

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO I – NÚMERO I

DIREITO E JUSTIÇA
Aspectos Atuais e Problemáticos

Lisboa
Editorial Juruá
2015

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO I, Nº I, 2º SEM. 2015

JURUÁ
EDITORIAL

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com — e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

Editor:

Luiz Augusto de Oliveira Junior

Diretores da Revista:

David Vallespín Pérez

Germán Barreiro González

Gonçalo S. de Melo Bandeira

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

COLABORADORES:

Adel El Tasse
Adriano Fábio Cordeiro da Silva
Alcides Goelzer de Araújo Vargas e Pinto
Aloísio Krohing
Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral
Angela Cassia Costaldello
Angelina Isabel Valenzuela Rendón
Antonio Pele
Camila Clarisse Romero Gomes
Carlos Trujillo Hernandez
Celso Antonio Pacheco Fiorillo
Cinthia Obladen de Almendra Freitas
Danielle Portugal de Biazi
David Vallespín Pérez
Dirce Nazaré de Andrade Ferreira
Fabiane Grandó
Fabiano Dolenc Del Masso
Fernando Gustavo Knoerr
Fernando Rister de Sousa Lima
Francisco Carlos Duarte
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Gregorio Saravia
Greice Patrícia Fuller
Guilherme Augusto Souza Godoy
Idir Canzi
Iraci de Andrade
Irene Portela
Isa Filipa António
J. Eduardo López Ahumada
Jardel de Freitas Soares
Jessica Ramos da Silva
Jordi Garcia Viña
Jorge de Oliveira Vargas
José Adércio Leite Sampaio
Karin Kässmayer
Linara Oeiras Assunção
M^a Ángeles Pérez Marín
Maraluce Maria Custódio
Marcel Magalhães e Guerra
Marco Antonio Lima
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Nancy Carina Vernengo Pellejero
Nuria Belloso Martín
Paulo J. B. Faiad
Paulo Junior Trindade dos Santos
Paulo Ricardo Opuszka
Priscila Luciene Santos de Lima
Rafael Lima Torres
Rita Daniela Leite da Silva
Robert Carlon de Carvalho
Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño
Rubén Miranda Gonçalves
Rui Miguel Zeferino Ferreira
Saulo Tarso Rodrigues
Sônia M. P. Wiedmann
Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça
Valesca Raizer Borges Moschen
Vinícius Almada Mozetic
Vitor de Medeiros Marçal
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr
Zulmar Fachin

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Bruno Sena Martins

Doutor em Grupo de Estudos Anglo-Americanos pela Universidade de Coimbra; Professor da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Nuno Manoel Pinto de Oliveira

Doutor em Direito; Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Nuria Belloso Martín

Doutora em Direito; Professora Catedrática de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos.

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objectivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos seleccionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de selecção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

EL DIVORCIO NOTARIAL: LA EXPERIENCIA CUBANA Y EL IDEAL ESPAÑOL

*Carlos Trujillo Hernandez*¹

Resumen: La idea básica del presente trabajo se sustenta en establecer, cual paralelo entre el desarrollo práctico que en la realidad cubana ha tenido el Divorcio por Mutuo Acuerdo en sede Notarial y su efectiva ejecución –desde su implementación– en virtud del Decreto Ley 154/1994, de 6 de septiembre, pasando por la crítica confortable y medida de su extensión a los cónyuges que tiene hijos menores, sin que ello comporte el correspondiente control de las convenciones que los padres y el fedante han acordado respecto a tales hijos, violentando su condición de sujeto de Derecho y la evaluación ponderada de la colegiatura judicial, y que desarmoniza con principios sostenidos y la propia naturaleza del Derecho de Familia, de cara o con, la proyección que en España impone ya, cuan realidad su nueva normativa legal

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas, Cuba 1988. Abogado en ejercicio desde 1988 a 2014, en Cuba. Especialista en Derecho Ambiental, en 1996. Director del Centro territorial de desarrollo Profesional de Bufetes Colectivo en Villa Clara desde 1996-2001. Coordinador del Programa de Maestría No Presencial en Derecho Mercantil y Financiero desarrollado entre la Universidad de La Habana y la Universidad Autónoma de Barcelona, 1996-1998. Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia, por la propia Universidad en 2007. Doctorando del Programa de Doctorado en Derecho y Globalización de la Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas y la Universidad de Girona, España, de 2002-2006. Profesor Adjunto Asistente de Derecho de Familia, Derecho Ambiental y Derecho Procesal Civil, Universidad Central “Marta Abreu de Las Villas” y Universidad de La Habana desde 1996 hasta 2013. Investigador del Programa Ramal de Investigaciones Jurídicas del MINJUS 2010-2012. Pasante investigador en la Caja de Resarcimiento del Ministerio de Justicia en 2009-2010. Especialista del Departamento Técnico de la Junta Directiva Nacional de Bufetes Colectivo desde el 2001-2007. Supervisor Nacional en igual período y Jefe de Superación Nacional 2005-2007. Director del Consejo Editorial de Bufetes Colectivo 2010-2012. Asesor Legal a tiempo parcial de Personas Jurídicas, 2000, Municipio de Varadero, provincia de Matanzas, Cuba. Tutor, Oponente y Jurado en múltiples ejercicios de defensa de tesis de grado y de Máster y Especialista en Derecho Civil y Familia, Laboral, Penal, Asesoría Jurídica. Ponente en Múltiples Congresos Nacionales e Internacionales de Derecho Civil y Familia, Penal, Laboral, Ambiental, Procesal, Informática. Profesor de post-grado en las materias antes señaladas por la Organización Nacional de Bufetes Colectivo. Premio de la IV Edición del Concurso de Sistemas de Jurado, del Instituto de Derecho Procesal y la Universidad del País Vasco, San Sebastián, España, 2013. Premio de la VI Edición del Concurso de Derecho Procesal, del Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, España, 2014. Autor de varios artículos y textos jurídicos en Revistas Cubanas y extranjeras sobre diversos temas del Derecho, en las materias expuestas.

que ha dispuesto la posibilidad de celebración del divorcio sin hijos, ante Notario. Es idea clara del artículo dejar sentado –sin divagar- la responsabilidad profesional y nivel elocuente de estos funcionarios –demostrado por décadas- de llevar a cabo tan encomiable actividad -en ambiente de paz y seguridad- y sin que a la postre hayan existido -hasta la fecha- manifestaciones de cuestionamientos de descrédito en su actuar. Así mismo no ha pasado por alto resaltar la valía del proyecto español en cuanto respetar los derechos de los menores en el trámite de divorcio y mantener la concepción jurídica que ha diseñado la Convención de los Derechos de los niños y niñas.

Palabras Claves: Divorcio por Mutuo Acuerdo, sede notarial, Derecho de Familia, extinción del vínculo, hijos menores.

Abstract: The basic idea of this work is based on set, which parallel between practical development in the Cuban reality has had divorce by mutual consent in Notary office and its effective implementation-from its implementation-under Decree Law 154/1994, of September 6, through the critical and comfortable as its extension to spouses who have minor children, without behave the corresponding control conventions and the parents have agreed fedante respect to such children, violating their status subject of law and the weighted evaluation of judicial tuition, and disharmony with sustained principles and nature of family law, or face, projecting that Spain imposed and, actually how its new legislation that has provided the celebration possibility of divorce without children, notary. Clear idea of the article is to make clear without diverge- professional responsibility and eloquent level of these officials -demonstrate by decades of performing activity as commendable -in atmosphere of peace and security without which ultimately have existed up to date- demonstrations discrediting questioning his actions. It also has not missed highlight the value of the Spanish project as respect the rights of children in divorce proceedings and maintain the legal concept that has designed the Convention on the Rights of children.

Keywords: divorce by mutual consent, based attorney, Family Law, extinction link minor children.

1 NOTA INTRODUCTORIA

El divorcio -como todos sabemos- tiene larga tradición histórica en su evolución, que va desde aquellas legislaciones que lo aceptan hasta aquellas que lo rechazan y desde las que lo han llevado a procedimientos tan rigurosos como las que lo colocan en dualidad procesal: solución judicial -en algunos casos- y solución notarial -en otros-. Es así como lo concibe -hoy- el ordenamiento jurídico cubano, en dependencia de los intereses de los cónyuges, de acudir a uno u otro trámite procedimental. Tema este último que ha sido, en alguna medida, cuestionado por los estudiosos del tema, en tanto la nueva norma sobre Divorcio

por *Mutuo Acuerdo*, no extirpó -radicalmente- esta fórmula de la sede judicial y contrario a lo que hemos constatado en la obra de Cerdeira Bravo de Mansilla², la vigente Excerta procesal mantiene en su seno el Divorcio por mutuo acuerdo como posibilidad procesal que por él, los cónyuges puedan -también- disolver su vínculo matrimonial, en dependencia de lo que haya resultado en sede notarial, por lo que la introducción por vía del Decreto Ley 154/1994, del divorcio notarial, no es exclusivo para dicha sede, sino que le ofrece la primacía, quedando -entonces- el judicial, vigente; pero limitado y condicionado a la decisión notarial.

Al decir de la profesora Hernández Pérez³, el Artículo 381 de la Ley Adjetiva Civil que resistió los embates de la entrada en vigor del Decreto Ley 154, en tanto el Artículo 380 de la propia norma, quedó modificado, para introducirle la reserva de improcedencia ante Notario -acudir a la vía judicial- por medio del procedimiento, entonces vigente. Que el precepto en comento ha quedado -únicamente- para cuando el Notario archive el expediente notarial, ante dictamen negativo del Fiscal, para la procedencia del Divorcio, quedando expedito la vía judicial. En tal supuesto recupera la obligada representación de abogado a cargo del cónyuge que promueve y la obligación de asistencia de ambos cónyuges y el letrado, a la comparecencia que señala el Tribunal.

El *proceso de divorcio en sede no contenciosa* -que nos ocupa hoy- aparece en Cuba, con la entrada en vigor del Decreto-Ley 154/1994, de 6 de septiembre⁴, y por el que se dispone la disolución del vínculo matrimonial por mutuo acuerdo, tanto para cuando hay hijos menores de edad -menores 18 años- como cuando no los hay y en el propio instrumento se acumula -además- si existiera intención de ello, la extinción y liquidación de la comunidad matrimonial de bienes (que en el caso cubano solo admite la de *manu comune*)

No es de preocuparse -porque como en nuestro caso- son muchas las opiniones que en principio generó la implementación de dicho tratamiento procesal, incluso, exhibiendo Cuba desde 1975⁵ un Código de Familia independiente, sustantivo, pero con algunos matices procesales y a pesar que no es hasta el 2001 que comienza a verse -de forma experimental- los primeros vestigio de un procedimiento familiar, también independiente, con la puesta en vigor por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de la Instrucción 187/2001⁶,

² CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en cuba: una propuesta de futuro para España. **Revista de Derecho Privado**. Noviembre-Diciembre. Reus, p. 26, 2011.

³ HERNÁNDEZ PÉREZ, Carmen "El Divorcio". Fragmentos de la tesina. **Boletín impreso ONBC**. CIABO, n. 7, p. 24, mayo agoto, 2001.

⁴ Decreto-Ley 154, "Del Divorcio Notarial", de 8 de septiembre de 1994 (G.O.O. No. 13 de 19 de septiembre de 1994, p. 193

⁵ Ley 2189/1975, de 12 de febrero y puesto en vigor el 8 de marzo de 1975". Código de Familia" <http://www.cepal.org/oig/doc/cub_1975_ley_1289_codfamilia.pdf>.

⁶ Instrucción 187/1991, de 20 de diciembre, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Boletín Impreso del T.S.P. de 1992.

de 20 de diciembre y que alcanza mayor plenitud con la de igual jerarquía normativa y que la revocara, la n. 216/2011⁷, de 12 de mayo. Tal disposición ha comportado en su esencia, la creación e institucionalización dentro del sistema judicial de los Tribunales de Familia, en los que sus jueces, se han especializado en el conocimiento, tramitación y solución de los procesos de familia y aplican las diferentes instituciones, tal y como ha dispuesto el mandato judicial, respecto a la protección de los menores, en todo aquello que tenga relación con sus intereses, desde el dictamen del equipo multidisciplinario, pasando por la opinión del Fiscal, hasta la comparecencia de las partes y la escucha del menor en condiciones fácticas para ello.

Las condiciones culturales cubanas, de cara a las relaciones matrimoniales y la extrema independencia alcanzada por las mujeres, dentro del ámbito social y familiar, hacen muy factible, sin mayores complicaciones la aplicación efectiva del Divorcio por Mutuo Acuerdo, que deviene de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, de 1977⁸, en sede judicial y que continúa subsistiendo aquí y de la mano con el de Justa Causa, para quienes prefieren la vía judicial o para aquellos casos, de acuerdo a las exigencias establecidas en algunos países que no admiten dicho tipo de divorcio, como es Italia y que irresistiblemente, para que surta en él los efectos deseados, han de someterse al conocimiento de los tribunales populares, aquellas parejas que se divorcian bajo el régimen procesal cubano.

Así mismo, la realidad cubana ha demostrado que en el matrimonio legalmente formalizado, no está la esencia misma de nuestra familia, de su solidez, de su perpetuidad, y por tanto, conforme se contrae matrimonio, su no funcionamiento, impone la ruptura. Sostiene, además tales criterios, la existencia de las uniones de hechos o formas de familia ensambladas que no alcanzan límites ni barreras, a pesar de los ingentes esfuerzos por poner coto a dicha forma de familia y continúan siendo, hoy avanzada forma social de formación de familia en Cuba -incluso- imponen ya, nuevas formulaciones⁹ de tutela legal a las mismas, más allá de la humilde fórmula que hoy sostiene el Código de Familia.

Esta singular fórmula de disolución del vínculo matrimonial aparece fertilizada por la enjundia doctrinal y legislativa que en aquel momento caracterizaban el panorama doctrinal cubano, de la mano de la influencia del denominado Derecho Socialista Soviético, fortalecido por las raíces históricas de nuestra riqueza jurídica, en cuyo caso encontramos los auténticos avances que resultó de la Constitución de 1940, respecto a esta y otras instituciones familiares, como el reconocimiento judicial de las uniones de hecho y su fuerza

⁷ Instrucción 216/2012, de 12 de mayo, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Boletín impreso del T.S.P. de 2013.

⁸ Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, de 19 de agosto de 1977.

⁹ No son pocas las críticas que recibimos, respecto a la fórmula de protección que se le ofrece a las uniones de hechos en nuestro actual Código de Familia. En realidad, lo que se protege es la unión, cuando se reconoce judicialmente, pero ella, por sí, no encuentra tutela legal.

legal, así –también– el antecedente recogido en la Ley Notarial de 17 de diciembre de 1937, por la que se le atribuye al notariado la función –entre otras– tramitar el divorcio por mutuo acuerdo –artículo IV.g– extremos que en la práctica no se cumplió ante posición del propio notariado por dudas de su constitucionalidad¹⁰. A ello se le une, la promulgación en 1975 del Código de Familia, independiente del Código Civil, y que representó y aún representa novedosa norma jurídica para todos los tiempos.

Extramuros –también– irrumpió la nueva normativa procesal en sede de Divorcio, cuando algunos países del área se alzan en tormentos legislativos, siguiendo el camino de la desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo. Unos, lo llevan al conocimiento notarial y otros a la sede administrativa, que alcanzan a las Alcaldías.

Algo, sí quedó atrás, la herencia del Código Civil español, que conceptualizaba el divorcio sanción, fundado en causales de culpabilidad del cónyuge y se instituyó uno de nuevo tipo, el divorcio remedio, sin causales *numerus clausus*. Junto a ello, las exigencias que hasta hace poco contenía el actual CC español, en sus art. 82.3ª y 86.5ª, por los que no basta la voluntad de divorciarse, sino ello estaba supeditada a la previa separación.

Al decir de la profesora Mesa Castillo¹¹, al margen del divorcio contenido en el Código Civil; durante la República en Armas, el 16 de septiembre de 1896 se dictó la *Segunda Ley del Matrimonio Civil*, en la que se admitía el divorcio por mutuo consentimiento y por causas determinadas, culposas y no culposas; se ratificaba que el matrimonio era un contrato y se subsanaba una omisión de la primera ley mambisa, al regular que los matrimonios celebrados en la Isla antes de la guerra tenían toda su validez, disponiendo su inscripción en los Registros de la República. De esta ley, técnicamente más depurada que su antecesora y con igual base ideológica, nada se conoce acerca de su aplicación.

¹⁰ La Constitución de 1940, dejó establecido –por medio del tercer párrafo de su artículo 170– que “*Sólo podrá administrarse justicia por quienes pertenezcan permanentemente al Poder Judicial*”, en tanto –en su artículo 197– establece que “*En ningún caso podrán crearse tribunales, comisiones u organismos a los que se conceda competencia especial para conocer de hechos, juicios, expedientes, cuestiones o negocios de las jurisdicciones atribuidas a los tribunales ordinarios*”. Pérez Gallardo, Leonardo, “El divorcio por mutuo acuerdo ante notario: mitos y tabúes”. Derecho Notarial, Tomo III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, p. 246. Por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo dictó la Resolución Hipotecaria 9 de 16 de junio de 1947, si el Artículo 170 de la Constitución de 1940 estatuye que sólo podrá administrarse justicia por quienes pertenezcan permanentemente al Poder Judicial (...) es claro, que los Notarios a partir de la Constitución, no tienen facultades para resolver en estas cuestiones sometidas hoy expresamente a la jurisdicción del Poder Judicial. Además, por el mentado precepto Constitucional quedó derogada la facultad que a los Notarios dio la Ley de 17 Diciembre de 1937 para hacer declaratorias de herederos abintestato”. Al decir del profesor PÉREZ GALLARDO, Leonardo, Ob. cit., p. 246, y de manera enfática, “esto pudo ser aplicado, *mutatis mutandi*, al divorcio por mutuo acuerdo”.

¹¹ MESA CASTILLO, Olga. La historia viva del Divorcio en Cuba. **Revista Cubana de Derecho, Unión de Jurista de Cuba**. MINJUS, 1992-1993, a. 3, n. 3, p. 7-12, 1991.

En estos andares por la historia del divorcio patrio, también rigió El Decreto Ley número 206 de 1934 consagró el sistema procesal de divorcio basado en el principio de culpabilidad, en virtud del cual correspondía la acción del divorcio solo al cónyuge inocente o al no culpable. Esta última referida a aquellas escasas causales respecto a las cuales quedaba el juez exento de declarar dicha culpabilidad. Tenía este Decreto Ley la especial característica de recoger normas de Derecho Sustantivo y normas de Derecho Procesal y estatuyó 18 causales, siete de ellas heredadas íntegramente de las Leyes de 1918 y 1930, seis modificando algunas de aquéllas y otras cinco sumadas a las mismas. Se introdujeron como causas la separación de los cónyuges por más de 6 meses, por ruptura de la vida conyugal; la disparidad o incompatibilidad de caracteres por reiteradas desavenencias, – tan esgrimida hoy por la parte actora en procesos de divorcios por justa causa-5; los vicios o la falta de moralidad que perjudique la honra o crédito de uno de los cónyuges; la bigamia y el uso reiterado de drogas, estupefacientes o sustancias análogas. Este es derogado por el actual Código de Familia de 1975. Primera experiencia legislativa en lo que al Derecho de Familia se refiere, y como ley sustantiva contempla la institución del divorcio.

2 UNA PRIMERA PECULIARIDAD DEL DIVORCIO NOTARIAL CUBANO, NO PREOCUPACIÓN PARA EL PROYECTO ESPAÑOL

La implementación del Divorcio en sede Notarial en Cuba, no dejó espacio para las excepciones, de suerte que a él se pueden someter, cumplido el requisito del acuerdo entre los cónyuges, aquellos matrimonios en los que se haya o no procreado hijo y estos sean menores de edad al momento de la disolución del vínculo.

Son los progenitores los que, en sede Notarial, negocian –rivadamente- las convenciones sobre los hijos menores, sin que estos tengan participación alguna, a no ser la intervención del fedante, que muy poco aporta a la propuesta de los cónyuges, en evitación de controversia y tener que declinar o por el exceso de trabajo que no le permite la realización de otra actuación procesal, más que escucharlos, redactar el instrumento, su lectura –como viene establecido en la norma- y entrega a las partes.

Para muchos estudiosos de la materia, la novedad legislativa exageró y como ha expuesto una férrea oponente de esta simplificación procesal, la profesora Olga Mesa Castillo¹², la naturaleza de *ius cogens*, propia del Derecho

¹² MESA CASTILLO, Olga. *El Divorcio, otro ángulo de análisis*. **Revista Cubana de Derecho**, a. XVIII, n. 38, p.107, Julio-Septiembre 1989. Profesora principal del Derecho de Familia en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, por más de 40 años. Prestigiosa y reconocida personalidad dentro y fuera del país, como máxima exponente de los valores patrio en defensa de los Derecho de Familia e imperecedera artífice del Código de Familia de 1975 y de los logros disímiles alcanzado por Cuba en esta rama del Derecho, así como la más firme impulsora de la promulgación de un Código Procesal en la materia, en pos de la más correcta

de familia, si bien en buena parte de su contexto está presente, tiene incuestionable expresión en la institución de la patria potestad y en todo lo que en torno a su contenido y ejercicio la califican.

Incluso, tamaño conflicto jurídico no ha escapado ni de la pluma del mayor defensor de este tipo de procedimiento diseñado para el Divorcio, el profesor Leonardo Pérez Gallardo¹³, quien de cara a este punto ha sostenido que “(...) *más que una falencia de la actuación notarial, se trata de gazapo normativo, y que los críticos acérrimos del Decreto-Ley 154/1994 no perdonan, ni perdonarán jamás la introducción en el ordenamiento jurídico vigente de un precepto legal como el artículo 5 del mencionado cuerpo legal.*”

De todas, el tema no resiste el análisis y de ahí -apreciamos nosotros- la perspicacia e inteligencia del legislador español, de excluir de este nuevo procedimiento, aquellos en que existen hijos menores de edad, habida cuenta *que -estamos consciente-* que la evolución social ha conducido a la transformación de la patria potestad de un poder absoluto de carácter privativo –en beneficio de los progenitores- en una función tuitiva de carácter social y de orden público –en beneficio de los menores-, con el control de su ejercicio, por lo que dicha transformación ha condicionado la modificación de su naturaleza jurídica, a configurarse como un conjunto de poderes, destinados a cumplir determinados deberes y obligaciones que por ley le vienen impuesto a los padres y por otro lado la función dual –igualdad de los progenitores- y la intervención del juez para salvaguardar el interés de los hijos sujetos a la patria potestad.

Allanan aún más este particular, los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo Popular¹⁴ cubano, “(...) *ciertamente la voluntad del que la ejerce –padres- tiene cierto grado de coercibilidad jurídica en casos extremos en que se encuentre en grado de peligro (...)*”. “(...) *definición que si bien no resulta clara de la noción que incorpora nuestro Código, de todos modos su fundamento descansa en la función tuitiva de su ejercicio en interés del menor, lo que implica, indefectiblemente el acomodar la potestad de padre y madre a las concretas circunstancias y necesidades de este, a fin que pueda cumplir con el pleno desarrollo de su personalidad (...)*”.

Pensamos que, en estas cortas ideas, queda precisada la respuesta para quienes en el ámbito jurídico español actual, e inmerso en la coyuntura de la actual implementación del divorcio en sede notarial, propugnan porque ello se haga extensivo a las parejas con hijos menores de edad, cuando no existe discordia sobre las convenciones respecto a aquellos. La función tuitiva que en esta rama del Derecho, le viene conferida al Estado, no se puede delegar a los fines de una negociación en la que *-contra ius-* el menor se ve imposibilitado a

aplicación de los principios que sostiene la Convención de los Derechos del Niño de 1989, de la Cuna es signataria.

¹³ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. Ob. cit., p. 260.

¹⁴ Cfr. Sentencia n. 210, de 31 de mayo de 2011. TSP. Ponente: Arredondo Suárez. Publicada en el Boletín Impreso del TSP, 2011, p. 123.

participar y opinar, cual derecho le viene conferido por instrumento jurídico de aplicación directa en las normas del Derecho interno.

2.1 Apoyo en la Naturaleza sui Géneris del Derecho de Familia

Para Kielmanovich¹⁵ estamos en presencia de la rama del Derecho que tiene carácter indisponible: calidad de las personas que intervienen o se ven afectadas por él y de la finalidad de la tutela que persigue. De tal manera -apunta el autor- le son aplicable principios orientadores o caracteres que si bien no son exclusivo o propios del Derecho de familia, aparecen reunidos y aplicados con intensidad y extensión tan singular que contribuyen -ya hoy- a conformar, incluso, un Derecho procesal de familia que goza -ya- de incipiente autonomía científica e incluso legislativa, a tal punto que numerosos países y provincias argentinas han venido creando tribunales especiales y/o procedimientos específicos para atender esta delicada problemática. El caso de Cuba que sigue esta línea de pensamiento y de estructura judicial, trataremos más adelante esta cuestión recurrente al tema.

Para el Profesor, Güitrón Fuentevillas¹⁶ la trascendencia del Derecho familiar es tan importante, que hoy se puede probar científicamente, su separación jurídica del Derecho privado y del Derecho civil. La naturaleza jurídica esta rama del Derecho, es la de un tercer género, al lado del Derecho público y del Derecho privado, que tiene sus propias normas y principios¹⁷. Si analizáramos cada una de las disposiciones legales que regulan el Derecho de familia, llegaríamos a la conclusión de que en ellas, están principios de Derecho privado y Derecho público.

Así mismo, fundamenta el citado profesor que se le da la categoría de tercer género, diferente a uno y otro; el matrimonio -tradicionalmente se dijo- y algunas legislaciones lo sostienen, es un acto jurídico del Derecho civil, pero al intentar aplicarle al mismo, los principios fundamentales del Derecho privado y el civil -de inmediato- surge el que se refiere a la autonomía de la voluntad, que prácticamente tiene límites definidos, ya que los cónyuges no pueden en el ejercicio de ésta, pactar los términos, las condiciones, la renuncia de derechos, la intervención del Estado, la representación, por citar algunos, aun cuando ambos, estuvieran de acuerdo. Sobre esa autonomía a la que Hans Kelsen¹⁸ llama *Privada*, prevalece el orden público, “*que tiene una función normativa estricta,*

¹⁵ KIELMANOVICH, Jorge L. **Derecho Procesal de Familia**”. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 1

¹⁶ Güitrón Fuentevilla, Julián. “*Derecho Familiar*”. 2ª edición. Editada por la Universidad Autónoma de Chiapas, México. Colina Universitaria. Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 1988. p. 229.

¹⁷ Confirmada posición del profesor, en la recién culminada VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y II Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia y Otras Disciplinas afines, La Habana, mayo de 2013.

¹⁸ Kelsen, Hans. **El Contrato y el Tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho**. 1ª edición. Coyoacán, S. A. de C. V. México, 2007. p. 92 y 93.

que restringe la libertad individual, considerando la importancia y las funciones sociales de cada institución regulada con sentido de equidad”.

Rebasa los intereses particulares, privados e individuales, porque en realidad, el orden público, representa el núcleo íntegro de la sociedad, vinculado al futuro para lograr el ideal de justicia; en ese sentido, el orden público en casi todos los ordenamientos jurídicos del área –al decir del propio Guitrón Fuentevilla¹⁹, “*está plenamente justificado, porque está dirigido a la protección de la familia, sus miembros y todos los vínculos y relaciones derivados del mismo*”-; ordenan los principios a que debe sujetarse como sucede en el caso concreto del matrimonio en tanto -los cónyuges- tienen que aceptarlos y obedecerlos por mandato de la ley.

Sería inimaginable que los cónyuges pactaran su estado familiar de lunes a viernes de casados y sábado y domingo de solteros, o más simple todavía, que le pusieran término a su matrimonio, convinieran la poligamia o la poliandria, además de existir en el Código Penal cubano, su expresa prohibición. Esto no es posible aun cuando la pareja, en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, quisieran convenirlo, pues la protección de las instituciones públicas –a cargo del Estado- se lo prohíben.

Refresca la idea central de esta investigación, la ilustración que presenta el profesor Güitrón Fuentevilla²⁰ para dar énfasis a la especial naturaleza del Derecho de familia y que lo sostiene precisamente con la institución del Divorcio sobrevenida a la del matrimonio. Dice el estudioso,

(...) De qué manera debe ser el contenido de estas normas, cuando se refiere a las relaciones jurídicas establecidas entre los que fueron cónyuges, se convierten en divorciados, tienen hijos y obligación de pagarse alimentos, para después de esa disolución. No podría decirse que se acabó la familia; es tan importante la relación jurídica entre ex cónyuges, por ejemplo, podemos afirmar categóricamente que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial, termina con esa institución, el matrimonio, pero la familia continúa. Él sigue siendo el padre y ella madre de sus hijos y hay que cumplir con las relaciones jurídicas como lo establezca la ley. Esto también es importante en este concepto de Derecho Familiar, porque esas normas, reguladoras de la vida entre los miembros de esa institución, deben tener un tratamiento distinto, al que le han dado hasta ahora, en Derecho Civil.

Cumplir por mandato de la ley familiar y no por voluntad personal, es esencia en el Derecho Familiar y rebasa los límites e intrusión en la esfera del

¹⁹ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. **Panorama Internacional de Derecho de Familia.** Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Tomo I. Rosa María Álvarez de Lara, Coordinadora. 1ª edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 2006. p. 20

²⁰ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. **Derecho Penal Familiar.** VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y II Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia y Otras Disciplinas afines, La Habana, mayo de 2013.

Derecho civil y del Derecho privado, si bien no lo coloca por encima, en lugar diferente y distinto. Aunque quisiéramos, no es posible ignorar el criterio autorizado del reconocido catedrático mexicano Gúitrón Fuentesvilla²¹.

Tuve oportunidad de escuchar al citado profesor cuyo criterio comparto y por eso remito a su esclarecedora Conferencia dictada recientemente en La Habana, pues sin duda, de su fundamentado criterio se trasmite la certeza de la especial naturaleza jurídica del Derecho de Familia²².

Interesante posición del profesor, para enfatizar la naturaleza especial del Derecho de Familia, la hace recaer en que “(...) *tampoco se aplica al Derecho Familiar, la teoría de las nulidades del Derecho Civil, como es la inexistencia, la nulidad absoluta o la de la nulidad relativa*”. Sin lugar a duda, compartimos su criterio; pero lamentablemente, la confusión de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia conlleva a la inestabilidad en la interpretación y aplicación de las normas como se aprecia del criterio judicial de nuestro máximo órgano de justicia²³ que ha dispuesto, como fundamento de la declaración de

²¹ GÚITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho Penal Familiar. Ob. Cit., p. 6. En pos de la relación del Derecho familiar, envuelto con disímiles factores, Estado, sociedad e individuo, destaca “(...) *que el conjunto de normas jurídicas, debe contemplar el interés de que la familia sea el mejor y mayor soporte del Estado. Que sea la familia el modelo para la sociedad y su desarrollo. Que se exhorten los valores colectivos, fundados en la familia. Que cualquier situación –quién puede dudar de ello- va a repercutir en la familia. Lo más trascendente, no es el Estado, ni el individuo, ni la sociedad; es la familia, por ello, el conjunto de normas jurídicas que establecen las relaciones y las regula entre la familia y la sociedad, debe darle a aquella, una prioridad para alcanzar los más altos valores. Para que frente al quebrantamiento de los fines que debe perseguir el Estado, para darle más seguridad y mejores condiciones a los miembros de una familia, se logre a través de esa protección de los valores colectivos. No debemos olvidar que si ese conjunto de normas jurídicas, dadas respecto a la sociedad, no se acatan; si en el seno familiar no hay respeto y moral en relación a los hijos, a los cónyuges, a los miembros de esa familia, los mismos saldrán a la calle y atacarán a la sociedad. Agredirán a los guardianes del orden público. Esa familia habrá engendrado células enfermas, que van a atacar a la sociedad. El conjunto de normas jurídicas a las que nos referimos, cuando hablamos de la familia y de la sociedad, deben contemplar la trascendencia que éste tiene. No olvidar que la familia representa un interés superior, por encima de los individuos, de la sociedad y del propio Estado*”.

²² GÚITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho Penal Familiar. Ob. cit., p. 6. El Profesor considera que, “*El Derecho Familiar tiene una naturaleza jurídica distinta al Derecho Civil, fundamentalmente porque no se le aplican las teorías en que se apoya el Derecho Civil, como son la autonomía de la voluntad, la de la exteriorización de la voluntad, la de la representación, del mandato, del poder, la de las modalidades del acto jurídico, la de la renuncia de derechos privados, la de enajenación, cesión, comercialización, venta, compra, etc., de derechos privados. La no intervención del Estado en relaciones particulares y que si es vigente en el Derecho Familiar. Otro principio es que la Ley regula la relación familiar y no la voluntad particular. También debe considerarse que la Ley determina el contenido de las potestades en Derecho Familiar, por ejemplo en relación a los hijos de los cónyuges y en el Privado, es la voluntad particular la que manda. En cuanto a los efectos de los actos del Derecho Familiar, éstos surgen aun en contra de la voluntad de sus autores, como ocurre en la filiación, en el matrimonio, en la tutela, en la adopción; en cambio, en el Derecho Civil no se da de esta manera*”.

²³ Así. Sentencia 217, de 31 de mayo de 2011. Tribunal Supremo Popular. Ponente: Acosta Ricart. Considerando: “(...) *en modo alguno puede convalidarse el matrimonio formalizado entre las*

vicio en sede matrimonial, la nulidad absoluta del Artículo 67 e), al haber expirado el plazo de caducidad que señala el Código de Familia y no encuadrar la calificación de los hechos expuestos, como presunto vicio, en las previsiones contenidas en el articulado, de la sección tercera²⁴, de nuestro Código de Familia y con sujeción al artículo 8 del propio Código Civil, de aplicación supletoria. Así por su Sentencia ha expresado

(...) si partimos de la situación de hecho como corresponde según la técnica del supuesto, habrá que admitirse, que en efecto, esta no es subsumible en ninguno de los supuestos del Artículo 45 del Código de Familia; sin embargo, no puede soslayarse que, a diferencia del contrato, negocio jurídico patrimonial, el matrimonio es un acto jurídico con fines transindividuales, los propios de la institución familiar de la que es su fuente creadora legítima y por tanto, de concurrir, le son aplicable las causas de ineficacia del acto jurídico en sentido general, contenidas en el artículo 67 del Código Civil (...).

No comparto el referido criterio judicial porque se trata de normas de naturaleza distinta y por tanto, califican como materias diferentes, cada una con su sentido y alcance y razones bien definidas por el legislador, en uno y otro cuerpo legal. Se puede deducir de los mismos fundamentos de la sentencia que no se trata de actos jurídicos de igual naturaleza y repercusión social, por lo que a cada uno le corresponden vicios propios de nulidad, acorde con su propia naturaleza. No puede alterarse el orden jurídico particular de las instituciones por malformaciones impuestas por situaciones irregulares de la vida social, en cuyo caso, sobre ellas es que han de recaer los correspondientes análisis y modificaciones. Las razones -de una y otra situación normativa- habrá que buscarla en la fuente que inspiró al legislador cubano a llevar -unas y otras causales de nulidad- a una y otra norma jurídica, incluso, con previsión de plazos de acción muy cortos para el matrimonio. Es el legislador quien ha de enmendar -en todo caso- ante los cambios sociales y los nuevos fenómenos que no tuvo previsión en su día, pero no forzarlo con la extrapolación de la norma, para lo

partes a modo de simulación, pues ello desdice la propia esencia de la institución (...) pues a nuestro entender, la situación de hecho que se deja establecida es subsumible en el inciso e) del Artículo 67 del Código Civil, de aplicación supletoria según el Artículo 8 del citado cuerpo legal". Boletín del Tribunal Supremo Popular, 2011. p. 212-214.

²⁴ Cfr. Sección tercera, "De la nulidad del matrimonio". Código de Familia. De suerte a ello, la doctrina cubana ha alzado su voz, procurando solución legal y de legalidad al asunto, proponiéndose en estudios serios realizados, ampliar las causales de inexistencia del matrimonio, que pueda incluir, dentro del Código de Familia, aquellas que no previó el legislador de 1975 y que la judicatura cubana, busca en las contenidas en el Artículo 67 del Código Civil, que rompe con la naturaleza del primero. *Vid.* CÁNOVAS DÍAZ, Dagmar. **De las causas de ineficacias del matrimonio**. Tesis en opción al grado científico de doctor en ciencias. Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Septiembre, 2013. Depósito doctoral de la Facultad de Derecho, de la propia Universidad. p. 23-61.

cual no tiene cauce legal, en el Código de Familia, la situación de hecho recogida en el laudo judicial.

Se constata contradictorio el criterio judicial, cuando en fecha anterior, la propia Sala²⁵ de la especialidad del Tribunal Supremo, rechazó esa tesis por los fundamentos siguientes:

1. ...que en 1975, se logró sustraer –en nuestro país- el régimen legal de las relaciones familiares del ámbito particularísimo del Derecho civil, en el cual priman los principios de autonomía de la voluntad, su exteriorización y otros, que no responden a los que deben regir en el Derecho de Familia; 2. 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; 3. 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 pretenda anular; 4. se advierte, más allá de la actuación de los implicados –como previó el legislador del 75- que prima –en los impugnantes- un interés patrimonial, más allá del social, que defiende el Derecho de Familia.

Sin apasionamiento alguno y no férrea defensa de nuestra posición, pero si de la legalidad y sus exigencias –sin lugar a dudas- la Sala hizo galas de

²⁵ Así, *Sentencia No. 274 de 28 de febrero de 2001. Tribunal Supremo Popular. Considerando: “(...) 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, 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, (...).(…) tal cual debe entenderse del concepto estipulado en el artículo sesenta y ocho del Código Civil aplicado por el Tribunal a quo, al autorizar a cualquier persona a ejercer la acción de nulidad, lo que denota un interés más patrimonial que social, extremo este último que se constata en el caso que nos ocupa, pues la recurrente esperó la muerte del cónyuge para ejercer dicha acción, por cuya razón, aún y cuando haya demostrado que mantuvo con el finado relaciones extramatrimoniales con anterioridad y posterioridad a dicho matrimonio del que conoció según su propio dicho antes de concertarse, y que en cualquier caso bien pudo reclamarle a aquel no lo materializara si consideraba la existencia de las causas que invocó en este proceso para pedir su nulidad”. Considerando: “Que por los argumentos expuestos se confirma la vigencia de los postulados establecidos en nuestro Código de Familia, salvaguardados por la invocada Disposición Transitoria Regla Segunda de dicho cuerpo legal”. **Boletín Tribunal Supremo Popular**, 2001, p. 79-82.*

lujo, en los fundamentos que sostienen su tesis y penetró en la fibra más sensible del legislador del 75, de cara a la naturaleza jurídica propia que tuvo a bien estimar para el nuevo Derecho de familia cubano.

Los actos del Derecho Familiar exigen certeza y duración, en estos interviene el Poder Público que no admite limitaciones provenientes de particulares. La voluntad individual es impotente por sí sola para crear la relación jurídica familiar, que es distinta a todas las demás que se configuran en la sociedad. La teoría del patrimonio de Derecho común, explotación, liquidación, etc., no se aplica al Derecho Familiar Patrimonial; por ejemplo, el patrimonio de familia, la sociedad conyugal, la separación de bienes, los alimentos o las pensiones.

Sí es importante, que deben continuar los Estados trabajando por considerar la inclusión oportuna de normas de Derecho Familiar en sus Constituciones Políticas, como sucede ya en el caso de México, Cuba²⁶ y otros del área y que en cuestiones de Derecho Civil, no hay estas declaraciones específicas porque no son necesarias.

Ya colocado en el punto de asumir postura en cuanto a la clasificación o ubicación de esta rama del Derecho, coincido con la afirmación del profesor Güitrón Fuentevilla²⁷, al reconocer que (...) la aportación para considerarlo como un tercer género, distinto al Derecho privado y al Derecho público, es de Antonio Cicu, quien sostuvo que este Derecho, “*no forma parte del Público, ni del Privado, sino que es un nuevo género autónomo e independiente de los enunciados*”²⁸.

La doctrina patria, sin lugar a dudas ha estado muy movida sobre esta temática en torno al Derecho de Familia. En época tan lejana como la década de los años 50, el profesor Guerra López²⁹, apuntaba

(...) 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 protegido por la norma; y en la familia, hay algo que no es egoísmo, que no es autonomía individual, hay intereses colectivos, espíritus de este tipo, allí hay algo social, algo de Derecho público, hay que trascender a la esfera del Derecho privado.

²⁶ Cfr. Artículo 35 y 36 de nuestra Constitución Socialista, que revelan especial protección al matrimonio y a la familia.

²⁷ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. **Derecho Penal Familiar**. Ob. cit.

²⁸ CICU, Antonio. Derecho de Familia. Traducción de Santiago Sentís Melendo y de Víctor Neppi. Buenos Aires: Ediar, 1947. p. 40 y 41. In: GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. **Derecho Penal Familiar**, Ob. cit., p. 8. No es menos decir, que el autor, en los últimos años de su vida, demitió -por alguna forma decirlo- esta posición, pero para su caso particular, pero los fundamentos que la sostienen y la idea planteada ha sido retomada -amén de su posición entonces- por otros filósofos y estudiosos de la materia y en seguimiento a ello, compartimos tal criterio, independiente al llamado desistimiento de su creador.

²⁹ GUERRA LÓPEZ, José. **Lecciones sobre Derecho de Familia**. Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones de la Universidad de la Habana, Ciudad de La Habana, 1954, p. 4

Así también, conteste con esta posición, apunta Velazco Mugarra³⁰, tratando el tema del Divorcio en sede notarial;

(...) es un tema que ha suscitado las más diversas controversias entre los juristas dedicados al Derecho de Familia y aquellos que realizan el análisis del problema desde la técnica notarial o procesal al margen de la naturaleza jurídica de las instituciones familiares y, en consecuencia, con visión reducida de los objetivos principales del Código de Familia destinados al fortalecimiento de la familia, del matrimonio, al eficaz cumplimiento de las funciones paternos filiales y a la plena realización del principio de igualdad de todos los hijos.

En otra oportunidad, no perdió tiempo la propia profesora³¹ para insistir sobre el tema y dejar sentado que “(...) *la naturaleza no dispositiva – indisponible verdad- de las pretensiones que pueden ser objeto del proceso familiar y sobre las cuales las partes no pueden disponer libremente al no vincular al Tribunal (...)*” y añadido, frente a lo cual se ve quebrado el principio dispositivo procesal³², “(...) *hay que acreditar los hechos de los que dependen la adopción de las medidas que afecten a los hijos menores, sujetos a la patria potestad*”.

Para la profesora Mesa Castillo³³,

(...) en Cuba la situación emerge con la promulgación del Código de Familia de 1975 y la separación de las normas familiares del tradicional Derecho civil. La sistematización de la materia familiar aunada en los Códigos independientes contribuyó a valorar esta especial rama del Derecho desde una óptica didáctica, científica, legislativa y jurisdiccional. La reacción más controvertida de esta realidad surgió de inmediato, reticencia que dura hasta el día de hoy y que se centra fundamentalmente en una discusión teórica, acerca de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia distinta a la del Derecho Civil, motivo de aparentes irreconciliables criterios doctrinales entre uno y otro Derecho.

Pero como este criterio se encuentra bien fundado desde su mismo origen, no admite cuestionamiento alguno.

³⁰ VELAZCO MUGARRA, Miriam. Particularidades de la prueba en asuntos de familia. **Boletín ONBC**. ONBC, n. 22, p. 33, Enero-Marzo 2006.

³¹ VELAZCO MUGARRA, Miriam. Particularidades de la prueba en asuntos de familia. **Boletín ONBC**. ONBC, n. 22, p. 33, Enero-Marzo 2006.

³² *Principio dispositivo material, relativo al objeto del proceso*: Son las partes quienes establecen el marco del objeto procesal, al formular las peticiones y el tribunal debe ajustarse a lo que las partes han solicitado (intereses privados). El tribunal no dará más que lo pedido.

³³ MESA CASTILLO, Olga. *La experiencia de una justicia familiar en cuba: validación de la naturaleza social y el enfoque interdisciplinario del derecho de familia*. **Revista Cubana de Derecho**, n. 41, p. 8, Enero-Junio 2013.

El Derecho de Familia -apunta la profesora- 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.

Después de revisar y acotar varias fuentes importantes sobre el tema, - que cita en su trabajo- la profesora Mesa Castillo³⁴, concluye

(...) que las normas del Derecho de familia, 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 ninguna otra disciplina, la pertinencia y la necesidad del engarce interdisciplinario, y por último, y no por ello lo menos importante, es el sentido predominantemente ético y moral que lo caracteriza, también con una proyección educativa.

Así, el profesor Salvadoreño, Sánchez Valencia³⁵, refiriéndose al Derecho de Familia, sostiene que para la interpretación de sus disposiciones, es necesario, en primer lugar, tomar en cuenta el concepto de éste. De acuerdo al estado actual de la evolución del Derecho, existe consenso entre los más renombrados juristas, acerca que la clasificación de las diversas ramas del Derecho debe ser tripartita: a) Derecho público, b) Derecho privado y c) Derecho social. De ahí que se diga -por algún sector- que forma parte del Derecho social. Dada esa clasificación, y según las características que se le asignan a esta rama del Derecho, este autor lo define como: *“Aquella rama autónoma del Derecho social (conjunto de normas) que regula la constitución, organización, funcionamiento y la disolución de las relaciones familiares ya sean éstas de índole personal y/o patrimonial y así se trate de los integrantes de la familia o de éstos con terceros y el Estado”*.

En una posición cercana se sitúa la profesora Mesa Castillo, al concluir que: *“Lo considero más público que privado y más social que público y coincido con prestigiosas juristas argentinas³⁶ en la llamada ‘humanización, internacionalización o constitucionalización del Derecho de Familia que a mi juicio lo vincula cada vez más con la doctrina general de los derechos humanos”*.

³⁴ MESA CASTILLO, Olga. Ob. cit., p. 11.

³⁵ SÁNCHEZ VALENCIA, José Arcadio. **La interpretación del Derecho de Familia**. <<http://www.csj.gob.sv/Doctrina.nsf/0/635cb78abebac4560625694d0072cc44?OpenDocument>>. O btenida el 7 Abr 2012 GMT

³⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa. Matrimonio, orientación sexual y familiar, Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica. *In: La Ley*. Buenos Aires, 04.06.2010, p. 1. *In: MESA CASTILLO, Olga. La experiencia de una justicia familiar en cuba: validación de la naturaleza social y el enfoque interdisciplinario del derecho de familia*. Ob. cit., p. 13.

Jorge S. Antoni³⁷, profesor de la Universidad Nacional de Tucumán quien, al seguir y profundizar en los estudios de autores que le precedieron tales como Geierke, Deveali, Pérez Botija, Cicu, Zannoni, y otros, realizó un cambio en la ubicación sistemática del Derecho de familia creando una nueva división tripartita en Derecho público, Derecho privado y Derecho social, por lo que esta teoría también es denominada del Derecho de familia como parte del Derecho social y considera al Derecho de familia como una rama del Derecho social. Para este autor en el Derecho público el sujeto es el Estado que actúa en una relación de autoridad con respecto a los particulares que lo hacen en una situación de subordinación y dependencia.

En el Derecho privado -en cambio- el Estado no actúa en una relación de autoridad, y el sujeto es la persona o el Estado actuando como particular, es decir como persona del Derecho privado.

Para Zannoni, -dice Carlos María Cobo³⁸- esta teoría diferencia el Derecho civil y el Derecho de familia; el primero regula relaciones de índole económica, mientras que el segundo tutela deberes de carácter moral aunque tengan repercusiones económicas.

El Estado protege la función de la familia en la sociedad y no los intereses individuales de cada uno de los miembros integrantes de la misma. Para esta teoría, el sujeto es la sociedad y por eso se llama Derecho social; la sociedad está representada por los distintos entes colectivos con los cuales opera, y en este aspecto acusa un parecido con la tesis de Cicu³⁹.

³⁷ COBO, Carlos María. *¿Cómo se relaciona el derecho de familia con las distintas ramas del derecho y a través de qué método?*. Editora, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), 2008. p. 16.

³⁸ COBO, Carlos María. Ob. cit., p. 17. Sin embargo, este autor, al resumir las opiniones de varios autores argentinos, a partir de la posición de Cicu, sostiene que es parte del Derecho Civil. Posición esta que ha quedado atrás y no soporta ya análisis alguno.

³⁹ ANTONI, Jorge S. La ubicación de la familia en el derecho. *Revista Jurídica de Tucumán*, n. 20, p. 17, 1969. Cicu, jurista italiano profesor de Derecho Civil en la Universidad de Bologña quien manifiesta en su obra *La Filiación* que el Derecho de Familia es considerado generalmente como una parte del Derecho Privado pero que él disiente con esa concepción que considera tradicional, afirmando que no pueden aplicarse a esta rama del Derecho los principios y conceptos propios del Derecho Privado y que por lo tanto debe ser expuesto fuera de su ámbito. Para probar su punto de vista hace la distinción entre Derecho Público y Privado la que lo lleva necesariamente al concepto de Estado y a la posición que en él ocupa el individuo. Hace la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado sosteniendo que la diferenciación resulta de la diversa posición que el Estado reconoce al individuo: posición de dependencia con respecto al fin en el Derecho Público, posición de libertad en el Derecho Privado. Finalmente, termina sosteniendo que incluir en el Derecho Privado el Derecho de Familia está en pugna con los más elementales criterios de sistematización científica. Termina agregando, que con todo esto no queremos afirmar que el Derecho de Familia deba incluirse en el Derecho Público. Si Derecho Público es el del Estado y el de los demás entes públicos, el Derecho de Familia no es Derecho Público. La familia no es ente público, no porque no esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado, (no se ha garantizado todavía a la familia, frente al Estado, una libertad y una autonomía de la misma naturaleza que la privada), sino porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos, intereses de la generalidad, por lo cual no está organizada

Si obligados estuviéramos -sin embargo- a situar la naturaleza de esta rama del Derecho, acatamos la posición del Profesor Fuentesvilla, en cuanto exige la existencia -per se- de un nuevo género, dentro del catálogo teórico-doctrinal de la concepción del Derecho. La concepción de derecho social, hacia donde apuntan muchos juristas, lo sitúa en un sector reducido por el que transita ya – desde hace mucho- el Derecho Laboral, con cuya ciencia, no se le asimilan ni principios, ni valores, ni posturas, ni consubstancialidad, en lo que el Derecho de Familia se refiere, materia que deja muy atrás esa concepción. La familia en su conjunto, forma la sociedad; pero esta en sí, tiene otros atributos y particularidades que no alcanzan a la familia, que si bien está dentro de la sociedad, su formación y rasgos la ubican en posición muy especial. En este sentido se entiende que no todas las normas sociales o que rigen a este nivel, se corresponden ni alcanzan al Derecho de Familia. Es una noción muy singular del orden jurídico de la sociedad, que se puede considerar más que ella en sí misma.

3 ACEPTACIÓN DOCTRINAL DEL DIVORCIO POR MUTUO ACUERDO ANTE NOTARIO. IDEA COMPARTIDA RESPECTO A LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

Apoyando la posición del profesor Pérez Gallardo⁴⁰, las posibilidades de potenciar y practicar la tramitación del divorcio “amistoso” por vía del Notario Público, no es exclusividad de Cuba, aunque podríamos ser pioneros en esta modalidad. Ya España⁴¹, vislumbraba en 2013, -hoy es una realidad- una postura doctrinal en pos de instaurarlo en su país, aun lleno de visos religiosos y tabúes que discurren entre lo católico-político y burocrático.

Evidentemente, aun pensando que el Divorcio pasa por nuestros tiempos en términos nada pacíficos, la polémica más enconada en cuanto a su

como éstos. Por tanto al Derecho de Familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado; es decir, que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que respondiera a los caracteres particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado político. El Derecho de Familia no puede estar regido, por consiguiente, por los principios del Derecho Privado. Tiene, por el contrario, principios y conceptos específicos, que, más bien que exponer y discutir en líneas generales y de un modo abstracto, convendrá recordar en su aplicación a la materia que nos proponemos desenvolver (CICU, Antonio. La Filiación. *Revista de Derecho Privado -Serie B.*, v. XIV, p. 9-14, 1940). Cicu abandona en su última etapa la división tripartita en Derecho Público, de Familia y Privado; vuelve a la división bipartita pero considerando que el Derecho de Familia es una nueva rama del Derecho Privado desprendida del Derecho Civil, por lo que algunos autores sostienen que no hay una verdadera rectificación sino que sólo realiza un cambio en la colocación sistemática del derecho. COBO, Carlos María. Ob. cit., p. 18.

⁴⁰ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. Ob. cit., p. 232.

⁴¹ Temas abordados en la VII Jornada Internacional de Derecho de Familia, y II Jornada Iberoamericana de Derecho de Familia y otras disciplinas afines, celebrada del 7 al 9 de mayo de 2013, en La Habana, Cuba y en la que se transmitió la experiencia cubana -aciertos y desaciertos- a expertos colegas de España e Italia.

conocimiento en sede notarial, no lo está -a criterio de este autor- respecto al eje central de la institución, sino a las cuestiones que de ella se derivan, por quizás “infeliz o desgraciadamente”, mandato de Ley, lo relativo al tratamiento procesal reservado a los hijos menores habidos de la unión, cuya disolución se plantea. Empero, en verdad, y más allá, incluso, del pensamiento del profesor Pérez Gallardo⁴², no sólo desde lo técnico-jurídico, sino desde lo práctico, político y democrático, nuestros fedantes públicos, están a la altura de la responsabilidad y seriedad, de cara a la realidad social existente, para enfrentar con extrema vehemencia, las exigencias del divorcio, cuando los contrayentes así lo han consentido y ante él acuden, en santa paz y amistosamente.

Coinciden aquí las ideas unánimes de lo mejor de nuestra doctrina científica y de todos aquellos amantes del Derecho de Familia, que el Divorcio no es un contrato en que solo se ven inmersos intereses privados y respecto al que solo basta advertir o analizar las cuestiones estrictamente pactadas. Su especial connotación pública no escapa a la doctrina jurídica de Familia. Tampoco debemos ni estamos obligados a permanecer detenidos en los anales de la historia sobre el divorcio y sus medidas recurrentes. Pensamos, al igual que el profesor Pérez Gallardo⁴³, que la rigidez que ha mantenido la judicialización del Divorcio, tiene más fuerza de historia y de culturas de esta índole, que su fundamento mismo, desde lo privado a lo público, o a lo social, etc. De suerte que la desjudicialización del divorcio, sin lugar a duda, comporta importante alternativa de descongestionar las sedes judiciales, de asuntos, que –en definitiva- quedan resueltos, en muchos de los casos, por no decir en todos –respecto a su pretensión concreta- sin discordia y por vía del allanamiento, pero puede generar enconada situación de cara a la regulación procesal de las convenciones sobre los hijos menores.

Sobre este último punto es bueno apuntar, que como ya hemos dicho al inicio, estamos en presencia de una preocupación en torno al Divorcio, no por la concreta pretensión en que descansa que es el interés primordial de disolver el vínculo matrimonial, de eso estoy tan convencido, como la pareja misma que decide su divorcio. En verdad, desde los más sencillos hasta los más controvertidos, no encuentran traba para la solución, en el marco de esa pretensión esencial, pero sí, en las cuestiones relativas a sus efectos a resolverse unidas según impone el legislador -entiéndase, las medidas provisionales en torno a los hijos menores-. Entonces, cabe preguntarse ¿cuan diferente es el juez –a los fines que nos ocupan- de la autoridad pública del que está investido el Notario, y el instrumento que a tales fines otorga?. Si su reconocimiento también lo está por vía de Ley y su efecto vinculante para quienes ante él acuden, no resiste otro *iter* ejecutivo, que no sea, el que impone el divorcio judicial, es decir, su asiento registral oportuno.

Por eso, no damos la espalda al reconocimiento legal de la función notarial y a la valía que en su concepción de juez de paz, impone la fe pública

⁴² PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. Ob. cit., p. 237.

⁴³ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. Ob. cit., p. 236.

notarial. Pero más, no estamos en condiciones de echar atrás un pedacito ya de nuestra historia en sede de divorcio notarial. No tenemos a la vista, a no ser la crítica constructiva y fuerte de los detractores, en defensa del ámbito público del Divorcio en el marco de las provisiones sobre los hijos menores, fuente importante que nos coloca sobre el tapete, la existencia del fenómeno que nos lleva a formular una profunda y aguda disquisición teórica en torno al problema del divorcio, visto desde su esencia y su conocimiento en sede notarial.

Muchos más pueden y de hecho son, los fundamentos y posiciones doctrinales que sujetan al Divorcio a la sede notarial, así, Carrión García de Parada⁴⁴, no deja de tener razón cuando afirma que *“al judicializar esta materia se le está dando un viso de litigiosidad y conflictividad”* y añade, incomprendiones y estados públicos de opiniones, de la ciudadanía, que no entienden la razón –cuando existe el acuerdo- verse inmerso en la lentitud, voces procesales y rituales innecesarios, que impone, -por imperio de la Ley- el proceso de divorcio en sede judicial, aún el más sencillo y allanado -al menos- en nuestro contexto histórico-social. De ello que, la solución den vía notarial es alternativa factible para lograr el propósito concreto del que pende la separación conyugal.

3.1 El Análisis de Cara al Notario público

Los elementos que conforman en el ámbito internacional el cuestionamiento que se le hace a la competencia notarial en sede de jurisdicción voluntaria, tiene que ver, como primera cuestión, sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria y su existencia propia, capaz de formar parte de la entramada y compleja actividad notarial. En segundo orden, el carácter que le impregna un sector de la doctrina a la jurisdicción voluntaria, como proceder del Derecho administrativo, a pesar que su resultado no conforma un verdadero acto administrativo, sino el reconocimiento y validación de un hecho o acto jurídico.

Sin embargo, no se apartan los que sostienen que la jurisdicción voluntaria solo ofrece garantía de lo que resulte y conozca en sede judicial, de lo que se colige, que en ese sentido, el Estado confiere jerarquía –únicamente- a la jurisdicción ordinaria. Desde esta posición, estarían en sede notarial los asuntos sencillos, pero no aquellos que encierran mayor complejidad por su naturaleza misma y objeto de solución. Entre estos asuntos complejos que no han de estar presente en la actividad notarial -entre otros- está el divorcio por mutuo acuerdo con hijos menores, que precisa de control riguroso, solo posible en la vía judicial.

⁴⁴ CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro. *Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso*. In: PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. Ob. cit., p. 239. Y dice más, García de Parada sobre el tema: *“el notario es la persona idónea para asumir la competencia que examinamos, con absoluta garantía de legalidad y eficacia, respetando la propia función notarial, y poniendo al servicio de la seguridad jurídica y de la paz social, sus facetas más definidoras de su figura como la asesora, controladora de la legalidad, redactora de documentos y autenticadora, la de ejercicio independiente e imparcial, la mediadora y de arbitraje”*.

La posición sostenida de la profesora China Guevara, desafiando tales criterios de la doctrina -posiblemente más antigua- nos lleva de la mano a afirmar que el cauce notarial acomoda de manera perfecta todos los asuntos que se tramitan en proceso de jurisdicción voluntaria y todos aquellos otros que no promuevan o motiven cuestión de partes. La técnica notarial, resultante del proceso de elaboración del instrumento –soporte del acto y documento público, revestido de la fe pública notarial, es expresión documental definitiva y título suficiente que legitima, valida y confiere seguridad a los derechos declarados. Nada se opone, en los casos que así disponga la ley y en todos los que el fedante lo entienda pertinente, traer a su competencia, en pleno ejercicio de la función notarial, la fiscalización y control de la fiscalía. Como tampoco, en nada se opone, que otorgado el instrumento que se trate –con arreglo a lo normado- su ejecución o posteriores actos, lleven preciso el control del fiscal. Reitero que nada se opone a la competencia clara y precisa que dispone el procedimiento de jurisdicción voluntaria a la actuación del Notario.

No obstante, la condición de funcionario público que ostenta el Notario, si bien tiene relación con la administración, la delegación que el Estado le confiere -por mandato de Ley- es para el otorgamiento de fe pública a los actos extrajudiciales de los particulares, que por razón del cargo interviene con arreglo a lo dispuesto por la ley para cada acto en sí. Tal consideración y delegación de poder jamás guarda parecido a la actuación de la administración en el ejercicio de su función de la que emana el acto administrativo bien distinto del instrumento público notarial.

La posición que la Ley de las Notarías franquea al Notario, de cara a su actuación ante el requerimiento de parte, a autenticar por vía de la fe pública actos para lo cual están sujetos al único criterio de la verdad, hacer comprobaciones de los dichos de los requirentes y ofrecer cuanto juicio se forme acerca de la información -manifiesta o documentada- que al expediente se recoja, con especial facultad para solicitar intervención del fiscal, para que mediante dictamen comprobatorio, a los fines y extremos que estime necesario, ante la existencia de cualquier duda del asunto sometido a su competencia, e incluso, abstenerse de actuar y resolver lo que a su sano y crítico juicio considere.

3.2 La Peculiaridad Cubana

En este punto, de intervención del Notario y su competencia para el divorcio por mutuo acuerdo, comoquiera que en el anterior esquema procesal, dicha modalidad de divorcio estaba prevista por el legislador del 77, en la normativa procesal, a la par que el divorcio por justa causa, en el actual modelo procedimental, con la entrada en vigor del Decreto-Ley 154/94, en comento, quedó incólume la posibilidad, como alternativa a interés de parte, de promover en sede judicial, igual tipo de divorcio, y no acudir ante el Notario público. Es decir, en nuestra realidad cubana, coexisten hoy, el divorcio por justa causa, que con el allanamiento del otro cónyuge, se convierte en un divorcio no

contencioso, el divorcio por mutuo acuerdo judicial y el por mutuo acuerdo notarial.

Así mismo, coexiste la obligatoriedad de la representación letrada para los que se tramiten en sede judicial y la posibilidad de ella, a criterio de los interesados, de los que tienen lugar en sede notarial. El Notario está capacitado -legal y profesionalmente- para dirimir el interés de ambos solicitantes al momento de disolver el vínculo matrimonial -que es la cuestión única en este tipo de proceso- y dar cuantas orientaciones -cual función de asesor- a sus intereses, requieran. Ello no obsta que ambos se hagan representar de abogados para la tramitación de la documentación, con independencia que tienen que comparecer de conjunto, al momento de la firma del instrumento.

En la práctica un ínfimo por ciento de solicitantes de divorcio acuden a la representación letrada para presentar divorcio por mutuo acuerdo, y muchos son los que se tramitan en sede notarial, pues si bien el letrado le puede preparar la documentación y presentación de la solicitud ante el Notario, a los fines de evitar pérdida de tiempo, molestias por colas, etc, ello comporta un pago, por este servicio en cuantía igual a la que abona si van directamente ante el fedatario, por lo que desde el punto de vista económico se le encarece. En este caso, el letrado o letrados, acude o acuden, a la firma del instrumento, de conjunto con los interesados.

En este sentido, los interesados *eligen*, en atención a sus posibilidades económicas, disposición de tiempo, características o circunstancias de la separación, conocimiento de ello y cualquier otro factor, que tipo de divorcio asumir y si lo hacen por derecho propio o con representación letrada, al decidirse por el Notarial.

No existe en Cuba la más mínima duda, hoy de la viabilidad del divorcio en sede notarial sin hijos menores de edad, habidos del matrimonio, único caso de reticencia, tanto ello representativo para el orden social, por su agilidad y prontitud, como para el orden judicial que sí ha significado una considerable descongestión en sede judicial. Que aún continúan llenos de asunto y que existen tantas otras razones que contribuyen a ello, es verdad, pero también es una realidad lo mucho que dicha modificación ha representado en favor del cúmulo de trabajo de los tribunales.

Lo que hace el Notario cubano es homologar el acuerdo de los cónyuges a las exigencias de la Ley, es decir, busca el equilibrio entre el interés de los cónyuges y las prescripciones normativas vigentes y en cuyo caso dispone y determina que el divorcio sea conforme a la Ley. En tal caso -como apunta Cerdeira Bravo de Mansilla⁴⁵, asesora cual función propia en todos los actos que interviene, de acuerdo a su experiencia, conocimiento y legalidad que al acto compete, sin llegar a imponer su criterio ni contrariar -sin justa razón- lo que las partes interesan. No obstante, cuando ello no se logre, se prevé que decline

⁴⁵ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. Ob. cit., p. 41.

actuación a la sede judicial o se abstenga de su tramitación, cual principio le asiste. En divorcio sin hijos no registra la práctica cubana, caso alguno en el que esta incidencia haya tenido lugar. Para el caso con hijos, ha estado matizado, por dictamen desfavorable del Fiscal que conoce de la propuesta de los cónyuges, respecto a las medidas provisionales sobre los hijos.

Si bien la actuación notarial, en tal caso, no es genuina actuación jurisdiccional, al estar investido de facultades y competencia para ello –por imperio de norma legal- no se limita a funciones fedatarias, autorizando un mutuo disenso. Siguiendo la posición de Cerdeira Bravo de Mansilla⁴⁶ sobre la ruptura del vínculo matrimonial, lo provee de facultades que lo llevan a comprobar determinados extremos a las que quedan sujeta dicha ruptura y los efectos de ella derivados, en especial –en nuestro caso- lo relativo a los hijos comunes. A tal posición doctrinal se une la propia del legislador cubano, quien en el preámbulo del Decreto Ley 154/1994, dejó sentada la idea que el mismo se sitúa dentro de la jurisdicción voluntaria, tal y como ahora –por fin- y a petición de muchos, lo ha hecho realidad el legislador español⁴⁷.

Ahora bien, como en España se tiene instituido el Convenio regulador, como cuestión previa para someterlo al juzgado y ahora al Notario, puede mantenerse la presencia letrada –obligatoria- al sólo efecto del asesoramiento y la redacción o conformación del Convenio regulador, que a la postre el Notario vestirá con la fe pública notarial con fuerza ejecutiva y efectos vinculantes.

Ciertamente se sustituyen técnicas y voces procesales, hasta ahora inseparables del divorcio, tales como: demandado, partes, litis, proceso, inconformidad, e incluso, representación –cuando ya no preceptiva la presencia de abogado- en nuestro caso. El ámbito de proyección del desacuerdo conyugal no constriñe la voluntad –unida y consentida- de acceder a la disolución del vínculo y obtener el divorcio, sin necesidad de contienda ni procederes legales dilatados en el tiempo, por lo que la forma de solución del conflicto interno no

⁴⁶ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. Ob. cit., p. 43.

⁴⁷ Ley de Jurisdicción Voluntaria. *Ley 15/2015, de 2 de julio*. Esta ley pretende dar solución a problemas en los que no hay intereses encontrados, sino interés susceptible de protección. Disposición Final Primera. Modificación de determinados artículos del Código Civil. Resuelto Dieciocho. Modifica art. 83 del CC. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación. Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Secretario judicial o Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. 2. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

está –necesariamente- seguido de ello, no siendo importante la intervención judicial, para el logre de los fines deseados.

La función asesora que el Notario le impregna a este tipo de proceso, ante los cónyuges trasmite más seguridad a los fines deseados, que lo que puede resultar de la posición seca y poco motivada de la actuación del juez, de cara a los escritos de las partes o de la promoción misma. En aquel caso les orienta conforme a su sabia profesional, total margen y clima de intervención y designio de la Ley, siendo perfectamente ajustable lo -esencialmente pretendido- a la nueva visión inculcada por el fedante, desde la norma. Por su parte, desde la posición del juez, solo queda la decisión escrita, poco explicada -por mucho que se quiera- rígida de cara a la Ley⁴⁸, y si es como en nuestro caso, que aunque consta regulado la Vista, en la práctica no se utiliza, pues es en momento final antes de declararse concluso para sentencia y solo instituye la intervención de los abogados.

La propia naturaleza que inspira la actuación notarial -diferente de la judicial- cualquier resquicio de aspereza que rodea a los cónyuges, aún en el momento de la toma de decisión, es fácilmente allanable, por existir oportunidad legal y ambiente profesional para ello, lo que no sucede igual en el ámbito judicial, que es todo lo contrario, dada la naturaleza contradictoria y litigiosa que caracteriza y condiciona este ambiente, por lo que se exageran y se enconan los pocos vestigios de aspereza que puedan subsistir.

Coincidente con Cerdeira Bravo de Mansillas⁴⁹ que el Notario sea autoridad pública bastante no es objeción y jamás ha sido en Cuba, respecto al divorcio sin hijos. Cuestión distinta ha sido respecto al divorcio con hijos menores, -del que hemos expuesto- y que por su naturaleza y exigido y necesario control judicial sobre las convenciones, es la mayor crítica que ha recibido en nuestro caso. La auténtica posición del Notario dentro del aparato judicial del Estado –así lo regula Cuba-; pero en nada obsta la condición de privado, de cara a lo que se analiza, que caracteriza el impoluto y excelso notariado español, no deja margen a la duda del control de la legalidad y seguridad jurídica en su actuación.

En tales condiciones han demostrado que ejercen genuino control de Ley sobre los acuerdos de los cónyuges y les asesoran -en lo más conveniente en

⁴⁸ En el caso español, a la vista de lo que establecía la Disposición Adicional 6ª de la Ley de 1881 y lo que dispone el art. 777 de la actual LEC, el juez se limita a controlar la legalidad del acuerdo –especialmente- que este no sea perjudicial a los hijos menores, ni gravemente –por la Ley de 1881- ni gravemente a uno de los cónyuges (ex. Art. 90.2 CC). Conforme a tales parámetros, el juez se limitaría a aprobar o rechazar la petición de divorcio y, en su caso, a rechazar o aprobar –en todo o en parte- el convenio regulador, sin que su potestad alcance a corregirlo ni a suplir en él sus carencias, a lo mas, podrá el juez sugerir –que no imponer- a los cónyuges, las enmiendas y adiciones que, conforme a los intereses de las partes, considere oportunas para que los propios cónyuges los subsanen en una nueva propuesta. *Vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLAS, Guillermo, *Ob. cit.*, p. 43-44.

⁴⁹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLAS, Guillermo. *Ob. cit.*, p. 46.

tal fase de crisis matrimonial. De suerte a ello, no registra la práctica, caso alguno que se haya promovido demanda en proceso de impugnación de Escritura Notarial sobre Divorcio por Mutuo Acuerdo, disolviendo vínculo matrimonial⁵⁰.

4 EL INCUMPLIMIENTO DE LOS ESCRITURADO O LE NECESIDAD DE SU MODIFICACIÓN POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS

Para el caso del divorcio notarial con hijos menores ha sido un verdadero trauma jurídico-procesal, pues el Decreto Ley 154/94 no previó que tales situaciones, en el supuesto de buena fe y acuerdo, pudiera llevarlo a cabo el propio Notario u otro Notario, en esta sede, sino que -tanto contencioso o no- habría que instar a la sede judicial, ya para los incumplimientos de las medidas provisionales, como para su necesaria modificación ante cambios de circunstancias.

La primera cuestión que ha enfrentado nuestra normativa procesal es que la vigente Ley, LEPCALE⁵¹ -desde siempre- ha tenido establecido que las cuestiones sobrevenidas al divorcio se tramitan por vía del Proceso Incidental⁵² y sujeto al principal. Como es fácil advertir, aquí aparece una primera imposibilidad procesal, habida cuenta que no existe cuestión proceso principal en sede de los tribunales, por lo que faltando ello, no es posible -procesalmente hablando- instar por vía de los incidentes a los efectos que nos ocupan. En tal caso, tanto para esta situación, como para la Liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, que en sede notarial se produce su extinción, sin más, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular tuvo que pronunciarse, por vía de Dictámenes⁵³, con las consabidas críticas pues puede estar creando

⁵⁰ Así lo han sostenido, PÉREZ GALLARDO, Leonardo. Ob. cit., p. 267; PÉREZ HERNÁNDEZ, Carmen. Ob. cit., p. 28; TRUJILLO HERNÁNDEZ, Carlos. Luz y sobras del Divorcio Notarial en Cuba: Mirada procesal que lo armoniza con el Derecho de Familia. **Revista Vasca de Derecho Procesal**, v. 27, n. 1, p. 13, 2015.

⁵¹ Le propia Ley de Procedimiento de 1977, que le fue agregado un Libro para el Procedimiento Económico, con la entrada en vigor del Decreto Ley 241 de 27 de septiembre de 2006.

⁵² Título IV "De los Incidentes" Art. 454-459, LPCALE.

⁵³ Disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular que procuran solucionar cuestiones relativas a las convenciones sobre los hijos menores dispuestas por Divorcio notarial. Cfr. *Dictamen 373, Acuerdo 43, de 29 de agosto de 1996*, sobre la procedencia y continuidad del Divorcio por Justa Causa, al no entrar en contradicción con el de mutuo acuerdo en sede notarial. **Boletín del Tribunal Supremo Popular**, 1995-1996, p. 203.

Cfr. *Dictamen 374, Acuerdo 44, de 29 de agosto de 1996*. Determina igual proceder -vía incidental- para las posibles modificaciones que -no pacíficas- interesara uno de los ex cónyuges, respecto a las convenciones acordadas en sede notarial. Equipara el trámite a las previsiones del Artículo 392 de la LPCALE, sin que para ello sea diferente, el documento que lo sostiene. **Boletín del Tribunal Supremo Popular**, 1995-1996, p. 204.

Cfr. *Dictamen 376, Acuerdo 46, de 29 de noviembre de 1996*. Respecto a los incumplimientos de las convenciones, equipara el asunto, a las cuestiones recogidas en el artículo 653 de la LPCALE -transacciones extrajudiciales y sentencia firme-, por lo que su reclamo entra por vía de la

Derecho e ir más allá de las prerrogativas que le confiere la Constitución de la República y la Ley de los Tribunales y reguló la forma de entrar a la sede judicial, aportando el título extrajudicial, y solicitar sobre dicha base lo que correspondiera de acuerdo a las circunstancias que se presentaran, modificación de las medidas dispuestas o revocación de ellas. De esta forma se ha venido resolviendo tal estado de cosa.

Similar proceder se ha seguido para los supuestos de incumplimiento o no cumplimiento de las convenciones dispuestas por el Notario, con la diferencia que se entra a la sede judicial, cual sostiene el procedimiento habilitado para las ejecuciones forzosas de títulos no judiciales, aportando la escritura que sostiene la base del incumplimiento y de ahí se le da continuidad al trámite con arreglo a lo previsto en la norma procesal para ello.

5 A modo de cierre

De la concepción teórica del divorcio se pone de relieve que el núcleo de la pretensión de los cónyuges es la disolución del vínculo matrimonial. Y es mediante su configuración procesal que se resuelve el divorcio de conjunto con los efectos patrimoniales y personales, concepción que no desatiende la nueva regulación jurisdiccional que se ha dispuesto a favor del conocimiento notarial.

La determinación de la situación jurídica de los hijos menores de edad habidos del matrimonio, sea por acuerdo o no, una vez sometida a autoridad pública está requerida de control en virtud de lo establecido en el artículo 89 del Código de Familia, el cual constituye limite al principio de la autonomía de la voluntad, lo que pugna con la tramitación del divorcio notarial donde no se regula el control de los acuerdos sobre los hijos menores de edad, lo que orienta a la necesaria modificación de la norma vigente en Cuba y que felizmente el legislador español ha previsto.

La naturaleza *sui generis* del Derecho de familia, impone, armonizar la legislación del divorcio notarial cubano, sobre la base de su reconocimiento como un nuevo Derecho, con autonomía propia, a fin que la nueva concepción contribuya a la materialización de los fines que persigue esta especial materia de Derecho, en lo tocante a la disolución del vínculo cuando los cónyuges tienen hijos menores en común.

El Derecho de Familia se ha modernizado en sede judicial, propiciado por los derechos reconocidos en la Convención Internacional de los Derechos del niño y niña, asumida por Cuba. La sede judicial de familia se distingue por su especial tratamiento y control, lo que permite intervención de la autoridad pública dirigida al apoyo institucional de la autocomposición familiar y de la

ejecución forzosa que sostiene el artículo 473 de igual norma. **Boletín Tribunal Supremo Popular**, 1995-1996, p. 208.

efectiva protección de los hijos menores de edad, conforme se aprecia de los pronunciamientos emitidos por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

El reconocimiento del niño como sujeto de Derecho, desde la Convención Internacional que lo tutela impone límites al principio de la autonomía de la voluntad de los progenitores y se propone, que la norma sea capaz de separar el ámbito de competencia de la jurisdicción notarial de la correspondiente al tribunal de familia en su concepción actual.

El principio de interés superior del menor, derivado de su consideración de sujeto de Derecho, aconseja para su objetiva protección que la norma regule expresa separación entre la disolución del vínculo, incluida la declaración de sus efectos personales reservando la vía judicial especializada de familia para resolver esos efectos a solicitud de parte, sea por acuerdo o en conflicto.

El procedimiento actual en materia de familia, puesto en práctica por la Instrucción 216 de 2012 del Tribunal Supremo Popular, posibilita la efectiva protección de los derechos del menor, en el pleno ejercicio de sus intereses y acorde a su capacidad progresiva, marcando esencial diferencia con los recursos y modo de intervenir del notario carente de los medios requeridos para la adecuada protección jurídica en el referido ámbito. Con esa premisa se considera procedente mantener en sede notarial el divorcio, sin hijos, en cuyo caso, este quedaría reservado al conocimiento del tribunal de familia, por su competencia especializada en asuntos relacionados con el interés del menor.

El marco sustantivo y procesal en la actuación notarial -sin ninguna duda- se informa de la naturaleza jurídica especial del Derecho de Familia, y lo inviste de facultades y fortaleza legal y profesional para asumir la tramitación del divorcio, cuando los cónyuges -de mutuo acuerdo- así lo acuerden y sus orientaciones y decisión escriturada, tendrán efectos vinculantes y fuerza ejecutiva, de ser requerido a ello.

La necesaria distinción entre la disolución del vínculo matrimonial y la determinación del principio de defensa y asesoría técnica y legal a los cónyuges prestos a la disolución, informan armonía en la realidad y sistema jurídico cubano, desde cuya perspectiva, al mantenerse la posibilidad de elección de los cónyuges, la intervención del abogado se mantiene, pero no con carácter obligatorio, porque, en cualquier caso comportaría una erogación económica mayor a las intervinientes. La realidad es más rica y ha demostrado allá y demostrará aquí, los cánones a los cuales ha de quedar definitivamente sometido el iter procesal del divorcio notarial. En uno u otro caso significa un paso de avance en la descongestión del sistema judicial y la solución de asuntos, que no han de llevar, por su naturaleza, mayor embrollo y litigiosidad entre los intervinientes, que la propia que de hecho asumen con la separación.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTONI, Jorge S. La ubicación de la familia en el derecho. **Revista Jurídica de Tucuman**, n. 20, 1969.
- CÁNOVAS DÍAZ, Dagmar **De las causas de ineficacias del matrimonio**. Tesis en opción al grado científico de doctor en ciencias. Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Septiembre, 2013. Depósito doctoral de la Facultad de Derecho, de la propia Universidad.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en cuba: una propuesta de futuro para España. **Revista de Derecho Privado**. Noviembre-Diciembre, Reus, 2011.
- CICU, Antonio. **Derecho de Familia**. Traducción de Santiago Sentís Melendo y de Víctor Neppi. Buenos Aires: Ediar, 1947.
- _____. La Filiación. **Revista de Derecho Privado -Serie B**, v. XIV, 1940.
- COBO, Carlos María. **¿Cómo se relaciona el derecho de familia con las distintas ramas del derecho y a través de qué método?** Editora, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), 2008.
- GUERRA LÓPEZ, José. **Lecciones sobre Derecho de Familia**. Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones de la Universidad de La Habana. Ciudad de La Habana, 1954.
- GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. **Derecho Familiar**. 2. ed Editada por la Universidad Autónoma de Chiapas, México. Colina Universitaria. Chiapas: Tuxtla Gutiérrez, 1988.
- _____. **Derecho Penal Familiar**. VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y II Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia y Otras Disciplinas afines, La Habana, mayo de 2013;
- _____. **Panorama Internacional de Derecho de Familia**. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Tomo I. Rosa María Álvarez de Lara, Coordinadora. 1. ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 2006.
- HERNÁNDEZ PÉREZ, Cármen. El Divorcio. Fragmentos de la tesina. **Boletín impreso ONBC**. CIABO, n. 7, mayo agoto 2001.
- KELSEN, Hans. **El Contrato y el Tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho**. 1. ed. México: Coyoacán S. A. de C. V., 2007.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; HERRERA, Marisa. Matrimonio, orientación sexual y familiar, Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica. *In: La Ley*. Buenos Aires, 04.06.2010.
- KIELMANOVICH, Jorge L. **Derecho Procesal de Familia**. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2007.
- MESA CASTILLO, Olga. El Divorcio, otro ángulo de análisis. **Revista Cubana de Derecho**, a. XVIII, n. 38, Julio-Septiembre 1989.
- _____. La experiencia de una justicia familiar en cuba: validación de la naturaleza social y el enfoque interdisciplinario del derecho de familia. **Revista Cubana de Derecho**, n. 41, Enero-Junio, 2013.
- _____. La historia viva del Divorcio en Cuba. **Revista Cubana de Derecho**. Unión de Jurista de Cuba. MINJUS, a. 3, n. 3, 1991, 1992-1993.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. **El divorcio por mutuo acuerdo ante notario: mitos y tabúes**. Derecho Notarial. La Habana: Félix Varela, 2008. t. III.
- VELAZCO MUGARRA, Miriam. Particularidades de la prueba en asuntos de familia. **Boletín ONBC**. ONBC, n. 22, Enero-Marzo 2006.

Legislación Utilizada

- Decreto-Ley 154*, Del Divorcio Notarial, de 8 de septiembre de 1994 (G.O.O. 13 de 19 de septiembre de 1994, p. 193;
- Ley 2189/1975*, de 12 de febrero y puesto en vigor el 8 de marzo de 1975. Código de Familia.
- Instrucción 187/1991*, de 20 de diciembre, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. **Boletín Impreso del T.S.P.** de 1992.

Instrucción 216/2012, de 12 de mayo, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. **Boletín impreso del T.S.P.** de 2013.

Ley de Procedimiento Civil. Administrativo y Laboral, de 19 de agosto de 1977.

Sentencia 210, de 31 de mayo de 2011. TSP. Ponente: Arredondo Suárez. Publicada en el Boletín Impreso del TSP, 2011, p. 123.

Sentencia 217, de 31 de mayo de 2011. *Tribunal Supremo Popular*. Ponente: Acosta Ricart. Boletín del Tribunal Supremo Popular, 2011.

Sentencia. 274 de 28 de febrero de 2001. Tribunal Supremo Popular.

Dictamen 373, Acuerdo 43, de 29 de agosto de 1996, Boletín del Tribunal Supremo Popular, 1995-1996.

Dictamen 374, Acuerdo 44, de 29 de agosto de 1996. **Boletín del Tribunal Supremo Popular**, 1995-1996.

Dictamen 376, Acuerdo 46, de 29 de noviembre de 1996. **Boletín Tribunal Supremo Popular**, 1995-1996.