo II, dedicado a las acciones de filiación, introduce el principio de no contradicción entre dos filiaciones.[375] Y

---

[369] En este momento es necesario hacer una aclaración. Siguiendo la terminología utilizada por los autores y las legislaciones citadas, hablamos de acciones principales y subordinadas, e incluso el algún momento llega a utilizarse el término "acumulación de acciones"; sin embargo debe quedar claro que, en buena técnica procesal, al ejercitarse la llamada acción mixta lo que se produce es una "acumulación de pretensiones".

[370] Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo Español de 10 de marzo de 1988, 3 junio 1988, 23 febrero 1990, 8 de julio de 1991, 20 diciembre 1991 y 28 noviembre 1992. Las referencias a todas esas sentencias, y su fuente directa pueden constatarse en O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: <<La acción de investigación de la paternidad en la jurisprudencia>>, en la obra colectiva La filiación: su régimen jurídico… cit.

[371] Vid. up supra notas 22 y 24.

[372] Art. 134. El ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria. No podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia.

[373] O sea, procede solo cuando la determinación de la filiación se estableció por vía registral, pues si derivó de una reclamación judicial, por la certeza que se le adjudica a la misma no se prevé la posibilidad de impugnación

[374] LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: <<Acciones de filiación, algunos aspectos sustantivos>>, en la obra colectiva La filiación: su régimen jurídico… cit.

[375] Artículo 102. Filiación contradictoria

1. La determinación de la filiación no tiene efecto alguno mientras haya otra contradictoria.
2. No puede reclamarse una filiación que contradiga a otra que haya sido determinada por sentencia firme.

en cuanto a la acumulación de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, señala expresamente que prevalece la de reclamación.[376]

Para cerrar el cuadro de acciones, no pueden dejar de mencionarse las acciones declarativas, que deben distinguirse[377] de las acciones de reclamación o de impugnación stricto sensu que tienen por objeto el establecimiento judicial de la filiación no determinada formalmente, o dejar sin efecto la oficialmente determinada.

Las acciones meramente declarativas, sirven para declarar la existencia y validez de un título de determinación de la filiación[378], o contrariamente declarar su inexistencia o invalidez.[379] Aquí se incluyen las llamadas acciones de declaración negativa, que se presentan cuando la impugnación obedece a vicios en el reconocimiento que determina una filiación. [380]

Por ejemplo, en el artículo 141 del Código Civil español, se establece que la legitimación corresponde a quien otorgó el reconocimiento, y sufrió el vicio que justifica ahora la impugnación, e igualmente que caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio.[381]

4.1. Las acciones de filiación en la legislación y la práctica cubanas.

Aunque incidentalmente me he referido a algunos artículos de nuestro Código de Familia, considero necesario precisar cuáles de estas acciones se reconocen expresamente en el mismo o en la Ley del Registro de Estado Civil.

En el orden histórico es necesario recordar que la regulación del tema en el Código Civil español, se centraba en las acciones de reclamación de paternidad, o mas bien de legitimación de los hijos naturales, y la impugnación en situaciones excepcionales; pero debe precisarse que en ese cuerpo legal no existió una sistemática completa de estas acciones hasta la reforma de 1981, que obviamente ya no se aplicó a nuestro país.

---

[376] Artículo 105. Acumulación de pretensiones
El ejercicio de la acción de reclamación de filiación permite la acumulación de la acción de impugnación de la filiación contradictoria. En todo caso, es preeminente el régimen jurídico de la acción de reclamación.

[377] RIVERO HERNÁNDEZ, F.: <<Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida>>, en la obra colectiva La filiación: su régimen jurídico… cit.

[378] Caso que pudiera aplicarse a un reconocimiento efectuado en testamento u otro documento publico, que en nuestro caso, como ya vimos, no implica directamente inscripción registral y consecuentemente filiación, pero que llevado a trámite judicial desencadenaría la inscripción de la ejecutoria de la sentencia correspondiente.

[379] Caso de anulabilidad por vicios del consentimiento en la voluntad de quien otorgó el reconocimiento, lo que como ya señalé, no implica que no pueda subsiguientemente reclamarse la filiación correspondiente.

[380] Sobre la posibilidad actual de utilizar esa acción en nuestro ordenamiento, ya que a mi juicio, no está regulada expresamente, recuerdo lo explicado anteriormente. Vid. up supra nota 13. El Anteproyecto de Código de Familia. Versión de 8 de marzo de 2007, introduce esta posibilidad:
ARTÍCULO 100. La acción de impugnación del reconocimiento por error o amenaza, corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción prescribe al año desde que se tiene conocimiento del error o desde que cesó la amenaza y puede ser ejercitada por sus herederos en caso de muerte.

[381] Art. 141. La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidaron corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año.

Con la entrada en vigor del Código de Familia, en 1975 y de la Ley del Registro del Estado Civil, 10 años después, el panorama lejos de clarificarse se ha enrarecido aún más.

En la versión inicial del Código de familia, los artículos del 66 al 73, derogados expresamente por la Ley del Registro del Estado Civil, regulaban, grosso modo, los aspectos siguientes:

- ARTICULO 66. Inscripción con matrimonio formalizado o reconocido. Concordante con el 45 de la Ley del Registro del Estado Civil.
- ARTICULOS 67 y 68. Inscripción sin matrimonio formalizado o reconocido. Concordantes con los artículos 47 y 48 de la Ley del Registro del Estado Civil.
- ARTICULO 69. Posibilidad del padre de declarar la paternidad ante el Registrador o reclamarla judicialmente. Concordante con el 51 de la Ley del Registro del Estado Civil, pero sin concordancia en el Código de Familia.
- ARTICULO 71. Preveía la posibilidad de inscribir registralmente el reconocimiento efectuado en documento auténtico o escritura pública. Sin concordancia en la Ley del Registro del Estado Civil.

En la actualidad podemos señalar como acciones de filiación, las siguientes:

1. Acciones de reclamación:

- La prevista en el artículo 77: La acción para reclamar el reconocimiento de los hijos corresponde a estos y al padre o madre que los halla reconocido, con respecto al que aun no lo halla hecho. Esta acción corresponde obviamente a los casos en que no existe matrimonio formalizado o judicialmente reconocido, pues en los demás opera, ope legis, la inscripción y consecuente filiación con la sola declaración de uno de los padres[382]. Tiene su origen en artículo 47 de la Ley del Registro del Estado Civil, que en esencia plantea que si no hubiera matrimonio la inscripción la harán ambos padres conjuntamente o uno solo de ellos. En este último caso se desencadena todo el procedimiento del 48 de la propia ley, que prevé la posibilidad de que el padre no reconozca al hijo como suyo, y en tal caso el artículo 54, señala que: En los casos previstos en el último párrafo del artículo 48[383], el padre o la madre, según el caso, tendrá derecho a reclamar la filiación en la forma que establece la legislación vigente.
- La prevista en el artículo 51 de la Ley del Registro del Estado Civil, al plantear que: si el padre que impugne la paternidad[384] la reconociera posteriormente, se requerirá para su asiento en el registro el consentimiento de aquel que haya inscripto al hijo o del que lo represente legalmente, y si no lo prestara, se podrá reclamar la paternidad en la forma que establece la ley, esta sería obviamente una acción de declaración de

[382] Recuérdese el texto del artículo 45 de a Ley del Registro del Estado Civil, consecuencia de las presunciones del artículo 74 del Código de Familia.

[383] Es cuando el padre o la madre debidamente citado comparece ante el registrador y niega su paternidad o maternidad. En este sentido es necesario precisar que en la práctica registral muchas veces el padre no es ni siquiera citado pues la madre, al realizar el reconocimiento del menor, omite no solamente los datos, sino incluso el nombre del presunto padre. De tal suerte la situación regulada en el artículo 48 de la ley del Registro del Estado Civil, se convierte en una delación presunta de paternidad.

[384] Realmente no es una impugnación, sino la negación que permite el artículo 48 cuando el padre en citado para aceptar o negar la paternidad.

paternidad o maternidad. Pero sucede que su aplicación práctica es improcedente pues no tiene respaldo en las normas del Código de Familia.

- La prevista en el artículo 52 de la Ley del Registro del Estado Civil, similar a la anterior[385], incluso porque este artículo remite al antes mencionado, pero que se diferencian en su origen, pues si en la anterior el padre había tenido, inicialmente, la posibilidad de reconocer registralmente, en esta caso, nunca la tuvo al no ser citado, por lo que se le ofrece la posibilidad del reconocimiento registral; pero a mi juicio no debe condicionarse a la aceptación de la madre o padre que ya reconoció, pues éste al no declarar el nombre y la dirección impidió la citación para el reconocimiento voluntario; esta observación de lege ferenda, se ve frustrada por la regulación actual que puede llevar en muchos casos de manera innecesaria a una reclamación judicial de la paternidad o maternidad.

2. Acciones de impugnación:

- Acción de impugnación de filiación matrimonial: prevista en artículo 78, cuando señala que la inscripción del nacimiento del hijo, hecha conforme con lo establecido en el artículo 45 de la Ley del Registro del Estado Civil, podrá ser impugnada por el cónyuge que no hubiera concurrido al acto. La impugnación sólo podrá fundarse en la imposibilidad de los cónyuges para haber procreado el hijo. Esta imposibilidad que siempre se ha visto en sentido negativo desde la posición del cónyuge impedido de procrear por causas biológicas o de ubicación espacial se está reanalizando actualmente en otras legislaciones, valorándose también como imposibilidad el hecho de que el hijo no puede ser procreado por quien consta como padre, porque fue procreado por otro. En nuestro caso esta acción tiene un plazo de 6 meses para ejercitarse, el cual debe entenderse como de caducidad y no prescripción por la razones apuntadas sobre las acciones de filiación en general.

- Acción de impugnación de filiación no matrimonial: aunque no aparece regulada en el Código de Familia, tiene su fundamento en la Ley del Registro del Estado Civil, concretamente en el segundo párrafo del artículo 48.[386] Nótese que para este caso se establece una plazo mayor (1 año) que el previsto para la acción anterior (6 meses), aunque al igual que el anterior debe ser entendido como de caducidad, por las mismas razones.[387]

- Acción de impugnación del hijo: prevista en el artículo 80.[388] Sobre esta acción debe precisarse que debió referirse a impugnar la filiación y no el reconocimiento, pues son cuestiones diferentes. Por otra parte, se ha criticado el momento de inicio del cómputo

---

[385] La similitud se extiende a la imposibilidad de su aplicación práctica pues tampoco tiene respaldo en las normas del Código de Familia.

[386] Transcurrido dicho término sin que se verifique la impugnación, se formalizará la inscripción de conformidad con el apercibimiento, y una vez efectuada la inscripción, la impugnación sólo podrá hacerse mediante el proceso judicial que corresponda dentro del término de un año de practicada dicha inscripción.

[387] Esta dualidad desaparece en el Anteproyecto de Código de Familia. Versión de 8 de marzo de 2007, que establece:
ARTICULO 98. La acción para la impugnación a que se refieren los artículos 95, 96 y 97 solo puede ejercitarse dentro del año siguiente a la fecha en que el demandante tuvo conocimiento de la inscripción.

[388] ARTICULO 80. - El hijo reconocido durante su minoría de edad, solo podrá impugnar el reconocimiento dentro del año siguiente a la fecha en que arribe a su mayoría de edad.

del plazo, pues coincidiendo en que puede ser de un año, debe contarse desde que se tuvo conocimiento de la circunstancia que da lugar a la acción, lo que puede ocurrir perfectamente después que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad.[389] En el caso de que el conocimiento acontezca durante la minoría de edad, debió establecerse que se difiere su cómputo al momento en que se alcance la plena capacidad y no la mayoría de edad, pues según nuestro Código Civil aquella puede alcanzarse tanto por edad, como por matrimonio del menor.[390]

3. Por último y aunque se encuentra, en la sistemática del Código dentro de las acciones de impugnación, nos encontramos con lo que, a mi juicio, es el reflejo en nuestro ordenamiento de las ya analizadas acciones mixtas. Me refiero a la prevista en los artículos 81 del Código de Familia[391] y 46 de la Ley del Registro del Estado Civil.[392] Considero que estamos en presencia de una acción mixta, de reclamación e impugnación, porque en este caso ya existe una filiación legalmente establecida, que se pretende impugnar, no porque existieran vicios en su determinación, sino porque no se corresponde con la realidad, al ser otro el verdadero progenitor del hijo previamente reconocido. La regulación de la acción, se corresponde con los casos analizados de acciones mixtas reconocidos en la doctrina y el derecho comparado. Y en este caso se reitera lo señalado sobre la prevalencia de la acción de reclamación, que obviamente es la verdadera intención del reclamante, quien, por demás, no está legitimado para ejercitar una acción simple de impugnación de la anterior filiación. Tampoco creo que deba considerarse la acción analizada, como una acción de nulidad de la inscripción, pues no existe en nuestra Ley del Registro del Estado Civil una acción de este tipo.[393]

---

[389] El Anteproyecto de Código de Familia. Versión de 8 de marzo de 2007, trata de resolver el problema, pero a mi juicio no lo logra completamente, aunque es justo reconocer que sólo parece ser un problema de redacción, al establecer que:
ARTICULO 101. El hijo o la hija reconocido durante la minoría de edad, puede impugnar el reconocimiento, desde que tenga conocimiento del hecho y arribe a la mayoría de edad.
Cuando el hijo o hija sea menor de edad o incapacitado corresponde el ejercicio de la acción al representante legal o al fiscal.

[390] ARTÍCULO 29.1. La plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos se adquiere:
a) por arribar a la mayoría de edad, que comienza los 18 años cumplidos; y
b) por matrimonio del menor.
La ley, no obstante, puede establecer otras edades para realizar determinados actos.

[391] Art. 81: La persona que se considere con derecho a inscribir como suyo, al hijo reconocido previamente por otra persona, en virtud de considerarse su verdadero progenitor, podrá en cualquier tiempo establecer la acción conducente a ese fin.
Si fuere menor de edad la persona de cuyo reconocimiento se trate, se le dará traslado al fiscal a fin de que dictamine si conviene a los intereses del menor la substanciación o no del proceso antes de que arribe a la mayoría de edad.
Visto el dictamen del fiscal, el tribunal decidirá con carácter previo si procede o no llevar adelante el proceso. En caso negativo acordará el archivo de las actuaciones y reservará a as partes el derecho para que lo ejerzan a tenor de lo que se dispone en el párrafo siguiente.
Si fuere mayor de edad la persona de cuyo reconocimiento se trate, es requisito para la substanciación del proceso que la acción sea ejercitada conjuntamente por quien se considere con derecho a reconocer y por el hijo cuyo reconocimiento se pretenda.

[392] Cfr. artículo 46. La persona que se considere verdadero progenitor, con derecho a inscribir como suyo al hijo reconocido anteriormente por otra, deberá previamente establecer la acción conducente a ese fin, de conformidad con lo establecido en la ley y obtener la correspondiente ejecutoria del tribunal competente.

[393] No existe en la Ley del Registro del Estado Civil una norma que, establezca causales de nulidad de la inscripción en si, solo el artículo 31 de la ley y 48 y 50 del reglamento condicionan su nulidad al ejercicio de

Es necesario precisar que esta acción no tiene nada que ver con la prevista en el artículo anterior[394], por lo tanto no procede aplicarle a la misma el plazo de caducidad de un año, pues no basta la intervención del hijo en el proceso para que éste traiga consigo el plazo de la acción que le otorga en artículo 80; recuérdese que las acciones de filiación como todas las estado civil son imprescriptibles por naturaleza, y solo se afectan expresamente con plazos de caducidad, cualquier otra interpretación sería un reflejo de la máxima odiosa sunt restringenda.

una acción por vía judicial, que obviamente debe fundamentarse en la nulidad del acto jurídico que se inscribió, lo que como ya vimos procedería según las normas del Código civil y que solo implicaría la no validez de la filiación establecida, no el establecimiento de una nueva filiación, aunque, como ya expresé, nada se opone a que una vez anulada aquella, se reclame por vía judicial la filiación, pero incluso contra la misma persona que hasta ese momento aparecía como padre.

[394] Aunque he dejado claro que las acciones previstas en los artículos 80 y 81 son diferentes, puede considerarse que el propio código induce al error, al agrupar a ambas en la Sección "De la impugnación del reconocimiento". Pero esto queda resuelto por el Anteproyecto de Código de Familia. Versión de 8 de marzo de 2007, al ubicarlas en secciones diferentes: la primea en la artículo 101, de la sección cuarta "De la impugnación de la filiación" y la segunda en los artículos del 109 al 111, de la sección sexta "De la reclamación de la filiación", ambas ubicadas en el TITULO II DE LAS RELACIONES MATERNO-PATERNO FILIALES, CAPÍTULO I FILIACIÓN.

# FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Dra. Ana María Alvarez Tabío Albo

Sumario: Introducción. Aspectos éticos derivados. Definición de las principales técnicas médicas empleadas. Fecundación homóloga consentida y no consentida. Fecundación heteróloga consentida y no consentida. Fecundación post mortem. Maternidad subrogada. ¿Cómo resolver una situación de este tipo a la luz del Código de Familia cubano? Anexos.

Introducción

Las nuevas realidades surgidas del progreso de la medicina, de la biología y de la genética plantean interrogantes que superan todo lo que se hubiese podido prever en la ley. La biotecnología hizo su aparición en las familias en un marco jurídico demasiado estrecho. Es por ello que los abogados conjuntamente con los profesionales de la salud debemos promover una transformación de los conceptos básicos del derecho que en esta esfera han quedado obsoletos y que atañen principalmente que es lo que ahora nos ocupa, al derecho de familia y su relación con el derecho a la salud. Es decir, replantearse todos los principios jurídicos reconocidos hasta ahora en materia de maternidad y paternidad, pues ya los cimientos sobre los que tradicionalmente se sustentó el Derecho de Filiación dejan de tener virtualidad en este nuevo contexto. Las nuevas técnicas de fecundación asistida desquician la institución de la filiación pues hace surgir por lo menos dos concepciones de padre y tres de madre.

Aparece junto al padre biológico, el denominado padre social, es decir, aquel que desea asumir todas las responsabilidades respecto de la paternidad. En cuanto a la madre, parece también la llamada madre social, la genética (mujer que aporta los gametos para la fecundación) y la sustituta o subrogada que puede también ser la madre biológica.

Desde hace ya algunos años el acto sexual dejó de ser necesariamente procreacional con la aparición de los anticonceptivos, pero ahora la procreación puede ser un acto asexual.

Las consecuencias no se reducen exclusivamente a la determinación de la filiación, sino que se extienden al ámbito del ejercicio de la patria potestad y la custodia, de la obligación alimentaria, de los derechos sucesorios, de los impedimentos para contraer nupcias, etc.

Muchas respuestas a nivel moral a nivel ético serán sin dudas el punto de partida para la construcción de la legislación. Y se podrá o no estar de acuerdo con ciertos temas que aquí analicemos, pero lo que es claro es que ante nuevas realidades, no puede el derecho quedarse a la zaga.

¿Es este un fenómeno de la contemporaneidad?

Enrique IV de Castilla, el Impotente, ordenó entre 1450 y 1474 se intentara fertilizar a la reina por medios artificiales sin que se obtuviere resultado alguno.

1790- John Huntes, cirujano inglés fue el primero en realizar una fecundación artificial

con éxito.

1880 y 1885- dos médicos franceses mostraron avances, pero la Academia de Medicina francesa hizo quemar sus trabajos.

1938 Bunque y Sheralon utilizan por primera vez semen crioconservado y en 1970 se aprobaron las garantías necesarias para la utilización de semen del donante.

Sobre la posición de la Iglesia poco podremos razonar porque comprenderán que es totalmente opuesta al uso de esta TRHA, catalogándolas como una práctica amoral y contraria a la familia aunque es claro que la postura del prelado católico respecto a este y otros temas profundamente humanos no se ha distinguido precisamente por su modernidad.

Las técnicas de reproducción vienen a suplir las incapacidades para procrear que, según estadísticas internacionales, se presentan en un 15% de las parejas en edad reproductiva.

Estas técnicas tuvieron como primera y todavía fundamental finalidad la actuación médica para combatir la esterilidad humana; en una segunda etapa se han empleado para la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, la procreación prefijando o eliminando determinadas características en los hijos y la investigación con gametos u óvulos fecundados humanos; y en una tercera etapa han terminado usándose para facilitar la procreación en parejas homosexuales o personas sin pareja estable.

Ventajas en general de las TRHA: Posibilidad de ser padres a aquellas personas que sin esta asistencia no habrían tenido descendencia.

Desventajas en general: Modificación de la estructura social con la privación del rol masculino en el proceso social que es la crianza; desmoronamiento de la concepción clásica de la familia.

Sus detractores echan mano de los siguientes argumentos:

- el hijo será el fruto de un proceso técnico, producción de seres humanos
- variante heteróloga se relativiza el parentesco biológico en interés de lo que hoy se conoce como verdadera paternidad (afectiva, educativa)
- afectación del niño por el secreto sobre su origen
- familias monoparentales al privar intencionadamente al hijo de un padre
- el hombre como medio o instrumento para el progreso de la ciencia
- en su variante heteróloga, problemas psicológicos en el esposo, la mujer receptora y/o el donante si es identificado.
- Riesgo de transmisión de afecciones genéticas o enfermedades infecciosas.
- Posibilidad de consanguinidad por el uso excesivo de un mismo donante

Hasta aquí sopesan más los argumentos en contra de propiciar el desarrollo de la genética y la tecnología reproductiva, por los problemas que entrañan para un sistema jurídico que no está preparado para recibirlos. Pero no podemos detener el progreso por nuestra propia comodidad, pues esos mismos avances han salvado muchas vidas y nos la

han facilitado.

El desarrollo alcanzado por la ciencia, la medicina y la biología, y el impacto que sobre el Derecho ello ejerce, hace surgir nuevas disciplinas que hay que engarzar irremediablemente para enfrentar estos fenómenos.

La Bioética es el estudio interdisciplinario del conjunto de condiciones que exige una gestión responsable de la vida humana o de la persona en el marco de los rápidos y complejos progresos del saber y de las tecnologías biomédicas.

Como principios que la informan podemos mencionar:

1. Principio de la autonomía o respeto debido a las personas informando al paciente todo lo necesario que le haga posible tomar decisiones respecto a su bienestar.
2. Principio de no maleficencia o actuar de buena fe, informando al paciente sobre su estado real.
3. Principio de beneficencia a favor del paciente, suprimiendo los sufrimientos, o al menos, disminuyéndolos.
4. Principio de justicia brindando a los pacientes igual tratamiento y posibilidades con independencia de sus méritos personales.

Por su parte el Bioderecho es el estudio desde el punto de vista social, doctrinal y normativo de las nuevas técnicas aplicables a la vida humana dada la necesidad de salvaguardar el bien de los sujetos intervinientes. El Bioderecho complementa la Bioética garantizando el respeto a la dignidad y los derechos fundamentales a la personalidad humana.

¿Qué intereses colisionan?

El derecho a procrear (derecho personalísimo de implicaciones sociales) se enmarca en los límites del derecho a la intimidad pues no reconocerle a un individuo soltero o casado el derecho a decidir engendrar y parir un niño cualquiera sea cual fuere la vía empleada constituye una intromisión indebida del Estado en la vida privada y familiar.

Pero, ¿existe el derecho al hijo a cualquier costo por sobre el superior interés del niño a conocer su origen, su procedencia y herencia biológica? ¿Cuáles son los valores a proteger y cuál su jerarquización? Interfieren con el derecho a la intimidad personal y familiar, la protección de la salud y el derecho que todos tenemos a conocer nuestros propios orígenes.

Principales técnicas utilizadas.

En general las técnicas que se utilicen pueden ser corpóreas o extracorpóreas. Las fundamentales que analizaremos brevemente serán la Inseminación artificial y la fertilización in vitro. La inseminación artificial es la principal técnica de fecundación in vivo y consiste en colocar en el interior del útero o del canal cervical de la mujer, mediante maniobras instrumentales, el semen del varón previamente preparado. Este procedimiento es utilizado en los programas de reproducción asistida como la primera alternativa en el manejo de la pareja que sufre de infertilidad sin haber logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales, y tiene el objetivo de asegurar la existencia de óvulos disponibles, acercar los espermatozoides al óvulo en el

…/410

aparato genital femenino y mejorar e incrementar el potencial de fertilidad de los espermatozoides mediante una serie de procedimientos de laboratorio al eyaculado. Esta técnica también se utiliza para contar de antemano con material genético en casos en que el varón deba ser sometido a tratamientos quimioterápicos o radioterápicos en los que se pueda prever la alteración de las células germinales productoras de espermatozoides.

Por su parte la fertilización in vitro es la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el status embrionario siendo transferido al útero de su madre antes del decimocuarto día a contar desde la fecundación, y descontando el tiempo que pudo estar crioconservado. Se lleva a cabo en un medio extracorpóreo.

Surge con la intención de posibilitar una maternidad que hasta el momento había sido imposible debido a la obstrucción o ausencia de las trompas de falopio de la mujer, aunque en la actualidad también se emplea en hipótesis de esterilidad masculina. Es la técnica de procreación en virtud de la cual los óvulos y los espermatozoides son puestos en contacto in vitro, es decir, en un recipiente de laboratorio. Aquí tanto la fertilización como los primeros estadíos del desarrollo embrionario se efectúan dentro de un medio de cultivo ubicado en un lugar diseñado específicamente para ello, permitiendo poner en contacto directo a los gametos femeninos y masculinos, facilitando su encuentro. Después de terminado el proceso se transfieren al útero materno los embriones obtenidos para que puedan continuar su desarrollo, como sucede en la fertilización natural.

Esta técnica de reciente descubrimiento ha encontrado muchos oponentes pues su práctica exige la extracción y fecundación de un número considerable de óvulos, de los cuales son transportados a la mujer aproximadamente cuatro con el objetivo fundamental de evitar embarazos múltiples, sin que se pueda controlar el destino de los restantes.

Fecundación homóloga consentida y no consentida

Es la que se practica con el material genético de ambos esposos o compañeros.

La inseminación artificial homóloga consentida, desde el punto de vista legal, no presenta inconveniente alguno en relación con la determinación de la filiación del hijo nacido, pues la paternidad es atribuida al marido. Es incuestionable que se trata de un hijo legítimo pues la técnica fue utilizada por personas capaces que además prestaron su consentimiento, siendo coincidentes en una misma persona la paternidad biológica y la legal.

En este tipo de inseminación el hijo nacido es obviamente hijo del matrimonio o de la unión matrimonial no formalizada, ya que los gametos utilizados son del propio esposo o compañero de la mujer inseminada por lo que convergen, en una misma persona, padre biológico y padre legal. El menor tendrá filiación tanto materna como paterna reconocida por todos, considerando que ambos son los padres biológicos y legales, por lo que esta situación de hijo producirá todas las consecuencias legales que prevé el Derecho. Obviamente no habría lugar a la discusión de la paternidad en la forma que sí lo posibilita la procreación natural al dejarla establecida como presunción iuris tantun.

Implicaciones mayores traerían esa inseminación, aun cuando el material genético empleado sea el del esposo de la madre, si se realizara sin consentirlo el varón partiendo

precisamente de la connotación de este requisito en el uso de las TRHA.

Es indispensable la concurrencia de la voluntad de ambos cónyuges o miembros de la pareja que desean utilizar las técnicas. Si la mujer se somete a las mismas sin haberlo consentido el varón es indudable que esa inseminación se ha realizado por decisión exclusiva de la mujer, y por su cuenta y riesgo, en absoluto irrespeto a las relaciones de pareja y a la comunicación que debe existir en ellas. Por lo que siendo lo más importante para establecer los vínculos filiatorios el consentimiento específico del marido, es decir, ese acto de voluntad o la decisión de que nazca un nuevo ser, tratan de asimilar, salvando las reservas en uno y otro caso, esta inseminación con semen del esposo o compañero pero sin anuencia para ello, a la inseminación heteróloga o con semen de donante en la que no interviene la voluntad del marido, por lo que ese hijo no se ha de atribuir al marido, ni ha de tenerse por matrimonial, quedando vinculado a la madre que decidió sola su nacimiento. De mostrar su conformidad el marido, una inseminación artificial heteróloga, en vida, surtiría los mismos efectos de la inseminación natural.

Cuando la fertilización in vitro es homóloga los problemas filiatorios que se plantean son semejantes a los que tienen lugar en la inseminación artificial homóloga, es decir, habría que atenerse al consentimiento prestado para ello, de donde surgiría la relación filiatoria. Si el óvulo extraído de la esposa o compañera para proceder a la inseminación se fecunda con semen del marido y después se implanta en la esposa estaríamos hablando de un hijo matrimonial o de la pareja. Lo que distingue este supuesto y resulta más importante y difícil es determinar en qué momento se considera cristalizada la concepción[395], pues siendo posible la congelación de embriones, puede existir un espacio de tiempo entre el instante de la fecundación y el de la implantación del embrión en el útero de la mujer.

Por las implicaciones que pudieran conllevar en el plano legal la crioconservación de preembriones, con su consecuente implantación en el útero materno, existen dos momentos posibles para tener por materializada la concepción: el primero es considerar concebido al hijo al tiempo de la transferencia del embrión a la madre y a partir de éste comenzar a contar los términos legales establecidos en la normativa para la determinación de las relaciones filiatorias; el segundo, que estimamos más certero, puede entenderse que el hijo se encuentra concebido desde el instante en que tiene lugar la fertilización in vitro, teniéndose como nasciturus, es decir, como concebido a todos los efectos legales a condición de que nazca vivo.

Como vemos, esta técnica de la fertilización in vitro está siendo usada cada vez con más frecuencia pero nos plantea un problema adicional: en qué momento comienza la vida de la persona humana y por tanto su protección. Para poder precisar a partir de cuando debe el Derecho otorgar protección al individuo es necesario determinar el estatuto jurídico del embrión humano, existiendo al respecto tres corrientes filosóficas:

- "La que promueve la personificación inmediata desde el inicio del embarazo.
- La que fija la personificación al nacer, cuando son posibles la vida independiente y las relaciones humanas.

[395] Esta afirmación se basa en la posibilidad de congelación de embriones que permite que pueda existir un espacio de tiempo entre el instante de la fecundación y la implantación del embrión en el útero de la mujer.

- La que adopta el punto de vista intermedio, con un reconocimiento gradual del status del embrión ligado a determinados estadíos del desarrollo biológico."

El Código Civil cubano, en su artículo 24, preceptúa que persona es aquel ser humano cuyo nacimiento haya acaecido, de lo que se colige que el embrión, e incluso el feto, están desprotegidos, definición que en los momentos actuales resulta obsoleta pues la ciencia moderna tiene cada vez más formas artificiales de conservar y lograr la vida.

Siguiendo la tradición romanista, dicho texto legal, en su artículo 25, protege también al nasciturus, pero condicionado siempre al hecho de nacer vivo, y en tal caso los efectos favorables se retrotraen al momento de la concepción[396].

"La biología nos aclara que la vida humana comienza en el momento de la fertilización, cuando los dos gametos –masculino y femenino- se unen y dan como producto el huevo, cuya existencia es diferente a la de la madre, y ya no es parte de ella", por lo que podemos concluir que a partir de entonces debe comenzar la protección de esa vida.

Inseminación artificial heteróloga consentida y no consentida.

Cuando se trata de inseminación heteróloga que ha sido consentida tanto por la mujer que va a ser inseminada como por el esposo o pareja estable, surge la problemática referida, no ya a la aplicación de las técnicas de reproducción, sino a la falta de coincidencia, en una misma persona, del padre biológico y legal, pues en relación con la madre no hay dudas ya que la que aporta el óvulo es la que gesta y da a luz a la criatura. No obstante, el consentimiento del varón, sea esposo o compañero, establecerá una filiación denominada en la doctrina moderna como "voluntad procreacional", que no es sino el deseo de asumir como propia la paternidad de un hijo que no es biológicamente suyo. Lo trascendental en este tipo de inseminación es la voluntad del varón de tener un hijo y estar imposibilitado para ello, por lo que independientemente de que no haya aportado el semen se convierte en factor determinante el deseo de criar un hijo como verdaderamente suyo.

Si existe el consentimiento para la inseminación artificial heteróloga, al margen de la verdad biológica, se reconocen todas las consecuencias legales que entraña la paternidad, entre ellas el status filii y el status familiae.

Aun siendo ejecutada la fecundación artificial con consentimiento del varón no podemos hablar de filiación biológica pues no tiene origen en ella. Indiscutiblemente se trata de un sistema diferente de determinación de la paternidad de ese nuevo ser signada por el elemento volitivo, por la expresión de su voluntad para ese acto. Si hay anuencia significa que el esposo tuvo la voluntad procreacional y la demostró expresándose favorable al empleo de la técnica y aceptando la donación del semen, por lo que es inconcebible que no quiera asumir las consecuencias jurídicas de su decisión. En este supuesto, por la expresión del consentimiento, la paternidad debe atribuírsele al marido de la mujer

[396] La expresión "para todos los efectos que le sean favorables" generalmente se ha aplicado a supuestos de sucesión mortis causa y a actos de liberalidad como la donación a favor del concepturus, pero la letra de este artículo no lo regula en este único sentido, por lo que es posible incluir en esta expresión todos los derechos que el ordenamiento jurídico y las convenciones internacionales reconocen a las "personas", protegiéndose así al concebido durante el período de gestación.

inseminada así como su filiación matrimonial por haberse realizado dentro del plazo que señala la ley.

La situación que mayores problemas podría causar sería la inseminación con semen de un tercero de una mujer casada sin haber manifestado el esposo su voluntad para ese acto. En estos supuestos en que el varón no ha consentido la fecundación con aportación de gametos, de tener lugar la misma, y si somos consecuentes con lo hasta ahora razonado, se entenderá como una inseminación de mujer sola en relación con la cual se establecerán todos los derechos derivados de la relación filiatoria materna sin incluir nunca derechos de la misma clase relacionados con el esposo de la mujer que no prestó tal consentimiento, amén de lo que regulan algunas legislaciones como la argentina, que impiden en principio al marido, aun cuando la sola voluntad de la mujer no debería ser suficiente para obligarle a asumir la paternidad del menor, desconocer al hijo que ha nacido de inseminación heteróloga aunque no haya prestado su anuencia, señalando el Código Civil argentino[397] que se presumen hijos de los cónyuges los nacidos dentro de los 180 días contados desde la celebración del matrimonio y los 300 días siguientes a su disolución, presunción que, en nuestra opinión no debe operar porque, como hemos venido apuntando, la determinación de la paternidad, cuando de técnicas de reproducción humana asistida se trata, debe girar en torno al consentimiento.

En la fertilización in vitro heteróloga los problemas que se presentan son similares y por tanto la solución de ellos también lo será, basándose siempre en el consentimiento prestado, de donde surgiría la relación filiatoria.

Al igual que en la fertilización in vitro homóloga lo crucial y más complicado sería fijar en qué momento se ha producido la concepción, por la misma situación expuesta en el acápite dedicado al estudio de esta variante de reproducción en relación con los embriones congelados y el momento de su colocación en el útero de la madre.

Sin embargo, si no existiera el consentimiento para la aplicación de la fertilización in vitro heteróloga, tanto en caso de divorcio como de muerte, únicamente la mujer que decidió por sí sola la inseminación tendría la opción de decidir sobre el destino de los embriones congelados, pues el excónyuge o el causante, según sea, no tuvo participación biológica ni legal en la formación de aquel.

También pudiera suceder que la fertilización in vitro se produjera con donación de óvulos, es decir, con gameto femenino donado; el niño nacido de esta forma será gestado y alumbrado por una mujer que no es genéticamente su madre, pero como el consenso legislativo apunta a que la madre es la que da a luz, no hay dudas de que legal será la que lo gestó que es también la biológica, aun cuando no lo sea genéticamente y el padre será el marido de la mujer quien, además de aportar el semen (filiación biológica) ha

[397] Como expresan autores argentinos, siendo las normas de filiación de orden público y de interpretación estricta, aun cuando el esposo demostrara la falta de consentimiento para la inseminación, para la ley será considerado padre del menor siempre que nazca dentro de los 300 días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial, pudiendo ser destruidas las anteriores presunciones solo si se lograra demostrar que al esposo le ha sido imposible mantener relaciones sexuales con su mujer en los 120 días anteriores al parto o cuando se le haya ocultado el nacimiento de la criatura. En esta legislación sin las pruebas mencionadas no se podrá contradecir la paternidad, pues a pesar de que la Ley General de Salud del propio país sanciona la práctica de la inseminación artificial sin consentimiento del marido para ello, no por eso deja de reconocer la filiación que en relación con el hijo y el marido queda establecida.

tenido la voluntad proceacional, si así hubiera sido, y en caso contrario, aún cuando el semen usado sea el suyo, no puede reputársele como suyo el hijo el nacido del vientre de su esposa.

En este punto tenemos que hablar algo de la figura del donante de gametos/óvulos. El contrato que se suscriba entre el donante y el centro médico dedicado a esta actividad debe ser anónimo con el objetivo de evitar problemas familiares tanto a quien dona como a los receptores de la donación, razón por la cual este requisito se torna importante. El contrato contentivo del acto de donación debe ser gratuito, formal y secreto y sólo será revocable en caso de infertilidad sobrevenida del donante y siempre que en la fecha de la revocación estén disponibles. Obviamente ha de mantenerse en secreto la identidad del donante, quien presta su consentimiento informado con plena capacidad de discernimiento y gozando de su mayoría de edad Este contrato nunca tendrá carácter lucrativo y se formalizará por escrito, previa información, al donante, de los fines y consecuencias de su acto. La donación será anónima y los datos de identidad del donante se conservarán en el más estricto secreto.

No obstante, respecto los hijos nacidos de esta forma, rige con carácter relativo el anonimato pues tendrán derecho por sí, o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes siempre que no incluya su identidad y sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro comprobado para la vida del hijo, podrá revelarse la identidad del donante siempre que ello sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. La revelación de la identidad del donante en ningún supuesto implica determinación legal de la filiación.

Es decir, las legislaciones que regulen este tema deberán garantizar de manera absoluta el anonimato en relación con el donante y los receptores de esos gametos, pero no respecto a los nacidos que tienen derecho a recibir toda la información general que requieran sobre el donante sin que sea revelada su identidad.

Donación de gametos

- Anónima
- Secreta la identidad del donante
- Mayoría de edad
- Capacidad de discernimiento para prestar el consentimiento (informado)
- Escrito o formal
- Irrevocable salvo que por causa sobrevenida el donante precisare para sí los gametos donados.

Inseminación artificial post mortem

Al referirnos a la inseminación artificial post mortem, es obvio que sólo podemos hablar de fecundación homóloga, pues en la heteróloga se rompe todo vínculo con el donante por lo que nada cambiaría si éste estuviere fallecido o no; el anonimato impide que se establezcan lazos filiatorios o sucesorios con alguien que no ha expresado la voluntad de

ser padre, y simplemente ha donado semen para que sea utilizado por las parejas que lo necesiten, pero sin determinarse por ello ningún tipo de relación entre el niño nacido bajo estas técnicas y el donante del semen, que ha de mantenerse en el anonimato[398].

Si el varón consintió en la utilización de las técnicas para después de su muerte, se establecerán respecto a él todos los efectos legales que se derivan de las relaciones filiatorias que son consecuencia de esa asunción de paternidad post mortem, ya que obviamente lo que está haciendo el varón al aceptar el sometimiento de la mujer a estas técnicas es reconocer una paternidad que no le fue posible lograr en vida.

El nacido bajo estas técnicas ha de tenerse como hijo matrimonial, en el supuesto de uniones formalizadas, o extramatrimonial, en el caso de las parejas de hecho, clasificación que no tiene repercusión alguna en nuestro ordenamiento jurídico a los efectos de la filiación del nacido, por lo que si ha prestado el consentimiento específico para la inseminación después de la muerte, en un país donde se acepta este tipo de inseminación, el hijo ha de tener la relación filiatoria según sea el caso.

El hijo nacido como resultado de una inseminación homóloga es hijo del matrimonio de hecho o de derecho, de lo que se derivará el tipo de filiación que tendrá el hijo y el esposo de la mujer inseminada que fue quien aportó el gameto masculino, el padre natural. La situación de padre biológico y de padre legal se identifica en la condición jurídica del menor y su filiación materna y paterna será reconocida por todo el grupo familiar y por el Derecho. Su condición de hijo producirá todas las consecuencias legales previstas en las diferentes legislaciones.

¿Qué sucede en el caso en que no se haya consentido en la inseminación artificial post mortem?

Este supuesto puede acarrear dos consecuencias: una, que no haya existido tal consentimiento para la inseminación artificial, no ya inseminación post mortem, sino en vida de los miembros de la pareja; y otro, por haberlo entendido caducado, con la muerte de quien lo dio, por no haberse prestado un consentimiento específico para después de la muerte sino sólo para la utilización de las técnicas. En cualquiera de estos dos supuestos la inseminación ha tenido lugar por decisión únicamente de la mujer, por lo que, será con respecto a ella que se establecerán derechos filiatorios.

El artículo 9 de la Ley número 35, en su apartado segundo, establece que el marido podrá consentir fehaciente e indubitadamente que su material reproductor sea utilizado para inseminar a su mujer, produciéndose con ello los efectos legales que se derivan de una filiación matrimonial. Por tanto si no se prestó el consentimiento para la inseminación post mortem, si llegara a tener lugar ésta se considerará como heteróloga, es decir, con semen de donante, y el hijo perderá todo posible vínculo filiatorio con quien, genéticamente, es su padre, debido a que es el consentimiento específico para la fecundación después de la muerte lo que constituye legalmente un reconocimiento de paternidad de ese hijo superpóstumo.

La inseminación post mortem es generalmente aceptada sólo en su variante homóloga y pocas veces cuando se trata de una heteróloga. Sin embargo, y siguiendo el

[398] No obstante aquellos que consideran posible la inseminación heteróloga post mortem basan su criterio tomando la muerte de quien consintió y no de quien donó el semen.

pronunciamiento de una pequeña parte de la doctrina, se puede hablar de esta forma de concepción post mortem si existe el consentimiento que la avale, otorgándole a éste la validez que se ha consagrado en el presente trabajo.

Aunque opinamos que una inseminación heteróloga en vida de los miembros de la pareja ha de surtir todos los efectos legales explicados hasta ahora, casi siempre equiparables a una inseminación natural, no consideramos prudente ni socialmente aceptable, incluso con presencia del consentimiento, la realización de la inseminación para después de la muerte, pues el fin de la pareja al utilizar este recurso que la ciencia pone a nuestra disposición, es concebir un hijo que, aun cuando de una u otra forma no esté unido biológicamente a ella, para con el cual satisfacer uno de los fines sociológicos que a la familia compete que es la educación de la prole y la transmisión de valores a través de su formación como ser social, empeño que no se puede cumplir si falleciera, por lo que entendemos sin sentido que sea padre legal sin ser biológico quien, además, no puede contribuir a ello.

Con mucha más razón la inseminación con aportación de gametos post mortem, sin haber sido consentida, sería, a nuestro juicio, mucho menos razonable que la anterior. En este supuesto no ha de establecerse relación jurídica alguna en relación con el fallecido que no prestó su consentimiento porque la mujer ha actuado por su propia cuenta, siendo sólo imputables las consecuencias de sus actos a ella misma. Si la inseminación heteróloga es aún repudiada en la doctrina, serán muy pocos los criterios favorables que encontraría esta fecundación con efectos post mortem, todavía más inconcebible para algunos, con semen de donante.

Maternidad subrogada o por sustitución.

La maternidad en las técnicas de reproducción asistida puede tener distintos criterios de imputación para determinar cuál de las tres posibles mujeres es la verdaderamente reconocida por la legislación como madre legal:

- La madre genéticamente vinculada al niño, que es la que aporta el óvulo;
- La madre gestante o portadora, que es la que da a luz;
- La madre comitente que dio inicio al proceso (affectio nasciturus), que es la que no tiene participación biológica, pero contrata con otra para que tenga un hijo y se lo ceda, considerándolo como suyo a todos los efectos (aunque puede tener participación genética y ser incapaz para gestar, en cuyo caso estaríamos hablando de madre genética y por subrogación), es quien tiene la voluntad de asumir el rol, materno.

Esta es una cuestión que ha de resolverse inmediatamente. La mayor parte de la doctrina sostiene que la mujer que da a luz es la madre de la criatura, criterio que consideramos hasta hoy más acertado con independencia de que sea ésta la madre genética o no, estando en concordancia con la mayoría de las legislaciones que establecen que la maternidad quedará establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

La maternidad se atribuye al hecho del parto apoyándose, de esta forma, en el vínculo biológico y basándose en el principio “mater semper certa est”. Pero no todo es tan fácil

por la importancia de tener en cuenta otros aspectos relacionados con la voluntad de procreación, con el deseo de lograr descendencia. Por eso es indispensable preguntarse quién o quiénes tuvieron la voluntad procreacional para que el niño naciera.

Para la mayoría de los autores, a pesar de considerar como un hecho que el Derecho no puede desconocer, la existencia del alquiler de úteros, la madre legal será aquella que ha dado a luz; sin embargo, otros, como ANSELMI CABRAL argumentan que madre legal es aquella que ha tenido la voluntad para procrear, mientras que la mujer que prestó su cuerpo o alquiló el útero no tenía esa voluntad de dar nacimiento a un nuevo ser. Para esta autora, el fin de la inseminación artificial y la fecundación in vitro es otorgar la paternidad-maternidad a quienes han deseado tener ese hijo para ellos y no a quien ha prestado un servicio de gestación. Madre será, para ANSELMI CABRAL, quien en definitiva quiere asumir el rol materno. Y, ¿es esto muy disparatado? ¿Por qué en estos casos la voluntad no juega el mismo papel? ¿Por qué no dar a quien dona su vientre el mismo tratamiento que al tercero donante?

Pero, ¿qué sucedería si la madre gestante, que en un inicio no tenía esa voluntad procreacional, a medida que pasa el tiempo quiere asumir ese rol materno? De acuerdo con la línea seguida por la mayoría de las legislaciones poco importa el tremendo anhelo de una mujer por convertirse en madre si la persona que gestó ha tenido también ese deseo y fue en definitiva quien dio a luz. Más la maternidad de alquiler presenta no sólo esta problemática sino que puede darse el caso en que ninguna de las dos mujeres quiera quedarse con el niño, ni quien tomó la iniciativa del proceso, ni la mujer que lo ha gestado; puede que acontezca el divorcio de la pareja que solicitó el alquiler e incluso la muerte de uno de los cónyuges provocando cambios con respecto a la asunción o no de ese hijo, además de que puede ocurrir el fallecimiento de la madre gestante como consecuencia del parto. Es por ello que hasta ahora el criterio más sano es el de considerar como madre a quien ha dado a luz, que legalmente tendría que asumir su maternidad, hasta tanto pueda dotarse de la licitud necesaria el contrato que se suscriba, a cuyas cláusulas habían de estar las partes.

El contrato de maternidad subrogada, según CHÁVEZ ASENCIO, es conveniente considerarlo como innominado, bilateral, oneroso cuando hay prestaciones recíprocas, aunque éticamente se prefiere su concertación gratuita recibiendo la mujer sustituta sólo el dinero necesario como compensación por los gastos habidos. Es formal porque requiere la forma escrita y de ejecución sucesiva ya que las prestaciones van sucediéndose durante la gestación y culmina con la entrega del niño.

Suponiendo válido el contrato, continúa apuntando el autor, la paternidad y la maternidad quedarán determinadas por el contrato, dando lugar a un vínculo de adopción con respecto a aquel de los padres que no tuviere relación biológica con el nacido o en el supuesto de que la pareja solicitante no aportare los elementos genéticos. La mujer o el hombre miembros de la pareja, una vez nacido el bebé, no podrán impugnar la maternidad o paternidad con independencia de que hubiera o no aportado el óvulo o el semen por imponerse las estipulaciones del contrato concertado.

Por su parte la madre sustituta y su esposo, si lo tuviere, no podrán objetar tampoco su maternidad o paternidad pues iría en contra del principio, legalmente establecido, de que la maternidad queda determinada por el parto. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de

investigación de su paternidad y maternidad por parte del hijo que no fue parte en el proceso.

No obstante el análisis realizado para satisfacer intereses puramente jurídicos, no cabe dudar que el contrato de maternidad por sustitución es ilícito. En primer lugar, y siguiendo a CHÁVEZ ASENCIO, la persona per se es siempre sujeto del contrato y nunca su objeto. No puede considerarse material disponible ni la persona humana ni la capacidad de procreación o gestación de la mujer, como tampoco existe un derecho al hijo por ser este una persona que no puede ser objeto de comercio alguno.

Objeto no es el alquiler de funciones o servicios reproductivos de la mujer, como se sostiene por los defensores de este fenómeno, ya de por sí criticable, sino el niño mismo. Ello implica la renuncia de la patria potestad que va contra el orden público, no es permisible y va contra la moral sobre todo cuando media pago.

Causa, ¿es el servicio (pago por portar) o es de obra (obtención del niño)?

La Ley número 35 de 1988 sobre reproducción asistida española, en su artículo 10, apartado primero establece: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero", criterio al que nos afiliamos. En estos casos, como el contrato es nulo no surte efectos jurídicos debiendo atribuírsele la maternidad a la madre sustituta que ha sido la que lo ha gestado y ha dado a luz y la paternidad al esposo de la madre sobre la base de una presunción iuris tantum

Por tratarse de un estudio jurídico de la gama de fenómenos que el uso de las técnicas de reproducción humana asistida provoca en el ámbito de la filiación, no obstante las consideraciones expuestas anteriormente, es necesario definir, dado el caso, quién sería considerada, a los efectos del Derecho, como madre del nacido en el supuesto de utilización de un útero de alquiler.

Criterios contrarios a la maternidad por subrogación:

- La Persona como objeto que lo torna ilícito
- Carácter lucrativo convierte al ser humano en mercancía, en un artículo de consumo, en objeto de comercio
- Las relaciones jurídico-familiares tienen restringida las normas propias de la contratación, de la negociación, y está ausente la autonomía de la voluntad propia del ámbito civil
- Rompe las reglas del anonimato lo cual desencadenaría innúmeros conflictos en las relaciones interpersonales en detrimento del niño
- Niño que naciera con defectos pudiera ser rechazado por la pareja y queda en manos de quien no tenía intenciones de criar ni voluntad procreacional
- Posibles afectaciones económicas de la pareja por reclamos económicos (chantaje)
- Si la portadora decide quedarse con el hijo, el marido de la pareja debe mantenerlo por ser su padre biológico
- Mina la integridad de la familia

Cuba

Según expresó el Dr. Raúl Gomez Treto en el Sexto Congreso Mundial de Familia en San Juan, Puerto Rico en 1990, ¿será necesario aprobar nuevas normas para regular las situaciones que surjan de la procreación asistida? Partiendo del hecho de que no existe comercialización privada de la medicina, pudiera pensarse que no.

Pero el Código de Familia descansa en la filiación derivada del acto sexual, y en el juego de las presunciones, y no puede desconocerse que el desarrollo en materia de genética y reproducción humana, han generado situaciones altamente conflictivas para el Derecho y han forzado cambios en el orden jurídico a nivel mundial.

En Cuba no se ha legislado sobre la materia, no existe norma directa que regule las diferentes situaciones que se pudieran plantear, negándose de esta forma la debida protección y amparo del futuro ser, de las personas que han de recurrir a estos técnicas y los deberes o limitaciones de quienes practican las mismas.

ANEXOS

## Bioética

Principios o normas de conducta humana en el campo de la medicina; gestión responsable de la vida humana o de la persona en el marco de los rápidos y complejos progresos del saber y de las tecnologías biomédicas.

Principios que la informan:

1. Autonomía o respeto debido a las personas
2. No maleficencia o actuar de buena fe.
3. Beneficencia a favor del paciente
4. Justicia brindando a los pacientes igual tratamiento y posibilidades con independencia de sus méritos personales.

## Bioderecho

Estudio desde el punto de vista social, doctrinal y normativo de las nuevas técnicas aplicables a la vida humana dada la necesidad de salvaguardar el bien de los sujetos intervinientes.

Variantes de la fecundación asistida

| Homóloga | |
|---|---|
| Consenti | No consentida |
| □□□filiación y paternidad del esposo (biológico y legal) | □□¿se estima como fecundación de mujer sola o rige la presunción de que el hijo tiene como padre al marido de la madre? |

| Heteróloga | |
|---|---|
| Consentida | No consentida |
| □□ al margen de la verdad biológica, se reconocen todas las consecuencias legales que entraña la paternidad. (voluntad procreacional)<br>□□ tercero no adquiere ningún derecho ni obligación | □□¿se estima como fecundación de mujer sola o rige la presunción de que el hijo tiene como padre al marido de la madre? |

Fecundación post mortem

| Homóloga | | Heteróloga (¿socialmente aceptable?) | |
|---|---|---|---|
| Consentida | No consentida | Consentida | No consentida |
| Plenos efectos filiatorios en favor del padre biológico y legal | Mujer sola, efectos filiación materna (aún siendo padre biológico-no legal) | Relación filiatoria atribuible al esposo fallecido | Asimilable a la fecundación de mujer sola |

Maternidad subrogada (por sustitución, de alquiler)

¿A quién atribuir la maternidad?

- La madre genéticamente vinculada al niño, que es la que aporta el óvulo;
- La madre gestante o portadora, que es la que da a luz;
- La madre comitente que dio inicio al proceso (affectio nasciturus) quien tiene la voluntad de asumir el rol, materno.

Criterios contrarios a la maternidad por subrogación:

- Persona como objeto (que lo torna ilícito)
- Carácter lucrativo convierte al ser humano en mercancía, en un artículo de consumo, en objeto de comercio
- Las relaciones jurídico-familiares tienen restringida las normas propias de la contratación, de la negociación.
- Rompe las reglas del anonimato lo cual desencadenaría innúmeros conflictos en las relaciones interpersonales en detrimento del niño
- Niño que naciera con defectos pudiera ser rechazado por la pareja y queda en manos de quien no tenía intenciones de criar ni voluntad procreacional
- Posibles afectaciones económicas de la pareja por reclamos económicos (chantaje)
- Si la portadora decide quedarse con el hijo, el marido de la pareja debe mantenerlo por ser su padre biológico
- Mina la integridad de la familia

Papel del Consentimiento (voluntad)

No sólo en la posibilidad de utilización de las técnicas sino en la asunción de la paternidad con las consecuencias legales que ello conlleva

- Expreso
- Escrito y formal
- Personalísimo
- Revocable antes operación médica, Irrevocable después
- Informado

Legislación comparada. Tendencias legislativas

| Énfasis en el desarrollo de las técnicas (España, Francia, Gran Bretaña) | Primacía de la persona ligada a la tecnología (Alemania, Suecia, Noruega) |
|---|---|
| ♦ ausencia de requisitos especiales<br>♦ Aceptación de todas las variantes<br>♦ Anonimato del donante<br>♦ Tardío respeto a la vida embrionario (14 días después fecundación)<br>♦ Amplia libertad en materia de manipulación | ♦ Superior interés del niño<br>♦ Evitar excesiva artificialización de la familia con mayor vinculación biológica<br>♦ Poca aceptación de la fecundación heteróloga<br>♦ Estabilidad de la pareja receptora<br>♦ Anonimato relativo del donante |

Recomendaciones que a nivel internacional se han de cumplir al momento de regular la utilización de las Técnicas (que a nivel nacional puede mostrar divergencias de acuerdo a las características socioculturales y económicas)

- El acceso a ellas debe estar limitado a parejas heterosexuales unidas legalmente en matrimonio o que tengan una unión no formalizada.
- El personal médico y las instituciones donde se prestan estos servicios deben estar rigurosamente controladas.
- Confidencialidad de la información
- Deben existir leyes específicas que determinen la maternidad y la paternidad de los nacidos bajo estas técnicas.
- Debe preverse un límite en el tiempo para almacenar gametos y embriones.
- La inseminación post mortem y la maternidad por sustitución deben ser prohibidas
- Los participantes deben manifestar de forma expresa su consentimiento.
- Las técnicas reproductivas no deben ser utilizadas con fines comerciales.
- No debe haber selección de sexo, excepto en caso de enfermedades hereditarias vinculadas a él.
- Prohibición de la manipulación genética

Principios que han de respetarse:

- Respeto por la dignidad humana
- Seguridad del material genético
- Calidad de los servicios brindados
- Inviolabilidad de la persona
- Inalienabilidad del cuerpo humano

# DERECHOS E INTERESES EN CONFLICTO ANTE EL INFLUJO DE LOS AVANCES DE LA CIENCIA Y LA TÉCNICA EN EL DERECHO DE FAMILIA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Dra. Ana María Álvarez-Tabío Albo

Sumario: Introducción. I. Derechos e intereses involucrados. a. Algunas consideraciones teóricas sobre la inseminación artificial post mortem y la maternidad subrogada. b. Derecho a tener descendencia y a procrear. c. Derecho del niño a conocer el origen biológico. d. Derecho a nacer y a crecer en el seno de una familia. II. ¿Cómo resolver estos eventuales conflictos a la luz de la Constitución de la República y el Código de Familia cubano? Conclusiones. Bibliografía.

## Introducción

Las nuevas realidades surgidas del progreso de la medicina, de la biología y de la genética plantean interrogantes que superan todo lo que hubiere podido prever la ley lo cual obliga a los juristas, de conjunto con los profesionales de la salud, a promover una transformación de los conceptos básicos del derecho que atañen, respecto al tema que ahora nos ocupa, al derecho de familia y en especial, al derecho de filiación y su relación con las diversas aristas del derecho a la salud.

Hace ya algunos años el acto sexual había dejado de ser necesariamente procreacional con la aparición y rápida generalización de una extensa variedad de métodos que frustran la concepción desde su más temprana fase; pero es que ya ahora la procreación puede llegar a ser un acto totalmente asexual con la irrupción de las llamadas técnicas de reproducción humana asistida.

No es este un fenómeno de la contemporaneidad. Desde que en 1790 un cirujano escocés[399] obtuvo éxito en una maniobra de fecundación artificial en humanos hasta que en 1978[400] se produjera el primer nacimiento de un bebé probeta, mucho se ha transitado en el desarrollo de las técnicas de reproducción humana.

Las técnicas de reproducción en humanos tienen como primera y todavía principal finalidad, la de suplir las incapacidades para procrear que, según estadísticas internacionales, se presentan entre un 8% y un 15% de las parejas en edad reproductiva.[401] El aumento de los problemas de la esterilidad que afectan a la raza

[399] Se atribuye a un médico español el primer intento a finales del siglo XV, cuando llevó a cabo manipulaciones con el fin de inseminar a la reina Juana de Portugal, esposa de Enrique IV "El Impotente", sin éxito alguno. El cirujano escocés John Hunter, en 1790, consiguió la primera inseminación en una mujer con material genético de un donante. En el ámbito científico se conoce del ensayo que, a mediados del siglo pasado, realizara el biólogo Danielle Petrucci, quien "logró el desarrollo de embriones in vitro, uno de los cuales se mantuvo vivo durante casi sesenta días en un tubo de ensayo…" MENDIOLA Jaime, et.al. Esterilidad y Reproducción Asistida: Una perspectiva histórica. Revista Iberoamericana de Fertilidad. Vol. 22, Nº 1, enero-febrero de 2005. pp 15-22.

[400] En el año 1977, en el Reino Unido, fue concebida Louise Brown, el primer bebé probeta que nació el 25 de julio de 1978. Desde entonces han nacido más de tres millones de bebés gracias a estas técnicas.

humana, obligan a una intervención más directa de la medicina y convierten a las técnicas de reproducción asistida en la única solución para aquellos casos en que la reproducción biológica no es suficiente. En una segunda etapa se han empleado para la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, o como agente facilitador de la procreación prefijando o eliminando determinadas características en los hijos; en la investigación con gametos u óvulos humanos fecundados; y han terminado usándose para facilitar la procreación en parejas homosexuales o personas sin pareja estable.

La extensión de su uso en los humanos plantea nuevas y variadas interrogantes: ¿es posible seguir empleando los mismos criterios de imputación y las mismas reglas de presunción de la filiación?; ¿qué intereses entran en conflicto y cómo ponderarlos?; ¿es justificable la inseminación post mortem?; ¿cómo equilibrar el principio de anonimato del donante con el derecho de todo ser humano a conocer su origen y herencia genética?; ¿qué posición asumir ante el conflicto entre el derecho de toda mujer a procrear o de todo ser humano a tener descendencia y el de todo niño a desarrollarse en un ambiente propicio en el que esté presente la dualidad de figura materna y paterna?; ¿cuál es el estatuto del embrión ente el uso de estas técnicas?; ¿es ética y legalmente aceptable la maternidad por sustitución y qué criterio (genético, legal, afectivo) seguir para su determinación en estos casos?

Muchas de las respuestas que a estas interrogantes se obtengan en el plano ético-moral constituirán el punto de partida para la construcción jurídica que estamos llamados a enfrentar. Y podremos o no estar de acuerdo con uno u otro enfoque, pero es imprescindible dar respuestas desde el Derecho que, ante estas nuevas realidades, no puede quedar a la zaga.[402]

No es posible desconocer el impacto del desarrollo en materia de genética y reproducción humana que han generado situaciones altamente conflictivas para el Derecho y han forzado cambios en el orden jurídico a nivel mundial. En el caso de Cuba todo razonamiento legal que se haga del tema queda en el contexto de la lege ferenda, Ya no es posible, siquiera, poner en entredicho la urgencia de enfrentar tales retos y cuestionarnos, como nuestro recordado DR. GÓMEZ TRETO,[403] la necesidad de aprobar nuevas normas para regular las situaciones que surjan de la procreación asistida, partiendo del supuesto de que no existe comercialización privada de la medicina cubana.

---

[401] Las causas que conducen al aumento de la infertilidad y la esterilidad están relacionadas con el acceso a la maternidad en edades más avanzadas, el empleo indiscriminado de anticonceptivos, la mayor incidencia de enfermedades venéreas, del estrés, de la drogadicción, del tabaquismo, el alcoholismo y la automedicación, la imposición por los medios de difusión masiva de patrones de belleza que obligan a dietas estrictas y ejercicios extenuantes en muchos casos sin asesoría médica, malos hábitos alimenticias que conducen a la obesidad, la contaminación del medio ambiente, además de las causas propiamente biológicas. Específicamente en Cuba se calcula que los problemas reproductivos alcanzan entre un 12% y un 15% de la población en edad de procrear.

[402] Incluso la Iglesia Católica, totalmente opuesta al uso de las técnicas de reproducción asistida, ha matizado su posición considerando ilícito el uso de las técnicas sólo en los casos de su empleo fuera del matrimonio, excluyendo a las parejas heterosexuales estables no casadas, atendiendo a la concepción del matrimonio católico y, por supuesto, a las mujeres solas o parejas de lesbianas.

[403] GÓMEZ TRETO, Raúl: «Derecho, Bioética y Procreación», Ponencia de Cuba al VI Congreso Internacional sobre Derecho de Familia. San Juan, Puerto Rico, 14 al 20 de octubre de 1990. Universidad Interamericana de Puerto Rico.

El Código de Familia cubano descansa en la filiación derivada del acto sexual y como su complemento indisoluble, en el juego de las presunciones.[404] No existe, pues, norma directa que regule las diferentes situaciones que pudieran plantearse, negándose de esta forma la debida protección y amparo al futuro ser, a las personas que han de recurrir a estas técnicas y los deberes o limitaciones de quienes practican las mismas.

No es nuestra intención analizar cada una de las técnicas de reproducción asistida que se emplean en la actualidad, ni obtener las respuestas a todas las interrogantes planteadas y sobre las que ya existe un importante referente en la doctrina científica médica y jurídica patria. Mucho menos abordarlo desde una visión moralista o religiosa ni abarcar toda la gama de situaciones que pudieren presentarse con alguna propuesta de solución legal.

Sólo pretendemos hacer algunas consideraciones acerca de dos de los problemas fundamentales que pueden aparecer en sede de filiación que carecen, más que otros supuestos, de una respuesta apropiada desde nuestra doctrina o a través de las cuasi soluciones que han debido adoptarse forzosamente ante el hecho cierto y evidente del empleo de una de las técnicas, echando mano por analogía a las consecuencias que prevé la ley cubana o realizando una interpretación sistemática e integradora de nuestra legislación. Nos referiremos a la posibilidad ética y legal de su uso en personas ya fallecidas y en mujeres solas cualesquiera sea su estado civil conyugal. Situaciones que se imbrican con la prevalencia del interés que se ha de privilegiar entre los que pudieren colisionar: el derecho de todo hombre y mujer a tener descendencia y a procrear, y la confrontación con el derecho de todo niño a conocer su origen biológico y a desarrollarse en el contexto de una familia perfectamente estructurada, todo ello en el espacio de los llamados derechos reproductivos.

No obstante, ninguna de las soluciones que se adopten debe cerrar las puertas a un análisis desde una perspectiva casuística e individualizada. El carácter eminentemente social y humano del Derecho de Familia, unido a la riqueza de situaciones reales de la vida diaria que está llamado a proteger, impide fijar esquemas en el tratamiento de estos temas pues a cada situación le rodean circunstancias diferentes y cada caso demandará un tratamiento diferenciado y no genérico. Más importante aún es evitar la extrapolación de regulaciones del derecho foráneo ajenas a nuestra realidad o que contradigan los principios que informan las relaciones jurídico- familiares en Cuba.

## I. Derechos e intereses involucrados.

Es frecuente en la ya vasta literatura científico-jurídica dedicada a la incidencia de las técnicas de fecundación extracorpórea o artificial, asumir todo el enfoque tomando como referente los intereses de las personas que se someten o acuden a ellas con variadas motivaciones (sea la pareja, o el hombre o la mujer por separado) o de los terceros involucrados (el donante de gametos o la madre sustituta). Escasamente se atiende con preferencia a los intereses del hijo que nacerá de resultar exitosa toda la manipulación médica previa.

[404] Cfr. Artículos 74, 75 y 76 del Código de Familia cubano. Ley 1289 de 14 de febrero de 1975. Ministerio de Justicia. LA Habana. 1999.

Esta problemática se enmarca dentro de los llamados derechos reproductivos cuya primera referencia aparece en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994 y un año más tarde en la IV Conferencia Mundial de la Mujer, en Pekín cuando en su declaración se afirma que "…los derechos reproductivos …se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad…".[405]

Esta declaración combina los intereses desde la perspectiva de los sujetos pasiva y activamente involucrados y deja implícitamente confirmada la noción de que ningún derecho, cualquiera sea su naturaleza o clasificación goza de la cualidad de ser absoluto e ilimitado en su ejercicio. Todos tienen su límite indiscutible en el respeto al contenido de los derechos reconocidos tanto por la Constitución como por el resto del sistema normativo, y en el deber general de respeto a que, en reciprocidad, estamos obligados respecto al derecho ajeno, lo que significa que tiene su límite en el ejercicio adecuado del mismo.

La Constitución cubana no alude de forma expresa en su articulado a los derechos reproductivos aunque sí están reconocidas muchas de las facultades que la procreación humana comporta, tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad; el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad; el derecho a la integridad física, a la libertad religiosa, ideológica y de conciencia; el derecho a la intimidad personal y familiar pero sólo a través de alguna de sus manifestaciones; el derecho al matrimonio y a fundar una familia; el derecho de la maternidad y la infancia a cuidados y asistencia especiales; el derecho a la educación, y otros que directa o indirectamente se relacionan con aquellos.

En los temas puntuales a que nos hemos circunscrito en este texto, ¿a qué derechos nos referimos y en qué circunstancias pueden colisionar? Se puede presentar, en el caso concreto, un conflicto, a veces insalvable, desde la perspectiva de los directamente favorecidos con el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida y que aluden al derecho a tener descendencia y a procrear y desde la perspectiva del hijo, aquellos que protegen su derecho a conocer de su origen biológico y a nacer y a crecer dentro de una familia perfectamente estructurada.

Hasta este momento no se vislumbra una opción más apropiada que acudir a la vía judicial para la solución concreta ante la colisión entre estos dos tipos de derechos, empleando como técnica la ponderación.[406] Sinónimo de compensación, proporcionalidad, equilibrio, atención, reflexión, cuidado -conceptos todos tan propios

[405] Documentos de las Conferencias Mundiales de Población y Desarrollo y la Mujer. www.cinu.org.mx/biblioteca

[406] Más que principios, criterios o parámetros, la ponderación ha de estimarse una técnica porque indica la existencia de un complejo de medios de evaluación y de argumentación sin codificar ni sistematizar que no siguen el camino del análisis jurídico tradicional en los sistemas de sustrato romano francés.

de la disciplina familiar- la ponderación se transfigura como método adecuado para determinar en el caso concreto, cómo, cuándo, y en qué medida debe ceder el derecho que entra en contradicción con otro, atendiendo al carácter no absoluto de ninguno de ellos; es decir, ante la situación de igualdad ab initio de estos derechos, cuál debe sacrificarse en beneficio de otro, preeminencia que desaparece cuando no existe motivo o condición que la justifique normativamente.

a. Algunas consideraciones teóricas sobre la inseminación artificial post mortem y la maternidad subrogada.

A la inseminación artificial post-mortem puede acudirse tanto si el fallecimiento es en la persona del marido o compañero como si el evento fatal acaece en la persona de la esposa o compañera, sin que se haya tenido descendencia común. En este último caso, forzosamente, habría que acudir a la figura de la madre sustituta o al alquiler de un útero en el entendido de que, anticipadamente, los esposos o compañeros more uxorio hubieren previsto esta eventualidad conservando el óvulo de la mujer.

Al referirnos a la inseminación artificial post mortem, es obvio que sólo podemos hablar de fecundación homóloga, pues en la heteróloga se rompe todo vínculo con el donante y en nada cambiaría si éste estuviere fallecido o no; el anonimato impide que se establezcan lazos filiatorios o sucesorios con alguien que no ha expresado la voluntad de ser padre.[407]

Para las eventuales soluciones ante la inevitable decisión a asumir en el caso concreto y consumado, hay que prestar atención al papel del consentimiento. Si el varón consintió en la utilización de las técnicas para después de su muerte, deberán establecerse respecto a él todos los efectos legales que se derivan de las relaciones filiatorias que son consecuencia de esa asunción de paternidad post mortem; obviamente lo que está haciendo el varón al aceptar el sometimiento de la mujer a estas técnicas es reconocer una paternidad que no le fue posible lograr en vida. En los casos en que no se haya consentido en la inseminación artificial post mortem, como ocurre en el resto de los supuestos en que no se haya prestado el consentimiento, se pueden presentar dos consecuencias derivadas de situaciones diversas: la primera, que no haya existido tal aquiescencia para la inseminación artificial, no ya inseminación post mortem, sino, siquiera, en vida de los miembros de la pareja; y otro, al entender caducada esa voluntad con la muerte de quien lo dio, por no haberse prestado un consentimiento específico para después de la muerte sino sólo para la utilización de las técnicas. En ambos casos la inseminación ha tenido lugar por decisión únicamente de la mujer y será con respecto a ella, y únicamente para ella, que se establecerán derechos filiatorios.

Es el consentimiento específico para la fecundación después de la muerte lo que constituye legalmente un reconocimiento de paternidad del hijo póstumo.

Otras consideraciones merece el empleo de las técnicas de reproducción asistida si el fallecimiento hubiere ocurrido en la persona de la mujer. Es el hombre quien, con el material genético de su esposa o compañera, desea tener un hijo de ambos y no queda

[407] No obstante aquellos que consideran posible la inseminación heteróloga post mortem basan su criterio tomando la muerte de quien consintió y no de quien donó el semen.

más alternativa que acudir a la maternidad subrogada para la gestación en su variante parcial.[408]

El criterio de imputación de la maternidad habrá que decantarlo entre la madre genéticamente vinculada al niño, que es la que aporta el óvulo y la madre gestante o portadora, que es la que lleva a término el embarazo. La mayor parte de la doctrina rechaza el uso de esta figura por considerarla atentatoria a la dignidad de la persona, posición que tiene su reflejo en la mayoría de las legislaciones. No obstante, y sólo en el contexto teórico, sin ánimo de polemizar sobre la ilicitud de cualquier pacto vinculado con el alquiler de úteros, podemos aventurar posibles soluciones.

Es opinión mayoritaria dejar establecida la maternidad a favor de la mujer que da a luz por constituir el parto la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. Pero ya ha llegado el momento de que este criterio sea reevaluado ante la importancia que adquiere la voluntad de procreación o el deseo de lograr descendencia.

ANSELMI CABRAL[409] estima que madre legal es aquella que ha tenido la voluntad para procrear, mientras que la mujer que prestó su cuerpo o alquiló el útero no tenía esa voluntad de dar nacimiento a un nuevo ser. Para esta autora, el fin de la inseminación artificial y la fecundación in vitro es otorgar la paternidad-maternidad a quienes han deseado tener ese hijo para ellos y no a quien ha prestado un servicio de gestación. Y entran en juego, nuevamente, las consideraciones hechas sobre el papel del consentimiento.

b. Derecho a tener descendencia y a procrear.

El derecho a tener descendencia puede ser enarbolado en las distintas situaciones en que se haga uso de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida derivadas de ese deseo consustancialmente humano de perpetuarse a través de los hijos que puede verse frustrado cuando se carece de la capacidad natural para procrear.

La aspiración de todo ser humano a la paternidad ha permitido defender la aparición del derecho a procrear –derecho de carácter personalísimo y evidentes implicaciones sociales– enmarcado en los límites del derecho a la intimidad de la vida privada y familiar y del derecho a disponer de su propio cuerpo, que podría considerarse quebrantado por la intromisión indebida del Estado en la decisión de un individuo, soltero o casado, de engendrar y parir un niño cualquiera sea la vía empleada.

"Quienes afirman la existencia de un derecho a procrear o de un derecho a la reproducción le asignan una connotación preponderantemente negativa, como un límite a la injerencia de los terceros y del Estado en la capacidad de procrear. A su vez, los que defienden la existencia del derecho al hijo o del derecho a ser padres resaltan su aspecto positivo, como un derecho a la paternidad o maternidad por medio de la fecundación natural o mediante técnicas artificiales"[410]

---

[408] De acuerdo con la participación genética de la mujer subrogada, existen dos clases de subrogación: total, cuando la mujer gestante es inseminada aportando sus propios óvulos y parcial cuando solamente es gestadora del embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado.

[409] ANSELMI CABRAL, G.J., Métodos de reproducción asistida y su incidencia jurídica. http://www.biotech.bioetica.org.tb11, pp.4 y ss.

[410] ARÁMBULA REYES, Alma. Maternidad Subrogada. Centro de Documentación, Información y Análisis. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Exterior. Cámara de

En refuerzo al derecho a procrear acude el mito del instinto maternal con la persistente actitud de algunas mujeres de someterse a las nuevas tecnologías a pesar de los múltiples inconvenientes y secuelas que producen y las constantes frustraciones que se padecen ante el todavía frecuente escaso margen de éxito de las mismas. Si a ello sumamos la presión social que subsiste en la concepción de la realización de las mujeres a través de la maternidad, el conflicto se agudiza.

Pero el derecho a procrear no se circunscribe al simple acto de alumbramiento, va más allá, transformando la paternidad en una actitud por encima del puro dato biológico. Está vinculado con el deber de educación y de preparación de la prole para la vida que debe desenvolverse, en el plano ideal, en el seno de una familia estructurada, con la presencia de la figura y familia materna y paterna. La procreación no sería, entonces, un derecho en sí misma; con mayor propiedad se debería defender el ejercicio responsable de la función procreativa lo que configuraría el derecho a la procreación responsable.

¿Puede una mujer, por su simple y exclusiva voluntad, privar a un menor de la posibilidad de crecer en el seno de una familia funcional con la presencia de la figura y de la familia paterna, enarbolando su derecho a procrear? ¿Debe confundirse el legítimo deseo de tener hijos con el "derecho al hijo" ejercido de manera extralimitada, a cualquier costo por sobre el interés superior del niño a conocer su origen, su procedencia y herencia biológica? ¿Cuáles son los valores a proteger y cuál su jerarquización? ¿Quiénes son los titulares de este llamado derecho a procrear?

El fundamento de este derecho habrá de encontrarse, o bien en el contexto de la protección a la dignidad de la persona –atribuible tanto el adulto como al hijo– consustancial a todos los ordenamientos jurídicos modernos, o bien tácitamente sustentado por las diversas manifestaciones del mismo a través de otros derechos ya reconocidos en la norma interna y en el plano internacional como el derecho a la vida, a la salud, a la intimidad, a la libertad en la decisión sobre el propio cuerpo o a fundar una familia. Sólo así se podrá contar con un punto de referencia para enfrentar cualquier análisis destinado a sustentar el criterio que haya de presidir la reglamentación del uso de las técnicas de reproducción humana asistida en Cuba y en cualquier otra parte del mundo.

El debate sobre la titularidad de este derecho a procrear de centra en si se trata de un derecho de ejercicio individual o compartido. La maternidad en solitario no encuentra tantos censores cuando una mujer busca alcanzar intencionadamente idéntico resultado por vías naturales ni cuando se enfrenta a un embarazo sola sin que ese haya sido su deseo, como cuando interviene en ello una técnica de reproducción asistida. Y en principio puede afirmarse que con razón. Aquellas mujeres –y sus hijos– que por cualquier circunstancia enfrentan solas la maternidad, sea por propia decisión

---

Diputados de los Estados Unidos mexicanos. Agosto de 2008. p.88. De tal suerte, el derecho a procrear encuentra, a nivel internacional perfecto amparo a través de otros derechos reconocidos en varios de sus textos: emana del derecho a la vida (y, por tanto, a dar vida), a la libertad personal y sexual, a la integridad física, a la intimidad o privacidad (que garantiza el interés de cada ser humano a tomar ciertas decisiones esenciales para él mismo) y a fundar una familia. Cfr. Los artículos 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 23 párrafo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 párrafo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

o sin haberlo deseado, podrán, en todo caso, reclamar la paternidad correspondiente contando con que, en principio, siempre habrá un posible padre biológico.[411]

En la medida en que el avance de las ciencias médicas y biotecnológicas eliminan la necesidad de procreación con intervención de otra persona, negar el ejercicio del derecho a procrear a quienes acuden a la fecundación artificial, podría conducir a valoraciones discriminatorias para quienes carecen de la capacidad natural para procrear, si a contrapelo se le reconoce el mismo derecho a quienes, con el ánimo de formar su propia familia lo pueden hacer en las condiciones que provee la naturaleza.

Otro tipo de argumento hace descansar la defensa de este derecho a procrear en personas solas, equiparando tales presupuestos con la posibilidad de la adopción por parte de mujeres u hombres en idéntica situación, tesis que se destruye si atendemos a que la ratio essendi o razón de ser trascendental en ambos casos es intrínsecamente disímil. Con la adopción se da abrigo a niños y niñas ya nacidos, casi siempre colocados en alguna condición de desamparo, y que contarán con una mayor protección desde todo punto de vista en el seno de una familia monoparental que en el ámbito de cualquier otra forma de amparo institucional.

Otra corriente de pensamiento sostiene que el derecho a procrear es un derecho de titularidad individual pero de ejercicio mancomunado y heterosexual,[412] en armonía con la concepción que sustenta el acto natural de la procreación. Esta argumentación pierde fortaleza en nuestro ordenamiento jurídico desde el momento en que la procreación no constituye un fin del matrimonio.[413]

Igual suerte corre el enfoque que alude a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida de la mujer sola esgrimiendo la libertad en el ejercicio de su derecho a procrear como parte del derecho a la salud, en el entendido de que la esterilidad y la infertilidad[414] constituyen problemas de salud reproductiva que pueden padecer las parejas y para la solución de los cuales acude alguna técnica de manipulación para la concepción del que pueden padecer, razonamiento que desde su origen descarta la legitimidad de la fecundación en mujer sola.

Difícil resulta emitir un criterio que contenga la verdad absoluta en un tema en el que no sólo valen argumentos legales, sino que intervienen valoraciones de orden ético y humano, que no deben renunciar a un análisis individualizado que atienda a las muy especiales circunstancias de cada caso.

c. Derecho del niño a conocer el origen biológico.

El derecho a conocer nuestro origen biológico conforma una de las manifestaciones del derecho a identidad personal reconocido como parte de los derechos de la personalidad.

---

411 JORDÁN VILLACAMPA, M.ª Luisa, Familias monoparentales, Inseminación Artificial y Derechos Humanos. www.uv.es/revdret/archivo/num1/pdf/ljordan.pdf.

412 Cfr. ROMEO CASABONA, C. M.; El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana. Madrid, 1994, pp. 119-125.

413 "Artículo 2: El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común." Código de Familia cubano. Ley 1289 de 1975.

414 La esterilidad como incapacidad de la pareja para lograr la concepción. La infertilidad alude a la capacidad de lograr la concepción no así de llevar a término el fruto de la concepción.

El fundamento de este derecho queda fuera del alcance de toda duda por lo que poco hay que argumentar en defensa de su indiscutible existencia.

Sólo nos referiremos al mismo en la medida en que teje algunas de sus redes en estrecha contraposición con uno de los principios más defendidos en las técnicas de reproducción humana asistida que es el de anonimato en la donación de gametos.

Los donantes acceden a la entrega de su material genético en el entendido de que no van a participar en la vida y la educación del ser que posteriormente puede resultar engendrado, renunciando así a las obligaciones y derechos inherentes a la paternidad.

Pero el hijo biológico de donante anónimo, en dependencia de la manera en que fue educado o la forma en que haya sido manejada la información acerca de sus orígenes, puede encontrarse en una situación semejante a la del hijo adoptado que desconoce quiénes fueron sus padres naturales, dando paso a nuevas manifestaciones en los conflictos de derechos: el derecho del hijo a conocer la filiación biológica, con el derecho a la intimidad familiar y personal del padre o madre legal que en última instancia verían seriamente afectada la estabilidad y equilibrio familiar, y el derecho del donante que, en principio, no ha deseado involucrarse en ninguna relación paterno- filial amparado en el anonimato.

Las posturas que hoy adoptan las diversas legislaciones en esta materia, navegan entre dos aguas: en la mayoría de los países de influencia jurídica latina se defiende el anonimato del donante, salvo algunas excepciones, pero esencialmente van encaminadas a impedir el descubrimiento del origen genético;[415] en los países bajos y los de la península escandinava se da preferencia al conocimiento de los padres genéticos.[416]

La irrupción del desarrollo biotecnológico y de las ciencias médicas en el derecho de filiación ha reformulado la concepción de la paternidad y la maternidad transformándolas en un concepto social impregnado de cualidades, calidades y elecciones asumidas como la expresión más pura del amor que no está necesariamente ligada a la permanencia o no de un dato genético. Lo contrario implica la simplificación y el empobrecimiento de la auténtica noción de paternidad.

Es por ello que el derecho de todo ser humano a conocer su propio origen biológico no debe ser entendido como una noción restrictiva y dogmática, sino examinado a través de un doble prisma: el de la determinación de la filiación o más propiamente al derecho a conocer a los padres,[417] y el del conocimiento de nuestra herencia genética que no obligue a la determinación de ningún vínculo paterno-filial, como es el caso del nacido mediante técnicas de fertilización humana asistida heteróloga en que interviene la figura del dónate anónimo.

---

[415] Art. 5.5 de la Ley española 14/2006, de 26 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción asistida. BOE. Boletín Oficial del Estado. 27 de mayo de 2006. No 0126. www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs.

[416] Leyes Suecas núm. 114, de 14 de marzo de 1991, relativa a la Utilización de Determinadas Técnicas Genéticas en el Marco de los Exámenes Generales de Salud y Ley núm. 115, de 14 de marzo de 1991, Relativa a las Medidas con Fines de Investigación o de Tratamiento en Relación con los Embriones. www.bibliojuridica.org/libros/libro.

[417] Es esta la variante a que hace referencia el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando se confiere a cualquier persona la posibilidad de poder desvelar el misterio de su origen, equiparable al derecho a conocer a los padres.

d. Derecho a nacer y a crecer en el seno de una familia.

Para mayor precisión, más que un derecho, preferimos hablar de un interés protegido por el derecho que sería afectado especialmente en la fecundación artificial post mortem y en la inseminación heteróloga de mujeres solas. Como ocurre con el derecho a conocer el origen biológico, de nada vale abundar sobre una realidad inobjetable que no admite discusión: toda persona debería crecer en un ambiente que beneficie el desarrollo integral de su personalidad. La experiencia antropológica indica que ello se logra más fácilmente en un hogar estructurado en que estén delimitados los roles paterno y materno.

Tanto la Constitución de la República como el Código de Familia cubanos consagran el deber de los padres de propiciar la atención y bienestar de sus hijos lo que nos conduce a asegurar que, de aceptarse la fecundación en los supuestos antes mencionados se daría abiertamente la contradicción con dichos preceptos desde que se fomenta la posibilidad de que un niño nazca sin un padre que haya de cumplir con aquellos deberes, amén de violentar el derecho de todo niño a tener un padre y una madre, a crecer en un hogar con la presencia definida de los patrones y figuras paterna y materna y de conocer su propio origen.

Cierto es que el riesgo de existencia de familias disfuncionales o monoparentales está presente en la realidad social en un número cada vez más alarmante ya sea por muerte de uno de los padres, ausencia o divorcio.[418] En estos casos no se trata, por regla, de una situación querida o buscada ni descansa en una decisión unilateral de la mujer o del hombre.

Como en tantas situaciones que se dan en el ámbito de las relaciones jurídico-familiares, no hay reglas preestablecidas, ni verdades absolutas. Si bien la maternidad o la paternidad en solitario no debe convertirse en una aspiración en sí misma, tampoco debería, automáticamente, calificársela de injusta ni discriminatoria para al desarrollo de la personalidad del futuro hijo pues lo realmente trascendental es la atención, el esmero y el amor que se invierta en su educación y formación, sin importar se trate de la reproducción natural o artificial.

## II. ¿Cómo resolver estos eventuales conflictos a la luz de la Constitución de la República y el Código de Familia cubano?

La Constitución de la República de Cuba reconoce integralmente el derecho a la protección de la familia en sus artículos 9, inciso a) plecas tercera y séptima, e incisos

[418] CHOUHY Ricardo. Función Paterna y Familia Monoparental: ¿Cual es el costo de prescindir del padre? Crecer sin padre: cambios y tendencias en la estructura de la familia norteamericana. Revista on line Perspectivas Sistémicas No 22. www.redsistemica.com.ar/chouhy.htm En este artículo el autor relaciona los resultados obtenidos en un trabajo de investigación realizado por dos sociólogos norteamericanos publicados en el libro Growing Up with a Single Parent en 1994. Basado en el seguimiento de más de 70.000 adolescentes y adultos jóvenes norteamericanos de ambos sexos a lo largo de casi 20 años que crecieron sin la figura paterna, se detectó que el riesgo de permanecer sin estudiar ni trabajar por períodos prolongados es un 50% más alto para jóvenes que crecieron sin su padre. El riesgo de interrumpir estudios secundarios es un 100% más alto. El riesgo de embarazo en la adolescencia es también un 100% más alto. El aumento de riesgo para estas tres variables no aparece en el caso de muerte del padre, sólo de abandono o simple ausencia por diversos motivos.

b) y c) y más específicamente en sus artículos del 35 al 38, al reconocer en la familia el núcleo fundamental de la sociedad y la obligación del Estado a propender a su fortalecimiento. Al proteger la maternidad pudiera entenderse que reconoce, implícitamente, el derecho a formar la familia por medio de la procreación.

El Código de Familia, por su parte, consagra como sus objetivos esenciales el fortalecimiento de la familia y de las instituciones consustancialmente relacionadas con ella, especialmente el matrimonio, las relaciones paterno-filiales y los deberes y derechos recíprocos que se derivan de ambas relaciones jurídico-familiares.

La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 establece en su artículo 7 el derecho del niño desde que nace a un nombre, a una nacionalidad, y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos. En el artículo 8 se compele a los Estados signatarios a respetar el derecho del niño a preservar su identidad y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin ingerencias ilícitas, concediéndole el carácter de derecho absoluto inherente a su persona que consiste en el derecho a ser uno mismo y en la obligación de los demás de respetar la identidad personal.

Cuba, como signataria de esta Convención, ha de considerar de obligado cumplimiento los derechos en ella reconocidos en armonía con el interés preferente de velar por lo que a él resulte más beneficioso.

El desarrollo alcanzado por la salud pública cubana y su reflejo concreto en la realidad social con la protección efectiva del derecho a la salud, ha encontrado, fuera del marco del Derecho de Familia, la solución a los problemas reproductivos de parejas que padecen de estas limitantes. En los centros especializados en salud reproductiva se llevan a cabo tratamientos de reproducción asistida en su variante de Inseminación Artificial tanto homóloga como heteróloga, quedando la escasa regulación del tema en el ámbito administrativo.

Pero, como se había apuntado, no existe una norma directa que regule las diferentes situaciones que pudieran plantearse y que esté llamada a establecer los protocolos a cumplir para el acceso a las técnicas y sus consecuencias, que defina los conceptos básicos, los requisitos, reglas y plazos de conservación de los gametos y preembriones, las limitaciones y prohibiciones para su uso, la organización de los bancos de donantes de esperma y óvulos, las consideraciones bioéticas y demás pautas que, en el orden civil, penal, administrativo y familiar, satisfagan la protección integral de esta problemática que el derecho cubano no debe seguir ignorando.

El último Anteproyecto de modificación del Código de Familia cubano incluye dentro de las presunciones de filiación, la de los hijos nacidos como resultado de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida sólo en parejas unidas en matrimonio formalizado o no y en sus variantes homóloga y heteróloga. Adopta, además, la opción que deja a regulaciones de carácter administrativo la regulación específica de las cuestiones relativas a quiénes, cuándo, dónde, cómo y en qué circunstancias pueden acceder a éstas técnicas, el consentimiento informado, el secreto profesional o confidencialidad, entre otros aspectos ajenos a las consecuencias que, en el orden filiatorio, la utilización de estas técnicas tiene.

## Conclusiones

Estas reflexiones y criterios han sido expuestos con entera libertad, aunque sin pretensiones de concederles un valor concluyente ni incuestionable. Ha sido nuestro propósito propiciar la confrontación, el diálogo y el rompimiento de la inercia del legislador cubano de brindar posibles respuestas en una cuestión en la que están permitidos el ejercicio de la capacidad crítica. Soluciones que han de contener principios generales pero sin convertirlos en camisas de fuerza por tratarse de situaciones en las que, como en ningún otro caso, hay que individualizar atendiendo a las circunstancias concretas.

Per se, ninguno de los derechos mencionados puede tener un contenido que legitime una conducta que entre en contradicción con el contenido de otro derecho. Tomando como base esta premisa, y conscientes de que en la normativa familiar cubana no existe una clara respuesta, hay que acudir a la integración de las distintas normas involucradas para la solución de los conflictos en que se invoque la vulneración o extralimitación de alguno de los derechos objeto de nuestro estudio.

Frente a las diversas formas en que se manifiestan los llamados derechos reproductivos deben oponerse los derechos de la personalidad de quienes resultan ser el fruto y consecuencia del uso de las técnicas de reproducción extracorpórea, como son su derecho a la vida en el más amplio sentido que ello implica, a la dignidad humana, al conocimiento de su origen genético y al crecimiento y desarrollo en el seno de una familia estructurada con la presencia de la doble figura paterna-materna, anteponiéndose en todo momento la noción del interés preferencial del niño,.

El Derecho no es sólo norma, sino valores a proteger en el contexto de una realidad social de la que es un producto, por lo que debe atemperarse con agilidad a la mutabilidad y desarrollo constante que sufre so pena de convertirse en algo totalmente obsoleto, inerte e ineficaz, situación que no debe pasar desapercibido ante los ojos de juristas en general y legisladores en particular.

No existe causa que justifique actualmente el aplazamiento ya excesivo del legislador cubano para encarar de una vez la discusión y el tratamiento adecuados de los derechos y deberes que pudieren derivarse del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, si bien es cierto que el tema no se circunscribe al plano estrictamente jurídico, sino que involucra también aspectos educativos y culturales, premisas presentes en la sociedad cubana.

## Bibliografía

ANSELMI CABRAL, G.J., Métodos de reproducción asistida y su incidencia jurídica, http://www.biotech.bioetica.org.tb11. ARÁMBULA REYES, Alma. Maternidad Subrogada. Centro de Documentación, Información y Análisis. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Exterior. Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos. Agosto de 2008. BRENA SESMA, Ingrid. "El Derecho y la salud. Temas a reflexionar", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, Núm. 57, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004. CASADO, María, (comp) "Nuevos Materiales de Bioética y Derecho", Doctrina Jurídica Contemporánea Vol. 25, Fontamara, México. 2007. CHOUHY Ricardo. Función Paterna y Familia Monoparental: ¿Cual es el costo de prescindir del padre? Crecer sin padre: cambios y tendencias en la estructura de la familia norteamericana. Revista on line Perspectivas Sistémicas No 22. www.redsistemica.com.ar/chouhy.htm. GÓMEZ TRETO, Raúl: «Derecho, Bioética y Procreación», Ponencia de Cuba al VI Congreso Internacional sobre Derecho de Familia. San Juan, Puerto Rico, 14 al 20 de octubre de 1990. Universidad

Interamericana de Puerto Rico. JORDÁN VILLACAMPA, M.ª Luisa, Familias monoparentales, Inseminación Artificial y Derechos Humanos. www.uv.es/revdret/archivo/num1/pdf/ljordan.pdf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del ETD de 13/02/2003 en el caso Odievre-Francia". Ponencia para las I Jornadas Regionales Interdisciplinarias sobre Adopción. www.jus.mendoza.gov.ar/informacion/novedades/PONENCIAS-ADOPCION.php. LÓPEZ FAUGIER, Irene. "La prueba científica de la Filiación", Editorial Porrúa, México, 2005. MÁS DÍAZ, Jorge; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Julio; COBAS COBIELLA, María Elena; GONZÁLEZ VILALTA, Patricia y et.al. Aspectos Éticos y Legales de La Reproducción Asistida. www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/des_etic/16.htm. MENDIOLA Jaime, et.al. Esterilidad y Reproducción Asistida: Una perspectiva histórica. Revista Iberoamericana de Fertilidad. Vol. 22, Nº 1, enero-febrero de 2005. MORÁN DE VICENZI, Claudia. "El Concepto de filiación en la fecundación artificial", Universidad de Piura y Ara Editores, Colección Jurídica, Perú, 2005. ROMEO CASABONA, C. M.; El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana. Madrid, 1994.

Legislación consultada

Constitución de la República de Cuba.
Ley 1289 de 14 de febrero de 1975. Código de Familia.
Ley Española 14/2006, de 26 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
Leyes Suecas núm. 114, de 14 de marzo de 1991, relativa a la Utilización de Determinadas Técnicas Genéticas en el Marco de los Exámenes Generales de Salud y Ley núm. 115, de 14 de marzo de 1991, Relativa a las Medidas con Fines de Investigación o de Tratamiento en Relación con los Embriones.
Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989
Declaración Universal de Derechos Humanos
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Convención Americana de Derechos Humanos.

# RELACIONES PATERNO FILIALES

Dra Miriam Velazco Mugarra[419]

Introducción

El Código de Familia de 1975 constituyó una transformación del Derecho civil cubano al separar las normas jurídicas familiares del Código Civil, motivado por la especial naturaleza del Derecho de Familia, cuya finalidad tuitiva y carácter eminentemente ético y personal ha marcado su diferencia con el derecho patrimonial. Esta reforma introdujo importantes innovaciones en las regulaciones familiares que resultaron un logro social en su tiempo, tales como el reconocimiento de la igualdad del hombre y la mujer, la igualdad de los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, el reconocimiento de la unión de hecho y el establecimiento de la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores.[420]

No obstante, las normas jurídico familiares reguladoras de las relaciones entre padres e hijos del Código de Familia vigente en Cuba y las vías de solución de conflictos suscitados sobre el ejercicio de la patria potestad no se ajustan aún a las exigencias actuales, entre otras razones porque no se establecen fórmulas para materializar el interés del menor mediante la audiencia de éste como uno de los medios idóneos para colaborar con el Tribunal en el discernimiento de las medidas más convenientes a adoptar en beneficio del mismo.

La adhesión del Estado cubano a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño obliga a incluir nuevas disposiciones en el ordenamiento interno. No basta la previsión jurídica del principio de igualdad y de la titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores, la realidad ha demostrado que no son suficientes esas regulaciones para solucionar los conflictos familiares en torno a estos derechos lo que indica la necesidad de disponer de normas jurídicas que propicien más eficaz solución.

[419] Velazco Mugarra, Miriam. La guarda y cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad. Edición ONBC-2008. Versión condensada y autorizada del texto por la autora

[420] Aunque sobre esta última institución debo destacar que desde mucho antes por la Ley 9/1950, de 20 de diciembre, se establecía el ejercicio conjunto de la patria potestad en desarrollo del principio de igualdad absoluta entre cónyuges reconocido por la Constitución de la República de Cuba de 1940.

1. Visión general de la patria potestad 1.1.- Tratamiento legal de las relaciones paterno-filiales en Cuba. 1.1.1.- Código Civil español de 1888-1889. 1.1.2.- El Código Civil español y su incidencia en el Derecho cubano. 1.2.- Generalidades. 1.2.1.- Fundamento. 1.2.2.- Concepto. 1.2.3.- Contenido. 1.2.4.- Naturaleza jurídica. 1.2.5.- Caracteres. 1.3.- Confusiones terminológicas. 1.3.1.- Criterio doctrinal. 1.3.2.- Criterio judicial. 1.4.- Identidad y distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad. 1.4.1.- Titularidad y ejercicio conjunto. 1.4.2.- Titularidad sin ejercicio y ejercicio individual. 1.4.3.- Actuación individual. 1.4.4.- Titularidad individual. 1.5.- Virtualidad jurídica del ejercicio conjunto. 1.5.1.- Ejercicio solidario. 1.5.2.- Ejercicio mancomunado. 1.6.- Actos impugnables. 1.6.1.- Actos con eficacia en la esfera personal. 1.6.2.- Actos con eficacia en la esfera patrimonial. 1.6.3.- Protección de terceros de buena fe.

## 1.1 Tratamiento legal de las relaciones paterno-filiales en Cuba

El Derecho de Familia cubano estudia las relaciones paterno-filiales; es su esencia la patria potestad caracterizada por los principios de la especialidad a la que pertenece, a saber: carácter ético y finalidad tuitiva, subordinación de las relaciones patrimoniales a las personales y el interés social sobre el individual lo cual impone la presencia de derechos y deberes que destacan el interés de orden público en su regulación y el carácter imperativo, de ius cogens, de las normas que configuran el llamado orden público familiar[421].

Las regulaciones referidas a la patria potestad relacionan íntimamente el aspecto personal y el patrimonial. Tanto la madre como el padre ejercen la patria potestad sobre sus hijos menores que comprende: la guarda y cuidado, su educación, formación, corrección, administración y cuidado de sus bienes, además de la representación en todos los actos y negocios jurídicos que correspondan.

En sede de patria potestad carece la norma cubana de la previsión que obliga a ejercer los derechos y deberes que la conforman de acuerdo con la personalidad del hijo menor y en cuanto a la obligación de dar alimentos a los hijos se establece el deber de dar a los mismos una alimentación adecuada en su más amplio sentido personal (cuidados higiénicos y de salud, cubrir sus necesidades materiales cotidianas y sostenimiento de todo orden) y no en el sentido económico de los alimentos entre parientes.

En correspondencia con la dedicación de los padres por la Ley se impone a los hijos, la obligación de obedecerlos mientras estén bajo su patria potestad y siempre la de respetarlos, considerarlos y ayudarlos, convivan o no con ellos.

La distinción doctrinal existente entre el ámbito personal y el patrimonial en que se desenvuelve la patria potestad propicia su correcta aplicación y estudio sistemático[422].

---

[421] LLOPIS GINER, J. M., ¿Está el Derecho español actual al servicio del matrimonio y la familia?, en Anthropotres, 1998, p. 53 y siguientes, justifica "el carácter de orden público que afecta al Derecho de Familia en la interrelación que en sus normas se produce entre el orden ético y el jurídico, determinante de que el orden moral se juridice".

[422] Cfr. DIEGO, FELIPE CLEMENTE DE, Instituciones de Derecho civil, Madrid, 1959, Vol. II, p. 666, señala que: "Las patrimoniales son siempre en su reglamentación jurídica, una consecuencia o secuela de las personales, porque en efecto los bienes son siempre para las personas, como medios útiles que son para sus necesidades, y así según sea el modo de concebir aquéllas y el modo de reglamentarlas, así se concebirán y reglamentarán las patrimoniales".

Nuestro Derecho positivo no realiza distribución de los derechos y deberes que corresponden a la patria potestad, es decir, no los regula con esa sistemática pero se deduce del artículo 85 del Código de Familia mediante el cual se establecen de forma unitaria cinco apartados que comprenden los aspectos personal y patrimonial.

Los derechos y deberes vinculados a la esfera personal del hijo se señalan en los tres primeros apartados del citado artículo y comprenden la guarda y cuidado, la educación y formación de los hijos. Los dos últimos apartados del mismo precepto legal se refieren; uno a la representación que podrá constituirse tanto para la defensa de los derechos como de los bienes de los hijos menores y el otro relacionado con la esfera patrimonial que establece los derechos y obligaciones de los padres en la administración y disposición de los bienes de sus hijos.

La Ley considera la guarda y cuidado como una de las funciones de la patria potestad especialmente tratada por el legislador cubano, pues le dedica una sección reguladora de los requisitos para su atribución, así como del régimen de comunicación entre padres e hijos.

Los sucesivos anteproyectos de Ley para la modificación del Código de Familia tienen como mérito destacar la atención al desarrollo integral de la personalidad del hijo menor de edad sujeto a la patria potestad. Esta nueva propuesta adopta casi una trascripción de los derechos previstos en la Convención de los Derechos del niño, lo que podría ser concretado al reconocimiento de los derechos de provisión, participación y protección puesto que es indudable que el tema de protección jurídica del menor requerirá una ley propia; de hecho se encuentra en estudio la modificación del vigente Código de la Niñez y la Juventud.

En cuanto a la patria potestad en la esfera personal del hijo se propone incluir la obligación del sostenimiento de los hijos y la participación de los mismos en la toma de decisiones, siguiendo mejor sistemática que en el Código actual, excepto en lo pormenorizado de los supuestos, que resulta excesivo e innecesario.

En este sentido ilustra el criterio sostenido por LÓPEZ PÉREZ cuando afirma que "sobre el contenido personal de la patria potestad, hemos de destacar que el mismo se desenvuelve fundamentalmente por normas de carácter ético o moral, sin que con rigor se pueda fijar a los padres su actuación, en relación con los hijos. Con un amplio juego de la autonomía de la voluntad, aunque siempre con los límites éticos o morales a que hemos aludido. Señalando la doctrina que las Leyes no pueden prescribir más que en principio, el contenido personal de la patria potestad"[423].

En las normas sustantivas cubanas existe una doble regulación; por una parte se establecen unas reglas generales de adaptación a la guarda y cuidado y la comunicación entre padres e hijos cuando los progenitores no vivieren juntos, vista la sección segunda, Capítulo II del Título II, artículos 88 al 91 del Código de Familia; y por otra se regula en el mismo sentido según los artículos 48 y 62 vistos en las secciones tercera y cuarta del Capítulo II, Título I del mismo Código, que establecen reglas especiales en cuanto a los efectos patrimoniales del matrimonio putativo para

[423] Cfr. LÓPEZ PÉREZ, J., La patria potestad: voluntad del titular, monografía, Universidad de Valladolid, 1982, p. 62.

los hijos habidos de esta relación y para el cónyuge que obró de buena fe y para determinar la situación de los hijos menores en caso de divorcio respectivamente[424].

Los artículos 59 y 60 del Código de Familia que establecen la obligación del sostenimiento de los hijos, sólo aparecen en las previsiones para el divorcio, no así en las referidas al contenido de la patria potestad aunque se hace referencia expresa a tal obligación en el artículo 96 de la sección tercera, Capítulo II, Título II, destinada a la extinción y suspensión de ésta[425].

La obligación del sostenimiento de los hijos que regula el artículo 59 del Código de Familia como consecuencia del divorcio, no resulta aplicable en otras situaciones jurídicas en que se encuentren los progenitores. Las demandas de alimentos que se establecen a favor de hijos no matrimoniales o matrimoniales de padres separados se sustentan en las reglas generales del parentesco y de la obligación de dar alimentos del Capítulo I, Título III de los artículos 117 al 136 del citado Código[426].

La diversidad de regulaciones sustantivas y procesales para tutelar la situación de los hijos menores de edad cuando sus padres no conviven o conviviendo no están de acuerdo en el ejercicio de la patria potestad constituye un problema práctico legal, dado que existe distinto tratamiento, según se trate de hijos matrimoniales o no matrimoniales, con lo cual se desvirtúa la igualdad sustancial a la que se afilia el Derecho positivo cubano, cuestión que por su importancia trataré detalladamente más adelante.

Para disponer de una visión general de la patria potestad desde la perspectiva cubana, resulta necesario realizar una breve referencia de nuestros antecedentes legales respecto a la institución lo que permitirá entender por qué este estudio procura el contraste entre el Derecho cubano y el Derecho español, a cuyos efectos, utilizaré en este trabajo los términos CC al referirme al Código Civil vigente en España y CF cuando trate del Código de Familia vigente en Cuba.

Nuestro ordenamiento reprodujo en su totalidad las normas de Derecho español, al extremo que fueron comunes los códigos y los procedimientos de todas las materias jurídicas, por tanto, es Derecho precedente del Derecho cubano. Esta circunstancia objetiva indica la necesidad de valorar la concepción de la patria potestad en su evolución desde el Código Civil de 1889 hasta su actual reforma en particular el problema de la atribución de la guarda y cuidado de los hijos menores en caso de falta de convivencia de los padres, con la intención de incorporarle valor jurídico a este trabajo unido al estudio y análisis de las profundas modificaciones que en ésta materia

---

[424] Del Código de Familia, artículo 48: "El matrimonio declarado nulo producirá, en todo caso, los derechos previstos en este Código sólo para los hijos habidos en el mismo y para el cónyuge que ha obrado de buena fe. Si ambos cónyuges hubiesen obrado de mala fe, el matrimonio no producirá tales efectos a favor de ninguno de ellos. Se presume que ha actuado de mala fe el cónyuge que en el momento de la formalización del matrimonio tenía conocimiento de la existencia de una causa de nulidad. La buena fe se presume, salvo prueba en contrario". Artículo 62.- "En las medidas provisionales que deban adoptarse durante la sustanciación del proceso de divorcio respecto a la guarda y cuidado y comunicación de los hijos, pensión alimenticia para éstos y la del cónyuge, si fuera procedente, se observarán las reglas establecidas en esta Sección. Dichas medidas podrán variarse, asimismo, durante el proceso si surgieren razones que lo ameriten".

[425] Del Código de Familia, artículo 96.- "La privación o suspensión de la patria potestad no exime a los padres de la obligación de dar alimentos a sus hijos".

[426] Éste Título del Código de Familia establece las reglas generales del parentesco y la obligación de dar alimentos entre sí dado por lazos de consanguinidad.

se realizaron a ese texto legal por sucesivas leyes cubanas desde 1916 hasta la promulgación del Código de Familia de 1975.[427]

### 1.1.1 Código Civil español de 1888-1889

En el Derecho histórico se reconocía el carácter natural de la patria potestad: así aparece en las Partidas[428] y en la concepción seguida durante el siglo XIX por los juristas españoles[429]. Así es que respecto a la patria potestad y su ejercicio fue casi unánime la legislación desde las Partidas hasta la reforma de la patria potestad introducida al Código Civil en fecha 13 de mayo de 1981[430] y concretada en Cuba por el Código de Familia de 1975.

A partir de las grandes codificaciones europeas inspiradas en el Código de Napoleón de 1804, se integra el Derecho de Familia en correspondencia con las realidades sociales de la época que relegaba a la mujer al plano doméstico y a la educación de los hijos, subordinada en el plano familiar y social a la autoridad del hombre con raras excepciones.

A pesar de la considerable influencia del cristianismo en la evolución de la patria potestad, incompatible con la antigua concepción romana del poder paternal, ya que tiende a proteger más que la autoridad paterna, el interés de los hijos, no se suprimió la supremacía del padre en la relación paterno-filial.

El Código de Napoleón en su concepción daba un reconocimiento a la madre en la participación de la patria potestad en una posición ecléctica entre el Derecho romano y los del Droit coutumier bajo los términos de sus artículos 371 y 372, mostrando una autoridad atribuida en común al padre y a la madre, pero coordinada con la autoridad marital[431].

La desigualdad entre el hombre y la mujer y la desigualdad entre los hijos, que era una realidad social de la época, informa el Código Civil español de 1888 y consecuentemente esto se traduce a la concepción de la patria potestad que concedía amplia autoridad al padre que se fue atenuando a través del tiempo lo que igualmente sucedió en la sociedad cubana con su consecuente trascendencia al Derecho.

Así es que sostenida la idea de la autoridad paterna durante la primera mitad del siglo pasado, la regulación del artículo 154 del Código Civil español atribuía la patria potestad sobre los hijos legítimos no emancipados al padre, y en su defecto, a la madre, y sobre los hijos naturales reconocidos y adoptivos menores de edad se atribuía al padre o a la madre que los hubiere reconocido o adoptado.

---

[427] Aun cuando es distinta la base filosófica en que respectivamente se asientan los dos ordenamientos estudiados, son comunes las situaciones humanas que se suscitan en relación con el ejercicio de la patria potestad de los hijos menores de edad cuando los padres no conviven, con lo cual existe analogía instrumental entre ambos, lo que permite la objetividad del análisis comparativo que se pretende en este trabajo.

[428] Partidas, 4, 17, 1. "Poder e señorío han los padres sobre los hijos segund razón natural e segund derecho. Lo uno, porque nascen de ellos; lo al, porque han de heredar lo suyo".

[429] GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., Elementos del Derecho civil y penal de España, II, Madrid, 1874, p. 17.

[430] BENVENTE MOREDA, P., "La custodia de hijos menores de edad", Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 11-12, 1991, p. 130.

[431] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., La disposición de los bienes de los menores sometidos a la patria potestad, Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 1984, p. 21.

La actuación subsidiaria de la madre respecto al padre en el ejercicio de la patria potestad fue objeto de innumerables debates. Se ha cuestionado si realmente la madre estaba excluida de participar en la patria potestad, mientras el padre no estuviera incapacitado para hacerlo, ya que en realidad la intervención de la madre en su ejercicio siempre fue estimada en las relaciones internas de la familia[432]. CASTÁN VÁZQUEZ afirmaba que ante la imperfección del artículo 154 éste debía interpretarse de tal forma que evitara "en lo posible las situaciones injustas que, al amparo de una interpretación rígida podrían presentarse"[433].

Al contrario, DÍEZ-PICAZO considera que la atribución exclusiva de la patria potestad al padre de acuerdo con la concepción del Código Civil de 1888 permitía calificar al padre de "majestad: el jefe de la familia era al mismo tiempo un legislador y un juez. Se presenta pues la patria potestad, como un poder autoritario que, como todos los verdaderos poderes, puede llegar a ser arbitrario"[434].

La Profesora MARÍN GARCÍA DE LEONARDO por su parte afirma que no considera que "fuera tan radical la concepción de esta institución" e ilustra su afirmación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación al mencionado artículo 154 del Código Civil, que reconoce que aun en esta época la madre era titular de derechos y obligaciones[435].

Lo cierto es que se ejercía de hecho la patria potestad por la madre, especialmente en el aspecto personal, mientras se atribuía legalmente con preferencia al padre[436]. Con frecuencia era la madre la que tenía los hijos con ella aun cuando el padre ostentaba la patria potestad en casos de separación o nulidad de matrimonio.

En esta época el instituto de la patria potestad se adscribe totalmente al Derecho privado, pues no se ejercía control sobre su ejercicio. La intervención de la autoridad administrativa en la patria potestad ocurría si se solicitaba su auxilio en casos excepcionales y sin necesidad de justificar los motivos de tal interés. Era escasa la intervención judicial que hoy se estima necesaria a favor de las relaciones paterno-filiales y especialmente en beneficio del hijo menor, sin que esto signifique la judicialización de dichas relaciones.

### 1.1.2 El Código Civil español y su incidencia en el Derecho cubano

Las diferencias entre los hijos y el papel autoritario y patriarcal del hombre en la familia burguesa de finales del siglo XIX y comienzos del XX aparecen en nuestra historia respaldadas por las regulaciones del Código Civil español de 1888 extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889, además de un sin número de Reales Cédulas, Instrucciones y Ordenanzas. La concepción española de la patria potestad se traslada al Derecho cubano, que igualmente considera en esa época que tal derecho

---

[432] URIBE SORRIBES, A., La representación de los hijos, Conferencia en la Academia Matritense del Notariado, 22 de abril 1982, tomo XXV, Anales Academia Matritense del Notariado, p. 245.
[433] Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ J. M., "La patria potestad", Ed. RDP, Madrid, 1960, p. 111.
[434] Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., "Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad", ADC, enero-marzo 1982, p. 4.
[435] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., Tesis doctoral, ob cit, p. 19, señala, "Ver sentencias del Tribunal Supremo español de 13 de diciembre 1909, 3 de diciembre de 1946 y 26 de abril 1963 y Resolución de la Dirección General de los Registros de 10 de marzo de 1944".
[436] DE LA VÁLGOMA, M., "La titularidad en el ejercicio de la patria potestad", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense No. 62, Primavera 1982, p. 87.

correspondía al padre; y sólo en defecto de éste a la madre, es decir, la madre no contaba, por regla general la patria potestad era ostentada por el padre.

En el período comprendido entre 1898 y 1902 se produce la intervención militar norteamericana a la Isla, lo que incidió en las disposiciones de Familia, se dictaron por el Gobierno interventor de Estados Unidos varias órdenes militares que modificaron regulaciones sobre el matrimonio del Código Civil español.[437] Con posterioridad, en el período de la República, se dictaron normas que se relacionan con el ejercicio de la patria potestad tales como fueron la Ley de 19 de junio de 1916 sobre el alcance de la plena capacidad civil y la Ley de 18 de julio de 1917 conocida por Ley de parafernales. La Ley de 29 de julio de 1918 institucionalizó el divorcio vincular con disolución del vínculo jurídico entre los contrayentes, luego fueron dictadas sucesivas leyes de divorcio entre las que resultó trascendente el Decreto-Ley Nº. 206/1934, de 10 de mayo, que estableció en su sección cuarta, regulaciones sobre la guarda y patria potestad de los hijos para los procesos de divorcio[438] en la que se disponía la atribución de la patria potestad al padre y en su defecto a la madre[439]. "Al cónyuge culpable se le podían arrebatar los hijos, aunque tuvieran la necesidad vital de su calor materno, además de humillarlos se les podía dejar prácticamente huérfanos de madre"[440].

Sin declaración de culpabilidad para ninguno de los cónyuges, los hijos del matrimonio quedaban al abrigo y cuidado de la madre y la patria potestad al padre y una vez cumplidos los cinco años, dichos menores pasaban bajo la guarda y custodia del padre, aunque no se aplicó de forma general, pues existieron diversas interpretaciones jurisprudenciales que se hicieron más polémicas después de la Constitución de 1940 al quedar consagrada la igualdad absoluta entre los cónyuges[441].

La Constitución de 1940 tuvo especial significación, entre otros logros, reconoció la igualdad absoluta entre ambos cónyuges y abolió la clasificación sobre la naturaleza de la filiación. La Ley 9/1950, de 20 de diciembre, de equiparación civil de la mujer, complementaria de la Constitución de 1940, igualó los derechos y obligaciones del marido y la mujer, otorgó a ambos padres conjuntamente el ejercicio de la patria

---

[437] Para el estudio de estas y las restantes normas que incidieron en la evolución de la patria potestad en la legislación cubana, remitimos a los estudiantes a la parte general e introductoria del Derecho de Familia en Cuba.

[438] SÁNCHEZ ROCA, M., Leyes civiles y su jurisprudencia, vol. I, La Habana, 1951, Sentencia 231 de 4 de noviembre de 1943, p. 280, con aplicación de este Decreto-Ley 206/1934, deja sentada la jurisprudencia de la época que "habiendo consentido el padre que los hijos estuvieren al abrigo y protección de la madre, no era procedente para aquél volver contra sus propios actos, reclamando la restitución de sus derechos".

[439] CAMACHO, P., Comentarios del Decreto Ley 206 de 1934 sobre el divorcio, Ed. Cultural S. A., La Habana, 1934, p. 4.

[440] Cfr. VARONA, F., "Comentarios al Código de Familia", Revista Cubana de Derecho Nº. 19, La Habana, Cuba, 1984, p. 52.

[441] Sentencia de divorcio No. 24 de 1955 del Juzgado de primera instancia de Marianao, Jurisprudencia al día, La Habana, año 1955, p. 37, señala en su "CONSIDERANDO: que los dos motivos del recurso no pueden prosperar: el primero porque ninguno de los preceptos legales que se invocan como infringidos por la Sala sentenciadora, dispone que como consecuencia del divorcio la patria potestad se otorgue a ambos padres, a la vez, como pretende la recurrente; y el segundo, por que al amparo de la primera de las causas de infracción del artículo 1690 de la Ley de procedimiento civil, no pueden establecerse supuestos hechos, que la Sentencia recurrida no contempla, para deducir de ellos, y sin la debida demostración en el terreno de la prueba, al amparo de adecuado ordinal, que existen causas justificadas para que, en la oportunidad que se señala, continúen los hijos al abrigo de la madre y no del padre como la sentencia ahora dispone".

potestad y dio una nueva redacción al primer párrafo del artículo 154 del Código Civil[442].

Persistió hasta la promulgación del Código de Familia una discusión doctrinal respecto a la aplicación del artículo 154 del Código Civil, las regulaciones del Decreto-Ley 206/1934 y el artículo 43 de la Constitución de 1940, desarrollado por la Ley 9/1950[443].

La patria potestad estaba contenida en el Código Civil español y las legislaciones señaladas; las últimas de cierto carácter progresista, pero requeridas de perfección y precisión en sus postulados, todo lo que unido al cambio radical de la estructura social cubana con el establecimiento del Gobierno Socialista, condujo a la promulgación del Código de Familia mediante la Ley 1289/1975, de 14 de febrero, puesta en vigor en 8 de marzo de 1975; sus normas responden a principios y objetivos que para la familia se habían consagrado en la Constitución de 1940 y se habían desarrollado en la nueva Sociedad[444].

1.2Generalidades

Las relaciones paterno-filiales tienen contenido amplio de acuerdo con la doctrina cubana: abarcan el reconocimiento de los hijos y su inscripción, la presunción de filiación, la impugnación del reconocimiento, la patria potestad, su ejercicio, extinción y suspensión y la adopción.

Con respecto al ejercicio de la patria potestad aunque en todos los códigos modernos se acoge el sistema de la igualdad de ambos progenitores se aprecia una especial distinción de las regulaciones establecidas para resolver la situación jurídica de los hijos menores, según que los padres convivan o no, según que existan acuerdos entre ellos respecto al ejercicio de la patria potestad o que por el contrario los desacuerdos conlleven a la intervención judicial.

1.2.1 Fundamento

El carácter natural de la patria potestad fue reconocido desde las Partidas y fue la concepción generalizada sostenida por la doctrina española durante el siglo XIX. Ha sido proclamado este fundamento por la Iglesia[445] y admitido por la mayoría de los autores civilistas[446], como declaraba el Profesor SERRANO: "La patria potestad es una

[442] La Ley 9/1950 de 20 de diciembre, GOR de 28 de diciembre de 1950, La Habana, Cuba, 1950, no tuvo en cuenta que la Constitución no consideraba la distinción entre hijos legítimos y naturales sino de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, lo que debió ser advertido a los efectos de reformar la totalidad del citado artículo 154, cuyo párrafo segundo se refería a la patria potestad de los hijos naturales, adicionándose también el extremo relativo a quien ejerce aquella en los hijos adoptivos.

[443] Boletín del TSP, Ed. Ordinaria, año 1, Cuba, 1974, Sentencia 23 de 4 de marzo de 1974 declara que: "La Sentencia que confía al padre la guarda y cuidado de hijos varones mayores de cinco años de edad, sin que existan motivos para apartarse del régimen legal establecido en el inciso b) del artículo 24 del Decreto Ley 206 de 1934, no lo infringe, sin que revista la naturaleza de tal causa el hecho de que el mismo haya sido sancionado anteriormente por delitos leves".

[444] De interés resulta la promulgación de la Ley 16/1978, de 28 de junio, Código de la Niñez y la Juventud; el Decreto-ley 64/1982, de 30 de diciembre, sobre el Sistema de atención a menores con trastornos de conducta; el Decreto-ley 76/1984, de 20 de enero, que introduce modificaciones al Código de Familia sobre la adopción, los hogares de menores y las familias sustitutas.

[445] Doctrina Pontificia; véase León XIII: Sapientia e Christiane 54, Pio XI: Divine illus Magistri 45, JUAN PABLO II: Familiaris Consortio de 22-II-81, en Mundo Cristiano, enero 1982, p. 17.

[446] GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J. M., Elementos de Derecho civil y penal de España, Tomos I y II, duodécima edición, Madrid, 1987, p. 395; PUIG PEÑA, F., Tratado de Derecho civil español, Tomo II, Derecho de familia, vol II, "Paternidad y Filiación", Madrid, 1971, p. 198; sobre el

institución natural que no necesita del Derecho positivo para actuarse; aunque no hubiera Estado, habría patria potestad, porque el hijo viene al mundo necesitado de protección y porque, por impulsos naturales innegables, los padres se sienten obligados e inclinados a actuar, con esa potestad, al mismo tiempo tuitiva y de mando; de mando para mejor actuar la protección del hijo. Por eso el Estado que se encuentra con la patria potestad, la convierte en un poder jurídico, regulándola en sus preceptos"[447].

En la actualidad no es posible suponer que el único fundamento de la patria potestad se basa en el Derecho natural. Si bien es cierto que el fundamento de la patria potestad y del Derecho de Familia encuentra sustento en la naturaleza, en tanto los hijos menores de edad requieren de la protección de sus padres lo que ocurre por llamado natural, no es menos cierto que se precisa la intervención del Derecho fundamentalmente en las situaciones conflictivas por las que se justifica la institución dentro del ordenamiento jurídico para la defensa y protección de las relaciones paterno-filiales.

La legislación responde a la realidad social y en este sentido la concepción actual de la patria potestad ha revolucionado su concepción tradicional y en consecuencia su fundamento, se destaca como función social con especial interés público aun cuando tenga justificación en el ordenamiento privado[448].

En cualquier caso, el Estado regula la institución de la patria potestad y le da status jurídico, debiendo abstenerse de "menoscabarla o abolirla porque la autoridad paternal es anterior al Estado"[449].

"Superada la clásica configuración romana, como poder determinante de la sujeción al pater familias quien ejercía una suerte de derecho subjetivo de naturaleza casi pública sobre los hijos y descendientes, en la actualidad la patria potestad, institución en cuyo ámbito habitualmente se plantean las cuestiones en las que se resuelve sobre el interés del menor, se concibe específicamente en interés y beneficio del hijo"[450], así el fundamento de la patria potestad aunque tenga sustrato natural tiene hoy una fuerte inspiración social y pública configurada jurídicamente como función tuitiva para la asistencia y protección de los hijos.

---

fundamento natural de la patria potestad considera que es un derecho de los padres, sin que lo sea del Estado, ni del grupo familiar en sentido amplio.

[447] Cfr. SERRANO SERRANO, I., "Comentario de la sentencia de 18 de octubre de 1947", Anuario de Derecho Civil, 1948, p. 1117-1172.

[448] MENDIZÁBAL OSES, L., Derecho de menores. Teoría general. Ed. Pirámide Madrid, 1977, p. 175; DÍEZ-PICAZO, L., "Las relaciones paterno filiales. La patria potestad" en Sistema de Derecho civil, séptima edición, Ed. Técnos, Madrid, 1997, p. 288.

[449] Cfr. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., Tesis doctoral, ob cit., p. 12.

[450] Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., "El interés del menor en la mediación familiar", colaboración Revista SEPIN, septiembre 2003, p. 27, señala: "No obstante, en nuestra doctrina y también en nuestra jurisprudencia, con carácter general, el carácter tuitivo de la patria potestad aparece destacado incluso con anterioridad a la reforma del Derecho de Familia operada en 1981. Esta defensa del criterio de salvaguardar el interés del menor, consagrada en el contexto de la legislación de 1981, es puesta de relieve por reiterada jurisprudencia que aprecia en aquellas normas el mismo criterio de protección de los hijos consolidado posteriormente en el artículo 39 de la Constitución".

### 1.2.2 Concepto

Antes de intentar la formulación de un concepto de patria potestad interesa señalar la existencia de la polémica respecto a su expresión tradicional, que es utilizada por distintos ordenamientos jurídicos a pesar que no responde al actual contenido de la institución, pues se identifica con el poder conferido sólo al padre.

Según CASTÁN VÁZQUEZ, la reforma de la patria potestad en Francia ha modificado su alcance y contenido con la expresión "autorité parentale", que suprime la idea de poder y la exclusividad del padre al corresponder dicha autoridad al padre y a la madre mientras que los italianos utilizan el término potestad de los padres "della potestá dei genitori", subsistiendo el uso de la palabra potestad[451].

En España se ha puesto de relieve la disparidad existente entre la nomenclatura de la institución y su sentido moderno, se considera que la patria potestad es una función tanto del padre como de la madre en beneficio de los hijos, quedando abandonada la idea de poder exclusivo del padre sobre los hijos[452]. No faltan quienes estiman la inexistencia de razón justificada para suprimir el término tradicional[453].

En Latinoamérica también ha existido la preocupación por el uso del término patria potestad y por ejemplo, Bolivia utiliza en su Código de Familia la expresión "autoridad parental" con la finalidad de ajustar esta expresión a su sentido actual[454].

La Profesora MESA CASTILLO señala que en Cuba se mantuvo el nombre de patria potestad procedente del latín y del Derecho romano y no se cambió por otro más actualizado como deberes paterno-filiales o derechos y deberes de los padres y los hijos por razones fundamentalmente políticas ya que "La campaña que se desató contra la Revolución cubana al principio del triunfo revolucionario, en el sentido de que el socialismo es un sistema destructor de la familia, de las relaciones de amor y cuidado entre padres e hijos, etc., se centró entonces en la afirmación de que el Gobierno Revolucionario iba a suprimir la patria potestad de los hijos, los que iban a ser enviados a Rusia para convertirlos en hombres desnaturalizados y fanatizados. Esta campaña difamatoria costó un éxodo de cientos de niños, enviados por sus padres a los Estados Unidos,…(…), integrando muchos de ellos, ya adultos, las brigadas de los Maceítos y otras, exponentes del daño moral que habían sufrido por tal desgarramiento de la patria. Por todas estas razones políticas y morales, porque se utilizó el nombre de patria potestad para esa campaña, fue que los legisladores del Código de Familia decidieron mantener el nombre históricamente otorgado en la legislación cubana al conjunto de derechos y deberes de los padres para con los hijos"[455].

---

[451] CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., "La reforma de la patria potestad en el Derecho francés", en ADC, 1971, p. 974 y "Comentario al artículo 154" en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, M., Ed. Edersa, Madrid, 1982, p. 63.

[452] SÁNCHEZ ROMÁN, F., Estudios de Derecho civil, volumen II, Madrid, 1912, p. 1096.

[453] MANRESA Y NAVARRO, J. M., Comentarios al Código Civil, vol. II, 7ma edición. Ed. Reus, Madrid, 1951, p. 9, estiman difícil la sustitución del término tradicional; PUIG PEÑA, F., Tratado de Derecho civil español, Tomo II, Vol. I, RDP, Madrid, 1947, p. 146, considera la inexistencia de razón fundamental para suprimir el termino tradicional.

[454] LÓPEZ DEL CARRIL, J. J., El Código de Familia de Bolivia y el desarrollo científico-socio-jurídico, Ed. Revista de la Universidad de Buenos Aires, vol. IV, Argentina, 1980, p. 172.

[455] Cfr. MESA CASTILLO, O., Orientaciones para el estudio del Derecho de Familia, Ed. Félix Varela, La Habana, 1998, p. 114.

En Cuba se utiliza el término patria potestad en la norma que comprende la función principal de dirección y asistencia de los hijos menores acorde con los principios de la sociedad socialista según lo establece el texto de la Ley vigente (art. 85 CF).

Una vez determinada la filiación aparecen las relaciones entre padres e hijos. Estas relaciones paterno-filiales encuentran contenido jurídico mediante los artículos 82 al 87 del Código de Familia, relativos a la patria potestad. No ofrece la legislación cubana una definición de patria potestad, lo que es lógico, pues ajustar la Ley a definiciones conlleva a someterse a interminables discusiones teóricas sobre su procedencia de acuerdo a los intereses de la época y del lugar.

No son frecuentes las definiciones legislativas de la patria potestad pero son innumerables las emitidas por los autores. En la doctrina española aparecen diversos conceptos de patria potestad siempre impregnados de la función tuitiva que caracteriza dicha institución.

PUIG PEÑA estima que la patria potestad "es aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida reclamada por las necesidades de éstos"[456].

Por su parte CASTÁN VÁZQUEZ considera que es "el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole"[457].

La Sentencia de 25 de junio de 1994 del Tribunal Supremo español señala que según las orientaciones doctrinales más modernas y la tendencia de los ordenamientos contemporáneos, se "configura la patria potestad como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos"[458], a mi juicio completa esa definición el pronunciamiento de una anterior Sentencia de ese propio Tribunal al dejar sentado además que "la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo a su personalidad"[459].

El ilustre jurista cubano FRANCISCO VARONA señalaba que la patria potestad de acuerdo con nuestro derecho positivo "comprende un singular complejo de derechos y obligaciones; singular, porque en buena parte son derechos a cumplir obligaciones o derechos-deberes, como a veces se les denomina. O sea, que el derecho no tiene como contenido la protección de un interés del titular frente a una contraparte, sino la satisfacción del interés del titular precisamente en beneficio de la otra parte; no hay bilateralidad porque la prestación no se recíproca con una contraprestación sino que se hace en interés del destinatario; y ciertamente la voluntad del que la ejerce tiene cierto grado de coercitividad jurídica en casos extremos en que el menor se encuentre en estado de peligro, por regla general la práctica de tal potestad se funda en la

[456] Cfr. PUIG PEÑA, F., Tratado de Derecho Civil español, ob cit., p. 146.
[457] Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., "La patria potestad", ob cit., p. 9-10 y "Comentario al artículo 154", en Comentarios al Código Civil, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 547 y siguientes.
[458] STS de 25 de junio de 1994, CCJC, núm. 36, sep.-dic. 1994, p. 1177
[459] STS de 30 de abril de 1991, CCJC, núm. 26, abr.-may. 1991, p. 567.

autoridad del respeto y de la consideración filiales, como reconoce el artículo 84 del Código de Familia"[460].

Sin pretensiones de ofrecer una acabada definición, se puede considerar que la patria potestad es el conjunto de derechos-deberes ejercidos por el padre y la madre en función del beneficio de los hijos menores de edad, no emancipados, de acuerdo con la personalidad de éstos.

El expresado concepto no se corresponde con la concepción que de la patria potestad se establece en el Código de Familia cubano, no incluye en su regulación un elemento importante, y es que la patria potestad debe ser ejercida de acuerdo a la personalidad del hijo lo que hoy es una verdadera exigencia social en tanto el fundamento de la institución descansa en la función tuitiva de su ejercicio en interés del menor, "lo que implica la acomodación de la potestad paterna a las concretas circunstancias y necesidades del menor a fin que éste pueda cumplir con el pleno desarrollo de su personalidad, para lo cual requiere, salvo en situaciones de carácter excepcional, tanto de la figura del padre como de la madre"[461].

### 1.2.3 Contenido

En el contenido de la patria potestad se consideran dos aspectos esenciales: el personal y el patrimonial. La esfera personal comprende los deberes y facultades de los padres en relación con el cuidado y protección de la persona del hijo, mientras que en lo patrimonial se encuentran los actos de administración y disposición.

Algunos códigos regulan la institución de acuerdo con los efectos de la patria potestad sobre la persona de los hijos (esfera personal) y a los efectos sobre los bienes (esfera patrimonial). En nuestro Código no se realiza esa distinción nominalizada, se relacionan los derechos y deberes de los padres como una función unitaria del ejercicio de la patria potestad sin separar el aspecto personal del patrimonial, lo cual no niega su consideración teórica y doctrinal a efectos de estudio.

Existen distintos criterios sobre la distribución del contenido de la patria potestad alterando determinadas funciones de un aspecto al otro. Así, vemos que la representación de los hijos puede estar integrada en lo personal o en lo patrimonial; mientras se ha dicho que el deber de mantener a los mismos es una normal obligación de alimentos, lo que no es atinado, si consideramos que el deber de prestar alimentos a los hijos es función propia de la patria potestad derivada de la filiación[462].

Se observa por algún autor una división entre el deber de sustitución y el poder de representación entre los asuntos patrimoniales y no patrimoniales, considerando un doble aspecto: la función educativa y la sustitutiva, que incluye en la primera la formación intelectual, moral y física de los hijos, y en la segunda, la sustitución del hijo en el ejercicio de sus derechos debido a su minoridad que impone limitaciones a su capacidad jurídica[463].

---

[460] Cfr. VARONA, F., "Comentarios al…", ob cit., p. 57.
[461] Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., "El interés del menor…", ob cit., p. 28.
[462] Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., "Las relaciones….", ob cit., p. 292.
[463] CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., "Comentario al artículo 154", ob cit., p. 92, expone que "La función educativa es el lado interno de la patria potestad porque en esencia se desenvuelve en las relaciones entre padre e hijos, correspondiendo con los deberes de abstención de terceros, mientras que la función sustitutiva es el lado externo porque trata de las relaciones con los terceros".

El artículo 85 del Código de Familia establece este peculiar contenido que comprende los derechos y deberes de la patria potestad que en síntesis son los siguientes:

1) tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado[464];

2) atender la educación de sus hijos;

3) dirigir la formación de sus hijos para la vida social;

4) administrar y cuidar los bienes de sus hijos con la mayor diligencia[465];

5) representar a sus hijos en todos los actos y negocios jurídicos en que tengan interés.

Los tres primeros apartados forman parte del contenido personal de la patria potestad según la norma citada mientras los dos últimos apartados pueden clasificar en lo patrimonial aun cuando la representación pudiera considerarse en algunos casos dentro del ámbito personal. En cualquier caso debe tenerse en cuenta que la atribución de la representación legal de los hijos menores al titular de la patria potestad "no complementa en realidad la capacidad de obrar de aquéllos, sino que los sustituye con su actuación"[466], pero la autora MESA CASTILLO sí considera que los padres "no sólo suplen sino que en ocasiones complementan la capacidad de obrar del hijo menor como ocurre con la autorización paterna para la formalización del matrimonio"[467].

El Código de Familia faculta a los progenitores para disponer de los bienes de los hijos menores sometidos a la patria potestad: los pueden ceder, permutar o enajenar por causa justificada de utilidad o necesidad en interés de los mismos, previa autorización del Tribunal competente, con audiencia del Fiscal (art. 87 CF)[468]. El ejercicio conjunto de la patria potestad, según la Ley positiva, también faculta a ambos padres para reprender y corregir adecuada y moderadamente a los hijos (art. 86 CF).

En resumen, se puede afirmar que "los derechos-obligaciones previstos en el contenido de la patria potestad constituyen una serie que se estructura desde la base material hasta el plano ideológico y jurídico"[469]. Este criterio se aprecia de la simple lectura de la norma, en la que existe preponderancia del contenido personal sobre el patrimonial (art. 85 CF).

---

[464] Por ser precisamente el objeto de estudio de esta tesis la guarda y cuidado de los hijos menores sujetos a la patria potestad tras la crisis de la pareja de los progenitores no se destacan sus particularidades en este parágrafo, que se analizará detalladamente en otro capítulo.

[465] Vale aclarar que no existe en Cuba propiedad privada en la esfera de las relaciones personales y familiares sino propiedad personal, y en consecuencia la administración de los bienes de los menores está limitada a este tipo de propiedad aunque en la actualidad tiene carácter excepcional que algunos menores hayan adquirido bienes en concepto de propiedad privada al coexistir relaciones mercantiles capitalistas con las relaciones socialistas dadas por la inversión extranjera y el reconocimiento de la propiedad privada a este sector; por tanto es preponderante el contenido personal de la patria potestad en el Derecho positivo cubano.

[466] Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., en Sistema de Derecho Civil. vólumen IV, Derecho de Familia, Ed. Tecnos, séptima edición, Madrid, 1997, p. 290.

[467] Cfr. MESA CASTILLO, O., "El matrimonio del menor", Derecho de Familia, Módulo II, Cuarta parte, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1997.

[468] Del Código de Familia vigente en Cuba, el art. 87: "Los padres podrán, en interés de los hijos bajo su patria potestad, disponer de los bienes de los mismos, cederlos, permutarlos o enajenarlos por causa justificada de utilidad o necesidad, previa la autorización del tribunal competente, con audiencia del fiscal".

[469] Cfr. VARONA, F., "Comentario al…", ob cit., p. 58.

En los casos en que el progenitor ha sido suspendido del ejercicio de la patria potestad o ha sido privado de ella o el hijo se ha emancipado, puede existir una relación paterno-filial cuyo contenido no es exacto al de la patria potestad. "La mayor parte del contenido de la relación paterno filial, en cuanto relación jurídica, se encuentra embebido en el régimen de patria potestad, pero sería erróneo identificar el contenido de la relación paterno filial con el régimen jurídico de la patria potestad"[470].

En los señalados supuestos se continúa en el ejercicio de algunas de las funciones de la patria potestad cuando se trata de menores: cuidar de ellos, alimentarlos y mantener la comunicación entre progenitor e hijo. Estas relaciones tienen contenido jurídico, pues están previstas legalmente y pueden quedar fijadas en la disposición judicial. Se sabe que la obligación de alimentos no deriva de la patria potestad sino de la filiación, que es precisamente la que convierte ese deber paterno filial en una de las funciones comprendidas en la patria potestad.

El artículo 84 del Código de Familia establece como deberes de los hijos: respetar, considerar y ayudar a sus padres y, mientras estén bajo su patria potestad, obedecerlos, con lo cual se deja clara la distinción del deber paterno filial del deber comprendido en la patria potestad.

De acuerdo con el precepto indicado, es obligación recíproca de padres e hijos respetarse, considerarse y ayudarse, salvo conducta impropia de uno con respecto al otro que así lo impida, como puede ser la observancia de conducta viciosa, corruptora, delictiva o peligrosa que resulte incompatible con los deberes de esa relación[471].

### 1.2.4 Naturaleza jurídica

La evolución social ha conducido a la transformación de la patria potestad de un poder absoluto de carácter privado establecido en beneficio de los padres en una función tuitiva de carácter social y de orden público en beneficio de los menores con el control del ejercicio por parte de órganos y autoridades especiales respecto de la persona y bienes de los mismos.

La transformación de la patria potestad ha condicionado la modificación de su naturaleza jurídica en los ordenamientos actuales, pues ha pasado de ser un derecho absoluto del padre como se concebía en el derecho romano primitivo y en la redacción original del Código Civil español a configurarse como un conjunto de poderes dirigidos a cumplir determinados deberes y obligaciones que la ley impone a los progenitores.

Respecto a la naturaleza jurídica de la patria potestad existen diversos criterios en la doctrina[472]. Se ha afirmado que "estando estrechamente conexos en el instituto de la patria potestad, el interés del Estado y de la familia, es necesario que la misión encomendada al padre de familia asuma un carácter de importancia social, del que se

---

[470] Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., "Las relaciones paterno filiales: la patria potestad", en Sistema de Derecho Civil, ob cit., p. 287.

[471] VARONA, F., "Comentario al…", ob cit., p. 58.

[472] Cfr. FERNÁNDEZ CLÉRIGO, L., El Derecho de familia en la legislación comparada, Ed. Hispano americana, México, 1947, p. 279; considera la patria potestad una función tuitiva de carácter social y público. En igual sentido; CICU, A., La filiación, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1930, Capítulo I. Igualmente, CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., "Comentario….", ob cit., p. 72. Por otra parte existe la consideración que como "institución básica del orden social y familiar, la patria potestad es de orden público": DÍEZ-PICAZO, L., "Las relaciones...", ob cit., p. 288.

deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre la patria potestad"[473].

Al respecto, el Profesor GUERRA LÓPEZ señalaba: "…en la familia, hay algo que no es Derecho Civil. Derecho Civil siempre es Derecho Privado, siempre es protección de la autonomía individual, de la voluntad de los intereses individuales, del egoísmo, protegidos por la norma; y en la familia, hay algo que no es egoísmo, que no es autonomía individual, hay intereses colectivos, espíritu colectivo, así que allí hay algo social, algo de Derecho Público, hay que trascender de la esfera del Derecho Privado"[474].

Por otra parte LE RIVERAND BRUSONE, afirmaba: "hay una tercera solución, que a mi parecer es aceptable, ecléctica, que entiende que la familia sigue siendo una rama de Derecho Privado, pero en esta rama de Derecho Privado el Derecho Público está interviniendo cada vez con mayor fuerza; entonces, ésta intervención existe puramente en un terreno de política determinada y dice hasta qué punto debe intervenir en la familia"[475].

En el ámbito de la patria potestad su configuración se destaca como derecho-deber o derecho función; se aprecia como una facultad en función de protección y ayuda a los hijos menores de edad. Las legislaciones modernas siguen esta tendencia e imponen deberes a los padres como la obligación de ayudar el desenvolvimiento de la personalidad de sus hijos.

En su estudio de la jurisprudencia cubana y española anterior a 1959, el Profesor MENÉNDEZ cita como criterio judicial sobresaliente el que ilustra la Sentencia del Tribunal Supremo español de 3 de marzo de 1950, que considera la patria potestad como derecho-función bajo el siguiente fundamento: "Los menores han sido tradicionalmente objeto de una especial protección en el Derecho civil, amparándolos por medio de instituciones tuitivas, como la patria potestad y la tutela, preocupación también del legislador contemporáneo que ha modificado el derecho para los débiles, humanizándolo, beneficiándose el concepto de derecho subjetivo de esta innovación, siendo considerados los derechos como relaciones sinalagmáticas, especialmente en las relaciones del estado de familia, convirtiendo la patria potestad y la tutela en simples medios para el cumplimiento del deber, en derecho-deber y derecho-función"[476].

El conjunto de poderes concedidos por la ley al titular de la patria potestad no constituye un derecho subjetivo de éste, "porque el derecho subjetivo es de libre ejercicio y se da en interés de quien lo ostenta, mientras que aquellos son instrumentales, enderezados al interés de otro y estrechamente ligados con el cumplimiento de deberes de sus titulares"[477].

[473] Cfr. CASTRO GARCÍA, J., en Código civil, comentarios y jurisprudencia, décima edición, Ed. Colex, Madrid, 1999, p. 88.
[474] Cf: GUERRA LÓPEZ, J., Lecciones sobre Derecho de Familia, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones, Universidad de La Habana, 1954, p. 4.
[475] Cfr. LE RIVERAND BRUSONE, E., Lecciones de Derecho de Familia, Departamento de Publicaciones, Universidad de La Habana, 1954, p. 8.
[476] Cfr. MENÉNDEZ, E., Código Civil, concordado con la legislación cubana y anotado con la jurisprudencia cubana y española más sobresaliente, Ed. Selecta, La Habana, 1959, p. 230.
[477] Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., "Las relaciones….", ob cit., p. 288.

En nuestro espacio jurídico la patria potestad rebasa lo jurídico y trasciende a lo político pues mediante sus normas el Estado traza la formación de "un modelo ideológico de familia" acorde con el sistema socialista, que subordina los intereses patrimoniales al interés personal sustentado en la igualdad de todos sus miembros[478].

Los efectos de los actos jurídicos derivados del ejercicio de la patria potestad no se configuran únicamente por la voluntad familiar sino por las normas imperativas de las regulaciones jurídicas familiares informadas por el principio del beneficio de los hijos que demuestra su peculiar naturaleza de orden público.

Esas circunstancias propias y singulares del Derecho de Familia y en su caso de la patria potestad regulada en el Código de Familia cubano revelan su naturaleza jurídica basada en consideraciones ideológicas, políticas y éticas con las cuales se vinculan las relaciones personales y patrimoniales que en cualquier caso se intentan subordinar al interés y beneficio de los hijos.

1.2.5 Caracteres

De acuerdo con lo explicado y "como efecto directo de la filiación (por naturaleza o adoptiva) la patria potestad goza de su mismo carácter personalísimo y, consecuentemente, es irrenunciable, intransmisible e imprescriptible"[479].

La renuncia de la patria potestad se producirá siempre en perjuicio de tercero, que coincide en la persona del hijo al que perjudica que el padre se exonere de los deberes de la patria potestad[480].

El principio del interés del menor informa el ejercicio de la patria potestad cuya naturaleza de orden público con especial fundamento en el artículo 38 de la Constitución de la República de Cuba de 1976 que consagra la obligación de los padres de asistir a sus hijos en la defensa de sus legítimos intereses y en la realización de sus justas aspiraciones[481], impide la realización pactos privados al objeto de modificar las obligaciones inherentes a la patria potestad, por tanto, no es posible para los progenitores renunciar a ella dado el carácter imperativo e indisponible de la institución.

La obligatoriedad de la función de los padres en el ejercicio de la patria potestad no puede ser modificada ni renunciada por convenciones particulares entre los mismos, pues sería liberarse de los deberes que la patria potestad impone en perjuicio del hijo y de la sociedad, lo que fue reconocido por el criterio judicial cubano de mediados del siglo pasado al considerar que "su reglamentación escapa a la esfera de la voluntad de aquellos por pertenecer por entero a la potestad del Estado, sin que puedan prevalecer

---

478 Cfr. MESA CASTILLO, O., Modulo I, Derecho de Familia, Ed. Universidad de La Habana, 1992, pág. 25, en el sentido indicado afirma que "es precisamente la incidencia de aspectos ajenos a lo estrictamente jurídico lo primero que resalta en nuestro Derecho familiar. A través de él, el Estado, no sólo configura un modelo ideológico de familia, sino que hace descansar sus instituciones en los valores de la nueva moral ciudadana, desprovista de intereses meramente patrimoniales".

479 Cfr. CLEMENTE MEORO, "De las relaciones paterno filiales: la patria potestad", en Derecho de Familia, dirigido por LÓPEZ, A., MONTÉS, V., y ROCA, E., tercera edición, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 342.

480 Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., Estudios sobre la jurisprudencia civil, Tomo III, vol. 2, España 1976, p. 135.

481 De la Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, Gaceta Ordinaria Especial No. 2, de 24 de febrero de 1976, p. 3, art. 38: "Los padres tienen el deber de dar alimentos a sus hijos y asistirlos en la defensa de sus legítimos intereses y en la realización de sus justas aspiraciones, así como el de contribuir activamente a su educación (….)".

los pactos y convenios que, marido y mujer concierten, ya para renunciar, ya para conferir la patria potestad, ni cabe por supuesto hablar de derechos adquiridos sobre el ejercicio de esa facultad, pues ha de estarse en cada momento a lo que sobre el particular disponga la Ley"[482], fundamentos jurídicos que descansan en los caracteres propios de la institución que en la actualidad se consagran en la Constitución vigente[483].

La Constitución cubana establece como deber de los progenitores para con sus hijos las funciones propias de la patria potestad que desarrolla el artículo 85 del Código de Familia con expresa relación de los derechos deberes que comprende. A tenor de estas normas se respaldan los caracteres de la patria potestad, por esto el artículo 57 del Código de Familia reserva a los Tribunales de Justicia la facultad de deferir la patria potestad a favor del progenitor que a su juicio deba ejercerla, cuando así lo exija el interés de los hijos menores, con obligación de consignar las razones por las cuales priva de ella al otro, lo que significa que no podrá ser objeto de acuerdo la titularidad y ejercicio de la patria potestad que por mandato de la Ley es conjunto y deber de ambos padres por igual (art. 84 CF).

Por otra parte el Código Civil cubano tiene carácter supletorio, lo que impone formular algunas precisiones respecto a la interpretación y aplicación de su artículo 5 en cuanto establece la posibilidad de la renuncia de los derechos concedidos por las leyes a no ser que redunde en menoscabo del interés social o en perjuicio de tercero[484].

La señalada regulación presenta un doble aspecto a analizar de cara a la patria potestad; primero: no estamos ante un derecho subjetivo, pues no se da en interés de su titular, sino que constituye una función jurídica o potestad en beneficio del hijo, como ya se ha dicho; y segundo: la renuncia a la patria potestad constituye un acto contrario a los principios que rigen para la familia en la sociedad; en consecuencia, es irrenunciable su ejercicio y por tanto inaplicable el precepto citado. Y por último es inaplicable porque la patria potestad más que un derecho es un deber y los deberes son irrenunciables.

La patria potestad no puede cederse, es intransmisible, pero pueden los padres valerse de terceros para ejercer el derecho y el deber de educar y custodiar al hijo como ocurre con el internado del colegio o el cuidado a cargo de un familiar allegado.

El Tribunal Supremo Popular reconoce el carácter indisponible de la patria potestad y al respecto ha señalado que "…los padres, en primer orden, han de materializar el ejercicio de las obligaciones que el ostentar la patria potestad le imponen, dando pronta satisfacción a las demandas y necesidades del menor……ha de verse la patria potestad, como el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres en relación con los hijos, estando los primeros en ese sentido obligados a cuidar, proteger y educar a los segundos para que obtengan una perfecta educación, y un adecuado desarrollo físico, mental y espiritual"[485].

---

[482] Cfr. LAZCANO Y MAZÓN, A. M., Comentarios a la Ley…, ob cit., p. 230, al respecto cita la Sentencia No. 339 de primero de junio de 1951 de la Audiencia de La Habana.
[483] Vid up supra, artículo 38 de la Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976.
[484] Del Código Civil cubano, el artículo 6: "Los derechos concedidos por las leyes pueden ser renunciados a no ser que redunde en menoscabo del interés social o en perjuicio de tercero".
[485] STSP Nº. 83, 31 de diciembre de 2000. Expte Nº. 595/1999.

### 1.3 Confusiones terminológicas

En Cuba se podría cuestionar la falta de distinción de los términos titularidad y ejercicio de la patria potestad pues la ley establece titularidad y ejercicio conjunto por ambos padres aunque vivan separados y consecuentemente uno de ellos no conviva con el hijo menor de edad (arts. 82 y 83 CF)[486]. Respecto a esta regulación, cabe preguntarse, ¿cómo se puede ejercitar la patria potestad conjunta sin convivencia?

Se utiliza indistintamente deferir o atribuir la patria potestad o atribución del ejercicio de la patria potestad (apartado 2do del art. 57 y art. 93.2 CF) cuando la patria potestad y su ejercicio no se atribuyen, corresponden por ley a ambos progenitores (arts. 82 y 83 CF), y por consiguiente, lo ostentan el padre o la madre o ambos por efecto de la filiación.

El legislador cubano impone al Tribunal la obligación de establecer en la sentencia de divorcio como regla que ambos padres conservarán la patria potestad sobre sus hijos menores con facultad para atribuirla a uno sólo de ellos siempre que prive al otro de la patria potestad (art. 57 CF), contradictoriamente no concede facultad al Tribunal para suspender el ejercicio en este trámite[487].

La patria potestad se priva legalmente por una de las causales numeradas en el Código de Familia (art. 95 CF). El progenitor privado no tendrá titularidad ni ejercicio, lo cual no significa que se atribuya la patria potestad al otro progenitor, sino que en todo caso se le reconoce el ejercicio exclusivo de la patria potestad cuya titularidad ostenta.

#### 1.3.1 Criterio doctrinal

El Derecho cubano establece que los hijos menores de edad estarán bajo la patria potestad de sus padres (art. 82 de CF), en correspondencia a ambos se les reconoce el ejercicio conjunto (art. 83 CF).

De forma genérica se regulan cada una de las funciones conformadoras de la patria potestad que incluyen los derechos y deberes de los padres relacionados en el artículo 85 del Código de Familia. Del análisis de los subsiguientes preceptos dedicados a las relaciones paterno-filiales, se deduce que para el legislador cubano es indiferente distinguir entre titularidad y ejercicio, así la norma no establece diferencia efectiva entre esos términos.

No precisa en la Ley qué abarca el ejercicio, y bien puede estimarse que engloba la realización material de las atribuciones de la patria potestad. Se identifican titularidad y ejercicio debido a lo cual no se otorga importancia teórica o práctica al uso indistinto de estos términos.

---

[486] Del Código de Familia vigente en Cuba, "el art. 82: Los hijos menores de edad estarán bajo la patria potestad de sus padres. Art. 83: El ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, conjuntamente. Corresponderá a uno sólo de los padres, por fallecimiento del otro o porque se le haya suspendido o privado de su ejercicio".

[487] Del Código de Familia, el art. 57: El tribunal, en la sentencia de divorcio, hará pronunciamiento sobre la patria potestad, estableciéndose como regla que ambos padres la conservarán sobre sus hijos menores. No obstante, el tribunal podrá deferir la patria potestad a favor de aquel que a su juicio deba ejercerla, cuando así lo exija el interés de los hijos menores, consignando las razones por las cuales priva al otro".

El progenitor privado o suspendido de la patria potestad (art. 96 CF) queda privado o suspendido tanto de la titularidad como del ejercicio (2do párrafo, art. 57 CF), son idénticos los efectos previstos en una y otra situación jurídica, aunque pudiera interpretarse con mejor sistemática que la suspensión se contrae únicamente al ejercicio.

La afirmación respecto a la no distinción entre ejercicio y titularidad de la patria potestad se constata cuando el legislador cubano utiliza indistintamente esos términos al regular en el artículo 97 de la sección tercera dedicada a la extinción y suspensión de la patria potestad que: <<En las sentencias dictadas por los tribunales de lo civil, por las cuales se prive a ambos padres, o a uno de ellos, de la patria potestad, o se le suspenda su ejercicio, se proveerá, según proceda sobre la representación legal de los menores, su guarda y cuidado, la pensión alimenticia y régimen de comunicación entre padres e hijos>>. Aquí utiliza el término suspensión de ejercicio con el efecto de suspensión de la patria potestad de acuerdo con el título de la propia sección comentada.

Una breve referencia a la doctrina española, se estima necesario dejar delimitado el alcance de esos términos, que trasciende al orden práctico porque pueden provocar confusión en cuanto a su aplicación y posibles efectos, según ilustra VEGA SALA, que afirma: "Si concordamos los actuales artículos 86 y 156, del Código Civil, tendremos que llegar a la conclusión de que si los mencionados cónyuges separados de hecho desean pasar posteriormente a una separación legal y, en consecuencia, a unas medidas provisionales, no podrá decidirse en éstas sobre los hijos que cada uno tenía bajo su guarda y custodia porque sobre ellos, según lo dispuesto en el párrafo 5to del mencionado artículo 156 del Código Civil, sólo tiene la patria potestad aquel de los cónyuges que los tiene bajo su guarda y custodia y la medida 2da del artículo 103, sólo toma en consideración los hijos sujetos a la patria potestad de ambos"[488].

Sobre este tema la Profesora GARCÍA PASTOR explica que el artículo 156 del CC confunde los términos de patria potestad como titularidad y ejercicio por lo que "es difícil conceder excesiva trascendencia a la utilización de uno u otro término en otros artículos"[489]. Afirma que la confusión se manifiesta en primer lugar en el propio Código, que introduce la distinción entre ejercicio y titularidad de la patria potestad (art. 156 Código civil), y añade: "Pero más grave es la confusión en los supuestos en los que el Tribunal priva del ejercicio al progenitor que no convive con los hijos aplicando el artículo 170, artículo que en realidad se refiere a la privación de la patria potestad en su totalidad"[490].

Por su parte CARBAJO GONZÁLEZ al comentar la Sentencia de 26 de diciembre de 2002 del Tribunal Supremo considera que existe confusión que parece partir de un "incorrecto encuadre de los conceptos de titularidad y ejercicio de la patria potestad"[491] y agrega: "Los padres, por el simple hecho de serlo, son titulares de la patria potestad

---

[488] Cfr. VEGA SALA, F., Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España, Ed. Praxis, Barcelona, 1982, p. 220.
[489] Cfr. GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit., p. 159.
[490] Cfr. GARCÍA PASTOR, ibidem, p. 158-160, cita las Sentencias de la AP de Barcelona de 18 de julio de 1990, RJC 1991, de la AP de Vitoria de 5 de marzo de 1993, AC 1993-4, a.1584 y de la AP de León de 15 de septiembre de 1994, AC 1995-1, a. 309.
[491] Cfr. CARBAJO GONZÁLEZ, J., "Comentario a la Sentencia de 26 de diciembre de 2002", ob cit., p. 939-952.

compartida sobre sus hijos no emancipados o incapacitados (art. 154). (…). La titularidad compartida de la patria potestad lleva lógicamente al ejercicio conjunto de la misma, así lo indica el art. 156 CC, dado que la titularidad debe, precisamente, proporcionar a cada uno de los titulares la posibilidad de actuar los intereses de los hijos. Ese ejercicio conjunto no se va a dar cuando uno de los titulares se ausente, sea incapaz o no pueda desempeñarlo, o, como en el caso de autos, cuando los padres vivan separados"[492].

En la obra jurídica "Separación, divorcio y nulidad matrimonial", el Profesor MONTERO AROCA destaca que una cosa es la titularidad de la patria potestad y otra su ejercicio, distinción que "no siempre se ha comprendido rectamente. En algún caso simplemente ha faltado claridad, pues no acaba de entenderse si se priva o no al padre de la titularidad de la patria potestad. Pero en otros casos se trata claramente de confusión conceptual. Se dice así que no se priva a la madre de la patria potestad, pero sí que el ejercicio de la misma se concretará de modo exclusivo en el padre, ante la manifiesta incapacidad de la madre para la educación de sus hijos"[493].

Es necesario delimitar el alcance del ejercicio de la patria potestad, porque podría entenderse que el progenitor que lo ostenta es el que tiene las facultades y deberes, quedando el otro padre limitado únicamente a velar por los hijos y disfrutar de un determinado régimen de visitas. Esta situación limita apreciar con claridad el contenido concreto de la titularidad sin ejercicio, al quedar concentrada la capacidad de decisión sobre la vida del menor en el padre que tiene el ejercicio de la patria potestad y convive con él.

Sostiene GARCÍA CANTERO que "hay que distinguir entre la titularidad de la patria potestad y su ejercicio manifestado en la guarda, cuidado y educación de los menores", de forma que aunque del proceso no se derive motivo alguno para privar a los padres de su autoridad, es evidente que al no existir convivencia de los progenitores, "no hay más remedio que dividir el ejercicio de la patria potestad"[494].

### 1.3.2 Criterio judicial

Tanto en el auto de medidas provisionales dictado en el procedimiento de divorcio como en las sentencias definitivas, algunos Tribunales Municipales Populares cubanos al hacer los pronunciamientos relativos a la situación jurídica de los hijos, no distinguen entre titularidad y ejercicio de la patria potestad lo que da lugar a disponer en el fallo que se confiere la patria potestad a ambos padres cuando lo cierto es que es un derecho que les corresponde por ministerio de ley, en todo caso el pronunciamiento debe ajustarse a la exigencia del artículo 57 del Código de Familia, que obliga a establecer como regla que ambos padres conservarán la patria potestad sobre sus hijos menores[495].

---

[492] Cfr. CARBAJO GONZÁLEZ, J., "Comentario a la Sentencia de 26 de diciembre de 2002", RJ 2002/19756), Régimen de visitas no supeditable al cumplimiento de pensión alimenticia, CCJC, núm. 63, sep.-dic. 2003, p. 946.

[493] Cfr. MONTERO AROCA, J., Separación, divorcio y nulidad de matrimonio, coordinados por MONTERO AROCA, J., Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 996-997.

[494] Cfr. GARCÍA CANTERO, G., Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo II, segunda edición, Edersa, Madrid, 1982, p. 392.

[495] Del Código de Familia, art. 57: "El tribunal en la sentencia de divorcio, hará pronunciamiento sobre la patria potestad, estableciéndose como regla que ambos padres la conservarán sobre sus hijos menores. No obstante, el tribunal podrá deferir la patria potestad a favor de aquel que a su juicio deba

El legislador cubano reconoce la titularidad y el ejercicio de la patria potestad a favor de ambos progenitores por eso el pronunciamiento judicial que declara en el fallo la atribución de la patria potestad cuando los padres no conviven se excede porque ya los progenitores ostentan la patria potestad por efecto de la filiación, salvo que el Tribunal disponga la privación de la patria potestad o la suspensión de su ejercicio a uno de ellos o a ambos por incumplimiento de los deberes paterno-filiales. En todo caso, al Tribunal corresponde atribuir a uno de los progenitores, la guarda y cuidado como parte de las funciones del ejercicio de la patria potestad.

En las Sentencias de divorcio dictadas por las instancias municipales para determinar la situación jurídica de los hijos menores cuyos progenitores no conviven se observan pronunciamientos como los siguientes: "(...) La patria potestad se confiere a ambos padres"[496], "...Patria potestad para ambos padres"[497], "...ambos padres ejercerán la patria potestad"[498].

También se aprecia el uso indiscriminado de los términos ejercicio y titularidad de la patria potestad en pronunciamientos de Sentencias dictadas por los Tribunales Municipales Populares competentes en otros procesos tramitados para determinar la situación jurídica de los hijos cuyos progenitores no acceden al procedimiento de divorcio.

La falta de uniformidad de los pronunciamientos señalados sucede porque la legislación vigente utiliza los términos titularidad y ejercicio de la patria potestad sin precisar o hacer distinción entre éstos. De acuerdo con el citado artículo 85 del Código de Familia, se relacionan los derechos deberes de la patria potestad que comprende las funciones propias del ejercicio. En mi opinión no significa lo mismo titularidad que ejercicio de la patria potestad aunque se hayan regulado como si lo fueran por estimarse en nuestro contexto que se ejerce lo que se tiene, que es la titularidad.

El criterio judicial cubano descansa en las regulaciones vigentes que no establecen distinción de los términos analizados, en contraste, la legislación española prevé la posibilidad del ejercicio individual con titularidad conjunta de la patria potestad y por consiguiente tipifica la diferencia entre una y otra situación jurídica.

La confusión y el cuestionamiento que provoca el uso de los términos titularidad y ejercicio de la patria potestad presentan distintos inconvenientes.

El legislador cubano utiliza titularidad de la patria potestad y ejercicio de la patria potestad como términos iguales y esto hace difícil la tarea de precisar las facultades de los progenitores cuando no conviven. Con esa concepción cabe entender que tendrían

---

ejercerla, cuando así lo exija el interés de los hijos menores, consignando las razones por las cuales priva de ella al otro". Vip ut supra cita 88.

[496] Sentencias del TMP de la Habana Vieja: números 303 de 25 de mayo de 1998, expte 225/98; 332 de 29 de mayo de 1998, expte 628/98; 446 de 28 de julio de 1998, expte 629/98; 145 de 29 de marzo de 1999 del expte 389/99; 284 de 10 de junio de 1999, expte 422/99, 320 de 21 de junio de 1999 del expte 667/99; 363 de 14 de julio de 1999 del expte 775/99; 519 de 30 de septiembre de 1999 del expte 1129/99; 524 de 30 de septiembre de 1999 del expte 835/99 y la 602 de 22 de noviembre de 1999 del expte 1127/99.

[497] Sentencias del TMP de Centro Habana: números 877 de 29 de julio de 1996 del expte 995/96; 1020 de 12 de septiembre de 1996 del expte 1161/96; 840 de 16 de julio de 1996 del expte 908/96 y la 480 de 12 de agosto de 1998 del expte 1005/98: esta última sentencia no hace pronunciamientos sobre la patria potestad sólo dispone que la guarda y custodia será para la madre, régimen de comunicación y pensión alimenticia para el menor.

[498] STMP Nº. 153 de Plaza de la Revolución, expediente de divorcio 134/2003.

ambos la totalidad de las atribuciones propias de la patria potestad lo que no es posible en el supuesto de no convivencia porque se atribuye a uno sólo de ellos la guarda y cuidado de los hijos menores de edad como función del ejercicio.

Sucede que al no distinguir la legislación diferencia entre esos términos es imposible precisar el alcance de cada uno si de acuerdo con la ley el progenitor que convive con el hijo es cotitular y ejerce con el otro la patria potestad y por lo tanto actúa de conjunto con él en todos los actos relacionados con los intereses de sus hijos menores. Esto es un inconveniente porque queda a cargo del criterio judicial reconocer o no la validez de los actos realizados por uno sólo de los padres en virtud de ese ejercicio conjunto que en la realidad es imposible cuando los progenitores están en desacuerdo.

Por otra parte, la guarda y cuidado de los hijos menores concebida en el ordenamiento cubano como una de las funciones más activas de la esfera personal conlleva a que el guardador amplíe el marco del ejercicio de la patria potestad a pesar de que por Ley se reconoce conjunto a favor de ambos progenitores, por esa razón también es una necesidad precisar el alcance y contenido de la actuación del progenitor al que se le ha atribuido la guarda del hijo menor en nuestro sistema de ejercicio conjunto de la patria potestad.

Esta imprecisión de términos trasciende a las relaciones paterno-filiales cubanas en cuanto al poder que corresponde al ejercicio conjunto frente a la actuación que realiza el progenitor que ostenta la guarda y cuidado del hijo menor, ya que la actuación del guardador reduce de hecho la del otro ejerciente de la patria potestad aunque no exista fundamento legal para esa limitación.

Se suponía que la previsión ordenada del ejercicio conjunto iba a garantizar el nuevo sistema que reconoce la igualdad de ambos progenitores y evitaría que se redujera la participación del progenitor en la vida del hijo menor de edad con el que no convive pero la experiencia cubana demuestra que el ejercicio conjunto no es posible en todos los casos.

La falta de distinción legal de los términos titularidad de la patria potestad y ejercicio conjunto de la patria potestad en la legislación cubana repercute en la práctica jurídica cuando los progenitores no conviven y la guarda y cuidado de los hijos menores la ostenta uno de ellos lo que implica una verdadera reducción de tal ejercicio conjunto sin que la Ley precise las facultades que corresponden a cada uno de los progenitores en tales supuestos.

### 1.4 Identidad y distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad

El Código de Familia cubano no admite diferencia entre los hijos habidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos, además de reconocer la titularidad de la patria potestad a cargo de ambos padres con ejercicio conjunto. A partir de la señalada premisa, no se realiza distinción legal, ni judicial del alcance de los términos: titularidad de la patria potestad y ejercicio de la patria potestad, a pesar de sus evidentes diferencias, ya que el ejercicio engloba prácticamente todo el contenido de la patria potestad y el título queda como facultad para la recuperación del ejercicio suspendido por disposición judicial debido a los incumplimientos de los deberes paterno-filiales o por ausencia o incapacidad del progenitor.

Cuando los padres no conviven podría entenderse que el progenitor ejerciente concentraría en si todas las facultades y obligaciones de la patria potestad mientras el

otro progenitor titular vería reducido de contenido sus relaciones paterno-filiales, lo cual no sería lo más adecuado al interés de los hijos, pues esto supondría aceptar la renunciabilidad de la patria potestad aunque fuera indirectamente al quedar rotas las relaciones de convivencia[499].

También podría considerarse que el ejercicio a cargo de uno sólo de los cotitulares abarca en exclusiva el aspecto personal de la patria potestad mientras se mantiene el ejercicio conjunto en el aspecto patrimonial, lo que tampoco es aceptado por la doctrina, pues no resuelve el problema planteado porque esta posible solución perjudica el interés de los hijos[500].

Otra interpretación pudiera consistir en reducir el ejercicio separado de la titularidad, sólo en los actos cotidianos tanto personales como patrimoniales, y exigirse para los actos más importantes la actuación conjunta o la intervención judicial, solución favorable al menor que no encuentra respaldo legal[501].

Además, se podría interpretar que el ejercicio exclusivo comprende las funciones que integran las facultades y no los deberes que le son inherentes, que estarían a cargo también del cotitular no ejerciente. "La principal objeción a este respecto radica en la dificultad de separar, dentro del instituto de la patria potestad, facultades y deberes"[502].

La doctrina española coincide en afirmar que "los actos que tienen por objeto alterar la condición del sometido a la patria potestad –tales como la emancipación (arts. 34.3, 317 y 320 CC), la adopción (art. 173.2 CC), la dispensa de edad para el matrimonio (art. 48.2 CC) y la solicitud de incapacitación (art. 205 CC)- requieren la participación de ambos titulares, aunque el ejercicio corresponda a uno sólo de ellos, puesto que se trata de actos que afectan al contenido mismo de la titularidad de ésta modificándola"[503].

Al objeto de este estudio también resulta de interés precisar los derechos y deberes que comprende la guarda y cuidado ya que al ser una de las funciones del ejercicio de la

---

[499] RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Las relaciones paterno filiales, (título, ejercicio y contenido de la patria potestad, guarda y cuidados y régimen de visitas) como contenido del convenio regulador", en Convenios reguladores en las crisis del matrimonio, segunda edición, Madrid, 1989, p. 97; en cuanto a la titularidad separada del ejercicio, se habla de "patria potestad subsistente pero notablemente capitidisminuida", "descabezada y no ejercida directamente". En igual sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentarios a los artículos 154-161 del Código Civil", en Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, II, Madrid, 1984, p. 1044, estima que la mera titularidad de la patria potestad constituye un estado latente que implica fundamentalmente cargas (alimentos), y muy escasas facultades o competencias (esencialmente de control sobre el ejercicio de la potestad del otro progenitor). [500] Cfr. SEISDEDOS MUIÑO, A., La patria potestad dual, ob cit., p. 28.

[501] SEISDEDOS MUIÑO, A., La patria potestad dual, ibidem.

[502] SEISDEDOS MUIÑO, A., La patria potestad dual, ibidem.

[503] Cfr. SEISDEDOS MUIÑO, A., La patria potestad dual, ibidem, p. 29. En igual sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., en "Matrimonio y divorcio". Comentarios al nuevo título IV del Libro I del Código Civil, coordinados por LACRUZ BERDEJO, J. L., Madrid, 1982, p. 658; ROCA TRÍAS, E., "Comentarios a los artículos 90-101 del Código civil", en Comentarios a las reformas del derecho de familia, I, Madrid, 1984, p. 580-581; FLORENSA I. T., "La incapacitación del menor y legitimación para solicitarla", en La personalitat civil, Segones Jornades Juridiques de Lleida, Barcelona, 1984, p. 141 que afirma que "todos los actos (…) susceptibles de modificar una titularidad que sólo a ambos padres pertenece, sólo ambos pueden realizarlos. Sólo si existe consenso de todos los titulares podrá ser modificada…la patria potestad" y FUENTE NORIEGA, M., La patria compartida en el Código Civil español, Madrid, Montecorvo, 1986, p. 307-308.

patria potestad convivir con los hijos para protegerlos y cuidarlos, en los supuestos de crisis matrimonial, ese ejercicio se desdobla y puede uno sólo de los progenitores disfrutar la guarda y cuidado mientras el otro progenitor deja de ejercitar ese contenido.

Si tenemos en cuenta que con titularidad y ejercicio conjunto, por decisión judicial se atribuye la guarda y cuidado a uno sólo de los padres cuando no conviven, el ejercicio del no guardador pierde parte de su contenido en tanto el cuidado directo del menor es realizado por el guardador.

La titularidad faculta a desarrollar los contenidos de los derechos deberes de la patria potestad, correspondiendo a ambos progenitores aunque no vivan juntos, ya que la crisis de la pareja no debe afectar las relaciones paterno-filiales.

La guarda y cuidado puede confundirse con el ejercicio, en tanto, se vincula a la actuación requerida en el desarrollo de la convivencia con el hijo menor de edad estrechamente relacionada con otros aspectos de la esfera personal como la educación, la formación integral y el derecho de comunicación o visitas del hijo menor consideradas todas funciones de la patria potestad y consecuentemente elementos activos del ejercicio.

Nos interesa sobre todo delimitar qué actuación de los padres se corresponde con cada uno de estos términos legales con efecto directo en el interés del niño y en los actos jurídicos realizados con terceros.

### 1.4.1 Titularidad y ejercicio conjunto

Como explican DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS el ejercicio conjunto requiere coincidencia o unanimidad, lo cual es posible en una situación en que los padres conviven y existe entre ellos entendimiento mutuo por lo que las diferencias que pudieran surgir quedarían resueltas de forma ágil y amigable sin necesidad de intervención judicial[504].

La titularidad y el ejercicio conjunto es la regla general en los códigos actuales por ello la flexibilización que ofrece la legislación española a este sistema es para aquellos supuestos de desacuerdos y de separación de los padres incluida la imposibilidad, ausencia o incapacidad de uno de los ellos.

En el sistema cubano ambos progenitores son cotitulares y coerjecientes aunque estén en desacuerdo y no convivan, lo cual es matizado por la realidad porque no es absolutamente así. Los desacuerdos son resueltos por el Tribunal competente de forma puntual en cada caso pero siempre se mantiene legalmente el ejercicio conjunto salvo cuando ese pronunciamiento perjudica el interés del menor.

Al analizar la legislación cubana se puede apreciar que los desacuerdos entre los progenitores, estén o no separados, sólo pueden repercutir en el ejercicio de la guarda y cuidado, el conflicto ha de dirimirse por el Tribunal competente para resolver el fondo de la cuestión planteada, cualquier solución que se adopte no puede afectar la titularidad y el ejercicio conjunto por ambos padres, salvo incumplimiento grave de los deberes paterno-filiales.

[504] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de…, ob cit., p. 288.

Al reconocer la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad, el Código de Familia cubano admite que una vez determinada la filiación, se considere que ambos padres actuarán de conjunto (mancomunadamente) tanto en los asuntos de interés personal como en los de interés patrimonial del hijo menor de edad, sea para la realización de actos ordinarios o de mayor importancia.

Es omisa la legislación al no precisar las circunstancias para la validez de los actos realizados por uno sólo de los padres cuando existe titularidad y ejercicio conjunto. En tales casos, queda al arbitrio judicial el reconocimiento de la validez de estos actos si se hubieren impugnado.

El dictamen 48 aprobado por el Acuerdo 453 de 27 de diciembre de 1978 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, considera la igualdad de derechos y deberes de ambos padres para mantener bajo su protección y abrigo a los hijos habidos en matrimonio legal o en unión de matrimonial no formalizada[505].

Según el señalado criterio judicial, en estricto derecho, se necesita el consentimiento de los dos progenitores para la realización de todos y cada uno de los actos jurídicos relacionados con la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados, lo que en la realidad no siempre es posible, sobre todo en los actos de cotidiano ejercicio, independientemente de que los progenitores convivan o no.

Una muestra de la trascendencia del ejercicio conjunto cuando los progenitores no conviven se constata de la Sentencia del Tribunal Supremo Popular de 31 de marzo del 2003 que declara que cuando "(…) el padre pretenda llevar al menor consigo de paseo en barco o en avión, dada las características especiales de esos medios no usuales como transporte público, se cuente con la autorización de la madre a quien se le ha conferido su guarda y cuidado, sin que ello implique una limitación de la comunicación"[506].

La ley cubana ofrece tratamiento especial a la guarda y cuidado. Es una función de las comprendidas en el ejercicio la patria potestad e implica el cuidado directo del niño, pero se establecen regulaciones generales para el supuesto que los padres no vivieren juntos aunque prima el acuerdo que hayan adoptado respecto a la guarda y cuidado de los hijos menores (arts. 88 y siguientes CF).

Es evidente que en la situación jurídica de no convivencia de los padres la guarda y cuidado a favor de uno de los ellos reduce el ejercicio de la patria potestad del no guardador al quedar limitado al poder de decisión sobre el menor, la representación del mismo, la administración y disposición de sus bienes. La ley cubana admite los acuerdos de los padres respecto a la guarda y cuidado, lo que en la práctica amplia la actuación del guardador con el consentimiento del no guardador respecto a lo cual insistiré en los supuestos de actuación individual.

### 1.4.2 Titularidad sin ejercicio y ejercicio individual

La titularidad de la patria potestad sin ejercicio es una situación excepcional en el Derecho positivo cubano, por regla general se reconoce la titularidad de la patria potestad a ambos progenitores y el ejercicio conjunto conforme se analizó en el apartado anterior.

---

[505] Acuerdos e Instrucciones del TSP. Ed. Minjus, Cuba, 1987, p. 27.
[506] STSP de 31 de marzo de 2003, expte Nº. 150/2003.

La titularidad sin ejercicio se aplica cuando existe imposibilidad material de un progenitor para cumplir los derechos y las obligaciones que comprende la patria potestad, incumple los deberes previstos respecto a los hijos menores o existen intereses opuestos de uno de los padres con los de su hijo menor. En una de esas circunstancias puede disponerse la suspensión del ejercicio por resolución judicial.

Existen distintas opiniones sobre la procedencia o no del ejercicio conjunto cuando existe desacuerdo entre los progenitores. La legislación cubana como regla acoge el ejercicio conjunto mientras la legislación española admite el ejercicio individual por el progenitor con el cual convive el hijo menor de edad.

En la práctica la disposición judicial que suspende el ejercicio de la patria potestad equivale a la suspensión de la titularidad. Es cierto que el artículo 95 del Código de Familia se refiere a la suspensión del ejercicio en los supuestos de incumplimientos, pero este precepto tiene obligada relación con el artículo 96 que establece la obligación de dar alimentos a los hijos en los supuestos de suspensión o privación de la patria potestad con omisión del término ejercicio.

Como fundamento de la nueva concepción de la patria potestad, nuestra ley familiar mantiene la titularidad y el ejercicio conjunto por ambos progenitores, por tanto, la regla general impide ostentar la titularidad de la patria potestad sin ejercicio por estar implícita la una en la otra, según el criterio seguido por el legislador que no distingue entre uno y otro término. Como excepciones a la regla general de la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad, en mi opinión puede existir la titularidad sin ejercicio de un progenitor y ejercicio individual del otro en los supuestos siguientes:

a) imposibilidad material de ejercicio conjunto por causa de incapacidad o ausencia de los padres, declarada judicialmente (art. 94 CF);

b) incumplimiento de los deberes previstos respecto a los hijos menores, que puede conducir a la privación a ambos padres, o a uno de ellos, de la patria potestad, o suspenderlos en el ejercicio de ésta (art. 95 CF)[507],

c) y por la existencia de intereses encontrados de uno de los padres con los de su hijo menor, que aunque no se establece en el Código de Familia encuentra solución por aplicación supletoria en el art. 60 del Código Civil cubano, destinado a la representación en esa circunstancia[508].

El segundo de los supuestos señalados se refiere a las causas de privación de la patria potestad o de suspensión de su ejercicio respecto a lo cual sostengo el criterio que en el supuesto de suspensión no existiría titularidad conjunta sino individual porque el legislador considera iguales los términos titularidad y ejercicio conforme se analizó antes.

---

[507] Del Código de Familia, art. 95: "Los tribunales, atendiendo a las circunstancias del caso, podrán privar a ambos padres, o a uno de ellos, de la patria potestad, o suspenderlos en el ejercicio de ésta, en los casos de los artículos 93 y 94, o mediante sentencia dictada en proceso promovido a instancia del otro o del fiscal, cuando uno o ambos padres: 1) incumplan gravemente los deberes previstos en el artículo 85; 2) induzcan al hijo a ejecutar algún acto delictivo; 3) abandonen el territorio nacional y, por tanto, a sus hijos; 4) observen una conducta viciosa, corruptora, delictiva o peligrosa, que resulte incompatible con el debido ejercicio de la patria potestad; 5) cometan delito contra la persona del hijo".

[508] Del Código Civil cubano, el artículo 60: "Siempre que el representante legal tenga un interés opuesto a su representado, corresponde al fiscal la representación de este último".

El resto de los supuestos relacionados permiten excepcionalmente el ejercicio individual de la patria potestad con titularidad conjunta. Se puede ejercitar individualmente la patria potestad en casos de suspensión de su ejercicio respecto de uno de los progenitores, que la podrá recuperar al variar las circunstancias de hecho que determinaron su adopción (art. 97 CF), no así en caso de privación de la patria potestad, que una vez dispuesta no se podrá recuperar en ningún supuesto por esto su aplicación es restrictiva lo que se deduce de las sentencias del máximo órgano judicial al señalar que "el ejercicio de la facultad que a los tribunales le compete para privar a uno de los padres de la patria potestad, está requerida de que en él se observe una conducta incompatible con el debido ejercicio de la expresada institución"[509].

Como medida preventiva para el mejoramiento de las relaciones paterno-filiales, cuando ambos padres son cotitulares se sostiene el criterio judicial que se aprecia en la Sentencia número 802, de 11 de diciembre de 1995, que declara la suspensión del ejercicio de la patria potestad como "una forma de contribuir a la normalización" de esas relaciones por estimar que la privación solicitada no procede porque su aplicación tiene carácter excepcional y restrictivo[510].

La suspensión de la patria potestad en algunos supuestos no constituye propiamente una sanción civil sino un remedio para encauzar en lo posible la relación entre padres e hijos y se aplica en situaciones objetivas que aconsejan esta medida. Sí constituye sanción la sentencia civil o penal que condena a ambos progenitores o a uno de ellos a la suspensión del ejercicio o la privación de la patria potestad respecto a sus hijos menores de edad cuando se aplica por causas delictivas o culposas aunque resulta revocable únicamente en cuanto a la suspensión.

Contrario a otras consideraciones aparecen de hecho, supuestos de actuación individual con ejercicio y titularidad conjunta cuando queda conferida a uno sólo de los padres la guarda y cuidado, en tanto esta función comprende entre otros deberes: cuidar de la salud y aseo personal del niño, proporcionarle una habitación estable y una alimentación adecuada; darle la debida protección; velar por su buena conducta; además de la actuación para la realización de determinados actos que pueden ser considerados perfectamente válidos sin necesidad del consentimiento expreso del padre que no ostenta la guarda y cuidado.

Es necesario aclarar que la explicada circunstancia no justifica que atribuida la guarda y cuidado a uno de los progenitores por sentencia judicial también se pueda disponer el ejercicio individual con titularidad conjunta de la patria potestad porque esa disposición sería contraria a la Ley vigente.

### 1.4.3 Actuación individual

La actuación individual dentro de la regla general de titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad supone la existencia de requisitos para la validez de los actos jurídicos realizados por uno sólo de los cotitulares coejercientes.

El Código de Familia reconoce la validez de los acuerdos adoptados por los padres en cuanto a la guarda y cuidado lo que no se acepta en cuanto al ejercicio al ejercicio de la

[509] STSP de 30 de octubre del 2003, expte 754/2003. En igual sentido, STSP de 30 de octubre del 2003, expte Nº. 724/2003 y STSP de 30 de noviembre del 2003, expte Nº. 844/2003.
[510] Boletín del Tribunal Supremo Popular, La Habana, año 1995, p. 108.

patria potestad que por regla es conjunto y por tanto, no es posible modificarlo a voluntad de los progenitores.

Desde esa perspectiva es necesario analizar el papel que juega el consentimiento de los progenitores respecto a la actuación individual en función de la patria potestad. Este análisis en nuestro sistema estaría vinculado a la guarda y cuidado por ser conjunto el ejercicio de la patria potestad.

La regla general es el ejercicio conjunto, pero el Derecho español admite que podrá ejercerlo uno sólo de los progenitores con el consentimiento del otro (art. 156.1 CC).

Al no tener previsto el Código de Familia los requisitos necesarios para la validez de la actuación individual se acude supletoriamente a las normas del Código Civil cubano a efectos de legitimar los actos realizados por uno sólo de los progenitores con el consentimiento del otro (art. 49 y siguientes del Código Civil cubano sobre acto jurídico, forma e interpretación, condición, término y modo y la representación). Pero necesitan de una regulación específica en nuestro Código de Familia porque la validez de estos actos jurídicos no alcanza la especialidad necesaria para el tratamiento de los actos derivados de las relaciones paterno-filiales que requieren su realización con respaldo legal propio a los fines de garantizar la seguridad jurídica.

No obstante, de hecho la actuación individual sucede en el desarrollo de la guarda y cuidado cuando los padres no conviven porque actúa uno sólo con el consentimiento tácito del otro o cuando lo ha expresado de forma indubitada, que puede ser revocado en cualquier momento impidiéndose así la actuación individual en cuanto al poder de decisión en la esfera jurídica del hijo.

Existen otras situaciones en las cuales se admite la actuación individual de uno sólo de los padres; de hecho, son válidos los actos realizados en beneficio del menor cuando lo exijan las circunstancias, pero no se contempla en la Ley vigente, ni tampoco en el anteproyecto para la futura modificación del Código de Familia, lo que estimo necesario porque esta cuestión actualmente queda sometida a exclusiva valoración judicial.

Claro que en cualquier contexto los actos realizados sin el consentimiento del otro titular de la patria potestad pueden ser impugnados. El caso del niño Elián González, divulgado por la prensa internacional, es un ejemplo de actuación individual con ejercicio y titularidad conjunta. Como se sabe, el menor fue llevado por la madre, que ostentaba la guarda y cuidado, a un acto de emigración ilegal de Cuba hacia Estados Unidos, sin consentimiento expreso del progenitor. La madre carecía de legitimación para dicho acto, por lo que prosperó la reclamación del niño por el padre, acreditada la presunción de muerte de la progenitora.

Algunas de las soluciones previstas en otras legislaciones podrían resultar convenientes en nuestro contexto para la modificación de la Ley vigente para solucionar situaciones concretas que podrían resolverse con flexibilizar la norma mediante el reconocimiento de la actuación solidaria de los progenitores, puesto que no contradice la nueva concepción de la titularidad y ejercicio conjunto sino por el contrario la acerca más a su fundamento de función dual en beneficio e interés del menor.

La atribución del ejercicio de la patria potestad total o parcialmente a uno de los padres sin exceder del plazo de dos años o la distribución de sus funciones entre ambos

en determinadas circunstancias, así como la presunción de que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro respecto a terceros de buena fe, resultan soluciones jurídicas útiles que pudieran adaptarse al ordenamiento cubano.

Lo previsto para el incumplimiento reiterado de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad en Cuba es la suspensión del ejercicio o la privación de la titularidad. Están legitimados para emprender esta acción, el padre afectado y el fiscal; no lo están los familiares allegados que pueden poner los hechos en conocimiento del fiscal para su valoración y posible acción judicial[511].

La previsión en la Ley de un abanico de supuestos válidos para el ejercicio y actuación individual de la patria potestad permitiría contar con posibles remedios para obligar a los padres al cumplimiento de los deberes de asistencia y dirección de sus hijos menores, que es en definitiva el interés superior tutelado y daría flexibilidad a la regla general del ejercicio conjunto.

### 1.4.4 Titularidad individual

La titularidad individual de la patria potestad sin duda es la excepción al principio general de la titularidad conjunta y se aprecia en supuestos que reconoce la Ley.

Con titularidad individual es suficiente el consentimiento de uno sólo de los progenitores para tomar las decisiones requeridas respecto a la asistencia y dirección del hijo menor no emancipado.

La titularidad individual es ostentada por extinción o por privación de la patria potestad e incluye aquellos casos en que no existe filiación determinada. En algunos ordenamientos se disponen los requisitos para la exclusión de la patria potestad, que no es asimilable a ningún supuesto en el Derecho cubano.

También la adopción de los menores realizada por una sola persona reserva a ésta la titularidad individual de la patria potestad. La Ley cubana considera la adopción plena con extinción de los vínculos jurídicos paterno-filiales y de parentesco que hayan existido entre el adoptado y sus padres y los parientes consanguíneos de éstos últimos, sin ninguna excepción (art. 99 CF).

Los actos realizados en la esfera jurídica del hijo menor sólo por el progenitor que es el titular gozan de validez y eficacia, puesto que es el único facultado para ejercer la patria potestad[512].

De acuerdo con el ordenamiento cubano es posible la titularidad individual de la patria potestad:

a) cuando sólo se ha determinado la filiación respecto a uno de los padres;

b) cuando ha fallecido uno de los padres (art. 83 CF);

c) cuando se ha deferido o privado la patria potestad a uno de ellos en proceso de divorcio, nulidad de matrimonio, por escritura notarial o por sentencia civil o penal (arts. 93, 94 y 95 CF), y,

d) cuando ocurre la adopción por una sola persona (art. 99 CF).

[511] STSP No. 4 de 10 de febrero de 1980, Boletín del TSP, La Habana, 1980; declara la "falta de legitimación de la abuela para privar de la patria potestad al padre del menor".
[512] CLEMENTE MEORO, M., "De las relaciones paterno…", ob cit., p. 342.

El tercer supuesto referido a la privación de la patria potestad se prevé por las causas siguientes:

"1) grave incumplimiento de los deberes de la patria potestad previstos en el artículo 85 del Código de Familia;

2) inducir al hijo a ejecutar un acto delictivo;

3) abandonar el territorio nacional y por tanto al hijo;

4) observar conducta impropia incompatible con el ejercicio de la patria potestad;

5) y cometer delito contra la persona del hijo"[513].

Estas causas de suspensión del ejercicio y de privación de la patria potestad se aplican con carácter restrictivo, al extremo siguiente:

Se solicita la privación de la patria potestad por desatención del padre desde el primer año de vida de la menor hasta que cursaba el cuarto grado de escolaridad a cuyo efecto la Sentencia de 31 de diciembre del 2003 del Tribunal Supremo Popular expone que en el único Considerando de la resolución recurrida se declara el rechazo de la demanda "por la trascendencia que para padre e hija tiene la de privar al primero de la patria potestad, para lo cual se tuvo en cuenta que el alejamiento entre ambos estuvo dado por la problemática que luego de la separación definitiva entre los padres se produjo entre el progenitor y su excuñado"[514].

En ese mismo sentido se dicta la Sentencia de 30 de noviembre del 2003 del Tribunal Supremo Popular que ratifica la sentencia interpelada sobre la base que la recurrente "no acreditó la salida definitiva del país del demandado padre de sus hijos, y por otra no justificó con argumentos sólidos y pruebas fehacientes que condujeran inequívocamente a la convicción de que se ha desentendido de sus deberes para con sus hijos"[515].

En presencia de cualquiera de las causas señaladas, una vez obtenida la privación judicial de la patria potestad, sólo se requiere el consentimiento del progenitor que ostenta la titularidad para la plena validez de los actos jurídicos realizados por éste en beneficio de su hijo[516].

No se contempla la exclusión de la patria potestad a que se refiere el artículo 111 del Código Civil español. La exclusión de la patria potestad al progenitor cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición o cuando haya sido condenado por sentencia penal firme a causa de las relaciones a que obedezca la generación, resultan consideraciones dignas de tenerse en cuenta para las futuras modificaciones al Código de Familia.

El primer supuesto del artículo 111 del Código Civil español no tiene correspondencia en el ordenamiento cubano actual. En cuanto a la exclusión de la patria potestad por delitos del progenitor en la persona de su hijo se considera una causa de privación (no

[513] Se propone la modificación de las causas de suspensión del ejercicio y privación de la patria potestad del art. 95 del Código de Familia según el anteproyecto de modificación de 27 de junio del 2003.
[514] STSP de 31 de diciembre del 2003, recaída al expte Nº. 857/2003.
[515] STSP de 30 de noviembre del 2003, expte Nº. 844/2003.
[516] STSP de 31 de diciembre del 2003, expte Nº. 939/2003, esta sentencia priva al padre de la patria potestad por abandono del país y desatención a su menor hija, fundamentado en el supuesto que contempla el apartado tres del artículo 95 del Código de Familia.

exclusión), en este supuesto no es posible la recuperación de la patria potestad dada esa circunstancia.

Tampoco existe el reconocimiento de la patria potestad sobre los hijos mayores incapacitados mediante prórroga o rehabilitación según sea el caso, se da solución a estos supuestos mediante la figura de la tutela judicial con previa declaración de incapacidad del hijo y con la intervención del fiscal en trámites de jurisdicción voluntaria.

El Tribunal de lo civil que priva de la patria potestad provee según proceda sobre representación legal de los menores, su guarda y cuidado, pensión alimenticia y régimen de comunicación con los hijos. Existe la tendencia a considerar que la madre o el padre privado de la patria potestad no tengan comunicación con el hijo según la gravedad de la causa que la haya originado.

El anteproyecto de Ley para la modificación del Código de Familia propone que el efecto de la privación sea la pérdida definitiva de todos los derechos y atribuciones inherentes a ella, incluye la pérdida de la comunicación con los hijos en cualquier situación lo que a mi criterio limita las facultades del Tribunal para la individualización de cada caso sometido a juicio. Considero que podría quedar al arbitrio judicial decidir lo más conveniente para el menor según los hechos juzgados. La nueva propuesta sobre las causas de privación de la patria potestad no exime a los padres de la obligación de dar alimentos, tal como se contempla en la actualidad.

Como se puede apreciar existe una diferencia sustancial en cuanto a la privación de la patria potestad entre ambos ordenamientos analizados. En Cuba es irrevocable esta medida porque subsiste en su aplicación la idea de condena al progenitor incumplidor aunque también sea una medida de protección al niño, pero no es posible a un progenitor privado de la patria potestad recuperar la misma en ningun momento.

Con MIRALLES GONZÁLEZ consideramos que la nueva concepción de la patria potestad supone no tan sólo el ejercicio de una función, sino básicamente el buen ejercicio de los deberes inherentes a la misma porque aun cuando los casos de privación de patria potestad son variados, en líneas generales "marcan un nuevo hilo conductor: La privación de la patria potestad no debe suponer un castigo, una pena. Se debe tratar simplemente de valorar si los deberes impuestos por la norma son o no son cumplidos adecuadamente. No debe entrarse en otro tipo de valoraciones como la existencia o inexistencia de culpabilidad por parte del infractor. El resultado debiera ser el compromiso de que el progenitor que no cuida adecuadamente a sus hijos, que no vela por ellos, que no los alimenta, que no cuida y potencia su educación y su formación íntegra, debería ser privado de ese derecho, (…) en ocasiones se produce la sensación de que en los argumentos utilizados por las decisiones judiciales subsiste una especie de idea trampa. Parece como si todavía no se hubiera acabado de separar la concepción antigua de poder o derecho que se ejerce sobre los tutelados o protegidos, de la tendencia actual que está basada en la idea clave de protección integral e interés del hijo (…). Si la privación no se planteara sólo como un castigo (que hay casos que evidentemente lo merecen), sino como simple beneficio para el menor, como sistema

integral a través del cual posibilitar su cuidado y protección, sin duda quedarían los niños en mejor situación"[517].

Según SEISDEDOS MUIÑO es indudable el carácter sancionador que la privación de la patria potestad reviste en el Derecho español pero es importante determinar la naturaleza de las causas que la motivan, desde el punto de vista del interés del menor porque ello obedece siempre, "incluso cuando la misma se adopta en un proceso penal o matrimonial, a un incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad, a una conducta especialmente inadecuada e irresponsable de los padres"[518].

La medida de privación de la patria potestad en España puede tener carácter temporal (art. 170 CC), puede acordarse en el futuro la recuperación de dicho derecho cuando las razones que motivaron la pérdida hayan desaparecido y esto permite afirmar que no se trata de una sanción en el sentido de pena lo que no parece posible considerar en el Derecho cubano de acuerdo con la norma positiva y las tendencias actuales para su modificación.[519] También por esto la aplicación de esa medida tiene carácter extremo y se impone a casos de una dejación absoluta de los más elementales deberes de la patria potestad, lo que puede ser excesivo y perjudicar el principio del interés del menor.

Por otra parte el Decreto-Ley del divorcio notarial en Cuba autoriza deferir la patria potestad por escritura notarial de divorcio, lo que es un contrasentido porque esto supone trasmitir los derechos deberes propios de las funciones paterno-filiales, que conforme se deduce del Código de Familia, no pueden ser cedidas, ni renunciadas por convención alguna de sus titulares.

Se observa que en Cuba sólo existe titularidad individual de la patria potestad por causas excepcionales establecidas numerus clausus en la Ley que dan lugar a la privación de la patria potestad con carácter permanente aunque sostengo que según el tratamiento indistinto que da el legislador cubano a la titularidad y ejercicio de la patria potestad puede sostenerse el criterio de que la suspensión del ejercicio también suspende la titularidad y en consecuencia el otro progenitor mantendrá la titularidad individual también en esa circunstancia.

1.5 Virtualidad jurídica del ejercicio conjunto

Lo que interesa indagar en cuanto a distinguir titularidad de ejercicio de la patria potestad es qué contenido concreto puede tener la titularidad separada del ejercicio, ya

---

[517] Cfr. MIRALLES GONZÁLEZ, I., "Comentario de la Sentencia de 24 de abril de 2000. (Privación a los padres de la patria potestad. Constitución de la tutela a favor de los abuelos. Falta de atención en el cuidado…), CCJC, núm. 54, oct.-dic. 2000, p. 1205-1212.

[518] Cfr. SEISDEDOS MUIÑO, A., "Comentario a la Sentencia de 30 de abril de 1991", CCJC, núm. 26, abr.-may. 1991, p. 574-575.

[519] STS de 24 de abril de 2000, CCJC núm. 54, oct.-dic. 2000, p. 1205-1206, declara que: "Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de sus intereses. Por ello, la propia Convención, en su artículo 9.1 después de establecer que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior de niño".

que esto se puede disponer por el juez respecto a hijos menores de padres que no conviven.

En alguna medida hemos intentado analizar en qué consiste el contenido de estos términos que a veces son considerados como situaciones de hecho y a veces como poderes jurídicos y que también interesa al Derecho cubano a fin de diferenciarlo del contenido y alcance de la guarda y cuidado, pues el progenitor a cargo del cual se fija la guarda y cuidado concentra en sí mismo la mayoría de las funciones que corresponden al ejercicio de la patria potestad identificada en nuestro sistema con titularidad, según he comentado antes (arts. 82, 83 y 85 Código de Familia).

La autora ECHARTE FELIÚ considera el ejercicio conjunto de la patria potestad una posible solución para mejorar las relaciones familiares cuando afirma: "Pienso, (...) que un ejercicio compartido (en vez del ejercicio atribuido al que convive con el menor, la madre en la inmensa mayoría de los supuestos), establecido de forma más participativa para ambos cónyuges sería más beneficioso para todos los miembros de la familia. Por otra parte, se terminaría con la situación actual en la que uno de los esposos corresponde el ejercicio completo de la patria potestad (v. arts. 92.4 y 156.5 del CC.), mientras que el otro es un mero visitante de fin de semana, ostentando una posición jurídica con un contenido bastante mermado"[520]. Esta posibilidad en el Derecho español sería factible si hay separación o divorcio por convenio pero sería un ejercicio virtual si se impusiera en un proceso contencioso conforme sucede en Cuba.

A pesar de los inconvenientes que presenta el ejercicio conjunto de la patria potestad cuando los padres viven separados, considero que es la mejor solución por resultar más favorable para la protección de las relaciones paterno-filiales, legalmente se reconoce la participación del no guardador en la vida de su hijo menor aunque a veces se torne imposible la actuación de conjunto, sobre todo cuando se presentan situaciones de alta conflictividad entre los progenitores para las cuales sería necesario disponer de soluciones flexibles a esa regla general.

Aunque jurídicamente el ejercicio de la patria potestad es conjunto, en la realidad cubana, el progenitor que convive con el hijo menor de hecho actúa de forma individual al englobar su actuación el contenido más importante de la patria potestad al realizar con preferencia las funciones que comprende la esfera personal como son la guarda y cuidado, la educación, la formación integral del hijo, además de convertirse en el facilitador o no del régimen de comunicación.

El guardador siempre requerirá el consentimiento del otro progenitor para la realización de aquellos actos respecto a los cuales se exige por ley la intervención de ambos cotitulares de la patria potestad, tal como ocurre con la autorización de los padres para la formalización del matrimonio de los hijos menores a determinadas edades.

### 1.5.1 Ejercicio solidario

En rigor, todas las decisiones concernientes a los hijos no emancipados deben ser tomadas de común acuerdo por ambos progenitores o por uno de ellos con el consentimiento del otro. El Código Civil español contempla una serie de excepciones a esta regla general que admiten diversos supuestos en que es suficiente el

[520] Cfr. ECHARTE FELIÚ, A. M., Patria potestad…, ob cit., p. 168.

consentimiento de uno sólo de los padres para decidir respecto a los intereses del hijo menor no emancipado.

De acuerdo con estas regulaciones es reconocida la tesis de la solidaridad en el ejercicio de la patria potestad, pues se ajusta al sentido funcional de la institución al permitir que algunas cuestiones menos relevantes se resuelvan por uno sólo de los padres excepto aquellas que exigen la actuación conjunta de los mismos.

Reconocidos juristas españoles han expuesto sus consideraciones para respaldar la tesis del ejercicio solidario de la patria potestad. Así, el Profesor SANCHO REBULLIDA estima que el sistema establecido es el de la patria potestad dual "que presenta como un intento de equilibrio entre la rigidez e incomodidad de la patria potestad conjunta (necesaria actuación de ambos progenitores en todo y para todo), y la discriminación que supone la patria potestad subsidiaria de la madre… hasta ahora vigente. Puede describirse como titularidad conjunta y ejercicio solidario: artículos 154 y 156, respectivamente"[521].

Siguiendo a SEISDEDOS MUIÑO, "ejercicio solidario, no puede confundirse con ejercicio indistinto, puesto que la solidaridad requiere la atribución conjunta del ejercicio a ambos progenitores, si bien permitiéndose como regla general, en aras de la flexibilidad, que uno de ellos actúe por los dos, con base en el consentimiento del otro o en la concurrencia de determinadas circunstancias, pero siempre sobre ese fondo de conjunta atribución del ejercicio; precisamente porque ambos padres son coejercientes, necesita cada uno el consentimiento del otro para realizar por sí sólo actos no usuales ni urgentes, (...). Consecuentemente la alternativa no se plantea entre ejercicio conjunto y ejercicio solidario, sino entre ejercicio indistinto (…) y ejercicio conjunto; y, dentro de este último, entre ejercicio conjunto en sentido estricto o mancomunado (necesaria concurrencia de ambos progenitores en todas las actuaciones relativas a la patria potestad); así, ya hemos visto que CASTÁN VÁZQUEZ proponía, como alternativa a la expresión solidariamente recogida en su ponencia de 1978, la de conjunta y solidariamente que es, en mi opinión, la más acertada y clarificadora"[522].

Sobre estas afirmaciones vale hacer una precisión y es que el uso de los términos de solidaridad y mancomunidad aplicados al ejercicio de la patria potestad no tiene igual sentido que para las obligaciones. El concepto de solidaridad en sede de obligaciones no es, al menos enteramente, aplicable al ejercicio de la patria potestad, pues son situaciones distintas, que la única similitud posible entre que concurran varios sujetos en una obligación, y ambos padres en el ejercicio de la patria potestad del hijo común, es solamente que cada uno de ellos pueda obrar por sí solo.

No constan legalmente tratadas, excepciones al ejercicio conjunto de la patria potestad en Cuba, ni siquiera se concibe esa flexibilidad para actos ordinarios o urgentes, lo que constituye una omisión, como ya apunté al referirme a la virtualidad jurídica del ejercicio conjunto porque de hecho ocurre la actuación individual del guardador motivado por la convivencia constante con el hijo.

---

[521] Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., en Derecho de familia conforme las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, p. 727.
[522] Cfr. SEISDEDOS MUIÑO, A., La patria potestad dual, ob cit., p. 35.

### 1.5.2 Ejercicio mancomunado

Existen otras autores que consideran que es mancomunado el ejercicio de la patria potestad. Según DÍEZ-PICAZO, del artículo 156 del CC se desprende "con las excepciones y salvedades que más adelante trataremos de ver, que la regla del ejercicio conjunto se traduce en un ejercicio mancomunado"[523]. Este autor estima que es una actuación conjunta la realizada por un progenitor con el consentimiento del otro.

Por su parte, DE PRADA plantea que "no es cierto que el Código establezca, ni puede deducirse del primer párrafo del artículo 156, que el ejercicio de la patria potestad sea solidario. Una cosa es tener la posibilidad cada cónyuge de realizar determinados actos, ordinarios o urgentes, y otra transformar en solidaria una actuación que el propio Código atribuye claramente de forma conjunta"[524].

FUENTE NORIEGA se afilia al sistema mixto, "en el que la mancomunidad es la regla y la solidaridad la excepción, en un ámbito de actuaciones determinadas", puntualmente los actos usuales y urgentes[525].

Si se analizan los comentados criterios a la luz de la norma positiva cubana, no existe duda, que la regla general es el ejercicio mancomunado, pero sin excepción alguna para flexibilizar esta actuación a dúo, corresponde a ambos padres la adopción de todas las decisiones relevantes o no, concernientes a la vida de los hijos menores no emancipados, aunque en realidad no es así cuando los progenitores están en desacuerdo.

La Ley de Familia cubana establece que los hijos menores de edad estarán bajo la patria potestad de sus padres (art. 82 CF), además, que el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos conjuntamente y a uno sólo de ellos, por fallecimiento del otro o porque se le haya suspendido o privado de su ejercicio (art. 83 CF). Del literal de estos preceptos no cabe sino entender que el ejercicio en este sistema es mancomunado salvo las señaladas excepciones.

En la práctica jurídica se admite la validez de los actos realizados por un padre en interés del hijo menor no emancipado cuando consta autorizado dicho acto expresamente por el otro progenitor lo que ratifica el ejercicio conjunto. Con amparo en la legislación civil, se admite el otorgamiento de escrituras notariales mediante las que uno de los padres hace constar su consentimiento para determinados actos, como puede ser para la formalización del matrimonio o la salida de un hijo menor al exterior del país. El consentimiento podrá ser expresado de esta forma para un acto concreto.

El ejercicio conjunto que se dispone en la ley presupone el ejercicio mancomunado de los progenitores pero lo cierto es que en ocasiones el padre no guardador se desentiende de sus hijos quedando ampliada de facto la actuación del guardador sin respaldo legal alguno.

Tanto la titularidad como el ejercicio conjunto de la patria potestad viene dispuesto en el Código de Familia cubano como regla general y consecuentemente no pueden ser modificado el ejercicio mancomunado por el juego de la autonomía de la voluntad. La

---

[523] Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., "Notas sobre la reforma del Código en materia de patria potestad", ADC enero-marzo, 1982, Fascículo I, p. 11.

[524] Cfr. DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., "La patria potestad tras…..", ob cit., p. 322.

[525] Cfr. FUENTE NORIEGA, M., La patria potestad compartida en el código civil español, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 207.

rigidez de esta norma implica la ausencia de solución legal para la actuación de uno de los progenitores sin la oposición del otro en el ejercicio de la patria potestad, sin embargo, esto ocurre cotidianamente de manera metajurídica en actos trascendentes o no.

Como se analizó antes, la actuación individual sólo es legalmente posible por el consentimiento expreso del otro progenitor o por la suspensión del ejercicio de la patria potestad a uno de ellos que se puede imponer como sanción civil o penal o por declaración judicial dada la imposibilidad material del ejercicio.

Luego de realizado este análisis al objeto de calificar de solidario o mancomunado el ejercicio de la patria potestad conforme a las regulaciones comentadas resulta incuestionable la necesidad de considerar en la Ley cubana la importancia del consentimiento tácito para flexibilizar el ejercicio conjunto de la patria potestad y con esto también reconocer la actuación de uno de los progenitores para los actos ordinarios y de urgente necesidad sin la oposición del otro con lo cual no se desvirtúa el ejercicio conjunto y se da vía a la actuación solidaria que debe considerarse en la nueva concepción de la patria potestad.

Sobre la tesis del ejercicio mancomunado SANCHO REBULLIDA apunta que cuando el consentimiento, "además de expreso es formal y para un acto determinado, sólo conceptualmente aparece como actuación individual; práctica y efectivamente equivale a actuación conjunta"[526].

También se estima que la señalada equivalencia se da incluso cuando el consentimiento es sólo tácito, pues "el principio del ejercicio mancomunado por los dos padres se cumple no sólo cuando éstos prestan su concurso material (presencia simultánea al acto) además del jurídico (concretado en la prestación del consentimientos subsiguiente), sino también cuando, concurriendo materialmente a dicho acto uno sólo de ellos, ambos concurren jurídicamente: el presente en el acto presta allí mismo su consentimiento; y el no presente a través de su consentimiento en acto separado, expreso o tácito"[527]. BERCOVITZ, indica que en estos supuestos participan ambos padres, "aunque uno de ellos lo haya hecho de manera indirecta, prestando su consentimiento"[528].

Desde nuestro punto de vista, se comparte la tesis que sostiene la existencia del ejercicio conjunto y la actuación solidaria de la patria potestad de acuerdo con la legislación española, solución que podría ser asumida por el Derecho cubano para resolver situaciones de hecho presentes en nuestra sociedad que hoy carecen de solución normativa.

1.6 Actos impugnables

La Ley cubana no contempla los supuestos de actuación individual para la validez objetiva de los actos jurídicos realizados por uno sólo de los progenitores, lo cual es necesario porque esa previsión legal favorece la protección jurídica de terceros.

En principio podría uno de los padres impugnar todos los actos concluidos por el otro progenitor, pues la ley de familia no distingue ninguna excepción al ejercicio conjunto,

[526] Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., Derecho de Familia, ob cit., p. 729.
[527] Cfr. SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., ob cit., p. 856. En el mismo sentido DÍEZ–PICAZO, L., "Notas…", ob cit., p. 11-12.
[528] Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentarios….", ob cit., p. 1061.

pero mediante la aplicación supletoria de la legislación civil, se concluyen por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro contenido en documento notarial y queda a criterio judicial la validez de los actos realizados por uno sólo de los padres con el consentimiento tácito del otro.

Cuando los padres no viven juntos se ofrece una especial regulación para la guarda y cuidado del hijo menor al admitirse los acuerdos de los mismos en cuanto a su funcionamiento. Sin embargo, a efectos de impugnación de actos realizados por uno sólo de los progenitores cotitulares y coejercientes de la patria potestad, si ha faltado el consentimiento de uno de ellos, el acto podrá ser impugnado.

Es ineficaz el acto jurídico realizado por el padre privado de la patria potestad—falsus procurator—. Por consiguiente, podrá ser impugnado en todo momento, ya que la actuación es ilegítima al no tener la representación legal del hijo menor. En este supuesto el acto será nulo de pleno derecho (art. 67 d del Código Civil cubano).

El acto jurídico realizado sin cumplir las formalidades establecidas con carácter de requisito esencial no puede ser convalidado y es impugnable en todo momento por parte interesada o por el Fiscal. Pero en el caso bajo examen, nada se opone a que el otro padre que tiene la actuación legítima por ostentar la titularidad y ejercicio de la patria potestad pueda formalizar el acto, quedando válidamente constituida la relación jurídica antes de su revocación por la otra parte.

En el supuesto comentado, la posibilidad de ratificación del acto por el padre que verdaderamente ejerce la patria potestad o por el menor una vez haya arribado a la mayoría de edad encuentra amparo legal en las disposiciones sobre obligaciones contractuales y es considerada como ratificación impropia, además de proceder la revocación del acto por el tercero[529].

La legislación civil cubana establece que: <<si el acto no es ratificado expresa o tácitamente, la persona que se atribuye la condición de representante sin serlo es responsable por los daños y perjuicios resultantes por la ineficacia del acto, a menos que pruebe que la otra parte conocía o debía conocer la carencia de facultades (art. 44 CC cubano)>>.

Aquéllos actos realizados individualmente por uno sólo de los progenitores sin tener legitimación excepcional para hacerlo pueden diferenciarse en su régimen de impugnación según que dichos actos correspondan a la esfera personal o a la esfera patrimonial. En todo caso serán impugnables los actos concluidos por uno de los titulares y ejerciente de la patria potestad sin el consentimiento del otro padre.

### 1.6.1 Actos con eficacia en la esfera personal

Los actos con eficacia en la esfera personal del hijo sujeto a la patria potestad, realizados por uno de los padres sin el consentimiento del otro pueden ser impugnados por éste aun cuando hayan producido los efectos previstos en la Ley.

Estos actos pueden estar referidos por ejemplo a cambio de escuela; inscripción en una organización social, en un curso o un viaje; régimen de salidas nocturnas, cambio de domicilio, formación religiosa y tratamiento médico, entre otras decisiones de carácter personal.

[529] Artículo 1259-2 del Código Civil español y artículo 422 del Código Civil cubano.

No son de aplicación preceptos destinados al derecho patrimonial establecidos en el Código Civil porque el propio texto tiene previstas estas situaciones en sede de patria potestad, por lo que deben resolverse al amparo de estas regulaciones especiales que permiten adoptar las disposiciones convenientes a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

De producirse perjuicio económico a la comunidad matrimonial de los padres o al patrimonio del progenitor que no participó en el acto, como pudieran ser gastos de matrícula o gastos ocasionados por cambio de domicilio le son aplicables las categorías del Derecho patrimonial no así las regulaciones relacionadas con la patria potestad.

Al no tener previsto el Código de Familia cubano el ejercicio de la patria potestad por uno de los padres con el consentimiento del otro, por regla general los actos se concluyen con la intervención de ambos progenitores, pero en el caso de actos realizados en la esfera personal del hijo menor por uno sólo de ellos sin el consentimiento del otro, éste podrá acudir al Tribunal para solicitar que se resuelva la situación de desacuerdo en beneficio del menor (art. 89 CF)[530].

1.6.2 Actos con eficacia en la esfera patrimonial

En el Derecho español, los actos realizados por un progenitor sin el consentimiento del otro en la esfera patrimonial del hijo menor sujeto a la patria potestad, como puede ser la administración de los bienes, renuncia, enajenación o gravamen de los bienes, en su caso sobre derechos de suscripción preferente de acciones, o inversión en bienes o valores seguros con dinero del hijo, pueden ser impugnados por defecto de representación, pues cabe acusar el acto de incompleto (art. 1.259-2 CC con los mismos efectos ya citados).

Como se aprecia, el régimen de impugnación se encuentra vinculado a la cuestión de la debida representación, es decir, si el progenitor actuante lo hacía con poder de representación o si carecía de las facultades requeridas por la Ley en su caso. Estas circunstancias también son determinantes en el Derecho cubano, pues sólo <<la manifestación de voluntad emitida por el representante dentro de los límites de sus facultades es eficaz a favor o en contra del representado como si fuera él mismo quien hubiera obrado>> (art. 58 Código Civil cubano)

Sobre la ineficacia de los actos jurídicos el Código Civil cubano entre otras causas, considera nulos los actos realizados sin cumplir las formalidades legales establecidas con carácter de requisito esencial o en contra de prohibición legal, por tanto, será impugnable el acto realizado por un padre sin el consentimiento del otro, sin que sea posible la convalidación como sucede en los supuestos de anulabilidad.

El Profesor CLEMENTE MEORO sostiene que "el régimen de anulabilidad sería el que mejor defendería los intereses del menor, al quedar a su voluntad el que el negocio valiera o no valiera y sin que la otra parte pueda revocar antes de la confirmación"[531].

Para Cuba, la validez de los actos concluidos por uno sólo de los padres en la esfera económica del hijo en principio dependerá de la facultad que ostenta para realizarlos y en todo caso serán de aplicación las normas patrimoniales reguladas en el Código Civil

[530] Del Código de Familia: art: 89: "De no mediar acuerdo de los padres o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos, la cuestión se decidirá por el tribunal competente, que se guiará para resolverla, únicamente, por lo que resulte más beneficioso a los menores. (…)".
[531] Cfr. CLEMENTE MEORO, M., "De las relaciones paterno…", ob cit., p. 346.

sin perjuicio de la posible aplicación de otras normas y las relativas a la patria potestad con la finalidad de evitarle perjuicios al menor.

1.6.3 Protección de terceros de buena fe

La legislación especial del Código de Familia, no regula la protección del tercero de buena fe que ha intervenido en el acto concertado con uno de los progenitores en función de la patria potestad. El legislador cubano al establecer como regla general el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores los obliga a actuar unidos en la esfera jurídica del hijo menor y quizás por esto se desentiende de los efectos negativos que puede producir en los terceros de buena fe, la actuación de uno de los padres, que carece del poder de representación. Así es que la actuación individual de un padre sin el consentimiento del otro que haya producido perjuicio a tercero de buena fe tiene como régimen de impugnabilidad, las categorías generales del Código Civil vigente en Cuba.

En la situación comentada, el tercero puede alegar buena fe en virtud del artículo 6 del Código Civil en relación con el artículo 353 de la Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral, que establece la presunción como medio de prueba con carácter iuris tantum, es decir, que se admite prueba en contrario a este alegato.

En cuanto a la posible afectación del menor por la actuación ilegítima del progenitor, puede el otro padre impugnar por vía judicial con arreglo a las normas reguladoras de los derechos y deberes de la patria potestad.

En Cuba, el padre o madre que ostenta la guarda y cuidado de hecho decide sobre los actos relacionados con la educación, formación, cuidado y salud de los hijos. Esos actos realizados por uno sólo de los padres con el consentimiento tácito del otro, en la práctica son válidos siempre que se hayan ejecutado en interés de los niños, pues supone que han sido realizados conforme al uso social y de acuerdo con las exigencias que impone la Ley a su ejercicio.

2. Nueva concepción de la patria potestad. 2.1. Principios generales. 2.1.1.- Principio de igualdad en el Derecho de Familia. 2.1.1.1.- Igualdad de los hijos. 2.1.1.2.- Igualdad de los progenitores. 2.1.2 - Valor jurídico del principio del interés del menor. 2.1.3.- Contenido material del principio del favor filii. 2.1.4.- Beneficio del menor desde el contexto legal cubano. 2.1.5.- La personalidad del menor como sustento de su protección. 2.2.- Autonomía de la voluntad de los progenitores para decidir sobre la situación jurídica de los hijos menores de edad. 2.2.1.- Control y límites.- 2.2.1.1.- Límites internos o causales. 2.2.1.2.- Límites externos y objetivos. 2.2.2.- Acuerdo judicial y extrajudicial. 2.2.3.- Solución de los desacuerdos. 2.2.3.1.- Solución judicial. 2.2.3.2.- Solución interna. 2.2.3.3.- Solución externa. Mediación Familiar. 2.3.- Intervención del Fiscal en defensa del interés del menor. 2.4.- La figura del defensor de menores.

2.1. Principios generales en la nueva concepción de la patria potestad

En la reforma legal cubana realizada a la patria potestad, están presentes las siguientes características:

1) Principio de igualdad de los hijos.

2) Principio de beneficio del menor.

3) Titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad con preferencia de la madre para la atribución de la guarda y cuidado en igualdad de condiciones con el padre.

4) No se configura la comunicación o visitas de los hijos menores con terceros o allegados, tampoco con los abuelos[532].

5) Intervención judicial a solicitud de parte o del Fiscal.

El Código de Familia representó una importante innovación legislativa en las relaciones jurídicas familiares, ya que concretó en el ámbito familiar el principio de igualdad de todos sus miembros, pero actualmente se encuentra en estudio su modificación, pues resulta necesario atemperar las normas a las exigencias sociales existentes respecto a esta especial esfera de la vida.

El legislador del Código de Familia ha seguido los criterios tradicionales de atribución de la guarda y cuidado de los hijos menores con preferencia de la madre frente al padre (art. 89 CF)[533], a pesar que su artículo 1 declara la "absoluta igualdad de derechos de hombre y mujer" y la obligación de éstos de cumplir eficazmente "sus obligaciones con respecto a la protección, formación moral y educación de los hijos para que se desarrollen plenamente en todos los aspectos y como dignos ciudadanos de la sociedad socialista".

### 2.1.1. Principio de igualdad en el Derecho de Familia

El principio de igualdad aparece proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948 y en acuerdos internacionales que tienen su reflejo en los ordenamientos internos de los Estados signatarios[534].

Muchas y numerosas batallas sociales se han librado en nombre de la igualdad y aunque como principio tiene respaldo constitucional y también se reconoce en normas especiales de materias tan diversas como las civiles, penales y administrativas, se puede apreciar en distintas latitudes, infinidad de abusos y atropellos originados precisamente por la falta de igualdad sustancial.

Para el Derecho de Familia tiene especial connotación el principio de igualdad jerarquizado a partir de su reforma, pues se constata una nueva concepción de la familia al plantearse la igualdad de los cónyuges y la igualdad de todos los hijos, lo que ha llevado a establecer el ejercicio conjunto de la patria potestad del padre y de la madre.

---

[532] El Derecho español posibilita la comunicación entre el hijo y otros parientes y allegados especialmente con los abuelos, a todos se les concede legitimación para solicitar este derecho de acuerdo con el artículo 160 del Código Civil. Al respecto el anteproyecto de modificación del Código de Familia cubano de 27 de junio del 2003 propone por el artículo 136 este derecho limitado a determinados grados de parentesco y situaciones que trataré más adelante.

[533] Del Código de Familia, art. 89: "(...). En igualdad de condiciones, se atendrá, como regla general, a que los hijos queden al cuidado del padre en cuya compañía se hayan encontrado hasta el momento de producirse el desacuerdo, prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos y salvo, en todo caso, que razones especiales aconsejen cualquier otra solución".

[534] Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, biblioteca depositaria de las Naciones Unidas consultada en fecha 24.2.2004, página web citada.

Intentaré precisar el contenido y alcance de este principio de igualdad respecto de los hijos y de los progenitores ahora titulares conjuntos de la patria potestad.

#### 2.1.1.1. Igualdad de los hijos

La reforma operada en la concepción de la patria potestad tiene influencia de la reforma realizada a la filiación considerada en Cuba desde la Constitución de 1940 y en España a partir de la Constitución de 1978. En dichos textos constitucionales se consagra la igualdad de todos los hijos cualquiera que sea su origen[535].

El reconocimiento de toda clase de filiación es una conquista social porque elimina la discriminación inhumana de los hijos según su filiación lo que hoy no tiene sentido en los ordenamientos comparados. Para el Derecho cubano quedó abolida toda clasificación sobre la naturaleza de la filiación por el artículo 43 de la Constitución de 1940, pero se mantuvo la clasificación de hijos matrimoniales y no matrimoniales hasta la promulgación del Código de Familia de 1975.

En cuanto al Derecho español la clasificación de los hijos desapareció con la reforma de la filiación realizada en 1978[536]. La fuente inspiradora de la reforma del Derecho de Familia fue la existencia de una alteración ideológica en la sociedad que imponía el cambio. Así ocurrió en Cuba aun cuando la reforma jurídico familiar que acoge el principio de igualdad se consagró mucho antes de su reconocimiento por la Constitución socialista de 1976.

La Profesora MARÍN GARCÍA DE LEONARDO afirma que este principio de igualdad de todos los hijos hace que "la patria potestad se desligue de la institución familiar para convertirse en una consecuencia de la filiación. Se ha producido una unificación de toda clase de hijos sometidos a patria potestad, respecto a los titulares de la misma. Con ello nuestro Código se separa de sus antecedentes más cercanos, como son los códigos francés e italiano[537], ya que en uno y otro la patria potestad de los cónyuges viene diferenciada de la patria potestad sobre los hijos no matrimoniales"[538].

Este reconocimiento ha sido beneficioso para los hijos, que no son culpables de la situación jurídica de los progenitores que los han procreado debido a lo cual ha sido acogido de manera favorable por la Sociedad.

Los problemas que suscita este principio en el ámbito sucesorio en España no trascienden en Cuba, ya que en nuestro sistema de Derecho no se reconoce la

---

[535] Artículo 43 de la Constitución cubana de 1940. Y artículo 39 de la Constitución española de 1978.

[536] Cfr. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., La filiación en España. Jurisprudencia y doctrina, Ed. Comares, Granada, 1993. p. 24, señala que "Antes de la reforma existía la clasificación de los hijos siguiente: Hijos legítimos, cuya concepción había tenido lugar dentro del matrimonio. A ellos se equiparaban los hijos naturales luego matrimoniales por las posteriores nupcias de sus padres. El status de estos hijos era el siguiente: derecho de llevar los apellidos del padre y de la madre; derechos derivados de la patria potestad y derecho a heredar de cualquier pariente hasta el cuarto grado. Hijos ilegítimos. Eran los procreados fuera del matrimonio. A su vez los ilegítimos se dividían en: naturales, si los padres en el momento de la concepción podían casarse entre sí. Solo gozaban del estado de hijo respecto del progenitor que los había reconocido. A efectos de alimentos o sucesión se hacía extensivo, con variantes, el régimen de los descendientes legítimos y no naturales, es decir, cuyos padres nunca hubieran podido casarse en el momento de la concepción. Esta clase de filiación produciría efectos únicamente en orden a la determinación de la deuda alimenticia. Cuando menos, el C.c. suprimió la antigua distinción entre hijos incestuosos, adulterinos, sacrílegos o mánceres.

[537] Artículos 373 y 374 del Código civil francés y 315 y 317 bis del Código civil italiano.

[538] Cfr. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., Tesis doctoral, ob cit., p. 41.

propiedad privada en las relaciones personales sino sólo para la esfera empresarial de la inversión extranjera. En consecuencia los conflictos se limitan a los bienes de propiedad personal entre los que se encuentra la vivienda, su mobiliario, enseres y otros efectos de carácter estrictamente personal.

Cierto es que al concurrir a la herencia un hijo del causante habido fuera de matrimonio con los hijos habidos de matrimonio a éstos se les reduce su participación en la herencia, pues les corresponde igual cuota parte, pero de acuerdo con nuestra ley, quedan reservados para su adjudicación a los herederos que convivían con el causante aquellos bienes indispensables para la continuación de la vida doméstica con deducción de sus valores, lo que también se aplica a los convivientes no herederos con el correspondiente pago a las personas declaradas legitimas herederas.

El sentido profundamente ético y humano que tiene la introducción del principio de igualdad de todos los hijos sobrepasa el interés patrimonial que pudiera verse afectado en cualquier situación aunque autores como GARCÍA CANTERO, consideran que el legislador se ha preocupado de "establecer una igualdad mecánica o matemática entre ambas categorías de hijos, más bien que de cohonestar la reforma con la protección jurídica de la familia"[539].

Otros autores estiman que la igualdad de los hijos está referida a aspectos personales en como beneficiarios de asistencia o protección, que son derechos en los que no se incluye la herencia[540].

Contrario al criterio comentado se advierte que el establecimiento de la equiparación de toda clase de filiación en cuanto a derechos y deberes se recoge expresamente en la reforma y en consecuencia quedó modificado el Código Civil precisamente en materia de igualdad de la filiación en la sucesión hereditaria.

Sobre la equiparación de los hijos de un mismo progenitor en derechos y deberes ECHARTE FELIÚ rechaza cualquier cuestionamiento y afirma que: "ni técnica, ni moral, ni jurídicamente existen razones para obrar en otra dirección. En cualquier caso, no por brindar protección jurídica a la familia constituida se puede desatender al hijo extramatrimonial"[541].

#### 2.1.1.2. Igualdad de los progenitores

El principio de igualdad también está presente con la reconocida igualdad del hombre y la mujer en atención a lo cual se ha impuesto reconocer la patria potestad de los hijos menores a ambos padres con ejercicio conjunto, solución ésta sostenida por la reforma.

Este proceso ha evolucionado desde la antigua concepción de la patria potestad reconocida al padre con exclusión de la madre hacia una función compartida en igualdad por ambos progenitores, que antes de hacerlo realidad la reforma venía respaldada por la doctrina y la jurisprudencia amén de algunas leyes que habían considerado la igualdad de ambos cónyuges[542].

---

[539] Cfr. GARCÍA CANTERO, G., "La reforma de la filiación", RGLJ, 1982, II, p. 152.

[540] MARTÍNEZ CALCERRADA, L. "La familia en la Constitución española". RGD 1981, p. 980. En el mismo sentido GÁLVEZ, J., "Comentario al artículo 39 de la Constitución", en Comentarios a la Constitución, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 764.

[541] Cfr. ECHARTE FELIÚ, A. M., Patria potestad en…, ob cit., p. 20.

[542] DÍEZ-PICAZO, L., "La situación jurídica del matrimonio separado", RDN, enero-marzo, 1961, p. 17. En igual sentido, ESPÍN CÁNOVAS, D., La capacidad jurídica de la mujer, Publicaciones de la

Este principio de igualdad de los padres de cara a la patria potestad es consecuente con la equiparación de los cónyuges en el gobierno, gestión y disposición de la familia.

Era una necesidad la coparticipación de los padres dentro de la familia respecto a la patria potestad. Por consiguiente la patria potestad conjunta se estructura como una función dual, "(…) si en la concepción antigua de la patria potestad se destacaba el aspecto de derecho, en la concepción moderna se acentúa el de deber, y se combinan ambos aspectos en la noción de función, que supone un derecho otorgado para poder facilitar el cumplimiento de un deber", a los dos progenitores por igual[543].

2.1.2. Valor jurídico del principio del interés del menor

Desde el pasado siglo diversas organizaciones internacionales se han dedicado a la política de protección de menores en distintos ámbitos desde Naciones Unidas hasta el Consejo de Europa y la Unión Europea entre otras muchas entidades multilaterales[544].

Sin duda la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 de Naciones Unidas (arts. 3.1 y 9.3) resulta el instrumento internacional de mayor trascendencia jurídica que se ha adoptado sobre el tema, por primera vez se vincula a los Estados signatarios en defensa de los niños, con el reconocimiento en su texto de una amplia variedad de derechos y obligaciones que deben asumir las legislaciones internas especialmente en cuanto a la actual relevancia del interés del menor.

La citada Convención considera que el niño requiere protección y asistencia especial pero también es considerado sujeto de derechos y libertades, con capacidad para tomar decisiones en los asuntos que afecten a su persona lo que respalda el principio del interés superior del niño, consagrado tanto en el orden internacional como en el Derecho interno de los Estados signatarios, que demanda en esta línea del favor filii, con carácter general, el respeto a la personalidad de éste[545].

"La actual potenciación de los valores individuales de la persona, propiciada por variadas razones de índole sociocultural y económica, que en el orden jurídico encuentra reflejo en la revalorizacion de los derechos de la personalidad, ha contribuido a reforzar la protección conferida por el Derecho a la infancia, configurada no sin razón desde la sicología como etapa vital esencial en la formación de la personalidad del individuo y en la consolidación de su propia identidad", ello justifica la mayor atención a las necesidades de la persona del niño. Su protección integral se

---

Universidad de Salamanca. Salamanca, 1969, p. 53. Y CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., "Comentario al articulo 154", ob cit., p. 47.

[543] Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia, Fascículo I, Ed. Experimental, Bosch, Barcelona, 1984, p. 727.

[544] Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, aprobados por Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, específicamente la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1995 (principios 2 y 7.2). Los Convenios de La Haya de 1961 (arts. 2 y 4) y de 1993 en materia de adopción y de 19 de octubre de 1996, realativo a la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. La Resolución del Parlamento Europeo sobre una carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio (punto 8.14) y el Convenio de Bruselas de 28 de mayo de 1997, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial. Todas estas normas de Derecho internacional privado se manifiestan especialmente sobre la protección del menor y la defensa de sus intereses.

[545] Artículo 21 de la Convención de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, consultada en la página web: http//www.uv.es/onubib.

reconoce como principio general en el ordenamiento español, de manera singular en los ámbitos de Derecho de la Persona y del Derecho de Familia[546].

En Cuba se reconoce el principio general de protección integral del niño en la política social pero el ordenamiento positivo presenta algunas carencias en este orden. El Capítulo V de la Norma Fundamental consagra la protección de la familia, la maternidad y el matrimonio por el Estado (art. 35), declara la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges y la igualdad de derechos de los hijos con independencia de su filiación (arts. 36 y 37) y establece el deber de asistencia de todo orden de los padres a los hijos especialmente en defensa de sus legitimos intereses y en la realización de sus justas aspiraciones (art. 38), esto es la protección integral de los hijos enmarcada el "Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana"(art.1), derechos éstos presididos por el culto a la dignidad del hombre (exordio de la Constitución de la República de Cuba).

El respeto a la personalidad del niño que con carácter general reconoce el Derecho Internacional no se establece expresa y literalmente en la legislación cubana por tanto se reconduce mediante el artículo 38 de la Constitución a la defensa de sus legitimos intereses y a la realización de sus justas aspiraciones y según el capítulo II del Título II del Código de Familia, dedicado a las relaciones paterno-filiales se establece el criterio del beneficio del menor para decidir judicialmente sobre la atribución de la guarda y cuidado de los hijos menores de no mediar acuerdo entre los padres, sin la posible participación del menor con suficiente madurez (art. 89 CF), lo que demuestra la carencia que padecen nuestras normas.

El principio del interés del menor como criterio rector en el Derecho de Familia es seguido con distintos matices por cada uno de los ordenamientos estudiados. Aunque las reformas realizadas en Cuba y en España son de fecha anterior a la Convención señalada, en sus respectivas legislaciones de orden constitucional y especial se considera que las funciones de la patria potestad han de ser ejercidas en beneficio e interés del hijo menor de edad.

El favor filii es prevalente a cualquier otro sea en el ámbito familiar, administrativo o judicial en el que se decida sobre cuestiones que puedan afectar la esfera personal, familiar o social del menor a cuyo efecto tendrá el derecho de ser oído como un medio eficaz para valorar su voluntad si tuviere suficiente juicio y siempre que fuera mayor de 12 años, según se establece en España en el Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección jurídica del menor.

---

[546] Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., "El interés del menor en la mediación familiar", Colaboración Revista SEPIN, septiembre 2003, p. 25. De la Constitución de 1978, los artículos: 39 relativo a la protección de los niños y de la familia, el 20.4, 27.2 y 35.1 vinculados a la protección de los niños y el 10.1 que se destaca en cuanto se refiere al libre desarrollo de la personalidad junto a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (derechos y libertades fundamentales). El principio del interés del menor es acogido por la legislación española tanto en el ámbito de Derecho privado o fuera de éste, pues incorporan de un modo u otro la mención al beneficio del menor, entre cuyos textos legales citamos el Código Civil (arts. 87 párrafo 1, 92 párrafo 2, 103.1., 172.4, 173, 156 párrafo 5, 159, 161, 176, 179 párrafo 2, y 216 entre otros), y la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En el orden penal la L.O. 5/2000, de 12 de enero, de la Responsabilidad penal de los menores (arts. 6, 14.1, 23.1, 27.4 y 30.3 entre otros).

La naturaleza de orden público, de ius cogens, en esta materia se predica en general, "del conjunto de normas reguladoras de los derechos e instituciones afectantes a los menores y que, con mayor relieve, configuran el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad…"[547].

Como señala RIVERO HERNÁNDEZ, respecto a la trascendencia práctica del principio del interés del menor, "esa naturaleza de normas de órden público, de ius cogens, justificará la interpretación (una interpretación determinada) de algunas normas concretas, la resolución de ciertos conflictos de intereses (del menor con otros), los límites legítimos de algunos derechos y libertades públicas de otras personas que deben ceder ante los del menor y su interés, y los límites también en el ejercicio de potestades y funciones normales (tal, la patria potestad, como más significativa), que sólo se comprende hoy, al cabo de largos siglos de existencia, desde la óptica recién aludida"[548].

La inclusión del principio del interés del menor en los textos legales demuestra su valor jurídico en tanto las normas obligan a su cumplimiento como criterio de solución de los conflictos relacionados con cuestiones que pudieran afectarlo.

#### 2.1.2.1. Contenido material del principio del favor filii

En cuanto al contenido material del principio como premisa es necesario conseguir la individualización del interés del menor enmarcado en el libre desarrollo de su personalidad. La voluntad del menor es la primera fuente delimitadora de esos intereses actuando las demás personas y entidades sólo de forma subsidiaria cuando por su falta de capacidad no está en condiciones de decidir. Esta concepción está ausente en la legislación cubana y por eso trataré de precisar el contenido material del principio favor filii basada en la doctrina y la legislación españolas que sin duda servirá de referente al Derecho cubano.

Vale preguntarse, ¿quién y cómo se puede conocer cuál es el interés del menor? En cualquier caso esta pregunta es de difícil respuesta, sobre todo en situaciones de alta conflictividad en el ejercicio de la patria potestad, se torna difícil concretar este principio. Desde el contexto normativo y doctrinal se aportan componentes relevantes que permiten dotar de un cierto contenido material al genérico concepto del interés del menor pero en menor grado la jurisprudencia que no alcanza a precisar de forma sistemática su contenido general a pesar que reiteradamente las decisiones judiciales referentes a menores están presididas por el criterio del favor filii. La flexibilidad para individualizar este principio en unas concretas circunstancias y en atención a la peculiar identidad de cada sujeto no propicia una solución igual para todos los casos con lo cual, en ocasiones, la estimación de la situación planteada se traduce en una

---

[547] Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., "El interés del menor…", ob cit., p. 30, cita 11, "Según declaración de la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo (BOE de 3 de junio de 2000. Ponente. Excmo. Sr. D. Tomás S. Vives Antón), con precisa referencia a la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en el mismo Fundamento Jurídico 5, y en el ámbito de la específica cuestión sometida al amparo del TC, esta significativa sentencia añade que "el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia por todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores".

[548] Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., El interés del menor, Madrid, 2000, p. 31-32 y 54, señala "el interés del menor informa nuestro ordenamiento jurídico con la amplitud y energía de un principio general de derecho".

palpable inseguridad jurídica manifestada en la disparidad de soluciones que se percibe ante la discrecionalidad judicial por lo que "sería útil disponer de unos mínimos criterios de determinación del interés del menor"[549].

El principio del interés del menor constituye criterio fundamental básico orientador de la actuación judicial y responde a la nueva configuración de la patria potestad ejercida en función del favor filii, bonum filii, o favor minoris. Para determinar su valor jurídico y contenido material se requiere un profundo análisis teniendo en cuenta que es un concepto indeterminado convertido en principio universal de Derecho.

El señalado principio ha sido objeto de favorables críticas pero también se ha considerado su formulación vaga en algunos puntos[550] y en alguna medida excesiva en cuanto a las prerrogativas concedidas a los menores[551].

Según FUENTE NORIEGA, no llevan razón las críticas señaladas, pues "dicho principio tiene carácter orientador para los padres pero en ningún caso imperativo"[552]. El principio del interés del menor ha sido considerado como "criterio hermenéutico de primer orden para descubrir su real significado"[553].

Es difícil hacer afirmaciones generales para precisar que entienden los Tribunales por interés del menor. Las resoluciones judiciales se fundamentan en este principio que constituye criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido en la ley y que preside la aplicación en la materia estudiada.

La doctrina ofrece varias opiniones al respecto, según RIVERO HERNÁNDEZ[554], "la tendencia tradicional y autoritaria coloca el interés del hijo en la perfección de la educación, concebida fundamentalmente desde arriba e impuesta al niño por quien dirige su vida, no tomándose en consideración la voluntad y parecer personal del hijo como expresión de su interés poco formado. Otra tendencia opuesta a la anterior identifica el interés del hijo con sus gustos y deseos. Y una tercera posición, intermedia, trata de equilibrar el aspecto autoritario de la primera con las necesidades y atenciones afectivas, administrando ambas con ponderación, teniendo en cuenta que el niño de corta edad necesita la estabilidad emocional, mientras que la libertad es, en cambio más necesaria para el adolescente; el interés del menor desde esta perspectiva, iría en función de la edad y de su personalidad"[555].

En ese sentido, se considera que el interés superior del menor se refiere "al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad, (…) a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural.

---

[549] Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., "El interés del menor…", ob cit., p. 36.

[550] SANCHO REBULLIDA, F., El nuevo régimen de la familia, Ed. Civitas, Vol. II, Madrid 1981, p. 98, este autor observa conceptos jurídicos indeterminados, como por ejemplo: de acuerdo con su personalidad; procurarles una formación integral; si los hijos tuvieran suficiente juicio; etc.

[551] DÍEZ-PICAZO, L., "Notas sobre la reforma del Código.....", ob cit., p. 4, considera que la nueva regulación peca de excesiva en las prerrogativas concedidas a los menores.

[552] Cfr. FUENTE NORIEGA, M., La patria…, ob cit., p. 55-56. Con igual opinión CASTILLO TAMARIT, J., "Reflexiones sobre la modificación del Código civil en materia de patria potestad", ob cit., p. 74.

[553] Cfr. VARGAS CABRERO, B., "El ministerio fiscal y el interés del menor", Instituto Universitario Matrimonio y familia, nueva serie III, UPCO, Madrid, 1998, p. 90.

[554] Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., El derecho de visita, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 159.

[555] BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. DEL S., "Criterios para…", ob cit., p. 1865, cita la SAP de Cuenca de 31 de marzo 1999, (AC 1999,4) en la que se exponen las distintas tendencias señaladas.

La salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia, la tolerancia y la solidaridad con los demás sin discriminación de sexo, raza, etc., la tutela frente a las situaciones que degradan la dignidad humana (droga, alcoholismo, fundamentalismos, sectas, etc.) son otros tantos aspectos que configuran el concepto más vivencial que racional del interés del menor. Por encima de todo, el interés del menor se respeta en la medida que las funciones familiares o parafamiliares fomentan equilibradamente la libertad del menor en el sentido de la responsabilidad, la armonía inescindible entre derecho y deber"[556].

En el proceso de individualización del interés del menor intervienen distintos factores, especialmente el menor participa en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades mediante el trámite de audiencia previsto como reconocimiento a su autonomía; en segundo lugar aparecen los padres, o los tutores o guardadores que en el marco de las funciones tuitivas determinan en cada situación lo que conviene al menor, especialmente los progenitores titulares de la patria potestad que serán los que se encuentran en mejor situación de conocer los rasgos conformadores de la personalidad de sus hijos y por ende los intereses personales de los mismos. El criterio valorativo del Juez en función del interés público sobre el ejercicio de la patria potestad en beneficio de los hijos es relevante cuando la conducta de los titulares de la patria potestad se apartan del cumplimiento de sus funciones y entonces la decisión del juez define el interés del menor en las situaciones de crisis familiares, también en garantía de los intereses del menor preceptivamente interviene el Ministerio Fiscal y la Administración cuando aquéllos a los que corresponde por ley dichas funciones tuitivas no quieren o no pueden actuar en defensa o interés de un menor, en su caso lo hacen las entidades públicas de protección de menores[557].

Esta preferencia del interés del menor en las relaciones paterno-filiales no significa que los jueces y tribunales al aplicar las normas de familia se apoyen en el favor minoris para buscar a ultranza lo más beneficioso para el menor sin atender la existencia de otros intereses de la familia, pues de esa forma podrían incurrir en discriminación por razón de la edad[558].

De acuerdo con ZANÓN MASDEU, el interés del hijo puede apreciarse en su doble aspecto: el interés moral y el interés material, debiendo prevalecer el primero de ellos aunque lo ideal es conciliar ambos intereses, lo cual no es fácil y en ocasiones provoca soluciones contradictorias[559].

El interés moral de los menores es preferente a cualquier otro y viene dado por el proceso de socialización, que comprende una completa y eficiente formación armónica tanto ética como sicológica, educativa, ambiental y afectiva desde la infancia.

Por otra parte es difícil considerar el interés material desligado del moral por constituir una unidad de interés para el menor, y así debe ser apreciado por el

---

[556] Cfr. ALONSO PÉREZ, M., "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras", en AC núm. 2, 1997, p. 24.
[557] CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., "El interés del menor…", ob cit., p. 39 a 47.
[558] GARCÍA GARCÍA, M. A., "El llamado interés familiar supraindividual", en RGLJ, 1983, p. 375.
[559] ZANON MASDEU, L., Guarda y custodia de los hijos, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, p. 94.

juzgador cuando le corresponde decidir a cuál de los progenitores atribuir la guarda y cuidado de los hijos menores[560].

El interés material queda circunscrito al bienestar que sea capaz de proporcionar medios materiales necesarios para un ambiente de desarrollo adecuado al menor, con lo que se aprecia la posición económica de los progenitores con relevancia subsidiaria a efectos de la atribución de la guarda y custodia de los hijos[561], debe prevalecer el interés moral sobre todo para procurar el cuidado y la afectividad constante que necesita el niño para su formación personal[562].

Para el supuesto de desacuerdo de los progenitores en relación con el ejercicio de la patria potestad, la guarda y cuidado y el régimen de comunicación, el ordenamiento cubano tiene previsto que el tribunal competente se guiará para resolver, únicamente, por lo que lo que resulte más beneficioso para los menores (art. 89 CF), mientras la Constitución de la República declara el deber de los padres a asistir a sus hijos en la defensa de sus legítimos intereses y en la realización de sus justas aspiraciones, (art. 38 Constitución de la República de Cuba)[563], lo que constituye el contexto normativo cubano a partir del cual se podrían concretar elementos definidores del interés del menor, además de los Tratados Internacionales de los que Cuba es parte, específicamente en el ámbito de la protección del menor y la defensa de sus interés; la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, sobre la que se han formulado algunas consideraciones que doy por reproducidas a los fines de no reiterar el posible contenido material del principio del interés del menor en el marco de la Convención aplicable al Derecho cubano.

#### 2.1.2.2. Beneficio del menor desde el contexto jurídico cubano

Vale reiterar que ha sido preocupación de organismos supranacionales e internacionales que el principio del interés del menor se aplique para procurar su beneficio, tal como se aprecia de la simple lectura del texto de la Convención de los Derechos del niño.

El artículo 89 del Código de Familia cubano se refiere al beneficio del menor como criterio rector para determinar la situación jurídica de los hijos menores cuyos padres

---

[560] SAP de Cádiz de 26 de diciembre del 2001, JUR 2002/85311; declara improcedente la modificación de la guarda y custodia sobre la base de que "la convivencia en una vivienda que no reúne las condiciones mínimas de habitabilidad en extrema pobreza no es por sí sola causa suficiente para acreditar que el menor no tenga los cuidados propios de la edad o se exponga a riesgos innecesarios". SAP de Murcia de 11 de octubre del 2000, JUR 2001/32599; atribuye al padre la guarda y custodia de los hijos ante la acreditación de las circunstancias que demuestran que la madre habita en un desguace porque no tiene casa presentando "deficientes medidas higiénico-sanitarias y carencias alimenticias".

[561] STSP 552 de 30 de agosto del 2002, expte Nº. 553/2002, ratifica la guarda y cuidado de la menor al padre, pues "de haber ocurrido alguna variación está dada por el hecho de que la madre presuntamente ha logrado una estabilidad, lo cual en modo alguno puede perjudicar al padre en su legítimo derecho de continuar con la menor a su abrigo, pues en todo caso la determinación de lo que resulte más beneficioso para el menor de conformidad con el precepto antes señalado, no está dada por cuál de los padres posea mejores condiciones habitacionales desde el orden material".

[562] GADEA TORTAJADA, J., La limitación y suspensión del Derecho de visita, Trabajo de investigación, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 2001, p. 22-23

[563] STSP Nº. 348 de 31 de mayo del 2002, Expte casación 364/2002, considera la función tuitiva del tribunal resolviendo la cuestión planteada sobre guarda y cuidado por lo que resulte más beneficioso para el menor. En igual sentido, STSP Nº. 252 de 30 de noviembre de 1988, Boletín TSP, 2do semestre, La Habana, 1988, p. 41.

no conviven en el mismo sentido que se destaca el interés del menor en los textos legales analizados anteriormente. Se deduce que el legislador cubano ha considerado que se adoptará la decisión respecto a los hijos menores de edad cuyos progenitores están en desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad en atención al beneficio del niño en coincidencia con su propio interés.

Es criterio judicial en Cuba que para adoptar decisiones respecto a la guarda y cuidado de los hijos y la comunicación de éstos con aquel de los progenitores al que no se le ha conferido dicha guarda y cuidado ha de seguirse la inspiración del legislador (art. 90 CF), el cual ha dispuesto que los tribunales, para resolver estas cuestiones, han de guiarse "fundamentalmente por lo que resulte más beneficioso para los intereses de los menores"[564].

El criterio judicial sostiene que el Tribunal adoptará la decisión que resulte más beneficiosa para los niños en cumplimiento de la función tuitiva de proteger los intereses de los mismos, entre los cuales ninguno es de "tan señalada importancia como la de cuidar con cuál de sus progenitores vivirá"[565].

La decisión sobre la situación jurídica de los hijos menores pone en juego valores trascendentes que pueden afectar el desarrollo físico y psíquico, la dignidad y en sentido general el desarrollo de los mismos como personas; es por esto que tanto los legisladores como los encargados de administrar justicia consideran que debe primar el interés del menor por encima de cualquier otro, al adoptarse las decisiones a su beneficio.

En este sentido, podemos seguir al Profesor CLEMENTE MEORO que señala "el beneficio del hijo actúa como límite a la legitimación de los padres, de manera que aquellas actuaciones de los mismos que no respondan a tal finalidad resultarán extralimitadas, sin perjuicio de que cabría hablar de una presunción iuris tantum de actuación en beneficio del hijo"[566]. Igualmente, otros autores, afirman que "hay que entender, que la actuación de los padres en beneficio del menor se presume siempre, con carácter iuris tantum"[567].

El tema del beneficio e interés del menor a decidir por el juzgador debido al desacuerdo de los padres presenta inconvenientes de difícil solución, como puede ocurrir en una contienda referida a la elección de un médico, de un determinado tipo de educación o de educar o no al menor en una religión, entre otros conflictos que pudieran presentarse en el ámbito personal del hijo.

---

[564] STSP de 3 de diciembre del 2001, Expte de casación Nº. 979/2001.

[565] STSP Nº. 252 de 30 de noviembre de 1988, Boletín del TSP, 2do semestre, La Habana, 1988, p. 41. STSP de 28 de febrero del 2003, expte Nº. 35/2003, ratifica la sentencia recurrida que declara sin lugar demanda sobre privación de patria potestad con allanamiento del Fiscal porque "aun y cuando el demandado fue declarado rebelde, no puede prevalecer una cuestión formal por encima de lo que resulta más beneficioso al menor hijo de los contendientes, dada la función tuitiva que le compete al referido órgano, con mayor razón cuando dicho menor fue fruto de un matrimonio legalmente constituido por un período de más de dos años (...) es acertado el fundamento que tuvo en cuenta el aludido órgano en el sentido de que al no oír al progenitor ello puede serle perjudicial al menor de que trata la litis, pues lo que se interesa es la adopción de una medida extrema sobre la base de supuesto incumplimiento de los deberes que como padre tiene".

[566] Cfr. CLEMENTE MEORO, M., "De las relaciones paterno filiales…", ob cit., p. 357.

[567] Cfr. SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J. M. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., ob cit., p. 862.

La norma positiva cubana resultó sin duda una importante transformación jurídica en orden al Derecho de Familia pero en la actualidad presenta carencias y disfunciones respecto a las exigencias que plantea el principio del interés del menor, en tanto no prevé la audiencia del menor en los conflictos de los progenitores respecto a las decisiones que atañen al hijo, no existe la posibilidad de ser oído por la inexistencia de regulación que lo autorice, a pesar que es la persona que directamente pudiera verse afectada. La exploración de la voluntad del menor que tuviere siete o más años de edad, se autoriza únicamente para los supuestos de adopción y tutela (arts. 107 y 145.1 CF).

Para la valoración del beneficio del menor es necesario saber cuál es su verdadero interés. "La imposibilidad de definir a priori el interés del menor" es una realidad, "puesto que cada uno tiene necesidades particulares en función de su historia personal y del contexto social y cultural en que vive"[568].

El interés y beneficio del menor están estrechamente entrelazados. No es beneficio para el mismo lo que se decida contrario a su propio interés, lo que no siempre coincide con la manifestación de su voluntad que se tendrá en cuenta en función de su madurez y su grado de discernimiento en relación con las circunstancias concretas que se analizan y desde luego su valoración va a depender de la perspectiva propia de quien deba decidir al respecto[569].

Esta posibilidad de ponderación por el juzgador de la voluntad del menor está ausente en las normas cubanas y consecuentemente es imposible para los jueces decidir con arreglo a ella, la decisión judicial cubana se apoya en la valoración de las pruebas admisibles en derecho sin contar con la audiencia del menor como medio idóneo para procurar una solución jurídica de acuerdo a su beneficio.

#### 2.1.2.3. La personalidad del menor como sustento jurídico de su protección

El ejercicio de la potestad parental no puede entenderse en el sentido de una total privación de la libertad personal del menor, más cuando se concibe ésta en su propio interés, con lo cual los progenitores han de ejercer las funciones paterno-filiales de acuerdo con la personalidad del hijo.

El Código de Familia tiene otra carencia y es que no concibe la institución con el señalado alcance aunque existe la tendencia a considerar la personalidad del menor para la adopción de decisiones en su beneficio, como puede observarse en un reciente pronunciamiento judicial que desestima el recurso de casación por el fundamento de la necesidad de favorecer el desarrollo integral de la personalidad del menor que como "objetivo ha de presidir la actuación de ambos padres en relación con las medidas de guarda y cuidado, así como con el régimen de comunicación"[570].

La importancia que se le concede actualmente a la personalidad del menor en materia de patria potestad suscita diversos criterios que han sido expuestos por la doctrina. En

---

[568] Memorias del Congreso celebrado en mayo de 1986 en Roma dedicado al estudio de "El interés del menor entre psicología y Derecho", promovido por la Universidad "La Sapienza", el Ministerio de Gracia y Justicia y la Asociación italiana de jueces de menores, a cargo de A. M. DEL ANTONIO, en DFP, 1986, 4, p. 1350-1358.

[569] CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., "El interés….", ob cit., p. 41.

[570] STSP Nº. 805 de 31 de diciembre del 2002. Expte Nº. 845/2002.

este sentido, RICO PÉREZ plantea que "… ha erigido como principio básico el respeto a la personalidad del hijo, no sólo objeto de cuidados, sino sujeto cuya peculiar individualidad constituye ahora la regla y medida de la educación y trato que debe recibir; a quien no puede impedírsele una vida de relación, conforme a su edad, ni la visita de sus parientes, salvo si el juez decide otra cosa por especiales razones; que puede ejercitar por sí sus derechos de personalidad de acuerdo con las condiciones de madurez; y cuyo asentimiento es indispensable, si tiene juicio para otorgarlo, en aquellos contratos que le obliguen a realizar prestaciones personales"[571].

En relación con el respeto a la personalidad del menor, se afirma que "el principal protagonista de la institución es el propio hijo, cuya persona e intereses, habrán de ser en cuanto a su beneficio, defensa y desarrollo, los objetivos a conseguir con la misma. La introducción ciertamente novedosa en nuestro Derecho de esa personalidad, permite sostener la línea progresista o de adaptación a la realidad social, de que el hijo menor de edad no emancipado, también cuenta con una esfera de autonomía o de respetabilidad de sus cualidades caracterológicas o aptitudes morales que más se ajusten a su actual o futura formación (temas de instrucción, estudio, etc.) y que, por tanto, habrán de sopesarse evitando, en su caso, imposiciones o dictados exclusivamente generados por decisiones egoístas o acomodaticias de los padres"[572].

En cuanto a este aspecto de la reforma otros autores exponen sus reparos. SANCHO REBULLIDA considera "que el afán de flexibilidad y de respeto a la personalidad del hijo supone un peligro de inseguridad jurídica. Es un término difícil de apreciación y reducción a medidas jurídicas concretas y objetivas"[573].

Por su parte CASTÁN VÁZQUEZ, aun cuando reconoce lo razonable de estos temores, afirma "que cabe valorar positivamente la alusión de la personalidad del hijo; pero este término habrá que entenderlo, no en el sentido técnico particular que en el Derecho civil tiene, sino en el general que le da el lenguaje"[574].

"El respeto a la personalidad del hijo determina que su progresivo aumento de capacidad exija un distinto modo de ejercicio de la patria potestad, y que la obligación de respetar el ámbito personal sea progresivamente creciente, por ejemplo, en sus relaciones sociales, en materia religiosa, o en cuanto a derechos inalienables inherentes a la personalidad" [575].

Se trata de concederle al niño protección jurídica respecto a su personalidad y capacidad de derecho sin perjuicio de que su capacidad de obrar la adquiere con la mayoría de edad, es decir, se adelanta en alguna medida esta capacidad otorgándole voz y voto para decidir, para ser oído, para servir de testigo, para seleccionar su abogado, para lo que le conviene respecto a su asistencia médica y a los derechos inherentes a la personalidad.

---

[571] Cfr. RICO PÉREZ, F., La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho civil, Ed. Montecorvo Madrid, 1980, p. 211.
[572] Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, L., El nuevo derecho de familia, Madrid, volumen I, 1981, segunda edición, p. 94.
[573] Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., "La patria potestad", ob cit., p. 98.
[574] Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., "Comentario al artículo 154", ob cit., p. 45.
[575] Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., Derecho de Familia, Ed. S. Publicaciones, Madrid, 1989, p. 528.

La aplicación de la audiencia del menor le permite al niño expresar sus opiniones o preferencias de forma libre y espontánea siempre que en el proceso de formación de su voluntad no hayan existido injerencias externas. La voluntad del menor manifestada de modo inequívoco respecto a su interés de convivir con uno de sus progenitores pudiera ser considerada como un elemento más para atribuir la guarda y custodia a favor de aquel por estimar que es la medida más beneficiosa para el niño, lo cual no significa que el simple deseo manifestado pueda o deba prevalecer si los restantes medios de prueba aconsejan la adopción de medidas distintas o contrarias a aquel deseo.

La resolución que se dicte para resolver un conflicto de guarda y custodia de menores sujetos a patria potestad debe tener presente el criterio de beneficio e interés de éstos, ya que el fin a alcanzar es la formación integral de su personalidad, entendida como una adecuación de sus aptitudes, tanto morales, como intelectuales o físicas[576].

En el orden procesal el principio del favor minoris trae consecuencias relevantes, ya que las medidas que afecten a los hijos menores de edad son acordadas por el Juez imperativamente, incluso de oficio, sin someterse de forma estricta a los principios dispositivo y de rogación propios del proceso civil y además el juzgador para su decisión debe tener en cuenta la voluntad de los hijos, los que deben ser oídos sobre lo relacionado "con su cuidado y educación, que les afecta de manera personal si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años"[577].

La audiencia del menor y la relevancia que las personas obligadas a oírle den a su opinión y voluntad, constituye una expresión de respeto a la personalidad del mismo que el Derecho español establece con lo cual se ha convertido en un derecho inherente a su persona tanto en el ámbito procesal como sustantivo por lo que la práctica de la audiencia del menor es esencial para "no ser acusado de violación de su intimidad"[578].

Ni en la Constitución cubana, ni en el Código de Familia se dictan normas referentes al ejercicio de la patria potestad de acuerdo con la personalidad del hijo menor por lo que los Tribunales declaran inadmisible la exploración del mismo cuando sus padres litigan la guarda y el régimen de comunicación o cualquier desacuerdo referido al ejercicio de la patria potestad, a pesar que es un derecho reconocido por el Estado cubano como signatario de la Convención de los derechos del niño y se encuentra propuesto en el anteproyecto de Ley de modificación del Código de Familia[579].

La ausencia de regulación que obligue a ejercer la patria potestad acorde con la personalidad del hijo no ofrece medios legales para reclamar ante su vulneración aunque el Tribunal podría apreciarla por aplicación directa de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por los Estados Partes bajo el principio del beneficio e interés del menor.

---

[576] BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. DEL S., "Criterios para la atribución…", p. 1865.
[577] BERMÚDEZ BALESTEROS, M. DEL S., ibidem, p. 1865.
[578] ALONSO PÉREZ, M., "La situación jurídica…", ob cit., p. 25, fundamenta tal afirmación en que la audiencia del menor ex artículo 9 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, atribuye al menor el derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial "en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social".
[579] STSP Nº. 324 de 12 de mayo de 1995, Boletín del TSP, años 1995-1996, p. 105, rechaza la exploración del menor por estimarla improcedente a efectos de la atribución de la guarda y cuidado a uno de los progenitores.

Tampoco se encuentran regulados otros derechos que son inherentes a la personalidad, como el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, razón por la cual no trataré el tema del respeto a la intimidad personal entre el no guardador y el hijo menor durante el cumplimiento régimen de comunicación o visitas, pues este aspecto no tiene espacio en nuestro ordenamiento, aun cuando se reconoce teóricamente su trascendencia a los derechos de la personalidad.

En cuanto a la cuestión abordada existe en Cuba una doble carencia en la norma, como ya se ha dicho: por un lado la falta de reconocimiento legal del ejercicio de la patria potestad de acuerdo con la personalidad del hijo; y de otro la ausencia de regulación sobre el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que desde otro ángulo y de manera general vincula su protección civil.

### 2.2. Autonomía de la voluntad de los progenitores para decidir sobre la situación jurídica de los hijos menores de edad

Las normas especiales de familia de cara a la patria potestad por lo general "implican una marcada reducción de la autonomía de la voluntad, ello no quiere decir que se excluya del Derecho de Familia, la intervención privada, pues la misma tiene considerable alcance, aunque sea difícil el precisar su ámbito por la propia especialidad que este Derecho ofrece"[580].

En cuanto a determinar la situación jurídica de los hijos menores de edad cuando los padres no conviven, hayan sido casados o no, se puede afirmar que la autonomía de la voluntad de éstos prevalece con el límite del beneficio de los menores.

En Cuba, el divorcio extrajudicial previsto por el Decreto Ley 154/ 1994, autoriza la solicitud de disolución del vínculo matrimonial ante Notario, el cual lo hará constar mediante Escritura, además de consignar los acuerdos adoptados por los cónyuges respecto a la situación jurídica de los hijos menores lo que sin duda constituye una ampliación a la autonomía de la voluntad de los progenitores.

El artículo 380 de la Ley civil de trámites cubana deja expedita la vía del divorcio judicial por mutuo acuerdo cuando no proceda ante Notario. En este supuesto los acuerdos irán unidos a la demanda de divorcio y luego revisados por el Tribunal para su aprobación en la Sentencia de divorcio pero no se adoptan en esta tramitación judicial medidas provisionales.

Es importante subrayar que son los cónyuges los que mejor deben regular la situación jurídica de sus hijos menores. En circunstancias de conflictos es conveniente que los propios progenitores tengan la capacidad necesaria para llegar a un acuerdo sin tener otra limitación que el daño de los hijos o el grave perjuicio a ellos mismos, extremos que podrán ser supervisados por la autoridad judicial en su momento procesal.

Las normas sustantivas sobre el divorcio por justa causa establecidas en el Código de Familia tienen previstas medidas provisionales para resolver cautelarmente sobre los hijos menores aunque no las prevé para el resto de las situaciones jurídicas en que puedan encontrarse los progenitores con lo cual se marca diferente tratamiento a los hijos matrimoniales de los que no lo son (art. 62 CF).

De las regulaciones paterno-filiales del Código de Familia cubano se aprecian las distintas vías por las que se puede determinar sobre los menores ante la crisis de la

[580] Cfr. LÓPEZ PÉREZ, J., La patria potestad…, ob cit., p. 31.

pareja de sus progenitores: vía judicial o vía convencional, que tendrán como límite el interés del menor.

2.2.1. Control y límites

De interés jurídico al tema resulta la afirmación de que las límites que establece la Ley a la autonomía familiar deben ser interpretadas de forma restrictiva por ser principio rector de esta materia la autonomía de la voluntad de los padres[581].

A los progenitores corresponde principalmente determinar cuál es el interés de los menores y sólo en circunstancias especiales que supongan un real peligro para los hijos se justifica imponer límites a los poderes de los padres y consecuentemente la determinación a cargo del juez[582].

Todas las potestades reconocidas a los progenitores en relación con sus hijos menores de edad están sometidas a control mediante la intervención judicial, que actuará con el límite del interés de éstos como principio que constituye también el límite de la actuación de los padres.

Aunque no está previsto en el Código de Familia regulación alguna respecto al desacuerdo de los padres en la toma de decisiones sobre la vida de los hijos menores, esa discordia tiene cauce procesal, según analizaré oportunamente.

Los desacuerdos de los padres en la toma de decisiones en relación con la esfera personal del hijo pueden referirse tanto a la educación y formación como a la salud, recreación e incluso a sus relaciones con terceras personas.

Según la Profesora cubana MESA CASTILLO, en el sistema de Derecho cubano se concibe "un modelo ideológico de familia", por esto los deberes de los padres en el ejercicio de la patria potestad tienen como límite el interés de los mismos pero sometido en el aspecto de la educación al control de los requisitos que para la formación integral de los niños tiene previsto el sistema nacional de enseñanza respecto a su preparación ideológica para la construcción de la Sociedad Socialista.

La doctrina española realiza una clasificación de los límites en el ejercicio de la patria potestad. De acuerdo con DÍEZ-PICAZO, existen límites internos o causales, vinculados a la idea del beneficio del niño, y de carácter externo y objetivo, que se refieren a los requisitos o control a que deben ser sometidos determinados actos[583].

La señalada sistemática conceptual facilita comprender los posibles límites que presenta la autonomía de la voluntad de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad.

2.2.1.1. Límites internos o causales

Los límites internos o causales esencialmente se centran en el beneficio de los hijos como fin único del ejercicio de la patria potestad. Para su objetivación debería preverse la audiencia de los hijos con suficiente juicio en todas las decisiones que les afecten.

---

[581] ECHARTE FELIÚ, A. M., Patria potestad…, ob cit., p. 64.

[582] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., ob cit., p. 135, en este sentido señalan que "(...) la reforma coloca siempre en primer lugar la voluntad de los interesados". En el mismo sentido, CLEMENTE MEORO, M., "De las relaciones…", ob cit., p. 151, apunta conforme a los artículos 90 y 103 que los cónyuges pueden convenir tales efectos y sólo subsidiariamente serán acordados por el juez.

[583] DÍEZ-PICAZO, L., Sistema…, ob cit., p. 290.

El incumplimiento de la señalada prescripción conlleva a una extralimitación en el ejercicio de la patria potestad, que en las normas vigentes cubanas se respalda de manera parcial, aunque la decisión judicial para resolver los desacuerdos de los padres estará guiada únicamente por lo que resulte más beneficioso al menor, no está previsto un medio objetivo para apreciar cuál pudiera ser su interés en estos casos (art. 89 CF).

En Cuba existe la tendencia en algunas instancias municipales de escuchar al hijo menor con suficiente juicio en aquellas cuestiones que pudieran afectarle pero aun es futura la idea de su apoyo legal, con lo cual se afecta en cierta medida el principio del interés del menor, pues resulta subjetivo apreciar la extralimitación en el ejercicio de la patria potestad sin antes oír la opinión del hijo en caso procedente.

El criterio judicial sostenido por el Tribunal Supremo Popular cubano respecto a esta cuestión se aprecia en la Sentencia de 19 de enero de 1984 que declara la improcedencia de la exploración del menor en procesos sobre la determinación de la guarda y cuidado dado que "..se advierte que no se trata de denegación de diligencias de prueba alguna, sino de la inconformidad del recurrente en la forma que hubo de practicarse la que él señala como de reconocimiento judicial y que por lo expuesto en el motivo debe entenderse que se refiere a la exploración del menor (...) con independencia que la prueba referida está exclusivamente autorizada conforme el Código de Familia para los casos de adopción y no para los cuales existen los medios de prueba que establece la Ley"[584].

#### 2.2.1.2. Límites externos y objetivos

Los límites de carácter externo y objetivo son aquéllos requisitos a los que los actos concretos deben ser sometidos o las decisiones de control de la autoridad judicial.

En Cuba existe más control social que judicial sobre las potestades paterno-filiales, lo que se sustenta en el limitado contenido patrimonial de las relaciones familiares que caracteriza el sistema socialista por la inexistencia de la propiedad privada reconocida sólo en la esfera empresarial extranjera.

Los padres podrán, en interés de los hijos bajo su patria potestad, "disponer de los bienes de los mismos, cederlos, permutarlos o enajenarlos por causa justificada de utilidad o necesidad, previa autorización del tribunal competente, con audiencia del fiscal, guiándose únicamente para resolver por lo que resulte más beneficioso para los menores" (art. 87 CF). Este precepto no tiene mayor aplicación práctica por las limitaciones establecidas al Derecho de propiedad especialmente sobre bienes inmuebles.

Por otra parte el ejercicio de los deberes de la patria potestad confiere a los progenitores la facultad de reprender y corregir adecuada y moderadamente a los hijos, sin que se considere en el Código de Familia el auxilio de la autoridad para su ejercicio sobre lo cual se propone por el anteproyecto de Ley para la modificación del Código, que en caso necesario el padre y la madre podrán auxiliarse de los servicios de orientación psicopedagógica existentes en el país[585].

---

[584] STSP de 19 de enero de 1984, Boletín del TSP, La Habana, 1984, p. 69. En igual sentido se pronuncia la STSP 324 de 12 de mayo de 1995, Boletín del TSP, años 1995-1996, p. 105.

[585] Artículo 125 del Anteproyecto para la modificación del Código de Familia: "El padre y la madre están facultados para corregir adecuada y moderadamente a los hijos bajo su patria potestad, sin la

El alto nivel de control social de la familia cubana ha permitido la instauración de las comisiones de atención y prevención social formadas por organizaciones como el Comité de Defensa de la Revolución (CDR) y la Federación de Mujeres Cubanas (FMC) que se integran con miembros de la comunidad y del Estado por municipio, provincia y nación para desarrollar las funciones fundamentales que le vienen atribuidas por el Decreto-Ley 85/1986, de 29 de agosto, todas encaminadas a la actividad social preventiva.

También se ha creado el sistema para la atención a menores con trastornos de conducta regulado por el Decreto-Ley No. 64/1982, de 30 de diciembre, el cual establece medidas que comprenden una amplia variedad de soluciones que van desde el reforzamiento de la actividad educadora de los padres hasta el internamiento de menores de 16 años en escuelas de conducta con el objetivo de reeducarlos bajo la dirección de los ministerios de Educación y del Interior. Al igual que las Comisiones de atención y prevención social este sistema se apoya también en las organizaciones antes mencionadas y otras como la Unión de Jóvenes Comunistas (UJC), la Federación de Estudiantes de la Enseñanza Media (FEEM) y la Organización de Pioneros "José Martí" (OPJM)[586].

Si después de las investigaciones realizadas en la evaluación del menor, se estima que los padres o tutores o personas obligadas a asistirlo y atender su educación no cumplen estas obligaciones, podrán ser advertidos mediante Acta por las autoridades facultadas y si con posterioridad continua igual conducta de desatención o abandono se dará cuenta al Fiscal a los efectos que inicie proceso judicial contra éstos ya que pudiera llegar a integrarse un delito contra el normal desarrollo del menor o un delito de abandono de menores según los artículos 31 y 32 del citado Decreto-Ley.

Esta concepción ha condicionado la propuesta de modificación del Código de Familia en el sentido que de presentarse el abandono material y moral de los hijos sujetos a patria potestad o abusados los mismos en el ejercicio del derecho de corrección, los padres serán responsables conforme a la legislación penal[587].

---

utilización de la violencia física o psíquica, ni métodos humillantes, y en caso necesario auxiliarse de los servicios de orientación psicopedagógica existentes en el país".

[586] Decreto-Ley 64/1982, de 30 de diciembre, según el art. 1 y la Disposición Especial Segunda: "Las escuelas de conducta, los centros de reeducación, los órganos correspondientes de los ministerios de Educación y del Interior; los centros de diagnóstico y orientación; los centros de evaluación, análisis y orientación de menores y cuantas autoridades tengan que ver con la atención a los menores a que se refiere este Decreto-Ley, coordinarán la realización de este trabajo con la Federación de Mujeres Cubanas, la Unión de Jóvenes Comunistas, la Federación de Estudiantes de la Enseñanza Media y la Organización de Pioneros José Martí, a los efectos del apoyo que puedan brindarle dichas organizaciones, de acuerdo con cada una de ellas. Asimismo, solicitarán y utilizarán, según las características del caso o la situación de que se trate, la cooperación que, igualmente puedan bridarle la Central de Trabajadores de Cuba, los Comités de Defensa de la Revolución, y la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños, a cuyos efectos establecerán las coordinaciones correspondientes".

[587] Ley 62/1987, de 19 de diciembre, Código Penal, (Asamblea Nacional del Poder Popular, Gaceta Ordinaria Especial No. 3 de 10 de diciembre de 1987, p. 51), Capítulo III (delitos contra el normal desarrollo de la infancia y la juventud), sección 2. (otros actos contrarios al normal desarrollo del menor) del Título XI (delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud), art. 315.1: "el que no atienda o descuide la educación, manutención o asistencia de una persona menor de edad que tenga bajo su potestad o guarda y cuidado, incurre en sanción… , art. 315.2: en igual sanción incurre el que habiendo sido privado de la patria potestad no contribuye al sostenimiento de sus hijos, en las condiciones y por el término establecido en la Ley, art. 315.3: el que

Si el abandono de los menores por sus progenitores coloca a los niños en estado de desventaja social, éstos a solicitud de los integrantes de la Comisión de atención y prevención social, serán internados en un círculo infantil mixto o en un hogar de menores, según proceda, así la propuesta incluye que cuando las autoridades conozcan de casos de niños abandonados, procederán de inmediato a entregarlos a un centro asistencial de los dedicados a estos fines mientras se realizan las investigaciones de rigor.

En las propuestas de modificación del Código de Familia cubano se establece la distinción entre estado de riesgo, abandono de menores y niños sin amparo filial con semejante tratamiento en cada una de estas situaciones de hecho, todos esos trámites tienen carácter administrativo y en su caso judicial, sin que se disponga hacer las oportunas anotaciones en el Registro Civil salvo para los supuestos de adopción por lo que considero que estas modificaciones tendrán incidencia futura en la Ley del Estado Civil vigente en Cuba cuyas posibles consideraciones desborda los objetivos de esta investigación.

El anteproyecto de Ley para la modificación del Código de Familia propone que cuando el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad colocan al niño o niña en estado de riesgo y no existan familiares que asuman su atención, el Fiscal podrá disponer por resolución fundada y a solicitud de uno de los órganos de prevención y atención social, su internamiento en un Centro de asistencia social.

En el caso de niños o niñas abandonados se propone como medida inmediata su internamiento en un centro de asistencia social especializado previa resolución fundada del Director del centro y para el supuesto que por el padre y la madre se prestará el consentimiento ante autoridad competente para la posible adopción del hijo o hija no será configurado el delito de abandono.

La situación que presentan aquellos niños internos sin amparo filial que no son atendidos por sus padres y familiares durante años, sin que se les prive de la patria potestad a los progenitores y por tanto sin posibilidad de ser adoptados y reincorporarse a un medio familiar, ha motivado la propuesta de que al decursar 180 días de una falta absoluta de atención se proceda a los trámites de la privación de la patria potestad para la posterior adopción de estos menores. Esta propuesta elimina el carácter provisional de la tutela del menor por parte de la entidad pública y la convierte en permanente a partir de los 180 días que se constate la desatención familiar lo que considero excesivo a pesar de existir situaciones que puedan aconsejar esta medida.

Aun con la existencia de la presión social que ejerce la comunidad en la familia cubana, resultaría efectivo conceder facultades al Tribunal para dictar las medidas necesarias, bien de oficio o a instancia del Fiscal, en cualquier caso que se conozcan hechos que perjudican los legítimos derechos de los hijos menores, idea que con variados matices sostiene el actual anteproyecto de Ley para la modificación del Código de Familia en vigor[588].

---

induzca a un menor de edad a abandonar su hogar, faltar a la escuela, rechazar el trabajo educativo inherente al sistema nacional de educación o a incumplir sus deberes relacionados con el respeto y amor a la patria incurre en sanción…".

[588] Artículo del anteproyecto para la modificación del Código de Familia: "cuando el incumplimiento de los deberes a que se refiere el artículo anterior coloque al niño o niña en estado de riesgo y no existan

### 2.2.2. Acuerdo judicial y extrajudicial

En cuanto a la sujeción judicial a los acuerdos, en principio, la voluntad de las partes en los procesos matrimoniales debe prevalecer sobre la del juzgador pero este ejerce su facultad revisora para aprobarlos o rechazarlos sin son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

El Tribunal cubano revisa los acuerdos que se han de presentar con la demanda de divorcio por mutuo acuerdo y vela porque los mismos no sean perjudiciales a los hijos y en su caso puede estimarlos o rechazarlos bajo el criterio de lo que resulte más beneficioso al menor.

Cabe preguntarse hasta dónde alcanza este control judicial si las normas jurídicas paterno-filiales conceden amplio margen de autonomía a los padres para el desarrollo de sus relaciones como mejor lo entiendan a sus intereses familiares, ya que se presume que los padres dispondrán lo más conveniente para sus hijos, criterio extensivo al progenitor que no convive con ellos que goza de la misma presunción.

La vida normal de la familia transcurre en un estado de común acuerdo y armonía en la que los progenitores organizan la vida cotidiana de sus hijos sin aparente conflicto. Es cierto que puede no existir conflicto aunque los padres no convivan juntos por cualquier causa, sea por separación matrimonial de hecho o por ruptura de una unión consensual. En estos casos nada se opone a la adopción de acuerdos entre ellos en cuanto a la dirección y asistencia de los hijos comunes a pesar de no hacer vida en común, pero no están necesariamente obligados a someter este acuerdo a la homologación judicial.

En los supuestos de separación y divorcio, se pone en conocimiento del juez español los acuerdos de los cónyuges como consecuencia de la presentación de la demanda.

Cuando se realiza el divorcio notarial en Cuba, se hace constar en la Escritura el acuerdo adoptado con anterioridad por los cónyuges como una solución extrajudicial de carácter convencional como lo es también la disolución del vínculo matrimonial considerada una novedad en la materia.

En el Derecho cubano existe confusión del legislador del Decreto-Ley 154/1994 del divorcio notarial respecto a la autonomía de los cónyuges para disponer sobre la titularidad de la patria potestad que corresponde a ambos con carácter indisponible, se admite por dicha norma atribuir la patria potestad mediante Escritura Pública con el límite del interés del menor que será valorado por el Notario. Para salvar lo que en mi criterio constituye una infracción constitucional, podría ser una solución, admitir el acuerdo de los progenitores sólo en cuanto a la atribución de funciones del ejercicio.

Los artículos 89 y 90 del Código de Familia establecen el régimen de guarda y cuidado de los hijos inspirado "fundamentalmente por lo que resulte más beneficioso para los intereses de los menores, al punto de que aun mediando acuerdo entre los padres al respecto, la función tuitiva del Tribunal se extiende a resolver la cuestión planteada

---

familiares que asuman la responsabilidad de su atención; el fiscal dispone por resolución fundada y a solicitud de uno o varios de los órganos de prevención y atención social, según proceda, su internamiento en un Centro de Asistencia Social de los dedicados a estos fines de la Red Nacional".

cuando afecte los intereses materiales o morales de los hijos, por lo que resulte más beneficioso para éstos"[589].

La regla del acuerdo (autonomía de la voluntad) que postula el principio de igualdad no puede separarse de la concreta posibilidad de desacuerdo porque la regulación del desacuerdo es "más importante que la abstracta formulación del principio de autoridad conjunta, pues en estos supuestos se pone prácticamente a prueba dicho principio"[590].

Para la resolución de los desacuerdos resulta tradicional atribuir la facultad de decidir a un tercero imparcial, reconocida así la intervención judicial como la más idónea solución posible a los casos de desacuerdo (art. 89 CF)[591].

El artículo 89 del Código de Familia cubano da la posibilidad de acudir al juez en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad y de no mediar acuerdo de los padres o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos, la cuestión se resolverá por el Tribunal competente.

La intervención judicial en los desacuerdos familiares respecto a la patria potestad se justifica para asegurar la tutela de un interés público y la resolución de los conflictos originados por el principio de igualdad de los cónyuges e hijos.

En Cuba se establece el divorcio por justa causa con facultades al Tribunal para valorar las pretensiones de las partes respecto a las cuales dicta auto en que se hace constar las medidas provisionales de estricto cumplimiento durante la sustanciación del trámite y hasta la notificación de la sentencia definitiva. De existir acuerdo entre los cónyuges para el divorcio, lo harán constar mediante Acta notarial sin intervención judicial salvo si se abstiene el Notario, pues en esta situación recae en él la función revisora en ejercicio de la cual deberá velar que el acuerdo no afecte el interés del menor.

#### 2.2.2.1. Solución judicial

La intervención judicial para la solución de los conflictos familiares patrimoniales y personales ha quedado justificada en razón del interés público de los derechos tutelados por la norma, dicha intervención ha sido ampliada a partir del reconocimiento de la plena igualdad de los cónyuges en el gobierno de la familia y en el ejercicio de la patria potestad.

En cuanto al ámbito personal los jueces intervenían en situaciones en que la familia estaba disuelta o en trámites de disolución y su actuación tenía como finalidad dejar constancia de esa situación además de regular las relaciones personales y patrimoniales de la familia disuelta.

Luego del reconocimiento de la plena igualdad de los cónyuges y de los hijos aparecen nuevos tipos de intervención judicial en familias unidas y en funcionamiento pero en conflicto por desacuerdos.

---

[589] STSP Nº. 348 de 31 de mayo del 2002, Expte de Casación civil 364/2002.

[590] Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., "La reforma de la patria potestad en el Derecho francés", ADC, Madrid, 1971, p. 977.

[591] Artículo 89 del Código de Familia: De no mediar acuerdo de los padres o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos, la cuestión se decidirá por el tribunal competente, que se guiará para resolverla, únicamente por lo que resulte más beneficioso a los menores (…)".

Los Tribunales se encuentran facultados para adoptar las medidas necesarias en beneficio del menor aunque no sean coincidentes con las interesadas y ello es así porque las instituciones del Derecho de Familia "participan de los principios de orden público, con aspectos referidos a la calidad imperativa de muchos de sus preceptos y a la singular valoración de algunas de sus reglas, como la que atañe al <<interés del menor>>, que tutela a los miembros más desprotegidos del colectivo parental y permite un mayor intervencionismo judicial"[592].

El Tribunal Supremo Popular cubano sostiene igual criterio al dictar sentencia desestimando recurso de casación por considerar que "no puede reputarse como de incongruente la Sentencia de la primera instancia, pues al ésta regular la comunicación de la madre quejosa con sus hijos, tácitamente mantuvo la guarda y custodia de los menores en el padre, quien la ostenta desde la separación de ambos; sin que de otra parte pueda meramente reputarse de incongruente una sentencia por resolver de modo adverso de quien demanda"[593]. Esto no quiere decir que no pueda reputarse de incongruente una sentencia que contiene un fallo excesivo contrario al acuerdo de las partes que no resulta dañoso a los intereses del menor[594].

El principio de igualdad convierte la intervención judicial en "rueda esencialísima y normal" de la vida familiar. Las partes en plano de igualdad se dirigen a un tercero facultado para dirimir las discordias que presentan, sin que prevalezca la voluntad de una sobre la otra. Al decidir el juez a favor del padre o la madre, lo hace con valoración de los planteamientos de ambos sobre el caso específico bajo examen[595].

Se manifiesta la duda de una parte de la doctrina española sobre si la intervención judicial destruye la unidad y estabilidad de la familia porque la controversia pública podría ahondar más las diferencias de los contendientes. Contra esta opinión se sostiene que la solución judicial no incide en las discordias, pues ya estas existían, representando por el contrario una posibilidad de resolver los conflictos familiares como un último recurso para evitar crisis más graves y una ayuda para recomponer sin traumas la cohesión interna de la familia[596].

Por su parte SEISDEDOS considera que no necesariamente la intervención del juez puede conducir a la reconciliación o la ruptura de las esposos o progenitores en conflicto porque esto depende de diversos aspectos entre ellos; ambientales, personales o sicológicos que no se manifiestan con la misma intensidad en todos los casos. Insiste en que la solución judicial puede constituir una vía de salida para el convencimiento del cónyuge respecto a una solución necesaria y despersonalizada, fuera de la idea de cesión a la imposición de la voluntad del otro. Es evidente que en tales supuestos

---

[592] STS de 27 de enero de 1998, RJ 1998/125.

[593] STSP Nº. 97 de 31 de octubre de 1984, Boletín TSP, La Habana, 1984, p. 91.

[594]STSP Nº. 970 de 28 de septiembre del 2001, expte Nº. 622/2001, esta sentencia considera incongruente el fallo de la sentencia recurrida que otorgó más de lo pedido por la demanda en cuanto al régimen de comunicación del padre con su menor hijo.

[595] CASTÁN TOBEÑAS, J., Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales. Discurso de apertura de los Tribunales, 15 de septiembre de 1954, Madrid, Instituto editorial Reus, 1954. En igual sentido, GARCÍA GARCÍA, M. A., "El llamado interés supraindividual", ob cit., p. 498, se refiere a "indisoluble consorcio" entre ambos y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a los artículos…", ob cit., p. 1064, afirma que "si no se quiere dar preferencia, aunque sea en última instancia, a una de las partes, parece inevitable el recurso del juez".

[596] En este sentido, CASTÁN VÁZQUEZ, "La patria potestad.", EDP, Madrid, 1960, p. 106.

existe la voluntad de entendimiento de ambos al someterse al juez sin optar por la separación o el divorcio[597].

Otros autores señalan la posibilidad de intervención judicial con limitaciones especialmente en cuanto a la educación de los hijos, también que el conocimiento del conflicto entre progenitores por el juez no violenta la autonomía familiar.

SEISDEDOS afirma que las discusiones doctrinales en este aspecto presentan "un trasfondo ideológico más que técnico jurídico y aparecen teñidas de subjetivismo, y descendiendo al plano del Derecho positivo" de forma general se establecen "precauciones para salvaguardar en cierta medida la autonomía de la familia frente a la injerencia estatal" aunque "resulta indudable que la intervención judicial constituye per se una restricción de esta autonomía, ya que la misma quedaría totalmente a salvo si se dejara en manos de los interesados la responsabilidad de llegar a un acuerdo sin posibilidad de correctivos externos, solución ideal en teoría, pero que en la práctica puede poner en peligro el interés de los hijos, el principio de igualdad y la propia estabilidad del núcleo familiar"[598].

Se matiza la situación al estimarse que "no es el juez quien toma la decisión, sino que esta procede del padre o de la madre, pues no se puede convertir el juez en padre de familia, aunque sea ocasional: si bien, se trata más bien de una cuestión óptica, pues en realidad, el juez al conceder la facultad de decisión al padre o a la madre, puesto que conoce los puntos de vista de uno y otro, es quien indirectamente incide sobre el fondo"[599].

El Tribunal en Cuba decide sobre el fondo del asunto que se le plantea por el desacuerdo aunque puede acoger como válida la pretensión de uno u otro padre o dar una solución distinta según considere lo más conveniente al beneficio del menor, lo que repercute directamente en la autonomía de la voluntad de los progenitores.

Entre los inconvenientes señalados a la intervención judicial en los desacuerdos familiares también se crítica la falta de capacidad o idoneidad del juzgador para la resolución de estos especiales conflictos.

Se estima que el juez es un extraño a la intimidad de la familia y le será muy difícil intervenir eficazmente en la complejidad del desacuerdo de los padres, con diversos matices y antecedentes difíciles de percibir desde la distante postura del juez[600]. La valoración del juzgador sobre la mejor solución del conflicto para el interés del menor no se limita a la interpretación y aplicación de la norma sino que también deberá considerar aspectos culturales, sicológicos y sociales entre otros.

Particular dificultad presentan las decisiones a adoptar en la esfera personal de la patria potestad lo que ha propiciado la creación de órganos especializados que atribuyen a los jueces "amplios poderes de iniciativa e investigación, con instrumentos adecuados y con la colaboración y asesoramiento de técnicos y expertos en las materias metajurídicas que afectan la vida de la familia y a la educación y cuidado de los

[597] SEISDEDOS MUIÑO, A., La patria potestad dual, ob cit., p. 110.
[598] Cfr. SEISDEDOS MUIÑO, A., La patria potestad dual, ob cit., p. 114-115.
[599] Cfr. CÁMARA ALVAREZ, M. DE LA, "La reforma española del Derecho de familia y su comparación con el Derecho de otros países europeos", en la Notaria No. 1, 1980, p. 64.
[600] DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., "La patria potestad conjunta.....", ob cit., p. 279.

menores; en cuanto al procedimiento a seguir, se considera que ha de ser informal, rápido y discreto"[601].

Además de las consideraciones expuestas a favor o en contra de la intervención judicial en los desacuerdos familiares existe también el temor a que la posibilidad de recurrir a esta vía sea utilizada en exceso, lo que pudiera perjudicar la vida familiar y la administración de justicia.

Critica esa consideración DÍEZ-PICAZO, pues supone "un grado de conflictividad entre las parejas de progenitores que necesariamente tiene que ser muy excepcional, y que se dará entre cónyuges separados, pero no entre cónyuges en situación de vida en común"; además, al sostenerse esa idea se olvidan "los mecanismos (sicológicos, si se les quiere llamar así) por medio de los cuales los conflictos de una pareja se resuelven y la paz se recupera o no llega a romperse, porque hay uno que cede, o se llega a una transacción, o se esperan compensaciones"[602].

En el ordenamiento cubano se atiende el fondo de la cuestión planteada por el desacuerdo de los progenitores, sea simple o reiterado, para esa decisión se cuidará sobre todo el interés del menor, ya que no se prevé regulación alguna para reconocer la facultad de decidir a uno sólo de los progenitores debido a las discordias surgidas entre ellos en el ejercicio conjunto de la patria potestad.

Para evitar los inconvenientes de la intervención judicial en la autonomía de la voluntad de los progenitores y de la familia en general, la doctrina se plantea la existencia de posibles remedios para la solución de los desacuerdos familiares que de forma breve analizaré en los parágrafos siguientes.

Las soluciones referidas pueden ser endógenas o internas y exógenas o externas y están vinculadas con el juego de la autonomía de la voluntad de los progenitores[603].

#### 2.2.2.2. Solución interna

Esta solución se relaciona con la necesidad de respetar la intimidad y autonomía familiar, en evitación de la injerencia de poderes ajenos a la misma.

Son diversos los supuestos concretos que incluye la doctrina en esta clasificación de solución interna. A criterio de DE PRADA la solución de los desacuerdos en los casos de normal convivencia corresponde al juego de las relaciones privadas de los progenitores sin excluir la intervención del juez en los casos de ruptura familiar, lo cual ha originado críticas, dado que la falta de acuerdo puede darse lo mismo en la convivencia normal de la familia como en la ruptura familiar [604].

Otra opinión sería atribuir la facultad de decisión a uno de los progenitores mediante la Ley, lo que implica dos únicas soluciones: que la facultad se concediera al padre o a la madre. La preferencia de la voluntad de uno de los progenitores sobre el otro sacrifica el principio de igualdad convirtiéndolo en letra muerta, pues su eficacia se pone a prueba precisamente al surgir el desacuerdo entre ellos.

---

[601] Cfr. SEISDEDOS MUIÑO, A., La patria potestad dual, ob cit., p. 117.
[602] Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., "Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad", ADC, enero-marzo, 1982, fascículo I, p. 13.
[603] DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., "La patria potestad conjunta....", ob cit., p. 277-280, establece esta clasificación.
[604] DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., "La patria potestad tras la reforma...", RDN, enero-marzo 1982, p. 269.

Los defensores de este sistema lo estiman como ventaja porque protege la autonomía familiar de intervenciones externas y mantiene la familia, la unidad de dirección. Esta unidad familiar sería formal si se considera que esa forma de protección daría lugar a la desigualdad entre los cónyuges, lo que lejos de solucionar el conflicto podría agravarlo porque la imposición de la voluntad de uno sobre la voluntad del otro conduciría a una reacción de sumisión o rebeldía[605].

Los que rechazan ese sistema consideran que aunque es una solución práctica no garantiza una resolución pacificadora de los desacuerdos entre los padres, además de relegar en su caso la voluntad de la madre en pro de la autonomía de la familia y la unidad familiar, lo que no sería admisible a la luz de las normas que reconocen el principio de igualdad por encima de la pretendida unidad familiar[606].

En marzo de 1983 el Plenario del Congreso Hispanoamericano de Profesores de Derecho de Familia celebrado en Salta, Argentina, abogó por el ejercicio compartido de la patria potestad y se propuso como sistema de solución a los conflictos entre progenitores el siguiente: "En caso de desacuerdos entre ellos, predominará la decisión del padre. Pero se reconoce a la madre un derecho excepcional de recurrir ante la Justicia para oponerse o hacer rever una decisión del padre que fuera abusiva o irrazonable. La decisión de conceder la venia matrimonial, de cambio de religión del menor, de otorgarle la emancipación dativa y de sacar a los hijos del territorio nacional, será siempre conjunta y en caso de divergencia, decidirá el Juez sumariamente"[607].

La solución comentada coloca a la madre en desventaja respecto al padre en tanto ha de llevar la carga del recurso y la carga de la prueba del abuso paterno, por esto ha sido rechazada por la doctrina, que ha propuesto en su lugar, que en caso de desacuerdos cualquiera de los cónyuges pueda recurrir al Juez, que es la solución regulada en las legislaciones actuales[608].

En cuanto a la intervención judicial para resolver los desacuerdos de los progenitores y sus incidencias en la autonomía de la voluntad de los progenitores valen las acotaciones que hemos realizado hasta aquí.

#### 2.2.2.3. Solución externa

Las posibles soluciones internas analizadas afectan el principio de igualdad de los progenitores en el ejercicio conjunto de la patria potestad. Consecuentemente se ha adoptado como solución la intervención de un tercero para dirimir los desacuerdos entre ellos.

La solución acogida por las legislaciones actuales ha sido el recurso al Juez en nuestro caso el recurso al Tribunal competente. A los efectos de buscar soluciones que eviten los inconvenientes que se acusan debido a la intervención judicial en estos conflictos también la doctrina se ha ocupado de proponer alternativas a este sistema entre las cuales se encuentran: el arbitraje de equidad; Tribunales domésticos o Consejo de

[605] SEISDEDOS MUIÑO, A., La patria potestad dual, ob cit., p. 93.
[606] SEISDEDOS MUIÑO, A., ibidem.
[607] Memorias del Plenario del Congreso Hispanoamericano de Profesores de Derecho de Familia celebrado en Salta, República Argentina del 7 al 11 de marzo de 1983. En igual sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J., Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales, Discurso de apertura de los Tribunales, de 15 de septiembre de 1954, Madrid, 1954, p. 135 y siguientes.
[608] SEISDEDOS MUIÑO, A., La patria potestad dual, ob cit., p. 96.

Familia; o la mediación familiar que no serán objeto de estudio detallado en estas líneas.

Sólo algunas palabras para esta última opción por la rapidez que requiere la solución de los conflictos familiares que pudiera ser alcanzada a través de un acuerdo de mediación que en sí mismo evita no sólo la intervención judicial sino que además alivia los sufrimientos que están presentes en estas situaciones[609].

Han sido considerados muchos conceptos de mediación, ya que insertada la familia en la sociedad se requerirá que exista una mayor relación entre la mediación y la realidad familiar a la que va dirigida para su mejor funcionamiento y rendimiento social. Entre los conceptos y definiciones dados por diversos autores; unos asocian la mediación familiar a la idea de resolución de conflictos conocido por el modelo de mediación directiva o modelo centrado en la satisfacción de intereses que es la concepción tradicional lineal,[610] otros responden a un modelo distinto de mediación centrado en la comunicación que se conoce como mediación transformadora basada en la comunicación humana y el aspecto racional[611] y por último los que se adscriben a un modelo intermedio que es el denominado modelo circular narrativo que es una vía "en la que una de las finalidades principales de la mediación familiar es transformar la relación entre las partes implicadas en el conflicto, sin olvidar como fines intermedios del proceso: a) cambiar el significado de las historias de las partes, y b) lograr un acuerdo"[612].

En Cuba no está regulada la Mediación Familiar para la posible resolución de los desacuerdos entre los progenitores, pero existen distintas actividades ajenas a la vía judicial que se realizan como solución externa a los problemas familiares a cargo de organizaciones no gubernamentales dedicadas a labores político-sociales.

En la Casa de orientación de la mujer y la familia de la Federación de Mujeres Cubanas (FMC), se realizan trabajo comunitario gratuito y mediante la persuasión a los integrantes de la pareja disuelta, muchas veces más efectiva que la resolución judicial, han conseguido el encuentro y la reunificación de padres e hijos[613].

Por otra parte, se han creado escuelas en toda la Isla para la formación de trabajadores sociales que estudian y trabajan vinculados a la atención, orientación y

---

609 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados VIII Legislatura, Serie A Proyectos, 1 de diciembre de 2004, núm. 16-1, Proyecto de Ley 121/000016 por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, que entrará en vigor en España en el año 2005 plantea en su exposición de motivos que "la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo a los intereses de los hijos…", lo que abona el terreno para que los progenitores intenten la solución de sus diferencias mediante procedimientos extrajudiciales más adecuados como la mediación.

610 BARUCH BUSCH, R. A. y FOLGER, J. P., Promesa de Mediación, Granica, Barcelona, 1996, p. 28, consideran que este modelo es directivo dado que su función es intervenir sin disimulo en el conflicto para resolverlo y eliminarlo.

611 RIPOL-MILLET, A., Familias. Trabajo social... y mediación, Paidós, Barcelona, 2001, p. 47, según este autor la función de la mediación transformadora se convierte en un instrumento del desarrollo humano. En igual sentido, SIX, J. F., Dinámica de la mediación, Ed. Paidós, Barcelona, 1997, p. 186.

612 Cfr. RODRÍGUEZ LLAMAS, S., Mediación familiar: fundamento y modelos jurídicos, Tesis doctoral, Valencia, 2003, p. 256.

613 A partir de esta experiencia se propone en el artículo 134 del anteproyecto de Ley para la modificación del Código de Familia: "la facultad del Tribunal de disponer un punto de encuentro o reunión para hacer efectiva la comunicación cuando ésta se imposibilita por divergencias entre los progenitores".

ayuda de la familia en la comunidad especialmente dedicados a la protección social de los niños. Se dispone también del Consejo de atención a menores del Ministerio de Educación presidido por el Director municipal o provincial en su caso que se orienta a este trabajo de prevención social.

Las Comisiones de prevención y atención social (CAPS) en sus distintos niveles territoriales, creadas por el Decreto-Ley 95/1986, de 29 de agosto, les atribuye funciones importantes como la reguladora, la protectora, la educativa, la analítica y de pronósticos y la función coordinadora para la integración de los intereses de las entidades gubernamentales y no gubernamentales para la evaluación y solución de los casos sometidos a su consideración, entre los que tienen particular relieve aquéllos relacionados con las problemas del menor.

### 2.3. Intervención del Fiscal en defensa del interés del menor

La importancia de la participación del Ministerio Público en la problemática familiar impone examinar su actuación sobre todo en lo que se refiere al ejercicio de la patria potestad en el ámbito estudiado.

En Cuba, se promulgó la Ley 83/1997, de 11 de julio, en vigor desde enero de 1998 que regula la organización y funcionamiento de la Fiscalía General de la República, órgano del Estado al que corresponde como objetivos fundamentales, el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución y demás disposiciones[614]. Se confiere a las decisiones del Fiscal en función de la observancia de la legalidad el efecto vinculante, con la finalidad de obtener mayor efectividad y rapidez en la solución de las infracciones de la Ley, sin perjuicio de las obligaciones de los órganos, autoridades y funcionarios de adoptar las disposiciones correspondientes para restablecer la legalidad quebrantada o las medidas necesarias para evitar su quebrantamiento[615].

El Fiscal tiene una amplia e importante participación en el control del debido cumplimiento de las obligaciones paterno-filiales en mérito al interés público de la institución y su actuación en algunos casos ha resuelto situaciones conflictuales de progenitores en el ejercicio de la patria potestad.

En Cuba no se reconoce legitimación al Fiscal para intervenir en los procesos judiciales sobre la situación jurídica de los hijos menores de edad cuando ambos progenitores son cotitulares de la patria potestad pero si para instar mediante incidente en las propias actuaciones, el cese de la suspensión del ejercicio de la patria potestad, así como la modificación en ese caso, de cualquiera de las medidas relacionadas con la representación legal de los menores, su guarda y cuidado, la pensión alimenticia y régimen de comunicación entre padres e hijos cuando hayan variado las circunstancias que justificaron su adopción en sentencias dictadas por los Tribunales de lo civil e igualmente podrá instar para que el Tribunal provea, según

---

[614] Ley 83/19978, de 11 de julio (Asamblea Nacional del Poder Popular, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 8 de 14 de julio de 1997), p. 69, Art. 1: "...del estricto control de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos; y la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado".

[615] De la Ley 83/1997, Art. 21: "La resolución que emite el Fiscal para que se restablezca la legalidad no puede interferir en la esfera de atribuciones exclusivas de los órganos y organismos del Estado, siendo de obligatorio cumplimiento por parte del órgano, autoridad o funcionario al cual se dirige, quien dispondrá de un plazo de viente dias para informar al Fiscal sobre las medidas adoptadas".

proceda sobre dichas medidas cuando a ambos padres o a uno de ellos se les hubiere privado de la patria potestad, o se hubiere suspendido en su ejercicio por sentencia dictada por los Tribunales de lo penal (arts. 97 y 98 CF).

Se prevé en el anteproyecto de Ley para la modificación del Código de Familia, ampliar la legitimación del Fiscal para instar la suspensión de la patria potestad en casos que proceda y además para solicitar el régimen de comunicación de los menores con los progenitores o con sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad en determinadas situaciones[616].

Es preceptivo oír al Fiscal que expondrá su parecer mediante dictamen en los expedientes de utilidad y necesidad para obtener autorización judicial a los fines de disponer o enajenar bienes del hijo menor (art. 584 LPCALE)[617], y en los expedientes de adopción (art. 105 CF). El Fiscal comparece ante Notario para representar al menor o al incapacitado, cuando carecen de representantes legales o se aprecie contradicción de intereses entre éstos, en cuyas circunstancias también los podrá representar en juicio (art. 25 de la Ley 83/1997). Y siempre que lo estime necesario, instará la constitución de la tutela (art. 141 CF).

Se concede al Fiscal facultad para representar y defender a los menores, incapacitados y ausentes en juicio hasta que se les provea de tutores, representantes o encargados del cuidado de su persona o de la defensa de sus bienes y derechos (art. 48 LPCALE). También interviene en asuntos de naturaleza civil y familiar en que estén comprometidos el orden público y el interés social (art. 8 de la Ley 83/1997)[618].

El capítulo IV de la Ley de la Fiscalía General se dedica al tema de la protección de los menores a cargo del Fiscal, éste ejercerá funciones relacionadas con el control y preservación de la legalidad en atención a los menores con amplias facultades en el ámbito de las actuaciones relativas a la tutela y educación de menores sin amparo filial, en la atención a menores que hayan incurrido en conductas infractoras o hechos tipificados como delitos y de las escuelas de conducta y centros de reeducación de menores.

Además, el Fiscal queda facultado por la Ley para representar y defender a los menores que carezcan de representante legal o cuando los intereses de éste sean

---

[616] Del anteproyecto de Ley de modificación del Código de Familia, el art. 136: "En los casos de padres o madres declarados ausentes, o incapaces, o suspendidos o privados de la patria potestad, o que hayan fallecido, el tribunal a petición del fiscal o de persona con interés legítimo, puede regular la comunicación del menor de edad con los abuelos, abuelas y otros parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad", y el art. 142: "El Tribunal de oficio o a instancia del Fiscal o de otra parte interesada, adopta las medidas provisionales que proceden durante la tramitación del proceso para la suspensión o privación de la patria potestad, de acuerdo a las circunstancias del caso, procurando en todo caso lo más beneficioso para el hijo o hija menor de edad".

[617] De la Ley 7/1977, de 19 de agosto, Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral, LPCALE (Asamblea Nacional del Poder Popular, Gaceta Oficial Ordinaria No. 34 de 20 de agosto de 1977, p. 417. Disposiciones generales sobre procedimiento especial de jurisdicción voluntaria; art. 584: "Se oirá al Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos y cuando se refiera a personas o bienes cuya protección o defensa competa a su autoridad. El fiscal emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente".

[618] De la Ley 83/1997 citada se estable en el artículo 8: "La Fiscalía General de la República para el cumplimiento de sus objetivos, tiene las funciones principales siguientes:...g) ejercer en representación del Estado las acciones judiciales que correspondan conforme a la legislación vigente, en función del interés social y en su caso, en representación de menores, ausentes o incapaces; (…)".

contrapuestos a los del menor de lo que puede colegirse que el Fiscal tiene legitimación siempre que el menor carezca de representación legal, por tanto, no interviene en los procesos en los cuales se decide sobre la situación jurídica de los menores de edad cuyos progenitores ostentan la patria potestad[619].

2.4. La figura del defensor de menores

Al desaparecer en Cuba la figura del defensor de menores que estaba prevista en el artículo 165 (Título VIII del Capítulo III) del Código Civil, derogado por la disposición final segunda del Código de Familia, se somete a consulta ante el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular la duda existente en cuanto el procedimiento a seguir para su designación, teniendo en cuenta que:

"(...) ni en el Código de Familia, ni en la Ley de Procedimiento rituaria aparece norma de aplicación a estos casos, -estimando el consultante que-, si a bien se tiene, se oriente, si el Tribunal, a tenor de lo que disponen los artículos 39 y 40 de la Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral, puede de oficio, designar un defensor de menores, a menores que tengan intereses encontrados con sus padres o qué procedimiento debe seguirse para ello, por entender que lo dispuesto en el artículo 48 de dicha Ley no es de aplicación al asunto, por tratarse de menores que no se encuentran en situación que se les provea de tutores por tener padres"[620].

Esta consulta fue evacuada con la confirmación del Acuerdo 152, de 7 de abril de 1975, mediante el Dictamen número 50 aprobado por el Acuerdo número 69 de 10 de febrero de 1979, que considera que en estos casos la representación corresponde al Fiscal[621].

Ante la existencia de la señalada situación de hecho no existía precepto legal alguno que ofreciera una solución jurídica, por lo que fue suplida esta omisión legislativa con el citado dictamen del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

No fue hasta la promulgación del nuevo Código Civil de 1987 dada su aplicación supletoria, que se da solución legal a la desaparición del defensor de menores mediante el artículo 60 previsto para la representación de los actos jurídicos por el Fiscal cuando el representante legal tuviere un interés opuesto a su representado. Posteriormente se promulgó la Ley 83/1997 de la Fiscalía General de la República que

---

619 De la Ley 83/1997, el Capítulo IV establece las funciones del Fiscal para la protección de los menores contenidas en el artículo 25.-1. "Los órganos de la Fiscalía General de la República están facultados para realizar, a través del Fiscal designado, las funciones relacionadas con el control y preservación de la legalidad en la atención a los menores. 2.- El Fiscal actuante tiene las funciones siguientes: a) representar y defender a los menores que carezcan de representante legal o cuando los intereses de éstos sean contrapuestos a los del menor. b) Visitar los hogares e instituciones dedicados a la tutela y educación de menores sin amparo filial para conocer la situación legal de éstos y proteger sus derechos, bienes e intereses, disponiendo las medidas que procedan". Entre otras funciones que regula este precepto.

620 SEFER ZARATE, I., "Comentarios sobre cuestiones de familia", Revista Cubana de Derecho, Año XI, No. 19, La Habana, 1978, p. 96, cita la consulta de forma literal con referencia al Acuerdo del Tribunal Supremo Popular.

621 La Ley 83/1997, de la Fiscalía General de la República establece en el artículo 25, las funciones del Fiscal para la protección de los menores entre las cuales faculta al Fiscal en el apartado 2. a) para representar al menor cuando los intereses de sus representantes legales sean contrapuestos a los de él.

en en defensa de la protección de los menores por su artículo 25.-2. a) se faculta al Fiscal para representar a los mismos en esa situación especial[622].

3. La guarda y cuidado de los menores vinculada a la esfera personal de la patria potestad. 3.1.- Terminología y concepto. 3.2.- Contenido. 3.2.1.- Convivencia. 3.2.2.- Cuidado del hijo menor. 3.2.3.- Debida protección. 3.2.4.- Educación y formación integral de los hijos. 3.3.- Fundamento. 3.4.- Variantes de guarda. 3.4.1.- Guarda unilateral. 3.4.2.- Guarda alternada o compartida. 3.4.3.- Guarda conjunta. 3.4.4.- Guarda a cargo de tercero. 3.4.5.- Guarda a los abuelos 3.5.- Posición jurídica de los titulares de la patria potestad cuando no vivieren juntos. 3.5.1.- Potestad y funciones del guardador.- 3.5.2.- Potestad y funciones del no guardador. 3.5.3.- Facultad de corrección. 3.6.- Responsabilidad civil de los progenitores.- 3.6.1.- Responsabilidad por los actos dañosos de sus hijos.- 3.6.2.- Responsabilidad por actos dañosos de sus hijos penalmente tipificados.- 3.6.3.- Responsabilidad de daños en Derecho de Familia.

### 3.1 Terminología y concepto

El Código de Familia establece que respecto a la guarda y cuidado de los hijos menores se estará al acuerdo de los padres cuando éstos no vivieren juntos (art. 88 CF), pues "lo corriente es que nadie mejor que los mismos padres puedan regular del modo más conveniente esta delicadísima materia; inspirados en su mutuo amor a la prole, en el conocimiento exacto de las condiciones económicas y morales de los miembros de ese grupo familiar regularán el cuidado de los hijos con menos probabilidad de error y daño que el Juez, aplicando mecánicamente una regla legal o resolviendo discrecionalmente con escaso conocimiento de las personas afectadas"[623].

De no mediar acuerdo de los padres sobre la guarda y cuidado de los hijos o de ser el mismo atentatorio a sus intereses materiales o morales, decidirá el Tribunal competente que se guiará para resolver, por lo que resulte más beneficioso para los menores. La Ley concede un derecho preferente a la madre cuando los hijos se encontraban en compañía de ambos progenitores al producirse el desacuerdo, salvo que razones especiales aconsejen otra solución (art. 89 CF). Se sostiene esa idea en la norma legal cubana, por lo que únicamente puede prosperar la oposición a la atribución de la guarda y cuidado a la madre en el supuesto que ésta estuviera impedida de asumirla por diversas razones, algunas de las cuales intentaré analizar en el capítulo siguiente dedicado a la atribución de esta responsabilidad parental.

La guarda y cuidado tiene una especial connotación, es la función más dinámica de la patria potestad, especialmente cuando los padres no viven juntos. Esta función está íntimamente relacionada con otras funciones de la esfera personal de la patria potestad, tales como la educación, la formación integral, el derecho de corrección y la comunicación de los menores con el progenitor no guardador. Atendiendo a la vinculación de estas funciones paterno-filiales, analizaré oportunamente el tratamiento teórico, legal y práctico de cada una de ellas.

---

[622] El artículo 60 del Código Civil cubano y el artículo 25.- 2. a) de la Ley 83/1997 fueron transcriptos antes en nota al pie 127 y 371 respectivamente.

[623] Cfr. DIAZ PAIRÓ, A., El divorcio en Cuba, Biblioteca de la Revista de Derecho, Serie A, T. III, La Habana, 1935, p. 415.

El aspecto personal referido al régimen de comunicación o visita del hijo menor con el progenitor no titular de guarda es objeto de análisis en el último capítulo de esta investigación por ser tema recurrente con el funcionamiento de la guarda, puesto que la actuación del guardador puede favorecer o perjudicar el disfrute efectivo de este derecho con repercusión en el desarrollo de la relación familiar. El incumplimiento del régimen de comunicación o visita obstaculizado por el guardador puede dar lugar a un cambio de la titularidad de guarda (art. 90 CF) mientras que el incumplimiento por parte del no guardador no encuentra solución efectiva en las normas.

Es válido insistir que la guarda y cuidado requiere de la convivencia diaria con el niño, indispensable para su cuidado directo y debida protección. Estas condiciones constituyen elementos esenciales para el desarrollo de todas las funciones paterno-filiales, especialmente aquellas vinculadas a la esfera personal.

La doctrina jurídica reconoce distintas denominaciones para referirse al cuidado directo de los hijos sujetos a la patria potestad, tales como "guarda y cuidado", como "guarda", "tenencia" y algunas veces como "cuidado de los hijos", también como "guarda y custodia".

Antes de tratar de precisar el concepto y alcance de la institución que nos ocupa, vale realizar algunas precisiones terminológicas, por ejemplo, se utiliza el término guarda y custodia englobando una medida de carácter personal respecto de los hijos menores por la convivencia de éstos con los dos o uno de los progenitores.

El término custodia es una expresión cuyo significado se relaciona con el carácter patrimonial del depósito a los efectos de garantizar el cuidado de las cosas previsto para las relaciones contractuales. El cuidado del niño sujeto a la patria potestad, que es la finalidad que se pretende conseguir cuando se utiliza el término custodia de los hijos menores de edad, no responde al sentido ético, afectivo y humano que entraña, por lo que resulta peyorativo hablar de custodia de los niños a favor de uno u otro progenitor.

Consideramos más apropiado utilizar el término guarda y cuidado de los hijos menores que asume el Código de Familia cubano, ya que dicha terminología se relaciona directamente con el fundamento y la función tuitiva de la patria potestad.

El Código de Familia utiliza la expresión guarda y cuidado como el primer derecho-deber de la patria potestad. Así, establece que la patria potestad comprende el derecho deber de los padres de: <<tener a sus hijos menores de edad bajo su guarda y cuidado, esforzarse para que tengan una habitación estable y una alimentación adecuada; cuidar de su salud y aseo personal; proporcionarle los medios recreativos propios para su edad que estén dentro de sus posibilidades; darle la debida protección; velar por su buena conducta y cooperar con las autoridades correspondientes para superar cualquier situación o medio ambiental que influya o pueda influir desfavorablemente en su formación y desarrollo>> (art. 85-1 CF), además de compartir con el otro padre el cumplimiento de los demás deberes que le impone el ejercicio de la patria potestad.

Se establece una relación detallada de aspiraciones respecto al cuidado directo de los hijos menores de edad, por lo que se deduce que el legislador cubano ha tratado de prever todos los deberes requeridos para el cumplimiento de esa función parental. Del análisis del citado artículo del Código de Familia, se aprecia que los derechos-deberes relacionados forman parte del contenido de la guarda y cuidado de los hijos menores

sujetos a la patria potestad en cualquiera de las situaciones jurídicas en que pudieran encontrarse los progenitores.

Aunque es característico del derecho cubano que la hipótesis de la norma sea precisa y definida a los fines de concretar las condiciones de su aplicación, estimo que no es necesario detallar los deberes que pueden comprender el cuidado de los hijos menores de edad, sino que lo más importante es ajustar su concepción "al sentido ético moral de la función tuitiva de la patria potestad"[624].

Lo esencial para desempeñar la función de la guarda y cuidado comprende una doble consideración; de una parte es derecho y de otra deber de los progenitores a tener consigo a su hijo menor bajo el mismo techo (convivencia) para cuidarlo con debida diligencia (aseo, alimentos, salud, seguridad personal, recreación), y controlar sus relaciones en el medio que le rodea, estos son derechos deberes paterno-filiales que en principio deben ser compartidos por ambos progenitores.

En cuanto a la guarda y cuidado propiamente dicha, en el anteproyecto de Ley para la modificación del Código de Familia se propone añadir la obligación de cumplir esta función, "amando a los hijos, procurándoles estabilidad emocional, contribuyendo al desarrollo de su personalidad, teniendo en cuenta sus capacidades, actitudes e inclinaciones"[625], aspectos importantes, no regulados en la legislación vigente.

Ha existido el planteamiento de deslindar los conceptos de cuidado y poder sobre los hijos menores a los efectos de ubicar las facultades que comprende uno y otro término, digamos, delimitar las facultades en el cuidado de los hijos de aquéllas otras que son contenido de la patria potestad.

De acuerdo con DÍEZ-PICAZO el cuidado comprende la convivencia con el hijo y su alimentación en especie mientras el otro padre se limita a la prestación económica. Pero según este autor más difícil de resolver es el problema de las facultades de la educación, instrucción y moderada corrección, "tan inseparables de la patria potestad como del hecho de tener a los hijos en compañía", considera que "el problema es arduo y no se ve una solución clara como no sea considerar la patria potestad como poder preferente y remitir en todo caso los conflictos a la decisión judicial"[626].

CASTÁN TOBEÑAS planteaba la necesidad de distinguir entre "quedar al cuidado" y "quedar bajo el poder y cuidado" sin dejar aclarado el alcance de esta distinción[627].

De acuerdo con la ley positiva cubana también la guarda del hijo sometido a la patria potestad va unida al cuidado, que es responsabilidad de ambos padres pero al ocurrir la crisis de la pareja de los progenitores uno de los dos se hará cargo en exclusiva de esa responsabilidad debido a la falta de convivencia de ellos (arts. 85.1 y 89 CF).

Existen aspectos personales de la patria potestad que requieren el contacto diario con el niño, por eso sólo se desarrollan a plenitud por el progenitor con el que convive y únicamente pueden ser ejercidos por los dos progenitores cuando el hijo menor convive con ambos.

---

[624] Cfr. LÓPEZ PÉREZ, J., La patria potestad…, ob cit., p. 62.
[625] Artículo 124 del anteproyecto de Ley para la modificación del Código de Familia.
[626]Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., "La situación jurídica del matrimonio separado", RDN enero-marzo, 1961, p. 105.
[627] Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J., Derecho civil español, común y foral, Tomo V, Derecho de familia. Relaciones conyugales, 9ª edición, 1976, p. 899.

La guarda y cuidado es una de las funciones esenciales de la patria potestad, en virtud de la Ley cubana vigente significa el cuidado directo del hijo menor y en su caso, por falta de convivencia de los padres, queda a cargo de uno de ellos, en cuya situación se impone determinar si el derecho deber de guarda y cuidado incluye o no el poder de decidir sobre el niño[628].

El criterio judicial cubano considera que "la patria potestad comprende, entre otros, el deber de vivir con los hijos para protegerlos y cuidarlos, y si bien en caso de divorcio aquélla se desdobla y puede uno de los progenitores disfrutarla y, sin embargo, no ejercitar la guarda y cuidado, no cabe dudas que en el supuesto que el progenitor que la ejerciera falleciere, el otro, ipso facto, consolida en sí todos y cada uno de los derechos y deberes que la patria potestad entraña"[629]. Esta interpretación del Tribunal Supremo Popular deja sentado que aunque uno de los padres no ejercite la guarda por razón de divorcio, conserva el derecho-deber de vivir con los hijos para protegerlos y cuidarlos como una expectativa del ejercicio de la patria potestad.

La guarda como concepto general es el cuidado directo del hijo menor pero al quedar esta titularidad atribuida a uno sólo de los padres surge el problema de definir si a este corresponde la guarda sólo como el derecho y la obligación de cuidar de su hijo o como el poder de decidir sobre su esfera jurídica, además de su cuidado, alternativas que conducen a dos posibles conceptos de guarda.

La autora GARCÍA PASTOR realiza un estudio detallado de la guarda de los hijos cuyos padres no conviven y respecto a la duda comentada señala que: "La inclusión o exclusión de tal poder de decisión nos dará dos conceptos distintos de guarda: la guarda como el derecho y la obligación de cuidar al niño, o la guarda como responsabilidad global del niño, incluido el poder de decidir sobre su vida además del derecho y deber de cuidarlo"[630].

Esa consideración de estimar el ejercicio de la patria potestad (poder de decisión) y la guarda y cuidado (cuidado del niño) como figuras distintas se asimila a la concepción del Código de Familia cubano aunque este establece el ejercicio la patria potestad como derecho-deber conjunto de ambos padres en todos los supuestos, mientras la norma española reconoce la posibilidad de atribución del ejercicio de la patria potestad a favor del progenitor con quien el hijo convive, además el juez puede atribuirlo a ambos padres o distribuir entre ellos las funciones que le son propias (art. 156 CC).

De la sistemática del Código de Familia relativa a las relaciones paterno-filiales se establece una sección dedicada a regular la patria potestad y el ejercicio y otra sección para regular la guarda y cuidado: <<sección primera: de la patria potestad y su ejercicio; sección segunda: de la guarda y cuidado y de la comunicación entre padres e hijos>>, lo que nos conduce a afirmar que guarda y ejercicio de la patria potestad también en el Derecho cubano son dos figuras distintas.

---

628 STSP de 31 de diciembre del 2003, expte Nº. 921/2003, esta sentencia rechaza la guarda y cuidado del menor hijo a favor de la abuela materna, "por cuanto como bien reconoce la Sala, la guarda y cuidado de los hijos menores deviene del ejercicio de la Patria Potestad, y por tanto corresponde a los padres".

629 STSP Nº. 24 de 28 de febrero de 1986. Boletín del TSP, Ed. Extraordinaria, La Habana, 1986, p. 48-49.

630 Cfr. GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit., p. 74.

El legislador cubano reconoce el ejercicio de la patria potestad conjuntamente por ambos padres (art. 83 CF). En consecuencia, el poder de decidir sobre el hijo no se incluye en el contenido de la guarda y cuidado, aun cuando parece una cuestión inseparable.

La guarda y cuidado engloba los deberes de la patria potestad que están taxativamente relacionadas en el mencionado artículo 85-1 del Código de Familia. De su lectura se deduce que para desarrollar esas funciones el guardador podrá adoptar sólo aquellas decisiones que se vinculan con la inmediatez requerida por la convivencia diaria a los fines de la debida protección del niño.

La guarda y cuidado es uno de los principales derechos-deberes derivados de la titularidad de la patria potestad; por ello, toda medida que se adopte en relación con ésta ha de tener en cuenta esa circunstancia. De las consecuencias que con relación a los hijos se derivan de la ruptura de la convivencia de los progenitores, "quizá la más importante y trascendente en la vida presente y futura de los menores, sea la relativa a la atribución de la guarda y custodia"[631] de los mismos, cuestión que será objeto de estudio en el cuarto capítulo de esta tesis doctoral.

En resumen, la guarda y cuidado comporta un conjunto de funciones paterno-filiales que necesitan inmediatez para el cuidado directo del hijo, lo cual requiere la convivencia diaria pero no el poder de decisión en la esfera jurídica del hijo menor, ni tampoco el poder de decidir cómo se deberá desarrollar esa función por ser conjunto el ejercicio de la patria potestad por los progenitores en el sistema de Derecho cubano.

### 3.2. Contenido

La guarda y cuidado es uno de los deberes y facultades de los padres que forma parte de la patria potestad, se entiende como el conjunto de funciones necesarias para el cuidado directo del niño, su contenido comprende la convivencia con el hijo menor, diligencia en su cuidado y su debida protección (art. 85-1 CF).

Otras funciones de la patria potestad, como la educación (art. 85-2 CF), formación integral (art. 85-3 CF) y corrección de los hijos, que son también responsabilidad de ambos padres (art. 86 CF), se desarrollan vinculadas a la guarda y cuidado, que están principalmente a cargo del guardador cuando no existe convivencia de los padres.

Cuando la guarda y cuidado la ostenta uno de los progenitores, se amplía su contenido porque el guardador tiene además la obligación de cumplir con la función de colaborar con el régimen de comunicación establecido entre el hijo y el otro progenitor, ya que se sanciona con el cambio de guarda el incumplimiento a causa del guardador (art. 90 CF), sin perjuicio de la responsabilidad penal que se origine por tal conducta.

El guardador no tiene poder para decidir cómo desarrollar sus funciones al tener con el otro progenitor el ejercicio conjunto de la patria potestad que acoge el ordenamiento cubano, por lo cual está obligado a colegiar con el no guardador las decisiones que recaen sobre la asistencia y dirección del niño. No existe el indicado límite cuando el no guardador ha sido suspendido del ejercicio o privado de la patria potestad por decisión judicial.

---

631 Cfr. BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. DEL S., "Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial", ob cit., p. 1160.

Autores españoles se han ocupado de explicar el contenido concreto de la guarda y cuidado de los hijos con la finalidad de evitar confusión entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, pues cuando ambos padres conviven comparten sus funciones, pero cuando están separados, el ámbito de actuación del guardador sólo responde al hecho de ser el encargado del cuidado directo de los hijos. RIVERO HERNÁNDEZ ha considerado los derechos que confiere a su titular la guarda por sí sola, que de acuerdo con el supuesto del art. 156-5 del Código Civil, concede el ejercicio al guardador[632].

Al respecto considera GARCÍA PASTOR que "las facultades y derechos derivados del ejercicio de la patria potestad no integran la guarda sino que la acompañan y, por tanto, el contenido propio de la guarda queda sin tratar"[633].

A partir del concepto de guarda introducido en este estudio entendido como el conjunto de funciones paterno-filiales que necesitan inmediatez para el cuidado directo del hijo, sería útil definir si cuando ésta queda atribuida a uno de los progenitores "absorbe el contenido total de esas funciones, privando de ellas al otro progenitor"[634].

Para desarrollar esas funciones se necesita el contacto constante de padre e hijo, lo que no es obstáculo para que el padre que no convive con él pueda desarrollar en parte aquellas funciones que no necesitan la inmediatez de la relación con el hijo. En consecuencia, la guarda incluirá las funciones que requieran de tal urgencia, mientras el no guardador participará en la medida que ostenta el ejercicio y/o la titularidad de la patria potestad.

La guarda y custodia no tiene su contenido en la adopción de medidas de trascendencia, sin que ello suponga restarle valor e importancia a esta función, cuyo desempeño se relaciona con la vida cotidiana que sin duda es decisiva en cuanto a la formación integral del hijo.

#### 3.2.1. Convivencia

No es posible la guarda y cuidado del hijo menor sin la convivencia con el mismo en tanto es condición indispensable para el cumplimiento de esta función.

Nuestra ley positiva no establece el derecho-deber de los padres de tener a sus hijos en su compañía, pero se deduce del artículo 85-1 del Código de Familia cubano esta importante y natural potestad al establecer el derecho-deber de los padres de tener a los hijos bajo su guarda y cuidado. Ésta potestad presupone el derecho de vivir con el hijo menor como contenido esencial sin el cual no es posible cumplir su cometido.

Al producirse la reforma de la patria potestad con una nueva concepción vista en función del sometido y no de sus titulares, resulta más difícil aceptar el poder de los padres de decidir sobre el domicilio de los hijos donde estimen por conveniente, ya que es presupuesto de la patria potestad que la convivencia de los progenitores con el hijo es la situación más favorable a su desarrollo y consecuentemente a su interés. Por tanto, sólo se acepta que los hijos se mantengan al cuidado de terceros cuando sea necesario al interés de los mismos por razones de salud o estudios y ocasionalmente

[632] RIVERO HERNÁNDEZ, F., Matrimonio y divorcio..., ob cit., p. 656.
[633] Cfr. GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit, p. 84.
[634] Cfr. GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ibidem, p. 85.

por necesidad familiar justificada. En la actualidad el margen de actuación de los padres en el sentido expuesto se ve limitado por el interés del menor[635].

Es común observar a los niños conviviendo con los abuelos maternos o paternos o con otros familiares allegados por decisión de los progenitores que mantienen la relación paterno-filial muy semejante a la del padre no guardador con régimen de visita. En esta situación surge la duda de si tal conducta de los padres constituye un incumplimiento de los deberes de la patria potestad de tener a sus hijos bajo su cuidado o si por el contrario se les debe reconocer el poder de fijar el domicilio de los hijos con un tercero.

En Cuba es posible mantener al hijo menor bajo la guarda y cuidado de un tercero únicamente por acuerdo extrajurídico de los padres, convivan éstos o no, ya que es una facultad derivada del ejercicio de la patria potestad, pero la ley no autoriza ese supuesto de fijar la residencia del hijo menor de edad con un tercero.

Si por el contrario, la decisión referida es tomada sólo por el progenitor que ostenta la guarda y cuidado, aun por razones justificadas o excepcionales, puede ocasionar el cambio de esta medida a favor del otro progenitor si reclamara judicialmente este derecho porque esto se considera un incumplimiento de los deberes de la patria potestad, que establece como deber principal tener a sus hijos bajo la guarda y cuidado directo (art. 85-1 CF).

Ha de tenerse en cuenta que la convivencia no es un atributo exclusivo del guardador sino que es un derecho compartido con el otro padre, el cual mientras no es guardador materializa dicha convivencia mediante el régimen de comunicación que haya quedado establecido al determinarse la atribución de la guarda y cuidado del hijo común. Se aprecia un margen de cumplimiento en el ejercicio de este deber y a la vez el derecho de los padres de convivir con sus hijos menores que depende en gran medida del interés de éstos, pero el derecho a decidir la residencia del hijo con un tercero no está dentro de las facultades del guardador.

Al ser la convivencia con el hijo un derecho-deber de la patria potestad corresponde por igual a ambos progenitores, por lo que no se encuentra facultado el guardador para decidir la residencia del hijo con un tercero sin el consentimiento previo del otro progenitor, ya que la guarda y cuidado comprende las funciones necesarias para el desarrollo del hijo menor pero no el poder de decidir sobre cuestiones que pudieran afectarle porque este poder se encuentra en el ámbito del ejercicio de la patria potestad y no de la guarda.

Desde otra perspectiva la patria potestad concede a ambos padres el derecho a convivir con su hijo menor, pero cuando no viven juntos se limita uno a favor del otro, que será el guardador al que corresponde esa convivencia por incompatibilidad de disfrutar los dos progenitores de igual derecho en esas especiales circunstancias.

---

635 LÓPEZ PÉREZ, J., ob cit., p. 64, resume que la esencia del deber de convivencia va dirigido básicamente a la relación que los padres han de tener con los hijos, y al control que han de llevar a cabo, sin que su desarrollo suponga una estricta convivencia, por su parte GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit., p. 80, interpreta de forma flexible la obligación de convivencia considerando que es posible encomendarla a un tercero a interés del menor por motivos de salud o de estudio principalmente.

En el sentido indicado comparto la idea de que la concesión de la guarda impone al guardador la obligación de encargarse personalmente del cuidado del hijo, y que sólo podrá renunciar a tal cuidado a favor del otro progenitor y no de un tercero[636].

### 3.2.2. Cuidado del hijo menor

El cuidado personal del hijo menor supone los derechos-deberes relacionados en el artículo 85-1 del Código de Familia, referidos a facilitarle habitación estable y alimentación adecuada, cuidar de su salud y aseo personal, y darle recreación propia de su edad en cuanto sea posible.

En los supuestos de padres separados las señaladas obligaciones las asume el guardador con la inmediatez que requiere el cuidado directo del niño, pero esto no significa que el no guardador deje de participar en el cumplimiento de las obligaciones paterno-filiales, en tanto no requieran de esa inmediatez, pues mantiene todos los derechos y obligaciones derivados de la titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad.

La obligación de alimentar al hijo menor no se trata aquí en su indicación pecuniaria sino que se considera en su carácter personal, puesto que recae en el cuidado directo del niño especialmente a cargo del guardador, que es quien convive con él. El guardador debe cumplir la obligación de dar al hijo una alimentación adecuada entendida en su más amplio sentido (art. 85-1 CF), pero el otro progenitor no queda liberado de colaborar con su sostenimiento y asistencia de todo orden por ser una obligación mancomunada impuesta a ambos padres por la naturaleza de la patria potestad derivada de la filiación (art. 96 CF)[637].

Según la doctrina esta función de alimentar al hijo debe ser interpretada en sentido amplio e incluir los cuidados higiénicos y de salud, así como la protección a posibles peligros físicos no identificados con el sentido patrimonial de los alimentos entre parientes[638].

Esta interpretación amplia de la función de alimentar al hijo se realiza de conformidad con la letra de la ley cubana, que la concibe como uno de los deberes de la patria potestad e impone a ambos padres la obligación de esforzarse para que sus hijos tengan una habitación estable y una alimentación adecuada. El deber de alimentos en sede de patria potestad, entraña la obligación de ambos progenitores de cuidar de las necesidades materiales cotidianas del hijo que directamente impone la convivencia entendida en su sentido personal. En el supuesto de separación de los padres esa obligación se regula por las reglas generales del deber de prestar alimentos por causa de parentesco[639].

---

[636] GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit., p. 82.

[637] RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Las relaciones paterno filiales como contenido del convenio regulador", en A.A.V.V., Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 10, señala que la obligación de colaboración del no guardador se puede considerar subyacente en el Derecho español, basado en el derecho de vigilancia que se le reconoce.

[638] CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., "Comentario al art. 154", en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, M., ob cit., p. 120.

[639] Del Código de Familia, el art. 122: "Podrán reclamar alimentos: 1) los hijos menores, a sus padres, en todo caso; 2) las demás personas con derecho a recibirlo, cuando, careciendo de recursos económicos, estén impedidos de obtener los alimentos por sí mismos, por razón de edad o de incapacidad".

Se establecen al detalle el resto de las obligaciones que se estiman indispensables para cuidar adecuadamente al hijo menor que guardan estrecha relación con la debida protección que se requiere para el desempeño de esa función.

Por otra parte, el no guardador tendrá también participación en el cuidado del niño en la medida que se lo permita el régimen de comunicación que se haya acordado o que haya quedado establecido judicialmente. Además este progenitor apartado de la guarda y cuidado, deberá colaborar con el guardador cuando así lo requiera en circunstancias excepcionales como puede suceder cuando el niño está enfermo y necesita cuidados más intensos[640].

#### 3.2.3. Debida protección

La protección del hijo menor se realiza por los progenitores como parte del contenido de la guarda y cuidado. La debida protección del hijo menor consiste en la obligación de los progenitores de actuar con diligencia en el desempeño de sus funciones paterno-filiales para apartar al niño de cualquier peligro, sea físico, psíquico o social[641]. Con matices diferentes la debida protección del hijo menor equivaldría a lo que en el Derecho español se denomina el derecho-deber de velar por el hijo.

Cuando la guarda y cuidado queda a cargo de uno de los progenitores, el no guardador mantiene el derecho y la obligación de preocuparse por la debida protección de su hijo, pues resulta una función propia del ejercicio conjunto de la patria potestad.

De acuerdo con el Código de Familia cubano, la debida protección incluye velar por la buena conducta del hijo sujeto a patria potestad y cooperar con las autoridades correspondientes para superar cualquier situación que influya o pueda influir desfavorablemente en su formación y desarrollo, como había señalado antes.

El derecho- deber de velar se manifiesta igual en el derecho del no guardador a vigilar el desempeño que el guardador hace de su función[642], que en nuestro ordenamiento se traduce en vigilar el normal desarrollo del niño tanto de su propia actuación como la actuación de las personas que atienden legalmente su cuidado o se relacionan de cualquier modo con él, lo que es responsabilidad de ambos padres.

La especial diligencia que se debe emplear en el desarrollo de las funciones de la patria potestad recae en ambos padres, aunque cuando no viven juntos esas funciones corresponden principalmente al guardador por ser responsable del cuidado directo del hijo. El no guardador aunque sea en parte mantiene los derechos deberes paterno-filiales y por tanto el deber de velar por los hijos corresponde a ambos progenitores.

Asimismo, si son los padres cotitulares de la patria potestad tendrán los dos el derecho a preocuparse personalmente de los hijos aunque no convivan, ambos son responsables de las funciones parentales. Sobre este derecho-deber se establece una especial regulación que impone al progenitor no titular de la patria potestad el deber de velar por sus hijos aunque no tenga el derecho de convivir con ellos, ni educarlos, pero sí la

---

640 RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Las relaciones paterno filiales…", ob cit., p. 101 opina sobre los cuidados más intensos que requiere el niño enfermo.

641 DÍEZ-PICAZO, L., "Notas sobre la reforma del Código civil en materia...", ob cit., p. 15 y CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., "Comentario al artículo 154", en Comentario del Código Civil, ob cit., p. 547, opina sobre el derecho de vigilancia de los progenitores respecto del hijo sometido a la patria potestad.

642 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario al artículo 154", ob cit., p. 1048, y CLEMENTE MEORO, M., "De las relaciones…", ob cit., p. 347.

obligación de preocuparse por ellos. Debe aclararse que el progenitor privado de la patria potestad, no tiene derecho de velar por sus hijos ni tiene derecho a atender personalmente la educación y moral de ellos o de vigilar la forma en que el otro progenitor cumple las funciones paterno-filiales.

Según la ley positiva cubana, el progenitor privado de la titularidad sólo mantiene la obligación de prestar alimentos y el derecho de comunicación con su hijo, igualmente si se encuentra suspendido en el ejercicio de la patria potestad (art. 97 CF), lo cual no significa que el progenitor en esta circunstancia se libera de dar debida protección a su hijo porque es una obligación natural pero no le asiste el derecho legal de hacerlo.

#### 3.2.4. Educación y formación integral de los hijos

La función de educación y formación integral de los hijos está íntimamente relacionada con el contenido de la guarda y cuidado, y en tal sentido lo he considerado para este estudio.

Esta función dimanante de la patria potestad supone la actuación por igual de ambos padres aunque de hecho y de derecho cuando no conviven se amplía en cuanto a la actuación del progenitor que ostenta la guarda y cuidado.

En el contexto cubano la educación y formación integral de los hijos presenta una doble consideración legal, constituye una de las funciones del ejercicio conjunto de la patria potestad y también forma parte de las funciones de la guarda y cuidado de los hijos menores de edad, además de la intervención directa del Estado en esta función.

Reitero que la guarda y cuidado a cargo de uno de los progenitores propicia que la función de la educación recaiga fundamentalmente en el guardador pero el poder de decisión siempre es compartido con el otro progenitor en virtud del ejercicio conjunto establecido en la Ley.

El apartado 2 del artículo 85 del Código de Familia, regula como derecho-deber de los padres: <<atender la educación de sus hijos, inculcarles el amor al estudio; cuidar de su asistencia al centro educacional donde estuvieren matriculados; velar por su adecuada superación técnica, científica y cultural con arreglo a sus aptitudes y vocación y a los requerimientos del desarrollo del país y colaborar con las autoridades educacionales en los planes de actividades escolares>>.

Este aspecto de la patria potestad en la esfera personal del hijo es uno de los deberes paternos que se realiza normalmente a través de la escuela a la que debe asistir de manera obligatoria el menor hasta alcanzar la instrucción general básica, lo cual se fundamenta en que la educación no es sólo un interés del hijo y de la familia sino también del Estado, constituyendo "una injerencia directa y específica de éste" reconocida por la Ley [643].

El Código de Familia se complementa con las disposiciones sobre educación mediante las cuales se integra y estructura el sistema nacional de enseñanza y se establece la obligatoriedad de estudiar hasta alcanzar la preparación general básica que, como mínimo, debe adquirir todo ciudadano, de lo cual, se responsabiliza a los padres y se les exige jurídicamente.

[643] Cfr. CICU, A., El derecho de familia, Ed. Ediar S.A., Buenos Aires, 1930, p. 296.

El apartado tercero del citado artículo establece <<el deber de dirigir la formación de los hijos para la vida social; inculcarles el amor a la patria, el respeto a sus símbolos y la debida estimación a sus valores, el espíritu internacionalista, las normas de la convivencia y de la moral socialista y el respeto a los bienes patrimoniales de la sociedad y a los bienes y derechos personales de los demás; inspirarles con su actitud y con su trato el respeto que les deben y enseñarles a respetar a las autoridades, a sus maestros y a las demás personas>>.

Aunque se tratan en apartados distintos del mismo precepto que se analiza, tanto la educación como la formación integral del hijo son dos aspectos del mismo deber, ambas inciden en la preparación del menor para la vida. De acuerdo con el texto de estas regulaciones se puede afirmar que persiguen un modelo educativo único para la instrucción y el desarrollo espiritual y moral de los hijos.

La educación y formación integral tienen dos vertientes a considerar; una que está vinculada a la educación institucional y otra a la educación familiar.

La educación escolar, la formación profesional y los aprendizajes complementarios están hoy encomendados a terceros fuera del ámbito familiar y se reconocen con el nombre global de educación formal[644]. La educación familiar, por su parte, es decisiva en la formación del niño, ya que éste adquiere por imitación los comportamientos de sus progenitores y de las personas con las que convive por lo que la familia mantiene un determinante papel formativo que "constituye un valor de primer orden, pues de él depende el futuro de la persona teniendo un alcance vital para el desarrollo y maduración la atención de las necesidades espirituales de los hijos, pues una persona es modelada fundamentalmente en el seno de la familia".

Respecto a la educación en el seno familiar, la Profesora MESA CASTILLO considera que "debemos estar ante todo sensibilizados en lograr el perfeccionamiento de la familia cubana, en lograr la optimización de su funcionamiento y en ese sentido creemos necesario incrementar las vías de freno a la espontaneidad, el control social sobre la gestión educativa y formativa en general de la familia, asegurar la correcta trasmisión de los valores del hombre nuevo en esa esfera doméstico familiar, la primera de la vida del hombre"[645].

Con otra finalidad pero sin negar su carácter educativo el niño adquiere en el seno familiar los hábitos de higiene, de alimentación y en general de comportamiento que le aportan sus padres en la vida diaria, además de las enseñanzas directas que le imponen mediante las reglas que se establecen en su núcleo familiar.

El guardador tendrá una relación de convivencia diaria con el niño, en virtud de lo cual actuará con la inmediatez que se requiere para su cuidado directo. Aquí cabe cuestionarse si la educación y formación requiere esa relación diaria o continua o si se puede desarrollar en parte aunque no se conviva con el niño.

La función educativa recaerá principalmente en el guardador por ser el que convive con el niño aunque mantenga cortas estancias de convivencia con el otro progenitor de acuerdo con el régimen de comunicación o visita establecido, y esa función también ha de realizarla el no guardador porque ambos comparten el poder de decisión sobre esa

644 GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit., p. 88.

645 Cfr. MESA CASTILLO, O., "El divorcio: otro ángulo de análisis", Revista Cubana de Derecho No. 38, Año XVIII, La Habana, 1989, p. 107.

función paterno-filial. Pero a veces ocurre que el niño se encontrará confrontando dos modelos educativos distintos.

Uno de los criterios de atribución de la guarda y custodia más importantes es precisamente la existencia del entorno familiar, más beneficioso y propicio para la educación y formación integral de los menores. En este sentido el Tribunal Supremo Popular cubano mediante Sentencia de 31 de diciembre de 2002 destaca la importancia del desarrollo integral del menor en beneficio del mismo en virtud de lo cual declara: "que no cabe duda de que a partir de lo establecido en la interpelada sentencia, le corresponde al quejoso esforzarse por hacerle comprender al referido menor la importancia que tiene que regrese con su contraparte, ya que desde que está a su lado se ha producido un descenso de su autoestima, de sus resultados académicos y desarrollo cultural, y siendo así, no cabe dudar que esta situación no es la más beneficiosa para el menor"[646].

### 3.3. Fundamento

Sobre el fundamento de la guarda y cuidado no se dispone de ninguna referencia doctrinal, por eso intentaremos precisarlo a partir de la nueva concepción de la patria potestad, teniendo en cuenta que la guarda de los hijos menores es una función vital de las relaciones paterno-filiales.

Es indudable que en todas y cada una de las funciones de la patria potestad se entrelazan el interés público y el interés particular en consecuencia también la guarda y cuidado se caracteriza por esta combinación de intereses.

Al comparar la guarda y cuidado con los otros deberes paterno filiales comprendidos en la esfera personal no constituye un reto desentrañar su fundamento, pues su alcance y contenido a veces se confunde con el ejercicio de la patria potestad en tanto el guardador también ostenta dicho ejercicio y la titularidad conjuntamente con el otro progenitor.

La guarda y cuidado es una función que mantiene estrecha relación con las demás funciones de la patria potestad. En la práctica su vocación es absorber el contenido de cada una de las funciones paterno-filiales.

El fundamento de la guarda y cuidado de los hijos se precisa de los postulados de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la cual fue ratificada por Cuba el 21 de agosto de 1990[647]. Se consigna en el preámbulo de esta Convención que la familia es grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, y para lograr el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el niño:

a) Debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

b) Debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

---

[646] STSP Nº. 805 de 31 de diciembre de 2002. Expte Nº. 845/2002.

[647] Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 ratificada por Cuba el 21 de agosto de 1990.

c) Necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Estos presupuestos son acogidos por el Derecho interno de los Estados signatarios; consecuentemente la función estudiada se inspira en estas consideraciones encaminadas al cuidado y protección del niño.

Respecto a las relaciones paterno-filiales se reconoce el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes y responsabilidad primordial en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño para lo cual el artículo 18 de la Convención, pondera <<el interés superior del niño>> mientras el artículo 27 atribuye a los padres <<la responsabilidad primordial de proporcionar las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño>>.

Con incidencia directa en la guarda y cuidado, el artículo 9 del citado texto, declara que <<el niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria al interés superior del niño>>, de donde se entiende que tal determinación puede ser necesaria, por ejemplo, cuando los padres no conviven, que es el supuesto más común para atribuir su cuidado a uno sólo de los progenitores pero también se establece que en tal situación <<se respetará el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener con éstos relaciones personales y contacto directo de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño>>.

En lo que se refiere a nuestro derecho interno es de reiterar que el artículo 38 de la Constitución de la República establece que <<los padres tienen el deber de dar alimentos a sus hijos y asistirlos en la defensa de sus legítimos intereses y en la realización de sus justas aspiraciones>> mientras que el artículo 85 del Código de Familia regula el conjunto de derechos y deberes que comprende la patria potestad, de cuyo contenido se advierte la preferencia de los aspectos personales sobre los patrimoniales tales como el cuidado del niño, su educación y formación integral. Estos derechos deberes están atribuidos por igual al padre y la madre, correspondiendo a ambos la titularidad y el ejercicio de la patria potestad (arts. 82 y 83 CF)[648].

Cuando uno sólo de los padres desempeña la guarda tiene la facultad de tener a su hijo consigo y está legitimado para actuar en interés del menor aunque no le corresponde en exclusiva el poder de decisión, ya que ese poder es función del ejercicio que en nuestro sistema siempre es conjunto por mandato de la Ley.

En cualquiera de las dos situaciones en que pudiera ser analizada la guarda y cuidado, sea que convivan los progenitores o no, podemos precisar que su fundamento obedece a la protección directa e inmediata del menor en el ámbito familiar, ya que es deber de los padres, el cuidado del hijo y su formación integral.

Si la patria potestad se ejerce siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, la guarda y cuidado deberá ser ejercida por ambos progenitores con celo a este principio del interés del menor. Y en los casos de los progenitores que no conviven, será responsabilidad del guardador ejercer la función que le corresponde en

[648] Del Código de Familia, el artículo 82: Los hijos menores de edad estarán bajo la patria potestad de sus padres. Artículo 83: El ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, conjuntamente. Corresponderá a uno sólo de los padres, por fallecimiento del otro o porque se le haya suspendido o privado de su ejercicio.

cumplimiento de este principio y también del otro progenitor en la medida que conviva con su hijo en los períodos que hayan sido fijados en el régimen de comunicación o visita (art. 89 CF).

Cuando uno sólo de los padres ostenta la guarda y cuidado del hijo el fundamento de esta función paterno filial no varía, sigue siendo la protección inmediata del menor adaptada a la situación de crisis de la pareja de sus progenitores, aunque en esta circunstancia el guardador debe compartir con el otro progenitor el poder de decisión en la esfera jurídica del niño, salvo cuando requiera tomar decisiones urgentes para desarrollar su función acordes con las exigencias que impone la convivencia constante.

Al ser los dos progenitores cotitulares y coejercientes se realiza una adaptación del funcionamiento de la patria potestad cuando no viven juntos; ambos tienen igual rango según la Ley, pero en esta situación se plantean varios problemas:

1.- El cuidado directo del menor (guarda y cuidado para uno de los progenitores).

2.- El mantenimiento de relaciones entre el hijo y el otro progenitor que no convive con él (régimen de comunicación con el no guardador).

3.- Y la toma de decisiones sobre todos los aspectos de la vida del niño, su representación, la administración y disposición de sus bienes (ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos padres).

En la crisis de la pareja de los progenitores se presenta el conflicto que tanto el padre como la madre desean cuidar de sus hijos, visto que este derecho-deber de cuidar y convivir con sus hijos recae con la misma intensidad en la madre y en el padre, y aunque por regla general se atribuye a uno de ellos la guarda y cuidado, ambos conservan la facultad y la obligación de proteger de inmediato a sus hijos en la misma medida que a cada uno se lo permita el régimen de guarda y comunicación que haya quedado establecido.

Se puede resumir que en cualquiera de las situaciones fácticas comentadas el fundamento de la guarda y cuidado de los hijos menores sujetos a la patria potestad es sin duda alguna, la protección inmediata de los mismos por sus progenitores en cuanto lo exija la convivencia constante y de acuerdo siempre al beneficio e interés de los menores.

### 3.4. Variantes de guarda

Se sabe que cuando los padres conviven el cuidado directo de los hijos menores es responsabilidad de ambos como parte de los derechos-deberes de la patria potestad. Las distintas modalidades de guarda y custodia surgen como posibles soluciones para el cuidado de los hijos menores cuando los padres no viven juntos.

Las variantes de guarda y custodia más comunes para la protección y asistencia de los hijos sujetos a la patria potestad son las siguientes: guarda unilateral, guarda compartida o alternativa, guarda conjunta, guarda a cargo de tercero y dentro de ésta, la especialidad de la guarda a los abuelos.

De las citadas modalidades de guarda se acepta legalmente en Cuba la guarda y cuidado unilateral que comporta esta responsabilidad a cargo de uno u otro progenitor, sea por acuerdo o por decisión judicial. Con respecto al acuerdo privado de los padres podrá adoptarse cualquier variante de guarda, pero si el acuerdo se adopta en el trámite de divorcio, sólo será aprobado mediante Escritura Pública o resolución

judicial si se atribuye a uno de los progenitores la guarda y cuidado de los hijos menores, en correspondencia con la modalidad de guarda unilateral.

Muchos son los inconvenientes que se señalan a la guarda unilateral por lo que han surgido las variantes citadas que analizaré en este estudio a través de la doctrina y la jurisprudencia españolas.

Intentaré también analizar este polémico tema en contraste con la interpretación realizada por el Tribunal Supremo Popular cubano en sentencias referidas al régimen de guarda y cuidado de los hijos menores aplicable en los supuestos de crisis de la pareja de los progenitores.

3.4.1. Guarda unilateral

La guarda unilateral es la modalidad aplicada en Cuba. Es la solución más tradicional, la más común, en principio se trata de decidir con quién va a vivir el menor cuando los padres no conviven. La guarda unilateral es la que corresponde a uno sólo de los padres, mientras el otro queda limitado a disfrutar de la convivencia con su hijo según el régimen más o menos amplio que se establezca para la comunicación o visitas.

La Ley cubana regula esta modalidad de guarda al establecer que <<en igualdad de condiciones, se atendrá, como regla general, a que los hijos queden al cuidado del padre --guarda unilateral-- en cuya compañía se hayan encontrado al ocurrir el desacuerdo>> (art. 89 CF).

También se establece como guarda unilateral la preferencia de la madre <<si al producirse el desacuerdo el niño se hallaba en compañía de ambos progenitores>> (art. 89 CF).

En los dos supuestos anteriores el legislador cubano acoge la guarda unilateral, lo que no niega la posibilidad de compartir con el otro progenitor un régimen más o menos amplio de comunicación.

La modalidad de guarda unilateral es la que de manera general solicitan o acuerdan las partes o la que en caso de discordia establece el juzgador, tal como se pronuncia la Sentencia 97 de 31 de octubre de 1984, por la que el Tribunal Supremo Popular mantuvo la guarda y cuidado de los menores a favor del padre por ser el que la ostentaba desde la separación de ambos progenitores[649].

Otra Sentencia del Tribunal Supremo Popular sostiene el criterio de atribuir o mantener en uno de los progenitores la guarda y cuidado de los hijos menores con un régimen más o menos amplio de comunicación al considerar que "tratándose de una menor que quedará al abrigo y cuidado de su padre, como de hecho se encuentra desde que tiene cuatro años de edad y contando con once años de edad, resulta necesario para su estabilidad síquica y emocional así como para su desarrollo personal en todas las esferas de la vida mantener una adecuada comunicación con su madre, la que necesariamente debe ser tan amplia como lo permitan las circunstancias, la edad de la

[649] STSP Nº. 97 de 31 de octubre de 1984, Boletín del TSP, edición extraordinaria, La Habana, 1984, p. 91. En el mismo sentido se aprecia la STSP No. 162 de 30 de octubre de 1982, Boletín del TSP, Edición extraordinaria, La Habana, 1982, p. 89: ratifica la guarda y custodia a la madre considerando que la menor desde su nacimiento ocurrido después de disuelto el vínculo matrimonial que unía a sus padres se encuentra viviendo con la madre.

niña y la propia valoración que necesariamente ella realizará sobre la conducta de sus padres, sus gustos, ideas y opciones personales"[650].

Existen criterios judiciales de atribución al padre o la madre, pero vale adelantar que la determinación más usual es atribuir o ratificar la guarda y cuidado a favor de la madre por así disponerlo la legislación positiva cubana.

Cuando los progenitores tienen condiciones objetivas distintas aparecen elementos de valoración material que permiten al Tribunal Supremo Popular cubano decidir a favor del progenitor con mayor disponibilidad para el cuidado del hijo menor, puesto que la decisión que se adopta procura ante todo favorecerlo[651].

Aparecen opositores al sistema de guarda unilateral por estimar que se crea entre los padres la idea de vencedores y vencidos, con lo cual se perjudica la relación entre ellos y consecuentemente a los hijos menores[652].

La guarda unilateral recae habitualmente en la madre, se le atribuye a ella el cuidado directo de los hijos menores por lo cual queda recargada con las obligaciones paterno-filiales que antes compartía con el otro progenitor, así como la dirección familiar. Esta situación también se agrava al reducirse la economía doméstica, además de las afectaciones psicológicas que pueden sufrir los hijos con la separación de sus padres.

Todas esas circunstancias pueden provocar agresividad o pasividad en los niños, que los conduce al deficiente aprovechamiento y bajo rendimiento escolar coincidente con la ruptura de la unión familiar y la ausencia en el hogar de la figura paterna.

En el estudio sobre el tema GARCÍA PASTOR sostiene que la guarda unilateral a favor de la madre como solución clásica repercute de forma negativa en la relación que se establece entre el padre y el hijo, normalmente regulada para fines de semana, lo cual se agrava por la atribución del ejercicio de la patria potestad al guardador, por lo que el padre no guardador queda marginado de la vida de su hijo, causándole la sensación de haber perdido la responsabilidad de la crianza[653].

Excepto concentrar en el guardador (casi siempre la madre) las facultades del ejercicio de la patria potestad que siempre es conjunto para facilitar la participación del otro progenitor en la vida de su hijo, ciertamente se observa en la realidad cubana que la madre está recargada con la dirección y cuidado de los hijos, además del resto de los inconvenientes que se han indicado a esta modalidad.

También se plantea que este sistema de guarda unilateral puede provocar distanciamiento entre padres e hijos, pues en estas circunstancias se relacionan de manera esporádica y superficial lo cual redunda en perjuicio de la familia y

---

[650] STSP No. 396 de 28 de junio/2002, recaída al expediente de casación Nº. 411/2002.

[651] STSP 83 de 31 enero de 2002, expte Nº. 595/1999, ratifica a favor de la madre, la guarda y cuidado del hijo menor de las partes en el proceso por considerarse lo más beneficioso para el mismo. STSP 430 de 14 agosto de 2000, expte Nº. 65/2000, ratifica a la madre la guarda de su menor hija por contar con las condiciones adecuadas para ejercerla adecuadamente. STSP de 31 de marzo del 2003, expte Nº. 109/2003, se ratifica la guarda y cuidado a la madre por ser lo más beneficioso para la menor hija de las partes, sin que exista fundamento ni impedimento alguno que permita aseverar lo contrario.

[652] GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit., p. 96. En este sentido plantea que en Italia la guarda ha sido sometida a una profunda reflexión que conjuga los análisis jurídicos y de sicólogos que analizan con detenimiento las repercusiones que tiene el sistema clásico <<la guarda unilateral de la madre sobre todos los implicados: hijo, madre y padre>>.

[653] GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit., p. 96.

especialmente de los hijos, lo que ha motivado la búsqueda de soluciones distintas a la guarda unilateral[654].

### 3.4.2. Guarda compartida o alternativa

En el modo de guarda compartida que algunos prefieren llamar alternativa, se ubica la guarda y custodia de los menores en la crisis de la pareja de sus progenitores, destinada a compartir por temporadas esta responsabilidad por uno y otro padre. Entre las denominaciones también se defiende como más correcto el uso del término coparentalidad y de la expresión reparto del tiempo de la convivencia[655].

La alternativa de tiempo para la convivencia del menor con uno y otro padre se establece por períodos cortos de quince días a un mes o por períodos más largos que pueden ser semestres o años. Como antes señalé para referirse a ésta modalidad se utiliza el término de guarda y custodia compartida por alternada que es el sistema para alternar períodos iguales de convivencia de uno y otro progenitor con el hijo menor. También la atribución de la guarda a un progenitor con la amplia relación de los menores con el otro a fin de facilitar el contacto libre no sujeto a un régimen de visitas se considera como un supuesto de guarda alternada.

Aparecen pronunciamientos judiciales que acogen la guarda compartida en supuestos de alternancia de la custodia de los menores por parte de sus progenitores; así, también se utiliza el término de guarda compartida en supuestos en que se atribuye un hijo al padre y otro a la madre lo que no es lo mismo que la alternancia de la custodia[656].

Este sistema de guarda ha suscitado encontradas opiniones. Unos plantean que es la solución más justa y equitativa, pues ambos padres disfrutan por igual de la compañía de su hijo al compartir su dirección y asistencia, añadida la necesidad que tiene el menor de convivir con sus dos progenitores, otros en cambio estiman que este modelo afecta la estabilidad del niño para el buen desarrollo y formación de su personalidad[657].

Algún autor pone de relieve la inexistencia de estudios empíricos que hayan comprobado los perjuicios de la guarda alternada, pues se supone que lo ideal es el mantenimiento de la relación parental con ambos progenitores. En este sentido también aparecen criterios judiciales extranjeros favorables a la aplicación de la guarda alternada.[658]

---

654 GARCÍA PASTOR, M., ibidem.

655 Revista SEPIN, Familia, No. 31, marzo/2004, Consultas: Guarda y custodia, p. 64-65.

656 SAP Murcia núm. 478/2000, de 21 noviembre, JUR 2001/7320. SAP Valencia núm. 525/1999, de 19 abril, AC 1999/4858. Estas sentencias atribuyen a cada progenitor la custodia de uno de sus hijos estimándola como guarda y custodia compartida, esto es, atribución de un hijo al padre y de otro a la madre.

657 GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit., p. 99, señala que "La doctrina italiana y francesa coinciden en indicar que la guarda alternada siempre contraría al interés del menor, porque no satisface una de las principales necesidades del niño, que es la estabilidad".

658 Cfr. SAP de Valencia número 813 de 3 de octubre de 1997 y SAP Valencia número 379/1999, de 22 de abril, que impone de oficio el sistema de custodia compartida por ambos progenitores, al establecer la "obligación del padre de atender a todas las necesidades que los hijos tengan en los meses pares en los que le corresponda la custodia, ante la ausencia de medios de la madre para pasar alimentos a los niños, abonando asimismo el esposo el día primero de los meses impares, en los que la custodia corresponde a la madre", la cantidad fijada en la sentencia en virtud del principio del <<favor filii>> y beneficio de los

La ley cubana regula la guarda unilateral pero cabría preguntarse si en la práctica se asimilaría ésta a una guarda alternada o compartida cuando se adopta un amplio régimen de comunicación ya que en todos los casos el ejercicio de la patria potestad es conjunto[659], solución, que en todo caso sólo es posible si la situación que subsistía antes de producirse el desacuerdo de los progenitores pudiera favorecer la convivencia del hijo menor por temporadas alternas entre ambos progenitores, en virtud del criterio de atribución de mantenimiento de la situación anterior. Desde luego, cuando existe acuerdo entre los progenitores también se favorece la libre relación con el no custodio, lo que constituye en realidad una guarda compartida o alternada aunque la ley no contemple esta modalidad.

La solución comentada sería posible porque respecto a la guarda y cuidado se establece que el Tribunal competente se guiará para resolverla, únicamente, por lo que resulte más beneficioso para los menores (art. 89 CF), y es indudable que modificar el régimen de convivencia al que viene habituado el niño resultaría contrario a este principio.

Se sostiene y no sin cierta lógica que "un mismo reparto temporal del cuidado de los hijos puede recibir el nombre de guarda alternada, o de guarda unilateral acompañada de un amplio derecho de visita"[660].

Aunque en Cuba no se prohíbe la guarda alternada del texto positivo se deduce la imposibilidad de su atribución pero reitero que la guarda a uno sólo de los progenitores se puede combinar con un amplio régimen de comunicación o visita que en la práctica configura esta modalidad de guarda.

#### 3.4.3. Guarda conjunta

La guarda conjunta procura igual efecto que el ejercicio conjunto de la patria potestad, su reconocimiento constituye la responsabilidad global del niño que comprende tanto el poder de decisión sobre su dirección como su cuidado personal.

En Cuba es conjunto el ejercicio de la patria potestad, ambos padres asumen el poder de decisión sobre la dirección y asistencia de sus hijos, aunque no convivan y uno sólo de ellos ostente la guarda y cuidado considerada en función del cuidado personal del niño; por tanto, la modalidad de guarda conjunta se asemeja a la concepción del ejercicio conjunto de la patria potestad pero con la titularidad de la guarda también conjunta lo que en mi criterio será imposible desarrollar ante el desacuerdo de los progenitores.

De acuerdo con GARCÍA PASTOR, "lo que se llama guarda conjunta en otros ordenamientos es el equivalente a guarda unilateral más ejercicio conjunto de la

---

hijos. La SAP de Baleares núm. 249/1999, de 19 de abril, estima la custodia compartida por ambos cónyuges por periodos quincenales por considerarlo como el mejor régimen para los menores dada la dificultad para la convivencia con el actual compañero de la madre y los hijos de éste; la SAP de Girona número 108/2001, de 25 de febrero[658]

En proceso de divorcio resuelto por Sentencia de 22 de abril de 2002 del Juzgado de primera instancia de Torrent (SP/Sent/801) se acoge el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida aplicando entre otros fundamentos de derecho el apartado 2º del art. 39 de la Constitución Española, que encomienda a los Poderes Públicos la labor de asegurar la protección integral de los hijos, además de las circunstancias concurrentes en el caso.

[659] Del Código de Familia, art. 83: "El ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, conjuntamente. Corresponderá a uno sólo de los padres, por fallecimiento del otro o porque se le haya suspendido o privado de su ejercicio".

[660] Cfr. GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit., p. 100.

patria potestad en el nuestro", lo que significa desde esta perspectiva que el término de guarda conjunta no responde al sentido literal de la palabra, (cuidado directo del hijo por los dos progenitores), se trata de la guarda atribuida a uno de los progenitores al que le corresponde tanto el cuidado de los hijos menores como el poder de decisión sobre los intereses de los mismos de conjunto con el progenitor no custodio[661].

La guarda conjunta ha sido concebida en otros Ordenamientos jurídicos como instrumento que permite la participación de ambos progenitores en las responsabilidades paterno-filiales, igualmente responsables en relación al desarrollo físico y moral de sus hijos, con poderes de decisión respecto a las cuestiones que les pudieran afectar. Al respecto algunos autores consideran la guarda conjunta una ficción porque no consigue eliminar realmente la exclusión de uno de los progenitores de la crianza de sus hijos cuando no conviven por lo cual no es un modelo válido para todos los casos[662].

#### 3.4.4. Guarda a cargo de tercero

Lo usual en el Derecho es que el hijo menor se encuentre bajo la guarda y cuidado de uno de los progenitores cuando estos no conviven siendo la modalidad de guarda a cargo de tercero una situación excepcional dispuesta en circunstancias que justifican esa solución.

Se adelantaron consideraciones sobre la guarda y cuidado del hijo menor a favor de tercero en párrafos anteriores, pero fue abordado desde la perspectiva del derecho-deber de convivencia, ahora se destaca como posible modalidad de guarda de acuerdo con la Ley, la doctrina y la jurisprudencia.

La doctrina se plantea inconvenientes a este tipo de guarda, como son la necesidad de definir cuáles pueden ser las circunstancias en que procede la adopción de la guarda del menor a un tercero, quiénes estarán facultados para tal decisión y cuál será la posición jurídica del guardador y de los padres[663].

En virtud del ejercicio conjunto de la patria potestad, los progenitores en Cuba pueden acordar de forma extrajurídica la guarda y cuidado de los hijos menores a cargo de tercero, pero esta variante podría ser adoptada judicialmente sólo cuando ambos padres están suspendidos o privados de la patria potestad (art. 97 CF), porque la guarda y cuidado de los hijos menores está reservada en exclusiva a los progenitores que ostentan el ejercicio y la titularidad (art. 89 CF) y así se ha pronunciado reiteradamente el máximo órgano de justicia cubano entre cuyas sentencias se destaca la siguiente:

Sentencia de 9 de octubre de 2001 del Tribunal Supremo Popular por la que se declara la falta de legitimación de la abuela materna para impugnar la guarda y cuidado a favor del padre que además "ha demostrado tener condiciones necesarias para asumir la guarda y cuidado de la menor por haber abandonado el país su madre, (…), pues resulta obligado en primer lugar dejar sentado que, en cuanto a la guarda y cuidado de los menores, y de acuerdo con nuestra legislación sustantiva vigente ésta corresponde a los padres, y en el caso quien litiga como tercero no ha podido demostrar ningún

[661] Cfr. GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit., p. 102.
[662] GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit., cita a los autores italianos CANOVA Y GRASSO, p. 101.
[663] GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit., p. 104.

aspecto en la conducta del padre que lo haga desmerecer el cumplimiento de la obligación que plausiblemente ha reclamado, pues es de estimar que la causa que colocó a la menor ante la situación de cambiar de núcleo familiar, no la puso precisamente el padre, y en todo caso, en su momento debió preverse que ante la ausencia de la madre sería el padre quien debería ejercer la guarda y cuidado de la misma, máxime cuando se trata de una persona honesta y trabajadora, respecto al cual la niña genera sentimientos afectivos, que la hacen sentirse bien en su compañía, pese a las discrepancias familiares que ésta situación ha suscitado, y que han de ser superadas en aras precisamente del mejor desenvolvimiento de la menor, de modo que ésta pueda con la ayuda familiar superar el efecto negativo que pueda ocasionarle la ausencia repentina de la figura más cercana e importante en esta etapa de la vida"[664].

Otro cuestionamiento que ofrece esta modalidad de guarda se refiere a la posibilidad de encomendar a un tercero el cuidado directo del niño no por las situaciones graves que comprometen los derechos deberes de la patria potestad sino debido a circunstancias especiales que aconsejan esta solución en interés del menor sin que estos hechos constituyan causas de privación de la patria potestad a los padres.

RIVERO HERNÁNDEZ considera que "se justifica la guarda a cargo de tercero en situaciones en que los padres no pueden proveer el cuidado de los hijos, ni garantizar el cumplimiento de las responsabilidades paterno-filiales, como son la enfermedad corporal o psíquica, la grave penuria económica, la falta de trabajo remunerado, de domicilio o profesión estable, la privación de libertad de alguno de ellos concurrente con una de las otras circunstancias mencionadas en el otro"[665].

La jurisprudencia española admite la posibilidad de la guarda a un tercero como medida de carácter temporal sin que esto conlleve a la suspensión o privación de la patria potestad de acuerdo con el pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo del 2001 (RJ 2001/9852) que declara sin lugar recurso de casación que acusa como infringido el art. 170 del CC., dado que la sentencia recurrida ha desprovisto a la madre demandada de la mayor parte del conjunto de derechos que integran el contenido de la patria potestad, salvo el derecho de representación, y el de administración de los bienes de la menor, al conceder a los abuelos maternos los derechos deberes de guarda y custodia de la menor, teniéndola en su compañía, no obstante, decir la sentencia que la madre no ha incumplido los deberes respecto a su hija, de una forma que justifiquen la pérdida total o parcial de esa potestad que los progenitores tienen respecto de sus hijos menores.

La posibilidad de atribuir la guarda a un tercero en los citados supuestos se corresponde con la interpretación restrictiva respecto a la privación de la patria potestad, pues el incumplimiento de los deberes paterno-filiales ha de quedar plenamente probado[666].

En el Derecho cubano, el artículo 58 en relación con el artículo 89 del Código de Familia, permite al Tribunal deferir la guarda y cuidado de los hijos menores sujetos a la patria potestad a favor de terceros únicamente en la oportunidad de fallar el divorcio de los padres debido a una situación excepcional que aconseje esta solución[667].

---

[664] STSP 1022 de 9 de octubre del 2001, expte Nº. 709/2001.
[665] Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., "El derecho de…", ob cit., p. 93.
[666] STS núm. 555 de 6 de julio de 1996, RJ 1996/6608.
[667] STSP Nº. 25 de 28 de febrero de 1986, Boletín citado, p. 50.

Las dos últimas líneas del artículo 89 del Código de Familia suponen la posibilidad de atribuir la guarda y cuidado a tercero por <<razones especiales que aconsejen cualquier otra solución>>, excepción realizada a la regla general de atribución a uno de los progenitores. "Pero ¿cuáles son esas razones especiales? ¿Cuál es esa otra solución a la que se refiere el artículo? No existe siquiera una interpretación judicial, pero estamos ante la verdad de que el Tribunal no tiene conocimiento (como está establecido el procedimiento) de cuales serían esas razones especiales que permitirían otorgar la guarda y cuidado a otra persona distinta a los padres. No conozco ningún caso en que por acuerdo de los padres el Tribunal haya conferido la guarda y cuidado a uno de los abuelos, u otro familiar en un grado de consanguinidad o afinidad que también podría fijarse por el legislador en una reelaboración del artículo"[668].

En relación con la guarda y cuidado del hijo menor a tercero el Tribunal Supremo Popular ha sostenido que "la excepcionalidad contenida en la última parte del artículo ochenta y nueve del Código de Familia, presupone la existencia de situaciones especiales y de gran relevancia que incidan en quienes por Ley han de ejercer esa función, para que se adopte situación diferente, evidenciándose del presente asunto que si bien el padre hasta este momento no había tenido para con los hijos una conducta acorde con la obligación que le impone el ejercicio de la patria potestad en cuanto a la preocupación a nuestro juicio, el hecho de rectificar y pretender asumir la custodia de sus hijos ante la salida definitiva del país de la madre de éstos, debe apreciarse como oportuna, pues ésta solución ha de tener en todo caso carácter preferente ante cualquier otra que en definitiva conlleve a situación diferente a la establecida en la Ley, máxime cuando no se ha demostrado en el proceso en el padre actitud que pueda resultar perjudicial a los menores"[669].

Al respecto, el Tribunal Supremo Popular ha sentenciado que si existe "progenitor no impedido legalmente para desempeñar la función de guarda y cuidado de la prole procreada en su matrimonio que se disuelve por el divorcio, no puede confiarse a terceras personas, cualquiera que sea el parentesco y el cariño y devoción que los una, por lo que discernida la referida función-deber al padre el que lo ejercería por medio de la abuela es totalmente improcedente, ya que se habilitaría un verdadero secuestro de dicha prole, y por consiguiente, no procede el recurso"[670].

### 3.4.5. Guarda a los abuelos

La primera Sentencia del Tribunal Supremo español sobre este tema es de 14 de octubre de 1935 en la que se priva al padre de la patria potestad a instancia de la abuela y se concede a ésta la custodia de sus nietas bajo el argumento de constituir la actuación del padre un abuso de autoridad dañoso[671].

La guarda y cuidado a los abuelos u otros parientes o allegados es sin duda una variante de guarda a cargo de terceros pero merece una reflexión aparte, habida cuenta de la aparición regular de conflictos sobre la guarda y custodia de menores en

---

668 Cfr. DE LA FUENTE LÓPEZ, J., "Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica", Revista Cubana de Derecho, No. 38, Año XVIII, La Habana, 1989, p. 98.
669 STSP de 31 de diciembre del 2003, expte Nº. 921/2003.
670 Síntesis de la STSP Nº. 8 de 31 de enero de 1984, Boletín del TSP, La Habana, edición extraordinaria, 1984, p. 74.
671 VERDERA IZQUIERDO, B., "Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados", Diario La Ley, núm. 5669/2002, año XXIII, p. 1570.

los que se enfrascan, además de los progenitores, otros familiares, y muy especialmente los abuelos.

De acuerdo con la Ley, en Cuba no es posible atribuir a los abuelos la guarda y cuidado de los hijos menores. El Tribunal Supremo Popular sostiene el criterio de que esto no es posible cuando el progenitor que solicita la guarda y cuidado no ha incumplido con los deberes de la patria potestad y desestima en todo caso la guarda y cuidado a favor de terceras personas. La Sentencia de 19 de enero de 1984 declara sin lugar recurso de casación establecido por los abuelos interesados en la guarda y cuidado de su nieto menor con el fundamento jurídico de que "con independencia del cariño que tengan al niño del parentesco que a él lo unan, no gozan del expresado derecho deber, sin que sea facultad del Tribunal deferirla a quien no sean sus padres mientras estos disfrutan de la patria potestad"[672].

Interesada la atribución de la guarda y cuidado a favor de los abuelos maternos por fallecimiento de la madre de los menores el Tribunal Supremo Popular, considera que el otro progenitor, "consolida en sí todos y cada uno de los derechos y deberes que la patria potestad entraña; situación que en el caso que acontece en el que la madre de la menor que disfrutaba de su guarda y cuidado hubo de fallecer y su padre no ha sido privado o suspendido del ejercicio de la función de regir la vida de su menor hija nada impide que cumpla a plenitud lo que dispone el antes expresado artículo 85" y añade "el tribunal sólo goza de la facultad para deferir la guarda y cuidado de los menores a terceros, en el específico caso a que se refiere el artículo 89 del propio código citado, cual es en la oportunidad de fallar el divorcio de los padres". Declarando en segunda sentencia que "fallecida la madre de la menor hija de las partes y a cuya guarda y cuidado la misma se encontraba obviamente, el padre, consolida todos los deberes y derechos a que se refiere el artículo 85 del Código de Familia, de los que no puede ser despojado sin la previa declaración de privación, pérdida o suspensión de la patria potestad"[673].

En contraste, la jurisprudencia española contempla en determinados supuestos la posibilidad de atribuir la custodia de un menor a sus abuelos a pesar de existir uno de los progenitores no privado expresamente de la patria potestad en virtud del interés del menor, pues mantiene que el "sentido proteccionista hacia los menores se manifiesta con suma claridad en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 en cuanto que su artículo 9, en relación con el artículo 3, permite a los Tribunales decretar la separación del niño de sus padres cuando, conforme a la Ley y procedimientos aplicables, tal separación sea necesaria, en el interés superior del niño, y las medidas que los jueces pueden adoptar de acuerdo con lo dispuesto en el art. 158 del Código civil en toda clase de procedimientos, se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales"[674].

La implicación de los abuelos en el ejercicio de la guarda y cuidado de los nietos "se explica por el aumento de la inestabilidad familiar, el debilitamiento de los vínculos paterno-filiales que a veces conlleva la separación de los hijos, las dificultades

[672] STSP Nº. 4 de 19 de enero de 1984, Boletín TSP, La Habana, 1984. p. 69.
[673] STSP Nº. 24 de 28 de febrero de 1986, Boletín del TSP, edición extraordinaria, La Habana, 1986, p. 48-49.
[674] STS de 12 de febrero de 1992, RJ 1992/1271.

asociadas a la crianza de los hijos en hogares coparentales, así como la propia disponibilidad personal de aquéllos de hacerse cargo de dichas funciones, a consecuencia de la prolongación de la vida y de la mayor calidad que ésta hoy tiene en edades avanzadas". Así, los abuelos desempeñan su función tradicional de ayuda a los padres y de trasmisión generacional de valores y también las funciones sustitutivas de las parentales que pueden servir de importante factor de cohesión y estabililidad[675].

La definición del status legal que corresponde a los abuelos en su intervención en los aspectos de la crianza y formación de los nietos cuando no es deseada por los padres forma parte de los temas más debatidos en el diseño de las políticas familiares.

Al respecto LINACERO DE LA FUENTE, opina que por la relativa frecuencia de estos casos (conflictos de custodia entre padres y abuelos) quizá fuera deseable su tratamiento legal. Al no haber previsión legal corresponde a la jurisprudencia un papel determinante de cara a la solución de estas cuestiones en los conflictos sometidos a la decisión judicial. En su opinión, la gravedad de estas situaciones reclama la enumeración de causas concretas que legitimen la actuación judicial, y el modo que esta ha de operar [676].

No resulta descabellado prever que en situaciones límites de malos tratos, drogodependencia, abusos, inducción a la prostitución, desatención y otras conductas negativas para la educación y desarrollo de la personalidad del menor, se justifica separar al mismo de sus padres pero en todo caso los conflictos entre padres y abuelos por la guarda y custodia "deben resolverse armonizando dos principios que no son en absoluto opuestos, el principio del interés superior del niño, y el principio de protección de las relaciones paterno-filiales"[677].

Sirva éste análisis para avalar la conveniencia de incluir el ordenamiento de familia cubano posibles soluciones jurídicas sobre la guarda y cuidado en las comentadas situaciones. La realidad actual impone la adopción de medidas más amplias que las que se encuentran en vigor para la protección de los hijos menores de edad que en especiales circunstancias pudieran quedar al cuidado de terceros, sin necesidad de privar a sus progenitores de la titularidad de la patria potestad.

### 3.5. Posición jurídica de los titulares de la patria potestad cuando no vivieren juntos

Interesa conocer cuál es la posición jurídica de los titulares de la patria potestad cuando no conviven, lo cual dependerá de las reglas de atribución de las funciones paterno-filiales que se hayan adoptado por acuerdo o por decisión judicial. A estos fines, pretendemos precisar las potestades y funciones del guardador frente a las que corresponden al no guardador y la autonomía de cada uno de ellos en el desempeño de sus funciones.

---

[675] FERRER I RIBA, J., "Comentario a la Sentencia de 29 de marzo de 2001", (Atribución judicial de la guarda y custodia de una menor a sus abuelos maternos), CCJC, núm. 50, enero-marzo 2002, p. 71-79

[676] LINACERO DE LA FUENTE, M., "Custodia de menores. Conflicto entre el padre y los abuelos", Poder Judicial, núm. 30, junio 1993, p. 150.

[677] Cfr. LINACERO DE LA FUENTE, M., ibidem.

### 3.5.1. Potestad y funciones del guardador

El poder de decisión sobre el niño está incluido en el ejercicio de la patria potestad por lo que el guardador no podrá decidir por sí mismo cómo se va a realizar el cuidado del menor, pues para esto necesita el consentimiento del no guardador.

El guardador tendrá autonomía en cuanto a la educación y formación integral en la medida que impone la convivencia con su hijo y en la medida en que comparte estos contenidos con el progenitor no guardador, ya que ambos son ejercientes de la patria potestad, excepto en los casos de suspensión y privación de ésta.

Determinar en qué medida el poder de decisión que corresponde a ambos progenitores en virtud del ejercicio conjunto de la patria potestad interfiere la autonomía de actuación del guardador en el desarrollo de sus funciones es realmente difícil.

Podría afirmar que la autonomía en la actuación del guardador está condicionada directamente por las funciones que le son propias a la guarda y cuidado, las cuales hemos relacionado y explicado anteriormente, a saber: deber de convivencia, cuidar del hijo, darle debida protección y atender su educación con las potestades requeridas para desarrollar dichas responsabilidades.

Por otra parte, la autonomía en la actuación del guardador está vinculada a la necesaria inmediatez que requieren las decisiones que a diario imponen la convivencia constante con el hijo menor, pues resulta imposible consultar el criterio del otro progenitor para la realización de actos ordinarios o de urgente necesidad.

En Cuba la cuestión de la procedencia o no del cambio de domicilio del hijo menor por decisión del guardador sin el consentimiento del otro progenitor, no tiene especial tratamiento legal, por lo que esta situación queda a criterio judicial. El Tribunal tendrá facultad para valorar la procedencia o no del cambio de domicilio del guardador en función del beneficio del menor, en este sentido la Sentencia de 30 de octubre del 2002, expte 761/2002, ratifica la atribución de la guarda y cuidado de la hija menor a la madre que reside en Francia por falta de elementos de entidad suficiente que hagan aconsejable la variación [678].

### 3.5.2. Potestad y funciones del no guardador

El hecho de que la guarda del hijo menor no sea desempeñada por uno de los progenitores únicamente significa que no convive con él y por tanto no puede desempeñar la función del cuidado personal, pues para ello necesita la convivencia habitual.

El no guardador mantiene la potestad de intervenir en cada una de las funciones parentales de carácter personal además de intervenir en todas las cuestiones de interés patrimonial de su hijo.

Desde luego, el padre sin la guarda y cuidado generalmente ve reducida su actuación al régimen de comunicación o visita que se haya fijado y a una eventual participación en aquellas cuestiones que de acuerdo con la Ley exigen su expreso consentimiento además de la obligación de prestar alimentos.

En Cuba el progenitor no guardador tiene la misma facultad que el guardador para velar por el cuidado y protección de su hijo menor, ya que ambos ejercen y ostentan la

[678] STSP de 31 de agosto del 2003, expte No. 574/2002.

titularidad de la patria potestad sobre lo cual expuse mi opinión en el parágrafo 1.5 dedicado a la virtualidad jurídica del ejercicio conjunto (art. 85 CF).

En resumen, el progenitor que no ostenta la guarda mantendrá la potestad necesaria para desarrollar la porción de las funciones parentales que no requieran de la inmediatez para desarrollarlas, así como el poder de decisión sobre la vida del menor, lo cual no quiere decir que esta actuación quede fuera de las potestades del guardador al que también corresponde el ejercicio, "lo que hará que se superpongan en la persona del guardador las facultades que la guarda concede y las que otorga el ejercicio", salvo en la guarda por un tercero cuya situación jurídica ha sido ya explicada.

La institución de la patria potestad implica también el derecho de los padres frente a terceros quedando ligada su actuación al interés superior de su hijo menor.

#### 3.5.3. Facultad de corrección

Todas las funciones que integran el contenido personal del ejercicio de la patria potestad están íntimamente relacionadas, todas de manera especial se entrelazan con la guarda y cuidado. La facultad de corrección de los padres no es una excepción, pues también se vincula a la guarda porque precisamente el progenitor que tiene el cuidado directo del hijo menor utiliza con mayor frecuencia tal facultad debido a la convivencia constante; es por eso que en ocasiones he podido apreciar que los menores manifiestan el deseo de pasar al cuidado del otro progenitor, pues es común que sea consentido por aquel cuando se relacionan de acuerdo con el régimen de comunicación que haya quedado establecido entre ellos.

La facultad de corrección es una responsabilidad de ambos padres en el ejercicio conjunto de la patria potestad que les faculta para reprender y corregir adecuada y moderadamente a los hijos, pero sin duda, se ejercita más por el guardador al tener a su cargo el cuidado directo de los niños.

El fundamento de la facultad de corrección se justifica en el deber de educación de los hijos menores. Esta facultad está desprovista del concepto de castigo que contenían las legislaciones anteriores. La corrección no puede poner en peligro la salud y moralidad del hijo; se propone este límite a su ejercicio en el anteproyecto de Ley de modificación del Código de Familia[679].

Tal como aparece del contenido del artículo 86 del Código de Familia, no se incluye el auxilio de la autoridad para apoyar a los padres en el ejercicio de su potestad de corrección, en contraste con ello, el último párrafo del artículo 154 del Código Civil español, hace posible la intervención de tercero cuando los padres se ven impotentes para desarrollar dicha función[680].

El exceso de ejercicio de la facultad de corrección que ponga en peligro la normalidad del hijo sea por un progenitor u otro como guardador o no, tiene previstas en Cuba sanciones que en materia de familia supone la privación o suspensión de la patria potestad (art. 95 CF) y en materia civil puede ocasionar la incapacidad para heredar según el artículo 469-1ª y letra c del Código Civil.

[679] Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Familia, versión de 27 de junio de 2003.
[680] LÓPEZ PÉREZ, J., ob cit., p. 73-76.

En el orden penal el abuso en la corrección puede constituir el delito de otros actos contrarios al normal desarrollo del menor a tenor del artículo 315 del Código Penal cubano.

En consulta formulada al Tribunal Supremo Popular respecto a la posible comisión del delito de otros actos contrarios al normal desarrollo del menor, el Consejo de Gobierno acuerda "decir al Presidente del Tribunal Municipal Popular de San Antonio de los Baños que en la Constitución de la República se establece la obligación de los padres de contribuir activamente a la educación y formación integral de sus hijos y prepararlos para la vida en la sociedad socialista; consecuentemente con esa disposición constitucional, el Código de Familia establece, en forma más detallada, los deberes de los padres para con sus hijos menores. En consideración a que en el seno de nuestra sociedad es altamente reprochable la conducta de los padres que se desentiende de sus obligaciones y deberes para con sus hijos menores, tanto en la esfera material como en la moral, las manifestaciones más graves del incumplimiento de esos deberes pudieran integrar el delito de Otros actos contrarios al normal desarrollo del Menor cuando constituyan un abandono real y constante, con relevante trascendencia en las condiciones de desamparo moral y material de los hijos menores."[681]

### 3.6. Responsabilidad civil de los progenitores

La responsabilidad civil de los padres por los hechos de los hijos se relaciona con las modificaciones experimentadas en el Derecho de Familia y "las modernas corrientes del Derecho de daños en las que el resarcimiento de la víctima ocupa un plano absolutamente preferente junto con el análisis económico del coste de los accidentes y su repercusión a través del seguro"[682].

El principio de la responsabilidad por el hecho ajeno según el cual una persona se encuentra llamada a responder por los daños causados por otra en determinados supuestos que se establecen en el ámbito civil encontró su fundamento en una doble razón: "por un lado, la presunción de que por parte de los responsables había existido culpa in vigilando o in eligendo, esto es, negligencia en el control del comportamiento de hijos o dependientes, o en la elección de éstos últimos. Por otra parte, se invocaba una consideración de orden social: la conveniencia de asegurar a las víctimas la percepción de una indemnización por los daños que sufriesen, dada la presumible insolvencia de los autores materiales de aquellos (hijos, aprendices, empleados o criados, etc.)"[683]. A la luz de este principio, los progenitores son responsables de los daños causados por los hijos menores lo cual se fundamenta históricamente en la patria potestad que ostentan el padre y la madre y que conlleva el deber de procurar a los hijos una formación integral que incluye el deber de vigilarles.

Sobre la estabilidad del principio de responsabilidad por el hecho ajeno se manifiesta la evidencia de no haber sido la norma que lo contiene objeto de ninguna rectificación desde la promulgación del Código Civil que optó por favorecer a los sujetos lesionados

[681] Acuerdo 92 de 21 de abril de 1981 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, Acuerdos e Instrucciones del Tribunal Supremo Popular.

[682] Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., en el prólogo a la obra de GÓMEZ CALLE, E., La responsabilidad civil de los padres, Ed. Montecorvo, S. A, Madrid, 1992, p. 13.

[683] DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., Tratado de responsabilidad civil, Civitas, Madrid, 1993, p. 116, señala que "la presunción de culpa que inspira el artículo 1903 fue justificada por los comentaristas del Código francés en atención a la protección de las víctimas de los eventos dañosos".

bajo la presunción de la negligencia en el control del comportamiento del menor o tutelado[684]. Sin duda, esta inspiración sostenida del legislador español se mantiene hoy en la letra del actual Código Civil cubano, pues también se presume la responsabilidad de los padres y tutores por los daños causados por el hijo menor sujeto a la patria potestad o por el incapaz respectivamente (art. 90 CC cubano)[685].

"No obstante, en el análisis de esta cuestión se sufre una inevitable concurrencia de valoraciones jurídicas y sociológicas, frecuentemente contradictorias. Por una parte, es innegable que el guardador legal de una persona más o menos incapaz debe asumir las consecuencias de un comportamiento dañoso de este último, cuando es debido a una incorrecta vigilancia por parte del primero. De otro lado, y por el mismo razonamiento, nada debe imputarse al guardador si acredita que desplegó el cuidado y fiscalización razonablemente exigibles; a esta idea responde el párrafo final del artículo 1903" del Código Civil cuyo contenido es similar al artículo 92 del Código Civil cubano[686].

Unido a lo anterior, vemos que la vida del menor sometido a la patria potestad o tutela "se desenvuelve ordinariamente en un margen de libertad y autonomía que nos resistimos a la fácil y apresurada conclusión de que si el menor o el incapacitado produjeron un daño fue porque su padre o tutor no le vigilaron adecuadamente; es muy frágil ese razonamiento"[687].

La disposición señalada (art. 92 CC cubano) se aparta del sistema tradicional de imputación de responsabilidad, pues no es la víctima de los daños quien debe probar que hubo culpa (in vigilando) en padres o tutores, sino que son éstos quienes deben acreditar que no incurrieron en ella. Tal como ilustra DE ÁNGEL YÁGUEZ mediante el siguiente esquema: "1) Hay ciertas personas (las enumeradas en el art. 1903) que responden de los daños producidos por otras, con aquéllas vinculadas por lazos de dependencia familiar, profesional o educativa. 2) Las personas responsables lo son en cuanto hubieran incurrido en culpa o negligencia en el desempeño de las funciones de supervisión, educación o dirección que les incumben en relación con los causantes de los daños. 3) Salvo prueba en contrario, se presume la culpa de los responsables que enumera el propio art. 1903"[688].

---

[684] YZQUIERDO TOLSADA, M., "Responsabilidad civil y guarda legal", Documentación Jurídica, Tomo XI, enero-marzo 1984, p. 77.

[685] Ley 59/1987, de 16 de julio, Código Civil (Asamblea Nacional del Poder Popular, Gaceta Oficial Extaordinaria No. 9, de 15 de octubre de 1987, p. 39), art. 90.1: "Los padres o tutores son responsables de los daños y perjuicios causados por los menores de edad o incapacitados que estén bajo su guarda y custodia. 2. No obstante, la responsabilidad a que se refiere el apartado anterior corresponde a las personas a quienes se haya confiado el cuidado de menores o incapacitados por estar sus padres o tutores fuera de su domicilio, en cumplimiento de misiones internacionalistas u otras tareas o deberes".

[686] Del Codigo Civil español, el párrafo final del art. 1903: "La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en el mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño". Del Código Civil cubano, el art. 92: "La responsabilidad a que se refieren los dos artículos anteriores no surge sí quienes tienen a su cuidado a los mencionados menores o incapacitados, prueban que el daño o perjuicio se produjo a pesar de haber ellos actuado con la debida diligencia".

[687] Cfr. DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., Tratado de…, ob cit., p. 123, señala que "la experiencia vivida de la emancipación y la mayor libertad de movimientos que hoy es propia en el hijo de familia convierten en un tanto rigurosas las fórmulas de responsabilidad de los padres que hace no mucho tiempo parecían obligadas".

[688] Cfr. DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., Tratado de…, ob cit., p. 117.

En el Código Civil cubano, los arts. 90, 91 y 92 in fine, enumeran las personas responsables que responden por el hecho ajeno y en igual sentido que el Código Civil español para facilitar las cosas a las víctimas de los daños presume la culpa salvo prueba en contrario.

El fundamento de la responsabilidad de padres y tutores según las normas citadas pone de manifiesto la presunción de la culpa: si el niño ha dañado, se presume que ha sido porque no le han vigilado o educado con la diligencia de un buen padre de familia[689].

#### 3.6.1. Responsabilidad de los progenitores por los actos dañosos de sus hijos

En cuanto a la responsabilidad civil de los progenitores por los actos dañosos de sus hijos sometidos a la patria potestad, se aplican las regulaciones referidas a los actos ilícitos del Código Civil para fundamentar la acción civil por los daños causados por los hijos menores.

El Código Civil cubano sustenta la responsabilidad objetiva al considerar sin más que los actos ilícitos son hechos que causan daño o perjuicio a otro y él que lo causa está obligado a resarcirlo (arts. 81 y 82 Código Civil cubano)[690]; pero cuando regula la responsabilidad de los padres y tutores por los daños y perjuicios causados por los menores de edad o incapacitados que estén bajo su guarda y custodia establece que no surge la responsabilidad si prueban que el daño o perjuicio se produjo a pesar de haber actuado con la debida diligencia lo cual matiza dicha responsabilidad objetiva o dicho de otro modo la convierte en responsabilidad subjetiva (arts. 81, 82, 83, 90 y 92 Código Civil)[691].

Con sustento en estas normas se puede afirmar que en Cuba el progenitor que ostenta la guarda y cuidado de su hijo menor responderá frente a terceros por los actos ilícitos cometidos por sus hijos y los daños ocasionados, salvo que pruebe haber actuado con la diligencia debida, mientras que el no guardador carece de responsabilidad aunque sea coejerciente y cotitular de la patria potestad.

Se establece también que las personas a quienes se haya confiado el cuidado de menores o incapacitados por estar sus padres o tutores fuera de su domicilio, en cumplimiento de misiones internacionalistas u otras tareas o deberes serán responsables por los daños y perjuicios causados por dichos menores (art. 90.2 Código Civil), lo que significa la exoneración de la responsabilidad civil de los padres que se encuentran en tales circunstancias.

A tenor de las normas citadas, cabe cuestionarse si excepcionalmente el no guardador estará exento de reparar el daño causado cuando el hijo menor actúa ilícitamente durante el período de visita fijado por el régimen de comunicación, pues en este momento el menor se encuentra bajo el cuidado del visitador.

---

689 YZQUIERDO TOLSADA, M., Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Dykinson, 2001, p. 255.

690 Ley 59/1987, de 16 de julio, Código Civil, art. 81: "Los actos ilícitos son hechos que causan daño o perjuicio a otro"; art. 82: "El que causa ilícitamente daño o perjuicio a otro está obligado a resarcirlo".

691 Ley 59/1987, de 16 de julio, Código Civil, art. 83: "El resarcimiento de la responsabilidad civil comprende: a) la restitución del bien; b) la reparación del daño material; la indemnización del perjuicio; y la reparación del daño moral". Los artículos 81, 82, 90 y 92, vip ut supra.

En la situación cuestionada, sin duda, el guardador no será responsable de los daños causados por sus hijos, porque la Ley cubana deriva la responsabilidad civil hacia otras personas responsables del cuidado de los menores cuando están sus padres o tutores fuera de su domicilio por causas justificadas, con igual razón quedará exonerado el progenitor custodio cuando el hijo se encuentra conviviendo con el no guardador en su domicilio en cumplimiento del régimen de visitas.

En Cuba, los padres son responsables por los actos ilícitos civiles cometidos por sus hijos cuando se hallan bajo su guarda y vigilancia y convivan con ellos. La responsabilidad paterna por los daños causados por los hijos bajo su guarda pasa por el fundamento objetivo y subjetivo de la omisión del deber de vigilancia y por la presunción legal de culpabilidad.

La culpa in vigilando se estima motivo suficiente para responsabilizar al padre al que corresponde la prueba liberatoria que en tal caso tendrá como contenido demostrar que han vigilado bien a los hijos aunque existen otros criterios que extienden la responsabilidad a la culpa in educando, lo que obligará a probar la buena educación del hijo. En la práctica es muy difícil probar estas exigencias para alcanzar la exoneración, ya que de acuerdo con el contenido legal de la patria potestad se confiere a los progenitores el poder de impedir a los hijos cometer actos perjudiciales.

En la actualidad los menores tienen un campo de actividad social y jurídico mayor que el que tenían antes, lo que implica la necesidad de moderar la responsabilidad de los padres o incluso exonerarlos, pues su responsabilidad se basa en la posibilidad de control sobre sus hijos, cuestión en la que influye de forma determinante la edad del menor[692].

La Profesora LÓPEZ BELTRAN DE HEREDIA considera que "la nueva concepción de las relaciones paterno-filiales, la evolución de las costumbres sociales y la actual regulación de la patria potestad, uno de cuyos principios rectores es el respeto a la personalidad del hijo, con el consiguiente reconocimiento de un mayor ámbito de libertad para éste, hacen dudar, en ocasiones, de esa presunta culpa in vigilando, que tradicionalmente ha sido el fundamento de la responsabilidad paterna"[693].

Por su parte, DIAZ ALABART señala en su estudio sobre la responsabilidad por los actos ilícitos de los sometidos a la patria potestad o tutela, que no ha encontrado un sólo caso en el que se exonerase a los padres, pues "la jurisprudencia ha confundido a menudo a los padres de los menores con una compañía de seguros de automóviles"[694].

No es tan fácil como parece determinar la responsabilidad de los progenitores en los distintos supuestos que pueden darse. Como premisa de la responsabilidad paterna es necesario que el hijo que se encuentra bajo la guarda de los padres haya causado un daño que hubiera podido evitarse si los mismos hubieran obrado de forma diligente. De acuerdo con la doctrina, el progenitor que no pueda ejercitar la patria potestad no le será posible tener la guarda del menor y por tanto será difícil atribuirle culpa por el daño causado por el hijo, por esto, como regla general el no guardador está exento de responsabilidad, en tanto no tiene el cuidado personal de los hijos menores pero si

[692] DÍAZ ALABART, S., "La responsabilidad por los actos ilícitos de los sometidos a la patria potestad o tutela", ADC, 1987, p. 852-857.
[693] Cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos, Ed. Técnos, Madrid, 1988, p. 11.
[694] Cfr. DIAZ ALABART, S., "La responsabilidad…", ob cit, p. 851 y 857.

estará obligado el progenitor a resarcir a los perjudicados si el perjuicio fue ocasionado cuando los niños se encontraban bajo su cuidado en cumplimiento del régimen de visitas[695]. Estimo que mayor complejidad existirá para determinar la responsabilidad de los progenitores cuando la guarda y custodia sea compartida dado que ambos progenitores tendrán igual responsabilidad en el cuidado y vigilancia de sus hijos menores de edad.

Entre otras cuestiones para determinar la culpa de los padres en la guarda del hijo causalmente vinculada al daño es necesario considerar la edad de los menores, carácter, hábitos, estado mental o grado de desarrollo intelectual, o su educación mientras que respecto a los padres se argumenta la imposibilidad de encargarse personalmente del cuidado de los hijos durante todo el día, por razón de trabajo o de otra naturaleza y otras circunstancias como los limitados recursos económicos de los progenitores o el gran número de hijos que le dificulta el debido cuidado de todos, situaciones que pueden ser valoradas pero no los exonera de responsabilidad por los daños causados por sus hijos menores. También existen circunstancias objetivas como el lugar donde se desenvuelve la vida del menor, actividades o juegos peligrosos y la peligrosidad de determinados objetos que según cada caso serán elementos para determinar el tipo de medidas que los padres debieron observar para prevenir el daño[696].

#### 3.6.2. Responsabilidad por actos dañosos de sus hijos penalmente tipificados

La plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos en Cuba se alcanza a los 18 años cumplidos, pero la responsabilidad penal es exigible a las personas naturales a partir de los 16 años de edad cumplidos al momento de cometer el acto punible, aunque las sanciones penales previstas para cada tipo pueden reducirse a la mitad. La declaración y ejecución de la obligaciones civiles provenientes de delito cometidos por personas comprendidas en esas edades se resuelve mediante el ejercicio de la acción penal (art. 70.1 CP y art. 29 del CC cubanos)[697]. Esto significa que los progenitores de un menor de dieciocho años y mayor de dieciséis años, están liberados de reparar los daños ocasionados por sus hijos menores al ser ejercitada la acción penal junto con la civil.

---

[695] GÓMEZ CALLE, E., "Responsabilidad de padres…", ob cit., 1042-1044, en este sentido analiza las diversas hipótesis que pueden darse en cuanto al ejercicio de la patria potestad, para analizar las responsabilidades exigibles en cada una de ellas y analiza el supuesto de responsabilidad cuando la patria potestad es ejercida conjuntamente por ambos progenitores, la posible responsabilidad paterna mientras se sustancia el proceso de nulidad, separación o divorcio o cuando se realiza el derecho a relacionarse con los hijos menores, entre otras posibles situaciones.

[696] GÓMEZ CALLE, E., "Responsabilidad de padres…", ob cit., p. 1046 a 1048.

[697] De la Ley 62/1987, de 29 de diciembre, Código Penal (Asamblea Nacional del Poder Popular, Gaceta Oficial Especial No. 3 de 30 de diciembre de 1987, p. 51), art. 16.2: "La responsabilidad penal es exigible a la persona natural a partir de los 16 años cumplidos en el momento de cometer el acto punible"; art. 70.1: "El responsable penalmente lo es también civilmente por los daños y perjuicios causados por el delito. El tribunal que conoce del delito declara la responsabilidad civil y su extensión aplicando las normas correspondientes de la legislación civil y, además, ejecuta directamente la obligación de restituir la cosa, el reparar el daño moral…"; y del Código Civil, art. 29.1: "La plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos se adquiere: 1) Por arribar a la mayoría de edad, que comienza a los 18 años, b) Por matrimonio del menor. 2) La ley, no obstante, puede establecer otras edades para realizar determinados actos".

De acuerdo con la legislación positiva cubana, las personas menores de dieciséis años no son responsables penalmente, a éstas se les aplica el sistema de atención a menores con trastornos de conducta y según la gravedad de ésta, el menor será internado en un centro de reeducación especial por el término que disponga la autoridad administrativa facultada para ello, con lo cual los actos dañosos que causen por hechos tipificados como delito, podrán ser resarcidos a la víctima mediante la correspondiente acción civil. En estos supuestos la responsabilidad paterna ex art. 90.1 y 92 del Código Civil es de responsabilidad por culpa y de responsabilidad directa por los daños causados por los hijos menores.

### 3.6.3. Responsabilidad por daños en Derecho de Familia

Los criterios de responsabilidad por daños aplicables o no a las relaciones familiares resultan de interés jurídico para el Derecho de Familia y desde luego un tema apasionante que rebasa los objetivos que me he propuesto en esta investigación, pero si pretendo reflexionar brevemente sobre esta cuestión por su estrecha relación con los daños producidos a uno de los progenitores cuando atribuida la guarda y cuidado al otro, éste viola los deberes respecto a los hijos o se incumple con las visitas lo que podría repercutir en el establecimiento del régimen de alimentos sin perjuicio para los menores.

El principio de responsabilidad enmarcado en el axioma de no causar daño a otro, alterum nom laedere, puede extenderse a las relaciones familiares, en particular a los incumplimientos de los deberes conyugales con trascendencia a la infracción de los derechos deberes de la patria potestad.

Para determinar la ilícitud de la conducta con consecuencias indemnizatorias en la esfera familiar, es necesario que en el ordenamiento jurídico exista un sistema de protección o de valoración de los bienes como sucede con los bienes protegidos constitucional y penalmente, o de bienes que del conjunto del ordenamiento jurídico se deduce que son dignos de protección, pues la antijuridicidad propia del derecho de daños implica un juicio de desvalor del resultado[698]. Por tanto, aunque no esté tipificada una conducta como antijurídica puede surgir la obligación de resarcimiento por el daño injustamente causado[699].

No se puede ignorar que el Derecho de daños aplicado al Derecho de Familia exige una conducta intencional o gravemente negligente en el incumplimiento de los deberes que corresponden a los miembros de la familia respecto a los demás, tanto en el Derecho cubano como en el Derecho español[700].

---

[698] DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Sistema de Derecho Civil, Derecho de daños, Tomo II, Madrid, 1990, p. 297.

[699] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales, Ponencia al XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, Sevilla-Huelva, octubre 2004, p. 16-17.

[700] Del Código de Familia, art. 52: "Se entiende, a los efectos de esta ley, que el matrimonio pierde su sentido para los cónyuges y para los hijos, y con ello también para la sociedad, cuando existan causas que hayan creado una situación objetiva en la que el matrimonio haya dejado de ser o ya no pueda ser en el futuro la unión de un hombre y una mujer en que de modo adecuado se puedan ejercer los derechos, cumplir las obligaciones y lograrse los fines a que se refieren los artículos 24 al 28, ambos inclusive"; art. 95: "Los tribunales podrán privar de la patria potestad o suspender el ejercicio a los progenitores cuando incumplan gravemente los deberes previstos en el artículo 85". En cuanto al Código Civil español el art. 82.2 establece que: "Son causas de separación: (...) 2ª. Cualquier violación grave o

La exigencia de dolo o culpa grave en la conducta del sujeto en materia de responsabilidad se puede deducir de las disposiciones del Derecho de Familia, son esas conductas las que hacen exigible la responsabilidad por incumplimiento de los deberes que la ley establece en las relaciones familiares, es decir, aquellos supuestos de incumplimiento por dolo o culpa grave que no se ajustan a "la concesión de privilegios domésticos: la libertad de actuar relajadamente en la intimidad no puede llegar al punto de comportarse de modo alocado y temerario en daño de los demás ni mucho menos de dañar intencionalmente"[701].

En este sentido, se considera que "el mero incumplimiento de un deber conyugal no genera en sí la existencia de responsabilidad porque ello produciría la proliferación de pleitos innecesarios y haría peligrar seriamente el principio de unidad familiar. Es necesario, que la conducta por su reiteración o gravedad, de acuerdo con lo expuesto, sea objeto de responsabilidad. Normalmente se tratará de supuestos de dolo, porque existe una intencionalidad de causar daño"[702].

"El entramado de ciertas conductas que perteneciendo a la esfera del Derecho de Familia no encuentran una solución expresa respecto de la posibilidad de interponer acciones de responsabilidad civil hace que nos planteemos hasta qué punto es factible la aplicación del Derecho de daños a la esfera de las relaciones familiares"[703].

Una situación familiar que puede provocar daños a uno de los progenitores y al propio menor sucede por el incumplimiento del régimen de comunicación o visitas, o por negligencia en la custodia de un hijo común[704], con lo cual se pueden producir afectaciones morales y/o económicas importantes, que pudieran valorarse judicialmente en virtud de los criterios de responsabilidad por daños.

Esta opción de aplicar a las relaciones de familia los criterios de responsabilidad por daños podría conducir a una indemnización justa con el consecuente resarcimiento al afectado debido a la conducta dolosa o gravemente negligente de su cónyuge o ex cónyuge en el incumplimiento de los deberes conyugales que pueden afectar las relaciones paterno-filiales dado que su "infracción produce a veces consecuencias económicas y en todo caso un daño moral resarcible, y a ellas habremos de aplicar las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones --las de la llamada culpa contractual, pero que no sólo se aplican al incumplimiento de las obligaciones contractuales--, y en último término las relativas al ilícito civil"[705].

---

reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar"; art. 168: responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos en caso de pérdida o deterioro de los bienes de los hijos por dolo o culpa grave".

701 Cfr. FERRER I RIBA, J., "Relaciones familiares y límites de derecho de daños", octubre 2001, Indret 04/2001, p. 13.

702 MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., Indemnización de…, p. 20, señala: "es lo que algunos autores denominan privilegios de responsabilidad a partir de las normas de Derecho de Familia que ajustan los criterios de imputación del daño a las reglas sociales dominantes y, por esta vía, limitan la responsabilidad al dolo y a la culpa grave".

703 Cfr. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., ibidem, p. 15.

704 FERRER I RIBA, J., "Relaciones familiares y límites…", ob cit, p. 4, cita entre otros ejemplos; la reclamación de indemnización por daños entre padres separados por negligencia en la custodia de un hijo común.

705 LUNA SERRANO, A., y SANCHO REBULLIDA, F., Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de Familia, Barcelona 1997, p. 103-104. En igual sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, C., Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Vol. I, Madrid, 1985, p. 326-327, afirma que cabe el ejercicio de

En sentido contrario se afirma que "tratándose de deberes que sólo pueden ser cumplidos por libre decisión moral de uno y otro cónyuge parece contradictorio que puedan arbitrarse medios dirigidos a la compulsión indirecta de aquéllos"[706].

Las consideraciones relacionadas con el incumplimiento de los deberes conyugales pueden extenderse en orden a los incumplimientos en el ejercicio de la patria potestad. No se puede ignorar que en ocasiones se utiliza al hijo menor como instrumento de negociación de las discordias de los progenitores que no conviven, con la consecuente afectación al niño, por eso la conducta dolosa del guardador al obstaculizar las visitas puede perjudicar la relación filial del progenitor no guardador y su hijo, aparte de los daños económicos que se pueden producir en situaciones en las que padre e hijo residen a considerable distancia y el traslado para la visita requiere un gasto adicional.

El gasto en que incurre un progenitor para trasladarse de un Estado a otro o de una provincia a otra para visitar al hijo menor con el que no convive debido la ruptura conyugal, se convierte en un daño económico cuando no es posible la realización de este derecho-deber por la conducta dolosa del progenitor que ostenta la guarda e impide la comunicación con el niño bajo cualquier pretexto.

Las regulaciones sustantivas civiles y de familia en Cuba no dejan margen de aplicación del Derecho de daños a los incumplimientos de los deberes conyugales o de su posible incidencia en las relaciones paterno-filiales. Únicamente la norma positiva de Familia admite que producto de los gastos económicos en que incurre el no guardador para hacer efectivo el cumplimiento de la comunicación con su hijo menor puede aquél a su elección satisfacer los alimentos "pagando la pensión que se fije o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos" [707]. Este ajuste de la obligación en la prestación de alimentos funciona como compensación económica en algunos casos y sólo procede si no se afectan las disposiciones relativas a la guarda y cuidado del alimentista.

---

una acción indemnizatoria dirigida a resarcir los daños morales y materiales que haya podido causar el otro cónyuge.

[706] Cfr. FERRER I RIBA, J., "Relaciones familiares y límites…", ob cit., p. 11; en igual sentido, con otros argumentos TORRERO MUÑOZ, M., Las crisis familiares en la…, ob cit., p. 59.

[707] Del Código de Familia, el artículo 129: (…) ésta última forma de prestar alimentos sólo procederá si no se afectan disposiciones relativas a la guarda y cuidado del alimentista y no existen impedimentos de orden moral o material.

4. Vías y criterios de atribución de la guarda y cuidado de los hijos menores. 4.1.- Vía convencional. 4.1.1.- Acuerdo privado. 4.1.2.- Divorcio extrajudicial. 4.2.- Vías de solución en el Derecho cubano. 4.2.1.- Vía especial de divorcio. 4.2.1.1. Divorcio por mutuo acuerdo. 4.2.1.2.- Divorcio por justa causa con medidas provisionales. 4.2.2.- Otras vías según la situación jurídica de los progenitores. 4.2.2.1.- Separación de hecho de matrimonio formalizado. 4.2.2.2.- Nulidad de matrimonio. 4.2.2.3.- Unión matrimonial no formalizada. 4.2.2.4.- Relaciones no matrimoniales. 4.3.- Criterios de atribución. 4.3.1. Mantenimiento de la situación anterior. 4.3.2.- Preferencia de la madre. 4.3.3.- Otros criterios. 4.4.- Modificación de la guarda y cuidado. 4.4.1.- Circunstancias relevantes según la práctica judicial. 4.4.2.- Incumplimiento del régimen de comunicación a causa del guardador.

### 4.1. Vía convencional

La determinación de la guarda y cuidado de los hijos menores puede efectuarse por acuerdo de los padres o mediante decisión judicial según los artículos 88 y 89 del Código de Familia vigente en Cuba.

La vía convencional para determinar la situación jurídica de los hijos menores en la crisis de la pareja de los progenitores requiere el consenso de ambos respecto a la patria potestad, guarda y cuidado, régimen de comunicación con éstos y cuantía de la pensión alimenticia a cargo del no guardador.

La validez de los acuerdos adoptados por los progenitores está sometida al principio del interés del menor, por lo que serán válidos aquellos convenios que le benefician; contrario sensu no tendrán eficacia los acuerdos que le perjudican. Los acuerdos son aprobados por el Notario mediante Escritura de divorcio o en su caso por el Tribunal que dicta auto mediante el cual aprueba las medidas provisionales respecto a los hijos menores de edad.

Ante el desacuerdo de los progenitores los Tribunales Municipales Populares serán competentes para decidir a cuál de los padres corresponderá la guarda y cuidado de los hijos menores, para lo cual consideran que ambos tienen igualdad de derechos y deberes en función del ejercicio de la patria potestad.

La vía judicial para determinar sobre atribución de la guarda y régimen de comunicación presenta no sólo el inconveniente de la intervención de un tercero en el conflicto familiar sino sobre todo el problema que suscita la diversidad de procedimientos establecidos en nuestro ordenamiento para sustanciarla, según la situación jurídica de los progenitores.

Las normas sustantivas sobre la guarda de los hijos menores y régimen de comunicación de éstos con el no guardador se aplican en el ámbito judicial, según sea el menor habido en matrimonio o fuera de éste, las reglas procesales también son distintas para cada supuesto. La diversidad de normas aplicables a la misma pretensión repercute negativamente en la concepción de la patria potestad, lo que analizaré más adelante.

Debido a la incidencia directa del procedimiento vigente en la aplicación de las normas reguladoras de las relaciones paterno-filiales se abordará en esta parte los distintos cauces previstos para el conocimiento y resolución de los conflictos sobre patria

potestad, guarda y cuidado y comunicación de los hijos menores al objeto de justificar la conveniencia de aplicar un mismo régimen jurídico para los litigios familiares.

No existe fundamento alguno para el tratamiento desigual establecido para el conocimiento y resolución de las señaladas cuestiones en tanto se dirime una misma cuestión, a saber: la determinación de la situación jurídica de los hijos menores de edad ante el desacuerdo de los progenitores.

También interesa el estudio de los criterios judiciales de atribución de la guarda de los hijos menores en las distintas situaciones en que puedan encontrarse y su relación con el derecho de comunicación de éstos con el progenitor no custodio, toda vez que ambas cuestiones se fundamentan en los principios de igualdad e interés del menor, con la dificultad que ello presupone.

Repetimos, la vía convencional para determinar sobre la situación jurídica de los hijos menores de progenitores que no conviven surge del consenso de ambos. La eficacia y validez de los acuerdos que se adopten en alguna medida se relacionan con la situación jurídica de los progenitores, según la legislación cubana vigente.

En Cuba, los acuerdos privados de los cónyuges respecto a los hijos menores no matrimoniales no se someten a control judicial; en cambio los acuerdos adoptados respecto a hijos matrimoniales son revisados en el proceso de divorcio por el Tribunal que declara su validez en el Auto de medidas provisionales, lo que no es propiamente una homologación del acuerdo sino una valoración de las pretensiones de las partes sobre la situación jurídica de los hijos menores.

El allanamiento del demandado a las medidas provisionales propuestas en la demanda de divorcio por justa causa puede conducir a la aprobación judicial si el acuerdo de las partes no perjudica a los hijos menores, en ese caso el régimen definitivamente fijado en la sentencia se ajustará al acuerdo, por esta razón no será posible la modificación de la guarda y cuidado a solicitud de uno de los progenitores salvo si varían las circunstancias de hecho que aconsejaron la aprobación del acuerdo[708].

Del ordenamiento familiar cubano se constata que las regulaciones dedicadas a la guarda y cuidado de los hijos menores sometidos a la patria potestad conceden preferencia al acuerdo de los progenitores cuando éstos no convivieren, sin que aparezca regulación alguna sobre la existencia del control sobre acuerdos privados (art. 88 CF).

Se prevé la intervención judicial cuando el acuerdo de los padres sea atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos, lo que puede ponerse en conocimiento del Tribunal a instancia del Fiscal dada su legitimación para intervenir en asuntos de naturaleza civil y de familia en defensa del interés social (art. 89 CF).

Al existir desacuerdo entre los progenitores, uno de ellos pondrá en conocimiento del Tribunal su pretensión contrapuesta a la del otro. En este supuesto se efectúa el

[708] STSP de 30 de octubre del 2002, expte Nº. 761/2002, esta sentencia reconoce la validez de los acuerdos judiciales al declarar que: "dispuesta la guarda y cuidado de la menor hija de las partes a favor de la madre por sentencia de divorcio No. 87 de 17 de febrero del 1997, en virtud de un evidente acuerdo de los contendientes, ya que el ahora recurrente se allanó a la demanda interpuesta en aquel entonces, situación que fue ratificada por sentencia 457 de 17 de agosto del 2001 sobre variación de régimen de comunicación con dicha menor, no procede modificar la guarda y cuidado porque no han variado las circunstancias que resultan las mismas que existían al momento de dictarse la última sentencia citada".

control judicial a instancia de parte que resuelve el juzgador en función del interés y beneficio del menor.

La vía convencional es la más beneficiosa a los menores y es la más común en el contexto social cubano. El acuerdo propicia mejores relaciones familiares al evitar la contienda judicial entre los progenitores en relación con sus hijos menores de edad.

La evolución de la Sociedad cubana en materia de patria potestad ha condicionado la concepción del legislador que considera más beneficioso para el hijo menor mantenerlo bajo la guarda y cuidado de la madre que del padre si se hallaban en compañía de ambos al producirse el desacuerdo contrario a cuya consideración deben existir fundadas y justificadas razones (art. 89 CF).

Es común que los progenitores que viven separados acuerden la guarda y cuidado a favor de la madre porque sometido a la vía judicial el desacuerdo casi siempre se decidirá a favor de aquélla, con lo cual los litigios que se suscitan por interés del padre en la guarda y cuidado son verdaderamente escasos; por consiguiente, los litigios más frecuentes se observan en relación con el régimen de comunicación o visitas.

### 4.1.1. Acuerdo privado

Cuando falta la convivencia de los progenitores surge la necesidad de determinar cuál de ellos quedará con la guarda y cuidado de los hijos menores de edad pero prevalece el acuerdo adoptado por ambos en cuanto no afecte el interés de los niños.

El acuerdo sobre la atribución de la guarda a uno de los progenitores puede ser adoptado entre éstos sin formalidad alguna. El acuerdo privado se fundamenta en el ejercicio conjunto de la patria potestad que confiere a ambos padres la facultad de decidir sobre lo más conveniente para sus hijos menores de edad. Nada se opone a que este acuerdo conste por escrito para interesar su homologación judicial a través de la jurisdicción voluntaria aunque no está previsto taxativamente en la Ley de procedimiento civil vigente, por lo que no resulta práctica legal.

La ventaja de la homologación judicial del acuerdo de los progenitores concedería eficacia jurídica a la actuación de los mismos en beneficio del menor gozando de validez los actos realizados según dicho acuerdo. En todo caso se acude por los interesados al ámbito judicial si existe discrepancia sobre la atribución y desempeño de la guarda y cuidado[709].

En el proceso judicial de divorcio por mutuo acuerdo se contempla la exigencia de convenio suscripto por los cónyuges en el cual debe constar el acuerdo común en cuanto a los efectos personales y patrimoniales del divorcio que deberá ratificarse por ambos cónyuges a presencia judicial. También deberá suscribirse un acuerdo por los cónyuges para el divorcio notarial. En los demás casos la decisión recaerá en el Tribunal sea mediante el procedimiento de divorcio por justa causa o cualquier otro trámite en los que se deduzcan pretensiones sobre la situación jurídica de los hijos menores.

[709] Del Código de Familia, el artículo 58 en relación con el artículo 89: <<De no mediar acuerdo de los padres la cuestión se decidirá por tribunal competente>>.

Cuando no existe allanamiento a la pretensión del demandante y aún presente esta posición del demandado, el Tribunal revisa que las propuestas no sean perjudiciales a los intereses del menor decidiendo en consecuencia sobre el fondo del asunto[710].

La introducción del divorcio notarial, que obviamente requiere un recíproco disenso de los cónyuges en todo cuanto atañe a las medidas jurídicas respecto a los hijos menores, incluida la vivienda común, constituye una novedad jurídica y social, pues se hace constar mediante Escritura Pública la disolución matrimonial y la convención deseada por los progenitores respecto a los hijos menores de edad sujetos a la patria potestad.

El Notario tendrá función revisora sobre los acuerdos de los cónyuges en el divorcio a los fines que éstos no afecten los intereses de los menores. En tales circunstancias dará cuenta al Fiscal o puede abstenerse de autorizar la Escritura conforme lo faculta la Ley[711].

### 4.1.2. Divorcio extrajudicial

En cuanto al divorcio extrajudicial aparecido en nuestro ordenamiento como divorcio notarial se requiere un detenido análisis en tanto su regulación contraviene el aludido artículo 38 de la Constitución de la República, que establece como deber de los padres las funciones inherentes a la patria potestad.

El Decreto-Ley 154/1994, de 6 de septiembre, al conceder facultad al Notario para valorar las convenciones de los cónyuges, entre ellas, la que se refiere a las relaciones entre padres e hijos, infringe el precepto constitucional señalado, que no da margen para que la patria potestad sea atribuida notarialmente[712].

Sería más conveniente adoptar la homologación judicial de las convenciones de la pareja de los progenitores respecto a la situación jurídica de los hijos menores que reconocer la vía notarial para deferir la patria potestad (titularidad y ejercicio), puesto que esta solución es contraria a la indisponibilidad de la institución.

El control judicial sobre los acuerdos en esta materia es una exigencia de la concepción legal de la patria potestad en nuestro sistema de Derecho, pues aun con la obligación del Notario de darle traslado al Fiscal si el acuerdo de las partes contiene la cesión de la patria potestad de un progenitor a otro o si advierte que las convenciones adoptadas afectan los derechos del menor en cualquiera de los aspectos que señala el Decreto-Ley, no se salva la contradicción que presenta respecto a la Constitución, ya que el Fiscal no está facultado para decidir sobre la situación jurídica de los hijos menores de

---

[710] STSP 1272 de 28 de diciembre del 2001, Expte casación Nº. 979/2001. Considera que aun mediando acuerdo de los padres respecto al régimen de guarda y cuidado de los hijos y la comunicación de éstos con aquel de los padres al que no se le ha conferido dicha guarda y cuidado, "la función tuitiva del tribunal se extiende al resolver el pleito cuando afecte los intereses materiales y morales de los hijos" de acuerdo con el artículo 90 del Código de Familia.

[711] Art. 4 del Decreto-Ley 154/1994, de 19 de septiembre. Gaceta Oficial de la República, edición ordinaria, Nº. 13, p. 193.

[712] Ibidem, art. 4: "El Notario, al analizar las convenciones de los cónyuges y, en especial, las referidas a las relaciones paterno filiales sobre patria potestad, guarda y cuidado de los hijos comunes menores, régimen de comunicación con éstos y pensiones, observará que las mismas no atenten contra menores, b) la adecuada interrelación y comunicación entre padres: a) el normal desarrollo y educación de los hijos comunes e hijos, c) la satisfacción de las necesidades económicas de los hijos comunes menores, ch) la salvaguarda de los intereses de los hijos comunes menores y d) el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres".

edad sometidos a la patria potestad porque esto es competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia.

La disposición final segunda del Decreto-Ley 154/1994 modifica entre otros preceptos del Código de Familia, el apartado 2) del artículo 93 en cuanto establece que ambos padres o uno de ellos perderán la patria potestad sobre sus hijos cuando se atribuya a uno de ellos por escritura notarial de divorcio o por sentencia dictada en proceso de divorcio o de nulidad de matrimonio o se prive a ambos por resolución judicial. Esta disposición deja legalmente establecido que se podrá conferir la patria potestad por escritura notarial de divorcio, lo cual violenta el carácter irrenunciable de la patria potestad.

La colega Carmen Hernández Pérez, en su trabajo de investigación sobre "El Divorcio", consideró que "el referido Decreto-Ley también confiere amplia potestad decisoria al Fiscal, quien después de someter a juicio las convenciones sobre los hijos menores y estimarlas acertadas, las aprobará íntegramente, además de poder decidir <<mediante dictamen>> que la patria potestad sea conferida a favor de uno sólo de los cónyuges, o dicho de otra forma, que se prive a un padre de la patria potestad sobre su hijo, medida que dada su gravedad sólo compete al tribunal adoptarla mediante sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del Código de Familia <<el que no fue expresamente derogado ni modificado por el texto legal en comentario>> y que establece que el tribunal podrá deferir la patria potestad de los hijos menores a ambos padres o a favor de uno de ellos cuando así lo exija el interés de los hijos, consignando las razones por las cuales se priva al otro"[713].

En esta nueva concepción del divorcio notarial se autoriza atribuir la patria potestad a interés de parte, por lo que más que una privación se admite una cesión o renuncia de la patria potestad, lo que infringe los caracteres propios de la institución. No concibe el Decreto-Ley 154/1994 la necesidad de consignar razones de privación de la patria potestad en la Escritura Notarial que la atribuye a uno sólo de los progenitores porque descansa en el acuerdo adoptado entre los cónyuges de ser admitido en su caso por el Notario y el Fiscal. Esas circunstancias configuran la infracción constitucional a que me refería antes, en tanto la patria potestad es intransmisible, irrenunciable e imprescriptible considerada en la Constitución de la República de Cuba como deber de los padres en función del interés de los hijos.

La patria potestad (titularidad) puede ser deferida a favor de aquel de los padres que a juicio del Tribunal deba ejercerla conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 57 del Código de Familia, por esto resulta contradictoria la facultad notarial para dejarlo determinado por acuerdo de los cónyuges dada la indisponibilidad de la patria potestad.

Las discrepancias que surjan respecto a las convenciones adoptadas en la Escritura de divorcio relativas a la patria potestad, guarda de los hijos, régimen de comunicación o pensiones, se sustanciarán por los trámites de los incidentes, lo que autoriza el Dictamen No. 374 adoptado por Acuerdo No. 44 de 29 de agosto de 1996 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular[714].

[713] Cfr. HERNÁNDEZ PÉREZ, C., "El divorcio", Ed. Boletín ONBC, La Habana, 2001, p. 33.
[714] Boletín del TSP, La Habana, 1995-1996.

El incumplimiento de dichas convenciones por cualquiera de los cónyuges puede dar lugar al trámite de ejecución de sentencia firme o la transacción judicial aprobada, según lo ha considerado el Dictamen No. 376, Acuerdo No. 46 de 29 de agosto de 1996 del citado órgano de justicia[715].

Como se observa, los efectos de la Escritura de divorcio se han homologado a los efectos de la sentencia de divorcio por justa causa mediante sendos dictámenes del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que disponen que la modificación de las medidas respecto a los hijos menores se resolverá por el juicio incidental y el cumplimiento forzoso por los trámites de ejecución de sentencia respectivamente lo que demuestra la disfunción del Decreto-Ley 154/94 también en estos extremos[716].

4.2. Vías de solución judicial en el Derecho cubano

Ante el desacuerdo de los progenitores sobre al ejercicio de la patria potestad nuestro ordenamiento tiene previstas distintas vías de solución judicial del conflicto, según la situación jurídica en que ellos pudieran encontrarse.

Analizaremos puntualmente el tratamiento previsto para determinar la situación jurídica de los hijos menores de padres casados que interesan la disolución matrimonial para los cuales se establece la regulación especial del divorcio, sea por justa causa o mutuo acuerdo, y también de los hijos habidos de padres separados de hecho de matrimonio formalizado, de unión matrimonial no formalizada, de nulidad de matrimonio o de relaciones no matrimoniales, supuestos para los que existe distinto tratamiento lo que afecta el principio de igualdad de todos los hijos al no contar con una regulación única para resolver sobre una misma pretensión.

Existen distintos procedimientos para determinar sobre funciones propias del ejercicio de la patria potestad como la atribución de la guarda y cuidado y la fijación del régimen de comunicación o visitas. Las vías de solución judicial establecidas por la ley cubana son distintas según se trate de hijos matrimoniales o no.

Cuando los padres casados o no cumplen debidamente los deberes de la patria potestad no se necesita acudir a los órganos de justicia en reclamo de tutela para su ejercicio. El conflicto sobre el ejercicio de la patria potestad surge ante el incumplimiento, sea éste sencillo o reiterado, lo cual puede trascender a la pérdida de la patria potestad o a la suspensión del ejercicio por causas graves, aunque también la suspensión de la patria potestad se establece en supuestos de incapacidad o ausencia del progenitor (art. 94 CF).

De acuerdo con el artículo 93 del Código de Familia, ambos padres o uno de ellos, perderán la patria potestad sobre sus hijos:

1) por sentencia firme dictada en proceso penal y

2) cuando se atribuya a uno de ellos o se prive a ambos de la patria potestad por sentencia firme dictada en proceso de divorcio o de nulidad de

[715] Ibidem.

[716] Del Decreto-Ley 154/1994, art. 12: "El incumplimiento por cualquiera de los excónyuges de algunos de los pronunciamientos contenidos en la escritura de divorcio, se resolverá en proceso de ejecución ante el tribunal municipal popular correspondiente. La resolución que recaiga en el asunto, sólo podrá modificarse por los trámites de incidentes ante el tribunal competente".

matrimonio, actualmente se atribuirá también por divorcio notarial mediante Escritura Pública[717].

Sistematizando apretadamente las disposiciones sustantivas de familia sobre el tema de conjunto con las normas adjetivas de la Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral en lo adelante LPCALE y el Decreto-Ley sobre el divorcio notarial; la determinación del ejercicio de la patria potestad podrá resolverse por diferentes vías, según la situación jurídica de los padres e igualmente la determinación de la guarda y cuidado de los hijos menores y el régimen de comunicación.

También existen distintas vías por las que puede suspenderse el ejercicio de la patria potestad o privarse de su titularidad en la jurisdicción civil lo que puede disponerse mediante el procedimiento ordinario y también se puede privar la patria potestad en sentencia de divorcio (art. 57 CF).

El procedimiento ordinario será el cauce para sustanciar la suspensión o privación de la patria potestad que no es posible en ningún caso asimilarla a los trámites sumarios o de los incidentes. La legitimación está reservada a uno de los padres o al Fiscal (arts. 6 y 223.2 LPCALE).

Para la suspensión por incapacidad o ausencia será requisito previo obtener la declaración de incapacidad mediante expediente de jurisdicción voluntaria. Para promover la incapacidad estarán legitimados: el cónyuge, el llamado a la tutela, los herederos abintestato, o subsidiariamente el Fiscal; y para la ausencia, el cónyuge o los herederos abintestato y el Fiscal en defensa de los intereses del menor (art. 47, 578, 586 y siguientes LPCALE).

Al ser suspendido o privado uno de los padres del ejercicio de la patria potestad a través de las señaladas vías corresponderá al otro progenitor la guarda y cuidado de los hijos menores de edad lo que será resuelto en la sentencia que ponga fin a uno de esos procedimientos incluido el régimen de comunicación o visitas que corresponda (art. 97 CF).

A continuación analizaré las diversas vías establecidas para resolver sobre la misma cuestión y es la relativa a la determinación de la guarda y cuidado de los hijos menores sujetos a la patria potestad.

#### 4.2.1. Vía especial de divorcio

En el proceso de divorcio existen dos procedimientos especiales a considerar para la determinación de las cuestiones relativas a las relaciones paterno-filiales que son las siguientes:

a) El procedimiento especial de divorcio por mutuo acuerdo (art. 380 LPCALE, tal como quedó modificado por el Decreto-Ley 154/1994).

b) El procedimiento especial de divorcio por justa causa con dos variantes; una para caso de allanamiento y otra para los procesos contenciosos (art. 382 y siguientes LPCALE).

El Código de Familia cubano reconoce la titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad al padre y la madre e impone al Tribunal la obligación de establecer como

[717] Decreto-Ley 154/1994 de 19 de septiembre; dispone la atribución de la patria potestad por escritura notarial de divorcio según la disposición especial segunda.

regla que ambos padres conservarán la patria potestad sobre sus hijos menores en tanto la intención del legislador cubano se orienta a la participación activa de los dos progenitores en la asistencia y dirección de la vida de sus hijos menores de edad y por eso los responsabiliza por igual (art. 57 CF).

De acuerdo con el precepto señalado la sentencia de divorcio por justa causa podrá deferir la patria potestad a favor de aquel progenitor que a juicio del Tribunal debe ejercerla cuando así lo exija el interés de los hijos menores consignando las razones por las cuales priva de ella al otro (2º párrafo, art. 57 CF).

Es una incongruencia del 2º párrafo del artículo 57 del Código de Familia autorizar la privación de la patria potestad en el divorcio y no la suspensión de su ejercicio. Cuando la sentencia de divorcio no ha dispuesto la privación de la patria potestad a uno o a ambos cónyuges sólo procederá solicitar ésta por las reglas del procedimiento ordinario. También cursará por los trámites del proceso ordinario la suspensión y privación de la patria potestad en el resto de las situaciones respecto a hijos reconocidos de relación consensual o los habidos de la relación conducente a la nulidad del matrimonio, según se establece en preceptos atinentes de la Ley de procedimiento civil en relación con el Acuerdo 249/1978 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular[718].

La sentencia de divorcio podrá privar a ambos padres de la patria potestad cuando esto sea necesario en interés de los hijos menores, en cuyo supuesto se constituirá a los hijos en tutela (art. 57 in fine CF).

#### 4.2.1.1. Divorcio por mutuo acuerdo

El procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo ha sido modificado por el Decreto-Ley 154/1994, de 19 de septiembre, que regla el divorcio notarial a partir del cual constituye un requisito de admisibilidad el haber intentado primero el divorcio por mutuo acuerdo ante Notario, pues sólo se puede acudir a la vía judicial de no ser posible la solución notarial[719].

El procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo exige que los cónyuges presenten escrito firmado (convenio) mediante el cual solicitarán la disolución del matrimonio y las convenciones a que hayan arribado respecto a la patria potestad, guarda y cuidado de los hijos menores y pensión alimenticia que corresponda.

Se dispone una comparecencia en un término no menor de treinta días ni mayor de cuarenta y cinco, a la cual deben asistir ambos cónyuges a presencia judicial con la finalidad de ratificar su propósito de disolver el matrimonio en cuyo caso se dicta sentencia decretando la disolución matrimonial con los pronunciamientos que correspondan respecto a los hijos menores de edad (arts. 380 y 381 LPCALE).

La sentencia de divorcio por mutuo acuerdo en todo caso adoptará las medidas respecto a los hijos menores con aplicación sustantiva de las disposiciones contenidas para el divorcio en los artículos del 57 al 62 del Código de Familia, preceptos que obligan al Tribunal a sujetar la aprobación de la propuesta de los cónyuges al beneficio de los menores.

---

[718] Acuerdo 249 de 31 de mayo de 1978 del Consejo de Gobierno del TSP, reproducido en la STSP No. 101 de 2 de octubre de 1978, Compendio de los principales acuerdos e instrucciones..., ob cit., p. 137.

[719] De la LPCALE, art. 380 modificado: "…cuando el divorcio por mutuo acuerdo no proceda ante Notario quedará expedita la vía para tramitarlo ante el tribunal competente".

En este procedimiento consensual por vía judicial no quedará determinada la situación jurídica de los hijos hasta la aprobación de los acuerdos de los cónyuges por sentencia.

#### 4.2.1.2. Divorcio por justa causa con medidas provisionales

Mediante el procedimiento especial del divorcio por justa causa el actor formula la demanda con la propuesta por otrosí de las medidas provisionales que hayan de adoptarse en relación con la guarda y cuidado de los hijos menores y pensión alimenticia para éstos y el otro cónyuge en su caso. La situación jurídica de los hijos matrimoniales queda asegurada mediante las medidas provisionales que se acuerden por el Tribunal pero no pueden solicitarse de forma previa a la demanda en ningún caso (art. 62 CF y arts. 382, 385 y 386 LPCALE).

El artículo 62 del Código de Familia establece: <<En las medidas provisionales que deben adoptarse durante la sustanciación del proceso de divorcio respecto a la guarda y cuidado y comunicación de los hijos, pensión alimenticia para éstos y la del cónyuge, si fuere procedente se observarán las reglas establecidas en ésta Sección. Dichas medidas podrán variarse, asimismo, durante el proceso si surgieren razones que lo ameriten>>.

En cualquier otra situación jurídica de los padres no se prevé ni en el Código de Familia ni en el procedimiento civil, la adopción de medidas provisionales, en su defecto ha de estarse a las resultas de la sentencia definitiva lo que perjudica el interés de los menores; además, no se ejecutan las decisiones sobre la guarda y cuidado y régimen de comunicación hasta que alcanza firmeza la sentencia lo que se dilata en el tiempo porque contra ella procede recurso de apelación y contra la sentencia de segunda instancia recurso de casación para ante el Tribunal Supremo Popular.

Una vez contestada la demanda de divorcio por justa causa el Tribunal aprueba por auto lo relativo a la guarda y cuidado, régimen de comunicación y pensión alimenticia de los hijos habidos del matrimonio si hubiere conformidad de las partes, lo que generalmente sucede y se formaliza mediante escrito de allanamiento del demandado a las pretensiones del actor (art. 384 LPCALE).

Respecto a la sujeción del Tribunal a los acuerdos de las cónyuges en el divorcio, se ha emitido el Dictamen 237 contenido en el Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de 6 de agosto de 1985 que por su importancia transcribo: "En los procesos especiales de divorcio por mutuo acuerdo o por justa causa la sentencia que declare la disolución del vínculo matrimonial, en relación con la comunicación del padre o madre con los hijos que no queden a su abrigo, los tribunales se atendrán a las convenciones que hayan decidido de común acuerdo, siempre que no vayan contra los principios de la moral socialista, y únicamente fuera de este caso, se regulará dicha comunicación si así lo solicitara alguno de los padres del menor"[720].

Si no se solicita un determinado régimen de comunicación, no será necesario fijar la periodicidad de las visitas, pues en este supuesto se estima procedente el reconocimiento de un régimen amplio de comunicación para el cumplimiento de la relación paterno-filial.

[720] Compendio de los principales acuerdos e instrucciones tomadas por el Consejo de Gobierno del TSP, ob cit., p. 113.

En caso de rebeldía, discrepancia o reconvención del demandado, el Tribunal señalará comparecencia a fin de tratar sobre los extremos de la disparidad. En todo caso resolverá siempre por lo que resulte más beneficioso para los menores con facultad para disponer de oficio la práctica de cualquier diligencia de prueba que estime indispensable para acordar el auto de medidas provisionales que será de ejecución inmediata. Contra el auto que acuerda las medidas provisionales sobre la situación jurídica de los hijos menores se podrá interponer recurso de súplica lo que no impedirá el cumplimiento de lo dispuesto a las resultas de dicho recurso (arts. 387 y 388 LPCALE)[721].

El auto señalado tiene como finalidad garantizar la situación jurídica de los hijos menores durante la sustanciación del divorcio, pues la sentencia definitiva puede ser recurrida en apelación y luego en casación interpuesta contra la sentencia de segunda instancia.

Las medidas provisionales que resuelven de manera expedita el status legal de los hijos menores cuyos padres están incursos en el divorcio se encuentran establecidas en el artículo 62 del Código de Familia y tienen su correlato procesal, pero no están previstas medidas provisionales para el resto de los supuestos, que se resolverán por otros procedimientos generales utilizados para el conocimiento de idéntica cuestión. Este diferente tratamiento procesal se condiciona a la situación jurídica de los progenitores, salvo para tramitar solicitud de alimentos provisionales que dispone para todos los casos de reglas de procedimiento especial sumario reguladas en los artículos 368 y siguientes de la Ley civil de trámites.

Las medidas provisionales serán definitivas una vez dictada la sentencia de divorcio, en la que queda determinado a cuál de los padres corresponde la guarda y cuidado de los hijos menores habidos en el matrimonio, así como el la pensión alimenticia y el régimen conveniente para que dichos menores mantengan adecuada comunicación con el no guardador siguiendo como principio el beneficio de aquellos (arts. 58, 88, 89 y 90 CF).

En cualquiera de las posiciones que asuma el demandado, sea rebeldía, allanamiento, oposición o reconvención a la demanda de divorcio, el Tribunal abrirá el proceso a prueba cuando los hechos articulados requieran posterior demostración, salvo que en su caso ambas partes hayan solicitado que se falle definitivamente sin necesidad de prueba (art. 390 LPCALE)[722].

El allanamiento a las medidas provisionales, que entrañan la cesión de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad será desestimado por ser éste un derecho-deber de los progenitores de carácter indisponible en beneficio de los hijos menores de edad. El acuerdo de los padres será aprobado en la sentencia de divorcio en relación con la atribución de la guarda y cuidado, régimen de comunicación, pensión alimenticia de

---

[721] De la LPCALE, art. 387: "El Tribunal, para resolver, puede disponer de oficio la práctica de cualquier diligencia de prueba que estime indispensable". Art. 388: "El auto a que se contrae el artículo 385 se cumplirá inmediatamente sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva si fuera recurrido".

[722] De la LPCALE, art. 390: "Contestada la demanda o vencido el plazo sin hacerlo, o decursado el de cuatro días a que se refiere el artículo anterior, el Tribunal abrirá el proceso a prueba, cuando los hechos articulados requieren posterior demostración, salvo que ambas partes hayan solicitado que se falle definitivamente sin necesidad de prueba. En este caso el Tribunal traerá las actuaciones a la vista para sentencia, la que dictará dentro de cinco días siguientes".

los hijos y la vivienda común de los cónyuges siempre que sea en beneficio de los menores.

En cuanto a la modificación de las medidas definitivas dispuestas respecto a la guarda y cuidado y comunicación de los hijos menores en sentencia judicial será objeto de análisis oportunamente.

#### 4.2.2. Otras vías según la situación jurídica de los progenitores

Además del proceso de divorcio consensual y del proceso de divorcio contencioso en lo judicial analizados en lo referente a determinar sobre la guarda y cuidado y el régimen de comunicación de los hijos sujetos a la patria potestad se utilizan también las reglas del proceso de conocimiento y otros procesos especiales según la situación jurídica de los progenitores y de la naturaleza de la cuestión en debate.

No está previsto un procedimiento especial para resolver sobre las relaciones paterno-filiales respecto a hijos menores no matrimoniales; se utilizan distintos procedimientos para conocer sobre esta situación con las variantes siguientes:

a) El juicio de alimentos provisionales (sumario especial) concebido únicamente para resolver en cuanto a la fijación de la deuda alimenticia por lo que no es acumulable a otra pretensión relativa a la protección del hijo menor.

b) El juicio sumario previsto para las demandas cuyas cuantías no excedan de mil pesos y para otras cuestiones que no tienen especial tramitación aplicable a los conflictos en torno al ejercicio de la patria potestad (art. 358-2 LPCALE). Mediante este procedimiento se conocen y resuelven las pretensiones sobre guarda y cuidado y régimen de comunicación de los hijos menores cuyos progenitores no acceden al procedimiento de divorcio. No se pueden adoptar medidas previas, ni medidas provisionales con lo cual la situación jurídica del niño no se resuelve hasta la culminación del proceso.

c) El juicio ordinario para la privación o suspensión de la patria potestad y en su caso para determinar la representación legal de los menores, guarda y cuidado, pensión alimenticia y régimen de comunicación entre padres e hijos (art. 97 CF).

d) El procedimiento incidental se utiliza para solicitar la modificación de lo dispuesto por sentencia en un juicio principal únicamente en lo referido a guarda y cuidado, pensión alimenticia y régimen de comunicación.

Nuestro ordenamiento no regula ningún proceder para tomar medidas urgentes y necesarias en beneficio de los hijos menores. En este sentido pudiera asimilarse en lo atinente la solución del artículo 158 del Código Civil español, pues permite de oficio, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Fiscal, la radicación de expediente de jurisdicción voluntaria a los fines de declarar las medidas convenientes para protegerlos de inmediato, lo que sin duda es beneficioso para ellos.

##### 4.2.2.1. Separación de hecho de matrimonio formalizado

No existe vía especialmente prevista para determinar sobre la guarda y cuidado de hijos menores de padres separados que no se interesan por el divorcio. La necesidad de acudir a la vía judicial para resolver estas discrepancias se tramita por las reglas del procedimiento sumario expresamente dispuesto para reclamaciones patrimoniales y

otras cuestiones que no tengan tramitación especial conforme se analizó anteriormente.

En nuestra concepción del divorcio no existen causales; por tanto, no tenemos cónyuge culpable; basta que el Tribunal compruebe que existen razones que hayan creado una situación objetiva de las que resulte que el matrimonio ha perdido el sentido para los esposos y para los hijos y con ello también para la sociedad para declarar la disolución del vínculo matrimonial previo cumplimiento de los trámites de rigor. Por consiguiente, el hecho de la separación conyugal justifica tal exigencia y hace viable el divorcio por justa causa a solicitud de cualquiera de los cónyuges lo que deberá acreditarse oportunamente.

Aunque exista la separación conyugal que constituye una situación objetiva para el divorcio, los cónyuges pueden mantenerse casados pero en desacuerdo respecto al ejercicio de la patria potestad. En ese caso, sólo podrán acudir a la vía judicial mediante los procedimientos aplicables para determinar sobre hijos no matrimoniales y utilizar vías distintas como las previstas para el procedimiento ordinario, sumario o especial, según la naturaleza de la pretensión deducida.

No existe la posibilidad de homologación judicial de los acuerdos de los progenitores respecto a la situación de sus hijos menores de edad, pues sólo es posible la aprobación de los acuerdos en los procesos de divorcio consensual. Esta misma dificultad está presente en el supuesto de que ambos progenitores de común acuerdo se interesen por modificar las medidas anteriores adoptadas respecto a los hijos, lo que analizaré en detalle con posterioridad.

#### 4.2.2.2. Nulidad de matrimonio

Los matrimonios son nulos cuando se han formalizado con infracción de las prohibiciones y requisitos que para su validez establece el Código de Familia, pero producirán, en todo caso, los efectos que reconoce, sólo para los hijos habidos en el mismo y para el cónyuge que ha obrado de buena fe.

Están legitimados para emprender la acción de nulidad de matrimonio los cónyuges y el Fiscal salvo en los casos de coacción, error o intimidación que sólo corresponderá accionar a la víctima.

El procedimiento previsto para solicitar la nulidad del matrimonio es el civil ordinario, pero si existen hijos menores de esa unión, las cuestiones referidas a las relaciones paterno-filiales se resolverán aparte por el procedimiento sumario, con la diferencia importante respecto al procedimiento especial de divorcio, que no se dispone de medidas provisionales para asegurar la situación jurídica de los hijos mientras se sustancia el proceso.

Vale entender que la regulación de medidas provisionales tiene carácter eminentemente procesal por ser una regla a aplicar en determinadas situaciones y por tanto no susceptibles de regulación sustantiva, pero esto no impide considerar que las medidas provisionales en relación con los hijos menores sujetos a la patria potestad funciona en dos vertientes, pues por una parte actúan de medidas cautelares con su reglamentación en la Ley de trámites, y por otra se convierten en derecho material a favor del interés del menor por lo que es una necesidad su previsión en los códigos.

La falta de previsión sustantiva de medidas provisionales para fijar temporalmente la situación de los hijos menores perjudica los objetivos de la Ley respecto a los derechos del menor, lo que podemos apreciar en el supuesto que se analiza, pues el proceso de nulidad de matrimonio cursará por las reglas del procedimiento ordinario, mientras los derechos y deberes de los padres en relación con los hijos cursará por las reglas del procedimiento sumario sin solución temporal para el conflicto, que no se resuelve hasta la culminación de éste proceso por sentencia que no es de ejecución hasta alcanzar firmeza.

Es de destacar que contra dicha sentencia cabe apelación y luego casación para ante la Sala de lo civil y de lo administrativo del Tribunal Supremo Popular, lo que resta eficacia a éstos trámites dado que no responden a la urgencia que la naturaleza de los conflictos familiares requieren sobre todo en aquellos referidos a la determinación de la situación jurídica de los hijos menores de edad.

Aunque no son representativos los procesos de nulidad de matrimonio estos trámites también son los previstos respecto a los hijos habidos de unión matrimonial no formalizada. En cualquier caso es excesiva la dilación existente para definir la situación jurídica de los hijos menores en las tales circunstancias, además del resto de los señalados inconvenientes que presenta la aplicación de la Ley de procedimiento civil de 1977 que no tuvo en cuenta la necesaria especialidad para el conocimiento y resolución de los litigios familiares en particular aquellos que se traban en torno a las relaciones paterno-filiales.

#### 4.2.2.3. Unión matrimonial no formalizada

Aunque el Código de Familia reconoce que la existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad surte todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por Tribunal competente o fuere formalizado con carácter retroactivo por funcionario facultado e incluso reconoce la unión matrimonial putativa con todos los efectos a favor de la persona que hubiere actuado de buena fe y de los hijos habidos de la unión, no ofrece la posibilidad de adoptar medidas provisionales para la atribución de la guarda y cuidado de los hijos menores de edad cuyos progenitores se encuentran en una de estas situaciones, pues reitero que únicamente lo prevé para el divorcio, según el artículo 62 CF ya citado.

La solicitud de reconocimiento de matrimonio no formalizado cursa por los trámites del proceso ordinario ante el Tribunal Municipal Popular correspondiente que resuelve en el trámite de ejecución de sentencia los efectos económicos del matrimonio.

La situación jurídica de los hijos habidos durante el matrimonio no formalizado se resuelve aparte por el procedimiento sumario al igual que se tramita en la situación explicada en el apartado anterior. La sentencia dictada en el procedimiento sumario puede ser recurrida en apelación y la dictada en segunda instancia podrá ser recurrida en casación. Cuando finalmente se dicta y notifica la sentencia de casación la situación familiar ya puede haber cambiado tanto que es preciso entonces establecer proceso incidental en las actuaciones principales para interesar la modificación de lo resuelto acorde con las nuevas circunstancias.

Esta falta de especialidad para el conocimiento y solución de los conflictos paterno-filiales por autoridad judicial presenta los inconvenientes que he señalado; se afectan

todos los interesados por lo dilatado de los trámites y en particular por la sustancial diferencia de tratamiento procesal a los que se somete la cuestión, según que los progenitores accedan al divorcio o no.

#### 4.2.2.4. Relaciones no matrimoniales

Igualmente respecto a la determinación del ejercicio de la patria potestad de los hijos habidos fuera de matrimonio en caso de desacuerdo de los progenitores tendrán que acudir al proceso de conocimiento, sea por las reglas del procedimiento ordinario (privación o suspensión de la patria potestad) o del sumario (guarda y cuidado y régimen de comunicación) según la naturaleza de la cuestión sometida a juicio del Tribunal competente.

Como ya se ha planteado no existen procedimientos diseñados para los hijos no matrimoniales cuando los progenitores no conviven, por lo que habrá que someterse a los procedimientos generales relacionados anteriormente, los cuales no están adaptados a la especial naturaleza de las relaciones paterno-filiales reguladas en las normas sustantivas de familia por lo que constituye una necesidad su adaptación.

Las características de los procesos aplicables a la determinación de la situación jurídica de los hijos menores sujetos a la patria potestad difieren sustancialmente en dependencia de las circunstancias en que se encuentran sus padres.

Cuando los padres demandan el divorcio se observan las características siguientes:

a) los cónyuges pueden adoptar acuerdos sobre la situación de los hijos siempre que no perjudiquen los intereses materiales o morales de éstos, lo que será valorado por el Tribunal mediante auto o sentencia según la situación procesal,

b) el proceso de divorcio tiene en cuenta la especialidad requerida para el conocimiento del conflicto familiar,

c) el trámite es sencillo y rápido y resuelve todos los aspectos de la situación jurídica de los hijos menores de edad,

d) se establecen medidas provisionales para solucionar la situación de los hijos menores mientras se sustancia el proceso,

e) los recursos no interrumpen la ejecución del auto de medidas provisionales o en su caso de la sentencia definitiva que regula la situación jurídica de los hijos.

En los procesos para la determinación de la situación de los hijos matrimoniales de padres casados pero separados de hecho, de nulidad de matrimonio, de unión matrimonial no formalizada, y de relaciones no matrimoniales, se aprecian las características siguientes:

1.- los acuerdos sobre la situación de los hijos no necesariamente debe ser puesta en conocimiento del tribunal,

2.- no existen procedimientos previstos con la especialidad que requiere el conflicto familiar,

3.- no están previstas las medidas provisionales para la solución temporal de la situación de los hijos hasta la sentencia firme,

4.- no se resuelve de forma unitaria todos los aspectos relacionados con la situación jurídica de los hijos,

5.- los recursos suspenden la ejecución de lo resuelto por la sentencia definitiva.

Todas las vías judiciales analizadas tienen en común el inconveniente de no tener prevista la audiencia del menor y la intervención del Fiscal en los asuntos en que se adoptan decisiones que pudieran afectar al hijo menor de edad a causa de los conflictos de sus progenitores en el ejercicio de la patria potestad.

### 4.3. Criterios de atribución

Antes de la aceptación por la sociedad del principio de igualdad de los progenitores el criterio legal de atribución de la guarda y cuidado era fuertemente discutido, ya que se fundamentaba en la ausencia de culpabilidad de los cónyuges en la crisis matrimonial o la mala fe al contraer matrimonio, pues no se tenía en cuenta el interés del menor.

A partir de la transformación de las regulaciones jurídico-familiares sustentadas en el principio de igualdad de todos los miembros de la familia se establece como regla general que para la atribución de la guarda y cuidado de los hijos se estará al acuerdo de los padres cuando éstos no vivieren juntos.

En segundo lugar se establece el criterio legal de la atribución judicial en los supuestos en que no existe acuerdo o de existir éste sea contrario a los intereses materiales o morales de los hijos tal como se regula en Cuba mediante el artículo 89 del Código de Familia y en España por el artículo 90 del Código Civil.

En la vía convencional y en la vía judicial se sigue el criterio legal de determinación de la guarda y cuidado de los hijos menores en interés de los mismos, así tanto el acuerdo de los progenitores como en su caso la decisión judicial favorecerá a los niños. El principio del interés del menor es criterio rector de atribución de la guarda y cuidado del hijo menor sujeto a la patria potestad, sea habido de matrimonio o no[723].

La sujeción del Tribunal a las peticiones de los padres de acuerdo con el juego del principio de disponibilidad del proceso civil común impide decidir en sentido contrario a lo pedido por las partes, o resolver sobre cuestión no planteada por éstas, pero como ya he señalado los principios procesales en esta materia se encuentran matizados, pues serán apartados si el interés de los hijos lo exigiera sin que se produzca indefensión en los padres.

Según el Código de Familia, el control judicial sobre el acuerdo de los progenitores respecto a la situación jurídica de los hijos menores se realiza en sentido positivo, pues el Tribunal verifica si el acuerdo es perjudicial a los intereses de los hijos e hijas, guiándose para resolver, únicamente, por lo que resulte más beneficioso para los menores de edad (sentido positivo).

Nuestra ley permite que el Tribunal pueda decidir de forma distinta a lo acordado por los padres cuando considere que existe otra solución que protege mejor el interés de los

[723] En este sentido, BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. DEL S., "Criterios de atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicia!, ob cit., p. 1865, indica que: "Las medidas relativas al cuidado de los hijos en estas situaciones de crisis matrimonial han de estar inspiradas por el principio, elevado a rango constitucional (art. 39 CE) del favor filii, procurando ante todo, el beneficio e interés material y moral de los mismos, en orden a la satisfacción de su derechos legalmente sancionados por encima de los legítimos intereses de sus progenitores".

menores para lo que hace uso del control positivo que regula el precepto citado (art. 89 CF)[724].

Definidos los supuestos y el alcance de la intervención judicial para la atribución de la guarda y cuidado, a saber: desacuerdo de los progenitores o acuerdos perjudiciales para los hijos menores cabe cuestionarse ¿qué es lo mejor para el menor?

Como señala GARCÍA PASTOR, "qué significa que el niño <<esté mejor>>, pues puede tener múltiples acepciones: que el niño se sienta personalmente bien, confiado, querido; que su educación esté correctamente asegurada; que su atención material se encuentre garantizada. En muchos casos no será necesario elegir uno de estos criterios porque todos ellos designarán al mismo progenitor, pero en los casos en que cada criterio designe como más idóneo a uno de los progenitores habrá que decidir cuál es el criterio decisorio"[725].

En cualquier caso para decidir sobre la guarda y cuidado de los hijos menores sometidos a la patria potestad es decisivo atender las necesidades sicológicas y afectivas de cada hijo, sus afinidades y su madurez para lo que es de vital importancia el apoyo de especialistas con vistas a una mejor decisión.

El juzgador será el encargado de valorar lo que debe entenderse en cada caso como lo más beneficioso para el menor, al respecto BERMÚDEZ BALLESTEROS coincide con RIVERO HERNÁNDEZ al considerar que principalmente son dos criterios los que se deberán aplicar para valorar y decidir sobre esta cuestión. Señala, primero, que "el juzgador deberá prescindir de sus principios personales más o menos autoritarios o liberales, de sus convicciones políticas, religiosas o educacionales sobre el matrimonio, la familia, los hijos o el divorcio, para decidir con arreglo a las ideas generales o preponderantes en el sistema constitucional y en la sociedad y el momento en que ha de pronunciarse" y, segundo, que el criterio y valoración judicial del interés del menor son discrecionales, sin que quiera decir que pueda manejar de cualquier forma el arbitrio que la ley le concede, será "apreciación racional que no arbitraria. La diferencia entre una y otra estriba en la racionalidad del juicio de valor que haga el juzgador a partir de las circunstancias y datos del caso concreto, la sensata ponderación de los hechos y la equilibrada valoración de lo que convenga al menor, sus beneficios y riesgos, así como las ventajas e inconvenientes de cada opción posible"[726].

Al analizar los artículos 58 y 89 del CF se puede afirmar que las decisiones judiciales respecto a la atribución de la guarda y cuidado de los hijos menores sujetos a la patria potestad deben regirse por el criterio legal del beneficio del menor en todos los casos. También se aprecia el criterio legal de mantener al hijo menor en la misma situación que tenía antes de producirse el desacuerdo de sus padres y si convivía con ambos el de conceder preferencia a la madre para atribuirle la guarda y cuidado salvo que existieran razones especiales que aconsejaran otra solución.

---

[724] GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit, p. 113, señala que "...ante un acuerdo tácito o expreso de los padres sobre la guarda de los hijos, el juez sólo podrá realizar un control negativo con el fin de verificar que el acuerdo no es perjudicial para los hijos, aprobándolo en todos los demás casos. No podrá, por lo tanto, decidir de forma distinta a lo acordado por los padres aunque crea que existen soluciones que protegen mejor el interés de los menores".

[725] Cfr. GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ibidem.

[726] BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. DEL S., "Criterios de atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial", ob cit., p. 1866.

Esos criterios legales a su vez conforman el criterio judicial sostenido por sentencias del Tribunal Supremo Popular, de las cuales comentaré aquellas más representativas con el único propósito de constatar la interpretación judicial de las normas sustantivas vigentes porque como dije antes nuestro sistema de derecho no considera jurisprudencia los pronunciamientos del más alto órgano de justicia del país.

El criterio judicial es coincidente en que para conceder la guarda y cuidado de los hijos menores a uno de los progenitores, cualquier decisión que se adopte debe sustentarse en el concepto del beneficio e interés del menor concretado en cada caso juzgado, y además generalmente observa la concesión de la guarda y cuidado a la madre por ser preceptiva su atribución.

Como en cualquier sistema de Derecho nuestros Tribunales sostienen criterios negativos y positivos de atribución. En determinadas circunstancias negativas en que pudiera encontrarse uno de los progenitores resulta contraria a éste la atribución de la guarda y cuidado. Al no existir esas circunstancias negativas sino una situación positiva y de igualdad de ambos progenitores no habrá ninguna duda para decidir sobre la atribución de la guarda porque recaerá en la madre como criterio legal, puesto que ella es considerada en nuestra sociedad como la más apta para cuidar al niño.

Analizaremos algunas sentencias de divorcio y sentencias dictadas en casación que resuelven sobre guarda y cuidado de los hijos menores por recursos establecidos contra sentencias de apelación provenientes de procedimientos de divorcio y sumarios tramitados para determinar la situación jurídica de hijos no matrimoniales e incidentes de modificación de medidas.

### 4.3.1. Mantenimiento de la situación anterior

El criterio sostenido para la determinación de la guarda y cuidado de los hijos menores es "mantenerlos en la situación anterior en que se encontraban al ocurrir la crisis de la pareja de sus progenitores para no afectar su estabilidad síquica y emocional en lo posible"[727].

Es criterio positivo de atribución de la guarda y cuidado el mantenimiento de la situación anterior para la decisión del conflicto judicial de los padres a los fines de propiciar que los niños sigan viviendo junto al progenitor con el que tenían antes de la separación una relación estable y más intensa.

El Tribunal adopta el señalado criterio preferente a cualquier otro no sólo por estar expresamente dispuesto en la Ley sino también por considerar que es el que más beneficia al menor porque protege su estabilidad, con lo cual aparecen pronunciamientos a favor del padre a pesar que lo más habitual es la atribución a la madre.

Sentencia reciente del Tribunal Supremo Popular ratifica este criterio al confirmar la resolución recurrida que determina la guarda de la hija menor a cargo del padre por

[727] STSP Nº. 120 de 14 de octubre de 1980; STSP Nº. 19 de 2 de marzo de 1981 y la STSP Nº. 59, de 23 de abril de 1979, Revista Cubana de Derecho, Año XI, No.19, La Habana, 1984, p. 98-99. STSP Nº. 326 de 28 de junio del 2002, recaída al expediente de casación Nº. 411/2002.

constar acreditado que de hecho se encuentra bajo su cuidado desde que tiene cuatro años de edad y con once años en la actualidad[728].

Es reiterado el pronunciamiento judicial que reconoce como criterio de atribución el de mantener al menor en la misma situación que se encontraba al producirse el desacuerdo de los progenitores. Así consta de la Sentencia de 30 de agosto del 2002 del Tribunal Supremo Popular, que ratifica la guarda y cuidado al padre "al acreditarse que desde que se produjo la separación de las partes, la menor ha permanecido junto al padre desde aproximadamente los seis años de edad hasta la fecha en que cuenta con doce años, profesándole este durante esa importante etapa de su vida, especial dedicación y cuidados, que han propiciado en la misma un desarrollo estable, lo cual en modo algunos significa dejar de reconocer que la madre aun y cuando por las causas que fueren no hubiere tenido a su abrigo a la menor, si ha cumplido el deber que le impone el ejercicio de la patria potestad"[729].

La Sentencia de 31 de agosto del 2003 del Tribunal Supremo Popular igualmente ratifica la guarda y cuidado al padre por constar en las actuaciones que "al producirse la ruptura de las relaciones maritales que los contendientes mantenían, la recurrente fue a residir para otro inmueble, quedando desde entonces el menor habido de dichas relaciones al cuidado de su padre con el que permanece, quien posee las condiciones requeridas y cumple correctamente sus deberes con su hijo"[730].

Las relaciones estables para los hijos menores inmersos en la crisis de los progenitores se considera lo más importante en las decisiones judiciales, únicamente cede cuando se acredita que el progenitor que se encuentra al cuidado directo del hijo menor, presenta deficiencias graves contrarias a la continuación de su desempeño.

Sucede que el padre se lleva consigo al hijo menor no matrimonial y se niega a regresarlo a su residencia habitual debido a lo cual es denunciado por la madre a las autoridades por un posible delito de ejercicio arbitrario de derecho, ante esta situación de conflicto se ha emitido dictamen del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular que unifica el criterio judicial por el que se reconoce "la igualdad de derechos y deberes de ambos padres para mantener bajo su protección y abrigo a los hijos habidos en matrimonio legal o en unión de dicha clase no formalizada en tanto no exista decisión judicial expresa atribuyendo dicha guarda y cuidado a uno u otro de los padres"[731].

El citado pronunciamiento significa la necesidad de determinar judicialmente la atribución de la guarda y cuidado del hijo menor habido de relaciones matrimoniales o no, aunque es preceptivo y criterio judicial sentado mantener al niño en la misma situación material y afectiva que tenía al producirse la discordia de sus progenitores, es visto que no existirá intervención de las autoridades para su restablecimiento si no consta así reconocido por Tribunal competente, criterio que es perjudicial al interés del menor por razones obvias.

---

[728] STSP Nº. 396 de 28 de junio del 2002, Rollo 411/2000. STSP Nº. 97 de 31 de octubre de 1984, Boletín TSP, edición extraordinaria, La Habana, 1984; ratifica la sentencia recurrida considerando que "mantuvo la guarda y custodia de los menores en el padre, quien la ostenta desde la separación de ambos cónyuges".

[729] STSP 552 de 30 de agosto del 2002, expte 553/2002.

[730] STSP de 31 de agosto del 2003, expte No. 506/2003.

[731] Dictamen 48 aprobado por el Acuerdo 453 de 27 de diciembre de 1978 del Consejo de Gobierno del TSP, Acuerdos e instrucciones del TSP. Ed. Minjus, Cuba, 1987.

### 4.3.2. Preferencia de la madre

Vale insistir para este tema en que el beneficio de los menores es una exigencia legal y por consiguiente es criterio rector a observar en los conflictos sobre guarda y cuidado de los hijos menores en cumplimiento del principio del interés del menor. A pesar de que el beneficio del menor es un concepto impreciso, su interpretación y aplicación por el Tribunal se orienta sobre la base de preceptos legales y criterios judiciales más concretos[732].

La norma vigente ofrece datos objetivos para determinar sobre la guarda y cuidado de los hijos menores (art. 89 CF). A ese efecto se establecen los supuestos que considera el legislador premisas para la atribución de la guarda y cuidado a uno u otro progenitor, ya que son estimadas como las soluciones más adecuadas al interés de los niños.

El primer supuesto a considerar en la decisión judicial sobre la guarda y cuidado de los hijos menores, se analizó antes, esto es, que el niño quede en compañía del padre con el cual se encontraba al producirse el desacuerdo, lo que más que un criterio judicial es un criterio legal que estimo acertado.

El segundo elemento objetivo que nos brinda la norma es la atribución de la guarda y cuidado con preferencia de la madre si el niño se encontraba en compañía de ambos padres, lo que en alguna medida puede provocar el cuestionamiento de si se infringe o no el principio de igualdad de ambos progenitores en el ejercicio de la patria potestad que asumen el Código de Familia y la Constitución de la República de Cuba (arts. 82 y siguientes CF y art. 39 de la Constitución) y si en realidad esta regulación responde al principio del interés del menor.

Cuando ambos progenitores son idóneos para atender el cuidado directo de los hijos menores de edad, invariablemente se decide a favor de la madre, lo que resulta también un criterio legal más que judicial con el cual no concuerdo porque los hijos menores deben quedar a cargo de aquel de los progenitores que mejor pudiera prestarles protección sin presumir que en todo caso debe ser la madre a la que con preferencia se le atribuye la guarda y cuidado de los hijos menores sin límite de edad de éstos[733].

Los Tribunales Municipales Populares son competentes para resolver en primera instancia los conflictos sobre guarda y cuidado y el pronunciamiento contenido en la sentencia dictada sobre su concesión o modificación será a favor del padre sólo si constituye la solución más beneficiosa para los hijos menores de edad, lo que ocurre únicamente por causas excepcionalísimas que impiden que la madre ostente la titularidad de la guarda[734].

---

[732] STSP No. 14 de 14 de febrero de 1979, Boletín del Tribunal Supremo Popular, Año 1980, p. 97. STSP No. 1272 de 28 de diciembre del 2001, Rollo 979/2001. Estas sentencias atribuyen la guarda y cuidado con fundamento en el beneficio del menor en virtud del artículo 89 del Código de Familia.

[733] STSP de 31 de enero del 2003, Expte 14/2003, ratifica guarda y cuidado a la madre. En igual sentido las Sentencias del Tribunal Supremo Popular 430 de 14 de agosto del 2000, expte Nº. 65/2000; de 31 de marzo del 2003, expte Nº. 109/2003; de 31 de agosto del 2003, expte Nº. 574/2002; de 31 de octubre del 2002, expte Nº. 761/2002 y de 31 de diciembre del 2003, expte Nº. 935/2003.

[734] STSP de 31 de agosto del 2003, expte Nº. 506/2003, ratifica la guarda y cuidado al padre por ser lo más beneficioso para el menor. En igual sentido las sentencias del Tribunal Supremo Popular, la 552 de 3 de agosto del 2002, expte Nº. 553/2002; la 1022 de 9 de octubre del 2001, expte Nº. 709/2000, de 30 de octubre del 2002, expte Nº. 758/2002 y de 31 de diciembre del 2003, expte Nº. 921/2003.

A tenor de la excepción regulada en el Código de Familia referida a la existencia de razones especiales que aconsejen solución distinta a la indicada aparecen variados criterios de atribución que pueden valorarse como criterios negativos, pues se vinculan a las circunstancias desfavorables concurrentes en la madre para desempeñar adecuadamente la guarda y custodia de los hijos (artículo 89 in fine CF). En este sentido el Tribunal Supremo Popular en sentencia de 30 de octubre del 2002, ratifica la guarda y cuidado de la hija menor al padre por constar confesión de la recurrente en la que admite "que no se encuentra vinculada laboralmente por lo que mantiene la menor con el salario de la abuela y que acepta que el padre mantenga la guarda y cuidado de ella, hasta que reúna todas las condiciones económicas y sociales para tenerla bajo su abrigo"[735].

La preferencia de la madre para la atribución de la guarda y cuidado de los hijos menores se rebasa únicamente cuando carece de las condiciones mínimas para su desempeño conforme se declara en reciente sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Popular que acoge la modificación de la guarda y cuidado a favor del padre en una situación como la que se transcribe: "(…) del material probatorio obrante en las actuaciones que acreditan el estado de salud mental de la quejosa, manifestándose en estado de ansiedad, depresión, inseguridad e incapacidad ante un problema, habiendo intentado en dos ocasiones contra su vida se llegó a conclusiones y se formó juicio distinto al que la misma sustenta en el sentido de que tal padecimiento no le permite atender como es debido a su hija, supuestos de hecho que no han quedado desvirtuados (…) por lo que es evidente que no resulta beneficioso mantenga su guarda y cuidado como pretende" [736].

Aunque al conceder la norma preferencia a la madre para la atribución de la guarda y cuidado simplifica la complejidad que representa decidir cuál de los dos progenitores es más apto para cuidar al niño cuando ambos son idóneos, esto puede dar lugar a una discriminación, pues se adopta tal decisión apriorísticamente en razón del sexo.

El padre y la madre son iguales ante la Ley; y por tanto, la atribución a la madre de la guarda y cuidado del hijo no debe descansar en una preferencia legal sino en un razonamiento motivado del juzgador en el caso concreto examinado.

Si queda probado el hecho indiscutible de que la madre es la que habitualmente se ocupa del cuidado y crianza de los hijos con mayor intensidad y debido a ello se considera más apta para desempeñar la guarda y cuidado, no resulta discriminatorio ese pronunciamiento que descansa en una situación de hecho justificada, que no es lo mismo que concederle tal responsabilidad a priori únicamente porque es la madre.

Justamente sobre la posible discriminación por razón de sexo que puede entrañar tal preferencia fue significativa en España la Cuestión de Constitucionalidad presentada por el Juzgado de Primera Instancia No. 18 de Barcelona en relación con el artículo 159 del Código Civil que como se ha señalado en su redacción de 1981 daba preferencia a la madre frente al padre para la atribución de la guarda y custodia. En apoyo a la constitucionalidad de dicho precepto, se argumentó que de acuerdo con los antecedentes históricos desde la época de la codificación se ha venido atribuyendo a la madre el cuidado de los hijos menores, sobre la base, primero de motivos de lactancia y después de ideas o principios que subyacen en tales preceptos y por otra parte porque

[735] STSP de 30 de octubre del 2002, expte No. 758/2002.
[736] STSP No. 601 de 30 de septiembre del 2002, Rollo 471/2002.

se atiende a los Tratados Internacionales y Textos de Naciones Unidas sobre protección de menores, así como al art. 39 de la Constitución Española de 1978, además que socialmente está comprobado que la madre es la que mayoritariamente atiende a los menores y por último que el principio constitucional de igualdad no impide que se regulen de modo diferente situaciones que por su naturaleza requieren una regulación distinta porque habría que admitir que la situación del padre y de la madre en orden a la crianza y la educación de un niño de pocos años no es semejante[737].

Al respecto, se afirma que "en el fondo de toda la argumentación late como exclusivo punto de apoyo un argumento: el de entender que el tratamiento que recibe un hijo menor de su padre y de su madre, son diferentes e incomparables, y que, en todo caso, es mejor y preferible el de la madre. (…). Podemos pensar que la justificación de la constitucionalidad del art. 159 del CC se encontraba precisamente en el hecho de admitir que la madre en principio es quien mejor puede actuar en atención a tal favor filii, lo que se establecía casi como una presunción iruis et de iure"[738].

A pesar de las razones esgrimidas sobre la constitucionalidad del mencionado artículo 159 del Código Civil, el legislador español decidió darle una nueva redacción con la reforma de 1990 mediante la que suprimió la preferencia de la madre para atribuirle la guarda y custodia de los hijos menores e incluyó en este supuesto la audiencia del menor, lo que en mi opinión supera sustancialmente la concepción anterior.

### 4.3.3. Otros criterios

Presente el desacuerdo de los padres sobre la guarda y cuidado, reitero que la decisión judicial siempre atenderá el beneficio de los hijos menores de edad.

En el ámbito de la excepción plasmada por el artículo 89 del Código de Familia pueden presentarse diversas situaciones de fácil apreciación por el juzgador desde la edad del menor hasta el hecho que uno de los progenitores se encuentre imposibilitado de atender a su menor hijo por causas justificadas sea por razón de trabajo o enfermedad o por causa injustificada de negligencia en el cuidado del hijo motivado por conducta impropia o desordenada que perjudica su adecuada formación. En circunstancias objetivas de carácter negativo, sin duda la decisión judicial sobre la determinación de la guarda y cuidado recaerá en el progenitor cuya situación beneficia al menor.

Se puede disponer la atribución o modificación de la guarda y cuidado a favor de uno de los progenitores en base a un criterio negativo para decidirlo, como puede ser el hecho acreditado de encontrase recluido por sanción penal uno de ellos o por padecer enfermedad mental o llevar una vida desordenada o de desatención del menor o por la existencia de cualquiera otra circunstancia que pueda repercutir en perjuicio del mismo[739].

---

[737] LINACERO DE LA FUENTE, M. A., "Acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 159 del Código Civil", ob cit., p. 561 y siguientes; HERNÁNDEZ GIL, F., Código civil y Constitución, Revista Tapia, octubre 1990, p. 48.

[738] Cfr. BENAVENTE MOREDA. P., "La custodia de los...", ob cit., p. 147.

[739] STSP No. 601 de 30 de septiembre del 2002, expte Nº. 471/2002, modifica la guarda y cuidado a favor del padre por enfermedad mental de la madre; STSP Nº. 544 de 17 de mayo del 2001 recaída al expte de casación Nº. 116/2001 modifica la guarda a favor del padre "por encontrarse extinguiendo la recurrente sanción privativa de libertad que la imposibilita durante su cumplimiento para el ejercicio de la responsabilidad de tener a su abrigo al menor".

El deseo del hijo por sí sólo no conforma un criterio de atribución según nuestro Tribunal Supremo Popular, "habida cuenta que la decisión sobre una cuestión tan medular como determinar sobre la guarda y cuidado de un menor no puede estar basada sobre los deseos variables del mismo, que pueden estar motivados por las circunstancias en que se desenvuelve su vida en determinado momento e influenciados por las tensiones que existen entre los padres que le provoca una alteración en su emotividad"[740].

No se valora el deseo del hijo como un criterio de atribución de la guarda, más que todo porque al no estar concebida su audiencia y en su caso el dictamen de especialistas como instrumentos de ayuda para la decisión judicial no es viable su valoración a los fines de interpretar adecuadamente las manifestaciones del menor.

Consideramos que en una situación como la resuelta por la sentencia citada se requiere conocer con profundidad si el deseo del niño realmente se corresponde con su voluntad o si por el contrario se encuentra influenciado por el conflicto familiar y al no constatarse estos extremos queda la duda al resolverse el conflicto con la única base del criterio jurídico que en mi opinión no es suficiente para asegurar que se ha decidido con arreglo al interés del menor.

### 4.4. Modificación de la guarda y cuidado

La modificación de la guarda y cuidado de los hijos menores exige como requisito que hayan variado las circunstancias de hecho que determinaron su adopción o siempre que se alteren de forma sustancial las circunstancias existentes en el momento de dictar sentencia, según se regula en los dos ordenamientos estudiados (art. 91 CF y arts. 90-párr. 3º y 91 in fine CC respectivamente)[741].

El procedimiento incidental está previsto en el ordenamiento cubano para solicitar la modificación de las medidas dispuestas respecto a la situación jurídica de los hijos menores de edad. Es la vía para adecuar la realidad por la alteración sustancial de las circunstancias, pues la concreción jurídica pre existente tiene carácter mutable dado que recae sobre relaciones de índole personal.

No se refiere el Código de Familia a que las nuevas circunstancias entrañen perjuicio al menor, por lo que se interpretan en beneficio del mismo como principio rector de las decisiones judiciales[742].

Es criterio judicial sentado que para el cambio de guarda y cuidado se requiere justificar la existencia de nuevas circunstancias que aconsejan su adopción en beneficio del menor. Así se desprende de la Sentencia de 14 de febrero de 1980 del Tribunal Supremo Popular, fundamentada en que "no justifica el recurrente que material y moralmente el menor hijo de ambos necesariamente recibirá beneficio al decidirse la guarda y cuidado a favor del padre, sustrayéndole del de la madre que la

---

740 STSP Nº. 805 de 31 de diciembre del 2002. Expte 845/2002.

741 SAP de Málaga de 20 de diciembre del 2000, JUR 2001/95301; la custodia de los hijos se ratifica a favor de la madre por no existir alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la adopción de esta medida.

742 STSP de 31 de enero del 2003, Expte Nº. 14/2003. Se interesa la variación de la guarda y cuidado del menor hijo de las partes en el proceso y se declara: "que conforme a la situación de hecho acreditado no se aprecian en el asunto elementos que hagan procedente la variación de la guarda y cuidado del menor a favor del padre, por lo que la Sala al resolver, lo hizo guiándose por lo que resulta más beneficioso al menor".

ejerce desde 1976, por lo que al haberse dispuesto el cambio de medida con los expresados elementos, el citado artículo 89 del Código de Familia resultó infringido"[743].

De acuerdo con el criterio judicial expresado en el ámbito de modificación de las medidas adoptadas en relación con la situación jurídica de los hijos menores sujetos a la patria potestad, es necesario que la variación de las circunstancias demostradas repercuta en beneficio del menor lo que se estima conveniente para modificarlas.

Por la Sentencia del Tribunal Supremo Popular de 31 de diciembre de 2003 se expone ese criterio al rechazar la variación de la guarda y cuidado de la hija menor a favor del padre y la ratifica a la madre que reside en España con permiso de residencia, lugar donde también ha llevado a su hija, por constar en autos la inadecuada conducta moral del padre que no lo hace merecedor de que le sea conferida a él la litigada guarda y cuidado, con tales antecedentes se declara: "no existen razones suficientes para modificar lo concerniente a la guarda y cuidado de la menor, objeto de discusión (…), lo más beneficioso para la menor es que continúe bajo la guarda y cuidado de la madre" [744].

También será necesario verificar que la modificación de las medidas no resulta más perjudicial para el hijo que la situación existente siempre en línea con el interés del menor en principio coincidente con el mantenimiento de la situación anterior.

Con la autora GARCÍA PASTOR se comparte la idea referida a "la exigencia de una prueba rigurosa de que las circunstancias en que se encuentra el menor tienen efectos perniciosos para él o de que existe un riesgo real de daño inevitable si no se modifica la guarda"[745].

La doctrina española estima que la alteración sustancial de las circunstancias que como presupuesto necesario establece la Ley para modificar la guarda y custodia, se traduce en la aparición de hechos nuevos pero el problema consiste en determinar cuándo tales hechos son de entidad suficiente para que proceda la referida modificación, pues habrán alteraciones de escasa trascendencia que no justificarán la modificación de las medidas adoptadas en la resolución judicial[746].

Por un lado se considera que deberán ser hechos posteriores verdaderamente relevantes cuando de haber existido con anterioridad hubiesen aconsejado la concesión de la medida en sentido distinto al adoptado[747].

También se plantea que "para que proceda la modificación de medidas el hecho que se invoque deber ser, por una parte nuevo, en cuanto no conocido o no podido tener en cuenta al establecer el régimen inicial –es decir, que haya una alteración respecto de los presupuestos fácticos de que se partió--, y además debe ser suficientemente serio y grave, amén de justo, para dar lugar a ese cambio"[748].

Respecto a la novedad aunque el hecho no sea rigurosamente nuevo por su aparición cronológica, se presenta como nuevo como pueden ser problemas que surgen entre el

---

[743] STSP No. 120 de 14 de febrero de 1980, RCD Nº 19, Cuba, 1984, p. 98.
[744] STSP de 31 de diciembre del 2003, expte Nº. 935/2003.
[745] Cfr. GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit, p. 154.
[746] BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. DEL S., "Criterios para la atribución….", ob cit., p. 1888.
[747] ZANÓN MASDEU, L., Guarda y custodia de los hijos, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, p. 329.
[748] Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., El derecho de visita, ob cit., p. 131.

progenitor y el hijo menor al comenzar la convivencia. En cuanto a la gravedad de los hechos, debe tratarse de motivos serios, legítimos y actuales y objetivamente trascendentes y graves, no necesariamente ilícitos. La valoración de la gravedad será en función de los afectados en particular del menor, por su interés prevalente[749].

#### 4.4.1. Circunstancias relevantes según la práctica judicial

Las circunstancias que se han analizado para la atribución inicial de la guarda y cuidado a uno de los progenitores son generalmente las mismas que con mayor frecuencia motivan la modificación de titular de esa función, siendo las más relevantes: el padecimiento de enfermedades mentales del guardador, la conducta o tenencia de hábitos perjudiciales para los hijos, cambios laborales que perjudican la relación de atención y cuidado de los hijos menores, cambios de domicilio y la nueva relación de pareja del guardador con incidencia negativa en el menor. Para no reiterar, sólo analizaré algunas de las circunstancias que se alegan por el no guardador para solicitar el cambio de dicha medida a su favor.

En los procesos de modificación de la guarda y cuidado la valoración judicial debe seguir los mismos principios del beneficio e interés de los hijos en que se aplican para su concesión. Por esto, vale volver sobre el valor y eficacia jurídica de la voluntad del menor en los procesos en que puedan adoptarse decisiones que les afecten, como puede ser la solicitud de revocación de la guarda y cuidado de un progenitor a favor de otro.

Es importante repetir que aunque es criterio preferente el del interés del menor para decidir respecto a su situación jurídica, esto no significa "estar al arbitrio o antojo de éste, sino que radica en la valoración de la mayor suma de ventajas de cualquier género y especie y del menor número de inconvenientes que le reporte una solución bien delimitada respecto de otra, siempre proyectada al futuro, desde el punto de vista de su situación personal y de su formación y desarrollo"[750].

No se opone a lo dicho la consideración de la voluntad del menor en una decisión tan importante como la de determinar con cuál de los padres convivirá, pues resulta indiscutible que en determinadas circunstancias de edad, madurez y firme determinación del hijo resulta absurdo mantener una decisión contraria a su voluntad.

Constituye una circunstancia esencial el deseo de los hijos ya que puede ser fundamento de una eventual modificación de la guarda y custodia porque mediante su voluntad se aprecian las condiciones de convivencia más beneficiosas para el menor, de cara a su desarrollo afectivo y protección integral, siempre que ese deseo se sustente en una voluntad autónoma, firme y decidida, ajena a inducciones extrañas y a caprichos o inclinaciones pasajeros, que no responden al interés tutelado por la norma[751].

No se disponen de sentencias cubanas con apoyo en la voluntad del menor como elemento decisivo para la modificación de la guarda y cuidado dispuesta legalmente, en todo caso la legislación vigente no propicia esta interpretación.

---

[749] RIVERO HERNÁNDEZ, F., ibidem.

[750] Cfr. IGLESIAS REDONDO, J. I., Guarda y asistencia, tutela ex lege y acogimiento de menores, Cedecs Ed. S. L., Barcelona, 1996, p. 65-66.

[751] En este sentido sentencias de la Audiencia Provincial Toledo, de 17 de septiembre de 1998 (AC 1998/1851) y de 11 de noviembre de 1999 (AC 1999/2407).

Otra circunstancia importante a valorar para la modificación del régimen de guarda previamente adoptado es el hecho del cambio de domicilio del guardador dentro del territorio nacional o al extranjero[752].

La jurisprudencia menor española en respeto a la estabilidad del niño como manifestación de su interés superior, considera que los cambios de lugar de residencia por parte del progenitor custodio, cuando son arbitrarios o ilegales, constituyen motivo suficiente para modificar la medida que se encuentra establecida, no así cuando esos cambios obedecen a una razón justificada "como deseos de reunirse con la familia en el lugar de origen, mejorar el nivel de vida de los hijos, traslados laborales"[753].

También es una circunstancia propia para la solicitud del cambio de la guarda y custodia establecida, la alegación del progenitor no custodio respecto al hecho de que el guardador deja a sus hijos menores al cuidado de terceros cuando, por ejemplo, no pueden ocuparse de los mismos por motivos laborales, lo que por sí sólo no es suficiente para que se acceda a la modificación de la medida.

Por la consecuencia directa que puede tener para la modificación de la guarda y cuidado, el hecho cierto de que el progenitor que ostenta esta responsabilidad dificulta con su conducta la comunicación del hijo menor con el no guardador, haremos algunas acotaciones sobre este tema.

#### 4.4.2. Incumplimiento del régimen de comunicación a causa del guardador

El cambio de guarda y custodia a favor del visitador sólo se aconseja cuando la actitud negativa del guardador habitual del menor suponga un atentado grave y repetido al derecho de visita con marcada intención de mantener dicha postura, sin posibilidad de diálogo o cambio de actitud y cuando se hayan agotado otras medidas para el efectivo disfrute del régimen de visita dispuesto por resolución judicial[754].

En Cuba es criterio legal que el incumplimiento del régimen de comunicación puede conducir a la modificación de la guarda y cuidado, lo cual sucede por diversas causas que originan incontables conflictos familiares, muchas veces sin solución. Al respecto el artículo 90 del Código de Familia establece: <<El incumplimiento de lo que se disponga a ese respecto podrá ser causa para que se modifique lo resuelto en cuanto a la guarda y cuidado, sin perjuicio de la responsabilidad de orden penal que se origine por tal conducta >>.

De la letra de la transcrita norma se advierten dos consecuencias que constituyen sanciones, así vemos que:

---

[752] BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. DEL S., "Criterios para la atribución y….", ob cit., p. 1876, expone que: "Es necesario precisar respecto a los supuestos de crisis matrimonial en que los progenitores son de distinta nacionalidad, que, dado el especial riesgo de sustracción de los hijos y su traslado al extranjero, son particularmente proclives a la adopción de medidas judiciales de carácter preventivo o cautelar que, limitando el ejercicio de la guarda y custodia por parte del progenitor guardador, garanticen el derecho de visita del progenitor no custodio".

[753] Cfr. BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. DEL S., ibidem, p. 1892, cita Sentencias de Audiencias Provinciales españolas en las que fundamenta su afirmación, entre ellas, la SAP de Málaga (Secc. 7), de 3 de marzo 1999 (AC 1999/4611); la SAP de Pontevedra (Secc. 1), de 26 de diciembre de 1996 (AC 1996/2415) y la SAP de Las Palmas (Secc. 3), de 13 de abril 1998 (AC 1998/5248).

[754] RIVERO HERNÁNDEZ, F., El derecho de visita, ob cit., p. 302. En igual sentido, BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. DEL S., "Criterios para la atribución y…" ob cit., p. 1893.

- El cambio de guarda y cuidado por incumplimiento del régimen de visitas constituye una sanción para el guardador, pues la norma concede al Tribunal la facultad de disponer el cambio, atendidas las circunstancias, lo que podría perjudicar el interés del menor al privarlo de su medio habitual y de su relación afectiva con el guardador.

- Se aplica la responsabilidad penal para sancionar incumplimientos que por su gravedad y peligrosidad se han previsto como figuras delictivas para aquellos progenitores que no atiendan o descuiden la educación, manutención o asistencia de los menores de edad que tengan bajo su potestad o guarda y cuidado[755].

En la búsqueda de posibles soluciones al problema de los incumplimientos del régimen de comunicación a causa del guardador podría ser posible disponer la ejecución forzosa con la asistencia de trabajadores sociales en el contexto social cubano; o intentarse la ejecución forzosa del régimen de visitas con la participación comunitaria que se realiza en la Casa de orientación de la mujer y la familia de la Federación de Mujeres Cubanas existentes en los municipios del país. En estas dependencias laboran especialistas capacitados para valorar sicosocialmente la situación familiar, lo que propicia el cumplimiento de la decisión judicial a conveniencia del interés del menor inmerso en el conflicto de sus padres[756].

Una de las propuestas de la organización femenina cubana para la modificación del Código de Familia plantea que en caso de dificultades o divergencias en cuanto a la comunicación del padre o la madre que no tiene la guarda y cuidado de los menores de edad con el que la tiene, el Tribunal pueda disponer un punto o lugar de encuentro o reunión para hacer efectiva dicha comunicación[757].

Una experiencia semejante a la propuesta por la Federación de Mujeres Cubanas puede apreciarse en el área de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid que ha puesto en funcionamiento un Punto de Encuentro para menores en situación de ruptura de la convivencia familiar no sólo para garantizar el contacto con el progenitor no custodio sino también en otras situaciones como pueden ser en los supuestos de acogimientos familiares. A este servicio se accede por decisión judicial o derivación de los Servicios Sociales especializados de atención a menores y familias, y Centros de atención a la infancia (CAI) del propio Ayuntamiento[758].

En el ejercicio del derecho de comunicación surgen problemas diversos por los conflictos de los padres que hacen reflexionar sobre la posibilidad de reconocer una justa compensación a favor de la parte perjudicada por el incumplimiento. Podría

---

[755] Acuerdo 92 de 21 de abril de 1981 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

[756] Partidarios de una solución social para la ejecución forzosa del derecho de visita: RIVERO HERNÁNDEZ, F., El derecho de…, ob cit., p. 116 y GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit., p. 269.

[757] Artículo 134 del anteproyecto de Ley de modificación del Código de Familia en su versión de 27 de junio del 2003, tantas veces citado.

[758] Revista SEPIN, marzo 2002, No. 9, Familia, noticias: "Vemos pues que el objetivo general de éste Punto de Encuentro es garantizar el interés superior del menor, favoreciendo su derecho fundamental a mantener la relación con ambos progenitores, en situaciones de ruptura familiar, y para ello a lo largo de todo el proceso de intervención se trabajará con los miembros del núcleo familiar para que puedan mantener vínculos paterno-filiales que favorezcan un buen desarrollo síquico, afectivo y emocional del menor, preparando a los padres para que puedan, en un futuro próximo, mantener la relación con sus hijos, sin depender del Servicio del Punto de Encuentro".

admitirse la posibilidad de compensar los días de vacaciones que un menor no ha estado con el progenitor que le corresponde o una compensación económica al titular del derecho de visita si el incumplimiento ha sido a causa del progenitor custodio, al respecto, algún autor opina que se pueden compensar los días de vacaciones por otros días del tiempo que corresponde al menor estar con el otro progenitor pero no es posible "sustituir el incumplimiento del régimen de visitas por una indemnización de daños y perjuicios o por una compensación económica….habida cuenta que se trata de una obligación personalísima" [759].

El sistema de compensación de días de vacaciones por otros podría solucionar algunos de los problemas que ocasiona el incumplimiento del régimen de visita sea a causa del visitador o del guardador siempre que éstos no sean de carácter grave y reiterado, en cuyo supuesto se pueden imponer sanciones al incumplidor según la legislación cubana (art. 90 CF).

Una causa de incumplimiento, como puede ser el no ejercicio del derecho de comunicación, no puede originar una limitación de ese derecho, pues esto sería contrario a su finalidad, es necesario encontrar soluciones para el cumplimiento de esas relaciones personales entre el progenitor visitador y el hijo menor de edad.

En situaciones de alta conflictividad entre los progenitores respecto al cumplimiento del régimen de visitas un elemento importante es el lugar donde deben realizarse las visitas. La jurisprudencia española en una interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991, indica que imponer a la madre que las visitas del padre se realicen en el domicilio de ella "es algo que puede representar cierta violación del derecho fundamental que preconiza el artículo 18.2 de la Constitución: su inviolabilidad". Al respecto, SEISDEDOS MUIÑO comenta que la finalidad de ese precepto constitucional es evitar injerencias arbitrarias en el domicilio de una persona pero el propio texto excluye esa posibilidad cuando consta autorizada por resolución judicial que decide en caso de colisión de valores e intereses constitucionales, y en el caso de la sentencia comentada, fue una resolución judicial "la que estableció que el padre había de ejercitar su derecho de visita en el domicilio de la madre (…) y no me parece procedente que se declare, sin más, su carácter lesivo del derecho consagrado en el mencionado precepto"[760].

No disponemos de sentencias cubanas en las que se condene al guardador por incumplimiento del régimen de visita, aunque resulta a veces imposible conseguir la ejecución de la sentencia judicial por oposición tenaz del mismo por lo cual puede ser sancionado con la modificación de la guarda y cuidado a favor del otro progenitor por incumplimiento de la comunicación siempre que su conducta haya obstaculizado el derecho de relación.

Contrario al criterio legal cubano, la norma española no establece la posibilidad del cambio de la guarda y custodia por incumplimiento del régimen de visitas dado por la oposición del guardador. Así lo pone de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 13 de septiembre de 1999, que estimó la atribución de la guarda y custodia de los hijos a la madre por considerar que el otorgamiento al padre en la sentencia de instancia no atendió el criterio de beneficio de la hija del

[759] ANDRÉS JOVEN, J., "Encuesta sobre compensación de vacaciones del menor", Revista SEPIN, Septiembre 2003, No. 25, Familia, p. 10.
[760] SEISDEDOS MUIÑO, A., "Comentario a la Sentencia de 30 de abril de 1991, ob cit., p. 577.

matrimonio sino que se aplicó como sanción a la madre por su reprochable conducta, al impedir el régimen de visitas concedido al padre. Añade la sentencia que se obvió la preferencia de la menor de seguir con su madre y que razones profesionales impedirían al padre dispensar cuidados cotidianos que serían prestados por los abuelos paternos.[761]

5. Comunicación de los hijos menores de edad cuando sus progenitores no convivieren 5.1.- Relaciones de comunicación personal de los hijos menores de edad.- 5.1.1.- Terminología y concepto.- 5.1.2.- Fundamento.- 5.1.3.- Naturaleza jurídica y caracteres.- 5.1.4.- Contenido y finalidad.- 5.1.5.- Tratamiento en la norma, la doctrina y la jurisprudencia.- 5.1.5.1.- Comunicación de los hijos con los progenitores.- 5.1.5.2.- Comunicación con los abuelos.- 5.1.5.3.- Con otros parientes y allegados.- 5.2.- Incidencias en el derecho de comunicación o visita.- 5.2.1.- Vías para determinar el régimen de comunicación.- 5.2.2.- Criterios para fijar el régimen de comunicación.- 5.2.3.- Denegación del derecho de comunicación o visita.- 5.3.- Modificación del régimen de comunicación.- 5.3.1.- Ampliación.- 5.3.2.- Limitación.- 5.3.3.- Prohibición temporal y/o suspensión.- 5.3.4.- Prohibición indefinida y/o supresión.- 5.4.- Ejecución provisional del régimen de guarda y cuidado y de comunicación dispuesto por sentencia definitiva. 5.5.- Tutela internacional.-

### 5.1. Relaciones de comunicación personal de los hijos menores de edad

El derecho de comunicación o visitas se concibe como un medio para proteger las relaciones afectivas estables de los menores en la crisis de la pareja de los progenitores a los fines de cubrir sus necesidades emotivas y educacionales indispensables para su correcto desarrollo y formación.

El muchas legislaciones extranjeras ya se incluye en el derecho de visita a personas distintas de los progenitores especialmente los abuelos, e incluso se extiende no sólo otros parientes y personas que no lo son al establecer el legislador que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados, derecho que no autoriza la legislación positiva cubana. Se procura así que los menores se afecten lo menos posible de acuerdo al caso concreto juzgado, pues "consiste esencialmente en un derecho del niño a mantener una relación eficaz, adecuada y lo suficientemente intensa con las personas con las que se encuentra unido por especiales lazos afectivos, fundamentalmente sus familiares y especialmente dentro de éstos los progenitores"[762].

La relación personal del niño con sus parientes es una preocupación de la sociedad y aunque en la legislación cubana no se encuentra configurado existe consenso de la necesidad de su regulación aunque la última versión del anteproyecto de Ley de modificación del Código de Familia limita esta posibilidad únicamente a situaciones en que los progenitores no se encuentran en el efectivo ejercicio de la patria potestad, con lo cual no se resolverán otras situaciones que puedan suscitarse.

[761] SAP de Toledo de 13 de septiembre de 1999, AC 1999/6305.

[762] Cfr. GADEA TORTAJADA, J., La limitación y suspensión del Derecho de visita, Trabajo de investigación, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 2001, p. 19.

### 5.1.1. Terminología y concepto

Sobre el derecho de relación personal del hijo y sus progenitores en situaciones en que éstos no conviven se utilizan distintos términos respecto a lo cual cabe realizar algunas precisiones antes de analizar su posible concepto, fundamento, naturaleza jurídica, caracteres, contenido, finalidad.

La doctrina y jurisprudencia foránea ha ido perfilando el régimen de visitas o derecho de visitas con un contenido más amplio de lo que abarca el término. Es habitual el uso del término visitas para referirse a las relaciones personales en esos casos, pero resulta insuficiente para describir la complejidad que caracteriza la institución.

Existe la opinión de que el término visitas puede inducir a error sobre la relación que van a mantener el visitante con el visitado (fundamentalmente el progenitor con sus hijos) ya que "visita hace referencia a una relación pasajera, de mera amistad, que se lleva a cabo en casa de otro, mientras que el Código civil pretende que el progenitor mantenga una relación afectiva y profunda con sus hijos"[763].

Otros autores consideran que "aunque no es el mejor nombre, es el conocido y aceptado comúnmente, y cumple las funciones que han de cumplir las denominaciones: el intercambio de la mayor cantidad de información en el menor espacio posible"[764].

VERDERA IZQUIERDO aclara que el derecho de visita se refiere al hecho de tener al menor en compañía algunas horas debido a lo cual el Código utiliza distintas facultades que lo complementan como son: el derecho de comunicación: para los supuestos de una mera comunicación telefónica o cualquier otro medio de comunicación; el derecho de estancia: aquéllos casos que el niño pernocta y permanece en casa del progenitor no guardador o del allegado durante un período de tiempo, siendo de mayor amplitud que el derecho de visita[765].

En el estudio de la institución se ha señalado que "el derecho de relación con el menor, conlleva un progresivo desarrollo histórico, desde el inicial y simple derecho de visita que consistía en que quien pretendiese relacionarse con el menor tenía que desplazarse a visitarlo al domicilio de la persona que tuviese su guarda hasta el derecho de relacionarse lo más amplio y profundamente que sea posible entre quien ostente este derecho y el menor o incapacitado. La visita stricto sensu se transmuta en una serie de facultades diversas y más amplias, de manera que se permite que sea el menor el que se desplace al domicilio del visitador". Ya se aceptan estancias temporales de los hijos menores con el no guardador e incluso se admite esta relación personal con parientes y allegados ampliándose el número de titulares[766].

Actualmente se emplean distintos términos que intentan abarcar toda esa realidad. En el sistema jurídico cubano, se califica como derecho de comunicación aunque pudiera considerarse como derecho a relaciones personales o derecho de relación, como aparece utilizado en la Convención de los derechos del niño.

---

[763] Cfr. LÓPEZ MUÑIZ GOÑI, M., Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho. Guía práctica y jurisprudencia, 4ta edición, Ed. Colex, 1995, p. 697.

[764] Cfr. GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit, p. 227. En igual sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., El derecho de…, ob cit, p. 32.

[765] VERDERA IZQUIERDO, B.: "Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados", La Ley, núm. 7/2002, Año XXIII, D-253, p. 1570.

[766] Cfr. GADEA TORTAJADA, J., La limitación y…, ob cit., p. 5.

De acuerdo con GARCÍA CANTERO, el derecho de visita puede definirse como "derecho de naturaleza, o mejor, contenido puramente afectivo, que permite a su titular expresar o manifestar sus sentimientos a otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin"[767].

5.1.2. Fundamento

Opina GARCÍA PASTOR que el derecho de visita cumple distintas funciones, según sea su titular progenitor, pariente o allegado, con lo cual considera importante indagar el fundamento del derecho de visita del progenitor, a partir de los siguientes supuestos[768]:

Interés del menor: si se puede conceder un derecho de visita sólo por el interés del progenitor, entonces el interés del menor no es el fundamento de tal derecho sino su límite, pues no se concede si pudiera perjudicarlo.

Parentesco y relación afectiva: ambos interrelacionados entre sí. El fundamento del parentesco deja sin justificación el derecho de visita de los allegados. En el caso de los padres está claro que la misma relación paterno-filial justifica tal derecho. Cuando el titular es un pariente que no es el padre, la relación de parentesco no siempre es suficiente para justificarlo; se acepta cuando se trata de abuelos y hermanos[769] pero otros parientes así como los allegados buscarán la justificación en la relación afectiva[770].

El derecho de visita como instrumento del derecho de vigilancia no se considera fundamento del derecho de visita, pues su finalidad está en el derecho paterno-filial de relacionarse y tener al hijo en su compañía.

El derecho de visita como facultad desgajada de la patria potestad servía de fundamento cuando la patria potestad la ostentaba uno sólo de los progenitores pero en la actualidad no tiene sentido, pues la patria potestad es conjunta y precisamente uno de sus atributos esenciales lo constituye el derecho de comunicación con el menor.

El derecho de visita, derecho natural o derivado de la naturaleza de las cosas: éste es el fundamento que sostiene el derecho de visita, en tanto, la relación entre padre e hijo obedece a razones de la naturaleza humana siendo la patria potestad su representación jurídica.

Si se acepta esta tesis se puede afirmar que el fundamento del derecho de comunicación o visita tiene marcado carácter ético antes que jurídico, pues nace de la relación filial entre padres e hijos (exigencia ineludible del Derecho natural o derivado de la naturaleza de las cosas), en este sentido un importante sector de la doctrina considera que el derecho de visita se fundamenta en la relación paterno-filial, biológica y jurídica y no en la patria potestad, correspondiendo incluso al progenitor privado de ella[771].

---

[767] GARCÍA CANTERO, G., "En torno al Derecho de visita", ob cit., p. 247.
[768] Cfr. GARCÍA PASTOR, M., La situación jurídica…, ob cit, p. 229-235.
[769] RIVERO HERNÁNDEZ, F., El derecho de visita, ob cit., p. 78-83.
[770] GARCÍA CANTERO, G., "En torno al Derecho de visita", en el Derecho de visita, teoría y praxis, Madrid, 1982, p. 247.
[771] Entre otros; GARCÍA CANTERO, G., "En torno al Derecho de visita", ob cit., p. 248; GARCÍA VARELA, R., "Los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", en La Ley de divorcio: experiencias de su aplicación, Madrid, 1982, p. 87-88.

La profesora SEISDEDOS MUIÑO en su comentario a la Sentencia de 30 de abril de 1991 del Tribunal Supremo, matiza el fundamento del Derecho de visita sobre la base del principio del interés del menor. Consecuentemente, cualquier sentencia que tras privar a un progenitor de la patria potestad haya de decidir sobre la atribución a aquél del derecho de visita, debería analizar detalladamente la incidencia que la causa originadora de la privación puede tener en el mantenimiento de las relaciones padre-hijo, desde el punto de vista del beneficio de éste último. "…su argumentación parece desprenderse que excluye dicha posibilidad, considerando el natural derecho de los padres a ver a sus hijos como un derecho que no puede verse limitado o condicionado por el interés de éstos"[772].

Respecto a los parientes y allegados el derecho de visita se podría fundamentar en la sostenida relación personal y afecto existente entre el menor y aquéllos con especial relevancia en cuanto a los abuelos y al principio del interés del menor.

El fundamento del derecho de visita analizado por la doctrina española resulta ilustrativo para comprender las limitaciones del derecho de comunicación según la legislación cubana, pues no cuenta con regulación alguna que permita éste derecho a familiares y allegados en ningún caso, ni siquiera lo reconoce a favor de abuelos o hermanos, así que tampoco es posible la reclamación del menor, cuando los padres impidan su relación con aquéllos aunque no exista causa que lo justifique[773].

5.1.3. Naturaleza jurídica y caracteres

Como indica SALANOVA VILLANUEVA, el derecho de visita no varía esencialmente su definición, finalidad, fundamento y caracteres en virtud de quien sea cotitular del mismo junto al menor; "otra cosa es que de acuerdo a la relación de parentesco que –junto a la relación afectiva-- vincule al menor y visitante su finalidad se amplíe y su fundamento se vea reforzado"[774].

La regulación del régimen de relación paterno-filial en caso de no convivencia continua es uno de los efectos más importantes que se producen en las crisis matrimoniales configurada como un derecho-deber o derecho función dado por la especial naturaleza jurídica que le otorga su carácter social, lo que trasciende del ámbito meramente privado[775].

La relación personal del menor con el no guardador no es potestativa de los progenitores debido a su propia naturaleza, pues se configura como derecho y a la vez como deber y por tanto irrenunciable e indisponible, no sujeto al arbitrio y voluntad de aquéllos, sino que "solamente puede actuarse de acuerdo al deber a cuyo acatamiento

[772] SEISDEDOS MUIÑO, A., "Comentario a la Sentencia de 30 de abril de 1991". Patria potestad: privación. Conservación por el padre privado de la patria potestad del derecho de visita", CCJC, núm. 26, abr.-may. 1991, p. 575.

[773] La tendencia actual es regular la comunicación de los hijos menores sometidos a la patria potestad con los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad en supuestos de fallecimiento del progenitor, de suspensión del ejercicio y de privación de la patria potestad, según el artículo 136 del anteproyecto de Ley de modificación del Código de Familia en versión de 27 de junio del 2003.

[774] SALANOVA VILLANUEVA, M., "Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos". A propósito de la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994, ADC, 1996, p. 944.

[775] ZANÓN MASDEU, L., ob cit., p. 94.

está dirigido y en el marco de las finalidades éticas y sociales para las que ha sido concebido"[776].

El derecho de visita como dice VERDERA IZQUIERDO, "constituye, al ubicarse en el Derecho de Familia, un derecho-deber o un derecho-función al que se le han otorgado, entre otros, los siguientes caracteres: se trata de un derecho relativo, subordinado al interés del menor, con independencia de su origen causal, es un derecho personalísimo, inalienable e imprescriptible"[777].

Se destaca dentro de los caracteres del derecho de visita su inclusión en el orden público familiar, por consiguiente, tiene carácter innegociable e indisponible, por tanto no cabe transigir respecto a él. Así es que los pactos entre las partes sobre las visitas han suscitado distintos criterios que matiza SALANOVA VILLANUEVA al considerar que "si la articulación del derecho de visita se basa en la sentencia, parece ser que a fin de cuentas, en la práctica el convenio sí tiene un valor meramente provisional y una vez planteado judicialmente la cuestión de las visitas, no pasa de ser una <<fórmula informativa de la voluntad de las partes respecto de la relación familiar abuelos-nietos>>"[778].

5.1.4. Contenido y finalidad

Entendido en su sentido amplio el derecho de visita es el derecho de relacionarse con un hijo menor y tiene como contenido las situaciones de comunicación siguientes[779]:

a) Derecho de visita stricto sensu: es la facultad o expresión mínima de relacionarse con el menor. Es la relación con el menor en el grado mínimo, que supone compartir su compañía en un corto período de tiempo que puede realizarse mediante la visita en el centro escolar o en el domicilio del titular de la guarda. El visitador puede prohibir la presencia de testigos siempre que no se encuentre previamente dispuesta por orden judicial.

Estas visitas en su grado máximo pueden incluir cortas salidas del menor en compañía de su progenitor dentro del mismo día devolviendo al menor a su domicilio. Cuando las visitas se realizan de esta forma impuesta por decisión judicial responden a un clima de verdaderos conflictos familiares.

Es aconsejable para evitar inconvenientes que al adoptarse este sistema de visitas se fije previamente las condiciones mínimas de su realización consignándose hora, día, lugar de recogida y entrega del hijo menor.

b) El derecho a comunicarse y mantener correspondencia: ésta consideración aparece expresamente regulada en el artículo 90 del Código de Familia cubano, que dispone el derecho de comunicación escrita y de palabra con el hijo, por lo que el Tribunal deberá regularla con la periodicidad que el caso requiera y siempre en beneficio de los intereses de los menores.

La comunicación por escrito puede entenderse como la forma tradicional, pero se admiten los medios actuales como el telégrafo, fax, correo electrónico o cualquiera de las llamadas redes sociales, por mediación de tercera persona, mientras que la

[776] Cfr. SALANOVA VILLANUEVA, M., "Aproximación al derecho de visita", AC, 1995-2, p. 512.
[777] Cfr. VERDERA IZQUIERDO, B., "Anotaciones…", ob cit., p. 1574.
[778] Cfr. SALANOVA VILLANUEVA, M., "Notas sobre el derecho de los….", ob cit., p. 968-969.
[779] GADEA TORTAJADA, J., La limitación…, ob cit, p. 57-60.

comunicación de palabra admite la comunicación telefónica o la de video conferencia. Estos medios de comunicación pueden originar encontradas divergencias y litigios por el uso de horarios no adecuados a las jornadas habituales del menor.

Este derecho de comunicación es reconocido en España a abuelos y allegados, en particular la comunicación telefónica, lo que no se regula en legislación actual cubana[780]. En el supuesto que el menor tenga corta edad el derecho de comunicación puede transformarse en el derecho del beneficiado a estar informado del estado, desarrollo y crecimiento del menor.

c) El derecho de convivencia y de alojamiento del hijo menor en el domicilio del titular del derecho de visita: consiste en la facultad del no guardador de tener al hijo en su compañía el que puede pernoctar en su domicilio por períodos determinados. Es considerada la forma más común de satisfacer el derecho de relación personal entre ambos.

Estas estancias que disfrutan juntos el menor hijo y el progenitor no custodio se fija con la periodicidad que acuerden ambos progenitores o según se disponga por resolución judicial. Las estancias se diferencian de las visitas, ya que en ellas se concede la facultad de pernocta del hijo en el domicilio del progenitor no custodio por períodos de tiempo fijados de acuerdo con la jornada habitual del niño.

El llamado derecho de visita no es un propio y verdadero derecho, sino "un derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras a su desarrollo armónico y equilibrado."[781]

La finalidad para la cual se configura el derecho de visita, de acuerdo con MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, "…es propiciar un desarrollo personal del menor más íntegro, armónico y equilibrado, tanto en sus aspectos afectivos como educacionales, a través del mantenimiento de lazos afectivos con el progenitor con quien el menor no convive (o, en su caso, con otros parientes o allegados). (…) de la estructura formal de la figura, el derecho de visita cumple también determinadas finalidades de orden principalmente afectivo en relación con sus titulares: …no es sólo un derecho-deber a favor del hijo, sino también un derecho del progenitor que no tiene la guarda"[782].

5.1.5. Tratamiento en la norma, la doctrina y la jurisprudencia

Se reconoce que el régimen de comunicación o visitas no es el ideal de la relación paterno-filial, pues debía tener el niño la libertad absoluta para relacionarse afectivamente con sus progenitores, familiares y allegados siempre que lo necesitara o le fuera preciso, lo que en ocasiones no es viable a causa de las circunstancias concurrentes.

En Cuba se establece mediante el artículo 90 del Código de Familia una fórmula general sobre la comunicación del progenitor no guardador con sus hijos menores que prevé la obligación de los tribunales de:

---

[780] SAP de Toledo de 3 de junio de 1994, AC 1994/1126; estima que el padre debe permitir "como mínimo las llamadas telefónicas del abuelo y demás allegados de éste, todos los viernes del año y en el horario indicado (entre 18 y 20 horas)".

[781] SAP de Soria de 24 de junio del 2002, JUR 2002/212823.

[782] Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "El derecho de visita…", ob cit., p. CXLVIII-CL.

<<…el tribunal dispondrá lo conveniente para que aquel de los padres que no se le confiera la guarda y cuidado de los hijos menores conserve la comunicación escrita y de palabra con ellos, regulándola con la periodicidad que el caso requiera y siempre en beneficio de los intereses de los menores>>.

El artículo 90 in fine del Código de Familia establece:

<<…Excepcionalmente, cuando las circunstancias lo requieran podrán adoptarse disposiciones especiales que limiten la comunicación de uno o de ambos padres con el hijo e incluso que la prohíban por cierto tiempo o indefinidamente>>. Este supuesto constituye una medida de adaptación a las circunstancias en beneficio del menor, pues se concede al Tribunal facultad de limitar o suspender el régimen de comunicación de acuerdo con la situación y siempre en interés del menor.

En relación con los hijos menores cuyos progenitores se encuentran en trámites de divorcio se establece que:

<<…en la sentencia el tribunal dispondrá lo conveniente para que dichos menores mantengan la adecuada comunicación con el padre a quien no se defiera dicha guarda y cuidado. A los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior el tribunal se atendrá a las reglas de los artículos 88, 89, y 90>> (art. 58 CF).

Aunque el derecho de comunicación de los hijos con sus padres que no conviven se regula en preceptos distintos, según la situación jurídica de éstos, para fijar el régimen de visita correspondiente, se aplicarán las reglas generales a las que remite el precepto especial y en todo caso se seguirá el criterio legal del beneficio del menor.

En líneas generales, las normas citadas fijan criterios y principios básicos que pueden influir en la adopción de medidas concretas para determinar el régimen de visita ab initio o su modificación, entre el menor y el progenitor con el que no convive.

Los elementos personales el derecho de comunicación o visita, a saber: visitante y visitado les afectan algunas cuestiones particulares como son la titularidad del derecho y el papel de la voluntad del menor visitado, aspectos que analizaré en lo adelante.

### 5.1.5.1. Comunicación de los hijos con los progenitores

A la luz del Derecho cubano el menor es titular del derecho de visita no sólo por aplicación de las normas de Derecho interno sino por aplicación directa del artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Niño que le reconoce el derecho a mantener con los progenitores relaciones personales y contacto directo de modo regular cuando esté separado de uno o de ambos padres.

En ésta sede es imprescindible tener en cuenta las necesidades psicológicas y afectivas de cada hijo menor de edad al momento de determinar la guarda y cuidado, para procurar que no se produzca una ruptura paterno-filial por la falta de convivencia con el progenitor apartado de dicha función a cuyo efecto se debe fijar el régimen de esta relación entre el no guardador y sus hijos menores sea por acuerdo o por decisión judicial.

El derecho de visita en la especial situación en que los padres no viven juntos "responde a la necesidad vivencial y afectiva más importante en el orden natural, y

además dimana del propio ejercicio de la patria potestad como medio para velar por el hijo y ejercer el debido control y vigilancia sobre la guarda y custodia del mismo"[783]

Este derecho de comunicación en la mayoría de los supuestos es complementario a la privación de la guarda y cuidado a los fines del mantenimiento de relaciones de carácter personal del menor y su familia especialmente con sus progenitores, lo que favorece el vínculo afectivo entre éstos para la satisfacción de las necesidades emocionales y formativas con incidencia directa en el desarrollo de la personalidad del menor. Por eso es tanto un deber del progenitor como un derecho del hijo menor.

Cuando ocurre la crisis de la pareja de los progenitores se origina la separación de los hijos menores con el no guardador y es de tal importancia procurar la continuidad de las relaciones afectivas entre éstos que se reconoce el derecho de visita en esos supuestos como un derecho superior del niño a mantener la relación paterno-filial[784].

En cuanto a la titularidad del derecho, "cuando se trata de los progenitores, es independiente de la atribución del ejercicio de la patria potestad (así resulta expresamente del art. 160 CC)" como también es independiente de su titularidad, pues aun privado uno de los progenitores de la patria potestad no significa que haya perdido el derecho a relacionarse con sus hijos. "En todo caso, la misma causa que ha motivado la privación de la patria potestad puede justificar la supresión o suspensión de ese derecho, pero tras haber sido objeto la cuestión de una consideración autónoma, y de un juicio acerca de la conveniencia o no para el hijo del mantenimiento de esas relaciones"[785].

El derecho de comunicación con el hijo menor tratado también como derecho de visita comprende el derecho-deber del padre que no convive con su hijo menor de visitarlo, relacionarse con él, y tenerlo en su casa de acuerdo con el interés del niño[786].

Teóricamente ese derecho de comunicación es a la vez deber del progenitor que no convive con su hijo porque su ejercicio es una de las funciones de la patria potestad, tiene su misma naturaleza de derecho-deber, derecho-función, pues se presenta por un lado como derecho o facultad de los progenitores de relacionarse con su hijo y por otra lado como una obligación impuesta a modo de deber social, sin embargo, no aparecen pronunciamientos judiciales sobre la obligación del padre no guardador de visitar a su hijo menor, únicamente se contraen a fijar un régimen de comunicación entre ellos de acuerdo con las circunstancias concurrentes.

---

[783] Cfr. LETE DEL RÍO, J. M., "Derecho de visita de los abuelos", (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991), Revista del Poder Judicial, núm. 25, mar. 1992, p. 149.

[784] Art. 8.1 y art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño: <<los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, ... y las relaciones familiares de conformidad con la Ley sin injerencias ilícitas>>. "3.- <<los Estados Partes respetarán el derecho del niño que este separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

[785] Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "El derecho de visita…", ob cit., p. CLI, al respecto cita la STS de de 19 de octubre de 1992 (RJ 1992/8083) que declara: tal derecho de visitas "constituye continuación o reanudación de la relación paternofilial….una cosa es la inconciliable postura de la pareja… que harían sumamente difícil la conjunción (de la patria potestad) deseable y otra, bien distinto el peligro concreto y real para la salud de la menor que denuncia la recurrente o las graves circunstancias a que condiciona la suspensión del derecho de visita del art. 94 del Código, cuya aplicabilidad tampoco encuentra apoyo en los dictámenes técnicos".

[786] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., Derecho de Familia, ob cit., p. 530.

También es derecho del hijo relacionarse con el padre que no convive porque es imprescindible para el desarrollo de su relación afectiva, de su educación y formación integral; por esto el legislador cubano ha considerado que excepcionalmente se podrá limitar o suspender el régimen de comunicación, pues incluso reconoce esta facultad a los padres privados de la patria potestad que conservarán el derecho de comunicación con sus hijos menores de edad previa valoración del Tribunal.

La norma cubana concede amplio arbitrio al Tribunal al establecer que dispondrá "lo conveniente" al determinar el régimen de comunicación. La determinación más común del régimen de visitas en Cuba es la estancia de fines de semanas alternos de cada mes y la mitad de las vacaciones escolares que es el período de convivencia de mayor duración del menor con el no guardador y el que más favorece la relación paterno-filial pero no se conceden estancias por fiestas navideñas, semana santa u otras festividades religiosas que si son consideradas en el régimen de visita español.

El Acuerdo 125, de 6 de agosto de 1985 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular instruye a los Tribunales cubanos para regular una amplia comunicación del no guardador con sus hijos menores, sin fijar periodicidad cuando así resulte de la propuesta de los progenitores[787].

Se establece un régimen especial de visitas para el progenitor no custodio y su hijo menor de edad, en atención a circunstancias particulares, como puede ser la edad del menor, las relaciones afectivas mantenidas entre padres e hijos, jornada laboral y disponibilidad de realizar visitas, lugar de residencia del progenitor y los hijos entre otras, pero siempre la decisión debe prever el interés o beneficio de los hijos sometidos a la patria potestad.

### 5.1.5.2. Comunicación con los abuelos

La Sociedad ha reconocido la necesidad de proteger las relaciones paterno-filiales en beneficio del menor y también la necesidad de asegurar sus relaciones afectivas con otros parientes especialmente con los abuelos. "De hecho el origen de la denominación del derecho de visita se encuentra por primera vez referido a la posibilidad de que unos abuelos pudieran ver y visitar a su nieto menor según Sentencia de la Corte de Casación Francesa de 8 de julio de 1857"[788].

Con anterioridad a la regulación jurídica del derecho de comunicación o derecho de visita, los abuelos exigían relacionarse con sus nietos en vista de la negativa del titular de la patria potestad, situación que fue considerada por la jurisprudencia y la doctrina como abuso de derecho[789].

La protección de las relaciones personales de los niños con sus abuelos tiene como fundamento mantener su inserción familiar con la finalidad de favorecer sus necesidades afectivas, su formación y desarrollo integral.

El derecho de comunicación con parientes distintos del progenitor plantea la necesidad de precisar la extensión de su contenido a efectos de su equiparación o no al derecho

---

[787] Dictamen 237 aprobado por el Acuerdo 125, de 6 de agosto del 1985 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Acuerdos e instrucciones del TSP, Ed. Minjus, La Habana, Cuba, 1987, p. 113.

[788] Cfr. GADEA TORTAJADA, J., La limitación…, ob cit., p. 61.

[789] Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., "El derecho de visita, Teoría y Praxis", en Estudio sobre la evolución histórica del derecho de visita, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1982.

reconocido a los progenitores. Aunque el contenido es el mismo, o sea, visitas periódicas, comunicaciones o relaciones entre los abuelos y los menores y similar la finalidad de estas relaciones como es estrechar los lazos afectivos y educacionales de los hijos, la extensión no es la misma, no se puede conceder a los abuelos el mismo régimen de visitas que se le otorgaría a uno de los progenitores, entre otros motivos porque éstos ostentan la patria potestad[790].

La reforma española de 1981 introdujo esta importante innovación en el ámbito de las relaciones paterno-filiales al regular además del derecho de relación entre el menor y el progenitor no custodio, el derecho de relación del menor con los parientes y también con personas cercanas consideradas como allegados aun con oposición de uno o de ambos progenitores.

En su estudio sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003, GARCÍA CANTERO realiza una primera descripción de ese derecho y plantea la necesidad de encontrar un fundamento propio y autónomo. A juicio del autor, todo derecho de visita, "se basa, en principio, en la relación de parentesco que une entre sí a los sujetos que aquél condiciona. Particularmente intensa es la que deriva del parentesco en línea recta". Insiste en que el fundamento del derecho de visita entre abuelos y nietos no puede ser el mismo que el de los progenitores, "el fundamento de su derecho de visita estriba en el entramado de relaciones personales y afectivas que unen efectivamente a los nietos con sus abuelos"[791].

El derecho de visita de los abuelos "constituye un verdadero derecho subjetivo, autónomo e independiente, con propio nomen, de carácter personalísimo e integrado en el haz de los derechos de la personalidad, participando de las notas de este último", por esto, sus caracteres lo identifican como un derecho inalienable, indelegable e irrenunciable de modo aboluto con carácter preventivo. Por su origen el derecho de visita es de constitución judicial y no goza del efecto de cosa juzgada por ser susceptible de modificación en cualquier momento. El contenido de este derecho incluye las "facultades de comunicarse entre sí y mantener correspondencia de toda clase (derecho de visita en sentido estricto), y el de tener a los nietos en su compañía lo que plantea la posible aplicación de la culpa extracontractual (art. 1903 CC)" a lo cual me referi en el capítulo tercero[792].

El derecho de visita de los abuelos y los nietos no se extingue por prescripción, renuncia anticipada, o no uso. Las causas de extinción se establecen con la muerte, la declaración de ausencia o de fallecimiento y la incapacitación absoluta, tanto del abuelo como del nieto.

La reforma llevada a cabo por la Ley de 2003 "ha traído una diferenciación importante para el derecho de visita entre abuelos y nietos, a saber, entre la que se otorga con ocasión de un proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio y aquélla que el Juez concede sin tales connotaciones. (…), finalizado el proceso matrimonial sin intervención de los abuelos, estos pueden solicitar, en cualquier momento, el ejercicio del derecho de visita conforme al procedimiento normal, en el que ya no se requiere el

[790] VERDERA IZQUIERDO, B., "Anotaciones…", ob cit., p. 1574.
[791] Cfr. GARCÍA CANTERO, G., Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley…, ob cit., p. 36, 37 y 131.
[792] Cfr. GARCÍA CANTERO, G., ibidem, p. 132 a la 135 y 140.

acuerdo específico de los progenitores", sin duda con la reforma se legitima la actuación del abuelo en los procesos matrimoniales y fuera de éstos para reclamar el derecho a relacionarse con su nieto[793].

La comunicación con los abuelos y otros allegados es un efecto natural para el desarrollo afectivo de los menores con incidencia directa en su educación y formación, pero no con el mismo alcance y contenido que cuando el visitador es uno de los progenitores con patria potestad cuya titularidad le faculta para velar por el hijo en particular en cuanto a las relaciones del mismo con arbitrio y discrecionalidad y no con arbitrariedad, prohibiendo o limitando ciertas relaciones en general o con determinadas personas en particular[794].

La facultad de control efectivo de los progenitores respecto a las relaciones de sus hijos tiene una doble limitación: 1) debe llevarse a cabo de acuerdo con las necesidades del hijo y, 2) debe mediar justa causa que justifique la prohibición de las relaciones personales del hijo menor con los abuelos, otros parientes y allegados[795].

El derecho de relación tiene un contenido amplio comprende "la conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, en la que cabe entender incluidas las estancias del menor durante cierto tiempo en la casa o domicilio del titular o titulares del derecho de visita". Este contenido deberá ser precisado en cada caso; el tiempo, modo y lugar deberá ser modalizado pero "no podrá pretenderse que la modalización sea semejante o igual que si el titular del derecho de visita es uno de los progenitores. Es absurdo que los abuelos pretendan se les reconozca el mismo régimen de visitas que los cónyuges habían acordado entre sí con motivo de la separación, manteniendo un ejercicio conjunto de la patria potestad"[796]. Los progenitores y los abuelos son sujetos distintos con derechos diferentes y no se puede reconocer a los abuelos un derecho de visita con la misma intensidad que en el caso de los padres[797].

La extensión y periodicidad del régimen de visita de los abuelos será más modesta que la que tiende a recibir el de los progenitores, puesto que "la relación entre padres e hijos no es equiparable a la que une abuelos y nietos, siendo además el derecho de visita en el caso de los progenitores titulares de la patria potestad vehículo para que el padre que no convive con el menor siga ejercitando los derechos y deberes que aquélla comprende"[798].

Los abuelos ocupan una posición privilegiada frente a otros parientes o allegados, hoy se reconoce que su derecho tiene sustantividad propia y naturaleza de derecho autónomo y no de mero límite a la patria potestad, lo que no se opone a que, "la viabilidad de las relaciones personales del menor con otros sujetos pese a la oposición

---

793 Cfr. GARCÍA CANTERO, G., ibidem, p. 151, 154 y 164.
794 LETE DEL RÍO, J. M., "Derecho de visita de los abuelos", ob cit., p. 145.
795 LETE DEL RÍO, J. M., ibidem, p. 147.
796 LETE DEL RÍO, J. M., "Derecho de visita de los abuelos", ob cit., p. 149 y 150.
797 Cfr. NAVARRO CASTRO, M.: "Comentario a la Sentencia de 20 de septiembre de 2002", (RJ 2002/8462), Derecho de visita a los menores a favor de los abuelos y otros parientes, CCJC núum. 62, mayo-agosto 2003, p. 466.
798 Cfr. SALANOVA VILLANUEVA, M., "Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos". A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994, ADC, 1996, p. 965, indica que sobre el contenido del derecho de visita de los abuelos, las modalidades en abstracto son idénticas a las de la visita de los progenitores pero no se puede decir lo mismo de la extensión y periodicidad que cabe dar a las mismas. En este mismo sentido, NAVARRO CASTRO, M., "Comentario a la sentencia de 20 de septiembre de 2002", ob cit., p. 467.

del titular de la patria potestad se erija como una limitación a las facultades que la misma concede"[799].

El derecho de comunicación o visita por su carácter personal e intransferible no puede ser objeto de cesión a otra persona, ni ser ejercido temporalmente por los abuelos en sustitución del padre. A los abuelos les asiste un derecho propio de comunicarse con sus nietos, basado a su vez en el haz de derechos y obligaciones que los relacionan en materia de alimentos, tutela legítima y derechos sucesorios[800].

Siempre existe la posibilidad de variar el régimen de visita a cuyo efecto analizaremos distintas situaciones que pueden dar lugar a la modificación de esas relaciones ante la existencia de causa de suficiente entidad que lo aconsejan en beneficio del menor. La modificación del régimen de visitas, en caso de parientes y allegados tiene un importante paralelismo con el régimen general aplicable al ejercicio de la patria potestad por los progenitores, debido a que, en esta materia, se tiene en cuenta como interés predominante el interés del menor[801].

### 5.1.5.3. Con otros parientes y allegados

En España no sólo se reconoce a los progenitores el derecho a relacionarse con los menores cuando no conviven con ellos, sino que ese reconocimiento es más amplio, se reconoce también a favor de parientes o allegados[802].

"Es evidente que eso no puede ser interpretado en el sentido de que cualquier pariente o persona con una relación de afectividad con el menor puede pedir el establecimiento de un régimen de visita individualizado"[803].

Los parientes distintos a los abuelos con aspiraciones a obtener un régimen de visitas con un menor no estarán limitados por el grado de parentesco, en su mayor o menor proximidad, sino en otros datos y circunstancias como el cariño acreditado o la convivencia anterior con el niño, lo que justifica que se conceda a favor de parientes más lejanos cuando se ha negado a los más próximos del menor en los que no concurren esos motivos y particulares circunstancias[804].

Distintos autores consideran que el fundamento del derecho de visitas de los parientes y allegados con el menor se desprende de la norma que trata de asegurar las relaciones familiares extendidas a allegados que son aquéllas personas cercanas afectivamente al mismo, considerados como únicos supuestos claros, los "padrinos, nodriza novio/a, confesores y profesores que le hayan profesado especial protección y afecto"[805].

Se advierte la inseguridad jurídica que la expresión allegados genera, así como su falta de sentido unívoco, pero esa eventual ambigüedad no es grave "dada la facultad decisoria del juez, dentro de un amplio arbitrio"[806].

---

[799] Cfr. SALANOVA VILLANUEVA, M., "Notas sobre el derecho de los abuelos…", ob cit., p. 952-958
[800] RIVERO HERNÁNDEZ, F., El derecho de…, ob cit., p. 80.
[801] VERDERA IZQUIERDO, B., "Anotaciones sobre…", ob cit., p. 1575.
[802] LETE DEL RÍO, J. M., "Derecho de visita de los abuelos", ob cit., p. 148.
[803] Cfr. NAVARRO CASTRO, M.: "Comentario a la Sentencia de 20 de septiembre de 2002", (RJ 2002/8462), ob cit., p. 464.
[804] RIVERO HERNÁNDEZ, F., El derecho de..., ob cit., p. 82.
[805] Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., El derecho de..., ob cit., p. 117.
[806] Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. DE A., Elementos de Derecho civil, Tomo IV, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 247.

El no ceñir en la ley un determinado grado de parentesco es reflejo de la amplitud con que el legislador español concibe la vida de relación del menor lo que se ajusta a la realidad, la vida de un niño no tiene por qué circunscribirse a su esfera familiar y puede verse enriquecida merced al contacto con otras personas, "en no pocas ocasiones en el desarrollo del menor pueden tener influencia decisiva personas a las que no le une una relación jurídica o biológica alguna, siendo contrario a su interés apartarlo totalmente de ellas"[807].

Dos cuestiones de interés práctico en cuanto al derecho de visita de parientes y allegados se plantea NAVARRO CASTRO, la primera, sobre cuáles son las peculiaridades que lo diferencian del derecho de visita que se reconoce a los padres y, la segunda, en qué medida se puede reconocer este derecho a otros parientes distintos de padres y abuelos. En este sentido, estima que ese derecho es de carácter excepcional, ya que en relaciones normales no estaría justificado reconocer un régimen de comunicación individualizada a otros parientes pero puede haberse desarrollado el menor en un ambiente familiar o afectivo distinto al ordinario y sus relaciones especiales con otras personas, pueden aconsejar el reconocimiento de tal derecho para este supuesto concreto[808].

La concepción del derecho de visita a otros parientes o allegados además de excepcional, no tiene la misma intensidad ni se aprecia con la misma normalidad que respecto a los abuelos. No sólo la negativa aun injustificada del progenitor permitiría el reconocimiento de tal derecho, sería necesario además demostrar "lazos afectivos especiales con el menor" que aconsejen adoptar una medida contraria a la voluntad de la madre o el padre[809].

En cuanto a las disposiciones jurídico familiares cubanas se reconoce el derecho de comunicación o visitas únicamente a favor de aquel de los progenitores al que no se le confiere la guarda y cuidado de los hijos menores aunque se mantiene la tendencia a extender el derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad[810].

La limitación de un determinado grado de parentesco para el reconocimiento del derecho de comunicación del menor con otros parientes de grados más lejanos, afines o personas allegadas representa un criterio contradictorio del anteproyecto de Ley comentado, ya que por otro parte reconoce como familia la creada sobre las bases de una relación permanente entre los parientes directos, colaterales, cónyuges y afines sin que a éstos últimos se les reconozca el derecho de relacionarse con los menores en caso de oposición de los progenitores[811].

---

807 Cfr. SALANOVA VILLANUEVA, M., "Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales…", ob cit., p. 950, nota 14.

808 Cfr. NAVARRO CASTRO, M., "Comentario a la sentencia…", ob cit., p. 468.

809 Cfr. NAVARRO CASTRO, M., ibidem, p. 469.

810 Se propone dar una nueva redacción al artículo 89 del Código de Familia, para dejar regulado el derecho de comunicación del hijo menor con sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, según el artículo 136 del anteproyecto de Ley en versión de 27 de junio del 2003, vid up supra.

811 El artículo 2 del anteproyecto establece que: "La familia se crea sobre las bases de una relación permanente entre ascendientes, descendientes, colaterales, cónyuges y afines".

### 5.2. Incidencias en el derecho de comunicación o visita

En la determinación y modificación del régimen de comunicación o visita inciden las valoraciones que se han dejado consignadas en este trabajo sobre el estudio de la guarda y cuidado de los hijos menores sujetos a la patria potestad. La íntima relación de la guarda y el derecho de comunicación en tanto funciones paterno-filiales se observa en la vida cotidiana y consecuentemente en las normas y criterios judiciales.

El régimen de visita puede afectarse por la actuación obstaculizadora del no guardador en perjuicio del interés del menor debido a lo cual la predisposición de un progenitor para favorecer la comunicación del hijo con el otro contribuye a la formación de un criterio de atribución de la guarda y custodia. Cuando el hijo menor se encuentra conviviendo habitualmente con el guardador, la colaboración de éste para facilitar y propiciar el régimen de comunicación del menor con el otro progenitor es esencial para su adecuado cumplimiento.

#### 5.2.1. Vías para determinar el régimen de comunicación

Para fijar el régimen de comunicación o visita entre el no custodio y el hijo menor de edad se concede amplia facultad a los Tribunales para decidir lo más conveniente para el menor (arts. 58 y 90 CF).

Antes de analizar criterios legales, doctrinales y judiciales de incidencia en la determinación y modificación del régimen de comunicación o visita haremos una breve reflexión sobre los cauces procedentes para sustanciar estas cuestiones en supuestos concretos.

Las vías para determinar el régimen de comunicación coinciden con las establecidas para la concesión de la guarda y cuidado, por lo que son de aplicación los distintos cauces que se han analizado, pero se precisa aclarar que en Cuba no se considera una vía legal para la homologación de los acuerdos adoptados respecto a estas medidas, ni tampoco para el reconocimiento del derecho de visitas de parientes en tanto no se establece como derecho en la norma sustantiva vigente.

En Cuba, la modificación del régimen de comunicación o visita fijado, cursa por los mismos trámites establecidos para la modificación de la guarda y cuidado, a saber la vía incidental, también de inicio ambas cuestiones se resuelven por acuerdo o por decisión judicial según la situación jurídica de los progenitores.

#### 5.2.2. Criterios para fijar el régimen de comunicación

Una vez que se determina la persona a quien se concede la guarda y cuidado del hijo menor, "el problema deriva en la concreción del régimen de visitas y el período de tiempo en que el padre que no tiene atribuida la guarda de los hijos puede estar con ellos", decisión ésta que se adopta en consideración al interés de los hijos[812].

Los criterios para fijar el régimen de comunicación o visita en ambos sistemas se aprecian en dos sentidos: un criterio general para fijar el mismo régimen a todos aquéllos supuestos en que no existen situaciones especiales con alguna variante puntual y otro criterio particular mediante el cual se fijan variados regímenes de comunicación de acuerdo con la situación en conflicto, según se valora del estudio de los pronunciamientos judiciales.

---

[812] GARCÍA VARELA, R., "Régimen de comunicación entre parientes y allegados", La Ley, T. III, 1997, D-168, p. 1884.

Considerando que el régimen de comunicación o visita del menor con el padre que no tiene su custodia no es tanto un derecho de ese progenitor, sino del menor, que tiene derecho a que ambos padres participen de forma activa en su formación y educación con atenciones personales directas, tal medida también está presidida por el interés del menor.

Lo más conveniente para el menor es la adopción de un régimen amplio de relación paterno-filial, que es el criterio judicial en los sistemas jurídicos comparados fundamentados en la conveniencia de un régimen de comunicación normal cuando no existen circunstancias especiales que aconsejen limitarlo con el consecuente respaldo legal (art. 90 in fine CF)[813].

El Tribunal Supremo Popular cubano considera normal la comunicación cuando aquella se desarrolla "sin especial regulación de horario aunque en términos tales que no afecte el desenvolvimiento adecuado de las actividades regulares de los menores"[814].

En ocasiones se estima innecesario establecer un régimen de comunicación dado por la conformidad de los progenitores. En esa circunstancia el fallo judicial reconoce una comunicación amplia y sin restricciones por lo que el no guardador puede mantener relaciones personales con el hijo menor en la medida que lo posibilitan sus respectivos horarios habituales[815].

En cuanto a la aplicación del régimen normal de comunicación en las sentencias de divorcio los Tribunales cubanos se pronuncian generalmente como sigue: "el régimen de comunicación del padre con su menor hija será libre y abierto, el padre podrá ver a la menor sin afectar los horarios de sueño y alimentación de la misma y la podrá tener consigo los fines de semanas alternos y la mitad de las vacaciones escolares"[816].

De inicio puede establecerse un régimen de comunicación normal, y si las circunstancias lo aconsejan puede limitarse el derecho de visita en relación con la edad del menor, el rechazo de los hijos a la visita o la situación negativa que presenta el no guardador, como puede ser la enfermedad mental, el alcoholismo y la drogodependencia o el incumplimiento grave y reiterado de los deberes paterno- filiales.

Cuando la limitación de la comunicación se establece por razón de la corta edad del menor son comunes pronunciamientos que combinan el régimen normal con la limitación como el siguiente: "el padre podrá visitar a la menor en el hogar materno siempre que lo desee y no afecte los horarios de alimentación y sueño y los escolares de la niña la cual tendrá consigo un sábado o domingo alternos desde las 9 de la mañana a las 6 de la tarde"[817].

---

[813] Los preceptos citados han sido transcriptos antes.
[814] STSP No. 25 de 28 de febrero de 1986, Boletín del TSP de 1986, p. 50.
[815] STMP de la Habana Vieja No. 480 de 12 de agosto de 1998, expte de divorcio Nº. 1005/98.
[816] STMP de la Habana Vieja de 25 de mayo de 1998; expte 225/98. Igual pronunciamiento; STMP de la Habana Vieja de 29 de mayo de 1998, Expte 628/98. En igual sentido, fijando un régimen de comunicación abierto; STMP de Centro Habana de 29 de julio de 1996, expte No. 995/96; STMP de Centro Habana de 12 de septiembre de 1996, expte No. 1161/96. STMP de Centro Habana de 21 de enero del 2003, expte 1272/02. STMP de Plaza de la Revolución de 28 de febrero del 2003, expte de divorcio 134/03.
[817] STMP de Plaza de la Revolución Nº. 153 de 28 de febrero del 2003, expte de divorcio Nº. 134/2003.

5.2.3. Denegación del derecho de comunicación o visita

La denegación del derecho de comunicación o visita ha sido impropiamente denominada como suspensión inicial de éste derecho o como supresión por alguna u otra resolución judicial en casos en los que quien lo solicita no se ha preocupado del menor en lo material y tampoco en lo afectivo, situación en ocasiones agravada por otras circunstancias como los malos tratos. En Cuba a tenor de lo preceptuado en el artículo 90 del Código de Familia se autoriza la adopción de disposiciones especiales cuando las circunstancias lo requieran, lo que implica la posibilidad de denegación de este derecho en beneficio del hijo.

De acuerdo con MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, "existe cierta confusión terminológico-conceptual, en la que incurren también algunas sentencias, que convendría aclarar distinguiendo entre los siguientes conceptos: 1) denegación del derecho de visita, cuando ya desde el primer momento concurren las circunstancias que aconsejan no conceder ese derecho al progenitor que lo solicita; 2) modificación en sentido ampliatorio o restrictivo (en cuyo caso estamos propiamente ante una limitación); 3) limitación que en buena técnica lo es respecto al régimen preexistente, de forma que, como acabo de indicar, supone una modificación de dicho régimen en sentido restrictivo; no faltan sentencias, sin embargo, que refieren el concepto al propio establecimiento inicial del régimen de comunicación, cuando se hace aplicando un criterio restrictivo respecto de lo que sería el régimen normal que más arriba ha quedado reflejado. (…); 4) suspensión del derecho que debe ser referida a la cesación temporal o indefinida del ejercicio del derecho, aunque en ocasiones es empleada por alguna sentencia incorrectamente en lugar de limitación; (…) aunque normalmente será suspensión sobrevenida, no hay inconvenientes teóricos a que sea originaria; 5) por último, la supresión del derecho, que sería su desaparición definitiva por decisión judicial: como es sabido, se trata de una cuestión doctrinalmente debatida, que tampoco está clara en las resoluciones de los Tribunales; algunas de éstas emplean impropiamente el término supresión como sinónimo de suspensión"[818].

Aunque la limitación del derecho de comunicación o visita, bien puede ser acordada inicialmente, (en ese caso no hay limitación sino determinación originaria del contenido de ese derecho, según el autor citado), esta medida de limitación se impone como consecuencia de la modificación del régimen inicial solicitado, por esto la analizaré desde ese punto de vista en la sección siguiente.

5.3. Modificación del régimen de comunicación

Al hilo de cuanto se ha señalado y de acuerdo con el sistema cubano cuando los progenitores se divorcian entre otros aspectos se fija la guarda y cuidado y el régimen de comunicación de los hijos mediante sentencia o mediante escritura de divorcio. Estas medidas pueden ser modificadas en cualquier tiempo por haber variado las circunstancias de hecho que determinaron su adopción.

La guarda y cuidado y el régimen de comunicación de los hijos no matrimoniales se adopta por sentencia judicial e igualmente puede ser modificado por la vía incidental debido a un cambio sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su atribución ab initio.

[818] Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "El derecho de visita…", ob cit., p. CLVIII-CLIX.

Las valoraciones realizadas como resultado del análisis de los cauces y criterios establecidos para la modificación de la guarda y cuidado de los hijos menores son iguales a las que pudieran realizarse en cuanto a la modificación del régimen de comunicación o visita, por lo cual me remito a dichas consideraciones.

Al igual que para la modificación de la guarda y cuidado en cuanto al régimen de visita se atiende al criterio general de su procedencia al variar las circunstancias de hecho que determinaron su adopción siempre que la nueva solución sea más beneficiosa a los hijos menores de edad (arts. 90 in fine y 91 CF)[819].

La modificación puede interesarse para la ampliación, limitación o prohibición del régimen de comunicación. En cuanto a la posible supresión de las relaciones personales del menor con el progenitor no custodio formularé algunas consideraciones.

La causa para solicitar la modificación del régimen de visita legalmente fijado a los fines de limitar o prohibir por cierto tiempo o indefinidamente la comunicación no sólo debe ser nueva sino que debe tener suficiente entidad para su procedencia, pues únicamente se adopta como solución excepcional dada la importancia que para el desarrollo integral del menor tiene el mantener su relación personal y afectiva con los progenitores.

El Tribunal cubano tiene amplio arbitrio para determinar la solución más conveniente a los hijos menores con aplicación de un criterio de oportunidad al caso concreto juzgado sobre el que puede decretar tanto la ampliación como la limitación o la prohibición del régimen de comunicación o visita.

La desatención del progenitor no custodio respecto al cumplimiento del régimen de visitas es perjudicial para el desarrollo de sus hijos menores, pero aun en ese caso no es conveniente obstaculizar el ejercicio de tal derecho, a menos que exista una situación que lo aconseje en beneficio de los niños.

### 5.3.1. Ampliación

La ampliación del régimen de comunicación y visita constituye una modificación del que ha sido antes reconocido con carácter más limitado; por tanto, se requiere de la existencia de una nueva situación a favor del progenitor no custodio que aconsejen variar la medida adoptada como la que muestra la Sentencia del Tribunal Supremo Popular de 30 de noviembre del 2003, que modifica un régimen limitado en que el padre no podía sacar al menor del hogar materno y establece un régimen amplio que permite que el mismo pernocte con el padre en mérito a que el niño tiene más edad[820].

El artículo 91 del Código de Familia concede al Tribunal facultad para modificar en cualquier tiempo el régimen de comunicación por haber variado las circunstancias que determinaron su adopción, sea en sentido extensivo como es la ampliación o en sentido restrictivo como es la limitación e incluso puede llegar hasta la prohibición temporal o indefinida de su ejercicio.

Un ejemplo interesante nos muestra la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Popular de 28 de diciembre de 2001, que revoca la sentencia recurrida y consecuentemente desestima la ampliación del régimen de comunicación solicitada por el padre no guardador fundamentado en que "la posibilidad de tener consigo el padre a

[819] Vid ut supra.
[820] STSP de 30 de noviembre del 2002, expte Nº. 879/2003.

la hija de las partes es sólo a partir de la edad escolar", pues fundamentalmente "para regular las relaciones del hijo con el padre al que no se le ha concedido su guarda y cuidado y así como a los familiares de ambos ex cónyuges, a los que trasciende igualmente el mismo" se decidirá por "lo que resulta más beneficioso para el menor que se trate, y no puede constituir la necesidad de buscar compenetración con la familia de su padre de la que se encuentra más alejado, y que a todas luces impone la Sala sentenciadora en evidente aplicación de un derecho natural al que es ajeno el Código de Familia, al que como norma sustantiva ha de atenderse al resolverse el asunto, el que preconiza que es el interés del menor el único sustentable al decidir en tales asuntos"[821].

Por el contrario otra sentencia del máximo Tribunal cubano considera "que la menor hija de las partes, quien ya cuenta con dos años de edad necesita una mayor relación con su padre, lo que ha motivado se ampliara la comunicación de manera adecuada", de acuerdo con el recto sentido del artículo 90 del Código de Familia que obliga a decidir en su beneficio[822].

Se deduce del fundamento judicial citado que la ampliación del régimen de comunicación obedece a la existencia de una nueva situación de hecho que tenga suficiente entidad para su estimación, en todo caso al valorarse que objetivamente beneficia al menor.

El criterio judicial cubano comentado coincide con el sostenido por la jurisprudencia menor española en diversas sentencias que estiman la ampliación del régimen de visitas cuando se advierte que es la mejor solución en beneficio e interés del menor.

### 5.3.2. Limitación

No se establece en el Código de Familia ninguna causa determinada para limitar la comunicación, por lo que queda tal decisión al arbitrio judicial. Son innumerables las causas que pueden motivar la adopción de disposiciones especiales que limiten la comunicación de uno o ambos progenitores con el hijo menor o la modificación del régimen existente (art. 90 in fine CF).

Existen diversas interpretaciones del artículo 90 in fine del Código de Familia en cuanto autoriza excepcionalmente la adopción de disposiciones especiales que limiten la comunicación de uno o de ambos padres con el hijo "cuando las circunstancias lo requieran". La limitación puede llegar incluso a prohibir la comunicación por cierto tiempo o indefinidamente.

La amplitud del término utilizado por el legislador ofrece amplia facultad al Tribunal para individualizar su aplicación a cada caso concreto lo que fortalece la autoridad judicial que en última instancia ciñe sus decisiones al principio del interés del menor.

La modificación promovida para limitar el régimen de comunicación existente entre el progenitor no guardador y sus hijos menores de edad ha de estar fundada en un perjuicio cierto a los menores, pues preceptivamente se autoriza con carácter excepcional.

---

[821] STSP Nº. 1272 de 28 de diciembre del 2001, recaída al expte de casación Nº. 979/2001.
[822] STSP de 31 de marzo del 2003. Expte Nº. 154/2003.

Por su parte el artículo 94 del Código Civil español aunque se critica por el carácter ambiguo de su expresión reconoce la posibilidad de limitar o suspender el derecho de visitas en dos situaciones:

1. Ante la concurrencia de graves circunstancias que lo aconsejen.

2. Y ante el incumplimiento grave y reiterado de los deberes paterno-filiales del progenitor al que no se le ha conferido la guarda y custodia de los hijos menores.

Son dos supuestos diferentes en cuanto "la limitación exige la concurrente de graves circunstancias que la aconsejen, mientras la suspensión procede si se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Pero es eso lo que dice el citado precepto. Antes bien, de él resulta que tanto la limitación como la suspensión pueden tener las mismas dos causas (la concurrencia de graves circunstancias que lo aconsejen, o el incumplimiento grave o reiterado de los deberes impuestos por la resolución judicial), de modo que corresponderá al Juez la elección de una u otra medida, teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso concreto, y siempre en beneficio del menor"[823].

En el sistema cubano, se aplica la limitación del régimen de comunicación restrictivamente y así también lo considera la jurisprudencia española que justifica tales medidas ante un peligro concreto y real para el menor, sea para su salud, desarrollo o formación.

La limitación tiene como objetivo reducir el tiempo que el menor pasa con el progenitor no custodio hasta tanto subsistan las razones por las cuales se establece la restricción por lo que generalmente tiene carácter temporal.

Fundamentada en la corta edad del menor, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Popular, mediante sentencia de octubre del 2002, limita el derecho de comunicación al establecer que el padre podrá ver y sacar del hogar materno a su hijo los sábados y domingos alternos con obligación de retornarlo a dormir a su domicilio habitual en razón de tener cuatro años de edad[824].

La edad del hijo menor es una de las razones por las cuales se limita la comunicación con el progenitor no guardador dado en lo fundamental por las necesidades biológicas que tienen a determinadas edades[825].

En Cuba es común el criterio judicial que limita con carácter temporal la pernocta del menor fuera de su domicilio habitual por razón de su corta edad a cuyo efecto se establece la siguiente regla de comunicación: "el padre podrá visitar a su menor hija en el hogar materno cuando lo desee siempre que no interfiera los horarios de alimentación y descanso y podrá tenerla consigo los sábados y domingos alternos desde la nueve de la mañana hasta las seis de la tarde en que la reintegrara al hogar materno y al arribo de la edad escolar podrá tenerla consigo la mitad de vacaciones y

[823] Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "El derecho de visita…", ob cit., p. CLXII.
[824] STSP Nº. 658 de 30 de octubre del 2002, expte de casación Nº. 733/2002.
[825] Sentencia del TMP de Centro Habana No. 226 de 24 de febrero del 2003, radicada al expediente de divorcio Nº. 894/2002: limita el régimen de comunicación en razón de la edad de la menor disponiendo que el padre podrá ver a la hija menor en el hogar materno en días alternos de 5 a 7 de la tarde y los fines de semana.

receso escolar y los fines de semanas alternos desde el viernes a las seis de la tarde hasta el domingo a las seis pasado meridiano"[826].

El régimen señalado no autoriza la pernocta del menor con el no guardador hasta tanto arribe a la edad escolar lo cual significa una limitación temporal basada en la corta edad del hijo. Esta misma medida puede disponerse en otros supuestos en los que las circunstancias concurrentes no benefician que el menor pase la noche fuera de su domicilio habitual como puede ser el padecimiento de una enfermedad contagiosa del niño o del padre no guardador.

La Sentencia del Tribunal Supremo Popular de 31 de marzo de 2003 acoge la limitación de la comunicación a determinados horarios en que se llevará a efecto la comunicación entre el padre y su menor hijo de cuatro años y revoca en parte la sentencia recurrida por estimar que el establecimiento de un nuevo tipo de relación entre el padre y el círculo infantil al que asiste el menor, contraviene lo dispuesto por la ley sustantiva de la materia, "pues permite que el primero vea al niño en dicha institución y pueda sacarlo y retornarlo a ella, desconociendo en esta comunicación atípica el papel que juega la madre como detentadora de su guarda y cuidado, además de la responsabilidad que sobre el menor ostentan ambos padres, de conformidad con los deberes y derechos a que están obligados en el ejercicio de la patria potestad y al necesario y obligado vínculo que deben mantener en lo que concierne a las cuestiones relacionadas con la crianza y educación de su hijo, y que sin menoscabar la importancia y responsabilidad que tiene el círculo infantil no puede en modo alguno suplantar ni disminuir la de los padres"[827].

Visitas limitadas que no autorizan pernoctar a los menores con el padre no custodio obedecen normalmente a la corta edad de los niños sin perjuicio que pasado determinado tiempo puedan ser modificadas y ampliadas al régimen normal lo que es criterio judicial sostenido también por el juzgador español[828].

Otras razones para la limitación del régimen de comunicación o visitas pueden encontrarse en los supuestos siguientes:

Enfermedad del menor. Esta situación se considera una razón válida para limitar el derecho de comunicación pero ha de tener relevancia suficiente para ello, pues aun acreditados los padecimientos del menor si éstos no constituyen impedimento para la comunicación no serán causa justificada para estimar la modificación.

Es uniforme el pronunciamiento judicial cubano en este sentido según se aprecia de los fundamentos siguientes:

La Sentencia del Tribunal Supremo Popular de 19 de febrero de 2000 no acoge la modificación del regimen de comunicación porque "en lo que concierne a la salud del menor cuestionado, la Sentencia recurrida refiere expresamente haberla tenido en cuenta, (…) no representa esa circunstancia obstáculo que impida su comunicación con el padre conforme se fijó en la que fue objeto de apelación, lo cual evidencia acertado

[826] STSP Nº. 1272 de 28 de diciembre del 2001, expte de casación Nº. 979/2001. En igual sentido se pronuncia la STSP Nº. 658 de 30 de octubre del 2002, expte de casación Nº. 733/2002.
[827] STSP 207 de 31 de marzo del 2003, expte Nº. 148/2003.
[828] SAP de Jaén de 15 de mayo del 2002, JUR 2002/178292. SAP de Badajoz de 30 de septiembre del 2002, JUR 2002/282741; se dispone la limitación temporal y se estima la ampliación de estancia con el padre durante periodos vacacionales a partir de que la hija cumpla 4 años de edad.

ejercicio de la facultad tuitiva que la Ley le otorga al respecto, concluyendo por el contrario que ello redunda en su beneficio" [829].

Se pretende "restringir anormalmente la comunicación que debe existir entre el padre y el menor hijo procreado por las partes litigantes (...) quien en estos momentos cuenta con dos años de edad, tuvo dos procesos pulmonares, ello condujo a un diagnóstico de asma bronquial, y a un tratamiento y cuidados que siempre que el niño no se encuentre enfermo, no resulta incompatible con la adecuada relación que debe tener con su padre, por el contrario lo beneficia, pues la figura y atenciones del padre son imprescindibles para la salud corporal y espiritual de su hijo, y a ello ayuda que ambos puedan relacionarse en domingos alternos durante las horas que fijó el Tribunal de primera instancia"[830].

Se declara sin lugar la variación de la comunicación propuesta ya que resulta "en extremo restringida en tanto los padecimientos del menor no impiden que pueda salir a pasear con su padre los fines de semanas alternos lo que no infringe el artículo 91 del Código de Familia"[831].

En otro recurso de casación se argumenta la conveniencia de limitar las visitas por existir un grave problema de comunicación entre los padres y la patología que presenta el menor, con olvido de que el "artículo noventa establece con especial énfasis que la comunicación con el padre al que no se le confiera la guarda y cuidado se regulará atendiendo a lo que resulte más beneficioso, no demostrándose que el regulado por la sentencia interpelada vulnere dicho precepto"[832].

Por causa de enfermedad de la menor su progenitora solicitó limitación del régimen de visita del padre con la hija, situación por la que se pronunció en su día el Tribunal Supremo Popular desestimando el recurso de casación por considerar que acreditados los padecimientos de la niña "no se identifican como impedimento para que el padre pueda tenerla consigo durante el periodo que la sentencia impugnada fija, lo cual tributa en su provecho, puesto que propicia situación de reforzamiento de las relaciones paterno-filiales que inequívocamente incidirá en su normal desarrollo"[833].

Abandono del país del progenitor. Por sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Popular se establece un régimen limitado de comunicación al acreditarse el abandono del país de la madre de los menores y su reingreso al territorio nacional, lo que motivó la reducción de los horarios de visita con exigencia de su realización en presencia de terceras personas[834].

Respecto a la limitación del derecho de comunicación o visita existe un verdadero rechazo de los Tribunales cubanos, en mérito a su significado como derecho-deber que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos para el desarrollo integral de su personalidad.

Enfermedad del progenitor titular del derecho de visita. Si fuera perjudicial para el menor el padecimiento del progenitor, esto puede provocar la reducción o la suspensión del régimen de visita.

[829] STSP Nº. 156 de 29 de febrero del 2000. Expte Nº. 5/2000.
[830] STSP de 30 de agosto del 2003. Expte Nº. 517/2003.
[831] STSP de 30 de noviembre del 2003. Expte Nº. 818/2003.
[832] STSP Nº. 1095 de 3 de octubre del 2001. Expte Nº. 853/2001.
[833] STSP Nº. 811 de 31 de julio del 2001. Expte Nº. 554/2001.
[834] STSP número 8 de 31 de enero de 1984, Boletín TSP de 1984, p. 74.

Las enfermedades de tipo físico trascienden en la medida que sean susceptibles de transmisión o contagio por relación directa con el enfermo; si no es así, en dependencia de la importancia de la enfermedad, se podrá establecer o no, restricción del régimen de comunicación.

Recurrida por la madre la sentencia que regula la comunicación del hijo menor con el padre por motivo de que el mismo no tiene condiciones para cuidar del niño debido a la enfermedad que padece, se declara sin lugar por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Popular al considerar que "no se demostró circunstancia alguna que evidencie que la comunicación dispuesta por la sindicada sentencia afecte el mejor desarrollo del menor de que trata la presente litis, sino por el contrario se entiende que la misma lo beneficiará por ser lo natural, ya que ello puede contribuir al bienestar moral y material del referido menor, al no estar presentes otras razones especiales que aconsejen otra solución, y visto así, no se advierte la infracción del artículo 90 del Código de Familia que se acusa y ello impone el rechazo del motivo"[835].

No es común la limitación en el supuesto de enfermedades de tipo síquico, pues según su intensidad permiten el establecimiento de un régimen de comunicación más o menos normal. Una vez dispuesta la limitación del régimen de comunicación por razón de enfermedad, sólo podrá modificarse si el paciente evoluciona favorablemente.

Únicamente es posible modificar el régimen de visita para limitarlo cuando se acredita que el establecido puede ocasionarle perjuicio al hijo menor, de acuerdo con las nuevas circunstancias. En Cuba se presentan situaciones de madres que dejan a sus hijos al cuidado de los padres por causas de enfermedad, trabajo e incluso por intereses personales incompatibles con la atención de los menores, lo cual puede ocasionar el cambio de titularidad de la guarda y cuidado a favor del padre, en cuyo caso queda regulada la comunicación con la madre.

Reitero que en el Derecho cubano se admite como excepción que los Tribunales adopten disposiciones que limiten la comunicación del padre visitador con el hijo, e incluso que la prohíban por cierto tiempo o indefinidamente pero no se establece la supresión definitiva de la comunicación excepto en la adopción y en aquellos casos que exista un perjuicio cierto al menor en cuya situación sería aconsejable la aplicación de esa medida.

El Tribunal Supremo Popular ha considerado como infracción del artículo 97 del Código de Familia la falta de pronunciamiento en lo referente al régimen de comunicación entre el menor y el padre que resultó privado de la patria potestad porque "en las sentencias dictadas por los tribunales de lo civil, por las cuales se priva a ambos padres, o a uno de ellos, de la patria potestad, o se le suspenda su ejercicio, se proveerá, según proceda sobre la representación legal de los menores, su guarda y cuidado, la pensión alimenticia y régimen de comunicación entre padres e hijos" [836].

#### 5.3.2.1. Prohibición temporal y/o suspensión

El régimen de comunicación se limita según los criterios analizados y requieren de la existencia de excepcionales circunstancias para limitar la comunicación paterno-filial por cierto tiempo o indefinidamente.

---

[835] STSP Nº. 1168 de 9 de noviembre del 2001. Expte Nº. 897/2001.
[836] STSP Nº. 53 de 1 de septiembre de 1978, RCD, Año XI, No. 19, La Habana, 1984, p. 102.

La prohibición provoca efectos de suspensión y si es indefinida produce efectos de supresión del ejercicio de las relaciones personales entre el menor y su progenitor no custodio, pero se abordará en este apartado el análisis de su aplicación temporal.

Los motivos para la suspensión del derecho de visita deben ser no sólo graves, sino además, "serios, legítimos y actuales, más que potenciales, valorados por el juez con toda la ponderación y rigor que la trascendencia de sus consecuencias aconseja"[837].

El efecto de la prohibición de la relación paterno-filial por cierto tiempo en el Código de Familia es semejante a la suspensión del ejercicio del derecho de visita prevista en el ordenamiento comparado, consiste en un despojo temporal del derecho a mantener las relaciones personales reconocidas entre el menor y el progenitor no guardador.

La prohibición indefinida de la comunicación entre el menor y uno o ambos progenitores en la práctica funciona como una supresión de las relaciones personales entre ellos aunque puede recuperarse la relación si varían las circunstancias que motivaron dicha medida.

El Código de Familia vigente establece que ambos padres o uno de ellos perderán la patria potestad como sanción por sentencia firme dictada en proceso penal o cuando se atribuya a uno de ellos por escritura notarial de divorcio o por sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio o resolución judicial siempre que concurran las circunstancias graves del artículo 95 del propio Código, no obstante, mantiene el derecho de comunicación del hijo y los progenitores (art. 97, CF)[838].

Las circunstancias graves establecidas se pueden agrupar en dos grandes supuestos:

1.- Incumplimiento grave de los deberes de la patria potestad.

2.- Y graves circunstancias que lo aconsejen.

Cuando no se dispone la privación de la patria potestad por no tener suficiente entidad cualquiera de los indicados supuestos pueden en cambio constituir elementos subsidiarios de aplicación a una suspensión del ejercicio de la patria potestad o a una restricción del régimen de comunicación hasta llegar incluso a la prohibición indefinida del ejercicio de éste derecho.

De acuerdo con las regulaciones positivas cubanas, en principio la privación de la patria potestad es irreversible; porque se priva al progenitor de la titularidad que no podrá recuperarla en ningún tiempo, pero excepcionalmente conserva el derecho de comunicación con el hijo menor aunque sea mediante una regulación limitada o en último caso suspendida de forma temporal o indefinida.

El derecho del menor a relacionarse con sus progenitores es tan importante que ha sido reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por su trascendencia en la formación de la personalidad del menor puede ser considerado como un principio general de derecho para la protección jurídica del niño, con lo cual la limitación o

[837] Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria, ob cit., p. 177 y siguientes.
[838] STSP Nº. 53 de 1 de septiembre de 1978, RCD, Año XI, ob cit., p. 102

prohibición de este derecho es aplicado con criterio restringido siempre que no cause perjuicio al menor[839].

No se prevé una causa concreta para prohibir la comunicación de uno o ambos padres con el hijo menor, por eso se estará a la valoración del juzgador respecto al caso sometido a su juicio que podrá disponerla como excepción ante circunstancias realmente perjudiciales para el niño.

No disponemos de sentencias cubanas en las que se haya adoptado como medida prohibir temporalmente la comunicación del hijo menor y el progenitor, pero en todo caso valen los argumentos que realiza la jurisprudencia española respecto a la suspensión temporal de las relaciones paterno-filiales.

Según Sentencia de 21 de julio de 1993 del Tribunal Supremo español se estima que para negar el ejercicio del derecho de visita es necesario que quede probada su inconveniencia para el menor, pues "no estamos ante un derecho absoluto e incondicionado, debiendo ceder en los supuestos en los que exista un peligro real, concreto, y constatable para la salud física, síquica o moral del menor, o cuando concurran circunstancias de tal gravedad que recomienden su suspensión o limitación"[840].

La prohibición de la comunicación sea temporal o indefinida no goza del efecto de cosa juzgada. Por lo que se mantendrá la medida judicial dispuesta, en tanto se mantengan las circunstancias que aconsejaron su adopción. La medida adoptada se puede variar por el Tribunal siempre que las nuevas circunstancias beneficien al menor.

La doctrina española considera que si las circunstancias del caso así lo aconsejan puede suspenderse el derecho de visita una vez reconocido e iniciado el mismo, lo que es aplicable en el supuesto de prohibición de la comunicación temporal, ya que se contrae a prohibir el ejercicio de un derecho que se ha reconocido con anterioridad[841].

Uno de los autores dedicados al estudio del derecho de visita en España asegura que "pudiera ocurrir que la suspensión venga acordada ab initio en la misma resolución que concede el derecho, bien retrasando el comienzo de las visitas hasta que se den ciertas condiciones para su disfrute (...) o previendo que si se diere tal o cual circunstancia de conocida trascendencia se suspenderán las visitas hasta que desaparezca ese hecho obstativo"[842].

La prohibición de la comunicación es una medida de carácter grave y como tal ha de justificarse su aplicación por concurrir circunstancias que lo requieran, por eso se debe prever que de no adoptarse esta decisión se ocasionaría un perjuicio cierto al menor con repercusión negativa en su desarrollo y formación integral, sin que la finalidad sea sancionar al progenitor sino tratar de garantizar el beneficio del niño.

Las causas por las que se podrá prohibir la comunicación entre el hijo menor y el padre serán apreciadas por el Tribunal de manera casuística, según el caso concreto juzgado, pues como he insistido las circunstancias a valorar para la adopción de esa medida

---

[839] De la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 8: "Los estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. (…)".
[840] Aranzadi RJ 1993/6175.
[841] GADEA TORTAJADA, J., La limitación…, ob cit., p. 101.
[842] Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., El derecho de visitas, ob cit., p. 348.

tendrán que causar un perjuicio real a la salud física o mental o interferir desfavorablemente en el desarrollo de la personalidad o formación del menor.

Como quiera que el ordenamiento cubano concede facultad al Tribunal para apreciar la relevancia de las circunstancias que requieren la aplicación de la medida de limitar o prohibir temporal o indefinidamente la comunicación en cada caso concreto, cabe afirmar la relatividad de las causas que pueden dar lugar a su adopción.

Ante determinadas circunstancias un mismo hecho puede ser causa de limitación o de prohibición y pueden estar referidas al titular del derecho o al propio hijo, pues son innumerables los supuestos que pueden presentarse y que en todo caso han de valorarse en beneficio e interés del menor.

Se cuestiona por la doctrina y la jurisprudencia si es procedente la suspensión del régimen de visita por el incumplimiento del abono de la pensión alimenticia. Se rechaza esta medida porque la suspensión en tal supuesto más que una sanción al progenitor incumplidor puede incidir negativamente en los hijos menores que se ven privados de relacionarse con uno de sus padres con el consecuente perjuicio para su formación y desarrollo.

No es admisible la suspensión del derecho de visita por impago de la pensión alimenticia de los hijos menores, pues a ese efecto se podrán imponer multas periódicas de carácter coercitivo como mecanismo de cumplimiento (actualmente previsto en el art. 776 CEC)[843].

Con GADEA TORTAJADA considero que el derecho de visita se establece en beneficio del menor por lo que no puede supeditarse a ninguna clase de contraprestación. En consecuencia, no es procedente condicionar el derecho de visita al cumplimiento del pago de las pensiones, ni tampoco que el guardador condicione el correcto cumplimiento del derecho de visita al abono de la pensión de los menores por parte del progenitor no custodio[844].

La limitación del derecho de visita que pudiera acordar el juzgador en cualquier caso, no responde tanto al incumplimiento por parte del progenitor de la pensión de alimentos, como a la dejación casi absoluta de los deberes inherentes a la patria potestad.

Otra cuestión que incide en la limitación o en la suspensión del derecho de visita puede resultar del mal uso o abuso del derecho por parte de su titular que presenta una conducta reiterada contraria a la finalidad de la institución.

La suspensión de la relación paterno-filial puede aplicarse con carácter temporal dado el incumplimiento reiterado del régimen de visita o por causas graves que así lo aconsejen como pueden ser entre otras la enfermedad del progenitor, la drogodependencia, el alcoholismo, rechazo del menor a las visitas siempre que conste acreditada la interferencia de cualquiera de estas causas en el correcto desarrollo del niño.

---

[843] MARTÍN GRANIZO, M., "Comentario al artículo 154" en Código civil. Doctrina y jurisprudencia, coordinados ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., refiere que es la solución más correcta conforme al pronunciamiento de la Sentencia de 25 de enero de 1988 de la Audiencia Provincial de Albacete.
[844] GADEA TORTAJADA, J., La limitación…, ob cit., p. 122.

### 5.3.2.2. Prohibición indefinida y/o supresión

El derecho de comunicación o visita no es un derecho absoluto e ilimitado, por el contrario en determinadas circunstancias puede limitarse y según el ordenamiento cubano puede prohibirse su ejercicio indefinidamente.

En cuanto a la concepción cubana sobre la problemática que presenta la supresión del derecho de visita, según la norma en vigor, se reconoce la prohibición indefinida de la comunicación; consecuentemente cabe entender que estamos ante una supresión del derecho de relación entre el padre y el hijo menor puesto que se despoja de su ejercicio sin límites de tiempo aunque pueda recuperarse de nuevo cuando resulte procedente por variar las circunstancias que fueron valoradas para su adopción.

Sin duda nuestro ordenamiento da vía a la supresión del derecho de comunicación por conducto de la prohibición indefinida que puede coincidir en el tiempo con la extinción de este derecho por alcanzar el hijo la mayoría de edad o la emancipación; o bien porque en dicho período haya sido adoptado el menor, pues de acuerdo con el artículo 99 del Código de Familia no existiría el derecho a relacionarse con el mismo por extinguirse los vínculos jurídicos paterno-filiales y de parentesco que hayan existido entre el adoptado y sus padres y los parientes consanguíneos de estos últimos.

En todo caso la prohibición indefinida de la comunicación paterno-filial se aplica excepcionalmente en circunstancias de real daño o peligro para el menor porque se establece con el único fin de proteger al mismo.

Por la gravedad que implica esta medida de prohibición indefinida de la comunicación con el menor se requiere justificar la existencia de circunstancias que la aconsejen o el incumplimiento grave de los deberes paterno-filiales que pueden ser a la vez causa de suspensión del ejercicio o de privación de la patria potestad a pesar de lo cual excepcionalmente podría mantenerse la comunicación aunque de forma limitada (art. 95 CF). En este sentido ilustra el pronunciamiento del Tribunal Supremo Popular que ratifica el fallo de la Sala de instancia por ajustarse "precisamente al contenido de los artículos noventa y cinco, inciso cuatro, y el noventa y siete del Código de Familia que se invocan infringidos, toda vez que atendiendo a las circunstancias del caso y las facultades que se otorga a los Tribunales en el artículo noventa y cinco del propio texto legal, determinó privar al quejoso de la patria potestad que ejercía sobre su menor hija, no haciendo pronunciamientos en cuanto al régimen de comunicación por estimar no es aconsejable, ni beneficioso para dicha menor"[845].

El criterio de los Tribunales civiles cubanos respecto a la prohibición del ejercicio del derecho de comunicación del hijo menor de edad y su progenitor es especialmente restrictivo, en tanto supone la supresión de la relación paterno-filial. Esta afirmación queda avalada por la sentencia número 8/1984 dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Popular que desestima los argumentos sostenidos por el recurrente al denunciar que el abandono del territorio nacional es una causa de privación de patria potestad por estimarse que también se abandona a los hijos y en consecuencia la prohibición de la comunicación de la madre con los menores hijos, sostenida en el abandono del país de la primera es causa que no admite modificación de clase alguna. La sentencia se fundamenta en el artículo 91 del Código de Familia para modificar esa prohibición y disponer un régimen limitado mediante el cual la madre, reingresada al

[845] STSP de 30 de octubre del 2002, Rollo 709/2002.

país, se relacione "personalmente con sus hijos en los días sábados y domingos alternos durante dos horas, en el local en que funciona el Comité de Defensa de la Revolución correspondiente al domicilio del padre previa coordinación con los dirigentes de la organización expresa"[846].

Como se aprecia, a pesar de considerarse por nuestra legislación como una circunstancia grave el abandono definitivo del territorio nacional por los progenitores dejando a sus hijos menores, nuestro máximo órgano de justicia estimó el cambio de circunstancias favorables al establecimiento de un régimen limitado de comunicación entre los hijos y la madre y modificó la prohibición, lo que evidencia que el juzgador cubano considera la supresión indefinida de la comunicación con carácter restrictivo.

El incumplimiento del régimen de comunicación o visitas por su titular sin mediar justa causa puede conducir a que el Tribunal disponga una limitación o prohibición temporal o indefinida de este derecho deber cuando las circunstancias lo requieran, tal como lo autoriza el segundo párrafo del artículo 90 del Código de Familia, pues al no ejercer el derecho de visitas, incumple los deberes de cuidar y tener en su compañía a los hijos menores durante el tiempo acordado o fijado por sentencia, lo que perjudica a los niños al provocarles una pérdida de afecto incrementada por el transcurso del tiempo alejado de ese progenitor.

La falta de relación de los menores con la madre o el padre puede perjudicar el desarrollo sicosocial de los mismos porque es una necesidad la presencia de ambos progenitores para el desarrollo integral de la personalidad. Esta realidad constituye suficiente razón para justificar el mantenimiento del régimen de comunicación en el supuesto que el incumplidor muestre su interés de reanudar esa relación, en esta especial situación. En todo caso, podría disponerse una limitación de la comunicación con el establecimiento de un régimen progresivo de visitas que permita recuperar la relación entre el progenitor y los hijos.

Ese criterio es sostenido por el Tribunal Supremo Popular conforme se puede apreciar en el fundamento de la sentencia 645/1999, de 27 de septiembre, que ratifica la sentencia de instancia por guiarse únicamente por lo que resulta más beneficioso para el menor, "que no se desvirtúa con las pruebas que aduce el casacionista en los motivos examinados, pues en modo alguno se le considera responsable del delito del cual fue declarado absuelto por la jurisdicción competente ni tampoco se sienta sobre hechos que signifiquen su desatención hacia la menor, limitándose en el fallo controvertido la comunicación dentro del hogar materno de forma eventual, hasta tanto se logre restablecer la confianza y cariño que sustenta la relación paterno-filial resquebrajada por las consecuencias que psíquicamente incidieron en la misma"[847].

Desde otra perspectiva el incumplimiento del derecho de comunicación o visitas puede generar responsabilidad por daños, lo cual se ha analizado en apartado anterior dedicado a posibles criterios de responsabilidad derivada de las relaciones familiares.

---

[846] STSP No. 8 de 31 de enero de 1984, Boletín del TSP, La Habana, 1984, p. 74.

[847] STSP Nº. 645 de 27 de septiembre de 1999. Expte Nº. 445/1999. Criterio semejante sostiene la jurisprudencia española según se aprecia de los fundamentos de la STS núm. 720/2002 de 9 de julio del 2002, RJ 2002/5905 citada en nota al pie con el número 926 de esta tesis doctoral.

### 5.4. Ejecución provisional del régimen de guarda y cuidado y de comunicación dispuesto en sentencia definitiva

La ejecución provisional del régimen de guarda y cuidado o del régimen de comunicación dispuesto en sentencia definitiva constituye un problema, no se trata de ejecutar una clásica obligación civil sino un derecho-deber paterno-filial en el que converge el derecho del menor a convivir y relacionarse con su padre y madre, por lo que no se debían aplicar los criterios generales del procedimiento previsto para la ejecución de sentencias firmes y transacciones judiciales que se establecen en la Ley de procedimiento civil vigente en Cuba, salvo para supuestos del auto de medidas provisionales y de la sentencia definitiva del proceso de divorcio que podrán ejecutarse provisionalmente.

Desde luego, la ejecución de las resoluciones judiciales en el ámbito de los derechos personales procedentes de la relaciones paterno-filiales, es una cuestión que pudiera originar un tema de investigación en sede procesal que dista del objetivo de este trabajo pero sin duda alguna es necesario hacer algunas precisiones en torno al tratamiento desigual que en Cuba se da a la ejecución provisional de las sentencias definitivas en esta materia, lo que en última instancia, perjudica la eficacia del derecho sustantivo en materia de protección del menor sujeto a la patria potestad.

Existen distintas regulaciones sustantivas y procesales para determinar sobre la situación jurídica de los hijos menores de padres que no conviven según éstos puedan acceder al procedimiento de divorcio o no. Esto trae como consecuencia infringir el principio de igualdad de los hijos e infringir el principio del interés y beneficio del menor, lo que se observa con claridad al pretender la ejecución provisional de las sentencias definitivas con pronunciamientos sobre guarda y cuidado y comunicación.

En el caso de hijos de matrimonio cuyos padres no conviven tendrán expedita la vía judicial para el divorcio por justa causa con un procedimiento especial mediante el cual se ventilan todas las cuestiones relacionadas con la asistencia y dirección de los hijos menores (art. 62 CF)[848]. Como he analizado, esta vía concibe el establecimiento de medidas provisionales acordadas por auto judicial en el que se pueden aprobar los acuerdos de los progenitores en una simple comparecencia de ambos y en caso de desacuerdo se adopta la decisión por el Tribunal competente (art. 385 LPCALE)[849]. El auto que acuerda las medidas provisionales se cumplirá inmediatamente, sin perjuicio del recurso de súplica que procede en este trámite (art. 388 LPCALE)[850]. La sentencia definitiva que disuelve el vínculo matrimonial reproduce o varía dichas medidas provisionales declaradas en este trámite como medidas definitivas sobre la atribución de la guarda y cuidado y el régimen de comunicación, las cuales son ejecutables, sin perjuicio que contra la misma cabe recurso de apelación.

---

[848] Art. 62 CF: "En las medidas provisionales que deban adoptarse durante la substanciación del proceso de divorcio respecto a la guarda y cuidado y comunicación de los hijos, y pensión alimenticia para éstos y la del cónyuge, si fuera procedente, se observarán las reglas establecidas en esta Sección. Dichas medidas podrán variarse, asimismo, durante el proceso si surgieren razones que lo ameriten".

[849] Art. 385 LPCALE: "El Tribunal con vista al resultado de la comparecencia de que habla el artículo precedente, resolverá mediante auto, lo que corresponda sobre las medidas provisionales, ateniéndose a lo que los cónyuges hayan decidido de común acuerdo, o decidiendo en otra caso lo que proceda".

[850] Art. 388 LPCALE: "El auto a que se contrae el articulo 385 se cumplirá inmediatamente, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva si fuera recurrido".

Para determinar la situación jurídica de los hijos no matrimoniales, de los hijos matrimoniales de padres separados y de nulidad de matrimonio no existe procedimiento especial por la naturaleza de la cuestión que se debate, no se concede la posibilidad de adoptar medidas provisionales sólo autorizadas por el sumario especial para fijar alimentos a los hijos menores de edad. Pero existen más inconvenientes, ya que no se resuelve en un único proceso sobre la totalidad de los derechos-deberes de la patria potestad sino según la naturaleza de la pretensión que se deduzca, en virtud de lo cual se aplican procedimientos sencillos o complejos que siempre se dilatan en exceso porque caben distintos recursos incluido el recurso de casación que es elevado por el Tribunal Provincial Popular correspondiente al Tribunal Supremo Popular.

En los supuestos que se han relacionado antes, no es posible la ejecución provisional de la sentencia definitiva aunque ésta contenga pronunciamientos tan urgentes como la entrega de los hijos al progenitor bajo cuya guarda y cuidado han de quedar lo que no se hace efectivo hasta que alcanza firmeza la resolución judicial.

Las sentencias definitivas dictadas en la jurisdicción civil cubana que resuelven sobre guarda y cuidado y comunicación con los hijos menores que han sido dictadas mediante procedimientos especiales distintos del divorcio, están sujetas a las reglas de las disposiciones generales de los recursos contra resoluciones judiciales cuya admisión impide que se ejecute en todo o en parte la resolución contra la cual se hubiere interpuesto si no se hubiere prestado fianza, con la consiguiente dilación que perjudica la efectividad de lo dispuesto para la protección jurídica del menor en tales supuestos[851].

Estas diferencias de tratamiento provocada por la diversidad de regulaciones para resolver una misma cuestión, según resulte de la situación jurídica de los padres no encuentra solución en nuestra práctica judicial, pues los Tribunales se ajustan literalmente a la letra de la ley procesal por estimarse como estricta garantía del justiciable.

No se conoce ninguna decisión judicial cubana en la cual se haya realizado adaptación del procedimiento con arreglo al principio constitucional de igualdad por aplicación directa de la Constitución o de la propia Convención de los Derechos del Niño que vincula al ordenamiento interno, esta solución práctica permitiría legalmente la ejecución provisional de las sentencias definitivas en cualquiera de los procesos por los que actualmente se ventilan la guarda y cuidado de los hijos menores y el régimen de comunicación.

Como futuro remedio a esta disparidad legal, el anteproyecto de Ley de modificación del Código de Familia propone que el Tribunal de oficio o a instancia de parte o del Fiscal o del otro progenitor que no haya dado lugar a la demanda, adoptará las medidas provisionales que procedan durante la tramitación de la suspensión o privación de la patria potestad, pero no se propone ninguna solución para los casos de atribución de la guarda y cuidado y el régimen de comunicación tramitados por el

[851] De la LPCALE, art. 606: "Salvo los casos en que la ley disponga expresamente lo contrario, la admisión de un recurso impedirá que se ejectue en todo o en parte la resolución contra la cual se hubiere interpuesto. La regla que antecede no admite más excepción que la de que, pudiendo la dilación de dicho cumplimiento causar perjuicio irreparable a la parte a cuyo favor la resolución se haya dictado, inste ésta la ejecución, ofreciendo prestar fianza para estar a las resultas del recurso….".

procedimiento sumario que no ofrece posibilidad de ejecutar la sentencia hasta alcanzar firmeza.

### 5.5. Tutela internacional

En la actualidad se intenta proteger el derecho del niño a preservar las relaciones personales y el contacto directo con sus progenitores. Estas relaciones paterno filiales deben ser garantizadas al niño tanto si está separado de uno o de ambos progenitores, excepto en los casos previstos en la Ley, decididos por la autoridad judicial correspondiente.

La separación de los padres e hijos menores puede ocurrir dentro del territorio nacional o por residir éstos en distintos Estados. La Ley positiva cubana regula las relaciones personales de los padres e hijos sin especial distinción entre uno y otro caso; tampoco lo destaca el anteproyecto de Ley de modificación del Código de Familia, pues se estima un tema de posible solución del Derecho Internacional Privado.

Debido al aumento de los fenómenos sociales de la migración y de los matrimonios mixtos, se debe prestar especial atención a las diversas situaciones en que pueden encontrarse los niños. No bastan los Tratados Internacionales y los procedimientos que pudieran regular estas cuestiones para el cumplimiento de los regímenes de guarda y comunicación establecidos de un Estado en otro, en tanto la cuestión tiene mayor alcance, esto es el ejercicio de la patria potestad en función de los derechos subjetivos del niño en tales circunstancias. El derecho a la preservación de las relaciones paterno-filiales es garantía al ejercicio de la patria potestad, tanto es derecho-deber de los progenitores convivir con el hijo como de éste es el derecho de convivir con sus padres.

Sobre la tutela internacional del derecho de visita GARCÍA CANTERO apunta las fuentes aplicables y órgano competente para hacer valer una sentencia de un Estado en otro. A estos efectos indica que no siempre es fácil delimitar el ámbito de aplicación de las normas dado por la excesiva multiplicidad de las fuentes, además de las referidas a la Unión Europea. "La atención principal de estas normas de Derecho Internacional Privado recae en el derecho de visita de los progenitores aunque por derivación la doctrina invoca también el derecho de los abuelos"[852].

En caso de traslado o retención de un menor cuya guarda y cuidado la ostenta uno de los progenitores que residen en países diferentes y se solicita en Cuba el cumplimiento del régimen de guarda y custodia o del régimen de comunicación establecidos, dos son los procedimientos a seguir: el primero será el procedimiento de ejecución de las sentencias extranjeras para lo cual es necesario obtener el exequator (arts. 483, 484 y 485 in fine LPCALE) y el segundo será la petición de restitución de un menor en aplicación de los convenios internacionales[853].

Debe incluirse en el Derecho interno de cada Estado parte, el derecho de preservar las relaciones paterno-filiales, tanto en cuanto a la reunificación familiar como al derecho de comunicación entre padres e hijos, que en todo caso corresponderá al legislador cubano dada la adhesión del Estado a la Convención de los Derechos del niño.

---

[852] Cfr. GARCÍA CANTERO, G., "Las relaciones familiares….", ob cit., p. 196 y siguientes.

[853] BENEYTO MENGÓ, J., "Ejecución internacional de medidas judiciales en materia de derecho de familia. Aplicación de los convenios internacionales de cooperación", en Curso sobre derecho de Familia, cuestiones civiles y penales, Consejo General del Poder Judicial, Valencia, 1997, p. 123.

En Cuba se encuentra regulado un régimen especial para la salida al exterior de los ciudadanos cubanos y en particular los menores de edad. Por el Decreto 26/1978, Reglamento de la Ley 1312/76 de 20 de septiembre, de Migración se exige la autorización de ambos progenitores para que el menor pueda viajar fuera del territorio nacional, en tales circunstancias, si los dos progenitores o uno de ellos residen fuera de Cuba para la solicitud del derecho de relacionarse con el hijo menor o en su caso la reunificación familiar con el mismo es requisito acreditar el consentimiento expreso de ambos para tal fin, además de la filiación. Si falta el consentimiento de uno de los padres, no se dará curso a la solicitud a menos que uno de ellos esté privado de la patria potestad.

En el supuesto de que sea el menor el que se encuentra fuera del país e interesa reunificarse con el padre o madre, que reside en Cuba, también se requerirá el consentimiento del progenitor que se encuentra en el exterior.

Pueden ocurrir situaciones singulares como la residencia de cada uno de los dos padres en países distintos y la negativa de uno de ellos a la reunificación con el otro de su hijo menor residente en Cuba, o el interés de un niño que reside en el extranjero con sus padres y se interesa por reunificarse con sus abuelos residentes en Cuba, en esta situación pudiera admitirse siempre que medie delegación de los progenitores a favor de los abuelos, aunque esta solución no tiene respaldo en la norma especial de familia. Para decidir esta solicitud se deberá apreciar el beneficio del menor y de ser posible, su voluntad, si tuviera suficiente madurez en razón de su edad.

El derecho del niño a salir de cualquier país, incluido el propio, para mantener relaciones personales y contactos directos con ambos padres, no debe ser limitado, salvo circunstancias excepcionales, que sólo pueden ser reguladas en la Ley con las restricciones necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas que estén en consonancia con los demás derechos que reconoce la Convención de los Derechos del Niño.

La preservación y mantenimiento de las relaciones paterno-filiales en cualquier circunstancia comprende la comunicación y el contacto directo de los hijos con sus padres y también su reunificación familiar; esto no es una cuestión exclusiva de las regulaciones migratorias, como pudiera entenderse, atañe también a las relaciones familiares, por lo que debe ser objeto de regulación en el Derecho de Familia interno, sin perjuicio de los acuerdos que se puedan suscribir al respecto en convenios bilaterales con Estados partes de la Convención citada o con otros que resulte posible en beneficio de los menores.

## Abreviaturas utilizadas

| | |
|---|---|
| AC | Actualidad civil |
| ADC | Anuario de Derecho Civil |
| Aran. Civ. | Aranzadi civil |
| ATC | Auto del Tribunal Constitucional |
| BOCG | Boletín Oficial de las Cortes Generales |
| BOE. | Boletín Oficial del Estado |
| BIMJ | Boletín Informativo del Ministerio de Justicia |
| CAPS | Comisión de atención y prevención social |
| CCJC | Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil |
| CF | Código de Familia cubano |
| Cfr. | Confrontar |
| Et al. | Colectivo de autores |
| FMC | Federación de Mujeres Cubanas |
| GOR | Gaceta Oficial de la República de Cuba |
| ILDH | Instituto Latinoamericano de Derechos Humanos |
| LEC | Ley de enjuiciamiento civil |
| LPCALE | Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico |
| MINJUS | Ministerio de Justicia |
| Ob cit. | Obra citada |
| RA | Repertorio Aranzadi |
| RCD | Revista Cubana de Derecho |
| RDP | Revista de Derecho Privado |
| RDN | Revista de Derecho Notarial |
| RGD | Revista General de Derecho |
| RGLJ | Revista General de Legislación y Jurisprudencia |
| ONBC | Organización Nacional de Bufetes Colectivos |
| SAP | Sentencia de Audiencia Provincial |
| SAT | Sentencia de Audiencia Territorial |
| SP | Revista SEPIN |
| SJPI | Sentencia del Juzgado de Primera Instancia |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STMP | Sentencia del Tribunal Municipal Popular |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| STSP | Sentencia del Tribunal Supremo Popular |
| TSJ | Tribunal Superior de Justicia |
| TSP | Tribunal Supremo Popular |

# ADOPCIÓN.
# PERTINENCIA DE LA ADOPCIÓN ENTRE PARIENTES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO.

**Lic. Belkis C: Núñez Travieso.**

## I. Introducción.

En los últimos años se ha generado para los juristas cubanos dedicados a la temática familiar, una polémica interesante con respecto a la pertinencia o no de la adopción entre personas que tienen vínculos de consanguinidad. Aunque para muchos el tema no admite discusión en su contra, lo cierto es que no faltan argumentos a quienes defienden la línea de interpretación contraria.

Algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, han puesto el detonante a tales contradicciones en nuestro patio. Pero los enfoques divergentes sobre el tema, se ponen también de relieve al estudiar algunos ordenamientos jurídicos de nuestro continente.

Tratar de buscar soluciones justas a esta polémica es el objetivo que persigo con este trabajo. Para ello he considerado el desarrollo histórico de la institución; su tratamiento en el Derecho comparado; sus antecedentes y actual regulación en la normativa nacional; así como la necesidad de introducir algunos cambios futuros en el tratamiento que ofrece nuestro Código de Familia a la misma, que, en mi opinión, pudieran facilitar el consenso y la uniformidad en la interpretación acerca del tema.

## I. Desarrollo histórico de la Adopción.

La adopción ha evolucionado a través del tiempo. Los primeros vestigios de la adopción entre parientes, con un carácter más religioso que jurídico, aparecieron en los pueblos antiguos de Caldea, Babilonia, Egipto, La India, Israel y Grecia, con la institucionalización de la familia gentilicia y patriarcal. Sin embargo, fueron los romanos quienes luego de afianzar el poder político desarrollaron la adopción de parientes como la institución jurídica que, al decir del **Dr. Raúl Gómez Treto**, con variantes y altibajos, llega a nuestros días[1]. Para ellos constituyó una de las fuentes de la **patria potestad**. Era el acto solemne en virtud de cual se creaban vínculos de paternidad y filiación ficticios, al incorporar a una familia como hijos o nietos a personas que por lo general le eran extrañas.

En Roma existieron dos clases de adopción: **la arrogación y la adopción** propiamente dicha. La primera, fue la forma más antigua. A través de ella una persona de condición ***sui iuris*** se sometía a la patria potestad y se transformaba en ***alieni iuris***. La segunda (*datio in adoptionem*), era el acto mediante el cual un ***pater familia*** concedía a otro la patria potestad que ostentaba sobre el hijo. Era una mutación de familias en virtud de la que se transmitía la patria potestad, cediendo el jefe de familia sus derechos al nuevo padre adoptivo. En resumen, se adoptaban los hijos de familia, se arrogaban los que eran dueños de sí mismos.

[1] Gómez Treto, Raúl. "La adopción de hijos en el Derecho histórico, comparado, internacional y cubano y la protección a la niñez y la juventud". Revista Jurídica No 3, abril-junio 1984, año II. P. 95.

El procedimiento para realizar la adopción varió con el paso del tiempo. En uno de los preceptos contenidos en las XII Tablas, se disponía que el hijo quedaba liberado luego de tres ventas si era varón. Por interpretación se consideró entonces que, si se trataba de una hija o una nieta, bastaba una sola venta. Tal regulación, aunque discriminatoria por razones de sexo, corrobora que la adopción entre parientes consanguíneos, tiene antecedentes jurídicos bien antiguos.

La legislación de Justiniano simplificó el procedimiento, a tal punto que bastaba con la comparecencia de las partes ante un magistrado, que consignaba en acta la voluntad de los comparecientes, lo que representaba un acto de jurisdicción voluntaria.

También los efectos de la adopción variaron con la época. En la etapa del Derecho Primitivo, el adoptado se incorporaba de forma plena a la familia del adoptante y participaba de todos los derechos a partir de su condición de descendiente, extinguiendo toda relación con la familia de origen. Sufría la llamada máxima *capitis diminutio*.

Las afectaciones que esto provocaba a los derechos sucesorios del hijo adoptivo, particularmente cuando era emancipado por el padre, en cuyo caso perdía todo derecho a la herencia, tanto de la familia natural como de la adoptiva o ficticia, fueron el antecedente histórico de lo que hoy conocemos como adopción plena. Justiniano, para evitar los peligros que la adopción provocaba al adoptado en el sentido apuntado, dividió la adopción en **plena** y **menos plena**.

La adopción plena tenía lugar cuando el adoptante era un ascendiente del adoptado, quedando el segundo sujeto a la patria potestad del primero y en cuyo caso la adopción surtía todos los efectos primitivos, verificándose una plena *mutatio familiae*. En tal caso, el rompimiento pleno del adoptado con la familia natural, no le generaba perjuicios hereditarios, porque siempre podría heredar al ascendiente en virtud de su condición de cognado.

La adoptio *minus plena* (adopción menos plena o imperfecta) tenía lugar cuando el adoptante era un extraño sin vínculo de parentesco con el adoptado. En tal caso, se reconocían los derechos sucesorios de adoptado con relación a su familia natural, independientemente de la adopción y tenía también la posibilidad de suceder abintestato al padre adoptivo.

La distinción entre adopción plena y menos plena, eliminaba los perjuicios que para el hijo adoptivo generaba su emancipación.

Los requisitos esenciales de la adopción que exigió la Legislación romana, fueron regulados independientemente a los comunes con la arrogación. Así para adoptar, tenían que existir dos condiciones particulares:

a) Ser *sui iuris* y varón, pues la patria potestad correspondía sólo a los hombres, aunque en el reinado de Diocleciano se otorgó esta capacidad también a las mujeres en los casos en que hubiesen perdido a sus hijos naturales. Pero en tales casos, no se trataba de una adopción regular, pues la mujer no adquiría la patria potestad, sólo el derecho de alimentos y a la sucesión abintestato.
b) El adoptante tenía que ser 18 años mayor que el adoptado si lo hacía en concepto de hijo; 36 o el doble, si lo adoptaba como nieto. La segunda regla partía de la posibilidad que concedían los romanos de adoptar a una persona como nieto, bien por suponerlo descendiente de un hijo natural o porque se hacía ingresar como tal en la familia del adoptante, sin presumirle un padre, en cuyo caso se exigía el consentimiento del padre intermediario, para no darle un heredero en contra de su voluntad.

Para arrogar, exigían especialmente los siguientes requisitos:

a) El arrogante debía haber cumplido 60 años, pues antes de esta edad podía haber tenido hijos, aunque si por motivos justificados fuera imposible procrear o se tratase de un pariente, se le permitía arrogar antes de esa edad.
b) No debía tener hijos.
c) El consentimiento del arrogado era fundamental, aunque bastaba que el adoptado no se opusiera a la adopción.

Nótese, la prerrogativa que se concedía al adoptante, cuando ostentaba la condición de pariente del adoptado.

En la Edad Media la institución que se analiza fue perdiendo importancia, al punto que casi llegó a caer en desuso, incluso en España, cuna de nuestro Derecho. La arrogación y la adopción vinieron a tener algún reconocimiento en el Derecho español a partir del Fuero Real, las Siete Partidas y la Novísima Recopilación.

Durante la redacción del Proyecto de Código Civil español de 1881, sólo la referencia de un vocal de Andalucía acerca de que en su país la adopción se aplicaba, aunque fuera eventualmente, logró que fuera regulada, pues la opinión generalizada de sus redactores, abogaba por su eliminación.

El Código Civil español de 1888, ignoró la arrogación, limitándose sólo a regular una especie de adopción omnicomprensiva, como la catalogara el Dr. Gómez Treto[2]. Su preceptiva con un marcado carácter clasista y discriminatorio, pone de relieve el carácter privado y contractual que caracterizaba la adopción en el siglo XIX. El adoptado, tenía menos derechos que el discriminado hijo natural reconocido por el adoptante, y a excepción de los derechos relativos a la patria potestad, conservaba sólo los que le correspondían en su familia natural.

De cualquier manera, correspondió a la legislación española, el mérito de resucitar la adopción romana, a través del prohijamiento, distinguiendo entre adopción plena y menos plena.[3] Nótese como a pesar de las limitaciones que imponía a esta institución, admitía que el adoptante fuera un pariente consanguíneo del adoptado. Al efecto regulaba que, si la adopción la efectuaba el abuelo del adoptado, pasaba bajo su potestad como si fuese su hijo legítimo.

El Código Napoleónico que contenía rigurosas limitaciones a la adopción, aceptaba la remunerativa y prohibía la de menores. La poca trascendencia de esta legislación, hizo que en 1923 fuera suprimida.

En los países europeos que acentuaron más el poder burgués, prevaleció el carácter clasista y contractual de la adopción. Sus legislaciones denotaban una acentuada protección a las familias adoptantes más que a los eventuales derechos del adoptado. En las más modernas legislaciones burguesas, fue quedando un poco atrás el carácter contractual y privado que había marcado a la adopción hasta ese momento. Al menos formalmente, se fue abriendo paso su contenido social, al admitirse que su fin primordial es proteger los intereses de los menores adoptados.

Tras las dos guerras mundiales, la institución se fue aproximando a sus características actuales. Los Estados comenzaron a tener una visión de la institución como medio de protección a la infancia y las diferentes legislaciones, a hacer prevalecer su función social.

[2] Ob. Cit. En nota (2) p.98.

[3] Estevez Brasa, Teresa M; Ana María Carrasco y Luis Méndez. "La adopción en el Código Civil, Ley 24.779". Depalma, Buenos Aires, 1997.

Ya en nuestros días, los ordenamientos jurídicos nacionales han seguido con respecto a la adopción dos sistemas diferentes; el conocido como adopción plena y el de la llamada adopción simple.

Un grupo cada vez más reducido de países abraza todavía la llamada adopción clásica o tradicional. Sus características fundamentales son:

1. Prevalece naturaleza contractual del instituto, aunque regule la homologación o aprobación judicial.
2. Mantiene los vínculos familiares del adoptado con la familia biológica.
3. Admite la posibilidad de mutuo disenso o revocación de la adopción.

Un grupo mayoritario de países, mantiene la adopción plena, denominada también en los diferentes ordenamientos jurídicos "legitimación adoptiva", "adopción privilegiada" "arrogación de hijos" o simplemente " adopción". En estos ordenamientos, la adopción se equipará a la filiación. Este sistema se caracteriza por:

1 La naturaleza institucional del vínculo, que se fundamenta mediante un procedimiento judicial.

2 Equipara el vínculo adoptivo con el creado por la relación paterno-filial.

3 Incorporación del adoptado a la familia del adoptante, equiparándolo al hijo biológico.

4 Extingue todo vínculo familiar del adoptado con la familia biológica.

5 No admite que la adopción sea revocada.

Bolivia, República Dominicana, Brasil, Puerto Rico, Perú, Panamá, Colombia y Cuba, son ejemplos de países que en sus Legislaciones abrazan el sistema de adopción plena.

Existe un tercer grupo de países que admiten conjuntamente la adopción clásica y la plena.

Antes de detenerme en el tratamiento de la temática abordada en legislación cubana actual, se impone una breve consideración acerca de sus antecedentes normativos y de lo previsto en el Derecho comparado.

## II. Antecedentes Normativos de la adopción en Cuba.

En materia procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, adaptada para Cuba y Puerto Rico[4] estipulaba el procedimiento judicial para aprobar la arrogación y la adopción. Esta Ley estuvo vigente para los cubanos, hasta el 4 de enero de 1974, cuando se promulgó la Ley No. 1261, Ley de Procedimiento Civil y Administrativo. Dicha Ley tuvo una corta vida, pues tres años más tarde fue reemplazada por la Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, denominada Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, vigente actualmente. Esta última contiene las regulaciones correspondientes a la Jurisdicción Voluntaria en el Libro Quinto, a través de la que, según el Código de Familia, ha de tramitarse la autorización judicial para adoptar.

Cuba, receptora de la Codificación española de finales del siglo XIX, tuvo vigente desde 1889 el Código Civil español de 1888, en el que se regulaba la institución que nos ocupa.

[4] Esta Ley fue adaptada para ambos países, por la Comisión Codificadora de Ultramar, y puesta en vigor en ambos territorios a partir del 1ero de enero de 1886, en virtud de Real Decreto de 25 de septiembre de 1885.

El mismo rigió en nuestro país hasta que entró en vigor el 14 de febrero de 1975, la Ley 1289, Código de Familia. El Código Civil español, a diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil española antes mencionada, regulaba sólo la adopción omnicomprensiva. Sus preceptos permeados de una naturaleza clasista y discriminatoria, limitaban a tal punto los efectos favorables para el adoptado, que, en la escala de los derechos, el discriminado hijo natural, estaba por encima del adoptivo. Sin embargo, con independencia de los excesos en los requisitos que contemplaba la adopción, es dable señalar que el antecesor de nuestra Ley sustantiva actual, no regulaba limitación alguna a la adopción entre parientes consanguíneos.

## III. La adopción por parientes consanguíneos en el Derecho Comparado.

Argentina cuenta con la Nueva Ley de Adopción No. 24.779, promulgada el 26 de marzo de 1997, que incorporó el instituto al Código Civil. Esta legislación admite, como lo hacía el Código Civil español, la adopción del mayor de edad o del menor emancipado cuando hubiere preexistido una situación ininterrumpida de acogimiento o convivencia iniciada durante la minoría de edad. Mantiene otras diferencias con la legislación familiar cubana, vinculadas ya específicamente al tema que nos ocupa; una de ellas es la prohibición expresa de la adopción por determinados parientes consanguíneos del adoptado. Al efecto el artículo 315 estipula lo siguiente:

"Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anteriores a la petición de guarda.

No podrán adoptar:

a) quienes no hayan cumplido treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados. Aún por debajo de este término, podrán adoptar los cónyuges que acrediten imposibilidad de tener hijos.
b) Los ascendientes a sus descendientes.
c) Un hermano a sus hermanos o medio hermano".

Sin embargo, todo indica que también en Argentina, el tema ha resultado controvertido, en virtud de que varios autores han considerado que "…lo más beneficioso para los menores, es no incluir en la Ley de Adopción estos impedimentos de dudosa y difícil justificación, siendo lo más razonable dejar librada la decisión al prudente criterio del juez" [5]

Otra diferencia importante que retomaremos más adelante, al abordar el tratamiento del instituto en la Legislación cubana, aparece el artículo 313 de la norma ahora comentada. El precepto consagra de forma expresa, que la adopción del hijo del cónyuge será siempre de carácter simple.

Esta novedosa legislación consagra un sistema dual de adopción, simple y plena, eliminando la camisa de fuerza que representa implantar en términos absolutos la segunda modalidad. Dedica el Capítulo II a la adopción plena. Al respecto el legislador advierte de forma expresa, que además de los requisitos generales previstos en los artículos 316 y 317, sólo podrá otorgarse este tipo de adopción con

[5] Estevez Brasa, Teresa y Carrasco – Méndez, Ana María. "La adopción en el Código Civil. Ley 24.779, Ediciones Depalma, Beunos Aires, 1997, p.22.

respecto a los menores que se encuentren en alguna de las situaciones que describe el artículo 325. Lo cierto es que todos los supuestos que contempla, parten de una total desvinculación entre el menor y sus progenitores biológicos.

Regulación interesante con respecto al derecho a la identidad personal, contiene el artículo 328 de la norma analizada al consagrar que "el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los 18 años de edad".

Por su parte, el Capítulo III regula la adopción simple, por demás obligatoria, cuando el adoptado sea el hijo del cónyuge. El artículo 330, deja claro que este tipo de adopción será la excepción y no la regla, aplicable sólo cuando sea lo más favorable al menor, lo que según la jurisprudencia argentina tiene lugar cuando "el mantenimiento de los vínculos legales de parentesco con la familia de sangre del adoptado pueda producir una ventaja actual o futura para el [6]menor, o si otras razones, también implicadas en las circunstancias que hacen los lazos de familia, autoricen a determinar que es inconveniente suprimir los vínculos de sangre".[7] A tales efectos ha dejado sentado que "la adopción simple no es de ningún modo axiológicamente inferior a la plena. Por el contrario permite al menor adquirir nuevos padres sin perder los propios, ni los derechos alimentarios y sucesorios con respecto a estos… ya que la adopción simple deja abierta para el menor la posibilidad de recurrir a sus parientes legítimos en supuestos de necesidad, lo cual importa una ventaja indudable que queda descartada cuando se concede la adopción plena".[8]

El Código de Familia de Panamá, aprobado por la Ley No. 3 de 17 de mayo de 1994, abraza el sistema de adopción plena. Así en el artículo 294 estipula que "el vínculo jurídico familiar creado por la adopción es definitivo, irrenunciable e irrevocable.

A diferencia de nuestro Código de Familia, el legislador panameño, prohibe de forma expresa en el apartado 3 del artículo 296 la adopción de los parientes en línea recta y de hermanos.

Con respecto a los efectos de la adopción, el artículo 311 estipula que, "aunque la persona que sea adoptada deja de pertenecer a su familia biológica o natural y forma parte de su nueva familia, sin perjuicio de la subsistencia de los impedimentos matrimoniales de consanguinidad y los derechos o prohibiciones establecidos en las leyes; en la adopción conjunta, no se producirá este efecto con relación al padre o madre de sangre del hijo adoptivo".

En Puerto Rico, la adopción o filiación adoptiva se regula actualmente en el Código Civil de 1930, enmendado por la Ley de Adopción No. 8 de 19 de enero de 1995. La Legislación puertorriqueña acoge el sistema de adopción plena y a través de la misma cesan todos los derechos y deberes del adoptado con la familia natural (Confróntese el artículo 137). No obstante, el legislador puertorriqueño, previó dos excepciones:

---

[7] Criterio de la jurisprudencia argentina, reproducido por las autoras antes citadas.

[8] Criterio de la Jurisprudencia argentina, reporoducido por las autoras antes citadas.

- la primera cuando el adoptado incurra en responsabilidad penal por los delitos contra la Familia, según lo previsto en el Código Penal; y
- la segunda, cuando el adoptado sea hijo biológico del cónyuge del adoptante, o cuando el adoptado proviene de una sola filiación y es adoptado por una persona de sexo diferente al que lo reconoció. En ambos casos, se eliminan sólo los vínculos con la rama de la familia de origen en que operó la adopción (Véase el artículo 138).

La legislación que se analiza, admite la adopción por parientes que tengan vínculos de consanguinidad con el adoptado. Sobre este particular el artículo 132 estipula lo siguiente:

1) Podrán ser adoptados los menores de edad no emancipados y los menores de edad emancipados por decreto judicial o por concesión de padre, madre o padres con patria potestad.

2) No podrán ser adoptados:

Las personas que hayan cumplido la mayoría de edad a la fecha de un decreto de adopción aún cuando fueren menores de edad al presentarse la petición de adopción no podrán ser adoptados. No obstante, podrá ser adoptado un menor de edad emancipado que no hubiese contraído matrimonio o una persona mayor de edad siempre y cuando medien algunas de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el adoptante hubiere residido en el hogar de los adoptantes desde antes de haber cumplido la edad de dieciocho años, y dicha situación hubiere continuado existiendo a la fecha de la presentación de la petición de adopción.

b) Cuando el adoptado sea un menor emancipado que nunca hubiere contraído matrimonio.

3) Las personas casadas o que hubieren estado casadas, aunque sean menores de edad.

4) Un ascendiente de un adoptante que es un pariente por consanguinidad o por afinidad.

Tal y como me comentara, respondiendo a una consulta en tal sentido formulada a la Dra. Edna Santiago Hernández[9], "**la excepción prevista en el inciso a) se hizo para que los abuelos (que eran padres de crianza) pudiesen adoptar a sus nietos".**

Finalmente quiero detenerme en lo que consagra la Convención de los Derechos del Niño[10], ratificada por la mayoría de los países latinoamericanos entre ellos, Cuba, con respecto al tema de la Adopción. Este convenio de las Naciones Unidas, que constituye el primer Código Universal de los derechos de las niñas y los niños legalmente obligatorio de la historia, no establece limitación con respecto a la adopción entre parientes. Corrobora esta afirmación la lectura del artículo 21 de dicha norma, que consagra lo siguiente:

"Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán porque a adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando

[9] Santiago Hernández, Edna Ivette, Profesora Titular de Derecho de Familia de la Universidad Pontificia de Ponce, Puerto Rico.

[10] Adoptada en Nueva York, por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.

así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción, sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario".
No reproduzco el contenido de los demás incisos del precepto analizado, porque se refieren a la adopción practicada en otro país, pero tampoco en tales supuestos se regulan exclusiones a la institución, por razones de parentesco.

## IV. Tratamiento de la adopción entre parientes en la legislación cubana actual. Polémica acerca de su interpretación.

El Código de Familia, con las imperfecciones que podamos señalarle al cabo de casi treinta años de vigencia, representó nuestra primera experiencia legislativa acerca de la temática familiar. Ha sido objeto de modificaciones dirigidas a atemperar su articulado a disposiciones legales posteriores. Así, por ejemplo, con la promulgación del Decreto Ley No. 76 de 20 de enero de 1984, que organiza el funcionamiento de los Círculos Infantiles Mixtos y los Hogares de Menores e institucionaliza las familias sustitutas que los apoyen, fue preciso introducir modificaciones importantes a la institución jurídica de la adopción.
La Ley No. 1289 regula la adopción a partir del artículo 99 al 116, correspondientes al Capítulo III del Título II, De las relaciones paterno-filiales. El artículo 99, que retomaré más adelante, consagra para los cubanos el sistema de adopción plena, igualitaria e irrevocable, aunque, de hecho, el artículo 101 prevé una excepción en tal sentido, en los casos en que un cónyuge adopte el hijo del otro. Sin embargo, el segundo precepto es omiso al no significar que, en tales casos, es imposible aplicar los efectos de la adopción plena, porque ello supondría que el menor perdiera todo vínculo con el cónyuge que es su progenitor biológico y con los parientes consanguíneos de éste. La omisión en este sentido, le ha valido fuertes críticas, incluso desde las aulas universitarias.
Los requisitos que, a juicio del legislador cubano, ha de cumplir la persona que desee adoptar a un menor, están regulados en el artículo 100, ellos son:

1- Haber cumplido 25 años.
2- Hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos.
3- Estar en situación de solventar las necesidades económicas del adoptado.
4- Tener las condiciones morales y haber observado una conducta que permita presumir, razonablemente, que cumplirá respecto al adoptado, los deberes que estipula el artículo 85, que son los que comprende el ejercicio de la patria potestad.

El artículo 102 consagra otro requisito adicional y es que los adoptantes han de tener por lo menos quince años de edad más que los adoptados.
Tal y como se constata del análisis de los preceptos citados, nuestro Código de Familia, siguiendo los pasos de la Legislación que le antecedió, no ofrece dentro de los requisitos para adoptar, ninguno que limite al adoptante, por razón de parentesco con el adoptado. Tampoco el artículo 103, ofrece limitaciones en tal sentido con respecto a los menores que podrán ser adoptados. Ello ha permitido sostener como opinión generalizada entre los juristas cubanos, que nuestra Ley familiar sustantiva, admite la adopción practicada por parientes consanguíneos, siendo de las más frecuentes en este sentido, las promovidas por los abuelos del menor en estado de desamparo.

Sin embargo, precisamente el artículo que inicia a regulación del instituto en el Código de Familia, es el que ha generado las interpretaciones contrapuestas acerca de sí el legislador cubano admite o no la adopción entre parientes consanguíneos. El mismo estipula lo siguiente: "la adopción se establecerá en interés del mejor desarrollo y educación del menor, y creará entre el adoptante y el adoptado un vínculo de parentesco igual al existente entre padres e hijos, del cual se derivan los mismos derechos y deberes que en cuanto a la relación paterno-filial establece el Código, extinguiéndose los vínculos jurídicos paterno-filiales y de parentesco que hayan existido entre el adoptado y sus padres y los parientes consanguíneos de éstos últimos".

La parte final del citado artículo, ha permitido sustentar a algunos juristas cubanos el criterio de que, si con la adopción se extinguen los vínculos del adoptado con la familia natural, es porque el adoptante, no puede ser alguien que mantenga vínculos de consanguinidad con el menor que se pretende adoptar. Este fue el criterio que en su día defendió el representante del Ministerio Público, al interponer Recurso de Apelación contra el Auto número treinta y dos de 30 de septiembre de 1997, del Tribunal Municipal de Diez de Octubre, en el Expediente veintiocho del propio año.

En tal caso, el Fiscal fundamentó su pretensión en que "la propuesta formulada por la promovente no materializaba los objetivos que para la adopción había previsto el artículo 99 del Código de Familia; y que además, resulta imposible por los lazos de parentesco que unen a adoptante y adoptado, pues aunque jurídicamente cambian estos vínculos, de hecho provocaría una confusión para el menor, ya que a quien reconocía hasta ahora como tía materna tendrá que comenzar a identificarla como madre y quizás a un primo como hermano, con apoyo además de lo expuesto, en el hecho de que el Tribunal Supremo Popular había resuelto recientemente asunto similar en sentido contrario al de la sección de primera instancia".

Idéntica línea de interpretación, fue seguida por la Sala de lo Civil y lo Administrativo de nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia número 212 dictada el 31 de marzo de 1998, al acoger el recurso interpuesto por el Fiscal, en los términos del Primer Considerando que a continuación reproduzco: "Que el segundo motivo del recurso al amparo del apartado uno del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral debe prosperar, porque acreditado como ha sido que quien promueve el expediente es tía materna del menor que se pretende adoptar, es de advertir que en su caso no se ajusta a los principios que establece el artículo noventa y nueve del Código de Familia referido a que la adopción se establecerá en interés del menor y creará entre adoptante y adoptado vínculo de parentesco igual al existente entre padres e hijos, extinguiéndose además los vínculos jurídicos paterno-filiales y de parentesco que hayan existido entre éstos y sus padres y los parientes de aquellos, lo que inequívocamente en el presente caso al disponerse que conserve la filiación paterna y además dado los lazos de parentesco existentes entre la promovente y el pretenso adoptado se crearía confusión filiatoria de hecho, que en modo alguno beneficiaría al menor teniendo en cuenta que su familia natural por vía materna continua unida a él, íntimamente relacionados….".

Con independencia de la interpretación de la norma sustantiva familiar, que en tal caso hiciera nuestro más alto Tribunal de Justicia, prestigiosos juristas vinculados al tema, sustentan una opinión contraria a la adopción realizada por parientes consanguíneos del menor, partiendo de entender que los roles familiares no se sustituyen. Los defensores de tal criterio, consideran que un abuelo debe ocupar el

lugar de abuelo y no de padre, lo que sería válido para otros parientes, como tíos, primos, etc.
Sin embargo, aún cuando algunas sentencias de nuestro órgano judicial cimero, han enarbolado este criterio, pienso que no constituye todavía un criterio mayoritario. La defensa predominante a una interpretación contraria del citado artículo 99, ha generado en la actualidad, un estado de inseguridad en ciertos operadores del Derecho vinculados a la temática familiar, dentro de los que me encuentro, que valdría la pena, tratar de eliminar, aunque ello requiera de una reformulación del precepto analizado.
Los defensores de la adopción realizada por algún pariente natural del adoptado, consideran que el artículo 99, no excluye en modo alguno esta posibilidad, pues, aunque comúnmente la adopción se pueda practicar por personas extrañas al menor, ello no impide que, en determinados casos, la promueva, por ejemplo, un abuelo del adoptado. El precepto analizado sólo deja claro en su narrativa, el sistema de adopción plena que sigue el ordenamiento jurídico cubano, de manera que en cualquiera de las variantes posibles que la vida impone, no existan dudas con relación a que a partir de la adopción se forja una relación familiar nueva, que será mejor, mientras más parecida sea a una auténtica familia natural. A partir de la adopción el hijo adoptado, no será inferior a los hermanos que podrá tener a partir de ese momento, pues será tan hijo, como cualquier otro de la familia que lo adoptó.
El propio artículo 101 de nuestro Código de Familia, al conceder a uno de los cónyuges la posibilidad de adoptar al hijo del otro, en los casos que se señalan, apoya a los seguidores de esta tesis, a pesar de que el precepto en mi opinión, resulta omiso al no dejar dicho de manera expresa, que en tal supuesto el adoptado, mantendrá los vínculos paterno-filiales y parentales con los familiares del adoptante, pero también con el cónyuge que es su progenitor natural y sus familiares.
Los defensores de este criterio argumentan además que, si la intención del legislador hubiese sido la de introducir limitaciones en este sentido, las hubiese consignado en el artículo 100 y 103 de la propia Ley sustantiva, lo que no ocurrió como se constata de la lectura de ambos preceptos.Téngase en cuenta que en los sistemas de adopción plena como el nuestro, a partir del momento en que el menor sea adoptado, se extinguen los vínculos jurídicos paterno-filiales y de parentesco con la familia consanguínea. Ello implicaría, por ejemplo, para un menor que hasta ese momento hubiese sido criado por sus abuelos, perder todo vínculo con éstos, a partir del momento en que fuera adoptado por una persona extraña.
Esta fue la línea de pensamiento seguida por el Tribunal Provincial de Ciudad de la Habana, que declaró Sin Lugar el Recurso de Apelación interpuesto por el Fiscal contra el mencionado Auto Definitivo del Tribunal Municipal de Diez de Octubre. Sobre la polémica analizada expresó en el Segundo Considerando: "que el citado precepto (refiriéndose al artículo 99) … no hace mención a imposibilidad de tipo alguna de que un menor que se encuentre en alguno de los casos a que se contrae el artículo 103 pueda ser adoptado por algún pariente al que esté unido por lazos de consanguinidad, siempre y cuando esta persona cumpla con los requisitos de ley, y estimar lo contrario equivaldría además de la inequidad - entendida como justicia- contra los parientes de semejante índole, colocar al menor fuera del alcance de su familia natural, pues como es harto conocido, la adopción es una institución formada ficticiamente por el Derecho a fin de darle igual rango al parentesco legal que al natural, parad de esa manera, insertar al menor de que se trate en el seno de una familia que vele por el mejor desarrollo y educación, y a mayor abundamiento, dar al

ya mencionado artículo un alcance del que en realidad no disfruta, cual es, el de impedimento de adopción, en realidad no pasa de ser un principio general que inspira al instituto y que no desvirtúa, altera o hace variar un mero cambio en el grado de parentesco, y concretamente en el subjudice, de tía a madre; y tanto es así, que de conceder al tantas veces mencionado artículo criterio restrictivo expuesto por el Fiscal, necesariamente impediría toda adopción promovida por un cónyuge sobre el hijo del otro, cuyos hijos del matrimonio anterior, son hermanos de un sólo vínculo del adoptado y que por virtud de dicho instituto se convierten en hermanos de doble vínculo, sin que, por otra parte, cese o desaparezca el vínculo consanguíneo con la familia de su progenitor natural; en síntesis, no es el espíritu de la ley".

Lo cierto es que, por contundentes que parezcan los argumentos expuestos anteriormente por el Tribunal Provincial de la capital cubana, contraria fue la opinión del Tribunal Supremo que como vimos anteriormente, abrazó la tesis contraria.

El Proceso de Jurisdicción Voluntaria sobre adopción, correspondiente al Expediente No. 30 del año 2002, tramitado ante el Tribunal Municipal de Habana Vieja, corrobora que la polémica en torno al artículo 99 del Código de Familia, sigue en pie. En este caso, el Dictamen emitido por la representante de la Fiscalía, el 30 de mayo del presente año, fue contrario a la adopción. Expresó su desacuerdo en los siguientes términos: "Nos pronunciamos inconforme con la promoción establecida una vez que ha quedado debidamente demostrado la inconveniencia de éste para la menor en virtud de lo que establece el artículo 99 del Código de Familia. Esta norma jurídica dispone la extinción de los vínculos jurídicos paternos filiales y de parentesco que hayan existido entre el adoptado y sus padres y los parientes consanguíneos de los progenitores, por lo que lo contrario provocaría la modificación del parentesco y por tanto la consecuente distorsión familia para la menor....".

Esta vez, el criterio interpretativo seguido por el Tribunal de instancia, fue contrario al de la Fiscalía. A tales efectos, dictó el Auto Definitivo No. 78 de 30 de junio del 2003, en virtud del cual se acordó la aprobación de la adopción de una menor de 8 años por el un primo de la niña, residente en Alemania y su esposa que es ciudadana de dicho país. En el Primer Considerando del citado Auto se expresa: "...analizado el presente Expediente y las pruebas practicadas se aprecia que los promoventes han justificado adecuadamente que poseen los requisitos necesarios para adoptar a la menor según lo establecido en el artículo 101 y 102 del Código de Familia..." Asimismo en el Segundo Considerando se valoró que se estaba "... en el supuesto previsto en el inciso 5 del artículo 103 del Código de Familia, ya que la madre falleció.... y el padre, quien posee la patria potestad, dio su consentimiento para que su hija fuera adoptada por los promoventes, en la comparecencia de fecha 18 de octubre del 2002". Finalmente, en el Tercer Considerando de la resolución analizada se concluye que "...se debe acceder a la adopción pretendida siendo lo más beneficioso para los intereses de la menor..." valorando seguidamente las circunstancias particulares que permitieron a la Sala formar convicción en tal sentido.

Resultó para esta autora una curiosidad técnica, el hecho de que en este caso el Tribunal de instancia, no hizo valoración alguna en los Considerandos de la Resolución, sobre el controvertido artículo 99 de la Ley sustantiva familiar. Sólo al acordar la Aprobación de la Adopción, concluye su resolución disponiendo que "...en lo sucesivo se creará entre los adoptantes y la adoptada un vínculo de parentesco igual al existente entre padres e hijos, del cual se derivan los derechos y deberes que

en cuanto a la relación paterno-filial establece el Código de Familia, extinguiéndose los vínculos jurídicos paterno-filiales y de parentesco que hayan existido entre el adoptado y sus padres y los parientes consanguíneos de estos últimos". De lo anterior se colige que el Tribunal de instancia, interpretó en sentido contrario a la Fiscalía, el tantas veces citado artículo 99 del Código de Familia.

Al parecer, el criterio que ha prevalecido en los Tribunales Municipales es el de no limitar la adopción entre personas con vínculos de consanguinidad, pero otro ha sido en algunos casos el criterio de la Fiscalía. Asimismo, aunque la opinión, al menos del Tribunal Provincial de Ciudad de la Habana, ha sido el de no excluir a los parientes de la posibilidad de adoptar, esta tesis, que en mi opinión es la que se ajusta al sentir del legislador y es en definitivas la más justa, no cuenta en la actualidad, con el apoyo unánime de nuestro órgano judicial cimero.

La falta de uniformidad en la interpretación que del artículo 99, hagan los juristas en nuestro país, puede atentar contra la función social de proteger a la infancia y dotar de una familia, al menor que adolece de ella.

Particularmente pienso, que el carácter eminentemente social y humano del Derecho de Familia, unido a la riqueza de situaciones de la vida diaria que la misma tutela, impiden fijar esquemas en el tratamiento de la temática familiar. A cada niño o niña en situación de desamparo, le rodean circunstancias diferentes, por lo que cada caso exige un tratamiento diferenciado.

Siendo la adopción por su propia naturaleza, una ficción jurídica en favor de la infancia desamparada, huérfana o abandonada, debe buscar el mayor acercamiento posible a una verdadera relación filiatoria. Pero ese objetivo no será logrado en todos los casos de la misma manera. Para unos lo más recomendable y hasta la única solución posible, será la adopción por personas extrañas; para otros tal solución podría llegar a ser lacerante. Pensemos en los casos en por diversas razones, el menor, ni siquiera conoció a sus progenitores biológicos, y desde edades tempranas (a veces desde que son lactantes), los abuelos o los tíos han tenido su custodia, llegando aquel a concebirlos como verdaderos padres. Con un sistema de adopción plena, si la misma se realizara por personas extrañas al menor, un buen día, a la pérdida inicial de los padres biológicos, se sumaría, la de los padres de crianza y entonces pudiera constituir una injusticia irreparable para el adoptado, no haberlo sido, por las personas que, para él, podían asumir mejor el rol de verdaderos padres.

Por supuesto, que tales valoraciones, no son absolutas, pues si en un caso determinado, se determina que, aún existiendo parientes del menor, con la intención de adoptarlo, lo que resulta más favorable para el mismo es la adopción por persona extraña, esa debe ser la solución que prevalezca.

Como hemos visto, la normativa jurídica cubana, a lo largo ya de tres siglos diferentes, no ha excluido la adopción realizada por parientes del adoptado.

Sabemos que, en situaciones muy particulares, tras el velo de la adopción, se han tratado de ocultar violaciones a las disposiciones migratorias, intereses lucrativos y hasta sexuales, que nada tienen que ver con el fin social de dicha institución. Pero tales riesgos, no son exclusivos de la adopción entre parientes y considero que cualquier modificación que el legislador cubano introduzca en este sentido ha de ser para excluir del acceso a la adopción, tanto a personas extrañas al menor, como a parientes del mismo, que no reúnan los requisitos establecidos por ley o sencillamente, que no busquen en la promoción de este instituto, el fin social y humano que entraña.

Creo, además, que, aunque la adopción plena sea la que se aplique como regla,

sobre todo en los supuestos en que el adoptado no mantenga vínculos con la familia biológica; la adopción simple no debe ser excluida en términos absolutos de nuestro ordenamiento jurídico, no sólo para los casos de adopción del hijo natural de uno de los cónyuges, sino para cualquier otro, en que tal solución represente el interés superior del niño.

Como ha afirmado en diversos foros la Catedrática cubana Olga Mesa Castillo, aunque "... la tendencia global es hacia la adopción plena, como vía más lógica para luchar contra el mal de la niñez abandonada, las legislaciones nacionales sobre adopción deben acoger ambos tipos de adopción, la plena y la simple, pues de esta forma se daría respuesta a situaciones diferentes de las más lógica viabilización en beneficio del menor con un tipo de adopción que el otro".[11]

V. A modo de conclusiones:

La adopción es la institución del ordenamiento jurídico que permite dar una familia a menores que no la tienen. Es la ficción creada por el Derecho para equiparar los lazos que se crean entre la familia biológica y la adoptiva. Con independencia del tipo de adopción que se acoja y del vínculo o no de parentesco que pueda existir entre adoptantes y adoptados, lo importante es hacer prevalecer en cada caso, el respeto al interés superior de la infancia, consagrado en la Convención de los Derechos del Niño.

El privilegio de ser una jurista cubana, que vive en Cuba, me ha dado la posibilidad en estas líneas de referirme a un tema tan puntual, como lo es el abordado hasta aquí. No por ello, paso por alto los dilemas mayores que en países hermanos, enfrentan los niños y niñas, para los cuales sus familiares más allegados siguen siendo en el siglo XXI, otros niños que, a su lado, integran el ejército de niños en y de la calle, de soldados infantiles, y lo que es más tristes de los que ejercen la prostitución o el tráfico de drogas para poder subsistir.

Que la adopción sea entonces un llamado a la esperanza y un arma en manos de los hombres y mujeres de ley, para hacer realidad la frase, alguna vez dicha por todos, de que madre y padre no son sólo quienes engendran, sino también y especialmente, todos los seres humanos capaces de dar amor, de dar un hogar, de dar una familia a quienes todavía hoy no la tienen.

[11] Mesa Castillo, Olga. "Principales tendencias en el tratamiento jurídico a la institución de la adopción". Libro: "El Derecho de Familia y los Nuevos paradigmas". Tomo II. X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, septiembre de 1998. Rubinzal-culzoni editores.

BIBLIOGRAFIA:


- Carrera Cuevas, Delio: "Derecho Romano". Editorial Pueblo y Educación, 1980.
- Camacho Meléndez, Iris M: "La valoración de la adopción en la sociedad contemporánea: apuntes para un análisis de la legislación puertorriqueña". Ponencia publicada en la Revista Estado, Derecho y Globalización. Editorial Barco de Papel, Mayagüez, Puerto Rico. Volumen II, Num.2, junio 1998.
- Estevez Brasa, Teresa M.; Ana María Carrasco y Luis Méndez: "La adopción en el Código Civil, Ley 24.779". Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.
- Gómez Treto, Raúl: "La adopción de hijos en el Derecho histórico, comparado, internacional y cubano y la protección a la niñez y la juventud. Revista Jurídica 3, abril - junio 1994, Año II: Departamento de Divulgación del Ministerio de Justicia de la República de Cuba.
- Mesa Castillo, Olga: "Principales tendencias en el tratamiento jurídico a la institución de la adopción". Ponencia publicada en el Libro: El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. X Congreso Mundial de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, septiembre 1998. Tomo II, Rubinzal-culzoni, editores.


LEGISACION CONSULTADA:


- Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. Los niños y sus derechos. Editorial Pueblo y Educación, Ministerio de Educación, 1997.
- Código Civil hecho extensivo a Cuba, por Real Decreto de 31 de julio de 1889. Concordado y anotado hasta el 8 de marzo de 1975. Publicación Oficial del Ministerio de Justicia.
- Código de Familia de a República de Cuba. Ley 1289 de 14 de febrero de 1975 (Anotado y concordado), Divulgación del Ministerio de Justicia, a Habana, 1987.
- Código de Familia de Panamá, Ley No.3 de 17 de mayo de 1994.
- Código Civil de Puerto Rico, enmendado por a Ley No. 8 de 1995.
- Decreto Ley No. 76, de a adopción, los hogares de menores y las familias sustitutas, de 20 de enero de 1984.
- Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, Ley No 7 de 19 de agosto de 1977. Colección Jurídica. Divulgación MINJUS, Año 1999.
- Ley No 24.779 Adopción en Argentina. M. A. Sansó - Editor, 1997.

# DERECHO DE FAMILIA

CUARTA PARTE

Parentesco

Obligación legal de Alimentos

Tutela

Otras instituciones de guarda y protección

# NOTAS SOBRE EL PARENTESCO

Dr. Daimar CÁNOVAS GONZÁLEZ
Profesor Titular, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.
Presidente de la Cátedra de Estudios Jurídicos, Instituto Superior de Tecnologías y Ciencias Aplicadas.

SUMARIO: 1. Antecedentes históricos. 2. Concepto. 3. Fuentes del parentesco. 4. Clasificación. 4.1. Del parentesco por consanguinidad. 4.2. Del parentesco por afinidad. 5. Cómputo del parentesco. 6. Efectos. 6.1 Efectos civiles y familiares. 6.2 Efectos penales. 6.3 Efectos procesales. 6.4 Incidencia en materia de Seguridad Social y Derecho tributario. 7. Extinción del parentesco.

## 1. Antecedentes históricos

Las pistas sobre el parentesco las podemos seguir, en primera instancia, a partir de los filósofos griegos. PLATÓN dice que el parentesco es la comunidad de los dioses domésticos, o sea, eran parientes en su concepción aquellos que tenían el mismo culto familiar. La misma idea puede seguirse de las palabras de PLUTARCO, para quien son hermanos los hombres que tienen el deber de hacer los mismos sacrificios, dar culto a los mismos dioses paternos y reposar en la misma tumba.[854] El culto de los muertos o de los antepasados sólo se realizaba por la línea paterna, no por la línea materna. En estas concepciones primitivas, la mujer no transmitía ni la existencia, ni el culto. La mujer, cuando contraía matrimonio, pasaba a la potestad del marido, y con ello renunciaba de modo absoluto a su familia propia, pues debía realizar las ofrendas a favor de los antepasados de su esposo, esto lo mismo en Grecia, en Roma, que en la India.[855]

El Derecho Romano no tenía un concepto unitario del parentesco, sino que distinguía entre parentesco agnaticio o civil y parentesco cognaticio o natural. La agnatio suponía que los unidos estaban bajo la potestad de la misma persona, o que lo hubiesen estado en caso de que ésta viviera. No suponía, pues, un vínculo carnal. El adoptado era pariente agnaticio del adoptante, y el emancipado, por el contrario, dejaba de serlo.[856] Era el parentesco agnaticio el que en Roma estaba ligado al culto familiar, y el único reconocido en la Ley de las XII Tablas. La familia agnaticia, por tanto, comprendía: en primer lugar, los que estaban bajo la potestad paterna o la manus del jefe de familia, entre ellos y con relación al pater. Además, los que habían estado bajo su autoridad o que lo estarían si el jefe familiar estuviese vivo y, por último, los que nunca estuvieron

854 Cit. pos., YUNGANO, Arturo R., Derecho de Familia (teoría y práctica), 3ra edición actualizada, Ediciones Macchi, Buenos Aires, s.f., p. 151.
855 DE COULANGES, Fustel, La ciudad antigua, 2da edición, Emecé Editores, Buenos Aires, 1951, pp. 75 y ss.
856 KIPP, Theodor y Martin WOLFF, Tratado de Derecho Civil, tomo cuarto Derecho de Familia, volumen segundo Relaciones paternofiliales y parentales, tutela, traducción de la 20ma edición alemana, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1946, p. 216.

bajo la potestad del padre, pero lo hubiesen estado de haber vivido entonces, como los nietos del pater que nacieron con posterioridad a su fallecimiento.[857]

La cognatio o parentesco cognaticio sí era un vínculo sanguíneo, y se establecía entre ascendientes y descendientes, y entre las personas que tenían un ascendiente en común. Los cognados entre sí sólo poseían de alguna manera vínculos afectivos, pero no jurídicos, pues estos originalmente estaban reservados para la familia civil, para los agnados si bien el Ius Civile sólo tenía en cuenta la agnatio, poco a poco el derecho pretoriano le reconoció algunos efectos, entre ellos el derecho a suceder.

El Derecho germánico, por su parte, distinguió entre el parentesco de la espada y el parentesco de la rueca.[858] El parentesco de la espada se establecía entre los varones y sólo por la línea masculina. El parentesco de la rueca se producía por vía materna. Esta diferencia no subsiste en la legislación alemana vigente, que no distingue entre parientes de línea paterna o materna. En el Derecho intermedio el parentesco de la espada todavía era tenido en cuenta con respecto a los feudos, bienes troncales y fideicomisos familiares.[859]

La afinidad, por su parte, fue un tipo de parentesco ya conocido por los hebreos, como muestran diversos pasajes de la Biblia. El libro de Levítico, en el capítulo concerniente a las normas de la unión conyugal, contemplaba ya normas que prohibían las relaciones sexuales entre madrastra e hijastro, nuera y suegro, entre otros.[860] El Derecho Romano también la conoció: fragmentos del Digesto y de la Instituta así lo revelan. En ésta última se puede leer que "…por respeto a la afinidad es también necesario abstenerse de ciertas nupcias. Así, por ejemplo, no es lícito casarse con la hijastra o con la nuera, porque ambas están en el lugar de hijas: lo que deberá entenderse, si fue tu nuera o tu hijastra; pues si todavía es nuera, esto es, si aun está casada con tu hijo, no podrás además por otra razón casarte con ella, porque la misma no puede estar casada con dos…" (Instituta, I, X, 6).

Pero fue el Derecho Canónico quien desarrolló el parentesco por afinidad en medida no conocida hasta entonces. Según la concepción cristiana sobre el matrimonio, que se remonta al libro del Génesis, marido y mujer se hacen una misma cosa al contraer matrimonio, fusionándose de tal forma que pasaban a ser una misma persona.[861]La consecuencia lógica de una unión de esa especie es que la comunidad de los esposos sea

---

[857] PETIT, Eugene, Tratado elemental de Derecho Romano, Editorial Saturnino Calleja S.A., Madrid, 1926, pp. 104-105.

[858] KIPP, Theodor y Martin WOLFF, op. cit., p. 217.

[859] La llamada sucesión troncal es la que se funda en la procedencia familiar de los bienes que forman la herencia del causante. Sigue, en donde es admitida, el principio paterna paternis, materna maternis, por el cual los bienes y derechos deben transmitirse a los parientes más próximos del causante en la misma línea de la cual recibieron los mencionados bienes y derechos. Este sistema altera "…la idea de universalidad y de continuidad de la personalidad del causante (…) sin dejar de mencionar que rompe con la igualdad de los coherederos…". PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Sucesión ab intestato" en, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coordinador), Derecho de Sucesiones, tomo II, 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 260.

[860] "No descubrirás la desnudez de la mujer de tu padre; es la misma desnudez de tu padre (…) No descubrirás la desnudez de tu nuera, es la mujer de tu hijo; no descubrirás su desnudez" (Levítico 18: 8, 15). Texto según la Biblia de Jerusalén, 2da edición revisada y aumentada, Desclee de Brouwer, Bilbao, 1975.

[861] "Por eso deja el hombre a su padre y a su madre y se une a su mujer, y se hacen una sola carne" (Génesis 2:24).

tal que lleguen a comunicarse sus respectivos vínculos consanguíneos.[862] Con el parentesco por afinidad se lograba ello; al mismo tiempo se establecía una relación entre los consanguíneos de una persona con su cónyuge y, se mantenía la distinción entre tres relaciones jurídicas de diferente orden, la consanguinidad, el matrimonio y la afinidad.

2. Concepto.

No contiene el Código de Familia de 1975 una definición general del parentesco, pues el artículo 117, que da inicio al capítulo relativo al mismo, se refiere directamente al parentesco por consanguinidad. Tampoco la contiene el Código Civil español, que dentro de las reglas de la sucesión intestada ubica las referentes al cómputo del parentesco, entre los artículos 915 y 923.

Otras legislaciones sí han ensayado una definición, pero con notables deficiencias. Así, el Código Civil argentino en su artículo 345 establece que el parentesco es "…el vínculo entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco". A todas luces esta definición corresponde exclusivamente al parentesco por consanguinidad, dejando a un lado el parentesco por afinidad, regulado en nuestro Código en el artículo 120. Olvidó también el legislador argentino que son parientes no sólo aquellas personas que tienen un antecesor común, sino aquellos que descienden unos de otros.[863]

A favor del Código de VÉLEZ SÁRSFIELD hay que apuntar que ciertamente ascendiente y descendiente tienen un antecesor común. De hecho, en la doctrina patria CHIKOC BARREDA define al parentesco por consaguinidad como "…aquella relación que se produce entre personas que descienden de un tronco común…".[864] Pero no puede perderse de vista que, en última instancia, el vínculo jurídico no se establece a partir de éste tronco común, sino del hecho biológico de la generación. El vínculo jurídico entre padre e hijo no procede del ascendiente común (el abuelo), sino de la relación filiatoria existente entre ellos. El antecesor común no es causa, es consecuencia del vínculo establecido.

Otra línea doctrinal ha intentado la definición a partir de las fuentes que le pueden dar origen. Así lo hace BORDA, para quien el parentesco es el "…vínculo jurídico que nace de lazos de sangre, del matrimonio o de la adopción".[865] Si bien esta definición supera las anteriores, pues pone en evidencia que la relación parental no sólo procede de la generación, se queda corta en cuanto a sus posibilidades de caracterizarla. No es suficiente, por ejemplo, decir que el parentesco también nace del matrimonio, pues no

---

[862] LÓPEZ HERRERA, Francisco, Derecho de Familia, 1ra reimpresión de la 2da edición actualizada, Banco Exterior – Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, pp. 70-71.

[863] BELLUSCIO, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, tomo 2, 1ra reimpresión de la 7ma edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 477.

[864] CHIKOC BARREDA, Naiví, "La relación jurídica sucesoria" en, Derecho de Sucesiones, tomo I, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), 1ra edición, Félix Varela, La Habana, 2004, p. 80. Esa línea sigue parte de la doctrina italiana. Vid., DE RUGGIERO, Roberto, Instituciones de Derecho Civil, volumen primero – Introducción y Parte General. Derecho de las personas, derechos reales y posesión, traducción de la 4ta edición italiana, Editorial Reus, Madrid, 1929, p. 378.

[865] BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil – Familia, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993. n. 15.

se precisa la cualidad de la relación, ni entre quiénes se establece, pues obviamente no es entre los cónyuges mismos.

Sin abandonar el ámbito latinoamericano, GRISANTI AVELEDO DE LUIGI en la doctrina venezolana conceptualiza el parentesco en términos absolutamente descriptivos, como "...el vínculo jurídico que existe entre dos personas, bien porque una desciende de la otra, bien porque ambas descienden de un autor o ascendiente común, bien porque una es pariente por consanguinidad del cónyuge de la otra, o bien porque entre ellas se ha creado un parentesco que no coincide con la realidad biológica...".[866]Es de destacar en este concepto la referencia a que la relación jurídica se establece entre dos personas, y ello con independencia de que varios sujetos sean al mismo tiempo parientes de otro. Sea más o menos extenso el grupo de los parientes de una persona, el vínculo jurídico ha de establecerse entre esa persona y otra u otras en concreto, individualmente. El Derecho no toma en cuenta al conjunto de individuos, sino a relaciones estrictamente unisubjetivas, en tanto en ambos polos de dichas relaciones sólo aparece una sola persona. Téngase en cuenta que A, hermana de B por línea materna, puede tener a su vez un hermano C por línea paterna. No se puede afirmar que entre las tres personas exista parentesco: sólo lo hay entre A y B, y entre A y C. Los sujetos B y C no estarán unidos por vínculo parental alguno.

Una definición de parentesco, debe pues satisfacer un mínimo de exigencias, que han sido puestas de relieve a partir del breve recorrido realizado por la doctrina y el Derecho Comparado:

- Ha de tener en cuenta la pluralidad de fuentes que pueden dar origen al parentesco.
- Debe precisar los sujetos entre los cuales existe el vínculo jurídico.
- Igualmente, no se puede obviar la extensión del mentado vínculo, pues a nadie escapa el hecho de que dos sujetos pueden tener un antepasado común, y no por ello son jurídicamente parientes, pues la falta de la proximidad adecuada conduce a su irrelevancia. Una interpretación literal de cualquiera de los textos legales citados haría de todos los hombres y mujeres parientes, lo cual, si bien no deja de ser atractivo por reforzar la comunidad de origen y destino que hay en todos, impulsando con ello la solidaridad, se disolvería por tanto la institución jurídica estudiada, al carecer de efectos jurídicos propios. Una persona psicológicamente equilibrada ordena sus afectos conforme a criterios determinados, pues le resulta imposible amar a todos sus semejantes con la misma intensidad.
- No podrá olvidar, igualmente, que esa extensión, esos límites por razones de seguridad jurídica, no pueden quedar al arbitrio de los individuos y las familias, sino que ha de ser iguales para todos. Sería inadmisible que mi obligación alimenticia fuera, por motivos muy subjetivos, más extensa o más estrecha que la de otra persona, por citar un ejemplo.

Una vez hechas estas precisiones, puede definirse el parentesco como la relación jurídica existente entre dos personas, que las hace miembros de una misma familia, sea por razón del matrimonio, o de la filiación, cualquiera que sea el modo en que haya

[866]GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, Lecciones de Derecho de Familia, 14ta edición, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2007, p. 51.

sido determinada, y que, en los límites que establece la ley, produce determinados efectos jurídicos, ya sea prohibiendo, permitiendo u obligando, en proporción a la proximidad del mismo.

Creo que una mirada integradora a las categorías del Derecho de Familia obliga a hacer la mutua referencia entre los conceptos de familia y parentesco, que no son idénticas, pero entre las cuales hay que precisar los lazos existentes. Ya MESA CASTILLO hacía mención a la existencia de dos sentidos bien distintos para el vocablo familia en la doctrina contemporánea: por una parte, en un sentido bien restringido, la familia es el grupo de personas constituido por la madre, el padre y los hijos sometidos a su potestad, que conviven en el mismo hogar.[867]En un sentido más amplio, familia es el conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco o matrimonio, vínculo relevante jurídicamente.

Salta a la vista la similitud entre la familia, entendida en este lato sensu citado últimamente, y el parentesco, tal como ha sido definido por buena parte de la doctrina. Tanto es así, que para ROCA I TRIAS, la familia en sentido amplio y el parentesco son una misma cosa. Dice la citada autora, al referirse a la familia nuclear que "…este es un concepto sociológico, que no ha sido aceptado de forma total por el ordenamiento jurídico, ya que se aceptan vínculos familiares más amplios. El concepto de familia en sentido amplio recibe la denominación de parentesco".[868]

No es posible compartir, pues, este criterio. A partir del concepto ofrecido más arriba, se puede establecer una distinción nítida entre familia y parentesco. Mientras que la primera constituye esa unidad intersubjetiva con un núcleo de intereses íntimos, unida por relaciones de parentesco o alguna forma de unión matrimonial, el parentesco es solo una de las posibles fuentes de esos lazos familiares. Efectivamente, entre los cónyuges existe de forma indubitada una relación familiar, pero no un vínculo de parentesco. Ese parentesco sí existe, en cambio, entre cada cónyuge y los parientes del otro, a lo que se denomina parentesco por afinidad. Es, pues, la familia, una categoría más general, que agrupa relaciones de naturaleza y efectos bien distintos. El parentesco es sólo una de las formas en que subsiste ese vínculo familiar.

3. Fuentes del parentesco.

Si bien la mayoría de los tratadistas abordan directamente las distintas clases de parentesco, luego de definirlo, creo que es útil distinguir entre las clases de parentesco y las fuentes del mismo. Las diferentes clases de parentesco no son más que una clasificación de éste vínculo atendiendo a los sujetos entre los cuales existe y a los efectos jurídicos que produce. Pero, de hecho, un mismo tipo de parentesco puede generarse en virtud de distintos acontecimientos. A este acontecimiento – hecho o acto jurídico -, al que la ley le reconoce aptitud para generar el vínculo parental, es al que llamo fuente del parentesco.

Pueden distinguirse, pues, tres fuentes del parentesco, que se manifiestan de modo diferente en las distintas clases o que incluso, son exclusivas de alguna de estas clases.

---

[867] MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia - Módulo 1, 2da reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 8-9.

[868] ROCA I TRIAS, E., "Familia y Derecho de Familia" en, ROCA I TRIAS, E. (coordinadora), Derecho de Familia, 3ra edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 26.

La primera de ellas es el hecho biológico de la procreación: entre procreador y procreado existe el parentesco por consaguinidad en línea recta en la mayor proximidad posible. El propio hecho de la procreación, es el que produce el parentesco por consaguinidad en la línea colateral, pues éste es el vínculo que une a una persona con los que han sido procreados por sus ascendientes, con independencia del grado en que éstos se encuentren.

El denominado parentesco por afinidad (artículo 120 del Código de Familia vigente) también tiene como fuente la procreación, pero ésta por sí sola no produce dicha relación jurídica. Se ha sostenido que el parentesco por afinidad es el que nace del matrimonio,[869]pero si bien el matrimonio es necesario, no es suficiente para la existencia de esta relación de parentesco. Piénsese, por ejemplo, en el matrimonio de dos personas, que carezcan ambas de parientes por consanguinidad. Dado el caso, habrá indudablemente vínculo matrimonial, pero nunca parentesco por afinidad. Luego, para que exista este tipo de parentesco hace falta ciertamente el matrimonio, pero siempre unido a la procreación, porque debe concurrir al menos un consanguíneo de uno de los cónyuges. En palabras de GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, "...la afinidad resulta de la combinación del matrimonio y de la consanguinidad entre cada uno de los cónyuges y terceras personas. Para que se establezca afinidad se requiere el matrimonio y, además, la consanguinidad".[870]

Existe todavía una tercera fuente, que no puede pasarse por alto para comprender plenamente el parentesco por consanguinidad. Si bien normalmente éste es producto de la generación, ello no es así en el caso de la adopción. El Código de Familia en su artículo 113 establece que "...las relaciones de parentesco y la obligación de dar alimentos surgidas por la adopción se regirán por lo dispuesto en el Título III...". No obstante, la ley no puede igualar lo que por naturaleza es diferente. El origen de la consanguinidad no es en este caso la procreación sino el acto jurídico de la adopción. Es la resolución judicial que aprueba la adopción la fuente del parentesco por consanguinidad en este caso: el auto, si se tramita en la jurisdicción voluntaria o la sentencia, en la jurisdicción contenciosa, de haber oposición a la misma.[871]

4. Clasificación.

Ya se ha apuntado que las clases de parentesco hacen referencia a los sujetos entre los que existe el vínculo y los efectos que éste produce. Es tradicional en este sentido la clasificación tripartita de parentesco por consanguinidad, por afinidad y adoptivo.[872]Otros autores llaman a éste último parentesco civil, en contraposición al denominado natural, procedente de la procreación.[873]En la doctrina alemana la orientación es ligeramente distinta. Al estudiar esta materia se distingue explícitamente entre parentesco y afinidad, considerando a ésta como un vínculo

[869] BORDA, Guillermo A., op. cit., n. 21.
[870] GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, op. cit., p. 58.
[871] CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara Noemí, "Parentesco – Alimentos - Derecho de visitas" en, A.A.V.V., Derecho de Familia, tomo segundo, 1ra edición, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1982, p. 332.
[872] CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara Noemí, op. cit., p. 336.
[873] Vid. notas de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER a KIPP, Theodor y Martin WOLFF, op. cit., p. 221.

jurídico distinto del parentesco, al no tener ni los mismos fundamentos ni similares efectos.[874]

La clasificación tripartita no parece la más adecuada a nuestro ordenamiento jurídico. En la adopción hay una forma distinta de constituir el parentesco; hay una fuente distinta, pero es el mismo parentesco. De hecho, el Código de Familia no se refiere a otras modalidades que no sean el parentesco por consaguinidad y por afinidad (artículos 117 y 120, respectivamente). Esta posición es reforzada por los cambios que introdujo en el Derecho cubano el Decreto Ley 76, De la adopción, los hogares de menores y las familias sustitutas, de 29 de enero de 1984, modificativo del Código de Familia. A partir de esta disposición, sólo subsiste en nuestro país la adopción plena, que rompe los vínculos entre el adoptado y su familia natural, creando a la vez lazos con el adoptante o adoptantes, de naturaleza semejante. A ello responde la letra del artículo 113 antes citado, conforme al cual las relaciones de parentesco entre adoptante y adoptado se regirán por las normas aplicables a la consaguinidad cuando ésta tiene su origen en la procreación.

Por los mismos motivos, tampoco considero que exista un parentesco civil, distinto del natural. El parentesco civil era definido como aquel que, "…por ficción de ley, existe (…) por virtud de la adopción entre adoptante y adoptado, y entre éste y la familia de aquél…".[875]Las categorías de adoptante y adoptado, sólo existen en el marco del acto jurídico que es la adopción; una vez que la misma ha sido acordada judicialmente, adoptante y adoptado son padre/madre e hijo, y ése es el parentesco que los une.[876]No hay distinción entre los efectos que se producen en uno u otro caso; el único elemento que permite separarlos es la fuente del parentesco, que como se apuntó supra, es la procreación, por una parte, y la resolución judicial que aprueba la adopción, por otra.

El Código de Derecho Canónico de 1983, promulgado por Juan Pablo II, distingue entre consanguinidad y "parentesco legal". El canon 1094 invalida el matrimonio de quienes estén unidos por parentesco proveniente de la adopción, en línea recta y en segundo grado de la línea colateral, considerándolo como impedimento dispensable.[877]La legislación canónica considera así el parentesco proveniente de la adopción como distinto de la consanguinidad, cuando en realidad es una fuente distinta del mismo parentesco, como ya se apuntó. Tampoco debe despreciarse la inconveniencia de la denominación. En última instancia todo tipo de parentesco está reconocido en la ley, aunque en una perspectiva antropológica sea anterior a su positivización.

Aunque sin significación alguna en el Derecho patrio, no se puede preterir en esta exposición al parentesco espiritual o religioso, presente no obstante en nuestra cultura

---

874 LEHMANN, Heinrich, Derecho de Familia, volumen IV, 1ra edición española, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 35: "La afinidad descansa en el parentesco en conexión con el matrimonio". En el mismo sentido, puede verse KIPP, Theodor y Martin WOLFF, op. cit., pp. 218-220.

875 ESPÍN CÁNOVAS, Diego, Manual de Derecho Civil Español, volumen IV Familia, 1ra edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 301.

876 La doctrina española reciente, distingue entre los sujetos que deben prestar su consentimiento para que la adopción se produzca al adoptante y al adoptando, que serían quien pretende adoptar y quien será adoptado, pero una vez adoptado, se pede hablar con propiedad de padres e hijos, por no existir un régimen jurídico distinto para ellos. BLASCO GASCÓ, F., "La adopción" en, ROCA I TRIAS, E. (coordinadora), op. cit., p. 336.

877 Vid. REINA, Victor y Joseph MARTINELL, Curso de Derecho Matrimonial, 1ra edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, p. 347.

y en el habla común de nuestro pueblo. Este parentesco se produce a partir de la celebración de los sacramentos del bautismo y la confirmación.[878]El efecto fundamental en el Derecho Canónico tradicional de este tipo de parentesco era el impedimento matrimonial que existía entre padrino y ahijado, y entre bautizante y bautizado, además de obligaciones de orden moral. En la legislación canónica vigente, este impedimento ha sido suprimido.[879]

El Derecho Romano conoció igualmente la cuasiafinidad, que aparecía a partir de los esponsales entre los prometidos y entre cada uno de ellos y los consanguíneos del otro. "La cuasiafinidad originaba impedimentos matrimoniales entre cada uno de los prometidos y terceras personas; daba lugar a que se considerara adulterio la infidelidad de la prometida; hacía nacer a favor de cada uno de los prometidos el derecho de abstenerse de declarar en juicio contra los padres del otro; constituía circunstancia agravante en delitos cometidos por alguno de los prometidos…".[880]El antiguo Derecho Canónico adicionó a este supuesto el del matrimonio rato, no consumado, fuese éste válido o nulo; mientras que en el Derecho Canónico contemporáneo se denomina así al parentesco existente entre una persona y los consanguíneos de otra, existiendo entre ellas una unión de hecho, no un matrimonio formalizado. Se configura a partir de esta especie de parentesco el impedimento de pública honestidad.[881]

### 4.1. Del parentesco por consanguinidad

Realizadas estas precisiones previas, puede atenderse directamente el tema de las clases de parentesco. El parentesco por consanguinidad es aquel que se establece entre dos personas cuando una desciende de la otra o tienen ambas un ascendiente o autor común. Estas dos variantes en el parentesco por consaguinidad, son las que conforman las diferentes líneas a las que me referiré posteriormente, y vienen recogidas en el artículo 117 del Código de Familia.

Enseguida puede apreciarse la trasparencia del término, en tanto las personas están unidas al menos en parte por la misma sangre. En Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio se abunda en el origen etimológico del término: "Consanguinitas en latín quiere decir tanto en romance como parentesco, et es atenencia o ligamento de personas departidas que descenden una raíz. Et parentesco natural tomó este nombre de padre et de madre, porque de la sangre de amos á dos nascen los fijos: et por eso llaman al

---

[878] Entre los cristianos de tradición católica se admiten siete sacramentos, definidos por el Concilio de Trento (siglo XVI), donde se incluyen el bautismo y la confirmación. Ambos realizan y significan la incorporación a la Iglesia, por lo que exige que otros bautizados acompañen este acto (padrinos). Los cristianos de tradición evangélica o protestante no reconocen la confirmación como sacramento, y le dan al bautismo un carácter personalísimo tal, que impiden el bautismo de infantes y prescinden del parentesco espiritual.

[879] Las referencias que hace SÁNCHEZ MÁRQUEZ a los impedimentos matrimoniales, se basan en la legislación canónica ya derogada, el Codex Iuris Canonici, de 1917. SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, "El parentesco en el Derecho Mexicano (Tipos, grados y líneas)" en, SALAS ALFARO, Ángel, y Ricardo SÁNCHEZ MÁRQUEZ (colaborador), Estudios de Derecho Familiar, 1ra edición, Facultad de Derecho – Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, Sal Luis de Potosí, 1998, pp. 55-56.

[880] LÓPEZ HERRERA, Francisco, op. cit., p 77.

[881] Vid. canon 1093 del Código de Derecho Canónico.

parentesco en latín consanguinitas, porque del ayuntamiento de la sangre del padre et de la madre se engendran los fijos".[882]

Sentada la premisa sobre la existencia de un parentesco por consaguinidad, tanto cuando tienen como fuente la procreación, como la adopción, algunos autores distinguen entre consanguinidad natural y consanguinidad legal.[883]Habrá consanguinidad natural cuando el parentesco tenga su origen en la procreación, y consanguinidad legal, cuando lo tenga en la adopción. Claro que para precisar el tipo de consanguinidad presente en un caso concreto sólo hay que atender a la fuente del vínculo con el más inmediato ascendiente, no con el resto. Por citar un ejemplo. Si A adopta al menor B, lo unirá a él un parentesco por consanguinidad legal, manteniendo B la misma condición con respecto a C, padre de A y su abuelo, aunque el vínculo que una a C y A sea la consanguinidad natural.

Dentro del mismo parentesco por consaguinidad la doctrina tradicional distinguió entre parentesco legítimo, legitimado y natural, según la calidad del vínculo jurídico que unía a los padres. Parentesco por consanguinidad legítimo era el que unía al hijo concebido en justas nupcias, con sus padres y sus respectivas familias. También se consideraba como tal al concebido y nacido en matrimonio declarado nulo, en virtud de la doctrina del matrimonio putativo, que desde sus orígenes se concibió a favor de los hijos nacidos de estas uniones.[884]El Código Civil español suavizó aun más los rigores de la ineficacia matrimonial, siempre a favor de los hijos, al establecer que el matrimonio declarado nulo surtiría efectos para éstos, aunque ambos cónyuges hubiesen obrado de mala fe.

Se tenía por parentesco por consanguinidad legitimado, aquel correspondiente al hijo nacido fuera del legítimo matrimonio, que podía "...transformarse en legítimo con tal de que no se prohíba absolutamente el reconocimiento del hijo, o sea que no se trate de hijos adulterinos e incestuosos".[885]Esta legitimación se conseguía con el matrimonio posterior de los padres, unida al reconocimiento de los mismos antes de la celebración, en el propio acto o después de realizado.

No puede dejar de mencionarse el parentesco natural, presente cuando la generación se producía en una unión de personas no unidas por vínculo matrimonial, pero con aptitud para contraerlo. La filiación, y por tanto el parentesco como su consecuencia, sólo quedaba establecida por el reconocimiento de los padres o el ejercicio exitoso de una acción filiatoria. Este tipo de parentesco tenía efectos sui generis, pues sólo establecía una relación personal entre el hijo y el padre que lo reconoció, no con el resto de los parientes del padre. El artículo 366 del Código Civil argentino establecía que los parientes ilegítimos (entendiendo por tales simplemente los

---

[882] Cit. pos SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, op. cit., p. 44

[883] GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, op. cit., pp. 52-53.

[884] Subraya la Dra. MESA CASTILLO que "...fue precisamente para paliar las consecuencias de ilegitimidad de los hijos de matrimonios contraídos de buena fe con impedimento de parentesco, que la Iglesia instituyó esta figura antes del siglo XIII como un remedio al gran número de personas que celebraban matrimonios nulos de absoluta buena fe dada la extensión exagerada de las prohibiciones de matrimonio entre parientes por el propio Derecho Canónico". MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia – Módulo 2 (sexta parte) Nulidad del matrimonio, 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 67.

[885] DE RUGGIERO, Roberto, Instituciones de Derecho Civil, volumen primero – Introducción y Parte General. Derecho de las personas, derechos reales y posesión, traducción de la 4ta edición italiana, Editorial Reus, Madrid, 1929, p. 380.

extramatrimoniales) sólo adquirían los derechos expresamente determinados por ese cuerpo legal,[886]mientras que en el Derecho tradicional alemán los hijos ilegítimos propiamente dichos no estaban ligados por parentesco alguno con su padre, ni con la familia consanguínea de éste.[887]

Aún dentro del parentesco ilegítimo, en los tratadistas se distingue entre el parentesco extramatrimonial adulterino, incestuoso y sacrílego.[888]En el parentesco adulterino, ambos padres no podían contraer matrimonio entre sí, porque alguno de ellos o incluso ambos estaban unidos en matrimonio anterior en el momento de la concepción. En el denominado parentesco incestuoso tampoco podían contraer matrimonio, al existir entre ellos el impedimento matrimonial dirimente de parentesco. Por su parte, se habla de parentesco sacrílego en aquellas legislaciones en que se prohíbe que los ministros del culto católico contraigan matrimonio, por lo que se le daba esta categoría a los concebidos en uniones de esta naturaleza.

A todas luces no es posible en nuestro ordenamiento sostener una diferenciación del parentesco fundada en la naturaleza del lazo marital de los padres. El artículo 65 del Código de Familia, siguiendo el antecedente de la Constitución de 1940, establece la igualdad absoluta de los hijos cualquiera que fuese el estado civil de los padres. Con ello también responde a los preceptos de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, que en su artículo 25.2 proclama: "Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social". Aún la distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, si bien útil a los efectos de la determinación de la filiación, no lo es con relación al parentesco, pues éste sólo existe una vez que la filiación ha sido establecida. Si bien comúnmente se trata esta materia en sede de filiación, su estrecha relación con el parentesco justifica su mención aquí. Ese vínculo es puesto de relieve por el Código Civil de Venezuela, que en su artículo 234 establece: "Comprobada la filiación, el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio tiene la misma condición que el hijo nacido o concebido durante el matrimonio con relación al padre y a la madre y a los parientes consanguíneos de éstos".

Dentro del parentesco por consaguinidad y especialmente para los hermanos, la doctrina histórica distinguió entre hermanos germanos, hermanos consanguíneos y hermanos uterinos. Son hermanos germanos aquellos que tienen en común el padre y la madre. Estos también son llamados hermanos bilaterales o de doble vínculo, como lo hace el Código de Familia en el artículo 5.1 referente a las prohibiciones relativas para contraer matrimonio. Hermanos consanguíneos son aquellos que sólo tienen en común al padre, mientras que los uterinos sólo tienen en común la madre, apareciendo todos en diversas legislaciones con el nombre de unilaterales o de un solo vínculo.

En el Derecho Comparado se ha tenido en cuenta la mayor proximidad existente entre los hermanos germanos para derivar efectos jurídicos diferenciados. El Código Civil italiano de 1865, por ejemplo, exigía esa cualidad para la delación de la tutela (artículo 252 y siguientes), correspondiéndoles el doble de la cuota hereditaria que a los hermanos de un solo vínculo (artículos 740 y 741). El vigente Código Civil de la República Dominicana, en su artículo 733 establece que "…los parientes uterinos o

[886] CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara Noemí, op. cit., p. 336.
[887] KIPP, Theodor y Martin WOLFF, op. cit., p. 218.
[888] LÓPEZ HERRERA, Francisco, op. cit., pp. 58-59.

consanguíneos no son excluidos por los carnales, pero no toman parte más que en su línea…". En el Derecho patrio esta distinción carece de interés, pues el precitado artículo 5 de la principal ley sustantiva en materia familiar, prohíbe el matrimonio tanto para los hermanos de uno o doble vínculo, sin que se haga distinción además en el artículo 148.5 referido a la delación de la tutela de los mayores de edad, o en los artículo 108 y 110, con respecto al derecho de oposición e impugnación de la adopción. Tampoco el artículo 521 del Código Civil vigente hace distinción al incluir en el quinto llamado a los hermanos y sobrinos del causante, o al conferirle la representación del declarado ausente (artículo 33.2).

Aunque de escasa relevancia en el orden estrictamente jurídico, se pueden distinguir en la consanguinidad el llamado parentesco simple y el parentesco doble. El parentesco simple es el que existe entre dos personas, sin que entre ellas medie otra relación de parentesco distinta. Por el contrario, se denomina parentesco doble a aquella relación que vincula a dos sujetos, los cuales están emparentados tanto por línea materna como paterna. Se cita el caso no tan infrecuente de que dos hermanos contraigan matrimonio con dos hermanas, pues el hijo nacido de cualquiera de éstas uniones, serán primos hermanos en ambas líneas.[889]Digo que esta situación tiene relevancia casi nula pues no aporta un efecto jurídico distinto de aquellos que se derivan de los respectivos lazos de parentesco, de forma independiente.

### 4.2. . Del parentesco por afinidad

La definición clásica del parentesco por afinidad es la que trae el Código de Familia en su artículo 120: "Los parientes de un cónyuge lo son del otro, por afinidad, en la misma línea y grado". Es el parentesco que vincula a una persona con los parientes consanguíneos de su cónyuge, dice de forma casi unánime la doctrina.[890]

La confluencia de los autores contrasta, en cambio, con la insuficiencia de la definición aportada. Una interpretación literal de la misma hace arribar a conclusiones poco coherentes con el conjunto del ordenamiento jurídico. Un caso concreto pondrá de manifiesto la veracidad de esta afirmación: si la señora A es la madre de la esposa B del señor C, A sería pariente por afinidad de C, según el texto del artículo 120 del Código de Familia, por ser pariente por consanguinidad del cónyuge de C; en cambio, C no sería pariente por afinidad de A, pues estos son los parientes consanguíneos de su cónyuge (el cónyuge de A), entre los cuales no tiene por qué encontrarse C. La conclusión es evidente. Se trataría la afinidad de un tipo de parentesco unilateral, en el cual el hecho de que una persona sea pariente por afinidad de otra, no indicaría que ésta última lo sea a su vez de la primera.

Una idea semejante no resiste un análisis algo más profundo. La existencia de un parentesco unilateral, en el sentido indicado en el párrafo anterior, rompería con la noción misma de parentesco, que es común a la consanguinidad. Aún en los casos en que los sujetos situados en ambos polos de la relación jurídica tienen distinta denominación, el parentesco que los une es el mismo: tío y sobrino son parientes por

[889] SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, op. cit., p. 46.
[890] BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., p. 477. Dice CADOCHE DE AZVALINSKY que es "…el que nace con la celebración de un matrimonio y se establece entre cada cónyuge y los parientes consanguíneos del otro", CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara Noemí, op. cit., p. 337.

consanguinidad en la línea colateral en tercer grado, igual que padre e hijo lo son en primer grado de la línea directa. No es posible afirmar que la suegra sea pariente del yerno, y no el yerno de la suegra.

Ahora, aun admitiendo semejante concepción, ello conduciría a soluciones absurdas. Piénsese en el artículo 11, apartado ch), de la Ley de Notarías Estatales de Cuba, que establece la imposibilidad para el Notario público de autorizar un instrumento en que las partes o testigos sean parientes suyos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si en el supuesto anterior C es Notario, no puede autorizar testamento otorgado por su suegra A, en cambio si el Notario es A, sí podría autorizar testamento otorgado por su yerno C. Una interpretación literal del citado artículo 120 del Código de Familia, pues, conduciría a vulnerar una norma imperativa, pues la misma proximidad se da en un caso como en el otro.

Por ello, habría que completar la definición del parentesco por afinidad, y afirmar que éste consiste en la relación que se establece entre una persona y los consanguíneos de su cónyuge, así como entre esa persona y los cónyuges de sus consanguíneos. El propio sentido común avala esta idea. Todos llamamos cuñado, tanto el hermano de nuestra esposa, como al esposo de nuestra hermana. De ahí que otros autores hayan optado por una definición que, si no tan explícita como la que propongo, permite llegar a similares conclusiones. GRISANTI DE AVELEDO DE LUIGI afirma textualmente que "…es el vínculo que existe entre dos personas por ser una de ellas pariente por consanguinidad del cónyuge de la otra".[891]

La doctrina alemana sigue además éste criterio. Ya se apuntó como la afinidad para estos autores es cosa distinta del parentesco,[892]pero afirman explícitamente su extensión más allá de los parientes consanguíneos del cónyuge de una persona. "Comprende (…) no sólo lo que en la vida corriente se llama afinidad (cuñado, cuñada, suegro, etc.), sino también una parte de los casos del llamado en alemán Stiefverwandtschaft: el padrastro y la madrastra son desde el punto de vista jurídico afines del hijastro".[893]Así pues, en el Derecho germano, al contraer matrimonio el hijo, existe afinidad entre la esposa y los parientes consanguíneos del hijo y, por tanto, tan afín es la esposa de los parientes consanguíneos, como éstos de la esposa. La doctrina italiana sigue en este punto también a la alemana. Apunta en este sentido DE RUGGIERO que, "…podemos adquirir vínculos de afinidad con el matrimonio nuestro o con el de las personas que son parientes nuestros, puesto que así venimos a ser afines del cónyuge con que nuestro pariente contraiga matrimonio".[894]

Las ideas expuestas sobre la afinidad no estarían completas, sin embargo, si no se aclarara al propio tiempo, entre quiénes no existe este tipo de parentesco, dada la confusión que puede traer su vínculo estrecho con el matrimonio. No existe, en primer lugar, parentesco por afinidad entre los cónyuges. El vínculo conyugal es cualitativamente distinto el parentesco, e incluso, en muchas ocasiones la ley le da carácter preferente sobre éste. No pueden olvidarse las normas que regulan el concurso de alimentantes (artículo 124 del Código de Familia), que colocan el primer lugar al cónyuge y luego a los parientes; el mismo orden que se sigue para el

[891] GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, op. cit., p. 58.
[892] Vid. nota 18.
[893] KIPP, Theodor y Martin WOLFF, op. cit., pp. 218-219.
[894] DE RUGGIERO, Roberto, op. cit., p. 383.

llamamiento a desempeñar el cargo de tutor de un mayor de edad (artículo 184 del mismo cuerpo legal). Los cónyuges no son parientes, son simplemente cónyuges.[895]

Igualmente, no existe parentesco por afinidad entre un cónyuge y los afines del otro. Estos últimos serán, o consanguíneos del primer cónyuge, lo que hace inútil la afinidad, o cónyuges de los consanguíneos del segundo, por lo que tampoco existirá afinidad entre ellos. Esta regla la consagró el Derecho Canónico, en el que se afirmaba que affinitas non parit affinitatem. No son afines también los consanguíneos de un cónyuge con los consanguíneos del otro, de acuerdo al principio adfines intes se non sunt adfines. Así lo consagra explícitamente el Código Civil argentino en su artículo 364:"…el parentesco por afinidad no induce parentesco alguno para los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges en relación a los parientes consanguíneos del otro cónyuge". Si bien en la conversación corriente se habla de consuegros y concuñados, no existe vínculo jurídico alguno entre las personas que tienen esa situación con respecto a los cónyuges. Fuera de los lazos afectivos que puedan existir, no se deriva de los mismos ningún efecto jurídico.

De especial relevancia en nuestro ordenamiento jurídico es el reconocimiento de la unión matrimonial no formalizada. Como es conocido, la unión heterosexual en la que estén presentes los requisitos de singularidad, estabilidad y aptitud legal, será reconocida como matrimonio, con efectos retroactivos, por el período de tiempo en que dicha unión existió. Una de las diferencias señaladas entre el matrimonio así reconocido y el matrimonio formalizado o matrimonio civil tradicional, es que el primero no genera parentesco por afinidad. Dice MESA CASTILLO que en éste tipo de unión "…se carece conforme a derecho de parentesco por afinidad, que se adquiere con el matrimonio legalizado y que termina con la extinción del mismo".[896]No puede la unión ser fuente del parentesco por afinidad antes del pronunciamiento judicial, pues es la sentencia la que reconoce la existencia del matrimonio. Tampoco puede tener tal efecto la resolución del tribunal, pues tiene al mismo tiempo efectos extintivos, y el ordenamiento jurídico patrio no prevé la subsistencia de la afinidad más allá de la extinción del matrimonio.

Sólo en el Derecho Canónico, contradictoriamente, hay una relación semejante a la afinidad, derivada de una unión de hecho, que impide el matrimonio. El canon 1093 regula el impedimento de pública honestidad, de modo que si ha existido matrimonio nulo o concubinato público y notorio, existe prohibición de contraer matrimonio posterior con el consanguíneo en línea recta, primer grado, del otro miembro de la pareja.[897]Surge así una suerte de afinidad sin matrimonio, al que también se ha denominado cuasi afinidad.[898]

---

[895] Se cita la opinión de jurisconsultos romanos, para los cuales el vínculo entre marido y mujer sí era constitutivo de afinidad, incluso el existente entre esposos (aquellos que habían celebrado esponsales): Excipiunt et ad finium personae ut socer socrus gener norus vir et uxor sponsus et sponsa. Ibídem.

[896] MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia – Módulo 2, 2da reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 84.

[897] REINA, Victor y Joseph MARTINELL, op. cit., p. 347.

[898] LÓPEZ HERRERA, Francisco, op. cit., pp. 77-78.

5. Cómputo del parentesco.

El cómputo del parentesco tiene como finalidad elemental determinar su proximidad. La ley, en muchas ocasiones, hace derivar efectos jurídicos de forma exclusiva si existe adecuada proximidad. Así, la determinación del parentesco concreto que une a dos personas exige tres elementos: en primer lugar, el tipo de parentesco, al que se hizo referencia supra. Además, la línea y el grado de parentesco. Parentesco, línea y grado se convierten entonces en las tres coordenadas que permiten caracterizar plenamente la relación de parentesco. Paso brevemente a definir estas categorías, para luego exponer las reglas para el cómputo del mismo.

Se denomina grado de parentesco, según BORDA, al "…vínculo entre dos individuos de generación sucesiva".[899]Sigue en ello el texto del Código Civil argentino, que en su artículo 347, define al grado como "…el vínculo entre dos individuos, formado por la generación". Con más acierto, en mi opinión, se ha afirmado que el grado es "…la medida de la distancia mutua entre dos consanguíneos. Cada generación equivale a un grado. Un grado de parentesco es la distancia que hay entre dos personas engendrada una por otra".[900]En ese sentido se pronuncian los códigos civiles de España y República Dominicana.[901]

El grado es, pues, la distancia que media entre dos personas a las cuales une el parentesco por consanguinidad, que expresa el número de generaciones existente entre ellos. Luego, entre padre e hijo existirá el primer grado de parentesco, segundo grado entre abuelo y nieto, tercer grado entre bisabuelo y bisnieto, etc. El grado reviste trascendental importancia en la sucesión intestada, por ejemplo, donde el grado más próximo excluye al más remoto, conforme al principio de prelación de grado (artículo 511 del Código civil cubano).[902]No obstante, el grado no es el único criterio a tener en cuenta en el parentesco, pues en el propio ejemplo, la prelación de grado sólo se produce dentro de cada línea: si al causante le sobreviven su hermano y su bisnieto, será preferido su bisnieto en la sucesión, por corresponderle el primer llamado, aunque medien más generaciones entre uno y otro.

La línea de parentesco es la serie ininterrumpida de grados que existe entre dos personas. Así lo establecen el artículo 736 del Código Civil de la República Dominicana: "La serie de grados forma la línea…", y el artículo 347 del Código de VÉLEZ SÁRSFIELD: "…la serie no interrumpida de grados". La doctrina reconoce dos líneas fundamentales: línea recta y línea colateral. Se llama línea recta la serie de grados existentes entre dos personas, una de las cuales desciende de la otra. La línea recta o directa puede a su vez dividirse en dos. La línea recta ascendente es la sucesión de grados que une a una persona con aquellas de las cuales desciende. La línea recta descendente es la que une la persona de referencia con aquellos que descienden de ella.[903]

---

[899] BORDA, Guillermo A., op. cit., n. 16.
[900] GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, op. cit., p. 53.
[901] "La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado" (artículo 915 del Código Civil español). "La proximidad del parentesco se gradúa por el número de generaciones; y cada generación se llama grado" (Código Civil de la República Dominicana).
[902] PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., op. cit., p. 244.
[903] CHIKOC BARREDA, Naiví, op. cit., p. 80; GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, op. cit., p. 53; BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., p. 478.

Otra perspectiva es la que adopta el Código Civil argentino. Según el artículo 349, se identifican tres líneas: descendente, ascendente y colateral. Salta a la vista que la línea ascendente y la descendente no poseen autonomía, pues pueden ser agrupadas bajo el concepto de línea recta aportado más arriba. Ambas requieren de la existencia de dos personas, de las cuales una desciende de la otra. La única distinción posible es el punto de referencia. Si se toma como punto de partida al nieto, por ejemplo, el parentesco que lo une con su abuelo se encuentra en la línea recta ascendente, en cambio, si se toma como referencia al abuelo, se tratará de la línea recta descendente.[904]No obstante, no es intrascendente la clasificación dentro de la línea recta, pues en el orden sucesorio la línea recta descendente excluye a la ascendente, salvo que se trate de padres no aptos para trabajar y que dependan económicamente del causante (artículos 514 y 515 del Código Civil cubano), y el derecho de representación queda excluido en la línea ascendente (artículo 512).

La línea colateral o transversal es aquella que agrupa los grados o generaciones existentes entre dos sujetos que descienden ambos de un antepasado común, pero no uno de otro. Así lo expresa el artículo 117.2 del Código de Familia, al referirse a las personas que "...no siendo descendientes unas de otras, descienden de una misma persona". Un sector de la doctrina, para explicar la naturaleza de la línea colateral, acude al concepto de rama. La línea colateral "...es la que relaciona a personas ubicadas en distintas ramas que parten de un genitor común".[905]Se llaman ramas las varias líneas rectas de parentesco que parten de una misma persona, que a su vez recibe la denominación de tronco o progenitor común. Estos conceptos son los que emplea el artículo 348 del Código Civil de la nación argentina, que afirma que el tronco es "...el grado de donde parten dos o más líneas..." y que rama son cada una de las líneas que parten del tronco "por relación a su origen".

En palabras de MESA CASTILLO, "…se llama computación del parentesco, al sistema de contar la cercanía o distancia que media entre una generación y otra de parientes".[906] Para el cómputo del parentesco, pues, es necesario el dominio de las categorías de grado, línea, tronco y rama. A partir de estos antecedentes, se pueden caracterizar dos sistemas para la realización del mencionado cómputo: el sistema romano y el sistema germano. El cómputo de inspiración germana fue adoptado por el Derecho Canónico aproximadamente desde el siglo VII, y en el pasado siglo fue utilizado en el Código de Derecho Canónico de 1917, y abandonado por el Código de 1983. El sistema de inspiración romana fue el que adoptó la codificación civil en Europa, y el que sigue el Código de Familia. Ambos sistemas no difieren en cuanto a las reglas aplicables a la línea recta o directa: si grado de parentesco es el número de generaciones que media entre dos personas, existirán tantos grados como nacimientos existan a partir del sujeto de referencia. Abuelo y nieto estarán unidos en la línea recta, segundo grado, pues a partir del abuelo se habrán producido dos nacimientos, el del hijo y el del nieto. Esta operación, a la que se llama computación por saltos, puede ser sustituida por otra: se cuenta el número de personas que intervienen en el cómputo, y se resta una unidad. En el mismo caso anterior tendríamos tres personas, abuelo, padre y nieto; le

[904] BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., p. 478.
[905] CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara Noemí, op. cit., p. 333.
[906] MESA CASTILLO, Olga, Orientaciones para el estudio. Asignatura: Derecho de Familia, 1ra reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998, p. 73.

restamos una unidad y determinamos el grado, segundo.[907]Este esquema utiliza el Código Civil de Venezuela en su artículo 39: "En ambas líneas hay tantos grados cuantas son las personas menos una".

Las diferencias aparecen en el cómputo de la línea colateral. El sistema germano, en esta línea, contabiliza los grados existentes desde un extremo de la relación, cualquiera de ellos, hasta el ascendiente común, cuando la línea era igual. Se llamaba línea colateral igual a aquella que existía cuando las personas cuyo parentesco se pretendía determinar guardaban igual distancia en relación al tronco común. Frente a ella existía la línea desigual o dispar, cuando uno de los sujetos estaba más próximo del autor común. En caso de desigualdad en las líneas, se tomaba en cuenta sólo la línea más larga.[908]Así, entre hermanos, siempre según el sistema germano, habrá primer grado de consanguinidad en la línea colateral, y entre primos, segundo grado en la misma línea. Tratándose de tío y sobrino, el parentesco que los una será el segundo desigual en la línea colateral, pues sólo se toma en cuenta la línea más larga, que es la que une al sobrino con el tronco común, su abuelo.

El sistema romano, en esta propia línea colateral, se toman en consideración las dos líneas que descienden del antecesor común. Así lo establece el artículo 118 in fine, del Código de Familia: "En la colateral el grado se determina por el número de generaciones que las separan entre sí pasando por el ascendiente común". Igual de explícito resulta el Código Civil español, en un precepto aún más transparente: "En la línea colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación…" (artículo 918). De esta manera, según el sistema romano en la línea colateral no existe el primer grado, sino que el parentesco más cercano será el segundo grado, correspondiente a los hermanos, siguiéndole el tercer grado para tío y sobrino, cuarto grado para los llamados primos hermanos, etc. Ello se pone manifiesto en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano: "…una cognación se cuenta hacia arriba, otra hacia abajo, y otra transversalmente, la que también se llama lateral. La cognación superior es la de los ascendientes, la inferior la de los descendientes y la transversal la de los hermanos o hermanas, y de los que de ellos son habidos, y por consiguiente, la del tío y de la tía paternos, y la del tío y de la tía maternos. Y la consanguinidad superior e inferior comienzan ciertamente por el primer grado; más la trasversal se cuenta desde el segundo…" (Instituta, III, VI De gradibus cognationum).

El cómputo del parentesco por afinidad tiene rasgos peculiares. La afinidad no tiene grados propios, pues es un vínculo que se establece con ocasión del matrimonio, unido al hecho de la generación. Así lo pone de relieve DE RUGGIERO al declarar que "No tiene la afinidad grados propios ni podría tenerlos y para distinguir la mayor o menos proximidad se recurre a los grados y a las líneas del parentesco…".[909]De esta forma, aprovechando la relación existente entre procreación y parentesco por afinidad, es posible computar en él la proximidad del vínculo jurídico. Es el sistema seguido por el Código Civil argentino, que establece que el parentesco por afinidad "…se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad…" (artículo 363). El Código de Familia cubano, al ofrecer la definición

[907] CHIKOC BARREDA, Naiví, op. cit., p. 81.
[908] KIPP, Theodor y Martin WOLFF, op. cit., p. 217.
[909] DE RUGGIERO, Roberto, op. cit., p. 383.

del parentesco por afinidad, ya esclare el cómputo en el artículo 120: "Los parientes de un cónyuge lo son del otro, por afinidad, en la misma línea y grado".

Aplicando las reglas anteriores se puede determinar que entre suegro y nuera existe parentesco por afinidad en la línea recta, primer grado, y entre cuñados, parentesco por afinidad, línea colateral, segundo grado. El precepto antes citado de la principal ley civil argentina enumera una serie de ejemplos con fines ilustrativos, de los cuales voy a trascribir el último, por apoyar las ideas expuestas en torno a la bilateralidad de la afinidad: "Si hubo un precedente matrimonio, el padrastro o madrastra en relación a los entenado o entenadas, están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro o suegra en relación al yerno o nuera" (artículo 363).

## 6. Efectos.

Los efectos jurídicos del parentesco son las consecuencias que su existencia desencadena, consecuencias previstas en el Derecho positivo. Los autores abordan la cuestión de los efectos desde diferentes ángulos. Unos prefieren separar los diversos tipos de efectos, teniendo en cuenta si conducen a la imposición de deberes, al reconocimiento de derechos o al nacimiento de determinadas incapacidades, con independencia de la rama de Derecho en que estos efectos se producen.[910] Prefiero, no obstante, agrupar los efectos según el sector del ordenamiento jurídico en que estos se manifiestan. Los divido, pues, en efectos en el orden civil y familiar, en el orden penal, y en el procesal, añadiendo posteriormente algunas referencias en cuanto a la Seguridad Social y al ordenamiento tributario. Esta relación no pretende ser exhaustiva, pero sí abarcar los más representativos en la legislación vigente.

Antes de abordar los efectos concretos, paso a exponer las reglas que rigen los efectos del parentesco, aplicables en sentido general, tanto a la consanguinidad como a la afinidad. En primer lugar, ya se puso de relieve oportunamente como tanto el parentesco derivado del matrimonio, antes legítimo, como el nacido fuera del mismo, ilegítimo o natural, tienen los mismos efectos, como consecuencia del principio de igualdad entre los hijos establecido en el artículo 65 del Código de Familia. En segundo lugar los efectos son más intensos en la línea recta que en la línea colateral, y dentro de la primera, la línea descendente tiene prelación sobre la ascendiente. Ello tiene origen en los lazos afectivos, cuya profundidad sigue generalmente el orden antes indicado. Por último, los efectos del parentesco, dentro de cada línea, van disminuyendo en la medida en que el parentesco es más lejano.[911]

### 6.1 Efectos civiles y familiares

La exposición de los efectos de esa relación jurídica a la que llamamos parentesco en la legislación civil y familiar, se hace siguiendo un orden aleatorio, sin establecer prelación alguna entre ellos. Muchas veces se realiza una breve referencia a la institución relacionada, sin abundar en aspectos cuya profundización merece un análisis más detallado.

[910] LÓPEZ HERRERA, Francisco, op. cit., pp. 67-70.
[911] Idem, pp. 65-66.

Uno de los efectos más relevantes del parentesco lo es el hecho de constituirse en fuente privilegiada de la obligación de dar alimentos. Así lo reconoce el Código de Familia, que en el artículo 123, apartados 2 y 3, menciona a ascendientes, descendientes y hermanos. Incluso, cuando se trata de hijos menores de edad, es el parentesco exclusivamente la fuente de dicha obligación, sin que sea necesaria la presencia del requisito que la doctrina ha denominado situación de penuria, como carencia "....de recursos económicos...", que impidan al alimentista "...obtener los alimentos por sí mismos, por razón de edad o de incapacidad" (artículo 122.2 del Código de Familia).

En el cuerpo legal anteriormente citado, hay que subrayar también la presencia de los impedimentos matrimoniales. Son éstos aquellas circunstancias que obstaculizan la celebración del matrimonio, de carácter absoluto o relativo, y que de estar presentes en el mismo, lo hacen nulo, tal como están configurados legalmente.[912]Entre los impedimentos relativos, de orden dirimente o anulatorio, está precisamente el parentesco, que se reduce en el caso cubano a la línea recta ascendente o descendente y a los hermanos de uno o doble vínculo (artículo 5.1). La prohibición es entonces ilimitada en la línea recta y limitada hasta el segundo grado en la línea colateral. A ello se debe adicionar que, a pesar de la redacción del artículo 5.2 que limita el impedimento a adoptante y adoptado, la prohibición en esta sede debe tener la misma extensión que cuando la consaguinidad tiene como fuente la generación, a tono con la recepción desde 1984 de la adopción plena en nuestro ordenamiento (artículo 113).[913]

En el orden sucesorio, el parentesco es fuente de la vocación hereditaria dentro de la sucesión intestada. Siendo la vocación hereditaria la aptitud presente en un sujeto, que le abre la posibilidad de adquirir los derechos hereditarios del causante, a falta de testamento o no agotando el mismo la totalidad de las relaciones jurídicas trasmisibles por causa de muerte, es la ley la que atribuye esa condición. "La vocación (...) encierra un llamamiento, pero mucho más abarcador respecto del círculo de personas que pueden estar contenidas en él. De ahí que puedan estar comprendidas todas aquellas personas vinculadas con el causante y que, en consecuencia, puedan tener cierta expectativa a heredar (...) en la ab intestato lo esencial es la existencia de un vinculo parental o conyugal dentro los grados y órdenes reconocidos en el Derecho positivo".[914]Los artículos 514 al 521 contienen los diferentes órdenes sucesorios, y de los cinco llamados existentes, cuatro tienen como fuente el parentesco (los referidos a los descendientes, padres, demás ascendientes y hermanos o sobrinos del causante). De hecho, entre los argumentos de naturaleza objetiva esgrimidos por la doctrina para fundamentar la sucesión intestada, está precisamente el vínculo de parentesco o

---

[912] MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia – Módulo 2, 2da reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 34-36.

[913] Un ampliación sobre los argumentos que justifican esta afirmación puede buscarse en: CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, "El régimen de ineficacia del matrimonio en Cuba", ponencia presentada en la V Conferencia Internacional de Derecho de Familia, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana - Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 12-14 de mayo de 2009, accesible en Red Mundial de Juzgadores de Asuntos Familiares (http://www.projusticiafamiliar.org/projusticia/mundial/PonCuba/PonenciaCubaV.pdf, primero de septiembre de 2009).

[914] PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Constitución del derecho hereditario" en, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coordinador), Derecho de Sucesiones, tomo I, 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 111.

matrimonio que une a los beneficiarios de la misma con relación al causante, y el consiguiente deber de protección derivado de esos lazos.

En el propio ámbito sucesorio, el parentesco es causa de incapacidad relativa para suceder. Se concibe aquí al parentesco como una circunstancia que hace presumir una captación de la voluntad del causante, debido a los mismos lazos afectivos existentes entre el Notario Público y sus parientes más próximos, que no pueden ser beneficiados como herederos o legatarios en el testamento autorizado por su pariente, el mentado funcionario. El Código Civil cubano, que regula esta incapacidad de carácter relativo en el artículo 480.2, no presume la mala fe de los parientes del Notario dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, sino que adopta una medida preventiva, tendente a proteger la libertad del testador para disponer de su patrimonio. Como acertadamente pone de relieve PÉREZ GALLARDO, esta incapacidad para suceder de los parientes del Notario autorizante, debe hacerse extensiva a los parientes del Cónsul, y de cualquiera de las personas que en circunstancias excepcionales pueden autorizar el otorgamiento del testamento: "…sería un absurdo jurídico que la prohibición se limitara al Notario autorizante, pues igual riesgo de voluntad captatoria pudiera existir con los parientes de las otras personas habilitadas para autorizar testamento".[915]

En la legislación notarial existe también una prohibición para ser testigos del instrumento público a aquellas personas parientes del Notario o de los comparecientes, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (artículo 30, incisos ch) y e) de la Ley de Notarías Estatales). El fundamento de semejante prohibición está en la propia función fedataria que desempeña el Notario, que requiere de total transparencia, la que se vería empañada si sus parientes o su cónyuge actuasen como testigos en la autorización del documento. Asimismo, sería la función del testigo en el instrumento la que no cumpliría su cometido si fuese algún heredero u otro beneficiario de la herencia o sus parientes en la misma relación de proximidad antes señalada con respecto al Notario. Lo reconoce así la sentencia 389, de 19 de junio de 2006, del Tribunal Supremo Popular, que apunta en su primer considerando que "…el acto jurídico contenido en la Escritura Pública cuya nulidad se decreta consistente en el testamento otorgado (…) padece del vicio de nulidad absoluta pues fue otorgado vulnerándose lo dispuesto en el artículo treinta inciso e) del mencionado cuerpo legal sustantivo pues en el mismo intervino como testigo la (…) madre del institutito heredero…".[916]

Con respecto a esta misma prohibición, se ha señalado acertadamente la incongruencia existente entre el precepto citado de la Ley de Notarías Estatales y el artículo 70 de la Ley del Registro del Estado Civil, a tenor del cual no pueden actuar como testigos en el matrimonio sólo los parientes de los contrayentes dentro del segundo grado de consanguinidad. Creo que es posible una interpretación armoniosa

[915] Idem., p. 142. Se pueden citar entre estos funcionarios al militar de mayor rango, para el caso del testamento autorizado por los militares en campaña y los ciudadanos residentes en lugares donde se desarrollen operaciones combativas (artículo 487.1, apartado a), el comandante de la nave o aeronave cuando el testamento es otorgado por tripulante o viajero en peligro de muerte (apartado b), y el delegado a la Asamblea Municipal del Poder Popular, para el otorgado en peligro inminente de muerte por los residentes en comunidades donde no exista Notario (apartado c).

[916] PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., ALMAGUER MONTERO, Julliet y Nancy C. OJEDA RODRÍGUEZ (compiladores), Compilación de Derecho Notarial, 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, p. 15.

de dichas normas, entendiendo aplicable el artículo 70 de la Ley del Registro del Estado Civil, sólo en aquellos casos en que el matrimonio sea autorizado por funcionario distinto del Notario Público y el Cónsul, como el propio encargado del Registro. Aunque no puede dejar de señalarse que este régimen diferenciado no contribuye a la seguridad jurídica en institución tan sensible como el matrimonio.[917]

Hay otros efectos en el ámbito del Derecho Familiar que no pueden obviarse. La doctrina se refiere a la función protuitiva que desempeñan las personas indicadas en el artículo 140 del Código de Familia, quienes tienen el deber de informar al fiscal la necesidad de poner a una persona bajo tutela. El apartado 1) le impone el mencionado deber a "…los parientes del menor o incapacitado, dentro del tercer grado de consanguinidad".

En la propia institución, el parentesco se tiene en cuenta para la delación de la función tutelar. En el caso de la tutela de los menores de edad, el Código de Familia en su artículo 145 establece que para el nombramiento del tutor se citará una comparecencia con los parientes del menor hasta el tercer grado, residentes en la misma localidad. Luego, se disponen una serie de criterios que ha de tener en cuenta el órgano jurisdiccional en esta designación, entre los cuales vale citar la preferencia del menor, la opinión mayoritaria de los parientes, siempre decidiendo por lo que resulte más beneficioso para el menor. Se asemeja este precepto a lo que la doctrina denomina tutela dativa, que correspondía al tribunal en ausencia de declaración de voluntad testamentaria o a través de otro documento público, así como de las personas a las que ley llamaba.[918]

Para la tutela de los mayores de edad, -si bien la ley reconoce la libertad del órgano jurisdiccional para, cuando existan razones que así lo aconsejen, designar a persona distinta-, se establece un orden de prelación que, después del cónyuge, ubica a los parientes más cercanos del incapacitado: padre, hijo, abuelo y hermano (artículo 148 del Código de Familia). Se configura de esta forma una tutela legítima, ya que la ley realiza la delación a las personas, en atención a un vínculo familiar previo con el tutelado, proveniente del matrimonio o del parentesco.

La representación del declarado ausente, es conferida igualmente por el órgano competente a favor del cónyuge o de determinados parientes del ausente. El artículo 33.2 del Código Civil hace explícita mención a un hijo mayor de edad, padre, abuelo o hermano del ausente. Al representante del ausente le corresponderá realizar las gestiones conducentes a la búsqueda del ausente, proteger y administrar su patrimonio, así como representarlo en juicio y en los actos jurídicos que no admitan demora, pues podrían ocasionarle un perjuicio al representado.[919]En otras legislaciones, el parentesco genera también la obligación de pedir la ausencia legal del sujeto, no regulada en la normativa nacional, como en el artículo 182.2 del Código Civil español.

---

[917] PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Intervención testifical en los instrumentos públicos notariales: más allá de una reliquia histórica" en, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. e Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (coordinadores), Derecho Notarial, tomo II, 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 380-385.

[918] ESPÍN CÁNOVAS, Diego, op. cit., p. 326.

[919] ALBALADEJO García, Manuel, Curso de Derecho Civil Español común y foral, Tomo I Introducción y Parte General, 1ra edición, Librería Bosch, Barcelona, 1977, pp. 202-215.

El parentesco también es tenido en cuenta en materia de adopción, al regular la oposición y la impugnación de la misma. El artículo 108 del Código de Familia legitima, en sus apartados 1 y 2, a los padres del menor que conserven la patria potestad, así como a los abuelos, tíos o hermanos que tengan a su abrigo al menor, para que se opongan a la adopción solicitada, archivándose el expediente abierto al efecto, con la posibilidad de promover nuevamente la adopción en la jurisdicción contenciosa. Esos parientes, de acuerdo al artículo 110 del mismo cuerpo legal, pueden impugnar la adopción efectuada, siempre que demuestren la justa causa que les impidió oponerse, y que la impugnación se realice dentro del plazo de caducidad de 6 meses, a partir de la resolución judicial que aprobó la adopción.

Un aspecto que la doctrina científica ha desarrollado últimamente es el derecho de visita como efecto típico del parentesco. Este derecho ha sido definido como la facultad de relacionarse con un menor, de mantener comunicación con él, de forma que se satisfagan sus necesidades afectivas. El Código de Familia regula ocasionalmente este derecho en el artículo 90, para el supuesto de que sólo uno de los padres tenga la guarda y cuidado del menor, establecido que el tribunal dispondrá lo conveniente para que el padre al que no se le confiera la guarda y cuidado, conserve comunicación con el menor, siempre en beneficio de éste. El Código concibe este derecho como un efecto de la relación filiatoria, pues los artículos 97 y 98 prevén la posibilidad de que el padre sea privado de la patria potestad y, no obstante, se establezca un régimen de comunicación con respecto a él. El anteproyecto de Código de Familia, en su artículo 136, amplía el ámbito subjetivo de este derecho hacia otros parientes distintos de los padres: "En los casos de padres o madres declarados ausentes o incapacitados o suspendidos o privados de la patria potestad, o que hayan fallecido, el tribunal a petición del fiscal o de la persona con interés legítimo, puede regular la comunicación del menor con los abuelos, abuelas o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad…". En opinión de VELAZCO MUGARRA la propuesta no responde a la expectativas de la sociedad, pues no incluye a personas que siendo allegadas del menor, no tengan relaciones consanguíneas con él.[920]

Finalmente, en ocasiones el parentesco por sí solo no es suficiente, pero es un elemento imprescindible para la producción de determinados efectos jurídicos. Tal es el caso del derecho a la legítima. Los legitimarios en Cuba, denominados herederos especialmente protegidos, deben reunir los requisitos de no aptitud para trabajar y dependencia económica del causante, unido a la relación de parentesco en la proximidad que marca la ley, o vínculo matrimonial (artículo 493 del Código Civil vigente). La vulneración de forma absoluta de los derechos legitimarios tendrá como consecuencia la nulidad de la institución de herederos contenida en el testamento (artículo 495.1 del Código Civil).

El vínculo parental, lógicamente, tiene consecuencias para el ejercicio de las acciones filiatorias. Si bien pueden clasificarse de distinta manera las acciones filiatorias, uno de los posibles caminos a tomar conduce a distinguir entre acciones de reclamación de la filiación y acciones de impugnación.[921]Las primeras son aquellas que pretenden lograr del órgano jurisdiccional una declaración estableciendo la relación filiatoria. Estas, como es de suponer, no serán efecto del parentesco, pues persiguen precisamente el establecimiento del vínculo filiatorio, y como consecuencia, del

[920] VELAZCO MUGARRA, Miriam P., La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad, 1ra edición, Ediciones Organización Nacional de Bufetes Colectivos ONBC, La Habana, 2008, p. 309.
[921] GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, op. cit., pp. 332-333.

parentesco a partir de él. Las acciones filiatorias, si resultan exitosas, son causa, pues, del parentesco. Por el contrario, en la acciones de impugnación buscan la destrucción del vínculo filiatorio ya existente, que el actor considera indebidamente atribuido. Esta clase de acción sí es efecto propio del parentesco, porque éste es presupuesto para el ejercicio de la acción, en la proximidad que marca la ley. Así, el artículo 78 del Código de Familia establece que podrá realizar la impugnación del reconocimiento, el padre unido en matrimonio formalizado, que no hubiese concurrido al acto de inscripción, sin que ésta acción pueda ser ejercitada por otra persona. El artículo 80 del mismo cuerpo legal, por su parte, le reconoce la posibilidad de impugnar la relación filiatoria al hijo reconocido durante la minoría de edad, dentro del año siguiente al arribo ala mayoría de edad.

En la esfera de la contratación también se hacen sentir los efectos del parentesco. La legislación inmobiliaria, contempla en ocasiones al parentesco como requisito legitimante para la concertación de determinado contrato relativo a ese tipo de bienes. El artículo 70 de la Ley General de la Vivienda, tal como quedó modificado por el Decreto Ley 233, de 2 de julio de 2003, establece que la transmisión de la vivienda por donación, se formalizará ante Notario Público, previa autorización de la Dirección Municipal de la Vivienda, siempre que la donación se pretenda realizar a favor determinadas personas, entre las cuales se encuentran en el inciso a) "...familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad", tanto en la línea recta como en la colateral, al no hacer el precepto distinción en ese sentido. La Resolución 618, de 21 de octubre de 2003, del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, Reglamento complementario al Decreto Ley 233, establece en su artículo 3, los mismos requisitos referidos. Es éste un elemento esencial del consentimiento en este contrato, que no existirá si la manifestación de voluntad de las partes no se realiza de forma racional y consciente, y de acuerdo a lo permitido por el ordenamiento jurídico. Por ello, el acto realizado contraviniendo dicha disposición podrá ser declarado nulo, a tenor del artículo 67, apartado ch) del Código Civil.

6.2 Efectos penales.

Los efectos que en el orden penal produce el parentesco voy a dividirlos en tres grupos distintos: aquellas figuras en las cuales el parentesco es agravante de la responsabilidad por la comisión del delito; aquellas en que el parentesco actúa como causa eximente de responsabilidad penal, y cuando el mismo es integrante de una figura delictiva concreta.[922]

Un primer acercamiento al tema hace constatar cómo el parentesco es tenido como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, agravando la sanción correspondiente al acusado en determinados delitos, o modificando la calificación de la conducta, incluyéndola en otra figura de mayor gravedad. En los delitos contra la vida y la integridad corporal, y contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud, el vínculo matrimonial o el parentesco hasta el cuarto grado de consaguinidad constituye una circunstancia agravante, a tenor del artículo 53, apartado j) del Código Penal. En el caso del homicidio contra ascendiente, descendiente o cónyuge, aun no estando presentes las circunstancias relacionadas en el artículo 263 del Código Penal que caracterizan esta figura delictiva, el sólo hecho de

[922] Este sistema es el que sigue CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara Noemí, op. cit., pp. 340-341.

atentar contra la vida de estas personas hace que se configure el delito de asesinato (artículo 264.1 del Código Penal).

Desde otra perspectiva, el parentesco también exime de responsabilidad penal en determinados supuestos. Tomando en consideración la definición de delito que contiene el artículo 8 del propio Código Penal, como "…toda acción u omisión socialmente peligrosa prohibida por la ley bajo conminación de una sanción penal", puede constatarse cómo es perfectamente posible que un sujeto imputable realice un hecho antijurídico, pero la ley no ligue una sanción penal a esa conducta, atendiendo a determinadas circunstancias presentes en el sujeto. Se habla en estos casos de excusas absolutorias, "…causas personales, intransferibles, determinantes de la impunidad de un hecho antijurídico, cometido por un sujeto imputable y culpable",[923]y entre ellas hay que situar al parentesco.

El artículo 160 de la disposición normativa anteriormente citada contempla el delito de encubrimiento, en el caso que una persona tenga conocimiento de la participación de otra en la comisión de un delito, y la oculte "…o le facilite ocultarse o huir o altere o haga desaparecer indicios o pruebas que creen que puedan perjudicarla o en cualquier otra forma le ayude a eludir la investigación y a sustraerse de la persecución penal…". En el apartado 3 del mismo precepto se establece que el hecho previsto no se sanciona si se realiza para favorecer a los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos, siempre que no se aproveche el sujeto de los efectos del delito. La misma excusa absolutoria la encontramos en el artículo 341, que se refiere a los delitos de hurto, estafa, apropiación indebida o daños, para cuando estos delitos se produzcan entre cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos, o parientes por afinidad en línea recta, y en la línea colateral en segundo grado.

Sin la misma naturaleza de excusa absolutoria, hay que mencionar igualmente la norma contenida en el artículo 161.2, también del Código Penal, que dispone que las personas que no tienen el deber de denunciar, no pueden ser sancionadas por el delito de incumplimiento de dicho deber. En opinión de QUIRÓS PÍREZ, se trata de una limitación al deber general de actuar que existe en un delito de simple omisión como éste. No es una excusa, como los supuestos anteriormente citados, pues de acuerdo al precepto legal se trata de sujetos excluidos de la hipótesis legal.[924]

A ello hay que añadir que el parentesco es, en ocasiones, elemento necesario dentro del tipo penal concreto, de modo que de no existir ese vínculo familiar no se configuraría la conducta como delito. Así se puede citar el delito de incesto (artículo 304), el apartado 2 del artículo 315 relativo a otros actos contra el normal desarrollo del menor, referido a los padres privados de la patria potestad que no contribuyen al sostenimiento de los hijos, así como el delito de asesinato previsto en el artículo 264.2 del Código Penal, para el caso de la madre que de muerte al hijo dentro de las 72 horas posteriores al parto, para ocultar el nacimiento.

---

[923] QUIRÓS PÍREZ, Renén, Manual de Derecho Penal I, 1ra reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p. 128.
[924] Idem., p. 130.

6.3 Efectos procesales.

El parentesco también tiene amplia incidencia en el orden procesal, al afectar instituciones sobre las que se sostiene la función jurisdiccional en el ordenamiento jurídico cubano. En primer lugar se encuentra la recusación y excusa de los jueces y secretarios judiciales. La recusación es la facultad de pedir que un miembro del tribunal o el secretario sea separado del conocimiento o intervención en un asunto por incidir en él alguna causa de parcialidad prevista en la ley.[925]El artículo 50 de la Ley 7, de 19 de agosto de 1977, hoy Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, contempla en el inciso a) como una de las causas de recusación el parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, con relación a las partes y a sus representantes o defensores. La misma circunstancia es causa de excusa en virtud del artículo 60 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Por su parte, la Ley de Procedimiento Penal, Ley 5 de 13 de agosto de 1977, en su artículo 23.1, prevé la causal de recusación por parentesco en la misma extensión, pero con relación a "…los acusados, las víctimas, los perjudicados por el hecho punible, los responsables civilmente o alguno de los Abogados que los representen".

La ley de trámites civiles establece en su artículo 324 el deber de declarar como testigo, al reconocer la posibilidad de disponer el tribunal los apremios que estime pertinentes o incluso utilizar la fuerza pública para conducirlo. Este deber tiene como excepciones las consignadas en el artículo 328 de la propia ley, cuyos apartados 2, 4 y 5 se refieren al parentesco por consaguinidad en la línea recta, y en la línea colateral en el segundo grado, así como el parentesco por afinidad en la línea recta primer grado. Las excepciones al deber de declarar como testigos están recogidas también en la Ley de Procedimiento Penal, en el artículo 170, pero con otra extensión, pues esta ley se refiere a "…los ascendientes y descendientes del acusado, su cónyuge y demás parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad".

Vinculada también al parentesco está la tacha de testigos. La tacha de testigos es la posibilidad que tienen las partes de alegar una causa de parcialidad presente en los testigos propuestos por la contraparte, a fin de que el tribunal la tenga en cuenta en la valoración de la prueba que realice.[926]Las causas que se pueden alegar en la tacha de testigos están ordenadas en el artículo 341, en relación con los artículos 329 y 328, por lo que incluye a los ascendientes, descendientes, hermanos, suegros, nuera y yerno de las partes o sus representantes.

En la marco de la prueba pericial, la ley dispone al obligación de acudir al llamamiento para prestar el servicio pericial, reconociendo en el artículo 306 del cuerpo legal antes citado la inhabilidad de la persona para desempeñar dicha función, si es cónyuge o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con alguna de las partes.

---

925 GRILLO LONGORIA, Rafael, Derecho Procesal Civil I – Teoría General del Proceso Civil, 1ra reimpresión de la 3ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 104.

926 GRILLO LONGORIA sostiene que "…mientras que el testigo inhábil no debe ser oído, y si lo fuera, su testimonio carece de valor, y no puede pasar a la apreciación judicial (…) el testigo tachado, sólo pone en guardia al tribunal al hacer la apreciación de su testimonio". GRILLO LONGORIA, Rafael, Derecho Procesal Civil II – Proceso de Conocimiento y Proceso de Ejecución, 2da reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 46.

En el proceso penal el parentesco además es tenido en cuenta en el artículo 117 de la ley adjetiva en esa materia, al establecer que no están obligados a denunciar el cónyuge, los ascendientes y descendientes del acusado, y en general parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

No puedo dejar de mencionar la incidencia que tiene el parentesco en el ejercicio de la abogacía. En el ámbito nacional, el Decreto Ley 81, de 8 de junio de 1984, regula el ejercicio de la abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos,[927]que se define como entidad nacional autónoma de interés social y carácter profesional, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Es necesaria la pertenencia a la Organización Nacional de Bufetes Colectivos para el ejercicio de la abogacía, salvo las excepciones que establece la propia disposición en su artículo 4, entre las cuales se encuentra la dirección o representación de asuntos relacionados con los propios derechos del jurista o con los de su cónyuge o con sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Dicha regulación es reproducida por el artículo 3, apartado b) de la Resolución 142, de 18 de diciembre de 1984, del Ministro de Justicia, reglamento para la referida actividad. Esta misma disposición, en su artículo 50, en su apartado a), establece que el parentesco en el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con la parte contraria o sus representantes en el proceso y sus defensores, es causa de excusa o de renuncia para el abogado.

6.4 Incidencia en materia de Seguridad Social y Derecho tributario.

Sólo abordo estos aspectos de forma sumaria, para continuar ilustrando cómo los efectos del parentesco no se circunscriben a la órbita de la normativa familiar, a la que muchas veces es relegado. La Ley de Seguridad Social, Ley 105 de 27 de diciembre de 2008, sustituyó a la Ley 24, de 28 de agosto de 1979, en un esfuerzo por adaptar la legislación en la materia a la realidad sociodemográfica del país. La ley establece un sistema de prestaciones, al que tiene derecho el trabajador y su familia, que pueden ser prestaciones de servicio, en especie o monetarias.

Dentro de las prestaciones monetarias se destaca, en el aspecto que nos ocupa, la pensión por causa de muerte. Surge el derecho a la misma, siempre que un trabajador haya fallecido o haya sido declarado presuntamente muerto conforme a la legislación vigente, siempre que se encuentre en algunos de los supuestos a los que se refiere el artículo 70 de la ley, como encontrarse vinculado laboralmente, o ser pensionado por edad o por invalidez, entre otros. El artículo 72 define quiénes son los familiares con derecho a pensión, y en los apartados d), e) y f), se tiene en cuenta el vínculo familiar nacido del parentesco, al incluir a los hijos menores de 17 o mayores de esa edad, pero incapacitados para el trabajo y dependientes económicamente del causante, así como los padres –se mencionan explícitamente a los adoptivos -, siempre que carecieren de medios de subsistencia y dependieran del propio causante.

[927] Un recorrido histórico en torno a la regulación sobre el ejercicio de la abogacía en Cuba puede hacerse en MENDOZA DÍAZ, Juan, "Algunas particularidades del sistema judicial cubano" en, MATILLA CORREA, Andry (coordinador), Introducción al estudio del Derecho, 1ra reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 106-114.

El parentesco tampoco es irrelevante en el ámbito tributario. El artículo 34 de la Ley 73 Del sistema tributario, de 4 de agosto de 1994, establece "…un impuesto que grava las transmisiones de bienes inmuebles y muebles sujetos registro público o escritura notarial, derechos, adjudicaciones, donaciones y herencias". El artículo 40 de la propia ley establece que las adjudicaciones por herencia, legados o donación de cualquier clase de bien o derecho, tributarán conforma a escalas que incluidas en el Anexo 2 de ese cuerpo legal. El citado Anexo establece escalas diferentes cuando se trata de actos celebrados entre ascendientes, descendientes y cónyuge, para los cuales el tipo impositivo es el menor, ofreciendo un tratamiento distinto cuando se trata de hermanos, tíos y sobrinos, y reservando una última escala para los parientes colaterales que excedan del tercer grado, parientes por afinidad y extraños, a los cuales se aplica el tipo impositivo más alto. Estas disposiciones son reiteradas por la Resolución 379, de 23 de noviembre de 2001, del Ministerio de Finanzas y Precios, Reglamento del impuesto sobre transmisión de bienes y herencias.

7. Extinción del parentesco.

No es común en la doctrina la referencia a la extinción del parentesco, aunque es una cuestión insoslayable si se quiere obtener una visión integrada de la institución. Pero no puede darse una misma configuración a esta cuestión en todas las modalidades del parentesco. Hay que distinguir entre el parentesco por consanguinidad y la afinidad, pues la extinción en cada uno de ellos adquiere caracteres específicos.

En el caso del parentesco por consanguinidad se puede afirmar que el mismo es por naturaleza perpetuo. En principio, el vínculo parental no tiene término resolutorio que lo extinga. Y ello puede predicarse tanto de la consanguinidad proveniente de la procreación, a la que antes denominamos consanguinidad natural, como de la consanguinidad legal o proveniente de la adopción. El mismo subsiste incluso más allá de la muerte. La muerte no hace desaparecer el vínculo entre padre e hijo, o entre otros parientes pues de hecho hay efectos del parentesco que sólo se producen luego de la muerte de uno de los parientes. La sucesión hereditaria, por ejemplo, en su variante intestada, no puede explicarse si el parentesco se extinguiese en el momento en que se abre la sucesión.

No obstante, esta vocación a la perpetuidad puede no realizarse por el acto jurídico de la adopción, si nos atenemos a nuestro Derecho positivo. Antes se puso de relieve como con posterioridad al Decreto Ley 76, De la adopción, los hogares de menores y las familias sustitutas, de 29 de enero de 1984, modificativo del Código de Familia, sólo existe en Cuba la adopción plena. En virtud de esta adopción plena se rompen totalmente los vínculos jurídicos con la familia consanguínea. El artículo 99 del Código de Familia establece claramente que la adopción "…creará entre el adoptante y el adoptado un vínculo de parentesco igual al existente entre padres e hijos (…) extinguiéndose los vínculos jurídicos paterno-filiales y de parentesco que hayan existido entre el adoptado y sus padres y los parientes consanguíneos de éstos últimos".

El sentido profundo del texto hace difícil explicar por qué se mantuvo el artículo 116, que especifica como el derecho sucesorio se extinguirá entre el adoptado y su familia consanguínea. En un ordenamiento que sólo admite la adopción plena, la mención a los derechos sucesorios resultaba superflua. El único vestigio existente de una forma

de adopción con efectos no tan radicales es la posibilidad que reconoce el artículo 101, conforme al cual uno de los cónyuges podrá adoptar el hijo del otro, si el padre o madre diere su consentimiento, falleciere o fuese privado de la patria potestad.

Esta forma de extinción del parentesco por consanguinidad sería posible cualquiera que sea su fuente. La ley reconoce la posibilidad de la readopción, cuando los padres adoptivos han fallecido o han sido privados ambos de la patria potestad (artículo 114 del Código de Familia). Claro que en última instancia no es una situación deseable, pero en dichas circunstancias se habían extinguido dos veces las relaciones de parentesco en las que la persona del adoptado intervenía.

Queda, no obstante, una cuestión que resulta necesario precisar. La doctrina se manifiesta conteste en relación a la subsistencia de los impedimentos matrimoniales entre el adoptado y su familia consanguínea.[928]De este hecho se derivan dos conclusiones posibles: o el parentesco nunca se extingue del todo o, si se extingue con la adopción, hay que atribuir el impedimento existente a otra relación distinta del parentesco. Dirijo mis reflexiones con prioridad a esta última cuestión. Si el menor adoptado no puede contraer matrimonio con aquellos que fueron sus parientes en la proximidad que marca la ley, se trata de una restricción a la capacidad matrimonial, que deriva su naturaleza excepcional exclusivamente de la ley, y ese asidero sólo puede encontrarse en nuestra legislación en el artículo 5.1 del Código de Familia, que reconoce el impedimento de parentesco. No puedo pensar en un fundamento distinto, salvo que pueda crearse otra categoría para describir los lazos existentes entre dos personas a partir de la generación, categoría distinta del parentesco. Resultaría ello en una multiplicación de conceptos, que obligaría al operador jurídico a un esfuerzo demasiado parecido al del equilibrista. Habría dos instituciones paralelas, de límites más bien difusos, demasiado concluyentes.

En este supuesto el Código de Familia no guarda silencio pues ya se vio que declara expresamente extinguida la relación de consanguinidad. Creo que en la mens legislatoris está la extinción de los efectos más típicos del parentesco, no su supresión absoluta. Sólo de esa forma puede afirmarse que el parentesco es una relación perpetua, que no se extingue con la adopción, sino que ésta es ocasión para suprimir sus principales efectos. Con la adopción, por tanto, se extinguen efectos, la mayoría, pero subsisten otros, como es el caso del impedimento matrimonial. En ello coincide CADOCHE DE AZVALINSKY cuando afirma: "…el vínculo de parentesco no cesa: en todo caso pueden enervarse algunos de sus efectos (…) no se trata de una verdadera extinción del parentesco sino de sus efectos. Con la única excepción que prevén las mismas normas, porque los impedimentos matrimoniales – que subsisten en ambos casos – tienen su fuente justamente en el parentesco…".[929]

Otra perspectiva es la que se adopta en relación con el parentesco por afinidad. En Roma la afinidad cesaba con la muerte de los cónyuges, posición que siguió el antiguo Derecho francés. LOYSEL recoge una máxima, conforme a la cual, mort ma fille, mort mon gendre.[930]No había entonces parentesco alguno entre uno de los excónyuges y los parientes consanguíneos del otro. El Derecho Canónico fue el que cambió la

[928] GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, op. cit., p. 121. ROCA I TRÍAS, E., "Los requisitos del matrimonio" en, ROCA I TRÍAS, E. (coordinadora), op. cit., p. 65.
[929] CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara Noemí, op. cit., pp. 331-332.
[930] "Muerta mi hija, muerto mi yerno". Cit. pos., BELLUSCIO, Augusto César, op.cit., p. 478.

orientación, al establecer como impedimento matrimonial el parentesco por afinidad en primer grado, con lo que necesariamente éste debía existir con posterioridad a la extinción del matrimonio. Constante matrimonio el impedimento sería el de vínculo o ligamen anterior, no el de afinidad, que resultaba entonces inoperante.

A partir de la codificación decimonónica se han reconocido estos efectos de modo distinto, atendiendo a la causa de extinción del matrimonio. Si la causa de extinción era el divorcio, los efectos de la afinidad desaparecían, mientras que en el caso de la muerte, subsistían. También se tuvo en cuenta la existencia de hijos en común para negar la prolongación del vínculo cuando faltaba la descendencia. El artículo 52 del Código Civil italiano de 1865 establecía que la afinidad no cesaba con la muerte del cónyuge aunque en el matrimonio no hubiese habido prole. Esa misma línea sigue el artículo 40 del Código Civil de Venezuela al disponer que "…la afinidad no se acaba por la disolución del matrimonio, aunque no existan hijos, excepto para ciertos efectos y en los casos especialmente determinados por la ley".

Como se ve, en los preceptos citados anteriormente, se establece como norma general la continuidad de los efectos de la afinidad más allá de la extinción del matrimonio, salvo que la propia ley señale expresamente lo contrario. Se ha señalado críticamente que la presunción debería ser inversa, pues los efectos que produce el parentesco por afinidad una vez extinguido el matrimonio son mínimos. "No parece lógico que siendo necesario el matrimonio para que se establezca el vínculo de afinidad entre cada uno de los cónyuges y los consanguíneos del otro, la disolución de aquel no determine la extinción de la afinidad".[931]

El Código de Familia cubano no contiene disposición expresa en materia de extinción de la afinidad. El artículo 5, que integra los llamados impedimentos relativos para contraer matrimonio, por prohibirlo entre determinadas personas exclusivamente, no hace referencia al parentesco por afinidad. Tampoco el Derecho sucesorio cubano defiere la herencia a favor de los parientes por afinidad en la sucesión intestada. Al no prever nuestro ordenamiento jurídico efecto alguno para la afinidad en el momento en que se haya extinguido el matrimonio, es posible concluir que el parentesco por afinidad se extingue en forma simultánea con el matrimonio. Sólo en caso de que modificaciones posteriores incluyan estos efectos es que me pronunciaría afirmativamente con respecto a la subsistencia de este vínculo, pues aunque estos efectos en su momento sean minoritarios, su fuente no será otra que el matrimonio ya extinguido.

Cuestión distinta es determinar la incidencia de la sentencia de nulidad de matrimonio para el parentesco por afinidad existente. La nulidad, a pesar de la declaración del artículo 43 del Código de Familia, no es una causa de extinción sino de ineficacia, y son las reglas de la ineficacia matrimonial las que habría que aplicar aquí. En principio, la sentencia que declare nulo el matrimonio tendrá efectos ex tunc, o sea, desaparecerán los efectos que el vínculo conyugal produjo en el pasado, como si el matrimonio no hubiese tenido vida jurídica alguna. Luego, no existirá afinidad derivada de tal matrimonio.

En cambio, si alguno de los cónyuges hubiere obrado de buena fe, y en todo caso para los hijos, la sentencia producirá los efectos sólo a partir de su firmeza, ex nunc, respetándose los producidos hasta entonces. En este caso, la afinidad sí se habrá

[931] GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, op. cit., p. 60.

producido, pero se extinguirá en ese momento.[932]Ello podría tener incidencia a los efectos de la obligación de declarar como testigo, para el caso de los padres del cónyuge que ha actuado de buena fe, o de la validez del testamento realizado con intervención de uno de estos parientes.

[932] LÓPEZ HERRERA, Francisco, op. cit., pp. 73-74.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO García, Manuel, Curso de Derecho Civil Español común y foral, Tomo I Introducción y Parte General, 1ra edición, Librería Bosch, Barcelona, 1977; BELLUSCIO, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, tomo 2, 1ra reimpresión de la 7ma edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004; Biblia de Jerusalén, 2da edición revisada y aumentada, Desclee de Brouwer, Bilbao, 1975; BLASCO GASCÓ, F., "La adopción" en, ROCA I TRIAS, E. (coordinadora), Derecho de Familia, 3ra edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 331-340; BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil – Familia, tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993; CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara Noemí, "Parentesco – Alimentos - Derecho de visitas" en, A.A.V.V., Derecho de Familia, tomo segundo, 1ra edición, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1982, pp. 330-365; CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, "El régimen de ineficacia del matrimonio en Cuba" en, Red Mundial de Juzgadores de Asuntos Familiares http://www.projusticiafamiliar.org/projusticia/mundial/PonCuba/Ponencia_CubaV.pdf, consultado en primero de septiembre de 2009); CHIKOC BARREDA, Naiví, "La relación jurídica sucesoria" en, PÉREZ GALLARDO Leonardo B. (coordinador), Derecho de Sucesiones, tomo I, 1ª edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 51-76; Cuerpo del Derecho Civil Romano, anotado por Idelfonso L. GARCÍA DEL CORRAL, Primera Parte, Instituta – Digesto, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1889; DE COULANGES, Fustel, La ciudad antigua, 2da edición, Emecé Editores, Buenos Aires, 1951, pp. 75 y ss.; DE RUGGIERO, Roberto, Instituciones de Derecho Civil, volumen primero – Introducción y Parte General. Derecho de las personas, derechos reales y posesión, traducción de la 4ta edición italiana, Editorial Reus, Madrid, 1929; ESPÍN CÁNOVAS, Diego, Manual de Derecho Civil Español, volumen IV Familia, 1ra edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; GRILLO LONGORIA, Rafael, Derecho Procesal Civil I – Teoría General del Proceso Civil, 1ra reimpresión de la 3ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006; GRILLO LONGORIA, Rafael, Derecho Procesal Civil II – Proceso de Conocimiento y Proceso de Ejecución, 2da reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004; GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, Lecciones de Derecho de Familia, 14ta edición, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2007; KIPP, Theodor y Martin WOLFF, Tratado de Derecho Civil, tomo cuarto Derecho de Familia, volumen segundo Relaciones paternofiliales y parentales, tutela, traducción de la 20ma edición alemana, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1946; LEHMANN, Heinrich, Derecho de Familia, volumen IV, 1ra edición española, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953; LÓPEZ HERRERA, Francisco, Derecho de Familia, 1ra reimpresión de la 2da edición actualizada, Banco Exterior – Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007; MENDOZA DÍAZ, Juan, "Algunas particularidades del sistema judicial cubano" en, MATILLA CORREA, Andry (coordinador), Introducción al estudio del Derecho, 1ra reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 98-114; MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia - Módulo 1, 2da reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004; MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia – Módulo 2, 2da reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004; MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia – Módulo 2 (sexta parte) Nulidad del matrimonio, 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005; MESA CASTILLO, Olga, Orientaciones para el estudio. Asignatura: Derecho de Familia, 1ra reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Constitución del derecho hereditario" en, en, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coordinador), Derecho de Sucesiones, tomo I, 1ra edición,

Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 104-203; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Intervención testifical en los instrumentos públicos notariales: más allá de una reliquia histórica" en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. e Isidoro LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (coordinadores), Derecho Notarial, tomo II, 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 346-395; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Sucesión ab intestato" en, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coordinador), Derecho de Sucesiones, tomo II, 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 239-318; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., ALMAGUER MONTERO, Julliet y Nancy C. OJEDA RODRÍGUEZ (compiladores), Compilación de Derecho Notarial, 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007; PETIT, Eugene, Tratado elemental de Derecho Romano, Editorial Saturnino Calleja S.A., Madrid, 1926; QUIRÓS PÍREZ, Renén, Manual de Derecho Penal I, 1ra reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002; REINA, Victor y Joseph MARTINELL, Curso de Derecho Matrimonial, 1ra edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995; ROCA I TRIAS, E., "Familia y Derecho de Familia" en, ROCA I TRIAS, E. (coordinadora), op. cit., pp. 15-27; ROCA I TRIAS, E., "Los requisitos del matrimonio" en, ROCA I TRIAS, E. (coordinadora), op. cit., pp. 61-73; SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, El parentesco en el Derecho Comparado (con un estudio del Derecho mexicano), 1ra edición, Facultad de Derecho – Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, Sal Luis de Potosí, 1996; SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, "El parentesco en el Derecho Mexicano (Tipos, grados y líneas)" en, SALAS ALFARO, Ángel, y Ricardo SÁNCHEZ MÁRQUEZ (colaborador), Estudios de Derecho Familiar, 1ra edición, Facultad de Derecho – Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, Sal Luis de Potosí, 1998, pp. 43-59; VELAZCO MUGARRA, Miriam P., La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad, 1ra edición, Ediciones Organización Nacional de Bufetes Colectivos ONBC, La Habana, 2008; Yungano, Arturo R., Derecho de Familia (teoría y práctica), 3ra edición actualizada, Ediciones Macchi, Buenos Aires, s.f.

## LEGISLACIÓN CONSULTADA

Código Civil de la República de Argentina de 25 de septiembre de 1869, edición al cuidado del Dr. Ricardo de ZAVALÍA, Buenos Aires, 1996; Código Civil de la República de Cuba, Ley Nº 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988; Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 16ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1993; Código Civil del Reino de Italia, de 2 de abril de 1865, primera edición, Roma, 1865; Código Civil de la República Dominicana y leyes complementarias, al cuidado de Juan Pablo ACOSTA y Trajano VIDAL POTENTINI 15ta edición, Editora Dalis, Moca, 2007; Código Civil de la República de Venezuela, reformado en julio de 1982, PANAPO, 1986; Código de Derecho Canónico, 14ª edición, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 1987; Código de Familia de la República de Cuba, Ley 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999; Decreto Ley 81, de 8 de junio de 1984 Del ejercicio de la abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1984; Ley Nº 50/1984 de 28 de diciembre De las Notarias Estatales, MINJUS, 1986; Resolución 142 del Ministerio de Justicia, de 18 de diciembre de 1984, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1984.

# LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS. APROXIMACIÓN A SU REGIMEN JURÍDICO.

Dr. Daimar Cánovas González
Profesor Titular, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana.
Presidente de la Cátedra de Estudios Jurídicos del Instituto Superior de Tecnologías y Ciencias Aplicadas.

1. Definición y naturaleza jurídica.

La obligación alimenticia es una obligación sui generis, que por varias razones está sometida a un régimen jurídico especial, que la sustrae de la disciplina común a todas las obligaciones, ya sea por su constitución, modalidades de cumplimiento, causales de extinción, entre otras circunstancias. Si bien existe consenso en la mayoría de sus rasgos definitorios, muchas veces se identifican términos para nada sinónimos como obligación alimenticia y obligación legal de dar alimentos, en ocasiones con caracteres bien diferenciados.

El Código de Familia, en su artículo 121, define los alimentos como "… todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades de sustento, habitación y vestido, y en el caso de los menores de edad, también los requerimientos para su educación, recreación y desarrollo". Más que una definición de la obligación alimenticia, es una definición de su objeto, o mejor, de los fines a los que se aplica la prestación objeto de la obligación. En ello la legislación cubana sigue el camino de su antecedente en el artículo 142 del Código Civil español, con ligeras variaciones. De modo semejante se pronuncia el artículo 372 del Código Civil argentino, que se refiere a la "… subsistencia, habitación y vestuario correspondientes a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades".

La obligación legal de alimentos puede definirse como aquella que existe entre uno o varios sujetos deudores, a quienes se denomina alimentantes, con otro o varios sujetos acreedores, llamados alimentistas, quienes están unidos en relación matrimonial o de parentesco, corriendo a cargo de los primeros la realización de una prestación que ha de proporcionar a éstos últimos lo necesario para la satisfacción de sus necesidades vitales, expresión en la que se puede resumir las distintas especies de gastos a que hace referencia el Derecho positivo.[933]

Se utiliza esa denominación por considerarla de mayor precisión. Razón lleva el vigente Código de Familia cuando titula el capítulo De la obligación de dar alimentos, y no como hace el Código Civil español De los alimentos entre parientes, pues dicha obligación no existe solamente entre sujetos vinculados por algún tipo de parentesco,

[933] Se sigue en líneas generales la definición aportada por JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, "La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes" en, Anuario de Derecho Civil, tomo LIX, fascículo II, abril de 2006, p. 745. En el mismo sentido, pero de forma afirmativa, como derecho a alimentos y no como obligación, se pronuncia ROCA I TRÍAS, E., "Las relaciones familiares básicas: los alimentos" en, ROCA I TRÍAS, E. (coordinadora), Derecho de Familia, 3ra edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 39.

también entre personas unidas por relación jurídica conyugal (artículo 123). Sí se hace expresa referencia a la fuente de tal obligación, cuestión que se abordará con posterioridad, pues si bien la obligación alimenticia que regula el Código de Familia viene impuesta por la propia ley, puede ésta tener origen en un acto jurídico, como puede ser un contrato, o estar contenida en una disposición testamentaria. Se utiliza, además, el vocablo alimentos para ser fieles a la tradición jurídica que entiende incluidos dentro de ellos todo lo necesario para la subsistencia del alimentista, aunque su sentido profundo sea más amplio que el literal.

Merece hacer una pausa la exclusión en la letra del artículo 121 del Código de Familia de los gastos de asistencia médica, gastos que sí están explícitamente incluidos en los textos legales español, argentino y venezolano (artículo 284 de éste último), por ejemplo. Quizás el legislador de 1975 consideró que en una sociedad donde se garantiza el acceso de todos a los servicios de salud en forma gratuita no tenía sentido tal exigencia. No obstante, hay que reconocer que si bien los servicios de salud son gratuitos, ciertos medicamentos, aunque no alcanzan los precios de los productos de las grandes transnacionales farmacéuticas, pueden representar para la población de menores ingresos una carga considerable, que los legitima a exigir alimentos. De ahí que el anteproyecto de nuevo Código de Familia sí los incluya en el artículo 186, que se refiere a las necesidades de conservación de la salud.

Puede distinguirse, pues, una obligación de dar alimentos en sentido general, la obligación legal de alimentos, y dentro de ella, una obligación de alimentos en sentido estricto. La obligación de dar alimentos tiene como fin la satisfacción de las necesidades vitales, cualquiera que sea su fuente, por lo que es posible ubicar en ella tanto la prevista legalmente, como la establecida mediante pacto. Se plantea que la obligación de alimentos "… es el deber que tiene una persona de suministrar a otra los recursos que ésta requiere para subsistir".[934] La obligación legal de alimentos es, pues, una especie de ese género más amplio, que se caracteriza por la existencia de parentesco o matrimonio entre acreedor y deudor, además de estar expresamente dispuesta por la ley. Por su parte, la obligación alimenticia en sentido estricto tiene como fundamento la situación de necesidad en el alimentista: que "… quien reclama el derecho a recibir alimentos, se encuentre en una situación de no poder proveer por sí mismo a su mantenimiento. La obligación de prestar alimentos surge cuando ésta situación se produce, es independiente de las causas que la originaron y no exige que el alimentista se encuentre en situación de indigencia total".[935]

En el ordenamiento jurídico cubano es posible realizar esta distinción entre obligación legal alimenticia y obligación alimenticia en sentido estricto. Los requisitos para la exigencia de la obligación están consignados en el artículo 122, pero obsérvese que para los hijos menores de edad, se dispone que la reclamación procede "… en todo caso", mientras que para los cónyuges y el resto de los parientes es necesario que carezcan de recursos económicos y estén impedidos de obtener los alimentos por sí mismos, sea por razón de edad o enfermedad. En el primer caso se trata de una obligación alimenticia en sentido lato, mientras que en el segundo hay obligación

[934] GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, Lecciones de Derecho de Familia, 14ta edición, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2007, p. 61. El Tribunal Supremo español se pronunció en sentido similar, en sentencia de 8 de marzo de 1962, al afirmar que es el "… deber impuesto jurídicamente a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otra u otras…".
[935] ROCA I TRÍAS, E., op. cit., p. 40.

alimenticia strictu sensu, que sólo se justifica cuando existan esas especiales circunstancias.

En relación a la naturaleza jurídica de la obligación de dar alimentos, son tradicionales dos tesis fundamentales. Para la tesis patrimonialista, sustentada por MESSINEO, el derecho alimentario tiene esa naturaleza y, por tanto, es perfectamente transmisible.[936]Aunque la obligación alimenticia se cumpla en muchas ocasiones a través de una pensión monetaria, y aun cuando se preste en especie, es perfectamente evaluable en dinero, la mayoría de los ordenamientos jurídicos consagra su intrasmisibilidad (artículo 487 del Código Civil de Perú, artículo 151 del Código Civil español y 132 del Código de Familia cubano), lo que hace que se aparte del régimen general de los derechos patrimoniales.

Por el contrario, otros autores como CICU, sostienen la naturaleza extrapatrimonial de la obligación alimentaria. "El derecho del alimentista no constituye un elemento activo de su patrimonio porque no es este elemento algo de lo que se pueda disponer, un valor que aumente el patrimonio y sirva de garantía a los acreedores; no constituye siquiera un interés patrimonial o individual del alimentista al que la ley otorgue protección, sino un interés de orden superior y familiar. Inversamente el débito por alimentos no constituye para el obligado un elemento pasivo de su patrimonio, ya que su importe no se toma en cuenta cuando se valúa la entidad económica del patrimonio del deudor".[937]

Rebasando esas posiciones extremas, cabe afirmar que el derecho a alimentos tiene una naturaleza sui generis, que tiene un evidente contenido patrimonial, pero asociado a una finalidad personal o extrapatrimonial que depende del interés superior de la familia. Ese interés superior es el que imprime a la obligación alimenticia sus caracteres más específicos, que la distancian del régimen general de las obligaciones, reconocido en el Código Civil, al que no obstante hay que acudir supletoriamente, ante la ausencia de norma especial (artículo 8 y Disposición Final Primera del Código Civil).

2. Antecedentes históricos.

Si bien el deber estatal de alimentar a indigentes y menesterosos se cumple desde la antigüedad, pues en Roma eran conocidos repartos de harina, aceite y trigo con esta finalidad asistencial,[938] ello no constituye propiamente un antecedente de la obligación legal de dar alimentos al no existir entre los sujetos las relaciones que fundamentan su existencia, ni concederse en todo caso el ejercicio de una acción para su exigencia. PLATÓN refiere que en Atenas estaba sancionada por la ley la obligación de los padres

[936] Cit. pos., CHUNGA CHÁVEZ, Carmen, "Comentario al artículo 472" en, A.A.V.V., Código Civil comentado, tomo III Derecho de Familia (segunda parte), 1ra edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 226.

[937] Cit. pos., DE RUGGIERO, Roberto, Instituciones de Derecho Civil, Volumen segundo, Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia, Derecho Hereditario, traducción de la 4ta edición italiana, Editorial Reus, Madrid, 1931, pp. 696-697.

[938] DEL CASTILLO, Conrado, Los alimentos en el derecho vigente, 1ra edición, Jesús Montero Editor, La Habana, 1953, p. 11.

de mantener y educar a la prole, regulándose para los descendientes similar obligación en prueba de afecto y reconocimiento para con sus ascendientes.[939]

En el Derecho Romano clásico se desconoce la institución. En el Derecho quiritario, que relegaba al hijo y a la mujer a la condición de cosa, era impensable la existencia de la obligación legal alimenticia, que supone el reconocimiento de derechos incondicionados a estos sujetos; sólo con la influencia del cristianismo es que se establece tal obligación a favor del cónyuge y de los hijos. La patria potestad, que en su origen no se limitaba a los hijos no emancipados, concedía el ius vitae et necis sobre las personas sometidas a ella y, por tanto, no generaba obligaciones para el pater familiae, situación a la que puso fin el emperador Constantino.[940] Es en el declinar del imperio, que pasa de las relaciones de patronato y clientela a las relaciones familiares, atribuyéndose tal derecho a los hijos y nietos, y cónyuges, en forma sucesiva, llegando en el siglo II después de Cristo a alcanzar a los descendientes emancipados y ascendientes. En la época justinianea se extiende a los hermanos, incluidos los hermanos naturales.[941]

En el Derecho germánico, si bien la obligación no derivaba mayormente de la ley, se le reguló como consecuencia de la constitución de la familia. En particular, en el Derecho de los longobardos, se reconoció la obligación del padre de sustentar a los hijos naturales, aunque también como consecuencia de otras relaciones, como la existente entre el donante y el donatario, en el caso de las donaciones universales.[942]

El Derecho Canónico desenvuelve la institución ampliamente. La reguló primeramente en el seno de la vida monacal, entre cuyos miembros se da el lazo de la fraternidad espiritual, extendiéndola consecutivamente a la familia legítima, la ilegítima, la adoptiva, así como a la relación entre bautizante y bautizado. El Derecho intermedio sí reconoce la institución, pero no derivada del parentesco, sino del vasallaje. El vasallo tenía la obligación de alimentar a su señor, y en caso de incumplimiento podía incluso perder el feudo, asumiendo en ocasiones el señor una obligación similar a la de su vasallo, con lo que no siempre tenía el carácter recíproco que hoy se predica de ella. El Fuero Real de Castilla establece con propiedad la obligación de los hijos de alimentar a sus padres y hermanos que caigan en estado de pobreza, mientras que en las Siete Partidas se estatuye el deber de padres e hijos de prestarse alimentos de forma recíproca, ampliando la protección a los abuelos y los demás ascendientes.[943]

La Ley de matrimonio civil de 1870 en España regula ya la institución en sus caracteres actuales, en sus artículos 63 y 72-79, preceptos que en gran medida sigue el Código Civil español de 1888, vigente en Cuba en materia familiar hasta 1975, y

---

939 Cit. pos., DE LA OLIVA DE CASTRO, Andrés, voz "Alimentos" en, DE CASSO Y ROMERO, Ignacio y Francisco CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO (directores), Diccionario de Derecho Privado, tomo I, 1ra edición, Editorial Labor, Madrid, 1950, p. 310.

940 PUIG PEÑA, Federico, "Alimentos" en, Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo II, Editorial Seix, Barcelona, 1950, pp. 586-587.

941 JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, op. cit., p. 744.

942 BONET RAMÓN, Francisco, Compendio de Derecho Civil, tomo IV Derecho de Familia, 1ra edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960. P. 693.

943 La Ley 2da, título 19 de la Partida IV y V, así como el título 33 de la Partida VII conceptualizaban los alimentos como lo necesario para comer, beber, vestir, calzar, casa donde habitar y lo que fuese preciso para recobrar la salud. La Partida VI, título 19, Ley 2da, extendió el deber de alimentos a otros ascendientes distintos de los padres. DEL CASTILLO, Conrado, op. cit., p. 12.

antecedente inmediato de nuestro Derecho positivo, que regula la obligación legal de alimentos del artículo 121 al 136 del Código de Familia, algunos de los cuales fueron modificados por el Decreto Ley 84, de 20 de enero de 1984, que suprimió entre nosotros la adopción simple.

3. Fuentes y ubicación sistemática.

El problema de las fuentes de las obligaciones es uno de los más tratados, sin que se haya llegado hasta el momento a criterios uniformes al respecto. Cada autor, en cierta medida, se siente deudor de la legislación que toma como referencia, y pocos se sustraen al influjo que ofrece la claridad de los preceptos. El Código Civil cubano no dedicó precepto alguno a las fuentes de las obligaciones, pero sí reguló las diferentes causas de la relación jurídica, entre las cuales hay que incluir indudablemente a la obligación.

La doctrina familista al abordar la problemática de las fuentes de la obligación alimenticia ha dado respuestas quizás en exceso simples, si tenemos en cuenta las reflexiones que se han dado desde el siglo anterior en el Derecho Civil patrimonial.[944] La generalidad de los autores consigna como fuentes a la ley, el acuerdo de voluntades o convención y el testamento.[945] En primer lugar, habría que precisar que dichas fuentes lo son de la obligación alimenticia en sentido amplio, como género, y no de la obligación legal de dar alimentos, tal como ha sido definida supra. En segundo lugar, el contrato o convención por el cual se establezca un derecho alimentario a favor de determinada persona, va a estar determinado por la autonomía de la voluntad de las partes y, en tal caso, la obligación alimenticia podría tener unos caracteres absolutamente distintos a los establecidos por ley, por lo que su estudio se realizaría dentro del régimen común a todas las obligaciones. A ello hay que añadir que tal pacto de alimentos tendría que darse necesariamente entre sujetos que no estén obligados legalmente a ello, pues de lo contrario sólo se estaría conveniando la modalidad concreta en que se ejecutaría la prestación del obligado, no constituyendo el contrato su verdadera fuente.[946]

En el supuesto del testamento, el mismo puede contener efectivamente, disposición a través de la cual se le atribuya a determinada persona la titularidad sobre un derecho de alimentos, sea a través de una institución de legado, o de la imposición de una carga modal a un heredero o legatario. El Código Civil español contiene disposición

---

944 Fuente de las obligaciones son "… los hechos de los cuales el Derecho Positivo hace brotar estas peculiares relaciones jurídicas". OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C. y Teresa DELGADO VERGARA, "Fuentes de las obligaciones" en, OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad y Teresa DELGADO VERGARA, Teoría General de las obligaciones: comentarios al Código Civil cubano, 1ra reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 46.

945 CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara Noemí, "Parentesco, alimentos, derecho de visitas" en, A.A.V.V., Derecho de Familia, tomo segundo, 1ra edición, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1982, p. 347; BELLUSCIO, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, tomo 2, 1ra reimpresión de la 7ma edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 485-486.

946 CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara Noemí, op. cit., p. 347. DORAL, por su parte, entiende que el elemento común a toda obligación alimenticia no es la posibilidad de exigencia legal, sino el estado de necesidad en el alimentista: "… no son, en tal caso, verdaderas deudas alimenticias aquellas que, amparándose en un pacto, incluso cuando sea contraprestación, no se basan en una necesidad vital". DORAL, José Antonio, "Pactos en materia de alimentos" en, Anuario de Derecho Civil, tomo XXIV, fascículo II, abril-junio de 1971, p. 323.

expresa al respecto, al establecer en su artículo 879 que el legado de alimentos "… dura mientras viva el legatario, si el testador no dispone otra cosa". En cuanto a la fijación de la cantidad de la pensión, en caso que el testador no lo haya hecho, si acostumbró en vida a satisfacer la obligación alimenticia, se entenderá legada la misma cantidad, salvo que resulte desproporcionada en relación con la herencia.[947]Se trata en este caso de una fuente distinta de la obligación, pues como puede constatarse, ella se prolonga más allá de la subsistencia de las condiciones para su exigencia por toda la vida del legatario, aplicándose supletoriamente estas reglas para el caso del beneficiario de la carga modal.

El Código de VÉLEZ SARSFIELD, por su parte, abunda en su artículo 3.794 en el contenido de tal legado, que comprende "… la instrucción correspondiente a la condición del legatario, la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en las enfermedades hasta la edad de 18 años, si no fuese imposibilitado para poder procurarse alimentos. Si lo fuese, el legado durará la vida del legatario". Nótese que si bien se trata de la obligación alimenticia en sentido amplio, su duración está condicionada a la persistencia de las circunstancias personales y económicas, tenidas en cuenta en el alimentista, hasta el punto de que al cesar la situación de necesidad, se extingue como consecuencia el legado (artículo 3.732).[948]Se regula aquí una obligación alimenticia con fuente en un acto mortis causa y que requiere de los mismos presupuestos que la obligación legal de alimentos, pero es esencialmente distinta, pues aquella comienza justo cuando termina ésta. En su condición de obligación personalísima, la obligación alimenticia se extingue con la muerte, mientras que el legado de alimentos justamente será adquirido con el fallecimiento del testador.

Cuestión distinta es la relativa a la fuente de la obligación legal de alimentos. A primera vista, la propia denominación ofrece la respuesta. Dicha solución, no obstante, se ha revelado como engañosa para todas aquellas obligaciones que la doctrina ha llamado tradicionalmente como legales. En efecto, si la fuente de la obligación es el hecho del cual ésta nace, no puede ser la ley uno de estos hechos. En todo caso, no pueden equipararse como fuente la ley y los contratos o los delitos, por ejemplo, pues tanto los contratos como los delitos sólo producen tales efectos en la medida en que la ley los reconoce o establece.[949]La ley es fuente indirecta de toda obligación porque ella le atribuye a un hecho determinado la cualidad de producir la relación jurídica obligatoria, convirtiendo a este hecho en fuente directa de tal relación.

El rótulo bajo el cual se regula la obligación legal de alimentos en el Código Civil español (De los alimentos entre parientes), hace pensar en el parentesco, o mejor, en el hecho que le da origen, como la fuente de la obligación alimenticia. Debe recordarse que el Código Civil cubano, por su parte, no regula directamente las fuentes de las obligaciones, sino que en el Libro Primero incluye las denominadas causas de la relación jurídica, que son causas igualmente de la relación jurídica obligatoria y, por tanto, responden a lo que los autores han venido denominando fuentes. Si la obligación

---

947 ROYO MARTÍNEZ, Miguel, Derecho Sucesorio Mortis Causa, Primera Parte, s.ed., Facultad de Derecho - Universidad de La Habana, La Habana, 1991, p.263.

948 ZANNONI, Eduardo A., Manual de Derecho de Sucesiones, 4ta edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 687-688.

949 "… si la ley es la fuente general indirecta y necesaria de toda relación jurídica obligatoria cualquiera sea la fuente específica y directa de ésta, si la señalamos como fuente de las obligaciones, ya nada más hay que hablar y nos quedaríamos sin considerar las fuentes directas, para no confundir el género con la especie…". OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C. y Teresa DELGADO VERGARA, op. cit., p. 48.

legal alimenticia estuviese ligada exclusivamente al parentesco, podría considerarse que su fuente es el acontecimiento natural, en tanto acontecimiento no dependiente de la voluntad humana que produce determinado efecto jurídico.[950] Pero ello no es del todo exacto si se tiene en cuenta lo estipulado en el artículo 123 del Código de Familia, pues mientras que en los apartados 2 y 3 la obligación existe entre personas unidas por vínculos de parentesco, el apartado 1 se refiere a los cónyuges, entre los cuales no hay relación de parentesco, no obstante pertenecer a la misma familia.

Si por fuente de la obligación legal de dar alimentos se entiende el vínculo jurídico existente entre alimentista y alimentante y que le sirve de sustrato, entonces lo será la relación familiar, que incluye tanto a los parientes como al cónyuge. Si, por el contrario, será fuente el hecho jurídico que hizo nacer para el sujeto activo el derecho a reclamar los alimentos, entonces será el acontecimiento natural tratándose de parientes (artículo 48 del Código Civil) o el acto jurídico, el matrimonio que ha dado inicio a la relación conyugal (artículo 49 del mismo cuerpo legal).[951]

La ubicación sistemática de la regulación legal de la obligación alimenticia ha variado en las diferentes legislaciones. El Código Civil español incluye el título relativo a la obligación alimenticia luego del dedicado a la paternidad y la filiación, dando la impresión de que dicha obligación es consecuencia de la patria potestad, aunque el artículo 110 aclara que "El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos". Similar posición adopta el Código Civil venezolano, que incluye el título VIII del Libro Primero, De la educación y de los alimentos, siguiendo al relativo a la patria potestad. Incluso, en opinión de un comentarista de ese cuerpo legal "… el deber legal de alimentos propiamente dicho, respecto de los hijos no termina – antes bien comienza – con la cesación de la patria potestad…".[952]

Posición contraria sigue el Código Civil italiano de 1942, que consagra el penúltimo título del libro sobre personas y familia a los alimentos, precediendo al que dedica a los actos del estado civil. El Código de Familia vigente en Cuba ubica la obligación de dar alimentos dentro del título III, Del parentesco y de la obligación de dar alimentos y, por tanto, también con total independencia de la patria potestad. Esta independencia es ratificada por el artículo 96, a tenor del cual "… la privación o suspensión de la patria potestad no exime a los padres de la obligación de dar alimentos a sus hijos". La

---

[950] Idem., p. 51.

[951] Ese es el criterio seguido por PÉREZ GALLARDO y NÚÑEZ TRAVIESO, para quienes la ley es la fuente indirecta de la obligación alimentaria, mientras que las fuentes directas serían los hechos o actos jurídicos causantes. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. y Belkis C. NÚÑEZ TRAVIESO, "Una visión reflexiva acerca del derecho de alimentos a favor del concebido" en, MESA CASTILLO, Olga (coordinadora), Temas de Derecho de Familia, 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, p. 101.

[952] LÓPEZ HERRERA, Francisco, Derecho de Familia, tomo I, 2da edición actualizada, Banco Exterior – Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 141. Aunque la expresión resulta gráfica para subrayar la independencia entre obligación de dar alimentos y patria potestad, no es del todo exacta, o al menos, es necesario precisar su sentido. Antes del arribo del menor a la plena capacidad de obrar sí existe obligación de dar alimentos, y este deber no se encuentra subsumido en el que relaciona en primer orden el artículo 85 del Código de Familia; de hecho, ante el padre incumplidor no se exige el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, sino la obligación de dar alimentos, aunque el padre eventualmente puede ser privado o suspendido de la patria potestad. No obstante, la afirmación es totalmente cierta en tanto, hasta la mayoría de edad de sus menores hijos, los padres no tienen obligación alimenticia strictu sensu, pues no se fundamenta en la situación de necesidad en el alimentista.

relación estrecha entre parentesco y alimentos es puesta de relieve por el principal cuerpo legal cubano en materia familiar, si bien no puede perderse de vista que puede esta obligación nacer también del matrimonio.

4. Fundamento de la obligación alimenticia.

El fundamento de la obligación legal de dar alimentos no ha sido un punto en que la doctrina se haya mostrado especialmente concorde. Preguntarse por el fundamento de esta obligación es adentrarse en el por qué de su existencia y, un poco más allá, por su lugar entre los otros remedios que el Derecho ofrece para solucionar una situación de necesidad o penuria económica. Responder al menos sucintamente a estas interrogantes es el cometido del presente epígrafe.

La doctrina más tradicional ha visto como fundamento de la obligación alimenticia el derecho a la vida, como derecho inherente a la personalidad en el cual el ordenamiento jurídico tutela aquellos medios tendentes a su preservación.[953]Dado que la vida humana no es posible sin la satisfacción de unas necesidades mínimas, la obligación alimenticia busca precisamente esa satisfacción. Razones de estricta sistemática jurídica hacen rechazar semejante posición: si de los derechos inherentes a la personalidad se predica su carácter absoluto o erga omnes,[954] o sea, constituyen un haz de facultades ejercitables frente a cualquier sujeto, no se explica cómo el deber de alimentos corre a cargo sólo de los parientes o el cónyuge, y no de cualquier sujeto. Tampoco puede perderse de vista el hecho de que los alimentos incluyen los gastos necesarios a la educación en el caso de los menores de edad, siendo así que, con este contenido específico no se está protegiendo estrictamente la vida del alimentista, sólo se le busca colocar en mayor ventaja para que pueda satisfacer por sí mismo sus necesidades vitales.[955]

De especial interés resulta aquel sector doctrinal que vincula la obligación alimenticia con los derechos hereditarios, de modo que dicha obligación no sería más que un anticipo de los derechos sucesorios de los cuales es titular el alimentista. Tal posición conduciría a un argumento circular, pues ciertamente muchos han visto en la obligación de dar alimentos el fundamento último de los derechos de los legitimarios, e incluso de los sucesores ab intestato, cuya protección en vida del causante no es suficiente y que, por ende, debe extenderse más allá de la muerte.[956]A ello hay que sumar el hecho de que alimentista no ha de ser necesariamente heredero del alimentante, pues la obligación alimenticia se extiende a los hermanos, por ejemplo, que no adquirirían cuota hereditaria alguna de concurrir con descendientes, ascendientes o el cónyuge supérstite del causante. No se colacionan tampoco los alimentos recibidos del causante, pues los mismos constituyen pago de una obligación previamente establecida en la ley, y no beneficio concedido con ánimo de liberalidad (artículo 530 del Código Civil).

---

953 ROCA I TRÍAS, E., op. cit., p. 39.

954 DÍAZ MAGRANS, María Milagrosa, "La persona individual" en, VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (coordinadora), Derecho Civil Parte General, 2da reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 135.

955 JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, op. cit., p. 746.

956 MARRERO XENES, Minerva y Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, "El Derecho de Sucesiones. Delimitación conceptual. Principios que le informan" en, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coordinador), Derecho de Sucesiones, tomo I, 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 15-16.

Otro fundamento que ha sido esgrimido con insistencia es la relación de parentesco existente entre alimentante y alimentista. Sostiene PUIG BRUTAU que esta obligación se funda en "… la relación de próximo parentesco que ha de existir entre alimentista y obligado".[957]Aunque antes se ha apuntado que el parentesco es fuente de la obligación legal de dar alimentos, en todo caso no es la única fuente y, por lo tanto, tampoco podría ser el único fundamento de la obligación. Habría que colocar siempre junto al parentesco, el matrimonio. Incluso se ha resucitado una figura que parecía destinada a desaparecer, al invocar el cuasicontrato existente entre procreantes y procreados como fundamento de la obligación alimenticia. La noción de cuasicontrato como hecho voluntario de una persona que hace nacer obligaciones para ella o para otros sujetos, si bien puede ser útil para explicar la obligación alimenticia entre padres e hijos, de ninguna manera explica la obligación existente entre otros parientes como los hermanos, pues el deber nacería entre ellos a pesar de no intervenir ellos de ninguna forma en la creación del vínculo que los une.[958]

En cambio, la posición predominante en la doctrina, que se comparte plenamente, es la solidaridad familiar como base de la institución objeto de análisis. La familia es una comunidad de personas unidas no sólo por relaciones jurídicas como pueden ser el parentesco o el matrimonio, sino por vínculos afectivos, por una comunidad de intereses que hacen que intervenga allí donde uno de sus miembros no tiene aptitud para proporcionarse por sí mismo los medios de subsistencia: si el desenvolvimiento de cada persona es asunto que en principio sólo compete a sí misma, hay que tener en cuenta que el camino de la vida puede estar jalonado por obstáculos como el fracaso laboral, la enfermedad, o la misma edad, que hacen poner a cargo de la familia más próxima la satisfacción de las necesidades vitales de éstas personas.[959]

En sentido opuesto, se ha querido ver en la obligación alimenticia un fundamento publicístico. Los autores que apoyan esta posición describen la existencia de un cierto officium publicum, "… un deber jurídico general del Estado de cuidar, en los límites de lo posible, de que cada uno de los ciudadanos esté provisto de los medios indispensables para la satisfacción de las necesidades de la existencia".[960]No obstante, no es posible en modo alguno identificar la obligación de dar alimentos con las prestaciones que realiza el Estado con vistas a satisfacer las necesidades vitales de los destinatarios. En el caso de las pensiones derivadas de la seguridad social, las mismas son consideradas ingresos propios del trabajador, al estar en relación directa con el vínculo laboral del beneficiario, sin depender de una estricta situación de penuria económica, pues se tiene derecho a ellas con independencia de la solvencia patrimonial del trabajador.

---

[957] PUIG BRUTAU, José, Fundamentos de Derecho Civil, tomo IV, 2da edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1985, pp. 281-282.

[958] DÍAZ PAIRÓ, Antonio, Teoría general de las obligaciones, volumen II, 2da edición, Editorial Temis, La Habana, 1945, pp. 7-17.

[959] Se sigue el criterio de la solidaridad familiar por ser inclusivo de las relaciones a partir de las cuales puede surgir esta especial relación jurídica obligatoria. En la doctrina española pueden citarse DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, volumen IV, 2da reimpresión de la 8va edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 47;

[960] LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y Joaquín RAMS ALBESA, Elementos de Derecho Civil, IV Familia, 2da edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p. 19.

Tampoco puede asimilarse a las pensiones derivadas de la asistencia social, pues aunque éstas últimas proceden sólo cuando hay imposibilidad de satisfacer las propias necesidades por sí mismo, careciendo de otro tipo de ingreso, el sujeto obligado siempre es el Estado, lo que la constituye en una obligación esencialmente distinta de aquella que sujeta a parientes y cónyuge, no sólo por su naturaleza pública, sino por sus caracteres que son radicalmente distintos. La obligación alimenticia tiene su lugar propio dentro de los instrumentos que arbitra el ordenamiento jurídico para garantizar a los sujetos el sustento mínimo al que tienen derecho según su idéntica dignidad personal. Habrá que determinar, pues, cómo se relaciona con los sistemas de seguridad social y asistencia social antes referidos.

La relación entre estas instituciones no ha sido la misma desde la codificación decimonónica en Europa hasta la actualidad. Hasta casi mediados del pasado siglo XX se consideraba que la obligación alimenticia era sustitutiva de las prestaciones socioasistenciales, de modo que sólo el que careciere de parientes o cónyuge con aptitud para hacerse cargo de su subsistencia podía acudir a la beneficencia de las instituciones públicas y privadas que la prestaban.[961]En España, la situación cambia radicalmente con la Constitución de 1978, que en su artículo 50 proclama que "… los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio". De esa forma, se reconoció explícitamente la compatibilidad y complementariedad de la obligación legal de alimentos y el régimen de asistencia social.[962]En el caso de la Constitución cubana vigente, el artículo 48 establece que la protección mediante la asistencia social se concede en favor de "… los ancianos sin recursos ni amparo y a cualquier persona no apta para trabajar que carezca de familiares en condiciones de prestarle ayuda", precepto que debe interpretarse de forma incluyente, de forma que permita la aplicación del régimen de asistencia social a favor de personas que, aun contando con parientes con aptitud económica para prestarles ayuda, ésta no sea de la entidad suficiente para satisfacer sus necesidades básicas.

La posición que se viene sosteniendo es el carácter preferente que tiene la obligación alimenticia frente a los deberes de asistencia pública que corresponden al Estado; ello sin perjuicio de que cuando la pensión alimenticia resultare insuficiente, puede el alimentista de forma simultánea exigir la correspondiente prestación de asistencia social al Estado. Ni la existencia de una modalidad de pensión de seguridad social impide la reclamación de alimentos a los parientes o cónyuge cuando la mentada pensión no resulte suficiente para satisfacer las necesidades mínimas vitales, ni la obligación de dar alimentos fijada por resolución de tribunal competente obstaculiza la obtención de prestación de asistencia social, en las mismas circunstancias. Hace mucho tiempo, en sentencia de 12 de septiembre de 1923, el Tribunal Supremo de Cuba había dejado establecido en esta materia, que debía recorrerse por entero la "…

[961] SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, Estudios de Derecho Civil, tomo V, volumen 2, 2da edición, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1912, p. 1125.

[962] JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, op cit., p. 752. No obstante, algún sector de la doctrina española viene afirmando exactamente lo contrario, al concebir la obligación alimenticia como subsidiaria de las obligaciones públicas. DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, op. cit., pp. 48-49 y ROCA I TRÍAS, E., op. cit., p. 41.

escala de protectores…", el orden de prelación entre los parientes obligados a dar alimentos, antes de convertir al alimentista en una carga pública.[963]Por su parte, la sentencia de la Sala 3ra del Tribunal Supremo español, mucho más reciente, de 4 de diciembre de 1992, falló en contra del Estado español que había denegado ayuda pública una anciana que percibía de sus parientes pensión alimenticia ínfima, al establecer que "… la obligación civil del alimentista (…) no libera, en modo alguno, a la Administración del cumplimiento del mandato contenido en el artículo 50 de la Constitución".

La relación propuesta entre estos distintos deberes públicos, por una parte, y la obligación legal de dar alimentos, por otra, responde mejor a las exigencias de justicia, al garantizar los recursos mínimos de subsistencia a las personas necesitadas, así sea combinando varios regímenes, y a la necesaria economía de gastos en la gestión estatal, en momentos en que muchos gobiernos, en el Norte y en el Sur, recortan sus presupuestos en aras de situar los recursos allí donde verdaderamente son necesarios. Esta posición es coincidente con la que se ha sostenido desde el Derecho Público, al afirmarse que "… probablemente la asistencia familiar haya de prevalecer sobre la asistencia pública, pero, desde luego, ha de ceder preferencia ante las medidas de seguridad social".[964]

5. Presupuestos de la obligación alimenticia.

La doctrina también ha denominado a los presupuestos de la obligación alimenticia como condiciones para el surgimiento de la misma, o requisitos para su existencia.[965]Cualquiera que sea la denominación que se les dé, con ella se hace referencia a aquellas circunstancias que de modo necesario han de estar presentes para que nazca la obligación legal de dar alimentos. En primer lugar, hay que situar la existencia de un familiar legalmente obligado a prestar alimentos, o sea, que frente a una persona que se en encuentre en estado de necesidad exista alguien unido a ella por vínculos de parentesco o matrimonio que esté obligado a satisfacer la deuda alimenticia.

La ley establece de forma explícita entre qué sujetos existe la obligación de dar alimentos. El Código de Familia regula en el artículo 123 quiénes están recíprocamente obligados a darse alimentos, en el que incluye al cónyuge, ascendientes y descendientes, así como los hermanos. Sólo las personas unidas por estos tipos de relación familiar están legalmente obligadas, constituyendo una relación numerus clausus, lo que no excluye que en relación a otros miembros del grupo familiar exista

[963] Vid., DEL CASTILLO, Conrado, op. cit., p. 43.
[964] ALMANSA PASTOR, José Manuel, Derecho de la Seguridad Social, 7ma edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 36. El Tribunal Central del Trabajo español ha tenido oportunidad de pronunciarse en el mismo sentido: "Si el Código Civil preceptúa en el artículo 146 que la cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, en el caso presente la cuantía será nula, es decir, el derecho a alimentos carece de un contenido económico, por lo que la situación de los demandantes es equivalente a la de las personas que no tienen familiares, ya que no es el llamamiento a determinadas personas lo que enerva el derecho a la pensión solicitada, sino la posibilidad de obtener con base a los artículos 143 y 146 del Código Civil, tanto por el llamamiento como por la posibilidad que tenga el obligado a satisfacerlos".
[965] LÓPEZ HERRERA, Francisco, op. cit., p. 142.

un deber moral, sin posibilidad de exigir judicialmente su cumplimiento. No obstante, cierto sector de la doctrina francesa ha querido derivar algún efecto jurídico aun del simple deber moral de alimentos, configurándolo como una obligación natural, de modo que si bien no puede ser exigido su cumplimiento, tampoco puede este deudor repetir lo pagado (artículo 103 del Código Civil cubano).[966]El único efecto de este deber moral de alimentos entre parientes sería la imposibilidad de exigir lo que por ese título ya se haya prestado, aún cuando se haya hecho en la errónea creencia de que le eran debidos legalmente. De no ser así, no habría obligación natural, sino una prestación realizada donandi causa.

Los sujetos legalmente obligados a dar alimentos a tenor del Código de Familia vigente no resultan excesivos si se repasa la extensión de dicha obligación en otras legislaciones. El Código Civil venezolano en su artículo 285 la extiende hasta el tercer grado de consanguinidad en la línea colateral, en posición idéntica a la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (artículo 368). Por su parte, los códigos civiles de Italia y Francia incluyen entre los parientes obligados a los parientes afines al alimentista (artículos 433 y 434, así como 206, respectivamente). Esta solidaridad entre parientes por afinidad no debe resultar extraña en nuestro Derecho, pues ha de recordarse cómo entre las cargas de la comunidad matrimonial de bienes se encuentran el sostenimiento de la familia así como los gastos en que se incurran en la educación y formación incluso de los hijos de uno de los cónyuges (artículo 33.1 del Código de Familia). Así, el cónyuge del padre de un menor de edad contribuirá con la mitad de la obligación alimenticia que corresponde a favor de éste último, que es su pariente por afinidad.

El segundo de los presupuestos es el estado de necesidad en el alimentista.[967]Este puede definirse como la situación en la que se encuentra el alimentista que carece de los recursos necesarios para satisfacer por sí mismo sus necesidades y las de aquellos que dependen de él. El estado de necesidad o situación de penuria, como le denominan otros autores, es un concepto relativo, que si bien ha de atenderse para su determinación a criterios objetivos, no puede prescindirse de las circunstancias específicas del alimentista.[968]Las necesidades del alimentista van a depender, en última instancia, de su edad, salud, y otras condiciones personales, que pueden hacer que dos personas perciban idénticos ingresos y, no obstante, se encuentre una en situación de necesidad y otra no.

Cuestión distinta es la referencia que se hacía en el Derecho español, antes de la reforma del Derecho de Familia de 1981, a la situación social de la familia. No se pueden sostener hoy día esos criterios clasistas, que pretendían, y lograban en ocasiones, crear un estado de necesidad "artificial", porque el status en que se encontraba el presunto alimentista no era el adecuado a su rango y por ello podía exigir alimentos. En todo caso, la diferencia que la situación económica de la familia puede introducir en la obligación alimenticia no se realiza ya a través de una

966 JOSSERAND, Louis, Derecho Civil, tomo I, volumen II La familia, traducción de Santiago CHUNCHILLOS Y MANTEROLA, 1ra edición, Ediciones Jurídicas Europa-América – Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1952, p. 304; PLANIOL, M. y G. RIPERT, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo II, traducción de M. DÍAZ C. y E. LE RIVEREND B., Editorial Cultural, La Habana, 1946, p. 21.

967 PERAL COLLADO, Daniel A., Derecho de Familia, 1ra edición, Facultad de derecho – Universidad de La Habana, La Habana, 1978, p. 166.

968 GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, op. cit., p. 63.

referencia a la clase social del alimentista, sino a las posibilidades económicas del alimentante, que en la medida que disponga de mayores recursos podrá ser obligado al pago de una cuantía mayor, si se satisficiese la obligación a través de una prestación monetaria (artículo 127 del Código de Familia).[969]

Otro aspecto debatido es la posibilidad de una persona de exigir alimentos cuando cuenta con bienes suficientes pero sin que los rendimientos de los mismos alcancen a la satisfacción de sus necesidades. Es la clásica distinción entre ingresos y capital, en la cual PERAL COLLADO terciaba argumentando que la existencia de capital improductivo no justificaba la pensión alimenticia, "… si puede disponer de aquel y subvenir de momento a sus necesidades".[970] Evidentemente, sirven más a la satisfacción de las necesidades vitales las rentas, frutos o intereses que se perciban, pero igualmente ha de atenderse al capital pues el alimentista primero tiene que agotar todo su patrimonio, aun cuando la venta de los bienes de los cuales es titular tenga que realizarse en condiciones desventajosas.[971]En el contexto de la sociedad cubana, no obstante, esta posición debe ser matizada, en tanto puede el alimentista ser titular de bienes cuya enajenación a título oneroso no es libre o simplemente no está permitida a favor de sujeto distinto al Estado, por el precio oficial correspondiente (es el caso de las viviendas de residencia permanente o de las tierras de los agricultores pequeños). Puede entonces poseer el alimentista bienes de los cuales no pueda obtener fruto alguno ni enajenar, y entonces sí se encontrará en la situación de necesidad que justifica la obligación alimenticia.

En la doctrina argentina se ha sostenido la irrelevancia del motivo por el cual se reclama alimentos, de la causa en virtud de la cual el alimentista ha llegado al estado de necesidad, siguiendo el texto del artículo 370 del Código Civil de esa nación, pues el interés público comprometido en la conservación de la vida y la solidaridad familiar deben imponer esa solución.[972]Razones de justicia aconsejan adoptar posición distinta. La situación de necesidad en la que se encuentra el alimentista debe ser fortuita, no debe ser imputable al propio alimentista, pues las consecuencias de sus actos imprudentes se harían recaer injustamente en sus parientes o cónyuge. En todo caso, el alimentista debe ser persona que esté imposibilitada de trabajar, siendo el ejercicio de una profesión u oficio el modo ordinario por el cual se obtienen los recursos económicos que permiten el propio sostenimiento. Nótese que se trata de un sujeto imposibilitado para trabajar, no que efectivamente no trabaje, aun cuando tenga la aptitud para hacerlo. "… a fin de evitar el mantenimiento de parásitos sociales que pretenden vivir 'una buena vida' a costa de otros, se trata de que el alimentista no haya causado negligentemente su propia situación de necesidad y que haya hecho lo posible por salir de ella".[973]

---

[969] "… debe tenerse en cuenta que, aunque a los efectos de determinar si una persona debe o no considerarse necesitada es preciso tomar en cuenta su condición social (…), en ningún caso puede pretenderse que alguien está en esa situación por el simple hecho de carecer de medios adecuados para ocupar el rango o la posición social a que aspira o que cree le corresponde: esos aspectos triviales o superficiales no deben ni pueden ser tomados en cuenta a los efectos de medir su estado de necesidad". LÓPEZ HERRERA, Francisco, op. cit., p. 143.

[970] PERAL COLLADO, Daniel A., op. cit., p. 166.

[971] PUIG PEÑA, Federico, op. cit., p. 582.

[972] CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara Noemí, op. cit., p. 352.

[973] JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, op. cit., p. 766.

La solución que se propone tiene la desventaja de no estar apoyada en texto alguno del vigente Código de Familia. El artículo 122, que se refiere a quiénes tienen derecho a exigir alimentos, sólo menciona la carencia de recursos propios y la no aptitud para obtenerlos por sí mismo, sin distinguir en cuanto al origen de la situación de penuria. El artículo 187 del anteproyecto del nuevo Código de Familia mantiene además la redacción actual, sólo añadiendo al fiscal "… en cuanto a las personas que representa", sin una adecuada sistematicidad, pues entonces habría que añadir a padres y tutores, por el mismo motivo. El Código Civil español sí explicita que la obligación alimentaria no surge en relación a los hermanos cuando la situación de necesidad le fuese imputable al alimentista (artículo 143.II). Con respecto al resto de los obligados se pronuncia al abordar las causas de extinción de la obligación alimentaria, al disponer que la obligación cesará por mala conducta del acreedor alimentario o su falta de aplicación al trabajo que, de estar presente antes de constituirse la obligación, hará que la misma no surja, en vez de extinguirse.

No debe olvidarse que este segundo presupuesto de la obligación alimenticia, lo es sólo cuando nos referimos a ella en su sentido estricto, pues en la obligación legal de alimentos en sentido amplio, aquella a la que tienen derecho los hijos menores, no es necesaria la presencia de este requisito, pues se les debe alimentos "en todo caso" (artículo 122.1), lo que reconoce PERAL COLLADO, al dejar constancia que dicho requisito debe exigirse incluso al hijo mayor de edad que demanda alimentos.[974]

Por último, no puede preterirse la imprescindible capacidad económica en el alimentante. Como la necesidad económica del alimentista, es ésta también una categoría relativa, una cuestión de hecho que ha de quedar probada y debe ser apreciada por el tribunal de instancia. El obligado debe tener recursos económicos suficientes como para satisfacer sus propias necesidades y aquellas de las personas que dependen de él, para pasar luego a solventar las del alimentista. No basta, pues, la demostración de los medios del alimentante, debe igualmente tenerse en cuenta que la satisfacción de las propias necesidades y las de la familia depende de la edad, la salud, el sexo, la extensión de la familia, entre otras circunstancias.

Puede que los ingresos periódicos del alimentante no sean suficientes para cumplir con la obligación alimentaria. ¿Podrá ser forzado entonces a enajenar bienes improductivos para así satisfacer la pretensión de su familiar necesitado? La generalidad de la doctrina se pronuncia a favor de la posibilidad del tribunal para realizar la venta forzosa de los bienes del deudor: "… la autoridad judicial, según las circunstancias, podría obligar a esa persona a vender sus bienes improductivos, a fin de invertir el precio en otros bienes productores de renta utilizable a los efectos de sufragar la pensión de alimentos; o incluso el propietario de los bienes improductivos podría ser obligado a venderlos y a dedicar su precio al pago de los alimentos que requiera el familiar que se encuentra en estado de necesidad".[975]En semejantes términos, el Dictamen 257, contenido en el Acuerdo 8, de 27 de enero de 1987, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, dejó establecido que, "… declarada judicialmente una pensión y no pudiendo hacerse efectiva mediante embargo de salario, nada se opone a que se ejecute por los trámites que establece el Libro Tercero de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, mediante embargo de

[974] PERAL COLLADO, Daniel A., op. cit., p. 166.
[975] LÓPEZ HERRERA, Francisco, op. cit., p. 168.

bienes hasta donde éstos alcancen, con las excepciones que determina el artículo 463 de la referida Ley de Procedimiento".

Puede incluso que el demandado carezca de ingresos periódicos, y de bienes contra los cuales pueda dirigirse el acreedor. Al no existir en el país un recurso legal para obligar al trabajo, - pues reconoce la Constitución el trabajo como un derecho, un deber y motivo de honor, pero no como un deber jurídico en sentido estricto, sujetando a sanciones su incumplimiento (artículo 45)-, el alimentante que no tiene vínculo laboral no está liberado por ello del cumplimiento de la obligación, pero tampoco puede ser compelido a dedicarse a alguna actividad remunerada. No obstante, hay que hacer excepción cuando el alimentista es menor de edad, pues en tal caso se estaría cometiendo el delito previsto y sancionado en el artículo 315.1 del Código Penal, bajo la rúbrica de "Otros actos contrarios al normal desarrollo del menor", en virtud del cual "… el que no atienda o descuide la educación, manutención o asistencia de una persona menor de edad que tenga bajo su potestad o guarda y cuidado…" incurre en sanciones de privación libertad, multa o ambas. Nótese que incluso la protección del menor no es total, pues puede el padre estar obligado al pago de la pensión alimenticia a pesar de estar privado de la patria potestad, en cuyo caso no incurriría en la conducta tipificada, si se tiene en cuenta el principio de legalidad que rige en materia penal.

6. Caracteres.

El análisis de los presupuestos de la obligación alimentaria conduce directamente a las características que definen a esta obligación, tal como es regulada por el Código de Familia, como medio más directo de captar la especial naturaleza de la que está revestida, que la distingue del resto de las obligaciones, que la constituye en una obligación sui generis. En primer lugar, es una obligación de orden público, pues las normas que la rigen no pueden ser derogadas o modificadas en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. Escaso atisbo de principio tan esencial al Derecho Civil patrimonial se encuentra sólo en el artículo 129 del Código de Familia, que faculta al obligado a satisfacerlos a su elección pagando la pensión fijada por el tribunal o manteniendo en su propia casa al alimentista. Debe añadirse, que dados los estrechos vínculos entre obligación alimentaria y prestaciones sociales a cargo del Estado,[976]cualquier espacio que se abra a la autonomía de los sujetos pudiera imponer al Estado cargas excesivas, existiendo familiares con posibilidad de suplir estas necesidades.

Se trata de una obligación personalísima e intransmisible, en tanto es un derecho y una obligación inherentes a las personas del deudor y acreedor, cuyo ejercicio no es admisible por un tercero. No es posible, en efecto, el ejercicio por un acreedor del alimentista de la acción subrogatoria a la que se refiere el artículo 111, inciso f), del Código Civil, pues la acción para reclamar alimentos tiene su fundamento en las estrictas necesidades del alimentista, a cuya satisfacción propende. Al constituir una obligación personalísima sólo subsiste en las personas de alimentista y alimentante, por lo que la muerte de cualquiera de ellos provocará su extinción (artículo 135, apartados 1 y 2 del Código de Familia).

[976] Vid. epígrafe 4.

De la inherencia personal de la obligación alimentaria se desprende como consecuencia su inalienabilidad. No es posible su transmisión mortis causa, pues al cesar con la muerte de alguno de los sujetos, no es posible obligar a los causahabientes del alimentante a sufragar los alimentos, ni los pueden exigir los sucesores del alimentista. No obstante, han de entenderse incorporadas al patrimonio del alimentista las cuotas vencidas, devengadas pero no hechas efectivas, por lo que estas mensualidades podrán ser exigidas por sus herederos e, inversamente, tendrán que ser satisfechas por los sucesores del alimentante, si éste ha fallecido sin haberles dado cumplimiento. Como consecuencia, pueden los acreedores del alimentista en este caso ejercitar la precitada acción subrogatoria, pues queda incorporada esta acción a su patrimonio bajo el régimen común de las obligaciones civiles.[977]Igualmente, está vedada la posibilidad de la cesión inter vivos del crédito, por expresa prohibición del artículo 260 b) del Código Civil, aunque es perfectamente transmisible el derecho al cobro de las mensualidades ya devengadas.

En estrecha relación con la anterior característica está la irrenunciabilidad de la obligación alimentaria. Esta propiedad debe aplicarse, sin embargo, a la obligación en sí misma considerada, tal como refrenda el artículo 132 del Código de Familia, que relaciona irrenunciabilidad e intransmisibilidad. Toda renuncia al derecho de alimentos estará sancionada con la nulidad absoluta, por contravenir disposición de Derecho imperativo. Las pensiones alimenticias devengadas sí pueden ser renunciadas, al menos de forma tácita, si el sujeto legitimado no ejercita la acción correspondiente para su exigencia, como concreción del artículo 5 del Código Civil, que consagra el principio de la renunciabilidad de los derechos. Como efecto propio de la irrenunciabilidad hay que situar la imposibilidad de compensarla con una obligación del alimentista, tal como expresamente veta el artículo 303 b) del principal cuerpo de Derecho Civil cubano. La expresión usada parece incluir también a los créditos no cobrados, pues sin más distinciones relaciona los créditos "relativos a la obligación de dar alimentos". A pesar de ello, la exclusión de semejante regla de los créditos alimentarios devengados se justifica por haber transcurrido un período de tiempo desde que se tuvo la posibilidad de exigirlos, lo que hace presumir que la necesidad que fundamenta su existencia no está presente con la misma fuerza. Si no se ha acudido a la pensión alimenticia para satisfacer las necesidades vitales del alimentista, cabe admitir un régimen jurídico de mayor flexibilidad, con el que se manifiesta conteste la doctrina.[978]

Se trata de una obligación recíproca, por lo que los que hoy son acreedores de la obligación alimenticia, pueden posteriormente ocupar la posición de deudores y viceversa. De ahí la denominación que muchas veces recibe esta institución, como derecho-deber de alimentos. Las mismas personas a quienes la ley reconoce la facultad de reclamar los alimentos de encontrarse en estado de necesidad, pueden, de alterarse dichas circunstancias, ser obligados a prestarlos a favor de sus parientes o cónyuge: "… la reciprocidad es potencial, por supuesto no actual, pues supone un planteamiento contrario a la lógica entender que quien esté en una situación de necesidad que le haga

[977] BELLUSCIO, Augusto César, op. cit., p. 488.

[978] Idem., p. 489; CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara Noemí, op. cit., p. 350; LÓPEZ HERRERA, Francisco, op. cit., pp. 180-181; GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, op. cit., p. 74. En la doctrina nacional, comentando el artículo 151 del Código Civil español, se pronuncia a favor de la compensabilidad de las pensiones vencidas y atrasadas, DEL CASTILLO, Conrado, op. cit., p. 20.

acreedor de alimentos frente a otra persona (que por definición debe estar en mejor posición patrimonial que él) sea a su vez deudor de alimentos de ésta (…) no se puede estar a la vez en una situación de suficiencia y la vez de insuficiencia patrimonial…".[979]

Algunos comentarios merece todavía este último rasgo comentado. Los principios reconocidos por el Código de Familia (artículo primero) hacen impensable reducir la reciprocidad de la obligación alimenticia sólo a los parientes, como se hace en la doctrina argentina al amparo del artículo 367 de su Código Civil, pues el matrimonio se funda en Cuba en la igualdad de derechos entre los cónyuges y, por tanto, podrán los alimentos ser exigidos tanto por el marido como por la mujer. Por otra parte, en otros ordenamientos existen ejemplos de prestaciones alimenticias que no son recíprocas, como en el Código Civil español, que en el artículo 269, 1º obliga al tutor a procurar alimentos al tutelado. Su regulación por separado en aquel cuerpo legal se justifica por no ser una obligación alimentaria entre parientes, regulada a partir del artículo 142, pero en el Código de Familia es significativo que la expresión se cambie por "… cuidar de los alimentos del tutelado…", lo que debe traducirse como el deber de exigir los alimentos a quien esté obligado a satisfacerlos.

Comúnmente se confunde la reciprocidad con una necesaria correlación existente entre el orden de prelación del concurso de alimentantes y del concurso de alimentistas. Esta parece ser la inspiración para que los artículos 124 y 126 prevean un orden tan semejante, posición que, sin apreciables variaciones, sigue el anteproyecto de nuevo Código de Familia en los artículos 189 y 191. Sin perjuicio de las consideraciones que se ofrecerán con posterioridad, basta subrayar que la reciprocidad no implica necesariamente tal reglamentación, pues en modo alguno significa que el primero de los llamados a cumplir la obligación tenga preferencia para la exigencia, cuando así le corresponda. La reciprocidad se reduce a la posibilidad de ser llamado a satisfacerlos o a exigirlos, sin tener en cuenta la posible concurrencia de otros parientes o el cónyuge. Lo contrario sería una interpretación demasiado exigente e irracional. ¿Por qué entonces, si los derechos sucesorios son igualmente recíprocos, no se llama en el mismo orden a descendientes y ascendientes?

Otro de los caracteres que define la obligación alimenticia es la no solidaridad que se predica de ella. En caso de pluralidad de sujetos obligados, no es posible que se le exija el cumplimiento a uno sólo de ellos, pues la prestación ha de distribuirse de acuerdo a su respectiva capacidad económica, como haya fijado la autoridad judicial o hayan decidido de común acuerdo los obligados. El Tribunal Supremo español ha declarado en consecuencia la obligación alimenticia como "mancomunada y divisible", en sentencia de 12 de abril de 1994, con la consecuencia de que el alimentista no pudiese reclamar la totalidad de la pensión a cualquiera de los obligados, sino a todos ellos. Puede constatarse cómo no estamos en presencia de una mancomunidad ordinaria, donde los derechos de cada copartícipe se presumen comunes, sino que directamente se hace depender la participación individual de la capacidad patrimonial de cada uno. Con carácter excepcional, el artículo 125 del Código de Familia establece que, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, "… el tribunal podrá obligar a una sola de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio del derecho de ésta a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda".

[979] JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, op. cit., p. 756.

La generalidad de los autores señala como característica la condicionalidad de la obligación de dar alimentos, en el sentido de estar sometida a la doble condición suspensiva del estado de necesidad en el acreedor y la capacidad económica en el deudor.[980] Pero el carácter condicional puede ser puesto en duda si se tiene en cuenta que la condición es un elemento accidental del negocio jurídico, que hace depender el nacimiento o la extinción de sus efectos de un acontecimiento futuro e incierto (artículo 53.1 del Código Civil). En este caso no se trata de una condición en sentido propio, sino de los presupuestos para la existencia de la obligación alimenticia, que actúan en todo caso como una especie de conditio iuris, pues nos encontramos "…ante elementos que forman, por voluntad del ordenamiento, parte del supuesto de hecho requerido para dar lugar al desencadenamiento de los efectos jurídicos".[981]

La obligación alimentaria es variable, en tanto la cuantía de los alimentos puede modificarse si cambian las necesidades del alimentista o las posibilidades del alimentante. El Código de Familia reconoce esta propiedad en el artículo 128, de la que se deriva el hecho de que el proceso sumario de alimentos carezca de efectos de cosa juzgada material en cuanto a la obligación misma en su existencia, sus modalidades y su extensión, si la modificación de las circunstancias con posterioridad a la firmeza de la sentencia lo amerita. Para CADOCHE DE AZVALINSKY "… los vaivenes de las posibilidades del alimentante y de las necesidades del alimentado provocan consecuentemente la revisión del modo y la amplitud del cumplimiento de esta obligación".[982]No puede asimilarse la variabilidad de la obligación alimenticia con la cláusula rebus sic stantibus, pues viene establecida por el propio legislador y no se fundamenta en alteraciones extraordinarias e imprevisibles de las circunstancias que han sido tomadas por los sujetos para el nacimiento de la obligación, que además que no tiene un origen contractual.[983]

La referencia a la variabilidad de la obligación de dar alimentos hace necesario traer a colación una antigua clasificación de los alimentos, a partir de la cual se distinguía entre alimentos civiles y alimentos naturales, siendo así que los alimentos civiles se le debían al cónyuge y los parientes legítimos y naturales, mientras que los alimentos naturales le correspondían a los parientes ilegítimos. Los primeros eran los que se debían de acuerdo a la posición social de la familia, mientras que lo segundos sólo tenían en cuenta los auxilios necesarios para la vida.[984]La distinción carece hoy de interés en el ordenamiento jurídico cubano, pues ha desaparecido la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento (artículo 65 del Código de Familia). La legislación vigente hace depender la cuantía de la pensión alimenticia, tanto de las necesidades del alimentista, como de las posibilidades del alimentante, con lo que pueden ser calificados todos como alimentos civiles (artículo 127 del Código de Familia).

La finalidad a la que se destina el cumplimiento de la prestación alimentaria - la satisfacción de las necesidades vitales del alimentista - hace que su exigencia no pueda estar sometida al efecto del tiempo, de modo que mientras existan los presupuestos básicos de la necesidad en el acreedor alimenticio, las posibilidades del deudor, así

---

[980] LÓPEZ HERRERA, Francisco, op. cit., p. 177.
[981] DÍEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, volumen I, Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica, 7ma edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 560.
[982] CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara Noemí, op. cit., p. 348.
[983] JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, op. cit., p. 775.
[984] DEL CASTILLO, Conrado, op. cit., pp. 24-25.

como la relación de parentesco o matrimonio entre uno y otro, puede ser ejercitada la acción, por lo que deviene imprescriptible (artículo 132 del Código de Familia). Así, aunque la madre, por ejemplo, no hubiese reclamado alimentos en nombre de su menor hijo durante sus diez primeros años de vida, podrá no obstante ejercitar la acción correspondiente mientras subsistan las condiciones para su exigencia. Si prescribirá, en cambio, la acción para reclamar las pensiones no percibidas por el transcurso de tres meses (artículo 133 del Código de Familia, en correspondencia con el artículo 118 del Código Civil, relativo a las obligaciones periódicas). El fundamento de término de prescripción tan breve hay que encontrarlo en la presunción de que la inactividad procesal del alimentista es indicio de que la situación de necesidad que tiene como base la obligación alimenticia no existe o al menos está momentáneamente disminuida. La jurisprudencia argentina, ante la ausencia de un pronunciamiento expreso de la legislación al respecto se refiere a que "… la inactividad procesal del alimentario crea la presunción judicial, sujeta prueba en contrario, de su falta de necesidad, y determina por lo tanto, la caducidad del derecho a cobrar las cuotas atrasadas".[985]

No es posible la reclamación de prestaciones alimentarias más allá de los tres meses de prescripción, pues aun rige entre nosotros el principio in praeteritur non vivitur, conforme al cual la obligación alimenticia debe ser cumplida oportuna e inmediatamente, pues si no se cumple se pierde su finalidad. Si la persona está legitimada para exigir alimentos pero no lo hace, ha vivido y por tanto no necesita de los alimentos para el pasado, sólo para el futuro. En una bella imagen, DE RUGGIERO plantea que la obligación alimenticia "… se extingue y renace cada día, esto es, se extingue por el pasado y resurge por el futuro".[986]De ahí que el artículo 130 del Código de Familia vigente establezca que la obligación de dar alimentos será exigible desde que el alimentista los necesitare, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

Ya se apuntaba que como consecuencia del carácter personalísimo de la obligación de dar alimentos, el acreedor del alimentista no puede ejercitar la acción subrogatoria y dirigirse contra su deudor. Por tanto, tampoco el propio acreedor puede satisfacer su crédito contra el derecho de alimentos del que sea titular su deudor. La inembargabilidad de la obligación alimentaria no está expresamente reconocida en el Código de Familia, pero la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico la reconoce en su artículo 463.6. La disposición se justifica por la peculiarísima naturaleza de esta obligación, que aunque situada en la esfera jurídica del alimentista, no integra su patrimonio bajo el régimen común al que están sometidos los derechos de crédito. No pueden olvidarse, además, las consecuencias que traería la embargabilidad de la prestación, pues continuaría el alimentista en la situación de necesidad, situación que lo legitimaría para exigir nuevamente alimentos al obligado, que podrían ser embargados también, lo que conduciría a un círculo vicioso contrario a la finalidad que se persigue en la institución.[987]

---

[985] Fallo plenario de las Cámaras Civiles de Buenos Aires, que reseña CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara Noemí, op. cit., p. 349-350.

[986] DE RUGGIERO, Roberto, op. cit, p. 700. En la doctrina patria este principio es explicado por DEL CASTILLO, Conrado, op. cit., pp. 23-24.

[987] LÓPEZ HERRERA, Francisco, op. cit., p. 177.

La obligación alimenticia tiene además el carácter de privilegio. Dicha circunstancia viene refrendada por el artículo 307.1 del Código Civil, cuyo inciso a) sitúa en el primer orden entre los créditos privilegiados a los correspondientes a los parientes para el cobro de alimentos. Por su parte, el artículo 134 del Código de Familia otorga el mismo carácter al crédito del tercero no obligado que ha satisfecho la pensión alimenticia fijada por el tribunal, para exigir el rembolso al obligado a prestarlos, por lo que no es un rasgo exclusivo del crédito del alimentista, sino que se extiende a éste último supuesto, que ha de ser incluido igualmente en el primer orden de la prelación de créditos reconocida en la legislación civil.

La obligación alimenticia es una obligación alternativa, como modalidad de las obligaciones múltiples, en tanto el deudor o alimentante está legitimado para cumplir con una prestación entre varias, pues la realización de cualquiera de ellas extingue la obligación.[988]El artículo 129 del Código de Familia permite que el obligado a dar alimentos elija entre satisfacerlos pagando una pensión o recibiendo y manteniendo en su propia casa al alimentista, salvo que una disposición legal, judicial o algún motivo serio lo impidan.

Por último, cuando la prestación alimentaria se traduce en una prestación de dar periódicamente cierta cantidad de dinero, que es la forma que normalmente adopta, tiene carácter de deuda de valor. Puede calificarse de obligación pecuniaria de valor pues "… el dinero no es el objeto directo de las obligaciones, sin embargo, éste es el medio de solventarlas, en ellas se lleva a cabo la traducción en dinero de aquello que se debe…", que en este caso es la satisfacción de las necesidades vitales del alimentista.[989]Como efecto típico de este tipo de vínculo jurídico, la doctrina admite que estas prestaciones deben ser actualizadas a fin de cubrir las secuelas de la devaluación del poder adquisitivo de la moneda, de ahí que pueden estar sometidos a cláusulas de estabilización que aseguren el mantenimiento de su valor. En sentencia de 14 de febrero de 1976, el Tribunal Supremo español constata que la pérdida de valor de la moneda supone un aumento de las necesidades del alimentista, no porque éstas aumenten en sentido estricto, sino porque el poder adquisitivo de las pensiones alimenticias abonadas se reduce y el alimentista para satisfacer iguales necesidades tendría que hacer erogaciones mayores.[990]Esta circunstancia justifica la variación de la pensión alimenticia, en los términos del artículo 128 del Código de Familia.

7. Los sujetos de la obligación alimenticia.

Los sujetos de la obligación alimenticia han sido denominados tradicionalmente como alimentante y alimentista. El alimentista es la persona que tiene la facultad de exigir la prestación alimenticia de otro sujeto, titular de un derecho de crédito que se fundamenta en la situación de necesidad y en la relación de parentesco o matrimonio que lo une con el alimentante. Este último es la persona que, unida por los vínculos

[988] OJEDA, Nancy de la C., "Clasificación de las obligaciones" en, OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C. y Teresa DELGADO VERGARA, op. cit., p. 108.
[989] Idem., p. 119.
[990] JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, op. cit., p. 776.

familiares señalados con el alimentista, tiene la capacidad económica suficiente para satisfacer dicha prestación.[991]

El carácter recíproco de la obligación alimenticia hace que el legislador regule en un solo precepto los sujetos obligados a darse alimentos, incluyendo al cónyuge, ascendientes y descendientes, y hermanos (artículo 123 del Código de Familia). Sólo entre ellos existe la obligación alimenticia. En la búsqueda de una síntesis mayor, se abordan éstos de acuerdo al orden de prelación que para el concurso de alimentantes establece el artículo 124 del Código de Familia. Aunque normalmente la obligación de dar alimentos recae en un solo sujeto, en ocasiones se convierte en una relación jurídica pluripersonal, cuando varias personas se colocan en la posición de acreedor o deudor. Se produce así el concurso de alimentantes cuando existe un sujeto en situación necesidad, y varias personas están en la obligación de suministrarle alimentos. Puede ser que el llamado en primer lugar haya fallecido o no exista, por ser el alimentista soltero, o que su patrimonio no sea suficiente para satisfacer las necesidades del alimentista, y en esos casos el deber puede recaer simultáneamente en varios sujetos: padres, hijos y hermanos, siempre en un riguroso orden de prelación, que no depende la de la autonomía de la voluntad, pues está impuesto imperativamente por ley.

En relación a los cónyuges, esta obligación viene a reforzar el deber de socorrerse mutuamente establecido en el artículo 25 del mismo cuerpo legal, deber que es precisado en el número 27 que se refiere a la obligación de "… contribuir a la satisfacción de las necesidades de la familia que han creado…". La obligación alimenticia entre estos sujetos se encuentra en la mayoría de los casos velada por el deber más amplio del auxilio mutuo y, de hecho, mayormente se pondrá de manifiesto ante una situación de crisis en la convivencia matrimonial. Atrás han quedado definitivamente las disposiciones que discriminaban a la mujer que vivía separada de su marido, pues se afirma explícitamente la subsistencia de los deberes, aunque no se tenga un hogar común. No tiene sentido en la sociedad contemporánea la discusión dada a finales del siglo XIX en España en torno a la existencia de la obligación alimentaria sólo intra domus, en el domicilio del marido.[992]

No afectará, pues, la mera separación de hecho a la obligación de dar alimentos que tienen los cónyuges entre sí. Por el contrario, el divorcio sí causará la extinción del vínculo obligacional, al desaparecer uno de los presupuestos de la misma. Ello no quiere decir que no pueda exigir el excónyuge necesitado la pensión por desequilibrio económico que se reconoce en el artículo 56 del Código de Familia, para el caso del

---

[991] La denominación utilizada es la que recoge unánimemente la doctrina y la legislación, con escasas excepciones como la de BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS. Este autor considera más correcta desde el punto de vista gramatical la denominación de alimentario para el acreedor y alimentista para el deudor, haciéndola corresponder con otras parejas de términos en distintas relaciones obligatorias como las de arrendador/arrendatario, donante/donatario y comodante/comodatario. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, "Comentario al título VI" en ALBALADEJO, Manuel y Silvia DÍAZ ALABART (directores), Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, tomo III, volumen 2º, 2da edición, EDERSA, Madrid, 1982, p. 7.

[992] Se cita al respecto un trabajo de OTTO Y CRESPO, aparecido en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, de 1862. Cit. pos., DORAL, José Antonio, op. cit., p. 315. La jurisprudencia cubana, en sentencia 124 del Tribunal Supremo de Cuba, de 21 de junio de 1947, había establecido que "… carece de acción para reclamar pensión por alimentos fuera de la casa conyugal la mujer casada que vive por su voluntad separada del marido, sin haber justificado que sea éste el culpable de tal situación".

divorcio. No es esta una especie de la obligación alimenticia objeto del presente estudio, pues en un caso falta el estado de necesidad (artículo 56.1 que no es incompatible con la capacidad para trabajar y, por tanto, para satisfacer por sí mismo sus propias necesidades), y en el otro, no subsiste, a pesar de persistir el impedimento, si el excónyuge necesitado ha contraído nuevo matrimonio.

Seguidamente sitúa el Código de Familia a los ascendientes (artículo 124.2). Estos están obligados con independencia del vínculo matrimonial que pueda existir entre ellos, así como del hecho que el parentesco por consanguinidad haya nacido de la generación natural o de la adopción. En todo caso, la demanda habrá de dirigirse contra el ascendiente de grado más próximo, sólo cuando estos no existen o no tuviesen capacidad económica se pasará a los grados más remotos. Recuérdese que la obligación de alimentos en cabeza de los ascendientes reviste caracteres distintos, en dependencia de la cualidad de los sujetos. Si se trata de padres en relación con sus hijos menores, no será requisito para la existencia del vínculo obligatorio, la necesidad económica de éstos últimos, mientras que en cualquier otro caso sí es será presupuesto imprescindible la llamada "situación de penuria", sean los padres en relación con hijos mayores de edad, u otros ascendientes distintos.

La reclamación de alimentos a los ascendientes exige evidentemente que la filiación esté determinada con relación a ellos, que pueda ser demostrada a través de la certificación de nacimiento correspondiente. La cuestión es conflictiva al tratarse de menores de edad, pues el interés superior del niño exige que el ordenamiento jurídico atienda preferentemente a la satisfacción de sus necesidades. Es interesante la disposición que incluye en su artículo 367 la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela, que en sus incisos b) y c) reconoce la procedencia de la obligación de alimentos cuando la filiación resulte de declaración explícita y por escrito del padre o confesión de éste, o cuando a consideración del juez el vínculo filial resulte de un conjunto de circunstancias y elementos de prueba que, conjugados, constituyan "… indicios suficientes, precisos y concordantes". La ausencia de una norma semejante en Cuba, hace que la filiación deba quedar demostrada fehacientemente con el título de legitimación correspondiente.

Ese aspecto resulta relevante si se le reconoce la posibilidad al concebido de exigir alimentos a su progenitor, en aplicación directa del artículo 25 del Código Civil, que lo tiene por nacido para todos los efectos favorables a condición de que nazca vivo. Las posibilidades de reclamación se facilitan enormemente si el hijo fue concebido constante matrimonio. Aun cuando el matrimonio se disuelva con anterioridad al parto, el hijo nacería dentro de los trescientos días siguientes a la extinción del matrimonio y, por tanto, operaría en su favor la presunción de paternidad reconocida en el artículo 74.2 del Código de Familia. Así, aunque la filiación no estuviese legalmente determinada, dicha determinación se produciría con certeza posteriormente, pues el cónyuge sólo puede objetarla a través del ejercicio de la acción de impugnación correspondiente (artículo 78 del Código de Familia). En ese sentido se pronuncia la sentencia 79, de 18 de mayo de 1995, del Tribunal Provincial Popular de La Habana al sostener que el tribunal de instancia "… con total acierto fijó una pensión alimenticia para el concebido a los efectos de satisfacer la necesidad vital de su sustento, que aun cuando todavía se encuentra en el claustro materno, de hecho fue engendrado por los padres durante su unión matrimonial…".

Mayores dificultades presenta la exigencia de los alimentos para el concebido en la unión matrimonial no formalizada. Allí la indeterminación de la filiación existe hasta tanto se produzca el reconocimiento o se ejercite la acción filiatoria destinada a ese fin. Sólo el reconocimiento podría producirse con anterioridad al nacimiento del menor. Incluso la posibilidad reconocida a la madre de imputar la paternidad (artículo 48 de la Ley del Registro del Estado Civil), sólo procede en el momento de la inscripción del nacimiento del menor, no antes. Otro pareció ser el criterio de los redactores del proyecto de nuevo Código de Familia, que una versión del mismo del año 1995, legitimaron en el artículo 109 a la madre para reclamar alimentos a favor del concebido en contra de su padre, aunque el hijo no hubiese sido engendrado dentro del matrimonio formalizado, sin perjuicio de la acción para impugnar la filiación que pudiese ejercitar el padre con posterioridad al nacimiento.[993]

Se coincide con PÉREZ GALLARDO y NÚÑEZ TRAVIESO en que la solución era desacertada técnicamente.[994] Aun más, puede afirmarse que resultaba peligrosa y absurda. Era peligrosa, porque se imponía la obligación alimentaria a un sujeto que estaba imposibilitado de demostrar la inexistencia del vínculo filiatorio con el concebido. Absurda e incoherente si se tiene en cuenta que en la imputación, la sola declaración de voluntad de la madre no es suficiente para establecer la relación filiatoria, pues la negación de la paternidad por el imputado lo impedirá al menos momentáneamente; sin embargo, sí sería suficiente para obligar a un tercero con un vínculo que es consecuencia o efecto propio de la relación jurídica que por sí misma no tiene aptitud para establecer. Afortunadamente, dicho precepto ha desaparecido en la última versión del proyecto del año 2006, a la que ha tenido acceso el autor.

En tercer lugar, ubica el artículo 124 de la ley sustantiva familiar a los descendientes. Los descendientes sólo tendrán a su cargo la que se ha denominado obligación de dar alimentos en sentido estricto, cuya existencia depende del estado de necesidad patrimonial en el alimentista. A los efectos del cumplimiento de tal obligación es intrascendente el estado civil que los padres hayan tenido en el momento de la concepción, pues puede ser impuesta tanto a hijos matrimoniales como no matrimoniales, en exacta correspondencia con la igualdad de derechos que proclama el artículo 65 del Código de Familia. De igual forma, serán sujetos de la obligación alimenticia tanto los hijos naturales, como los adoptivos y sus descendientes, al existir en Cuba sólo la adopción plena, que rompe totalmente los vínculos con la familia consanguínea de origen, creando lazos no sólo entre adoptante y adoptado, sino con el resto de los parientes y cónyuge del adoptante.[995]

Tampoco están obligados todos los descendientes por igual, pues el artículo 124.3 dispone que la reclamación debe dirigirse contra los descendientes de grado más próximo. Por tanto, en caso que el ascendiente alimentista tenga descendientes con diferente grado de proximidad con capacidad económica para satisfacer sus

---

[993] PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. y Belkis C. NÚÑEZ TRAVIESO, op. cit., p. 105.

[994] Idem., p. 107.

[995] La adopción plena es aquella que "… confiere al adoptado la condición de hijo del o de los adoptantes. Esta especie de adopción crea, además, parentesco entre el adoptado y los miembros de la familia del adoptante; entre el adoptante y el cónyuge y la descendencia futura del adoptado y entre los miembros de la familia del adoptante y el cónyuge y la descendencia futura del adoptado". GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, op. cit., p. 420. En Cuba rige la adopción plena desde el Decreto Ley 76, De la adopción, los hogares de menores y las familias sustitutas, de 29 de enero de 1984, que modificó el texto del Código de Familia en esta materia.

necesidades, tendrá que dirigir su reclamación contra el descendiente de grado más próximo, excluyendo al más remoto. En otras legislaciones no se ha seguido este criterio. En virtud del artículo 287 del Código Civil venezolano de 1942, entre los descendientes la prelación se regulaba por el orden en que serían llamados a la sucesión de la persona con derecho a alimentos. Podía, por tanto el alimentista reclamar alimentos simultáneamente a su hijo y a sus nietos, hijos de otro hijo premuerto.

En el Derecho vigente español, el párrafo final del artículo 144 del Código Civil establece que "… se regulará la graduación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a alimentos". Se produce así una especie de derecho de representación en la obligación alimenticia, siguiendo la antigua regla ubi emolumentum succesionis ibi onus alimentorum. Se hacen corresponder así los llamados a la sucesión intestada con el orden de prelación ante el concurso de alimentantes: quien por derecho de representación sucedería al causante, ocupando el lugar de su ascendiente, podría ser obligado a pagar la deuda alimentaria. La solución parece equitativa, pero no debe olvidarse que el testador, salvo la presencia de herederos especialmente protegidos, puede alterar el orden sucesorio o designar herederos distintos, pero no puede modificar el orden de prelación que contempla el Código de Familia para la concurrencia de alimentistas o alimentantes. En última instancia, nuestro ordenamiento no contiene precepto semejante, por lo que en ningún supuesto concurrirán alimentantes descendientes en grado diferente.

En el último lugar incluye la ley a los hermanos. No distingue la ley la edad del hermano obligado, aunque evidentemente éste ha de contar con la capacidad económica necesaria para satisfacer las necesidades del alimentista. Si existe tal capacidad, porque el alimentante tuviese bienes suficientes, es intrascendente la presencia de capacidad de obrar, pues la existencia de la obligación no depende de la voluntad del sujeto, al no tratarse de un acto voluntario del deudor. Finalmente, no se distingue entre hermanos de consanguinidad natural o adoptiva, sean de uno o doble vínculo, porque no hay pronunciamiento expreso de la ley en ese sentido; tampoco existe distinción entre hermanos matrimoniales o no matrimoniales, al ser consecuencia de la abolición de la distinción entre los hijos por el nacimiento (artículos 124.3 y 65 del Código de Familia). La inclusión de los hermanos en la prelación de deudores, en su formulación actual, puede remontarse hasta la Ley de Matrimonio Civil española de 1870, que en su Exposición de Motivos afirmaba que "… el estrecho vínculo que entre los hermanos existe hace que se consideren como miembros de una misma familia y hasta la moralidad pública se resentiría, al ver a un individuo sumido en la miseria, entretanto que su hermano viviese en medio del fausto y la opulencia".[996]

Si bien la relación de sujetos obligados concluye en los hermanos, según el artículo 123 del vigente Código de Familia, en otros ordenamientos se extiende la obligación hacia otros parientes. El Código Civil venezolano extiende la obligación alimenticia hacía tíos y sobrinos, parientes por consanguinidad en la línea colateral tercer grado, ante la ausencia de otros parientes o su falta de capacidad patrimonial, siempre que el alimentista sea de edad avanzada o entredicho. Otros códigos incluso hacen derivar la obligación alimentaria del parentesco por afinidad. Ha servido de modelo al respecto la

[996] DEL CASTILLO, Conrado, op. cit., p. 40.

legislación francesa, pues el Código Civil de Napoleón en sus artículos 206 y 207 consagraba la obligación recíproca de hijas e hijos políticos, en relación con su madre y padre políticos, limitándola al primer grado en la línea recta. En Latinoamérica, el Código de Familia boliviano incluye entre las personas obligadas a la asistencia familiar al yerno y la nuera, y suegro y suegra (artículo 15. 4º y 5º), precisando el artículo 17 que sólo estarán obligados en la medida de la estrictamente necesario. Ya se apuntó que el Código de Familia cubano no reconoce la obligación entre afines, pero indirectamente puede corresponder a uno de los cónyuges el sostenimiento de los hijos del otro, al menos en parte, al constituir una carga de la comunidad matrimonial de bienes (artículo 33.1).[997]

La situación de concurso de alimentantes tiene claras implicaciones procesales. Cuando existe pluralidad de sujetos obligados, la demanda ha de establecerse contra todos los deudores, como consecuencia de la mancomunidad que se predica de la deuda alimentaria. Lo contrario sería afirmar que la obligación alimenticia es solidaria, lo que iría en contra de la letra del artículo 125 del Código de Familia. La jurisprudencia española ha reafirmado ese criterio; en especial la sentencia del Tribunal Supremo español, de 5 de noviembre de 1996, deja esclarecido que fijar la deuda de uno de los alimentantes "… supone entonces, inexcusablemente, fijar simultáneamente el porcentaje de la deuda del otro, lo cual exige, para no producir indefensión a esa otra parte, y para evitar sentencias contradictorias, traer a todos los deudores conjuntamente al proceso como partes demandadas". En cambio, cuando los posibles alimentantes no estén situados en el mismo orden prelacional, una antigua sentencia del propio alto tribunal hispano, de 6 de junio de 1917, se pronunció porque "… no era necesario establecer procedimientos sucesivos, entre los distintos obligados a prestar los alimentos, sino que puede dirigirse la acción contra cualesquiera de los comprendidos en cada escala, con tal que se justifique que los llamados antes que él carecen de los medios necesarios para satisfacerlos".

Ahora bien, si ciertamente no hay nada que objetar a la prelación establecida por el artículo 124 del Código de Familia para el concurso de alimentantes, no puede decirse lo mismo del artículo 126. Éste regula la prelación para el caso de concurso de alimentistas, y para ello sigue igual criterio que el artículo 124, al que se remite expresamente. En otro lugar se adelantaba que ello es producto de una pobre comprensión de la reciprocidad de la obligación alimenticia, que sólo significa que quien hoy está obligado a dar alimentos, mañana, llegada una situación de necesidad, puede entonces reclamarlos a quien hoy se los presta.[998] Ello no quiere decir que si estaba en primer lugar en la prelación de los alimentantes, tenga necesariamente que ocupar el primer orden entre los alimentistas. La reciprocidad se predica de la obligación en sí misma considerada y no de la posición que ocupe un sujeto concreto en una hipotética situación concursal.

Razones más profundas avalan la tesis contraria al orden de prelación del artículo 126, que sigue con bastante fidelidad el artículo 191 del proyecto de nuevo Código de Familia. En el artículo 124 se trataba del llamamiento para ocupar la situación jurídica de deber en la obligación alimenticia, y por ello es lógico que se guarde el mismo orden que en otras situaciones semejantes. Nótese que el artículo 148 del mismo cuerpo legal, referido a la delación de la tutela de los mayores de edad, se

[997] Vid., epígrafe 5 del presente trabajo.
[998] Vid., epígrafe 6.

pronuncia en sentido semejante, con ligeras variaciones en cuanto a los ascendientes, que resultan divididos en órdenes distintos. El concurso de alimentistas es justamente la situación inversa: constituye la norma que legitima a un sujeto para reclamar alimentos con preferencia a otros con igual derecho a recibirlos, que lo coloca en esa particular situación jurídica de poder.

La norma que contiene el artículo 126 es, además, contra natura. Va contra el orden natural de los afectos que el alimentante se vea compelido a cubrir las necesidades de su cónyuge y sus ascendientes, y sólo entonces la de sus descendientes. Véase la diferencia con las disposiciones que se contienen a partir del artículo 514 del Código Civil, reguladoras de los llamados órdenes sucesorios, que siguen la línea natural de los afectos en los parientes, al conceder derechos preferentes a los descendientes, ascendientes, y por último a los colaterales. Un intento de enmendar la situación creada se nota en el segundo párrafo del artículo comentado, al establecer la preferencia de los hijos sobre el cónyuge, de ser éstos los sujetos concurrentes. Además de imperfecta en el orden formal, pues rompe la unidad del precepto, la solución es parcial, pues no resuelve las situaciones de concurso que involucren al cónyuge y ascendientes, o a ascendientes y descendientes, situaciones en las que, increíblemente, habrá que preferir a los primeros. Es de desear una nueva redacción en la cual la regulación del concurso de alimentistas gane en autonomía y precisión.

8. Formas de cumplimiento.

Como rasgo característico de la obligación de dar alimentos se señala su carácter alternativo. El artículo 129 del Código de Familia ofrece la posibilidad al alimentante de elegir entre recibir y mantener en su propia casa al alimentista, y pagar la pensión que fije el órgano jurisdiccional, las que constituyen las posibles formas en que se da cumplimiento a esta obligación. Se denominan alimentos propios a los que recibe el acreedor en el domicilio del deudor, que de esa forma lo sustenta, mientras que reciben el nombre de alimentos impropios los que recibe el alimentista a través de una pensión periódica, fijada por el tribunal.[999]

El hecho que la elección de la forma de cumplir la obligación alimenticia corresponda al alimentante, no es más que una aplicación concreta del principio de favor debitoris, tan esencial al Derecho de Obligaciones. Conforme al mentado principio ante la duda en torno a la existencia o a la extensión de una obligación, la misma debe ser resuelta a favor del deudor, negando su existencia o restringiendo sus efectos.[1000]Se busca, por tanto, a través de este principio, que el interés del acreedor se satisfaga de la forma menos gravosa para el deudor. Es el alimentante quien debe determinar cuál es la forma de cumplimiento de la obligación, de modo que el alimentista ha de atenerse a su decisión, sin que pueda imponerle una opción u otra.[1001]La solución se corresponde,

[999] LÓPEZ HERRERA, Francisco, op. cit., p. 172; DE RUGGIERO, Roberto, op. cit., p. 696.

[1000] DÍAZ PAIRÓ, Antonio, Teoría general de las obligaciones, volumen I, 2da edición revisada, Editorial Temis, La Habana, 1945, p. 34.

[1001] DELGADO ECHEVERRÍA sostiene la tesis contraria, al afirmar que cuando el alimentante tenga que ser demandado, pierde el derecho de opción y deberá satisfacer la obligación en los términos en que se establezca en la sentencia. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "Comentario al artículo 149" en, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo y Pablo SALVADOR CODERCH (directores), Comentario del Código Civil, volumen I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 537. El texto del artículo 129 del Código de Familia no hace pronunciamiento en relación con el

además, con las reglas generales de las obligaciones alternativas, en que la elección en principio corresponde al deudor u obligado (artículo 244 del Código Civil).

Por supuesto que la facultad de elección correspondiente al alimentante tiene límites, no es en modo alguno absoluta. El artículo 129 del Código de Familia dispone que la forma de prestar los alimentos en sentido propio, "… sólo procederá si no se afectan disposiciones relativas a la guarda y cuidado del alimentista y no existen impedimentos de orden moral o material". El caso más claro es del menor de edad, que se encuentra bajo la guarda y cuidado de uno de los padres. Entonces el padre que no ostenta la guarda y cuidado no tendrá más opción que satisfacer la obligación alimenticia a través de una prestación periódica, en la forma que se ha denominado impropia. Así dispone el artículo 59 del Código de Familia que el sostenimiento de los hijos menores es obligación de ambos padres "… aun cuando no tengan la patria potestad sobre ellos, o estos no estén bajo su guarda y cuidado…".

Puede asimismo el órgano jurisdiccional determinar que la obligación alimenticia se cumpla de forma impropia, si así lo estima conveniente o lo encuentra justificado. Así, por ejemplo, en caso de cónyuges que no conviven por largo tiempo, cuando uno de ellos se encuentra en situación de necesidad, y el otro, aun sin disolver el vínculo, ha iniciado una nueva relación de pareja. Salta a la vista la conveniencia de que se imponga la pensión alimenticia, como prestación pecuniaria, y no de forma distinta. Pueden constar también antecedentes de violencia doméstica que hagan aconsejable la imposición del deber sin necesidad de que exista convivencia entre deudor y acreedor.[1002]

Razones de índole material pueden igualmente llevar al tribunal a imponer una forma determinada de cumplimiento. Piénsese en las condiciones de hacinamiento en que puede vivir una familia, en tal envergadura que pueda obstaculizar no sólo el libre desarrollo de los integrantes del núcleo familiar receptor, sino del propio alimentista. El déficit habitacional existente en el país, igual que fundamenta un régimen jurídico peculiar en materia inmobiliaria, no puede ser obviado por el juzgador al decidir la modalidad de pago de la prestación que impondrá al alimentante.

Una justa ponderación merece igualmente la colisión entre el derecho del alimentista y otros valores sociales, también merecedores de tutela. Los conflictos generacionales muchas veces provocan el cese de la convivencia; pero la libertad del alimentista de fijar su residencia en otro lugar no puede conducir a la imposición al alimentante de la prestación en dinero como forma de cumplimiento. Hay abundante jurisprudencia española que corrobora esta opinión, forzando al alimentista a aceptar otra forma de pago distinta de la solicitada. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 19 de octubre de 1998, en el caso de un padre que elige satisfacer la prestación

---

momento en que debe el deudor elegir, por lo que hay que entender que la elección puede ser realizada antes de la interposición de la demanda, o en el propio proceso en que se ventile tal pretensión.

[1002] DEL CASTILLO cita abundante jurisprudencia prerrevolucionaria que limita la facultad del deudor de elegir la forma en que se cumple la obligación , entre la cual cabe destacar la sentencia 1, de 12 de enero de 1938, del Tribunal Supremo de Cuba, que niega la opción al demandado por alimentos cuando silenció y puso en duda la condición de hijo suyo del alimentista, mientras que la sentencia 20 de la Audiencia de La Habana, de 24 de enero de 1953, en criterio avanzado para la época, sostuvo que el interés del hijo alimentista ha de prevalecer frente a los deseos, intereses o elección de los padres. DEL CASTILLO, Conrado, op. cit., pp. 53-58.

alimenticia a través de la convivencia con su hija, afirma que "… cuando se es mayor de edad, sus concepciones vitales no puede imponerlas, ni llevarlas a cabo en contra o a costa de la opinión del resto de sus familiares. La opción que ha manifestado de abandonar el domicilio familiar no puede reprochársele. Pero en cuanto no se ha acreditado que sus padres se hayan opuesto de modo rotundo a su vuelta al mismo (…) no pueden imponerse a los mismos el pago de una pensión, cuando es posible que la obligación alimenticia aquellos la puedan cumplir en su propio domicilio". En el mismo sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Córdoba, en sentencia de 29 de junio de 2002: "… puede también optar, bien por reintegrarse al domicilio paterno y recibirla allí en especie, bien por vivir de manera independiente, pero, naturalmente, si lo hace, no puede al mismo tiempo pretender que el padre quede obligado a pasarle ninguna pensión del carácter como la que pide".[1003]

La posibilidad del concurso de alimentantes hace pensar en múltiples variantes para satisfacer las necesidades del alimentista, a través de la combinación de distintas modalidades de pago. Puede uno de ellos satisfacer la obligación in natura, en el sentido propio, y el resto contribuir a través de una prestación periódica expresada en dinero. Se puede llegar incluso a establecer un cumplimiento sucesivo por parte de los obligados, en correspondencia con un régimen semejante de guarda y cuidado.[1004]

9. Extinción de la obligación alimenticia.

Las causas de extinción de la obligación alimenticia vienen consignadas en el artículo 135 del Código de Familia. Puede afirmarse que la obligación se extingue cuando falta alguno de los presupuestos para su exigencia y, en algunos ordenamientos, como sanción a una conducta reprochable por parte del alimentista.

Los apartados 1 y 2 del precitado artículo 135 reconocen como causas de extinción la muerte del alimentante y la muerte del alimentista. En ambos supuestos falta uno de requisitos de la obligación alimenticia. La muerte del alimentista produce la extinción de la obligación, pues falta la persona en situación de necesidad legitimada para pedirle. El mismo efecto produce la muerte del alimentante, al no existir la persona con capacidad económica para satisfacer las necesidades del deudor, que hasta ese momento venía ocupando esa posición en la relación jurídica. Estas causas de extinción, además, se fundamentan en el carácter personalísimo de la obligación alimentaria, que impiden su transmisibilidad inter vivos, pero también mortis causa (artículo 132 del Código de Familia).

Un análisis más profundo requieren las mensualidades devengadas pero no percibidas. No hay más remedio que seguir la línea que se ha venido sosteniendo hasta el momento, en el sentido de separar el régimen legal de la obligación alimenticia en sí misma, de aquel que corresponde a las pensiones no satisfechas. Si las pensiones

---

[1003] JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, op. cit., pp. 778-779.

[1004] La guarda y cuidado alternada es aquella que permite "… alternar períodos iguales de convivencia de uno y otro progenitor con el hijo menor". VELAZCO MUGARRA reseña que las opiniones favorables sostienen su mayor justeza y equidad, al permitir a ambos padres compartir la dirección y asistencia, mientras que sus detractores apuntan que afecta la estabilidad del menor y el buen desarrollo de su personalidad. VELAZCO MUGARRA, Miriam P., La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad, 1ra edición, Ediciones ONBC Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2008, p. 177.

alimenticias deben pagarse por mensualidades anticipadas, el artículo 131 de la misma disposición normativa establece que al fallecimiento del alimentista "… sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiere recibido anticipadamente". Como consecuencia, los herederos del alimentista podrán reclamar al alimentante aquellas mensualidades que éste último no haya pagado al fallecimiento del primero, pues están integradas en su herencia de forma plena.[1005]

Similares efectos a la muerte probada tiene la muerte presunta, no así la ausencia declarada judicialmente. Si el declarado ausente es el alimentante, dicha circunstancia no afectará la existencia de la deuda alimenticia, pues el representante legal que hubiese designado el órgano jurisdiccional deberá asumir la obligación con cargo al patrimonio del declarado ausente (artículo 33.2.3 del Código Civil vigente). En cambio, si el ausente fuese el alimentista, la obligación debe ser suspendida, pues se desconoce el paradero del mismo y, por tanto, se desconocen sus necesidades, siendo así que la obligación de dar alimentos tiene su fundamento precisamente en la satisfacción de las necesidades del alimentista.

El apartado 3 del citado precepto contiene como causal de extinción la pérdida de la capacidad económica del alimentante para satisfacer simultáneamente las necesidades del alimentista y las propias o las correspondientes a las personas que dependen económicamente de él. Los efectos de esta falta de capacidad económica dependerán del momento en que se manifieste, como presupuesto que es de este especial vínculo jurídico; si aparece cuando comiencen las necesidades en el alimentista será un impedimento para que la obligación alimentaria nazca, exonerando con ello al posible alimentante. Si aparece en un momento posterior, podrá ser calificada como causa de extinción. Como puede apreciarse en la parte final del artículo comentado, es posible que el alimentante tenga a su cargo el sostenimiento de otras personas, por las cuales le sea imposible asumir una obligación adicional. En tal caso, la incapacidad patrimonial del alimentante sería una causa de justificación que lo exonere en relación con tal alimentista, no una causal de extinción.

La extinción de la obligación por esta causa sobrevendría cuando el deudor tuviese a su cargo sólo los alimentos de una persona o cuando el reclamante tenga preferencia en relación con los que ya dependían económicamente del alimentante. Teóricamente, esta última situación no debería producirse, pues debe notarse que el Código menciona no las necesidades de cualquier alimentista sino las del "… cónyuge e hijos menores y de los mayores de edad incapacitados a su abrigo". Pero, justamente, la regulación del Código de Familia para el concurso de alimentista puede conducir a soluciones claramente injustas. En virtud del artículo 126, si el último reclamante fuese un ascendiente, podría extinguir la obligación existente entre el demandado y sus descendientes, si nos atenemos a la letra de la ley. Debe prevalecer, en cambio, una interpretación que atienda a los valores familiares que subyacen en la norma, a las finalidades de la institución, por encima de lo que podría calificarse como "error obstativo" del legislador. Se está ante una prueba más de la desacertada opción hecha en sede de concurso de alimentistas, al no existir correspondencia entre un precepto y otro.

Pero, ¿hasta qué punto es posible exigirle al alimentante que reduzca su nivel de vida ordinario para atender las necesidades de sus parientes? Algún autor ha sostenido la

[1005] LÓPEZ HERRERA, Francisco, op. cit., pp. 185-186.

inexistencia de un fundamento legal para obligar al alimentante a "… bajar el tono social en que se encuentra".[1006] Tal posición es insostenible desde el punto de vista ético y lógico. Es moralmente inaceptable, pues se negaría con ello la solidaridad familiar sobre la que se construye la obligación alimenticia, adquiriendo ésta unos rasgos demasiado relativos y mudables de familia en familia, que tampoco convienen a la seguridad jurídica a que aspira el Derecho. Es ilógica porque haría inútil como causa de extinción la insuficiencia patrimonial del alimentante, que podría liberarse a capricho de sus deberes para con sus parientes o cónyuge.

En último lugar, el artículo 135 del Código de Familia contempla el cese de la obligación alimenticia cuando a su vez haya concluido la causa que hizo nacer tal obligación. Se utiliza una expresión tan general, que puede perfectamente incluirse en ella la contemplada en el artículo 135.4, relativa al arribo a la edad laboral. En ambos casos se da fin a la prestación alimenticia porque ha desaparecido la situación de necesidad, que es uno de los presupuestos de su existencia, sino el más importante. Esta situación de penuria económica puede desaparecer tanto porque se haya adquirido la aptitud para trabajar por el arribo a la edad reconocida para ello, como porque se haya salido de cualquier otra situación que legitimaba su exigencia, como pueden ser la recuperación de la plena capacidad de obrar, la sanación de una enfermedad limitante, o la adquisición de bienes suficientes para satisfacer sus necesidades. El Código Civil español de 1888 se refiere al hecho de que alimentista "… pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia" (artículo 152.3[0]). En el artículo 135.5 del Código de Familia, se encuentra al operador ante un precepto que trata de encerrar en una fórmula general todas aquellas circunstancias que excluyen la situación de necesidad, distintas de la adquisición de la capacidad laboral.

La cuarta causa de extinción que reconoce al Código de Familia es el arribo a la edad laboral del alimentista, siempre que "… no estuviese incapacitado ni incorporado a institución nacional de enseñanza que le impida dedicarse regularmente al trabajo remunerado". La situación de necesidad exigida para el surgimiento de la obligación legal de dar alimentos implica la incapacidad del sujeto para proporcionarse el sustento por sí mismo, pues de lo contrario, aunque existiera penuria económica no se estaría legitimado para la exigencia de los alimentos. De ahí que, cuando el alimentista arriba a la edad de diecisiete años, en principio se considera que adquiere la denominada capacidad jurídica laboral, que no se reduce a la edad, sino que exige del individuo requisitos adicionales, como una determinada madurez física y psíquica (artículo 26 del Código de Trabajo).[1007]Si bien la legislación nacional reconoce la excepcional posibilidad de que menores de diecisiete años concerten contratos de trabajo, no constituye para ellos un deber y, por tanto, pueden exigir de sus parientes el cumplimiento de la obligación alimenticia.

Se recoge como excepción a la extinción de la obligación alimenticia por el arribo a la edad laboral el vínculo a institución de enseñanza que impida el trabajo remunerado. La redacción del precepto ha suscitado encontradas polémicas en el ámbito nacional, por la falta de claridad en relación a la definición de lo que ha de entenderse por

[1006] PUIG PEÑA, Federico, op. cit., p. 581.

[1007] VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia, Derecho Laboral Cubano – Teoría y Legislación, 2da edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 93-97.

institución educacional que impida dedicarse regularmente al trabajo remunerado. La obligación "… debe cesar tan pronto el alimentista abandone o sea separado de sus estudios que en la institución nacional de enseñanza le impedía dedicarse regularmente al trabajo remunerado, o transfiera su incorporación o pueda incorporarse, en la misma institución nacional de enseñanza o en otra de similar, a un tipo de curso o en un horario que le permita continuar, hasta terminar, los estudios de la especialidad o especialización que cursaba al arribar a la edad laboral y al propio tiempo no le impida dedicarse regularmente al trabajo remunerado".[1008]De esta manera, si el alimentista arriba a la edad laboral y no ha concluido sus estudios, la obligación alimentaria continuará hasta su finalización, siempre que dichos estudios no puedan ser realizados por otra modalidad que permita el trabajo remunerado.

Las mayores dificultades se presentaron en el pasado reciente, con la situación de la enseñanza universitaria. En la educación superior se combinan diferentes modalidades que incluyen al curso regular diurno o presencial, el curso para trabajadores, semipresencial, y la enseñanza a distancia. Dada la existencia de tres modalidades de estudio, la adquisición de la personalidad jurídica laboral traerá consigo automáticamente la extinción de la obligación de dar alimentos, pues sería posible el comienzo de los estudios superiores de forma que no obstaculice el vínculo laboral. Quien inicia su formación superior sin posibilidades económicas para el sustento propio, tendrá que depender de sus parientes más próximos, que asumirán dicha responsabilidad de forma voluntaria, pues nada les será exigible a título de alimentos. Esta posición resulta reforzada por lo establecido en el Decreto Ley 268, de 26 de junio de 2009, modificativo del régimen laboral, cuyo artículo 11 autoriza a los estudiantes con diecisiete o más años edad de los cursos regulares de los niveles medio superior y superior para "… incorporarse al trabajo y percibir el salario que les corresponde por los resultados del trabajo que realicen". Interesante solución ofrece la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela, que en el inciso b) del artículo 383 prevé la posibilidad de que el órgano jurisdiccional extienda hasta los 25 años la obligación de dar alimentos, cuando el alimentista esté cursando estudios que le impidan dedicarse al trabajo remunerado. Con ello se garantiza a la vez la formación del menor y se protege el patrimonio del alimentante, que sólo puede ser obligado hasta el momento en que el alimentista arribe a los 25 años.

Ahora bien, en tiempos de crisis económica se disparan índices como los de desempleo, de especial incidencia en materia de alimentos. La mera posibilidad de obtener por sí mismo los medios de subsistencia, en tanto aptitud para ejercer profesión u oficio, no es en sí causa de extinción de la obligación alimenticia, pues es posible que se posea tal aptitud y no se logre efectivamente la subsistencia porque no encuentra trabajo, o porque se trata de subempleo o trabajo temporal, o incluso porque el vínculo laboral del que se disfruta no alcanza a satisfacer las necesidades básicas, con una real y efectiva independencia económica. En palabras de JIMÉNEZ MUÑOZ, "… dada la realidad laboral actual, la mera conclusión de la formación del alimentista no extingue el derecho a alimentos si no hay una verdadera independencia económica; no obstante, ello será siempre que el mismo sea diligente en la búsqueda de un trabajo que le permita tal independencia económica".[1009]La sentencia de 19 de octubre de 1998 de la

[1008] PERAL COLLADO, Daniel A., op. cit., p. 173.
[1009] JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, op. cit., p. 784.

Audiencia de Valladolid sostuvo que "… no surge la obligación alimenticia cuando quien la reclama está capacitado para trabajar y cuando no ha demostrado haber buscado trabajo sin encontrarlo". Por su parte, refiriéndose en específico a los graduados de nivel superior, el más alto foro español sostuvo en sentencia de 1ro de marzo de 2001 sostuvo que "… dos personas, graduadas universitariamente, con plena capacidad física y mental y que superan los treinta años de edad, no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un 'parasitismo social".

Para ser consecuentes con la definición ofrecida de las causas por las que cesa la obligación alimentaria, hay que añadir entre ellas la extinción del vínculo jurídico entre alimentista y alimentante que fundamenta su existencia. No basta con la necesidad en el alimentista o la capacidad patrimonial en el alimentante, se requiere además la relación conyugal o de parentesco entre ellos. Si desaparecen los lazos matrimoniales o de parentesco, también lo hará el derecho a los alimentos y la correspondiente obligación.[1010] El vínculo conyugal, según el artículo 43 del Código de Familia, puede cesar además de con la muerte, con la sentencia o escritura de divorcio, o con la resolución judicial que lo declare nulo, en cuyo caso se borrarán sus efectos también para el pasado, salvo la aplicación de la doctrina del matrimonio putativo. La pensión que pueda corresponder a uno de los excónyuges en caso de divorcio no se identifica con los caracteres propios de la obligación alimenticia, pues no está vinculada a una situación de necesidad en el excónyuge beneficiario y cesará cuando éste contraiga nuevo matrimonio.[1011]En cuanto a los que estuvieron unidos en matrimonio reconocido, mientras duró la unión no existía vínculo legal alguno que fundamentase la reclamación, y cuando el pronunciamiento judicial reconoce la existencia del matrimonio, tiene al mismo tiempo efectos extintivos.[1012]

Puede extinguirse también la relación de parentesco existente entre alimentista y alimentante. Siquiera la muerte es capaz de destruir los vínculos de parentesco. El ordenamiento jurídico sólo reconoce como forma de extinción del parentesco, al menos a los efectos de la obligación alimenticia, a la adopción. El artículo 99 del Código de Familia consigna expresamente que la adopción extingue "… los vínculos jurídicos paterno-filiales y de parentesco que hayan existido entre el adoptado y sus padres y los parientes consanguíneos de éstos últimos". Sin embargo, la extinción de los efectos del parentesco con la adopción no puede ser plena, pues al menos subsistirá éste a los efectos de mantener vigente el impedimento matrimonial de parentesco con la familia consanguínea de origen (artículo 5.1 del Código de Familia). En todo caso, aprobada judicialmente la adopción, se extinguirá la obligación alimenticia entre el adoptado y los miembros de su familia consanguínea natural, anudándose la relación ahora con la familia adoptiva.

---

1010 "La obligación alimentaria familiar deriva del vínculo familiar que existe entre el deudor y el acreedor de alimentos. Si tal vínculo desaparece (…) se extingue la obligación alimentaria familiar". GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, op. cit., p. 80.

1011 Vid., epígrafe 7.

1012 MESA CASTILLO, Olga, Derecho de Familia – Módulo 2, 2da reimpresión de la 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 81.

El Código de Familia guarda silencio con respecto a la posibilidad de que cese la obligación alimenticia por indignidad del alimentista. En cambio, tanto el Código Civil español como el argentino hacen un paralelo entre las causales de desheredación y extinción de la obligación alimenticia. El artículo 152.4º del Código Civil español establece que no puede exigir alimentos el alimentista que haya cometido alguna falta contra el alimentante de las que dan lugar a la desheredación, sea o no heredero forzoso. Entre los motivos que la doctrina cita para la desheredación y, por tanto, para la extinción de la obligación alimenticia, están el abandono, la prostitución o la corrupción de los hijos por los padres, el atentado contra la vida del alimentante, sus descendientes o ascendientes, la acusación calumniosa del alimentante; el empleo de fraude, violencia o amenazas para que al alimentante otorgue testamento o lo revoque, o para que dicho acto no sea otorgado. Igualmente, se contemplan la negativa anterior del alimentista a prestar alimentos al ahora alimentante, el haber sido privado de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a ella, entre otros.[1013]

Nótese que la extinción de la obligación alimenticia no se hace depender de la desheredación efectiva del alimentista en testamento, sino que basta con la mera posibilidad de la desheredación.[1014]Este caso, más que un supuesto de extinción de la obligación alimentaria, es de exclusión de la misma entre estos sujetos, porque si bien el alimentista no podrá reclamar alimentos de ese alimentante, sí podrá hacerlo contra el resto de los obligados. La naturaleza propia de la incapacidad por causas de indignidad hace que el testador pueda perdonarlas expresa o tácitamente, por lo que también el alimentante tendrá esa posibilidad, siempre que los presupuestos de necesidad económica, posibilidad del deudor y vínculo matrimonial o de parentesco estén aún presentes.

El Código de Familia no reconoció esta causal de extinción en el artículo 135, siendo consecuente con el destierro de la desheredación en el ámbito sucesorio. En sede sucesoria el legislador prefirió la protección a ultranza de los herederos especialmente protegidos, privando al testador de la posibilidad de sancionar comportamientos moralmente reprochables de sus legitimarios. Como allí, en la obligación de dar alimentos la mejor solución sería el equilibrio entre la facultad del alimentante de extinguirla cuando existan motivos de indignidad taxativamente señalados en la ley, sin perjuicio de la protección que merece el alimentista, núcleo de la regulación en la materia.[1015]Una variante en el logro de este objetivo es la empleada por el artículo 485 del Código Civil de Perú, que establece que el alimentista indigno sólo puede reclamar lo estrictamente necesario para subsistir, con independencia de la capacidad económica del alimentante. Otra variante puede ser aplicar las causas de indignidad sólo a determinados alimentistas, como la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela, según la cual esta causal de extinción no se aplica cuando el alimentista es niño o adolescente (artículo 383).

Dentro de la indignidad del alimentista algunas legislaciones también incluyen la situación de necesidad, cuando ha sido provocada por el propio alimentista producto de su mala conducta (artículo 152.5º del Código Civil español). Se sitúan en este caso las

[1013] JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, op. cit., p. 785.
[1014] CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara Noemí, op. cit., p. 362.
[1015] PÉREZ GALLARDO; Leonardo B., "Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa" en, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coordinador), Derecho de

Sucesiones, tomo II, 1ra edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 233-235.

personas que han perdido su empleo por causas que le son imputables, como indisciplinas reiteradas o la comisión de un delito.[1016]En contra, la mayoría de la doctrina argentina, siguiendo el texto del artículo 370 del Código Civil de aquella nación, se manifiesta por la irrelevancia del motivo que llevó al alimentista al estado de necesidad, pues "… el interés público comprometido en la conservación de la persona humana, y superiores razones de solidaridad familiar inspiran esta solución".[1017]Ante el silencio del Código de Familia, hay que inclinarse por la exclusión de la obligación alimenticia en este supuesto. Si bien no hay un precepto concreto que lo establezca como causa de cesación, tampoco hay un precepto que lo excluya al estilo del artículo 370 del Código Civil argentino. Es, además, la solución más consecuente con la definición del estado de necesidad que trae la principal ley en materia familiar, en el artículo 122.2: cuando, careciendo de recursos económicos, los sujetos "…estén impedidos de obtenerlos por sí mismos, por razón de edad o de incapacidad", por lo que cualquier otro origen del estado de necesidad será necesariamente irrelevante. En este aspecto el Código Civil peruano también aporta una solución intermedia, al disponer el artículo 473 que "… si la causa que lo redujo a ese estado fue su propia inmoralidad, sólo podrá exigir lo estrictamente necesario para subsistir".

# LA TUTELA. VALORACIONES SOBRE SU REGULACIÓN Y APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO FAMILIAR CUBANO

Grisel Galiano Maritan

**Sumario:** I. Una introducción necesaria. I.1 La Institución Tutelar. Análisis histórico y conceptual. I.2. Sobre la naturaleza jurídica de la Tutela. I.3 De las diferentes clases de Tutela. I.4 Los sistemas deTutela. I.5 La Tutela en el Código de Familia. Análisis de su contenido. I.6 La delación de la Tutela. Función del Tribunal competente y del Fiscal de lo Civil y de Familia. I.7 El Tutor, sus obligaciones. Requerimientos para el ejercicio de la Tutela. La revocación del Tutor. El Registro de Tutelas, responsabilidad del Tribunal competente. I.8 La Tutela de los menores de edad y de los mayores de edad incapacitados. II. A modo de conclusiones. III. Bibliografía

## Una introducción necesaria

El Derecho de Familia a lo largo de la historia ha evolucionado, y precisamente, esa evolución ha influido en las actuales concepciones de las instituciones tutelares, ya sea con la reformulación de la noción tradicional de algunas de ellas o con la aparición de nuevos institutos de protección. Cuando se declara la incapacidad, ya sea total o parcial de un individuo mediante sentencia judicial, posteriormente se debe nombrar a la persona que le va a representar o, en su caso, asistir en todos aquellos ámbitos de la vida y para todos aquellos actos que no pueda realizar por sí solo. En Cuba solo está previsto en la legislación familiar como formas de representación legal la institución paterno-filial de patria potestad para el caso de los menores de edad y en su defecto, la tutela, que también es la forma de guardaduría posible para los mayores de edad declarados judicialmente incapaces.

La tutela es una institución destinada al cuidado y dirección de los menores de edad que no están sujetos a patria potestad, ya sea porque ambos padres han muerto, porque los menores son de filiación desconocida, o porque aquellos han sido privados de la patria potestad. En estos casos como el menor de edad no puede quedar en la desprotección, es decir, que no cuente con alguien que dirija y se ocupe de los problemas atinentes a su persona y a sus bienes, es necesario designarle tutor.

Precisamente en este artículo se desarrollará un estudio pormenorizado sobre la institución tutelar, teniendo en cuenta la importancia de este instituto para ofrecerle a los menores e incapacitados una adecuada protección legal.

## I.1 La Institución Tutelar. Análisis Histórico y conceptual

La palabra tutela se deriva del verbo latino *tueore*, que significa proteger, defender, amparar. Entre los escritores e investigadores del Derecho Civil, la tutela es un tema muy debatido, la atención que se le da obedece a razones elementales, pues constituyen un remedio jurídico para acudir en caso de que las personas no puedan valerse por sí mismas, estando limitados para ejercer derechos y obligaciones, ya sea por causa natural o legal. [1]

La tutela se consolidó como institución jurídica, adquiriendo fisonomía propia.

En Roma se estableció en interés de las familias para velar el patrimonio y la persona del heredero varón. Esta tutela se encontraba asociada al surgimiento de la propiedad privada sobre los medios de producción y la salvaguarda del patrimonio familiar.2
En el Derecho Romano existieron tres formas de constitución
de la tutela:

- La disposición paterna.
- La decisión familiar.
- La disposición de la autoridad.

Es atinado señalar que tanto la tutela como la curatela, fueron en el Derecho Romano instituciones de asistencia y protección; donde el tutor defendía tanto la persona como sus bienes, mientras que el curador se ocupaba sólo de los bienes.
Los sistemas de tutela en el Derecho moderno pueden clasificarse en tres grupos que se han impuesto en el Derecho comparado:

- Legislaciones que conciben la tutela como institución familiar en la que el Consejo de Familia tiene la parte más preponderante.
- Legislaciones que la conciben como institución pública ejercida por órganos judiciales o administrativos.
- La tutela mixta en la que intervienen la autoridad y la familia.

La esencia de la tutela, en las sociedades basadas en la propiedad privada sobre los medios de producción, es patrimonial y se relaciona con la salvaguarda de las riquezas familiares, en riesgo, en manos de incapaces.
La tutela como afirma Lacruz Berdejo 3 es la institución jurídica que se confiere a un ciudadano en la plenitud de sus derechos para que ejerza a favor del menor de edad no sujeto a patria potestad o del mayor de edad declarado judicialmente incapacitado, el cuidado, protección, representación y administración de dichas personas y sus bienes. Mediante ella además se establece una relación jurídica entre dos personas: el tutor y el tutelado. El tutor es la persona a la cual se le designa mediante mandamiento judicial o resolución fundada y tiene el deber de conducir, guiar, atender y regir los bienes de determinada persona, ya sea menor o mayor de edad, en este último caso, que se encuentre incapacitado para ello. Es el representante legal del tutelado. El tutelado, es la otra persona de esta relación jurídica a la cual se le tiene bajo la guarda y cuidado de sus bienes y de su persona, es el sujeto que recibe el cuidado y la atención del tutor.

### I.2 Sobre la naturaleza Jjurídica de la Tutela

La doctrina no es uniforme en cuanto a la naturaleza de la tutela, los autores han manejado diferentes calificativos para identificarla. Unos hablan de poder conferido de una persona para cuidar de otra, alegando que la tutela es un poder protectivo. Otros autores expresan que la tutela no se trata de un poder en el sentido de mandato, ya que no se celebra contrato, por el cual uno es mandante y el otro mandatario, se trata de un caso de representación legal, cuyas facultades están previstas en la ley. Una parte de la doctrina identifica a la tutela como función que cumple con cuidar y representar a la persona de un incapaz. También hay quien expresa que la tutela es una carga que tiene el que la lleva a efecto.

Teniendo en cuenta estos criterios, se define la tutela como una institución jurídica que tiene como finalidad la guarda y cuidado, la educación, la defensa de los derechos y la protección de los intereses patrimoniales de los menores de edad, así como la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses de los mayores de edad que han sido declarados judicialmente incapacitados.
La tutela como afirma Peral Collado es además una institución familiar que implica relaciones de mutuo auxilio, protección y defensa siendo precisamente la familia la que en primer lugar sería la encargada de cuidar de la persona, del menor o de la persona carente de capacidad jurídica de obrar, no obstante, la propia legislación da la posibilidad de que cuando existan razones que lo aconsejen, el tribunal podrá designar tutor a persona distinta al núcleo familiar del tutelado, prefiriendo en este caso a quien lo tenga a su cuidado o a quien muestre interés en asumir la tutela.

### I.3 De las diferentes clases de Tutela

En la doctrina se reconocen varias clases de tutela, no así en nuestra normativa familiar, pues al instituir la tutela en el Código de Familia cubano, se estableció un solo tipo de tutela, y expresa Peral Collado[4] que se implanta una tutela de autoridad, pues es el tribunal el encargado de designar tutor; no obstante, el análisis de cada una de ellas es de vital importancia a fin de considerar su posterior inclusión en nuestra normativa civil y familiar vigente. En ese sentido se reconocen como afirma Daisy Ramírez Naranjo[5] la tutela testamentaria, la tutela legal, la tutela dativa, la tutela general y la tutela especial, todas las cuales abordaremos a continuación.

- La Tutela Testamentaria: En esta clase de tutela los padres, en ejercicio de las facultades que les confiere la patria potestad, pueden designar tutor para sus hijos, a efectos de que ejerza este cargo después de su fallecimiento; tal designación puede hacerla cada uno de los padres, en su testamento, o en escritura pública. Si cada uno de ellos, en actos separados, ha designado tutor, se nombrará, como tal, al elegido por el progenitor que ha muerto en último término.
- La Tutela Legal: En ella, si los padres no hubiesen elegido tutor, o el designado no fuera confirmado por el juez, o posteriormente falleciera o fuera removido del cargo, el juez deberá nombrar a alguno de los parientes, o sea, los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor, sin distinción de sexo. Obviamente, entre estos parientes, el juez elegirá al que resulte más idóneo para atender al menor y a sus intereses económicos.
- La Tutela Dativa: A falta de tutores testamentarios o legítimos, corresponderá al juez elegir, según su arbitrio, quien puede desempeñar tal función.
- La Tutela General: Es aquella que se ejerce sobre la persona de los menores de edad no sujetos a la patria potestad de sus padres y sobre los mayores de edad incapacitados y los bienes de ambos. Puede tener su origen en una disposición paterna de última voluntad, en la ley o en la decisión del juez.

- La Tutela Especial: Esta solo se refiere a asuntos de carácter exclusivamente patrimonial o pleitos determinados, nunca de la persona. En ella la representación no podría ser ejercitada por sus padres o tutores generales. Se establece para un acto o un negocio especialmente determinado. Es así que se designará tutor especial al menor, aún estando bajo patria potestad, cuando sus intereses estén en oposición con los de sus padres o al menor que tiene tutor.

### I.4 Los sistemas deTutela

Las legislaciones contemporáneas reconocen dos sistemas que rigen la tutela, mezclado con un tercero. El primero llamado de familia, que consiste en un régimen dirigido por una asamblea de parientes que se organiza, reúne, delibera y decide la intervención de un tutor bajo la vigilancia y la supervisión del consejo de familia.

El segundo es de autoridad y se funda en la consideración de que las funciones tutelares que no hubieren sido encomendadas expresamente al tutor designado con sus lazos parentales con el pupilo o en su consideración a la individualidad de su persona, deben ser atribuidos por los Órganos del Poder Público.

El tercer sistema calificado de mixto en el que se estima que debe quedar la tutela entre los regímenes de familia y de autoridad, entes privados y públicos de naturaleza judicial y administrativa. 6

Algunos autores se han manifestado en contra de estas tres maneras de organizar el control de la tutela, hay quien prefiere la autoridad judicial y otros opinan que al no estar suficientemente la autoridad judicial organizada, es preferible dejarle a la familia la defensa y protección de los que no tuviesen capacidad jurídica de obrar, apoyándose además en que si bien la familia moderna carece de los vínculos afectivos que la caracterizaron en otra época, siempre será mejor en su función que la autoridad judicial que pueda estar más corrompida que aquella. Respetando los criterios de los diversos autores, resulta cierto que en un país puede funcionar perfectamente un sistema de tutela y en otro no por razones elementales de cada pueblo, ya que la tutela es una materia íntimamente relacionada con la estructura social y tradicional de cada país.

### I.5 La Tutela en el Código de Familia. Análisis de su contenido

Nuestro Código de Familia7 establece que la tutela se constituye judicialmente y tiene por objetivo:

1. La guarda y cuidado, la educación, la defensa de los derechos y la protección de los intereses patrimoniales de los menores de edad que no estén bajo patria potestad, ya sea por muerte de sus padres; cuando a estos se le imponga sanción por sentencia firme dictada en un proceso penal, cuando hayan intentado o cometen sobre la persona de su hijo un delito relacionado con los delitos contra el normal desarrollo de la niñez y la juventud, o cuando hayan sido abandonados por sus padres, entre otras cuestiones.
2. La defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapacitados.

De lo anterior se puede deducir que se encuentran sujetos a tutela los menores de edad que no estén bajo patria potestad, ya sea por la muerte de sus padres o porque a estos se les haya privado de la misma por las causales que la ley establece; y los mayores de edad, siempre y cuando hayan sido declarados incapaces por resolución o sentencia judicial, porque no pueden regir su persona y bienes, ya sea por causa de enajenación mental, sordomudez o por otra causa.
El tutor representa al menor de edad o al mayor de edad incapacitado en todos los actos civiles o administrativos, salvo en aquellos que, por disposición expresa de la ley, el tutelado puede ejecutar por sí mismo; de forma general el cargo del tutor no se le podrá confiar a cualquier persona que quiera serlo, para ello debe cumplir determinados requisitos,8 por ejemplo, para ser nombrado tutor de un incapacitado se necesitará:

- ser mayor de edad estando en el pleno goce y ejercicio de los derechos civiles y políticos,
- no tener antecedentes penales por delitos contra la propiedad o contra las personas o por otros delitos que a juicio del Tribunal lo inhabilitan para tal condición,
- gozar de buen concepto público y tener buenas relaciones sociales,
- ser ciudadano cubano,
- no tener intereses antagónicos con los del incapacitado.

Este tipo de tutela tendrá como derecho preferencial el de corresponderle al cónyuge, a falta de este a uno de los padres, a falta de estos a uno de los hijos, de no existir éstos a uno de los abuelos, de no existir éstos a uno de los hermanos.
De igual forma, el artículo 148 9 refiere que excepcionalmente, cuando existan razones que así lo aconsejen, el tribunal podrá designar tutor a persona distinta de las relacionadas, asignándole el cargo de tutor a quien tenga a su guarda y cuidado al incapaz o a quien muestre interés en asumir la tutela.
El tutor, según lo establece el artículo 153 de nuestra normativa familiar, una vez que se le asigne este cargo estará obligado a cuidar de los alimentos del tutelado y de su educación si es menor de edad; en el caso del tutelado incapaz, procurar que el incapacitado adquiera o recupere su capacidad; hacer el inventario de los bienes del menor o del incapacitado y presentarlo al tribunal en el término que este fije; deberá de forma diligente administrar el patrimonio que corresponda al menor de edad o al incapacitado; o solicitar oportunamente la autorización del tribunal para los actos necesarios que se pueda realizar sin ella.10
De igual forma, el propio Código de Familia establece en su artículo 155 las causales en las que el tutor necesitará autorización del tribunal para solicitar el auxilio de las autoridades, al efecto de internar al tutelado en establecimiento asistencial o de reeducación; realizar actos de dominio o cualquier otro acto que pueda comprometer el patrimonio del tutelado; de repudiar donaciones y herencias, así como para dividir estas u otros bienes que el tutelado poseyere en común con otros; hacer inversiones y reparaciones mayores en los bienes del menor o incapacitado; transigir o allanarse a demandas que se establezcan contra el menor o incapacitado. 11
El cargo de tutor es gratuito12 teniendo este el respaldo del tribunal en cualquier momento, pero en cuanto deje de cumplir las obligaciones a las que está sujeto

durante el ejercicio de la tutela, o deje de reunir los requisitos exigidos por la ley para su designación, el tribunal, de oficio o a instancia del fiscal, dispondrá su remoción exponiéndose siempre las causas que la motivan.13 Como toda relación jurídica, la tutela nace y puede morir o extinguirse por arribar el menor a la mayoría de edad, contraer matrimonio o ser adoptado; por haber cesado la causa que la motivó, cuando se trate de incapacitado o por el fallecimiento del tutelado. 14

Asimismo, extinguida la tutela, el tutor está obligado a rendir cuenta de su administración al tribunal, igual obligación tiene el tutor removido o los herederos del que haya fallecido. 15

El Artículo 151 16 del Código de Familia en lo referente al ejercicio de la tutela expresa que el tutor representa al menor o al incapacitado en todos los actos civiles o administrativos, salvo en aquellos que por disposición de la ley el tutelado pueda ejecutar por sí mismo. En la práctica se observa que en contradicción a lo que expresa el Artículo 151, el matrimonio representado por tutor no se formaliza ni tampoco se disuelve el vínculo matrimonial del tutelado. 17

Entendemos que este actuar se debe a que se trata de actos que se relacionan directamente con la persona del tutelado, no a su patrimonio, en cuyo caso el tutor previa autorización del tribunal puede proceder a repudiar o aceptar herencias, realizar donaciones, actos de dominio, hacer inversiones y reparaciones o cualquier otro acto que pueda comprometer el patrimonio del tutelado.

Consideraríamos oportuno ampliar la función del tribunal y del tutor respecto a aquellos actos que dependan de la manifestación de voluntad del tutelado incapaz y que a través de un expediente, al igual que como procede con sus bienes, se demostrara la necesidad de este actuar. Según el artículo 15318 el tutor está obligado a cuidar de que no le falte al tutelado lo necesario para su manutención, el vestido y la habitación. Si el tutelado es un demente o sordomudo tiene el tutor la obligación de procurar que adquiera su capacidad. El tutor debe administrar diligentemente el patrimonio del menor o incapacitado. Los actos que el tutor puede realizar sin la autorización del tribunal son aquellos típicos de toda administración, para cobrar las cantidades debidas al pupilo, pagar las deudas de este y realizar los gastos necesarios en su educación, vestido y alimentos, además de cuidar de los bienes el tutelado.

Cuando el tutor necesite autorización del tribunal para realizar determinados actos, si los realiza sin esa autorización el acto será nulo. En el artículo 15419 del Código de Familia se establecen medidas para ordenar el depósito del efectivo, las alhajas y otros bienes de elevado valor del menor o mayor incapacitado y determinar los límites de disponibilidad de los fondos que tenga el tutelado en cuenta bancaria. En el artículo 15520 del Código de Familia se dispone la necesidad del tutor a que el tribunal le autorice a realizar ciertos actos.

En el artículo 15621 el tribunal no podrá autorizar al tutor para disponer de los bienes del menor o incapacitado, sino por causa de necesidad o utilidad debidamente justificada. El tutor debe informar y rendir cuenta de su gestión al tribunal por lo menos una vez al año, en la oportunidad que este le señale.

Viene obligado además a notificar al tribunal sus cambios de domicilio.22
Cuando cesa la tutela, surge para el tutor o los herederos de este la obligación de rendir cuentas finales o definitivas. En caso de que la tutela termine, el tutor debe entregar al tutelado, o a sus herederos todos los documentos y bienes que conserve por razón de la tutela. Igualmente será cuando sea sustituido como tutor. Estas obligaciones deben cumplirse por los herederos del tutor en caso de que fallezca. 23

### I.6 La delación de la Tutela. Función del Tribunal competente y del Fiscal de lo Civil y de Familia

Los menores de edad que no estén bajo patria potestad y los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapacitados para regir su persona y sus bienes por razón de enajenación mental, sordomudez u otras causas, estarán sujetos a tutela. **24**
La delación de la tutela significa poner de manifiesto, denunciar, delatar, es la necesidad de poner a una persona bajo tutela. El Código de Familia la regula como la relación de personas que están en el deber de informar esta situación al fiscal. Esta obligación le corresponde primeramente a los parientes del menor o incapacitado dentro del tercer grado de consanguinidad, luego a las personas que conviven con el menor o incapacitado y sus vecinos o al Comité de Defensa de la Revolución correspondiente y también a los funcionarios públicos que por el ejercicio de su cargo tengan conocimiento de la existencia del estado de necesidad que requiere la constitución de la tutela.25 El fiscal, siempre que lo estime necesario, instará la constitución de la tutela cuando reciba la información de las personas o cuando por sentencia firme se prive de la patria potestad a quien la ejercite, o sea revocada la adopción. 26
El tribunal popular del lugar en que resida la persona tutelada, proveerá al cuidado de ésta y de sus bienes hasta constituida la tutela; y posteriormente constituir la tutela mediante resolución fundada en la que nombrará al tutor. En este caso es al tribunal a quien corresponde constituir la tutela y mediante la correspondiente resolución fundada designar al tutor.27 De acuerdo con lo establecido en el Código de Familia, corresponde al tribunal la facultad de vigilar y fiscalizar la actuación del tutor, de recibir y aprobar los informes y los estados de cuenta anuales. También tiene la misión de salvaguardar los intereses del menor o incapacitado sujeto a tutela no solo cuidando de su patrimonio, sino vigilando la educación y formación del menor y la posible curación del incapacitado.
Los expedientes de tutela, por su parte, se sustanciarán por los trámites de la jurisdicción voluntaria, según el artículo 144 de la normativa familiar vigente.

### I.7 El Tutor, sus obligaciones. Requerimientos para el ejercicio de la Tutela. La revocación del Tutor. El Registro de Tutelas, responsabilidad del Tribunal competente

Nuestro Código de Familia establece que la aceptación del cargo de tutor es voluntaria, pero una vez aceptada no es renunciable, sino se alega una causa justificada a juicio del tribunal que constituyó la tutela y designó el tutor. 28

El tutor es quien obra y actúa, el que tiene a su abrazo o protección la persona del tutelado, al cual representa en todos los actos civiles y en la administración de sus bienes. Este tiene como función llevar a cabo a nombre e interés del tutelado todos los actos jurídicos que éste no pueda realizar por sí mismo, por razón de su edad e incapacidad.
En los artículos 14629 y 14930 de nuestra legislación familiar se expresan los requisitos necesarios para ser designados tutor, en los casos de los menores de edad y mayores de edad incapacitados. Remover al tutor, significa, destituirlo, quitarlo de su ejercicio por razones de incumplir las obligaciones que le vienen impuestas o porque hubiere dejado de reunir los requisitos exigidos para su designación. Esta remoción la dispondrá el tribunal de oficio o a instancia del fiscal. 31 El artículo 140 del propio texto legal establece las personas que deberán poner en conocimiento del fiscal los hechos que a su juicio puedan determinar dicha remoción. El tribunal al conocer cualquier hecho que de motivo a la remoción del tutor, procederá de inmediato a tomar las medidas oportunas para el cuidado y protección del tutelado. Hasta que no se resuelva el nombramiento del nuevo tutor, el fiscal propondrá y el tribunal resolverá las cuestiones más urgentes en cuanto a las necesidades del tutelado. La extinción de la tutela, que no debe confundirse con la remoción, tiene lugar por tres causas fundamentales expuestas en el artículo 16032 del Código de Familia.
El registro de tutela consiste en un libro que se controla en los tribunales encargados de fiscalizar la tutela en que se toma razón de las tutelas constituidas y los asientos hechos de cada una bajo el cuidado del secretario del tribunal o de la sección correspondiente. 33
En los casos de tutela, constituida con anterioridad a la vigencia del Código de Familia se tratará de subsanar las omisiones que contenga el registro de acuerdo con el artículo 164, adoptándose las medidas procedentes para suplir tales omisiones.
Cada inscripción se hará constar al comienzo de cada año si el tutor ha rendido cuenta de su gestión y el tribunal examinará anualmente dicho registro, dejando constancia de ello y adoptará las medidas necesarias para defender los intereses del tutelado.

### I.8 La Tutela de los menores de edad y de los mayores de edad incapacitados

Esta tutela se produce cuando se extinga la patria potestad en todos los casos, por haber fallecido los padres o porque a éstos se les haya privado o suspendido de la patria potestad por sentencia judicial.
Las causas por las cuales puede suprimirse la patria potestad a los padres sobre sus hijos menores, son reguladas en el artículo 93 34 del Código de Familia.
La tutela de un menor de edad debe constituirse por el tribunal según las atribuciones del artículo 145 del citado texto legal.
El tribunal debe tomar en cuenta la preferencia manifestada por el menor, en el caso que éste haya cumplido más de 7 años y la opinión mayoritaria de los parientes en cuanto resulte aceptable. El Código de Familia prevé las distintas situaciones que pudieren presentarse en relación con la tutela de los menores de edad que no estén sujetos a patria potestad o tutela y que estén atendidos por establecimientos asistenciales de educación o reeducación y los que estén

viviendo en unidades militares y paramilitares. 35

Existen entre las causas de cesación de la tutela del menor regulado en el artículo 160 de la normativa familiar cubana otras como el arribo del menor a la mayoría de edad al producirse el matrimonio del menor el cual queda emancipado; la adopción del menor, que lo constituye bajo la patria potestad de quien lo haya adoptado al reintegrársele a los padres la patria potestad que temporalmente les había sido suspendida por cualquier causa establecida por el Código de Familia. Para ser designado tutor de un menor de edad se establecen los requisitos establecidos en el artículo 146 de este texto legal.

La tutela a los enajenados mentales es plena, absoluta y completa, el tutor tiene el deber de procurar por todos los medios que el enfermo recupere su capacidad.

En la tutela de los sordomudos su contenido resulta más variable, pues la resolución judicial en que se declare la incapacidad debe fijar en cada caso la extinción de la tutela y sus límites según el grado de incapacidad del sordomudo.

Es indispensable que antes de constituir la tutela de los mayores éstos sean declarados incapaces judicialmente. De la declaración judicial se derivan dos clases de efectos: uno inmediato que es el reconocimiento de la incapacidad; y otro posterior y definitivo que se refiere a la constitución de la tutela.

La tutela del mayor de edad incapacitado corresponde por su orden según el artículo 148 del Código de Familia al cónyuge; a uno de los padres; a uno de los hijos; a uno de los abuelos o a uno de los hermanos.

Corresponde a los directores de los establecimientos asistenciales como función la tutela de los mayores de edad incapacitados que se hallen internos en dichos establecimientos y que no éste sujetos a tutela, a los efectos e computar su responsabilidad jurídica. La representación de los incapacitados ante los tribunales de justicia en calidad de tutores, podrá ser delegada por dichos directores de centros asistenciales en un miembro del cuerpo jurídico de los respectivos organismos.

La tutela del mayor de edad incapacitado cesa cuando cesa la causa que la motivó. Se extingue la tutela del loco y del sordomudo, cuando recobren la razón o aprendan a leer y escribir, según sea el caso y se les declare ya capaces para administrar su propia persona y bienes, además, esta tutela se extingue por la muerte del tutelado. Los requisitos y condiciones para ser designado tutor de un mayor de edad incapacitado serán plasmados en el artículo 149 del Código de Familia. No obstante, aunque nuestra legislación familiar vigente regula la tutela como institución tuitiva, haciendo de ella la más importante forma de guardaduría legal, concebida como el poder otorgado por la ley a personas jurídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapaces, no podemos reducir el ámbito de protección de estas personas a este instituto, pues existen otros como la curatela, que se abordará a continuación, que igualmente es de gran importancia en sede de protección a los discapacitados.

## A modo de conclusiones

En Cuba solo está previsto en la legislación familiar como formas de representación legal la institución paterno-filial de patria potestad para el caso de los menores de edad y en su defecto, la tutela, que también es la forma de

guardaduría posible para los mayores de edad declarados judicialmente incapaces para regir su persona y bienes, por razón de enajenación mental, sordomudez, u otra causa, por ello la necesidad de reformulación de alguno de sus preceptos en pos de atemperar su regulación a las condiciones actuales.

La tutela es una institución destinada al cuidado y dirección de los menores de edad que no están sujetos a patria potestad, ya sea porque ambos padres han muerto, porque los menores son de filiación desconocida, o porque aquellos han sido privados de la patria potestad. En estos casos como el menor de edad no puede quedar en la desprotección, es decir, que no cuente con alguien que dirija y se ocupe de los problemas atinentes a su persona y a sus bienes, es necesario designarle tutor.

Nuestro Código de Familia establece que la aceptación del cargo de tutor es voluntaria, pero una vez aceptada no es renunciable, sino se alega una causa justificada a juicio del tribunal que constituyó la tutela y designó el tutor. El tutor es quien obra y actúa, el que tiene a su abrazo o protección la persona del tutelado, al cual representa en todos los actos civiles y en la administración de sus bienes.

Como toda relación jurídica, la tutela nace y puede morir o extinguirse por arribar el menor a la mayoría de edad, contraer matrimonio o ser adoptado; por haber cesado la causa que la motivó, cuando se trate de incapacitado o por el fallecimiento del tutelado. Extinguida la tutela, el tutor está obligado a rendir cuenta de su administración al tribunal.

**Bibliografía Fuentes doctrinales**


ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL*: Curso de Derecho Civil,* Tomo IV, Derecho de Familia, Quinta Edición, Barcelona, Editor Bosh, 1991.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL*: Derecho Civil, Parte General,* Instituciones de Derecho Civil, Tomo 1, volumen 1, Barcelona, Editorial Bosh, 1991.

BORDA, GUILLERMO *A: Manual de Derecho de Familia. Editorial Perrot. Buenos Aires. Argentina. Undécima Edición Actualizada. 1993.*

CALDERÓN GUERRA. Lucía y DE LOS ANGELES TAPIA CALDERÓN. Zuzel: La Tutela. Consideraciones sobre el actuar del tutor en III Conferencia Internacional de Derecho de Familia.CD-ROM. p. 5 y 6

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: Derecho Civil Español Común y Foral, tomo 1, volumen 2, 3a edición reformada, Reus, Madrid, 1931.

CHAVÉZ ASCENCIO, M: *La Familia en el Derecho. Relaciones paterno filiales.* p. 334. DÍEZ-PICAZO, l. y ANTONIO GUILLÓN BALLESTERO*: Sistema de Derecho Civil,* volumen 1, Madrid, Editorial Tecnos, Quinta Edición, 1984.

DE CASTRO Y BRAVO, F: Derecho Civil de España, Libro Preliminar. *Introducción al Derecho Civil* Parte General l. (3ra ed). Madrid: Editorial Instituto de Estudios Políticos. (1952)

FERNÁNDEZ BULTÉ, JULIO: *Manual de Derecho Romano,* Editorial Pueblo y Educación, México, 1998.

GENTE ALONSO Y CALERA, María del Carmen: Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales. Colectivo de Autores dirigidos por Manuel Albadalejo. Tomo XXIX, vol. 3º. Colección Edersa. Madrid. 1986. p.180.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros catedráticos: Derecho Civil. *Derecho de Familia*. Editora José María Bosch. Barcelona. España. 1997.

MORENO NAVARRTE, M.A: <<La capacidad natural y la imputabilidad de los actos jurídico-privados>>, *Ponencia presentada en XII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, La Habana, septiembre de 2002.

MUÑOZ ALFONSO, YISEL Y VARGAS ABREU, SARA: "**Tutela al interés superior del menor en**

**el derecho inmobiliario cubano",** http://www.ámbito-jurídico.com.br/site/index PERAL COLLADO, Daniel: *Derecho de Familia.* CD ROM, p. 146.
TORRES ROIG, INÉS CECILIA*: La capacidad de obrar y su graduación en torno a las instituciones de guarda y protección,* Tesis presentada para la opción de Master en Derecho Interdisciplinario de Familia.
RAMÍREZ NARANJO, DAISY: *Las Instituciones de guarda* en III Conferencia Internacional de Derecho de Familia. CD-ROM, p. 5.
VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL CARMEN*: Derecho Civil,* Editorial Félix Varela, 2006.
VILLABELLA ARMENGOL, CARLOS MANUEL: Metodología de la Investigación Sociojurídica, versión digital, 2008.

**Fuentes legales**

- Código Civil chileno, actualizado al año 2000.
- Código Civil costarricense, Ley 30 de 19-4-1885, actualizado hasta 1996
- Código Civil cubano, Ley No. 59 de 16 de julio de 1987.
- Código Civil de Argentina, Ley 23.264 de 25 de septiembre de 1985.
- Código Civil de España, G-25-7-1889, actualizado al año 2005.
- Código de Familia de Bolivia, Ley Nº 996 del 4 de abril de 1988.
- Código de Familia de Costa Rica, Ley Nº 5476 de 21 de diciembre de 1973.
- Código de Familia de Cuba. Ley No. 1289 de 14 de febrero de 1975.
- Código de Familia de El Salvador, Edición de 1993. Decreto 677 de 11-10-1993.
- Código de Familia de Honduras, aprobado por el Decreto No.76-84.
- Código de Familia de la República de Panamá, Ley No 3 de 17 de mayo de 1994.Edición especial. Asamblea legislativa, septiembre de 1996.

**Notas al pie**

1. Peral Collado, Daniel. Derecho de Familia.CD ROM, p. 146.
2. Borda, Guillermo A. Manual de Derecho de Familia. Editorial Perrot. Buenos Aires. Argentina. Undécima Edición Actualizada. 1993.
3. Lacruz Berdejo, José Luis y otros catedráticos de Derecho Civil. Derecho de Familia. Editora José María Bosch. Barcelona. España. 1997.
4. Peral Collado, Daniel. Derecho de Familia, Editorial Pueblo y Educación, Cuba, 1980. p. 123.
5. Ramírez Naranjo, Daisy. Las Instituciones de guarda en III Conferencia Internacional de Derecho de Familia. CD-ROM, p. 5.
6. Calderón Guerra. Lucía y De los Angeles Tapia Calderón. Zuzel. La Tutela. Consideraciones sobre el actuar del tutor en III Conferencia Internacional de Derecho de Familia.CD-ROM. p. 5 y 6
7. Artículo 137 del actual Código de Familia.
8. Así lo enuncia el Artículo 146 del Código de Familia.
9. Así lo establece el Artículo 148 del Código de Familia.
10. Artículo 153 del Código de Familia.
11. Artículo 155 del Código de Familia
12. Así lo establece el artículo 157 de nuestro Código de Familia.
13. Artículo 159 de nuestra normativa familiar vigente.
14. Según el artículo 160 del Código de Familia actual la Tutela concluye por cualquiera de los supuestos que se exponen.
15. Así lo dispone el Artículo 161 del Código de Familia.
16. Artículo 151 del Código de Familia actual.
17. Calderón Guerra. Lucía y De los Angeles Tapia Calderón. Zuzel. Ob.cit., p.10
18. El Artículo 153 enumera las obligaciones que tendrá que cumplir el tutor.
19. Así el artículo 154 lo preceptúa.
20. El Artículo 155 establece que el tutor necesitará autorización del tribunal para:

a. solicitar el auxilio de las autoridades al efecto de internar al tutelado en establecimiento asistencial o de reeducación;
b. realizar actos de dominio o cualquier otro acto que pueda comprometer el patrimonio del tutelado;
c. repudiar donaciones y herencias o aceptarlas, así como para dividir éstas u otros bienes que el tutelado poseyere en común con otros:
d. hacer inversiones y reparaciones mayores en los bienes del menor o incapacitado;
e. transigir o allanarse a demandas que se establezcan contra el menor o incapacitado.

21. Artículo 156 del Código de Familia.
22. Esta prerrogativa está contenida en el Artículo 158 de nuestro Código de Familia.
23. Así lo establece el Artículo 160 en cuanto a las causas por las que concluye la tutela.
24. Así lo enuncia el Artículo 138 del Código de Familia.

25. El Artículo 140 del Código de Familia establece quienes estarán en el deber de informarle al fiscal la necesidad de poner a una persona bajo tutela.
26. Así lo establece el Artículo 141 del referido cuerpo legal.
27. El Artículo 142 así lo establece.
28. Así lo establece el Artículo 139 del Código de Familia.
29. Artículo 146: Para ser designado tutor de un menor de edad, se requerirá:
a. ser mayor de edad y estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos;
b. tener ingresos suficientes para sufragar los gastos del menor en cuanto sea necesario;
c. no tener antecedentes penales por delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud, ni por otros que a juicio del Tribunal inhabiliten para ser tutor;
d. gozar de buen concepto público;
e. ser ciudadano cubano;
f. no tener intereses antagónicos con el menor.
30. Artículo 149: Para ser designado tutor de un incapacitado se requerirá:
a. ser mayor de edad y estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos;
b. no tener antecedentes penales por delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud, ni por otros que a juicio del Tribunal inhabiliten para ser tutor;
c. gozar de buen concepto público;
d. ser ciudadano cubano;
e. no tener intereses antagónicos con el incapacitado.
31. Artículo 159 del Código de Familia.
32. Artículo 160. Concluye la tutela: 1) Por arribar a la mayoría de edad, contraer matrimonio o por ser adoptado, 2) por haber cesado la causa que la motivó, cuando se trate de incapacitado, 3) por fallecimiento del tutelado.
33. Artículo 164: El registro de cada tutela deberá contener:
a. el nombre, los apellidos, la edad y el domicilio del menor o incapacitado y las disposiciones que se hayan adoptado por el tribunal respecto al ejercicio de la tutela;
b. el nombre, los apellidos, la ocupación y el domicilio del tutor;
c. la fecha en que haya sido constituida la tutela;
d. la referencia al inventario de los bienes, que se llevará en expediente aparte con los recibos de depósito y las limitaciones sobre operaciones de cuenta bancaria;
e. el centro de estudios, asistencial o de reeducación en que se halle internado el tutelado y los cambios de establecimiento que se realicen
34. Artículo 93: Ambos padres, o uno de ellos perderán la patria potestad sobre sus hijos:
35. Cuando se les imponga como sanción por sentencia firme dictada en proceso penal;
36. Cuando se atribuya a uno de ellos por escritura notarial de divorcio o por sentencia firme dictada en proceso de divorcio o de nulidad de matrimonio o se prive a ambos por resolución judicial.
37. Artículo 147: Los directores de los establecimientos asistenciales o de los de educación o reeducación, y los jefes de las unidades militares o
38. paramilitares, serán los tutores de los menores de edad que vivan en dichos establecimientos y no estén sujetos a patria potestad o tutela, con las mismas atribuciones que confiere el artículo 85 con respecto a la patria potestad. La representación ante los tribunales de los directores o jefes de unidades en su calidad de tutores, podrá ser delegada en un miembro del cuerpo jurídico de los respectivos organismos.

# NUEVA CONCEPCIÓN DE LA CURATELA COMO INSTITUCIÓN DE GUARDA Y PROTECCIÓN

Dra. Ana María Álvarez Tabío Albo

Sumario: Introducción. 1.- Delimitaciones conceptuales previas. 2.- ¿Qué sentido imprimir a la institución de la curatela? 3.- Elementos personales de la curatela. 4.- Naturaleza jurídica. Conclusiones.

## Introducción

Una de las disciplinas jurídicas más impactas por los avances de la ciencia, la tecnología y el desarrollo de las sociedades es, sin duda alguna, el Derecho de Familia. Y esta evolución deja sus huellas en las actuales concepciones de las instituciones tutelares, sea con la reformulación de la noción tradicional de algunas de ellas, sea con la aparición de nuevos institutos de protección.

De nada sirve distraernos en temas por el simple placer del ejercicio. Estas palabras están animadas y respaldadas por una realidad concreta que el Derecho está llamado a enfrentar y proteger.

Según datos preliminares aportados por el más reciente Censo de Población y Viviendas:

- el 18, 3 % de los cubanos tiene 60 años o más. y para el 2030 este sector poblacional ascenderá a un 30 %.
- la esperanza de vida ronda los 78 años.
- los niveles de fecundidad, se mantienen bajos desde hace más de 30 años.
- no se cubre la tasa de reemplazo poblacional, es decir, las mujeres no dejan una hija que las reemplace en el rol reproductivo, en el 2011 la población femenina tuvo como promedio 0,86 hijas por mujer.
- la proporción de personas de 0 a 14 años ha ido disminuyendo hasta ubicarse alrededor del 17 %.

Así, los cubanos están entre los habitantes que más años viven en este mundo desigual. Paralelamente, las féminas, con elevados niveles de escolaridad e incorporación laboral y social, acortan los momentos para la procreación, cuestión esta última que no solo pasa por la realización profesional de las cubanas, en ellas impactan también las condiciones económicas del país, las cuales complican el camino de la maternidad. A ello se suma el saldo migratorio que, junto con la esperanza de vida al nacer y la tendencia de los nacimientos, afecta la estructura demográfica del país.

Como hemos insistido tantas veces, toda legislación que se precie de pugnar por el amparo de aquellas personas en situación de inferioridad o desventaja jurídica, sea por razón de edad o de enfermedad, debe hacer descansar su normativa en materia de guarda y protección, en tres pilares fundamentales: la pluralidad de instituciones

destinada a ese efecto, la graduabilidad de la incapacitación, y la determinación de ambos extremos en el contexto de un proceso judicial civil contradictorio.

Estos principios se justifican por sí solos: cada situación que el Derecho esté llamado a proteger, merece un tratamiento adaptado a sus condiciones y su propia especialidad que permitan la eficacia de la función tuitiva, fin esencial de estas instituciones de guardaduría. Tampoco existen incapacidades de única intensidad, sobre todo a partir del desarrollo alcanzado por la medicina y las técnicas de rehabilitación , por tanto, es injusto aplicar sólo un régimen de sustitución, desconociendo otros regímenes de asistencia y de colaboración, desdeñando las ventajas de la especialización del remedio a aplicar a estas deficiencias que afectan la capacidad de forma parcial; asimismo, se dan nuevas situaciones que se apartan del concepto de incapacidad, para acercarse más a los criterios de discapacidad actualmente asumidos por todas las legislaciones.[1018]

No a todos los supuestos se le puede aplicar el mismo remedio. Entre los padecimientos que pueden conducir a la incapacidad total y las múltiples manifestaciones de alguna deficiencia que no llegan a ese extremo, se encuentra el espectro o abanico de posibilidades de desenvolvimiento de las distintas formas de protección, con especial mención de la curatela como régimen esencialmente de asistencia.

En nuestro Derecho, como en casi todas las legislaciones foráneas, rige la presunción legal de que una persona mayor de edad goza de plena capacidad de obrar. La destrucción de este principio sólo puede manejarse en el contexto de un procedimiento con garantías plenas en que exista un control objetivo de los Jueces y del Ministerio Fiscal que paralice toda posibilidad de ocurrencia de situaciones de abuso o desamparo.

Por ello es tan importante dejar en manos del juez la determinación de los límites y la extensión de la incapacitación o la discapacidad presentes y de la actuación del llamado a protegerles en cada caso concreto; en unos bastará su intervención en el ámbito patrimonial, en otros precisará, además, de la asistencia en algunos tópicos de la esfera personal. Se trata de revolucionar el régimen jurídico de la institución en consonancia con las nuevas circunstancias en las que está llamada a desplegarse, y facilitar así la labor del juzgador.

La curatela presenta grandes ventajas en la protección de aquellas personas que padecen enfermedades mentales de carácter cíclico, algún retraso mental simple, alguna debilidad mental como consecuencia de la avanzada edad, o en lesiones cerebrales y medulares provocadas por cualquier tipo de accidentes, o en estadios iniciales de la enfermedad de Alzheimer,[1019] o alguna minusvalía de carácter persistente que, en todo caso, impida a la persona gobernarse plenamente por sí

[1018] Especialmente a partir de la vigencia, desde el 13 de diciembre de 2006, de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este instrumento jurídico internacional, del que Cuba es signatario desde el 6 de septiembre del 2007, reconoce la diversidad y presencia visible de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos y se erige en una esencial herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas.

1019 En Cuba, de acuerdo con investigaciones, se estiman en alrededor de 130.000 las personas que padecen Alzheimer o una demencia relacionada, número que se incrementará en 2,3 veces para el 2040,

es decir a 300.000, lo que representará para esa fecha el 2,7 por ciento de la población.

misma. Pero también puede resultar muy útil para algunos casos, vinculados con el envejecimiento de la población o con los altos índices de sobrevivencia a accidentes y enfermedades que antes eran mortales en que, aun siendo aprovechable los conocimientos, la experiencia y la contribución al desarrollo que puedan aportar estas personas, presentan alguna limitación de naturaleza diversa que los coloca en cierto plano de desigualdad o desamparo, aunque éste sea mínimo.

Estos razonamientos intentan reafirmar lo tantas veces repetido por esta autora, no sólo en artículos y otros textos publicados, sino en las aulas universitarias y en curso de postgrado de diferentes niveles: primero que nada, la urgencia de la introducción en la legislación familiar cubana de la institución jurídica que nos ocupa, ya no en su concepción clásica o tradicional, sino, sobre todo, con este sentido renovador que intentamos imprimirle.

La doctrina científica y el legislador cubanos deben abogar unánimemente por el restablecimiento de la curaduría para atender a aquellas situaciones más o menos transitorias de incapacidad o situaciones en que se presenta alguna discapacidad o minusvalía, en las que, sin las notas de generalidad y permanencia que caracterizan a la tutela, sea necesario suplir ciertas deficiencias en la capacidad de una persona para la realización de determinados actos o desenvolver ciertas relaciones de su vida jurídico-civil. Y una vez logrado ello, convencer de la necesidad de la ampliación en la regulación de la curatela, para lograr una plena explotación en beneficio de estas personas, no en el sentido rígido y esquemático que se le ha reservado en algunos momentos de involución del Derecho, sino en un sentido amplio, flexible, adaptable a cada persona,[1020] y totalmente revolucionario. Una noción más cercana a la colaboración y a la asistencia tuitiva, que al aplastamiento de la capacidad volitiva del protegido

## 1. Delimitaciones conceptuales previas

Todas las cuestiones que afectan a la capacidad y a la dependencia deben tener un enfoque multidisciplinar que obliga a la coordinación entre todas las instituciones civiles, profesionales, políticas, sociales y públicas que tienen entre sus objetivos una mayor integración de las personas con capacidades diferentes. Esta ausencia de cooperación unida a la falta de especialización son las razones que dan lugar a esas temibles decisiones judiciales de incapacitación en que no se define o precise el grado y alcance de la misma a las concretas necesidades y capacidades de la persona.

Un tribunal sólo debería declarar a una persona como incapaz cuando, por causa de una enfermedad mental persistente, la persona presentara una falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes, o sea, ante la ausencia total de su autogobierno. Y en correspondencia con ello, decantarse por un régimen de capacidad restringida cuando las circunstancias de hecho no justifiquen una declaración de incapacidad, pero sí hubiere detectado la existencia de "una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su

[1020] De tal modo que ésta no sea vea privada de la capacidad que posee, sin el riesgo de quedar desasistido.

persona o a sus bienes"[1021] colocándole en posición de ejercer por sí mismos, sin requerir representación o asistencia, todos aquellos actos que no estén determinados de manera expresa en la resolución judicial.

Usando la nomenclatura de la OMS,[1022] manejaremos los diversos conceptos que en el presente ensayo se mencionan, en el sentido siguiente:

Discapacidad: Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una condición de salud dada y los factores contextuales (ambientales y personales). Es el término genérico que engloba todos los componentes: deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Expresa los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con problemas de salud y su entorno físico y social.

O sea, se prefiere hablar de una persona con discapacidad (y no discapacitado) para referirnos a aquella con limitación o ausencia (debido a una pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica causada por una enfermedad o daño) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, que seguirá considerándose como tal aunque tenga superada la limitación con el uso de una ayuda técnica (silla de ruedas, bastones muletas, prótesis ortopédicas, prótesis auditiva y otras)

Deficiencia: Son problemas en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona. Pueden consistir en una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa respecto a la norma estadísticamente establecida.

Entendiendo como las funciones fisiológicas las propias de los sistemas corporales (incluyendo funciones psicológicas), y como estructuras corporales las partes anatómicas del cuerpo tales como los órganos, las extremidades, y sus componentes.

Limitaciones de actividad: Son las dificultades que un individuo puede tener para el desempeño o realización de actividades. Estas dificultades pueden aparecer como una alteración cualitativa o cuantitativa en la manera en que la persona desempeña la actividad en comparación con otras que no tienen un problema de salud similar.

Las limitaciones o restricciones, se evalúan comparándose con los estándares comúnmente aceptados en la población.

Restricciones en la participación o minusvalía: Son problemas que una persona puede experimentar al involucrarse en situaciones vitales, tales como relaciones interpersonales, empleo, etc. en el contexto real en el que viven. La presencia de una restricción en la participación viene determinada por la comparación de la participación de la persona con discapacidad con la participación de una persona sin discapacidad en una situación análoga o comparable.

Resumiendo, el concepto de Discapacidad que brinda la OMS resulta, pues, genérico y engloba tanto a las Deficiencias, como a las Limitaciones en la Actividad, o las Restricciones en la Participación.

Dentro de esta amalgama de situaciones, hay que encontrar la fórmula tuitiva adecuada atendiendo a la falta total, limitada o parcial de autogobierno que provoque,

---

[1021]art. 32, 1er párrafo). De ¿????

[1022] Fuente: Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF). OMS, 2001. (http://www.sidar.org/recur/desdi/pau/cif.php).

y que hacen indispensable su graduación en correspondencia con los estrictamente necesario, momento en el que cobra protagonismo la figura del curador, llamado en las actuales circunstancias a conceder una mayor capacidad de ejercicio de derechos de su pupilo y no a limitarlos o restringirlos como sucede en la noción tradicional..

La protección jurídica de la persona con discapacidad que se desenvuelve en las fronteras de su propio autogobierno, debe tener una finalidad de integración en la vida social y pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, permitiendo, en la medida de lo posible, el reconocimiento de su autonomía personal, a través del diseño de las medidas jurídicas necesarias para que puedan superar las situaciones de desventaja social en que se encuentran y ejercer así, de forma eficaz, sus derechos fundamentales de la misma manera en que lo realizan el resto de personas.

## 2. ¿Qué sentido imprimir a la institución de la curatela?

Asistencia y Colaboración son las palabras claves en la nueva concepción de la curatela, como institución de guarda en el ámbito del Derecho de Familia, que ampararía siempre situaciones pasajeras, accidentales, más o menos temporales y circunstanciales; se destinaría a actos singulares para los que se requiere un complemento de capacidad a quienes la poseen pero con carácter limitado o insuficiente.

Su régimen jurídico siempre será de vigilancia, de protección ad hoc a cada caso concreto atendiendo a la intensidad de la deficiencia que afecta la capacidad de obrar, que puede incidir algunas veces sólo en el ámbito patrimonial, pero, como trataremos más adelante, no necesaria ni preferentemente restringido a él.

Se trata en todo caso, de integrar, de asistir, de completar la capacidad de quienes aun siendo capaces, necesitan ser vigilados, controlados, aconsejados o asistidos para concluir determinados actos jurídicos, respetando su esfera de actuación sin soluciones extremas.

Es, por definición, una asistencia tutelar, más cercana a la noción de un colaborador tuitivo, garante de la toma de decisiones asistidas que se distingue por la delimitación de su cometido y porque el sujeto destinatario no carece de capacidad.

De los conceptos emitidos por varios reconocidos tratadistas,[1023] pueden extraerse las diferencias fundamentales entre la tutela y la curatela. La primera es un órgano estable de actuación habitual destinada a suplir la capacidad de obrar de quien carece de ella y no está sometido al régimen de patria potestad. Es la materia de más amplia normativa en los códigos civiles y de familia por la extensión de su ámbito de actuación y la multiplicidad de deberes y responsabilidades que entraña.

La curatela, por su parte, es también un órgano estable pero de actuación no habitual y más flexible destinada al complemento de la capacidad de obrar del sometido en

[1023] Entre los que se encuentran LETE DEL RÍO, José Manuel. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales. Colectivo de Autores dirigidos por el Manuel Albadalejo. Tomo IV, Editorial Edersa. Madrid, 1985. p.434; LACRUZ BERDEJO, José Luis (et.al). El nuevo régimen de la familia. Tutela e instituciones afines. Tomo III. Cuadernos Cívitas. Madrid. 1984. p.141; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable. Editorial MacGraw-Hill. Madrid. 1997. p. 113.

aquellos actos que por la ley o en la sentencia así lo requieran. La persona sometida a curatela no es un incapaz sino que tiene limitada en mayor o menor grado, sin llegar a la totalidad, su capacidad de obrar; actúa siempre por sí, tiene la iniciativa, y el curador le asiste, complementa o completa su capacidad.

De estas definiciones pueden obtenerse también los elementos generales conformadores de un acabado concepto de la institución en estudio, a saber:

- se trata de un órgano tuitivo estable,
- de actuación intermitente,
- destinada a sujetos que gozan de cierta capacidad
- que no suple la capacidad de obrar
- sino que la complementa,
- su función es esencialmente de asistencia, de control y de colaboración
- su esfera de actuación está delimitada en sentido general por la ley, y específico, por el juzgador en su sentencia,
- va dirigido fundamentalmente a la esfera patrimonial del protegido sin desdeñar algunas atenciones en el orden personal.

### 3. Elementos personales de la curatela

Históricamente fueron sujetos pasivos de ella

- los mayores de edad declarados incapaces,
- los pródigos,
- para más tarde incorporar algunos supuestos de minoridad (actos de los menores de 25 años, o de los emancipados).

En su nueva concepción el sujeto pasivo mayormente beneficiado de ella serían:

- Discapacitados: personas afectadas por un determinado grado de minusvalía que no les impide gobernarse por sí mismos, pero sobre los que no concurren las causas de incapacitación.
- Tercera edad o los afectados con las consecuencia propias del envejecimiento poblacional
- Enorme gama de situaciones entre la normalidad psíquica y física y la incapacidad total.

Nos corresponde ahora atribuir su ejercicio y beneficio a los sujetos de esta relación jurídico-familiar en la concepción que se defiende.

En principio se aplican a la curatela las mismas reglas de la tutela sobre nombramiento, incapacidades para desempeñar el cargo, derechos y deberes, e inhabilidades del pretenso curador. No es nuestra intención detenernos en estos detalles para la profundización de los cuales remito a cualquier tratado general de Derecho de Familia o estudios especializados en la materia al alcance de los interesados.

La contrapartida en esta relación son los sujetos pasivos, los sometidos a ella. Nos detendremos, en el contorno de los sujetos beneficiados con esta forma de protección haciendo una especial mención a la figura del discapacitado que presenta con algún nivel de autogobierno, y en esa enorme masa poblacional con que se enfrenta el mundo ante el fenómeno cierto del envejecimiento poblacional, situaciones ambas que tan perfectamente encajan en este contexto, y objetivo primado que nos induce a estas líneas.

En la actualidad, la gran mayoría de las legislaciones desconocen la figura del discapacitado como sujeto merecedor del amparo tutelar que está en posición de brindar la curatela. Cuba no escapa a ello a pesar de sus políticas de seguridad social y atención a personas con padecimientos que le provocan algún grado de minusvalía, y está llamada a unirse a la enorme corriente que en la actualidad pugna por sobrepasar estas limitaciones en el plano jurídico en aras de evitar la desprotección de estos seres humanos.

En los inicios de la toma de conciencia jurídica de este fenómeno, sólo se preveía estrechamente la protección de las personas que padecen una deficiencia permanente en su capacidad física, psíquica o sensorial, que les provoca una disminución de sus posibilidades de integración en cualquier ámbito, sea educativo, laboral o social. Con el paso del tiempo se amplió el concepto para llegar al de discapacitado, aunque con la intención de aislarlo de la incapacitación, como si fuera posible que ambas regulaciones transcurriesen totalmente paralelas e independientes.

Los incapaces, desde una óptica jurídica, han de ser considerados discapacitados, si bien todos los discapacitados no siempre serán incapaces en el sentido que se maneja tradicionalmente, porque aquél es un concepto más amplio que éste. Se trata de dos términos distintos pero compatibles.

Entra en juego la graduación del nivel real de incapacidad para determinar hasta dónde alcanza la limitación a que debe someterse el afectado. El juzgador, ser humano lleno de virtudes y de defectos, que ha vivido y sentido, que por formación debería estar impregnado de un cierto sentido de la justicia y dotado de humanidad, de la sensibilidad y el conocimiento necesarios para decidir lo más conveniente para la persona necesitada de protección, ha de tener en cuenta, además de los datos evidentes que caractericen científicamente la deficiencia que padece el presunto incapaz, otra serie de factores sociales complementarios, como la psicomotricidad y el uso del lenguaje, las habilidades de autonomía personal y social, el proceso educativo, la conducta y el proceso ocupacional laboral. La suma de todos esos valores determina el porcentaje de minusvalía que padece una persona y la forma de guardaduría que le conviene así como las medidas que en pos de su amparo y asistencia han de adoptarse.

La curatela se aviene afinadamente, cuando de incapacitación se trata, a la protección de aquellas personas que padecen alguna deficiencia que, sin privarles totalmente de su discernimiento, limitan su facultad de autogobernarse. En estos estados de discapacidad se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanente o cíclico y a veces progresivo, que merma la personalidad, la deteriora, la menoscaba, la quebranta, con efectos en la capacidad volitiva, de decisión, de comunicación o de movimiento, e incide en la conducta del sujeto al influir de manera más o menos inhabilitante en el ejercicio de los derechos, sin que lo haga de manera absoluta.

El legislador cubano de 1975 no tuvo la visión necesaria para aquilatar la enorme potencialidad que, en sentido general, y especialmente en sede de discapacidad, podía reportar la curatela y mantuvo la limitada unidad de guardaduría heredada del Código Civil español. De tal suerte, las personas afectadas con estas limitaciones, hoy carecen de los mecanismos necesarios para completar su deficiente capacidad, o de exigir de quienes de hecho (no de derecho) asumen las funciones propias de un curador, los deberes y responsabilidades por los trastornos que su mal gobierno o gestión provoquen.

Hasta la promulgación de la Ley 59 que puso en vigor el Código Civil cubano de 1988, nuestro ordenamiento jurídico no consideraba grados en la deficiencia mental y, por tanto, no existían estados intermedios entre la normalidad psíquica y la incapacidad total, de modo que, o se sometía al deficiente mental a tutela con la consiguiente privación absoluta de su capacidad de obrar, o se prescindía de toda medida protectora.

El vigente artículo 30 del Código Civil cubano nos habla de las personas que a los efectos legales tienen restringida su capacidad para realizar actos jurídicos; entre ellas están los menores de edad que han cumplido diez años, y a los estrictos efectos de disponer de su dinero; los que padecen enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente del discernimiento; y los impedidos físicos que no pueden manifestar su voluntad sin generar dudas. Si nos atenemos a la letra de este precepto, la capacidad está restringida "…salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria".[1024] Queda abierta una puerta, al menos en el orden sustantivo civil, para lograr la graduación en los niveles de incapacitación que faciliten la adecuación a cada uno de los casos que se presenten a fin de obtener una declaración de incapacidad parcial, que no proteja a la persona más de lo que necesita, y le permita gozar de toda la soberanía para la que está realmente apto. Por lo que no se justifica la persistencia de la irracional unidad de guarda.

Tradicionalmente se han emitido por los Tribunales cubanos fallos de incapacitación total, que además de no corresponderse con la realidad, crean situaciones injustas. El proceso en que se ventilan estas declaraciones se desenvuelven en el marco de la jurisdicción voluntaria. Tratándose de declaraciones de incapacidad restringida, tomando en cuenta el presupuesto de que se involucra a una persona que cuenta con cierta capacidad, nada se opone a que se ventile en un proceso ordinario, de naturaleza contradictorio, ante el Tribunal Municipal Popular correspondiente, en armonía con lo establecido en el apartado segundo del artículo 5 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, lo cual permite que figure como parte el presunto incapaz, y sea dictada una sentencia detallada de los extremos que se extraen del ejercicio pleno del sometido y sobre los cuales no puede decidir con libertad sin antes lograr el complemento a su capacidad de obrar, y en la cual se determine el régimen tutelar apropiado a esas circunstancias.

Es en este punto donde se produce la incompatibilidad dentro del régimen legal de guardaduría cubano, pues la legislación familiar sólo prevé la tutela como institución protectora fuera del marco del ejercicio de la patria potestad, aplicable, cuando de mayores de edad se trata, únicamente a quienes hayan sido declarados judicialmente incapaces para regir su persona y bienes, por razón de enajenación mental,

[1024] Artículo 31 del Código Civil cubano. Ley 59. Editorial de Ciencias Sociales. La Habana. 1989.

sordomudez, u otra causa. Discrepancia que sería salvada con la introducción de la curatela en nuestro ordenamiento jurídico.

4. **Naturaleza jurídica de la curatela**

Nociones tradicionales:

- la curatela no recae sobre la persona o esfera personal del curatelado sino que se circunscribe al ámbito estrictamente patrimonial.
- la imposibilidad de comportar una auténtica representación legal ni administración del patrimonio del protegido.

La ratio essendi o razón de ser trascendental de esta institución jurídica de guarda, nos permitirá aclarar su finalidad. Dos son los rasgos que han explicado tradicionalmente este tópico, y sobre los que no existe absoluta armonía en la doctrina.

El primero de ellos estima que la curatela no recae sobre la persona o esfera personal del curatelado sino que se circunscribe al ámbito estrictamente patrimonial. Y es en este punto donde se producen las más encendidas polémicas. Lo importante para tomar partido en un sentido u otro, es analizar las condiciones muy particulares del sujeto protegido.

Hay casos en que no existe duda alguna al respecto. Para un declarado pródigo, la causa que origina la curaduría, intrínsecamente excluye toda posibilidad de actuación del curador en la esfera personal.

Pero, no en balde la ley ubica en determinado momento la mayor edad y, en correspondencia con ella, la plenitud en la madurez psíquica, física y emocional del individuo para enfrentar a conciencia las consecuencias de sus actos haciendo completo ejercicio de su capacidad jurídica. Cuando se trata de la curatela de menores emancipados,[1025] nada hay de disonante, por ejemplo, en pretender colaborar en el completamiento de su instrucción. La emancipación no deja de ser un mecanismo jurídico ficticio que obliga a estimar apto para regir su persona y bienes a un sujeto que, según las leyes del hombre y de la vida, no es todavía maduro. ¿Por qué, a pesar de reconocerle capacidad para autogobernarse, le priva de la legitimación para realizar actos de disposición en atención a su deficiente desarrollo dada su menor edad? ¿No funciona este mismo reparo para determinados actos de consecuencias importantes en su esfera personal?

Cuando la causa de incapacidad limitada es por razón de enfermedad o deficiencia psíquica o física, el protegido puede demandar atenciones en el orden personal que han de recaer en el curador y, por tanto, este campo de acción debe ser previsto y regulado por el Derecho. En estos supuestos es la sentencia la que dispone la extensión y límites, tanto de la incapacidad como de la actuación del curador. Estando en manos del juzgador la decisión de estos extremos en sede de curatela de personas incapacitadas, nada impide que la protección se extienda a algunos y delimitados aspectos de su esfera personal: debe hacer todo lo que esté a su alcance para lograr la sanidad y la reinserción social de su protegido, o auxiliarle en la toma de decisiones en

[1025] Cfr. Artículos 286 del vigente Código civil español, y el 392 del Código civil italiano.

su vida familiar, como podría ser la concesión de autorización para adoptar, o decidir, previa autorización judicial, la procedencia de alguna medida terapéutica recomendada por el facultativo, e incluso, su internamiento. Lo contrario, estrecharía el abanico de posibilidades que esta flexible figura podría brindar en determinadas circunstancias.

Atendiendo al carácter cíclico de una enfermedad, por ejemplo, la sentencia restringe el actuar del incapacitado a aquellos actos que excedan de una normal y regular administración de sus bienes y a todo acto de disposición; en esos intervalos de fase activa de la enfermedad, bien podría necesitar de alguna asistencia emergente que involucre aspectos concernientes a su esfera personal y sería excesivo proveerle de tutela cuando la curatela sería bastante.

Entra en juego la importancia de la graduación de la capacidad, pues la enfermedad padecida con carácter persistente afecta parcialmente aquella con una mayor o menor incidencia, y es el juez quien está en condiciones de delimitar el ámbito de actuación del curador en ambas esferas de protección de acuerdo a las circunstancias especiales de cada caso.

Múltiples son los criterios que se han esgrimido para desaconsejar la posibilidad de la guarda personal del incapacitado en sede de curatela. Sea porque históricamente ha sido así concebida la curatela, sea porque se ha reservado de siempre como función propia de la tutela la atención a la persona del incapaz, sea porque el grado de discernimiento exigible en el cuartelado le hace capaz de regir su persona, sea que no puede existir curatela sólo de persona y sí tutela, sea porque la iniciativa siempre está en manos del incapacitado y no por definición en las del curador, o sea porque la función intrínseca de asistencia que compete al curador hace inviable la asunción de obligaciones en la esfera personal por carecer de los instrumentos para ello.

A todos estos criterios, perfectamente atendibles, hay que oponer el simple argumento de que precisamente se trata de revolucionar el tratamiento y concepción jurídica de la institución en estudio, adaptándola a las nuevas circunstancias que el desarrollo de la vida social, familiar y personal impone. La esfera de asistencia normal de la curaduría pudiera ser en algunos casos la actividad patrimonial, es cierto, pero no necesariamente exclusiva. La restricción que con respecto al ámbito de aplicación tiene la curatela en relación con la tutela no debe encaminarse a las esferas a proteger, sino a los límites y extensión más o menos restringidos del guardador o delimitados en un caso u otro.

El segundo criterio definitorio de la naturaleza jurídica de la curatela es la imposibilidad de comportar una auténtica representación legal ni administración del patrimonio del protegido.

El curador interviene en los actos que los sujetos destinatarios de la protección no puedan realizar por sí solos, definidos como tales por la ley o la sentencia de incapacitación. Su función esencial consiste en prestar su "…adhesión habilitante…La curatela, atendiendo al grado de discernimiento del sujeto (incapacitación) o a la causa que provoca la curatela (prodigalidad) no implica la sustitución de la voluntad (representación legal) sino que consiste en un reforzamiento de ésta."[1026]

La curatela tiene como presupuesto esencial la capacidad del sujeto, pero al estar limitada sea por orden de la ley o porque así lo defina en sus límites la sentencia de

incapacitación, no se precisa de representación legal. Más no toda la doctrina se muestra conteste con esta afirmación. Para GETE-ALONSO, "…el contenido de la curatela de los incapacitados tiene una flexibilidad que puede llevar a una función de guarda intermedia entre la tutela y la curatela consideradas de modo rígido…de manera que la asistencia del curador…no sea siempre complemento de capacidad sino que pueda comportar representación legal e incluso administración legal del patrimonio del incapacitado."[1027] Esta autora sostiene que al curador le está permitido actuar como administrador o representante legal en actos muy concretos y preestablecidos en la sentencia, atemperado al grado de discernimiento del sujeto protegido y siempre respetando la función de asistencia que le es inherente. En armonía con el espíritu innovador que pugnamos por imprimir a la curatela, no resultaría ocioso tomar en cuenta estos argumentos, e introducir, en oposición a una tutela mitigada, la concepción de la curatela reforzada[1028]que incluya la posibilidad de representación del sometido a ella y de la administración de bienes en los casos en que expresamente así lo disponga la resolución judicial.

## 6. Conclusiones

Con el desarrollo alcanzado por la medicina y las bondades que al mejoramiento de la calidad de vida aporta el desarrollo de la ciencia y la técnica, se produce el consecuente aumento de la esperanza de vida promedio en la humanidad. Pero ello no incide siempre de manera favorable en la conservación óptima del cuerpo y de la mente, por la presencia de múltiples factores que pueden agravar esta situación. Crece así el número de personas con discapacidades de proporción diversa, tributarias de nuestra completa atención y protección tanto desde el punto de vista social, como jurídico-familiar.

Se considera discapacitada, como ya referimos, a toda persona que padezca una alteración funcional física o psíquica, permanente, prolongada, o transitoria, que en relación a su edad y medio social, le implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral, lo que no le impide el cuidado de su persona o la administración de sus bienes, siempre que puedan contar con la asistencia y apoyo legal necesario para ello.

Las personas con discapacidades constituyen hoy un grupo muy diversificado en el que encontramos niveles de dependencia muy diferentes, y bajo ningún concepto deben ser excluidas de la toma de decisiones, tanto en el seno de la sociedad como respecto de sí mismas, razón por la que hay que dotarles de los mecanismos de auxilio apropiados para ello sin violentar su autonomía.

---

[1026] GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. Ob.cit. pp. 149 y 150.

[1027] GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales. Colectivo de Autores dirigidos por Manuel Albadalejo. Tomo XXIX, vol. 3º. Colección Edersa. Madrid. 1986. p.180.

[1028] En el Derecho francés, con muy buen criterio, se reconocen dos tipos de curatela: la simple por medio de la cual para la conclusión eficaz de actos comprometedores, sea en el ámbito personal (contraer matrimonio) o patrimonial (actos de disposición), se necesita de la asistencia del curador; y la reforzada, que permite al juez crear dentro de la curatela un sector de representación y administración. Cfr. Artículos del 508 al 512 del Code civil francés.

Es la curatela la vía legal de guardaduría y protección más aconsejable para estas situaciones, por la flexibilidad y fácil adaptación a las múltiples formas y niveles en que se presentan las deficiencias. En la noción que hemos tratado de imprimirle en estas palabras la curatela brindará a la persona un mayor ámbito para ejercer sus derechos en correspondencia con sus capacidades, adaptándose a la satisfacción de las necesidades REALES de cada pupilo.

Estas circunstancias hacen urgente la perfección de la legislación vigente en Cuba en materia familiar e introducir las modificaciones necesarias en lo que hace a la protección legal y asistencia a los discapacitados, no perdiendo nunca de vista de que tales cambios han de descansar en la pluralidad de guarda, y en la posibilidad, en el marco de un proceso judicial contencioso, de matizar la capacidad.