



Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas
Carrera de Derecho

TRABAJO DE DIPLOMA



En opción al título de Licenciada en Derecho

TÍTULO. El carácter retroactivo del divorcio en Cuba

AUTORA: Lisibet Tirado Salgado

Centro Universitario Municipal de Cienfuegos
Universidad “Carlos Rafael Rodríguez” de Cienfuegos

TUTORA: MsC. Irina Ruiz Varas

CONSULTANTE: Lic. Reinier Villalobos Cabrera

Cienfuegos. 2014

“Año 56 de la Revolución”

"Y no es que el divorcio sea institución deseable: es que libra a los espíritus, fatalmente arrastrados a la satisfacción de sus deseos, del crimen, ¡huésped bárbaro! Les quita la ventura, que queda sepultada para siempre en el hogar roto, pero les deja la estimación de sí mismos."

José Martí

Con mucho cariño quiero agradecer:

A todos los compañeros de estudio de la Universidad Carlos Rafael Rodríguez de Cienfuegos, donde comencé mis estudios de Derecho: Yilian, Yasledys, Dariel, Claudia, Lizandra, César, Carlos, Godoy. Allí mi vida cambió; pues aprendí qué son los amigos y cómo siempre se pueden y deben hacer las cosas bien y buenas. Sin ellos no hubiera sido posible haber terminado mis estudios.

A Mis queridos amigos: Eliana, Alexey, Mily, Lilitana y a tantos, por su colaboración desmedida.

A mi magnífica tutora: Irina.

A todos los profesores de la carrera en la Sede Universitaria de Rodas y los de la Facultad en Cienfuegos.

A mis compañeros de trabajo de la Empresa Pesquera Industrial de Cienfuegos, Lazara, Jandry, Yoan, Elisa, Yaima, Marlene, Albert, Diuver, Vania, Alexey, Ninieska, Celeste, Alejandro, que me acompañan en el trabajo diario, en fin a todo aquel que de una forma u otra me apoyó para lograrlo.

A todos los que me aprecian y quieren y a mí por tanto esfuerzo y perseverancia, porque realmente no ha sido fácil.

Infinitamente a la Virgen de la Caridad del Cobre, agradezco por iluminar mis días otorgándome la posibilidad de andar con pasos firmes por el difícil sendero de la vida.

Dedico este trabajo a mis queridos padres María Elena y Carlos por ser lo más importante en mi vida; a mi hermano Carlito, por su colaboración desmedida. A mi abuela Adelfa y a mis abuelos María Julia y Tomás que aunque no estén presente físicamente me enseñaron el verdadero camino a seguir, dándome las fuerzas cuando me ha faltado el aliento. Especialmente dedico los 6 años de estudios universitarios a Reinier y Víctor por el apoyo incondicional que recibí de forma permanente para alcanzar la meta propuesta...

RESUMEN

La presente investigación es resultado del Trabajo de Diploma a presentar por la autora en el ejercicio de graduación como licenciada en Derecho por la Universidad “Carlos Rafael Rodríguez” de Cienfuegos. Su título es “El carácter retroactivo del divorcio en Cuba” y es elaborado con un enfoque interdisciplinario desde una perspectiva histórica, del Derecho de Familia, el Derecho Comparado y la práctica jurídica cubana. El problema científico planteado evidencia la apremiante necesidad de identificar cuáles son los elementos teóricos jurídicos que permiten reconocer legalmente la retroactividad de los efectos del divorcio, a partir de la existencia de la separación de hecho en la realidad cubana. Se realiza un estudio de las instituciones jurídicas del matrimonio, el divorcio, la separación de hecho y el divorcio retroactivo, ya que son de trascendental importancia para el Derecho Civil y de Familia, sobremanera en lo relativo a las relaciones conyugales y los efectos de su disolución fuera de la ley, tomándose en consideración los criterios de profesionales vinculados a la rama. Los métodos utilizados son: el teórico jurídico, el histórico jurídico, el jurídico comparado y el exegético analítico y la encuesta como técnica. Como principal resultado se obtiene una propuesta de regulación del divorcio con carácter retroactivo a partir del reconocimiento de la separación de hecho de los contrayentes como momento en que se produce la disolución del vínculo matrimonial existente.

Índice

INTRODUCCIÓN	1
DESARROLLO	9
CAPÍTULO 1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DEL MATRIMONIO, EL DIVORCIO Y LA SEPARACIÓN DE HECHO.	9
1.1. Fundamentos teóricos del matrimonio	9
1.2. Análisis teórico de la institución del divorcio.	19
1.3. La separación de hecho	23
<i>Efectos jurídicos de la separación de hecho</i>	26
<i>Especial referencia al divorcio retroactivo</i>	28
CAPÍTULO 2. LA RETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO. ANÁLISIS COMPARADO Y SITUACIÓN EN CUBA.	29
2.1. Estudio jurídico – comparado sobre las instituciones jurídicas del divorcio, la separación de hecho y el divorcio retroactivo	29
2.2. Regulación legal en Cuba. Antecedentes	37
2.3. Propuesta de la autora.....	40
2.4. Regularidades obtenidas en la aplicación de las entrevistas	42
CONCLUSIONES	46
RECOMENDACIONES.....	47
BIBLIOGRAFÍA	48
ANEXOS.....	51

INTRODUCCIÓN

La sociedad es un conjunto de personas que reunidos integran diversos grupos como pueblos, naciones, partidos que se diferencian entre sí por su función social. La misma comprende un sistema o conjunto de relaciones que se establecen entre los individuos y grupos con la finalidad de constituir cierto tipo de colectividad, estructurada en campos definidos de actuación en los que se regulan los procesos de pertenencia, adaptación, participación, comportamiento, autoridad, burocracia, conflicto y otros. La familia es la célula fundamental de toda sociedad y las relaciones que se presentan entre sus miembros adquieren connotación social. El Derecho¹, orden normativo de los hombres y para los hombres regula las relaciones familiares.

Como parte de estas relaciones, el matrimonio de nuestro Derecho Civil no es el romano ni el canónico y sí el resultado de una larga y compleja evolución. Cuando la Iglesia afirmó ser esta materia de su exclusiva competencia, rechazando toda injerencia del poder civil, comenzó el Estado a reaccionar para adquirir de nuevo el derecho que la Iglesia se había atribuido exclusivamente. Ordenanzas reales del siglo XVI en Francia atribuyen al poder civil, jurisdicción sobre algunas causas matrimoniales y las sustraen del conocimiento de los Tribunales eclesiásticos; establecen casos de nulidad, regulan la sucesión de personas procreadas dentro de matrimonios celebrados sin la observancia de determinadas disposiciones reales y niegan eficacia al matrimonio secreto y de conciencia.

La reacción culmina en la Revolución francesa. La Constitución de 1791 proclamó el principio de que el matrimonio es un acto civil no religioso, cuya regulación corresponde por modo exclusivo al poder civil que determina las condiciones de capacidad de los esposos, los impedimentos y la forma de su celebración. El

¹ (...) el Derecho es esencialmente un fenómeno social, que forma parte de la superestructura de la sociedad, de la cultura y del espíritu de cada sociedad determinada; el Derecho además es, por su propia naturaleza, un fenómeno político. De cualquier manera el Derecho, que es esencialmente un orden normativo dictado por el Estado, expresa determinados valores, fundamentalmente políticos, pero también sociales, culturales y espirituales en su sentido más general y, por tanto, tiene un sentido y un contenido axiológico; es portador de valores y defensor de ellos (Bulté, Teoría del Estado y el Derecho. Teoría del Derecho, 2004, pág 22).

matrimonio debe tener lugar ante la autoridad civil y ser registrado en los correspondientes libros.

En el Derecho Romano-germano-francés se concibe la familia desde los inicios en Roma de una forma patriarcal y monogámica (Bulté, Manual de Derecho Romano, 2004, pág. 67). MODESTINO lo define como la unión de un hombre y una mujer, consorcio de toda la vida, comunidad de derecho divino y humano (Bulté, Manual de Derecho Romano, 2004, pág. 71); mientras que para el Derecho de Familia cubano es una institución compleja en la que interactúan relaciones objetivas y subjetivas, materiales y espirituales (Castillo, 2004, pág. 7).

El concepto más exacto del matrimonio nos lo da la idea de sociedad conyugal unión que no es sólo de cuerpos, sino que también de almas; que tiene carácter de permanencia y de perpetuidad, ya que el vínculo dura toda la vida. Esto se origina en el amor y se consolida con el afecto sereno que excluye la pasión desordenada y la mera atracción sensual; que reconoce, por fin, no sólo la procreación de los hijos y la perpetuación de la especie, sino que también la asistencia recíproca y la prosperidad económica; que crea una comunidad de vida indisoluble que engendra deberes recíprocos entre los esposos y de los esposos para con la prole (Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia y Derecho Hereditario, 1931, pág. 714).

A decir de la profesora OLGA MESA CASTILLO, el matrimonio es un grupo de personas entre las que median relaciones económicas y sociales, surgidas de una unión sexual duradera y del parentesco en el seno del cual se da satisfacción a la propagación, desarrollo y conservación de la especie humana; se mantienen, educan y forman los hijos mediante una comprensión y colaboración mutuas. Se comparte la vida y los intereses comunes de toda la sociedad. El legislador cubano reconoce que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común y que el mismo sólo producirá efectos legales cuando se formalice o se reconozca de acuerdo con las reglas establecidas en la Ley del Registro del Estado Civil (Asamblea Nacional del Poder Popular, 2004).

La formalización del matrimonio genera, como uno de los efectos, la conformación

de un régimen económico matrimonial, que según la norma cubana es el de comunidad matrimonial de bienes. Esta presupone que se formará una masa patrimonial con los bienes adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio, a costa del caudal común y mediante título oneroso.

A su vez y dados los supuestos fácticos que mediante una fórmula general establece el Código de Familia en su artículo cuarenta y tres, el matrimonio, y con él, la comunidad matrimonial de bienes, se extingue por diferentes causas, entre las que destaca el divorcio, como una de las más representativas y generadoras de polémicas y conflictos entre las partes.

El divorcio no es el problema, sino el resultado de un conjunto de inconvenientes, desavenencias y problemáticas vividas en el contexto del matrimonio que pueden radicar en uno o ambos cónyuges, clasificándose como el segundo proceso más estresante durante la edad adulta, inmediatamente después de la muerte de uno de los cónyuges. Tomando como elemento de análisis al adulto divorciado que es padre y/o miembro de la familia, indican que el divorcio es el gran responsable de las profundas alteraciones que sufre el sistema familiar post divorcio, obligando a sus subsistemas a reorganizarse estructuralmente. En efecto, para el caso de los hijos/as por ejemplo, se señala que la capacidad que estos tienen respecto a su funcionamiento adaptativo dependen no solo de las características del sistema familiar existente durante el matrimonio, sino que también de las relaciones coparentales que se dan después de finalizado el proceso de divorcio. Por otro lado, el proceso de divorcio impacta en el bienestar de los niños/as, pudiéndose asociar a algunos problemas que éstos externalizan, tales como comportamientos agresivos o tendencia a quebrar reglas, mientras que a nivel interno, con problemas de ansiedad y depresión.

El divorcio (del latín *divortium*) es la disolución del matrimonio, mientras que, en un sentido amplio, se refiere al proceso que tiene como intención dar término a una unión conyugal (Santibañez, s.f). En términos legales y modernos, el divorcio es asentado por primera vez en el Código Civil francés de 1804, y sigue los postulados que ven el matrimonio como una verdadera unión libre (para contraerlo basta el acuerdo libre de los esposos), y el divorcio como una necesidad natural.

Sin embargo; no siempre la relación matrimonial termina en el sentido objetivo y práctico; en el mismo momento en que se produce el divorcio legal. De manera que existe un interregno de tiempo en el que los esposos se encuentran separados pero no divorciados.

El divorcio se diferencia de la separación de hecho en que, dependiendo del ordenamiento jurídico de cada país, puede tener o no algunos efectos jurídicos; por ejemplo para los casos de Chile esta situación fáctica puede ser causal para solicitar la declaración de divorcio. Respecto a la separación legal en tanto, ésta sí es reconocida legalmente en diversos ordenamientos jurídicos, teniendo en consecuencia un mayor número de efectos jurídicos que la separación de hecho, aunque a diferencia del divorcio, no pone término al matrimonio.

La separación de hecho es una situación en la que dos personas que han contraído matrimonio se encuentran viviendo de forma separada e independiente, sin que el matrimonio haya sido disuelto ni se encuentren en situación de separación matrimonial. La separación de hecho se distingue de la separación matrimonial (también llamada separación de Derecho) por no ser una situación reconocida por el ordenamiento jurídico. En estos casos las personas no han realizado los trámites necesarios para la separación matrimonial, por lo que jurídicamente siguen en vigor todos los efectos del matrimonio, incluyendo el régimen económico matrimonial, mientras que en la separación matrimonial dejan de estar vigentes muchos de los derechos y obligaciones existentes para una pareja casada. Por otra parte, la separación de hecho puede tener efectos jurídicos. Entre otras cosas, esta separación puede ser causa de divorcio o incumplimiento de los deberes conyugales.

Es muy habitual que la separación de hecho sea un paso previo a la separación matrimonial o de divorcio, y que esta se encuentre todavía en período de trámite. Los aspectos tratados con anterioridad permiten enunciar la situación problemática de la presente investigación.

Situación Problemática: en la práctica jurídica cubana se dan supuestos de uniones matrimoniales legales que se encuentran sus esponsales separados de hecho y no de derecho. Al momento de la formalización de la disolución del

vínculo matrimonial y la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, la ley familiar cubana no prevé el divorcio con carácter retroactivo y por tanto no se retrotrae sus efectos al momento en que realmente se extinguió de hecho el vínculo matrimonial; lo que genera no pocos conflictos que hacen apreciar puntos de colisión entre lo justo y lo legal; entre el cumplimiento de los deberes y derechos de los cónyuges y la existencia de una masa común de bienes que se incrementa progresivamente durante el período en que se separaron de hecho y no de derecho. Por lo que la ley familiar cubana no prevé su concepto y regulación ulterior.

La situación problemática anterior permite definir el siguiente **Problema científico**: ¿Qué elementos teórico-jurídicos permiten reconocer legalmente la retroactividad de los efectos del divorcio?

Objeto de Investigación: Reconocimiento legal de la retroactividad de los efectos del divorcio.

Hipótesis: Los elementos teórico-jurídicos que permiten reconocer legalmente la retroactividad de los efectos del divorcio son:

1. Al producirse la separación de hecho dejan de manifestarse los siguientes requerimientos:
 - El matrimonio implica hacer vida en común, formando un hogar en cuyo gobierno participan ambos.
 - El matrimonio implica estabilidad y singularidad entre los cónyuges.
 - Los cónyuges quedan obligados a vivir juntos, guardándose lealtad, consideración, respeto y ayuda mutua.
 - Se conforma un caudal común compuesto por los bienes adquiridos por título oneroso con los ingresos de los cónyuges.
2. El divorcio procederá siempre que el matrimonio pierda su sentido para los esposos, los hijos y la sociedad, a partir de una situación objetiva (donde clasifica la separación de hecho) en la que el matrimonio haya dejado de ser o no sea en el futuro una unión heterosexual en la que se ejercen los derechos, se cumplen las obligaciones y se logran los fines del matrimonio.

Objetivo General: Determinar los elementos teórico-jurídicos que permiten reconocer legalmente la retroactividad de los efectos del divorcio.

Objetivos Específicos:

1. Fundamentar desde el punto de vista teórico los efectos del matrimonio, la separación de hecho y el divorcio.
2. Comparar las legislaciones iberoamericanas en cuanto a la regulación de los efectos del divorcio.
3. Elaborar una propuesta de regulación del divorcio con carácter retroactivo en el ordenamiento jurídico-familiar cubano.

Los **Métodos teóricos** son procedimientos que permiten operar a un nivel de pensamiento abstracto (Armengol, 2012). Los empleados en la presente investigación son los siguientes:

Teórico-jurídico: permitió el estudio de los elementos doctrinales relativos al matrimonio, la separación de hecho y el divorcio, todo ello con la finalidad de ofrecer una fundamentación teórica a la propuesta.

Histórico-jurídico: posibilitó estudiar el divorcio y sus efectos retroactivos desde una perspectiva histórica. Se destacarán los aspectos generales de su regulación legal durante el período revolucionario; en particular en la Ley de Enjuiciamiento Civil y las sucesivas normas procesales, así como en el Código de Familia.

Jurídico-comparado: es conocido también como comparación jurídica según el profesor VILLABELLA. Permitted analizar el carácter retroactivo o no del divorcio en las legislaciones foráneas, especialmente en las de los países iberoamericanos. Se tendrán en cuenta los elementos brindados por: Código Civil de la República del Perú, Decreto Legislativo No. 295 de fecha 14 de noviembre de 1984; Código Civil de la República de Chile, Decreto Federal Legislativo No. 2-95 de fecha 1 de enero de 1857; Código Civil Español de fecha 25 de julio de 1889; Código Civil de Ecuador, Codificación No.000. Registro Oficial/ Sup 104 de fecha 20 de Noviembre de 1970; Código Civil de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 26 de julio de 1982; Ley 340 de fecha 25 de septiembre de 1869, Código Civil de la República de Argentina y, la Ley 1289 de fecha 14 de febrero de 1975, Código de Familia Cubano.

Exegético-analítico: permitió el análisis e interpretación de las normas jurídicas familiares referidas al divorcio contenidas en el Código de Familia cubano normas complementarias, así como los preceptos relativos al matrimonio que permiten justificar la propuesta.

Estadístico matemático: posibilitó procesar los datos provenientes de la aplicación de las entrevistas, con el fin de ilustrar los resultados obtenidos con mayor grado de comprensión. Se calcularon frecuencias como la porcentual y se elaboraron gráficos de barras y de pastel a fin de presentar los resultados con mayor impacto visual.

Los Métodos empíricos: fundamentan la arista práctica de la investigación.

La Entrevista: posibilitó recopilar información a partir de la aplicación de un cuestionario a abogados, notarios y jueces, que a los efectos de la investigación constituyen sujetos claves por su experiencia, información e importancia en el tráfico jurídico como operadores del mismo en los procesos de divorcio. Con ello se trata de obtener criterios en cuanto a la viabilidad de establecer la regulación legal de los efectos retroactivos del divorcio.

Revisión bibliográfica: posibilitó la búsqueda de información actualizada sobre el tema de investigación en la literatura nacional y extranjera, para la triangulación de la información y el arribo a conclusiones.

Aporte práctico: la investigación permite establecer los elementos teórico-jurídicos concretos que consideren la viabilidad del reconocimiento legal de la retroactividad del divorcio.

Novedad Científica: se aprecia la existencia de antecedentes de investigación que fundamentan la situación problemática; no obstante no se constata en el estado actual de la Ciencia, un resultado investigativo que establezca la fundamentación teórico-jurídica de la viabilidad del reconocimiento legal de la retroactividad del divorcio.

La investigación se estructura en dos capítulos. El primero se refiere a la fundamentación teórica de la propuesta; en el que se abordan los elementos doctrinales relativos al matrimonio, la separación de hecho y el divorcio; así como la regulación legal de cada uno y la retroactividad de los efectos del divorcio. Se

refieren las opiniones de juristas en una encuesta realizada. En el segundo se realiza un estudio jurídico – comparado sobre las instituciones jurídicas del divorcio, la separación de hecho y el divorcio retroactivo. Así mismo se ofrecerán elementos que permiten justificar la propuesta. De igual forma se analizan las regularidades obtenidas en la aplicación de los instrumentos.

DESARROLLO

CAPÍTULO 1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DEL MATRIMONIO, EL DIVORCIO Y LA SEPARACIÓN DE HECHO.

1.1. Fundamentos teóricos del matrimonio

El matrimonio (del latín: *matrimonium*) es una institución social que crea un vínculo conyugal entre sus miembros. Este lazo es reconocido socialmente, ya sea por medio de disposiciones jurídicas o por la vía de los usos y costumbres. El matrimonio establece entre los cónyuges y en muchos casos también entre las familias de origen de éstos una serie de obligaciones y derechos que también son fijados por el derecho, que varían, dependiendo de cada sociedad.

De igual manera, la unión matrimonial permite legitimar la filiación de los hijos procreados o adoptados de sus miembros, según las reglas del sistema de parentesco vigente. Es por ello necesario considerar la preexistencia de una relación vinculante de carácter legal denominado matrimonio, el cual es considerado como la institución social más importante en la que a través de esta se establece la integración de una familia, derivada de la ley biológica que exige la perpetuidad de la especie, en este caso la humana.

Desde Roma, el consentimiento, elemento volitivo o intencional del matrimonio (expresado en ese Derecho como *affectio maritalis*) es considerado un requisito esencial. Esta concepción del matrimonio fue modificándose en el devenir histórico, confundiéndose en el concepto de *consensus* al convertirse en una exigencia constitutiva inicial del matrimonio, fundamentalmente por la influencia de la Iglesia, que procuró, que se estableciera claramente la diferencia entre el matrimonio propiamente dicho y la unión consensual o concubinato. Con ese enfoque, se dice entonces que hay matrimonio constituido, cuando este es más o menos solemne y siempre público. Esa es la concepción del matrimonio que ha imperado en el Derecho comparado, desde el Medioevo, por lo que se consideraba matrimonio sólo al celebrado ante autoridad reconocida y ésta adquiría en él un carácter indispensable.

Como se ha reiterado en las definiciones del matrimonio se pone en evidencia que para los romanos este solo requería de dos requisitos esenciales para entenderse como tal: *la convivencia de los cónyuges*² y *el maritalis affectio*³, siendo el requisito clave en el matrimonio; en otras palabras, para que la relación de hecho que implicaba el matrimonio, continuara en el tiempo, si llegaba a faltar el *affectio maritalis* como base esencial del matrimonio, este debía extinguirse. Siendo entonces la concepción que se abrió paso jurídicamente en el momento del auge de Roma, desde inicios de la República hasta el Alto Imperio (Bulté, Manual de Derecho Romano, 2004, pág. 73). En términos generales, el Derecho Romano reconoció tres sistemas económicos en el matrimonio: a) la unidad del patrimonio bajo la autoridad y administración del marido, cuando el matrimonio se establecía *cum manu*⁴, b) la separación absoluta de bienes, cuando el matrimonio era *sine manu*; c) el régimen dotal⁵.

En Roma, el matrimonio no tuvo igual connotación que en la sociedad moderna, tanto capitalista como socialista. Ya que el matrimonio, como hemos dicho, constituía una fuente de adquisición de la *patria potestas* y dentro de él, la mujer formaba parte de esa familia patriarcal que hemos analizado, la cual estaba incorporada a la autoridad marital por medio de la *manus*. En los momentos florecientes de Roma, durante su primera etapa republicana, el matrimonio no dejó de ser, sin duda, una institución social de alta importancia y sus regulaciones jurídicas evidencian el poderío de ese miembro social que correspondía a un conjunto de relaciones sociales de producción que, para aquel momento eran las más avanzadas.

² (...) la convivencia de los cónyuges era el requisito de carácter material "unión del hombre y la mujer, consorcio de toda la vida, comunidad absoluta de existencia".

³ (...) el maritalis affectio era el elemento espiritual (la Comunidad de Derecho divino y humano).

⁴ La manus era la potestad del marido sobre la mujer. Bulté, Manual de Derecho Romano., 2004, pág. 76.

⁵ La dote es el caudal o conjunto de bienes que el marido recibe de la mujer o de otra persona en su nombre, para ayudarlo a soportar las cargas económicas del matrimonio. Bulté, Manual de Derecho Romano., 2004, p. 76.

Es interesante seguir el desarrollo histórico del concepto de matrimonio pues el primitivo Derecho Romano no reguló los efectos del matrimonio, pero posteriormente, durante la República, comenzó a regularse paulatinamente, sobre todo en cuanto a la mujer y a los hijos.

Pasando a los pueblos germanos, podemos afirmar que en esta comunidad no existían los férreos lazos de la primitiva familia romana. Tenían una autoridad, pero representaba la dirección, la administración, la protección; los individuos de la familia no eran cosas sino personas; la mujer era la compañera, no la esclava del hombre, y ella le ayudaba en todas sus empresas y le acompañaba en la guerra, y participaba de los derechos de todos.

Para el Derecho Canónico, la respuesta siempre fue clara: el sacerdote no es más que un testigo calificado, pues los ministros del sacramento son los mismos contrayentes, que son los que celebran el matrimonio. Este sistema de la forma de matrimonio exclusivamente religiosa, rigió en la Isla hasta 1886, en que por el Real Decreto de fecha 12 de noviembre de ese año, se hace extensivo a Cuba el Real Decreto de fecha 9 de febrero de 1875, que establecía dos formas de matrimonio: la canónica para los pertenecientes a la religión católica y la civil para los extraños a la misma. Con ello quedó establecido el sistema mixto, religioso y civil, todo ello hasta el año 1918, en que el matrimonio civil queda solo para aquellos que no profesan la religión católica. Por lo que desde el año 1918 hasta la actualidad el sistema de matrimonio vigente en Cuba es exclusivamente civil derogando el anterior sistema establecido (Castillo, 2004, pág. 71).

Se puede plantear que la constitución del matrimonio, que es el acuerdo de voluntades, es el consentimiento, para unirse y vivir juntos el hombre y la mujer; y según la valoración que se tenga o la concepción de que se parta, este elemento fundamental, la voluntad o el consentimiento, puede apreciarse cuando es continuativo (como en una relación conyugal de hecho) o inicial, declarado ante autoridad o funcionario (como en un matrimonio legalizado ya sea éste religioso o civil) (Castillo, El Matrimonio, s.f, pág. 4).

En el caso del matrimonio civil, como una de las formas de matrimonio que establecía el Código Civil español siendo extensivo a Cuba en 1889, el matrimonio

se consideraba celebrado si se realizaba ante funcionario público con capacidad legal para realizarlo, cumpliendo además determinados requisitos y siempre que se tuviera la capacidad requerida para los contrayentes y no hubiere además causa de prohibición del matrimonio. De manera tal que la unión de hecho o unión no formalizada quedaba fuera del concepto de matrimonio, a no ser que el consentimiento inicial se declarara ante autoridad o funcionario público (Castillo, Derecho de Familia, 2005, págs. 9-10). En este sentido no se habla de un tipo de matrimonio, o de la inclusión de este en la definición de la institución jurídica, sino del reconocimiento del hecho acontecido en la realidad.

De acuerdo con el concepto de matrimonio que brinda el Código de Familia cubano, una unión de hecho o no formalizada de contrayentes con aptitud legal que mantengan una relación estable y singular, sólo genera efectos legales para los mismos cuando se reconozca desde el punto de vista judicial o si se formaliza la unión preexistente (Art. 2, segundo párrafo, Arts.18 y 19, Código de Familia). Ya que la unión no formalizada, reconocida judicialmente, tiene en principio los mismos efectos que el matrimonio formalizado (Art.18, Código Penal).

La unión de hecho con los requisitos antes planteados, mientras no se reconozca o no se formalice no es calificada por el propio Código como matrimonio sino como unión matrimonial (Art. 18, 19, 22, 29 del Código de Familia). Esta unión matrimonial posee en sí misma un presupuesto o calidad expectativa de convertirse en matrimonio, pero no lo es⁶, con la característica de poder apreciarse en ella el consentimiento como continuativo (posesión constante del estado conyugal, Art.22, Código de Familia) efecto para ser acreditado como prueba de la existencia de la unión y válido como concepto contentivo de los requisitos exigidos para lograr la retroacción de los efectos jurídicos al momento de iniciada ésta si se legaliza. Por ello, es bueno, que establezcamos claramente las diferencias conceptuales que se derivan de la terminología que utiliza el Código al regular la relación conyugal (Castillo, La Familia y el Matrimonio en

⁶(...) "el matrimonio no formalizado, debe considerarse una mera apariencia de que una persona goza de una cualidad determinada y podrá, a lo sumo, integrar una presunción de la pertenencia legítima y efectiva de tal condición, pero en modo alguno puede constituir un título de legitimación, ni principal, ni supletorio", Rapa, Vicente-Revista Jurídica N 19 del MINJUS, abril-junio 1988, pág. 135.

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

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

Mientras que el matrimonio reconocido se refiere al acto mediante el cual, una persona (hombre o mujer) concurre ante un Tribunal competente para que éste, mediante resolución judicial, reconozca que entre esa persona que ante el Tribunal insta y otra (fallecida o viva) existió una unión matrimonial que contrajeron voluntariamente y con aptitud legal en fecha anterior.

Visto así, el matrimonio se podría definir como contrato civil (porque tiene la presencia del Estado) y solemne (porque necesita requisitos para que tenga validez), celebrado entre dos personas. En el aspecto civil, es considerado como un contrato el cual solo será válido si se ciñe a las normas establecidas por nuestra ley. En fin, el acto de celebración del matrimonio es un negocio jurídico bilateral, puesto que está formado por las declaraciones de voluntad de ambos cónyuges, pero no es un contrato porque crea una relación jurídica familiar y personal (Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, 1996, pág. 76).

EDUARDO ZANNONI ha expresado que es la unión de un hombre y una mujer que trasciende en la constitución de un estado de familia entre ambos, generador de relaciones recíprocas determinadas por la cohabitación, la fidelidad y la asistencia.

D'ANTONIO lo ha conceptualizado como la unión permanente, monogámica y legal del hombre y la mujer que estableciendo una plena comunidad de vida, responde a sus necesidades vinculantes para el logro de su personalización integral. Esta importancia estaba dada tanto para el individuo como para la sociedad, porque se concebía al matrimonio como la base fundamental de la familia, y cimiento de la

sociedad, ya que sin una sólida estructuración del matrimonio no se formaba la idea de una organización estable, equilibrada y consistente de la comunidad (Salvini, 2012, pág. 2).

Por último podemos resaltar que el matrimonio se considera una institución importante porque contribuye a definir la estructura de la sociedad, al crear un lazo de parentesco entre personas generalmente no cercanas en línea de sangre. Una de las funciones del matrimonio reconocidas es la procreación y socialización de los hijos (si bien no es absolutamente necesario casarse para tener hijos, ni todos los matrimonios heterosexuales los tienen), así como la de regular el nexo entre los individuos y la descendencia que resulta en el parentesco, rol social y estatus.

Con relación a los fines del matrimonio, se plantea la posición más tradicional representada por TOMÁS DE AQUINO, que señala como fines específicos la procreación y educación de la prole, y un fin individual, el auxilio mutuo de los cónyuges. Mientras que CHÁVEZ ASENCIO considera que son fines del matrimonio el amor conyugal, la promoción humana y la procreación responsable (Asencio, 1988, pág. 43).

El matrimonio constituye la unión de dos personas para el logro de fines comunes como lo son: vida en común, procreación, apoyo mutuo. Esta unión va a producir determinados efectos de índole personal, y a la par que estos surgen los que se denominan efectos patrimoniales, puesto que el matrimonio requiere de un soporte económico para que se cumplieren todos sus fines.

Con independencia de lo que el matrimonio pueda suponer para los cónyuges desde el punto de vista personal, en lo que respecta a lo patrimonial implica, desde sus inicios, la aparición de una serie de cuestiones que requieren de específica regulación, entre las que se encuentran, en qué medida contribuirá cada cónyuge al sostenimiento de la vida familiar, quien correrá con los gastos de alimentación y educación de los hijos, actos de disposición por un cónyuge sobre bienes de especial trascendencia, problemas que se suscitan con respecto a la titularidad de determinados bienes entre otros.

Al decir del tratadista español LACRUZ la vida en común de marido y mujer suponen una serie de gastos. es preciso determinar, al menos, como ha de

acudirse a estos gastos, y quien debe soportarlos, determinación que constituye el elemento mínimo necesario de las relaciones conyugales y la raíz del régimen matrimonial, pero unido a ello hay que tener en cuenta los servicios que en la mayoría de los casos serán de muy difícil o imposible evaluación (Bermejo F. S., 1982, pág 256).

Los aspectos relativos a gastos, cargas, servicios y participaciones, constituyen lo que bien se pudiera denominar economía del matrimonio, los que encuentran solución a través de las reglas del régimen económico o patrimonial del matrimonio que no son más que el conjunto de normas convencionales o legales que regulan los aspectos económicos de una pareja casada.

Se le denomina régimen patrimonial del matrimonio o régimen económico, según CASTÁN TOBEÑAS al conjunto de reglas que delimitan los intereses que se derivan del matrimonio, ya en las relaciones de los cónyuges entre si, ya en sus relaciones con terceros. Para el profesor JULIO CARBAJO GONZÁLEZ el régimen económico matrimonial es el conjunto de normas convencionales o legales que regulan los aspectos legales de una pareja casada. Mientras que para el DR. PERAL COLLADO el régimen económico del matrimonio es una institución del Derecho cuyas reglas tienen por objeto fijar la condición jurídica de los bienes de los esposos, tanto en las relaciones entre ellos como respecto a tercero (Collado, 1980, pág 81).

El régimen económico del matrimonio puede revestir diversas formas, y ello va a estar en dependencia de la organización y estructura económica y social, no existiendo una clasificación única de los sistemas que organizan los elementos económicos del matrimonio, siendo diversos los aspectos que se tienen en cuenta para ello. Teniendo en cuenta que no existe uniformidad entre los estudiosos del tema para clasificar los regímenes económicos conyugales expondremos a continuación uno de los más aceptado por la doctrina que es el que lo hace atendiendo a su origen y a sus efectos y que contiene los más variados regímenes patrimoniales.

1. Atendiendo a su origen puede ser convencional o legal.

Regímenes de carácter convencional: Es el que se constituye voluntariamente por ambos cónyuges a través de unos pactos que se denominan capitulaciones matrimoniales.

Regímenes de carácter Legal: Cuando es la propia Ley, y no la voluntad de las partes, la que decide qué régimen se aplicará al matrimonio, bien porque en determinadas circunstancias se impone un régimen económico o porque la Ley funciona con carácter supletorio. Entra a regir cuando los cónyuges no se han acogido convencionalmente a ninguno.

2. Por sus efectos los regímenes económicos pueden ser: de comunidad, separación y de participación.

Los regímenes de Comunidad: Tienen como nota distintiva la existencia de un patrimonio común a ambos cónyuges, pero que no resulta excluyente de posibles patrimonios privativos o individuales de cada uno de los esposos.

La comunidad puede ser universal: comprendiendo todos los bienes presentes y futuros del matrimonio, siendo en estos casos los cónyuges cotitulares de un único patrimonio común y carecen de respectivos patrimonios, aunque lo normal es que la comunidad sea parcial, coexistiendo entonces tres masas de bienes: el patrimonio personal de cada cónyuge (marido y mujer) y el común.

Los regímenes de separación: En estos no existen más patrimonios que los propios de cada esposo, caracterizándose por tanto por la ausencia de un patrimonio común a los cónyuges.

En nuestra consideración, en la medida en que las condiciones sociales permitan la autosuficiencia económica de la mujer, como en buena medida se ha logrado en nuestro país, y la promoción de la persona en las múltiples facetas de su vida, el matrimonio será liberado de su secular lastre económico, posibilitando que motivaciones ajenas al amor recíproco desaparezcan de la vida familiar y matrimonial.

Por otro lado en Cuba no se habla, como en cualquier parte del Continente, acerca de que el matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer o un contrato solemne o un negocio jurídico, sencillamente el matrimonio es una unión voluntaria sin alusión a un sentido contractual o de negocio. El matrimonio es

definido por el Código de Familia en su artículo 2 como la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común⁷.

De esta manera se establecen los fundamentos sobre los que descansa la unión matrimonial, en primer lugar, se trata de una unión monogámica, que resulta protegida incluso por el Derecho Penal, pues el vigente Código Penal establece en su artículo 306 una sanción para el que formalice nuevo matrimonio, sin estar legítimamente disuelto el anterior matrimonio formalizado. Además se trata de una unión heterosexual, no reconociéndose en nuestra legislación efectos legales en uniones singulares de carácter homosexual.

El recordado profesor DANIEL PERAL COLLADO⁸, parte del segundo párrafo del mentado artículo 2 del Código de Familia, donde define la naturaleza jurídica del matrimonio en Cuba, como: "Acto jurídico semejante al negocio jurídico pero no específicamente un negocio jurídico o contrato".

A su vez el reconocido jurista RAÚL GÓMEZ TRETO⁹ en ponencia colectiva, tomando en consideración ambos párrafos define la naturaleza jurídica del matrimonio en Cuba de esta manera: "El matrimonio es realmente una institución político-social que puede o no reflejarse en la superestructura jurídica de la sociedad".

Mientras que la profesora OLGA MESA CASTILLO intentó dar una definición del matrimonio en la que expresa: "El matrimonio es una institución social y jurídica que se sustenta en la soberana voluntad de los contrayentes".

El matrimonio es una institución social donde debe diferenciarse la vida en común, del momento de la formalización, que no es más que un acto jurídico; donde se regulan las relaciones de convivencia entre ambos. Por tanto la unidad de la forma

⁷ Artículo 2.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común.

El matrimonio sólo producirá efectos legales cuando se formalice o se reconozca de acuerdo con las reglas establecidas en la Ley del Registro del Estado Civil. Asamblea Nacional del Poder Popular. (2004). Ley No. 1289 de fecha 14 de febrero de 1975, Código de Familia. La Habana, Cuba: MINJUS.

⁸ Profesor que fuera, entre otros del Derecho Civil, de la asignatura Derecho de Familia en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (ya fallecido).

⁹ Presidente que fuera de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. (ya fallecido).

legal y de la voluntariedad es imprescindible. Podemos entender entonces por régimen económico del matrimonio al conjunto de normas jurídicas que a través de las cuales se regulan las relaciones económicas entre los esposos, y de los esposos con terceros ajenos a la relación matrimonial¹⁰.

El régimen económico del matrimonio puede clasificarse de distintas formas como régimen convencional que es el que requiere de la voluntariedad de los cónyuges a través de un contrato celebrado por ellos denominado capitulaciones matrimoniales, en el que se establecen las reglas aplicables a la vida económica del matrimonio y el régimen legal que es aquel que instituye la ley de manera directa o con carácter supletorio, cuando los esposos no han establecido nada en lo referente a esta materia.

El Código de Familia establece y autoriza un único régimen del matrimonio, denominado comunidad matrimonial de bienes, el que existirá desde el momento en que se formalice el matrimonio, o desde la fecha de iniciada la unión, en los casos de uniones matrimoniales reconocidas o formalizadas con carácter retroactivo, disponiendo que ambos cónyuges son los administradores de los bienes de la comunidad matrimonial y que cualquiera de ellos puede realizar indistintamente los actos de administración de la comunidad matrimonial de bienes, disponiendo, por otra parte, que ninguno puede realizar actos de dominio en relación con los bienes de la comunidad sin el previo consentimiento del otro (con excepción de los actos que consistan en reivindicar bienes para la comunidad). El régimen económico matrimonial es un régimen legal por cuanto los cónyuges no están facultados para establecer dichas reglas, sino que el Código de Familia las establece con carácter obligatorio, preservando de esa manera la igualdad fundamental de los esposos, no siendo así en muchos países; pues de otra manera el más fuerte económicamente podría imponer su voluntad al otro, con el fin de conservar íntegro su patrimonio.

Sin embargo; no siempre la relación matrimonial termina en el sentido objetivo y práctico; en el mismo momento en que se produce el divorcio legal. De manera

¹⁰ Para otras definiciones ver: DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, op.cit., p.173. PLANIOL, MARCELO Y JORGE RIPERT: Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo VIII. Editorial Cultural SA, La Habana, s.f.p.2.

que existe un intervalo de tiempo en el que los esposos se encuentran separados pero no divorciados. Según RUGGIERO tres especies diversas de causas extintivas o perturbadoras que responden a tres conceptos jurídicos diferentes, pueden distinguirse en el matrimonio: la disolución, la anulación y la separación. Separación es una suspensión (temporal o permanente) del vínculo matrimonial que ocupa una variable del estudio que se realiza.

A los efectos de la presente investigación se considera que el matrimonio es la unión voluntaria de los contrayentes con aptitud legal para ello, sustentada en el amor recíproco, el respeto y la consideración mutua sobre los intereses comunes.

1.2. Análisis teórico de la institución del divorcio.

El divorcio como institución surge como evolución en la historia. En los tiempos primitivos no se apreciaba la duración del matrimonio, debido a que el divorcio aparece en las organizaciones familiares avanzadas y no en las primeras conocidas. La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, si bien muchas culturas no lo admitían por cuestiones religiosas, sociales o económicas. La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los hombres. Aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble.

El matrimonio se disolvía, en Roma por causas voluntarias o involuntarias. La causa voluntaria era el divorcio y las causas involuntarias podían ser las siguientes; a) muerte de un cónyuge; b) *capitis deminutio* máxima y media de un cónyuge (Bulté, Manual de Derecho Romano, 2004, pág. 78).

Por otro lado en la legislación Francesa no estaba permitido el Divorcio. El matrimonio era considerado indestructible, eclesiástico y sagrado, pero a partir de la Revolución de 1739, se abrió la posibilidad de dar por terminado al matrimonio mediante el Divorcio-Contrato y posteriormente surge el Divorcio-Sanción. Donde se fueron asimilando varias ordenanzas que planteaban la posibilidad de pedir el divorcio por diferentes causas, es decir todo lo que hiciera intolerable el mantenimiento del vínculo conyugal. Entre las que se destaca: el Adulterio, la

muerte de uno de los cónyuges, la condena a pena criminal, el abandono del hogar, los excesos, sevicias y las injurias graves del uno para con el otro.

El divorcio (del latín *divortium*) es la disolución del matrimonio, mientras que, en un sentido más amplio, se refiere al proceso que tiene como intención dar término a una unión conyugal. Podemos decir que el divorcio es una de las maneras por las cuales se disuelve el vínculo matrimonial, definiéndolo entonces como la disolución del vínculo matrimonial que deja a los cónyuges en la posibilidad de contraer otro matrimonio (Santibañez, s.f).

Existen dos tipos de divorcio, de mutuo acuerdo y divorcio por la vía judicial. El divorcio por presentación conjunta, o denominado comúnmente “de mutuo acuerdo”, exige el requisito de voluntad de que ambos cónyuges estén de acuerdo en divorciarse. También puede solicitarlo uno con el consentimiento del otro cónyuge. El divorcio contradictorio o judicial ocurre cuando no existe acuerdo entre las partes respecto al divorcio. Es por ello que se solicita a instancia de cualquiera de los cónyuges sin mediar consentimiento del otro.

En virtud del artículo 50 del Código de Familia, el divorcio puede obtenerse por una escritura notarial, para el caso en que exista acuerdo entre los cónyuges, o por sentencia judicial, cuando no exista dicho acuerdo. El denominado divorcio notarial fue establecido por el Decreto-Ley 154 de 1994, facilitando de esa manera la disolución del matrimonio, al evitar la vía judicial, además de aligerar a los tribunales de procesos en los que no existía litigio al mediar acuerdo entre las partes.

La acción de divorcio, sólo puede ser intentada por los cónyuges. Siendo entonces el divorcio sinónimo de rompimiento absoluto y definitivo del vínculo matrimonial entre los esposos. El divorcio disuelve el vínculo matrimonial por lo que se altera el estado civil de los que hasta ese momento eran cónyuges, a quienes se les permite contraer un nuevo matrimonio.

Las causales de divorcio pueden ser muchas, pero en la mayoría de los casos se trata de problemas de convivencia de los integrantes de la pareja, ya sea por la relación entre ellos o por factores externos a la pareja. La disolución del vínculo conlleva la pérdida de los derechos sucesorios entre los cónyuges, la pérdida de la

pensión de viudedad, así como de las obligaciones derivadas directamente del matrimonio: los deberes de ayuda y fidelidad, el compromiso de velar por el interés de la familia, la obligación de prestar alimentos, etc. La ruptura de este vínculo no afecta a las obligaciones de los cónyuges para con sus hijos puesto que las mismas surgen de la relación de parentesco y no de la existencia de la unión matrimonial.

Por otro lado podemos señalar que el divorcio produce para los excónyuges y para los hijos procreados en él, determinados efectos los cuales pueden ser absolutos o relativos: Los efectos absolutos son aquellos que se refieren a situaciones que no pueden variar en el futuro, ellos son: la extinción del matrimonio, termina la comunidad matrimonial de bienes y, en consecuencia, se procede a la separación de los bienes comunes y por último se extingue el derecho de sucesión entre los cónyuges. Los efectos relativos son aquellos que, se adoptaron teniendo en cuenta una serie de circunstancias particulares y pueden variar, si varían esas circunstancias, ellos son: la pensión alimenticia para los cónyuges, la guarda y cuidado y el régimen de comunicación de los padres con los hijos y la pensión alimenticia para los hijos menores de edad.

Según el profesor LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO el divorcio no puede tener el mismo tratamiento dado a la resolución o al mutuo disenso como causales de extinción de un contrato, porque el matrimonio, aún en los ordenamientos que lo regulan como contrato, no puede merecer igual tratamiento (Gallardo L. P., 2009, pág. 218). El cumplimiento de los deberes que les compete como padres respecto de los hijos habidos de ese matrimonio disuelto, no supone en modo alguno el cumplimiento de obligaciones de dar, de hacer, o de no hacer, con la regulación que cualquier código civil brinda a la exigibilidad de las obligaciones. Incluso el cumplimiento de la obligación de dar alimentos debe tener un enfoque y tratamiento distinto, si bien jurídicamente es una obligación patrimonial más, a la que resulte aplicable, en principio, la teoría general de las obligaciones y con ello las normas jurídica que le regulan. Al legislador en materia de derecho de familia

le interesa, y de qué manera, la existencia de un control en la ruptura del vínculo matrimonial¹¹.

Según expresa MARÍA LACALLE NORIEGA el divorcio se acepta como algo inevitable, como un derecho de los cónyuges (Noriega, 2005, pág. 2). La indisolubilidad se considera como una condena a la infelicidad permanente de personas inocentes, por lo que directamente se parte de la disolubilidad del matrimonio, de la provisionalidad del amor, de lo transitorio.

También es reconocido como "(...) la ruptura del vínculo conyugal, pronunciado por tribunales, a solicitud de uno de los esposos (Divorcio por causa determinada) o de ambos (Divorcio por mutuo consentimiento) sanción resultante de una acción encaminada a obtener la disolución del matrimonio en base a causales determinadas expresamente por la ley"¹²; o sea, por la palabra divorcio se entiende modernamente la disolución de un matrimonio válidamente surgido, viviendo todavía los cónyuges.

DANIEL NOLASCO Y NELSON CASTILLO OGANDO, Catedrático y Notario de Santo Domingo, respectivamente expresan que: El Divorcio "Es la ruptura o disolución del vínculo matrimonial, en virtud de una providencia judicial, dictada con arreglo a la ley".

Basado en los conceptos anteriores podemos concluir que la constante estriba en las palabras ruptura, extinción y disolución del matrimonio legalmente. Entendiéndose por consecuencia que dicho procedimiento del área familiar no obedece necesariamente a la destrucción familiar, más que nada al rompimiento del vínculo de pareja ante el mal entendimiento o las diferentes causas que lo puedan propiciar.

¹¹ CASTILLO, profesora principal y titular de derecho de familia en la Universidad de La Habana, quien en El divorcio: otro ángulo de análisis, en Revista Cubana de Derecho, año xvii, No. 38, julio-septiembre, 1989, pp. 123-126, se muestra muy preocupada por la necesidad de un control social del divorcio, sobre todo cuando del matrimonio que se pretende disolver se han procreado hijos menores de edad o mayores de edad, judicialmente incapacitados, en el cual ha de intervenir el Estado, en tanto "se trata de decidir no un simple cambio de estado conyugal sino siempre un conflicto de intereses que no es exclusivamente privado".

¹² Divorcio. Sitio Web: <http://www.porticolegal.com/foro/familia/>, consultado el 11 de marzo de 2014.

Leonardo B. Pérez Gallardo expresa que la sociedad cubana, que ha sido, es y creo que seguirá siendo divorcista,¹³ de ahí la fecha tan temprana en que se aprobó el divorcio vincular. De ello, no sin enfado, ya daba cuenta el célebre profesor cubano DÍAZ PAIRÓ cuando en 1935, caracterizando nuestro país dejó dicho: “País con otras características étnicas, con diferentes concepciones morales, de menos religiosidad (...) no es de extrañar que desde muy pronto surgiera entre nosotros la idea de establecer el divorcio” (Pairó, 1935, pág. 41).

En resumen este efecto esencial del divorcio disuelve el matrimonio para el futuro y no tiene efecto retroactivo como el matrimonio anulado, por lo que a esta característica se le suma otra particularidad, y según la cual, tiene también eficacia respecto a terceros, por sentencia firme.

A los fines de la investigación se puede señalar que el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, que tiene como intención dar terminación a la relación conyugal.

1.3. La separación de hecho

La institución jurídica de la separación de hecho es conocida de diferentes formas conceptuales en la doctrina del Derecho. (...) el carácter del vínculo matrimonial, con la posibilidad o no de disolverlo (divorcio, separación de los cónyuges) (...) (Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, 1929, pág. 181). De aquí se puede inferir que para el tratadista italiano, la separación de hecho es conocida como separación de los conyúges y que el vínculo matrimonial tiene dos posibilidades de ulterior desarrollo: una la disolución del vínculo por divorcio y la otra la no disolución del vínculo, o sea, la separación de los cónyuges. El divorcio se produce por declaración unilateral o bilateral ante el encargado del Registro en el caso de matrimonio solemne o de hecho reconocido jurídicamente; en el de hecho simplemente, no hace falta ni esa formalidad (Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, 1929, pág. 668).

¹³ De ello ya daba cuenta DÍAZ PAIRÓ, ANTONIO, El divorcio en Cuba, Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, La Habana, 1935, p. 41, cuando, al describir a Cuba, expresó: “País con otras características étnicas, con diferentes concepciones morales, de menos religiosidad [...] no es de extrañar que desde muy pronto surgiera entre nosotros la idea de establecer el divorcio”.

Según expresa CARMEN VARELA ÁLVAREZ la crisis económica provoca un incremento de las parejas que se separan de hecho sin suscribir ningún convenio de cese de la convivencia pues, de este modo, se evitan tener que acudir a un abogado. Sin embargo, durante esa separación de hecho los cónyuges adoptan una serie de medidas que afectan a sus hijos y a su situación económica sin ser conscientes de la importancia que las mismas tendrán cuando, en un futuro, decidan regularizar legalmente su separación o divorcio.

La separación de hecho ha sido definida por LAGORMASINO como: La situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que causa justificada alguna imponga tal separación, sea por voluntad de uno o ambos cónyuges (Alessio, 2011). De esta noción conceptual, se desprenden los elementos que la conforman, ya que es una situación que supone una interrupción del deber de cohabitar, la cual no se encuentra jurídicamente legitimada la situación fáctica. De modo, que el cese de cohabitación debe ser permanente y se debe presentar sin solución de continuidad.

La separación implica la ruptura de la convivencia matrimonial. Ruptura que no afecta al vínculo matrimonial pero sí que modifica el régimen jurídico del matrimonio y de la patria potestad creando una nueva situación matrimonial entre los cónyuges, ya que la separación de hecho es una situación intermedia entre el matrimonio y el divorcio. Esta separación es el cese efectivo de la convivencia matrimonial consentido libremente por ambos cónyuges o impuesto por uno de ellos, que abandona el hogar, sin asistir al juzgado para legalizar la situación (Campillo, 2010).

Por otro lado la situación de separación de hecho tiene alguna similitud con relación a la separación judicial. En ambos casos se da la situación fáctica de separación de la pareja, y ruptura de la convivencia. Sin embargo, la separación judicial (que es a la que aludimos normalmente cuando hablamos de separación matrimonial) es la establecida mediante una sentencia judicial e implica un mayor número de efectos jurídicos que la separación de hecho.

La liquidación del régimen económico matrimonial, las pensiones y custodias correspondientes, por ejemplo, las dicta necesariamente el juez. La separación judicial ocasiona la suspensión de la vida en común de los casados, sin romper el vínculo matrimonial, por lo que mientras una persona no esté divorciada, no puede volver a contraer nuevo matrimonio. La separación de hecho, por lo tanto, es una situación fáctica.

La separación de hecho no es otra cosa que lo que indica su nombre: un hecho, capaz de producir las consecuencias que concretamente se le acuerden; por lo cual su mayor difusión en las costumbres no deben ser interpretadas como un motivo válido para hacer de ella un estado de familia distinto al matrimonio (Campillo, 2010). Es decir, esta separación se manifiesta a través de un ambiente en el que dos personas que han contraído matrimonio se encuentran viviendo de forma separada e independiente, sin que el matrimonio haya sido disuelto ni se encuentren en situación de separación matrimonial. Por lo que esta separación de hecho no disuelve la sociedad conyugal.

La separación de hecho se distingue de la separación matrimonial (también llamada separación de Derecho) por no ser esta una situación reconocida por nuestro ordenamiento jurídico. En estos casos las personas no han realizado los trámites necesarios para la separación matrimonial, por lo que jurídicamente siguen en vigor todos los efectos del matrimonio, incluyendo el régimen económico matrimonial, mientras que en la separación matrimonial dejan de estar vigentes muchos de los derechos y obligaciones existentes para una pareja casada.

Se pudiera hablar de dos tipos de separación de hecho: de común acuerdo, cuando los cónyuges acuerdan y deciden ambos separarse o por voluntad unilateral, en donde uno de los cónyuges, voluntariamente y sin el consentimiento del otro, se sustrae a los deberes conyugales. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entiende, que resulta suficiente que por los menos uno de ellos, deba mantener la decisión de no convivir. Este elemento subjetivo se suma, entonces, al hecho objetivo de la separación para conformar los dos elementos indispensables que requiere la separación de hecho sin voluntad de unirse para posibilitar el divorcio.

La separación de hecho pudiera legitimar para pedir el divorcio, lo que quiere decir que esta ofrece la posibilidad de solicitar separación legal o divorcio sin que concurra otra causa. Además afecta a los deberes conyugales en tanto que ya no tiene relevancia el deber de fidelidad. En relación a lo económico matrimonial la separación de hecho pudiera ser causa de la disolución de la sociedad legal de gananciales o justificar la transferencia de gestión a uno de los cónyuges de los bienes.

La separación de hecho no debe ser considerada como una forma de alentar la ruptura del vínculo matrimonial; y con ello desestabilizar la institución jurídica social del matrimonio; sino por el contrario lo que se pretende es dar solución a los casos en que excepcionalmente la comunidad de vida (que implica, entre otros supuestos, la convivencia fáctica) se ha roto de un modo irrevocable.

Cuando la separación de los cónyuges asume carácter definitivo, por encima de las razones sentimentales, debe privar una consideración objetiva de la situación real que provoca, para replantear el status normativo que supone la plena comunidad de vida de los esposos. Al no existir esa plena comunidad de vida, es razonable fundar a la separación de hecho como causa de divorcio objetiva, independientemente de que quien lo solicita fuera o no culpable de la separación. Pero al mismo tiempo es razonable que quien no es culpable de la separación no pierda los derechos que le da su inocencia, probando que su parte es inocente o que la contraria es culpable.

Por tanto, podemos plantear como conclusión al tema que “la separación de hecho es aquella que suspende la vida en común de los cónyuges sin que medie la ruptura por la vía legal”.

Efectos jurídicos de la separación de hecho

Para el profesor LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO, es necesario atribuirle efectos legales automáticos o de *ipso iure* a la separación de convivencia de la pareja, de modo que a esa fecha se entienda extinguido el derecho de sucesión *ab intestato*

entre los cónyuges¹⁴. Y es justo que así sea cuando se pruebe que medió una prolongada separación conyugal, por cuyo motivo las adquisiciones a título oneroso del causante no deben imputársele con cargo a la comunidad matrimonial de bienes, según la presunción *iuris tantum* que opera a favor, conforme con el dictado del vigente artículo treinta y uno del Código de Familia¹⁵, siempre durante el tiempo que dure el matrimonio, en el entendido legal y no fáctico.

Lo más habitual en un régimen de separación matrimonial, es que existan diferencias con relación al vínculo matrimonial, destacando principalmente que esta situación real de separación de hecho puede ser una causa para solicitar la declaración de divorcio, por lo que desaparece la obligación de vivir en el domicilio conyugal. Este es un requisito esencial en la separación. Se debe liquidar el régimen económico matrimonial.

A partir de la separación de hecho como paso previo al divorcio, se pudieran establecer de forma general los siguientes efectos jurídicos entre los contrayentes. Las partes liquidan la comunidad de bienes. Se procede a repartir la custodia legal de los hijos, el régimen de visitas y la pensión alimenticia en favor de los hijos en caso de que los hubiere. Si la legislación lo contempla y si existe desequilibrio económico entre los cónyuges, se puede establecer la pensión compensatoria (también denominada en algunos casos pensión de alimentos) de un cónyuge al otro. Los separados pierden los derechos hereditarios que corresponden a los cónyuges.

De modo que se plantean como efectos de la separación de hecho los siguientes: El cónyuge que al morir su consorte estuviera separado de él por mutuo acuerdo que conste fehacientemente no tiene derecho a heredarle cuando fallezca abintestato. Es causa para pedir judicialmente la extinción de la sociedad de

¹⁴ En España, tras la reforma del artículo 945 del Código Civil, basta la mera separación de hecho para que el cónyuge separado carezca de derechos en la sucesión intestada de su pareja, de modo que como expone ESPADA MALLORQUÍN, SUSANA, *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, prólogo de José María Miquel, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 329, se consolida así "[...] la idea de que lo esencial para el reconocimiento de los derechos sucesorios intestados es la existencia entre el causante y su pareja de una convivencia *more uxorio* que justifique el llamamiento en ausencia de una disposición en contrario".

¹⁵ ARTICULO 31. - Se presumirán comunes los bienes de los cónyuges mientras no se pruebe que son propios de uno solo de ellos. Ley No. 1289 de fecha 14 de febrero de 1975, Código de Familia. La Habana, Cuba: MINJUS.

gananciales el llevar un cónyuge separado del otro por más de un año de mutuo acuerdo. Se interrumpe la presunción de paternidad del marido de los hijos nacidos después del matrimonio y pasado el plazo de 300 días siguientes a la separación de hecho. Se excluye del cargo de tutor y curador al cónyuge que no conviva con el que es sometido a tutela o curatela. Se presupone que durante la separación de hecho subsiste la sociedad de gananciales, respondiendo sus bienes de las obligaciones contraídas por uno sólo de los cónyuges para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales. Se autoriza a pedir judicialmente la extinción de la sociedad de gananciales por abandono de hogar durante más de un año.

La separación de hecho es una institución cuyos efectos no se encuentran específicamente regulados en nuestro ordenamiento jurídico, ya que esta situación no está recogida como elemento doctrinal propiamente.

Especial referencia al divorcio retroactivo

Desde el punto de vista de la Gramática española el prefijo *retro* es usado en la construcción de vocablos y con el fin de indicar especial referencia al pasado, a un periodo anterior. Así, retroactividad significa acción anterior, o sea, relación entre el sujeto y el objeto sobre la base de los antecedentes. La retroactividad es lo que obra sobre lo pasado. En sede legal se estima la retroactividad cuando ocurrido un hecho en fecha determinada se considera la ocurrencia de este con anterioridad con el objetivo de comenzar a surtir efectos en un momento y no en el que real y ciertamente ocurrió.

Si se tienen en cuenta los conceptos emitidos con anterioridad con relación al divorcio y a la separación de hecho, se plantea que el divorcio con carácter retroactivo es el reconocimiento legal de los efectos del divorcio al retrotraerlos al momento de iniciada la separación de hecho. Se determinan dos requisitos esenciales del divorcio con carácter retroactivo: la existencia entre los cónyuges de un vínculo matrimonial y la separación de hecho entre los mismos.

CAPÍTULO 2. LA RETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO. ANÁLISIS COMPARADO Y SITUACIÓN EN CUBA.

La elección para el estudio jurídico-comparado del Código Civil español de 1889 obedece al legado histórico que el cuerpo legal ofrece a gran parte de la América Latina y el Caribe. El proceso de conquista y colonización supone la transculturación y la importación de instituciones jurídicas por los ordenamientos civiles nacionales. Las normas civiles de las Repúblicas del Perú, Ecuador, Argentina y Chile son comparadas en la investigación por el elevado nivel técnico-jurídico que alcanzan en la materia. La República Bolivariana de Venezuela es el motor impulsor de la unidad latinoamericana que incluye además el aparato legislativo de las naciones. México compartió la misma metrópolis que Cuba, o sea, la herencia directa de un sistema normativo común: el español. Las legislaciones de Colombia y Uruguay son escogidas para buscar puntos de contacto y divergencia en ordenamientos jurídicos, que aunque latinoamericanos, están muy distantes en cultura, idiosincrasia y sistemas políticos.

2.1. Estudio jurídico – comparado sobre las instituciones jurídicas del divorcio, la separación de hecho y el divorcio retroactivo

Como hemos estudiado anteriormente en la evolución conceptual de la institución jurídica de separación de hecho, esta se manifiesta para alguno de los ordenamientos jurídicos de diferentes países como separación de cuerpos.

Perú

El Código Civil de este país enuncia que una de las causas por las que fenece el régimen de la sociedad de gananciales es el divorcio, donde se establecen determinadas causas por las cuales se disuelve dicha sociedad¹⁶.

¹⁶ Artículo 333.- Causales

Son causas de separación de cuerpos :

1.- El adulterio. **2.-** La violencia, física o psicológica, que el Juez apreciará según las circunstancias. **3.-** El atentado contra la vida del cónyuge. **4.-** La injuria grave. **5.-** El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo. **6.-** La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común. **7.-** El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía. **8.-** La enfermedad venérea grave contraída después de la

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. Cuando ocurre ruptura del vínculo matrimonial la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.

Mientras que la separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial. La separación de hecho de los cónyuges es durante un período interrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad, citando además que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.

En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación. Esta situación particular está determinada sólo para el caso del abandono del hogar, caso en que sí procede la pérdida de todos los bienes gananciales del culpable durante el tiempo del abandono. La indemnización por separación de hecho, tratada en el derecho peruano, es definitivamente una obligación legal impuesta a uno de los excónyuges cuyo objeto es corregir la inestabilidad económica que, de acuerdo a las circunstancias específicas, pudiera producir. El acreedor de esta obligación es aquel cónyuge dedicado al cuidado de los hijos o las labores propias del hogar común, siempre y cuando el divorcio por separación de hecho le haya irrogado dicho menoscabo (Valverde, 2012, pág. 41).

Chile

En su Código Civil expresa que el régimen de participación en los gananciales termina por determinadas causas y dentro de estas por la sentencia de divorcio

celebración del matrimonio. **9.-** La homosexualidad sobreviniente al matrimonio. **10-** La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio. **11-** Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio. Código Civil de la República del Perú, Decreto Legislativo No. 295 de fecha 14 de noviembre de 1984.

perpetuo. El cónyuge que no haya dado causa al divorcio tendrá derecho a que el otro cónyuge lo provea para su congrua sustentación según las reglas generales y el cónyuge que haya dado causa al divorcio por su culpa tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación.

El cónyuge divorciado no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido, si hubiere dado motivo al divorcio por su culpa. El concebido durante el divorcio temporal o perpetuo de los cónyuges, no tiene derecho para que el marido le reconozca por hijo suyo, a menos de probarse que el marido por actos positivos le reconoció como suyo, o que durante el divorcio intervino reconciliación privada entre los cónyuges. En Chile el Código Civil no establece la separación de hecho, mientras que en el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil establece que la mujer podrá pedir la separación de bienes transcurrido un año desde que se produce la ausencia del marido. Lo mismo será si, sin mediar ausencia, existe separación de hecho de los cónyuges.

Ecuador

En su Código Civil establece determinadas causas por las que se puede establecer el divorcio¹⁷. Con relación a la guarda y cuidado de los hijos se plantea que no se le confiará el cuidado de estos al cónyuge que hubiere dado lugar a algunas de las causas antes mencionadas.

En todo divorcio, el cónyuge que carece de lo necesario para su congrua sustentación, tiene derecho a que se le entregue la quinta parte de los bienes del otro, salvo que sea el causante del divorcio, pero el cónyuge que se hallare en los

¹⁷ Art. 109.- Son causas de divorcio:

1a.- El adulterio de uno de los cónyuges; 2a.- Sevicia; 3a.- Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial; 4a.- Amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro; 5a.- Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice; 6a.- El hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código; 7a.- Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o a uno o más de los hijos; 8a.- El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole; 9a.- El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general toxicómano; 10a.- La condena ejecutoriada a reclusión mayor; 11a.- El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente. Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges.

casos previstos en la causal 8a. y en el inciso segundo de la causal 11a. del Art. 109, conservará este derecho. Si tuviere bienes, pero no de tanto valor como esa quinta parte, solo tendrá derecho al complemento. Entre esos bienes se tomará en cuenta, para ese efecto, el valor de sus gananciales en la sociedad conyugal. En el estado de divorcio la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. Para el caso de la separación de hecho la ley no establece su posterior regulación y tratamiento.

Colombia

El Código Civil de este país como en muchos otros, se establece diferentes causas para interponer el proceso de divorcio¹⁸. La demencia, la enfermedad contagiosa y cualquiera otra desgracia semejante en alguno de los cónyuges no autoriza el divorcio, pero podrá el juez, con conocimiento de causa y a instancia del otro cónyuge, suspender breve y sumariamente, en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando sin embargo subsistentes las demás obligaciones conyugales para con el esposo desgraciado.

El marido que ha dado causa al divorcio conserva la obligación de contribuir a la congrua y decente sustentación de su mujer divorciada, y el juez fija la cantidad y forma de la contribución, atendidas las circunstancias de ambos. Pero si la mujer hubiere dado causa al divorcio por adulterio, perderá todo derecho a los gananciales, y el marido tendrá la administración y el usufructo de los bienes de ella. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.

Ninguno de los divorciados tendrá derecho a invocar la calidad de cónyuges sobreviviente para heredar abintestato en la sucesión del otro, ni a reclamar porción conyugal. Si los divorciados se reconciliaren, se restituirán las cosas, por

¹⁸ ARTÍCULO 154. Son causas de divorcio:

1ª) El adulterio de la mujer; **2ª)** El amancebamiento del marido; **3ª)** La embriaguez habitual de uno de los cónyuges; **4ª)** El absoluto abandono en la mujer de los deberes de esposa y de madre, y el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y de padre; **5ª)** Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ellos pelagra la vida de los cónyuges, o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos.

lo tocante a la sociedad conyugal y a la administración de bienes, al estado que tenían antes del divorcio, como si éste no hubiere existido.

El propio Código plantea que es una causal de divorcio la separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años. Para que la separación de cuerpos pueda ser decretada por mutuo consenso de los cónyuges, es necesario que estos la soliciten por escrito al juez competente, determinando en la demanda la manera como atenderán en adelante el cuidado personal de los hijos comunes, la proporción en que contribuirán a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos y, si fuere el caso, al sostenimiento de cada cónyuge.

Argentina

El Código Civil expresa que después del divorcio no se puede seguir hablando de sede del hogar conyugal ni de "cónyuge supérstite"; al no darse los presupuestos de aplicabilidad de la norma, el divorciado carece de derecho habitacional. Según plantea el propio Código la separación de hecho se establece cuando los cónyuges, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin causa justificada, ya sea por voluntad de uno o de ambos. Para iniciar la separación personal o de hecho bastarán dos 2 años desde haber formalizado el matrimonio, en cambio para la acción de divorcio deberán haber transcurridos tres 3 años desde la fecha de celebración del matrimonio.

La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad. Cuando media separación de hecho de los padres, el ejercicio de la patria potestad se concentra en el padre o madre que ejerza legalmente la tenencia. Pero ello no significa ni puede ser entendido como que el otro progenitor no deba responder por las obligaciones que resulten de dicho ejercicio, como es el de dar asistencia a los hijos en las enfermedades y del que no se exime ninguno de los padres aun cuando medie separación (Dossier, 2011).

Venezuela

Establece en su Código Civil determinadas causas por las que se puede interponer el proceso de divorcio¹⁹. Correspondiendo la acción de divorcio exclusivamente a los cónyuges, pero no podrán intentarse sino por el cónyuge que no haya dado causa a la misma. El Tribunal que conozca del mismo podrá, al declararlo, conceder pensión alimentaria al cónyuge que no haya dado causa al juicio, cuando éste, por incapacidad física u otro impedimento similar, se encuentra imposibilitado para trabajar y carece de otros medios para sufragar sus necesidades. Esta obligación subsiste mientras dure la incapacidad o el impedimento y cesa con la muerte del obligado, del beneficiario, o si éste último contrae nuevo matrimonio. La patria potestad de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio corresponde conjuntamente, al padre y a la madre cuando la filiación hubiese sido establecida simultáneamente respecto de ambos.

Dicho Código estipula que también se podrá declarar el divorcio por el transcurso de más de un año, después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges. En todo caso de separación de cuerpos, cualquiera de los cónyuges podrá pedir la separación de bienes, pero, si aquélla fuere por mutuo consentimiento, la separación de bienes no producirá efectos contra terceros.

Cuando la separación de cuerpos o el divorcio se haya fundamentado en alguna de las causales previstas en los ordinales 4º, 5º y 6º del artículo 185, el cónyuge que haya incurrido en ellas quedará privado de la patria potestad sobre sus hijos menores. En este caso la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro progenitor. Si éste se encontrara impedido para ejercerla, o ha sido privado a su vez de la patria potestad, el juez abrirá la tutela.

¹⁹ **Artículo 185:** Son causales únicas de divorcio:

1º El adulterio, **2º** El abandono voluntario, **3º** Los excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común, **4º** El conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución, **5º** La condenación a presidio, **6º** La adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común, **7º** La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común. En este caso el Juez no decretará el divorcio sin antes procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo.

Uruguay

En su Código Civil expresa que el divorcio sólo puede pedirse por las causas²⁰ enunciadas en el artículo 148 de este Código y por el mutuo consentimiento de los cónyuges. Con relación a la paternidad, el marido podrá desconocer la criatura nacida trescientos días después que se realizó de hecho la separación provisoria o la definitiva por sentencia que cause ejecutoria. Pero, en tal caso, podrán proponerse todos los hechos conducentes a probar la paternidad del marido. Para dicho Código la separación de hecho se presenta como una causal de divorcio siempre que se manifieste de forma ininterrumpida y voluntaria por uno de los cónyuges durante más de tres años sea cual fuere el motivo que la haya ocasionado.

España

Establece en su Código Civil que se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81. Por otro lado el cónyuge al que el divorcio o la separación de hecho le produzcan un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación,

²⁰ **Artículo 148.** La separación de cuerpos sólo puede tener lugar:

1º. Por el adulterio de cualquiera de los cónyuges. 2º. Por tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, pronunciada la sentencia criminal condenatoria. 3º. Por sevicias o injurias graves del uno respecto del otro. Estas causales serán apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación y condición del cónyuge agraviado. 4º. Por la propuesta del marido para prostituir a su mujer. 5º. Por el conato del marido o el de la mujer para prostituir a sus hijos y por la connivencia en la prostitución de aquéllos. 6º. Cuando hay entre los cónyuges riñas y disputas continuas, que les hagan insoportable la vida común. 7º. Por la condenación de uno de los esposos a pena de penitenciaría por más de diez años. 8º. Por el abandono voluntario del hogar que haga uno de los cónyuges, siempre que haya durado más de tres años. 9º. Por la separación de hecho, ininterrumpida y voluntaria de por lo menos uno de los cónyuges durante más de tres años, sea cual fuere el motivo que la haya ocasionado. 10º. Por la incapacidad de cualquiera de los cónyuges cuando haya sido declarada por enfermedad mental permanente e irreversible (artículos 431 y siguientes en cuanto sean aplicables) y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que haya quedado ejecutoriada la sentencia que declaró la incapacidad.

b) Que, a juicio del Juez, apoyado en dictamen pericial, la enfermedad mental sea de tal naturaleza que racionalmente no pueda esperarse el restablecimiento de la comunidad espiritual y material propia del estado de matrimonio.

teniendo en cuenta determinadas circunstancias. Como son la edad y estado de salud; la calificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; la duración del matrimonio y la convivencia conyugal; la pérdida eventual de un derecho de pensión; el caudal y medios económicos. Dicha compensación podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.

Con relación a la patria potestad a falta de acuerdo de ambos cónyuges, el juez, podrá determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar. El cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Cuba

El Código de Familia de nuestro país plantea que el divorcio puede obtenerse, únicamente, por sentencia judicial y acta notarial. La acción de divorcio podrá ejercitarse indistintamente por cualquiera de los cónyuges, sin especificar que quién está interponiendo el proceso de divorcio es culpable o no de la separación. El divorcio producirá entre los cónyuges, determinados efectos, donde se plantea que la extinción del matrimonio existente entre ellos, comenzará a surtir efectos a partir del día en que la sentencia adquiera firmeza.

Si los cónyuges hubieren convivido por más de un año o procreado durante el matrimonio, el tribunal, al fallar el divorcio, podrá conceder pensión a favor de uno de ellos en determinados casos. En primer lugar al cónyuge que no tenga trabajo remunerado y carezca de otros medios de subsistencia. Esta pensión tendrá carácter provisional y ser pagada por el otro cónyuge por el término de seis meses si no existieren hijos menores a su guarda y cuidado, o de un año, si los hubiere, a los efectos de que el beneficiario pueda obtener trabajo remunerado.

En segundo lugar al cónyuge que por causa de incapacidad, edad, enfermedad u otro impedimento insuperable esté imposibilitado de trabajar y, además, carezca de otros medios de subsistencia. En este caso la pensión se mantendrá mientras

persista el impedimento.

El tribunal, en la sentencia de divorcio, hará un pronunciamiento sobre la patria potestad, estableciendo como regla general que ambos padres la conservan sobre sus hijos menores. Los menores mantendrán la adecuada comunicación con el padre a quien no se difiera la guarda y cuidado.

Con relación a la separación de hecho, esta se halla totalmente ausente de nuestra legislación en materia de Familia por lo que, ambos cónyuges se encuentran violando sus deberes legales y siendo éstos susceptibles de aplicárseles determinadas sanciones.

Por ello es recomendable que, aunque no tengan claro si en un futuro inmediato se divorciarán o no, suscriban un convenio de cese temporal de la convivencia al objeto de regular su separación de hecho y evitar las consecuencias negativas que la misma pueda tener para su posterior divorcio. Por lo que no son excepcionales los casos de personas que creen que con la separación de hecho han extinguido el matrimonio por un supuesto divorcio, y luego a su fallecimiento, aquella persona que no vio en más de treinta años es la primera interesada en su sucesión.

Las normas jurídicas revisadas a los efectos del estudio jurídico comparado de la presente investigación no comprenden la institución jurídica del divorcio con carácter retroactivo, lo que induce a pensar que es una situación que se presenta de igual forma en varios países: no regulada en los ordenamientos jurídicos civiles.

2.2. Regulación legal en Cuba. Antecedentes

Con la extensión a Cuba del Código Civil español de 1888, el que empezó a regir en fecha cinco de noviembre de 1889, en él se plantea, que las relaciones jurídicas derivadas del matrimonio son la nulidad del acto matrimonial y el divorcio, éste último era de separación de cuerpos y no de disolución del vínculo. Posición asumida al amparo del legado histórico del Derecho civil español.

El Código Civil español, en el precepto del artículo ochenta y uno se plantea la separación judicial por decreto a petición de ambos cónyuges o de uno con el

consentimiento del otro. En el cuerpo legal se reconoce la posibilidad de accionar en el órgano jurisdiccional para pedir el reconocimiento jurídico de la separación de hecho antes de poder accionar en sede de divorcio. Las causales de separación se definen en el artículo siguiente, no obstante, no puede esgrimirse la infidelidad conyugal si existiere previa separación de hecho, lo que induce a pensar que el reconocimiento judicial de la separación de hecho ocurre en el momento que la misma se produce, transcurrido cierto tiempo los separados pueden accionar el divorcio como causal de extinción del matrimonio. El legislador español quiere que los cónyuges reconozcan judicialmente su separación de hecho, da un prudencial tiempo en que pueden reconciliarse o en su defecto preparar los acuerdos y la acción de divorcio para el momento que estén legitimados para ejercerla. La sentencia de separación produce la suspensión de la vida en común de los casados y con ello todos los efectos que tal particular encierra.

En los últimos años del siglo XIX y primeros del XX, se produce un condenable hecho histórico: la intervención militar norteamericana en la ya ganada guerra de independencia de Cuba contra el gobierno colonial español, que tuvo gran repercusión para el Derecho de Familia cubano al tratar los interventores de modificar la regulación del matrimonio en el Código Civil de 1889. En los primeros decenios de la República Neocolonial, los afanes legislativos en materia de Familia, se centraron en la capacidad civil como es el caso de la Ley de 19 de junio de 1916.

A partir de 1918 y en la Ley de 9 de julio de 1918 se institucionalizó el divorcio vincular o desvinculatorio. Comienza dentro de la República neo-colonial, la etapa de la legislación divorcista que va a dominar el panorama jurídico dentro del Derecho de Familia, hasta bien entrada la década de los años treinta.

Antecedentes de este empeño acerca del divorcio vincular existían desde las constituciones mambisas, y en la pseudo-República desde 1903 y en años sucesivos (1910, 1913, 1914) en que se presentaron distintos proyectos de ley sobre divorcio desvinculatorio o con disolución del vínculo jurídico entre los contrayentes. A partir de ella el divorcio fue la institución del Derecho de Familia,

más recurrida por los legisladores cubanos, promulgándose sucesivas leyes de divorcio, como la de 4 de julio de 1927, 4 de junio de 1928, 31 de julio de 1928, 6 de febrero de 1930, 7 de marzo de 1931, Decreto Presidencial No. 2947 de 30 de noviembre de 1933, Decreto-Ley No. 206 de 10 de mayo de 1934 (el más importante en esta materia por ser el que reglamentó de nuevo y de modo total esta institución), el Decreto-Ley No. 739 de 4 de diciembre de 1934, el Decreto-Ley No. 740 de 4 de diciembre de 1934, (Pairó, 1935, pág. 41 y sgtes).

Las razones de las promulgaciones sucesivas y cercanas en el tiempo, se fundamentaban en la confesada convivencia de perfeccionar el divorcio desvinculatorio, aumentando o precisando la relación de causales, aligerando el procedimiento, acelerando el tiempo de sus trámites. La institucionalización del divorcio vincular en el derecho positivo cubano con la ley de 19 de julio de 1918 y su última concreción en el Decreto-Ley 206 de 1934, no significó sin embargo la derogación del divorcio de separación de cuerpos o no vincular del Código Civil, el que se mantuvo para los contrayentes que hubieran contraído también matrimonio religioso, en el caso de la disolución del mismo (Castillo, Derecho de Familia, 2004, pág. 44). En resumen, la legislación más avanzada en materia de Derecho de Familia, en todo este recuento de nuestro país, es la Constitución de 1940.

Al seguir las huellas de la Historia, la profesora OLGA MESA CASTILLO²¹ reconoce que, antes que Cuba, Bolivia, en 1972 y Costa Rica, en 1973 emitieron Códigos de Familia muy revolucionarios, pero con limitaciones innegables aún. Al promulgarse el Código de Familia en 1975, como Código independiente del Civil, todas las instituciones relativas a la familia son reguladas en él, conformándose un cuerpo legal exclusivamente dedicado al Derecho sustantivo regulador de las instituciones de familia.

El Código de Familia cubano asumió instituciones de su homólogo, el boliviano, no obstante omite las instituciones de separación de hecho y divorcio retroactivo. De esta forma no brinda tutela jurídica a los derechos de los cónyuges en el período que media desde la ocurrencia de la separación de hecho o de cuerpos y el reconocimiento de la disolución del vínculo matrimonial, a saber de la disolución

²¹ Profesora Titular y Consultante de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

de la comunidad matrimonial de bienes, los derechos sucesorios del cónyuge supérstite y la impugnación de la paternidad.

2.3. Propuesta de la autora

Los elementos teórico-jurídicos que permiten reconocer legalmente la retroactividad de los efectos del divorcio son que al producirse la separación de hecho dejan de manifestarse los siguientes requerimientos:

El matrimonio implica hacer vida en común, formando un hogar en cuyo gobierno participan ambos, ya que si se toma en cuenta este particular, donde el elemento subjetivo constituye la voluntad de los cónyuges para sostener en el tiempo sus relaciones maritales. Cuando estas dejan de existir por voluntad de uno o de ambos cónyuges se desconfigura el requisito antes planteado donde los cónyuges no desean seguir viviendo juntos y en consecuencia el gobierno del hogar no lo llevan juntos, se propiciaría o clasificaría entonces la llamada separación de hecho. Aunque con especial relación este aspecto tiene un elemento subjetivo el cual no depende precisamente de los cónyuges, ya que en determinados casos las parejas tienen que vivir de forma separada. De modo que es muy difícil de medir, que al vivir en hogares diferentes, sea cual fuere la causa, no se está cumpliendo con los fines que el matrimonio logra alcanzar.

El matrimonio implica estabilidad y singularidad entre los cónyuges; características estas que vienen muy unidas de la mano, ya que una se relaciona con la otra. Las cuales se basan en la firmeza, permanencia en la relación, fijeza en la posición que se adopte y el modo de pensar o de obrar de cada uno. La singularidad se basa en la tenencia de una sola relación de pareja, en tanto la estabilidad se refiere a la permanencia en el tiempo de esta única relación. La separación de hecho y no de derecho, unida a una nueva relación de pareja implica que esta última unión no pueda reconocerse como unión matrimonial no formalizada debido a que no cumple con el requisito de singularidad, debido a que preexiste un vínculo matrimonial. Donde se toma en cuenta que cuando todo ello deja de manifestarse, no sería objetivo seguir arraigado a una relación conyugal que no se desea.

Los cónyuges quedan obligados a vivir juntos, guardándose lealtad, consideración, respeto y ayuda mutua. La lealtad depende de la conciencia y del sentido de responsabilidad y respeto de cada cónyuge. Con su incumplimiento se produce frustración de un proyecto de vida. Con relación a la consideración, esta se pierde cuando ya no existe sacrificio, lealtad, bondad con su pareja. Implica, sin dudas, el respeto por el ejercicio de los derechos inherentes a la personalidad del otro. La ayuda mutua deja de manifestarse cuando se pierden entre sí muchos aspectos afectivos, de apoyo, de consejo, de asistencia en la vida cotidiana de la pareja.

Se conforma un caudal común compuesto por los bienes adquiridos por título oneroso con los ingresos de los cónyuges, el cual se manifiesta a través de la existencia de una comunidad matrimonial de bienes donde se establece sobre esta una forma de copropiedad reconocida por el ordenamiento civil cubano que es la copropiedad en común y la misma está integrada por bienes considerados comunes o adquiridos a título oneroso por los cónyuges dentro del matrimonio.

El hecho de que el régimen económico del matrimonio para nosotros sea el de comunidad no impide que hayan bienes propios y bienes comunes, así el artículo treinta del Código de Familia define cuales son los bienes que tienen el carácter de comunes e integran la comunidad matrimonial, sobre los cuales ambos miembros de la pareja mantienen una copropiedad y el artículo treinta y dos recoge los bienes que han de ser considerados como propios de cada uno de los cónyuges. Los artículos 30 y 31 norman los bienes que son considerados comunes a los efectos de la Ley, entre estos señala:

1. Los salarios o sueldos, jubilaciones, pensiones u otra clase de ingreso que ambos cónyuges o cualquiera de ellos obtenga durante el matrimonio, como producto del trabajo o procedente de la seguridad social.
2. Los bienes y derechos adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno de los cónyuges.
3. Los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o de los propios de cada uno de los cónyuges.

La comunidad matrimonial de bienes es administrada por los cónyuges y cualquiera de ellos puede realizar indistintamente actos de administración y de adquisición de bienes destinados al uso de la familia, sin embargo, ninguno de los miembros de la pareja podrá realizar actos de dominio en relación con los bienes comunes si el previo conocimiento del otro.

De este modo cuando ocurre la separación de hecho y no de derecho y uno de los cónyuges contrae relaciones de pareja con otro sujeto, comienza a crear con el mismo un caudal de bienes que forman parte de la comunidad matrimonial de bienes del matrimonio legalmente formalizado con su cónyuge. Donde se desprotegen los derechos patrimoniales del sujeto que hubo de unirse extramatrimonialmente con aquel que se separó de hecho.

Como segundo elemento se plantea que el divorcio procederá siempre que el matrimonio pierda su sentido para los esposos, los hijos y la sociedad, a partir de una situación objetiva (donde clasifica la separación de hecho) en la que el matrimonio haya dejado de ser o no sea en el futuro una unión heterosexual en la que se ejercen los derechos, se cumplen las obligaciones y se logran los fines del matrimonio. La separación de hecho es una de las situaciones objetivas que se pueden dar en la realidad a través de las cuales el matrimonio pierde su sentido para los cónyuges. Donde no se obtienen los fines del matrimonio o se cumplen las obligaciones entre los esposos, como debiera ser.

Es propicio evaluar para futuras investigaciones el divorcio con carácter retroactivo a partir de la existencia de la separación de hecho.

2.4. Regularidades obtenidas en la aplicación de las entrevistas

El aumento del divorcio constituye hoy una de las transformaciones recientes de mayor relevancia en lo que respecta a las relaciones familiares. A pesar de que su número no ha cesado de aumentar desde la temprana aprobación de las leyes de divorcio, las estadísticas señalan que las últimas décadas han sido el escenario de un crecimiento particularmente pronunciado de las rupturas conyugales.

La explicación de este aumento probablemente deba ser rastreada en el marco de profundas transformaciones culturales que afectan al conjunto del mundo

occidental, en especial con una mayor valoración de la autonomía individual, y con la redefinición de las actitudes hacia el matrimonio.

Se aplican un total de treinta y cinco entrevistas, dirigidas a abogados, notarios, jueces; en las cuales se obtuvo como resultado que varios juristas comparten el criterio de que sería prudente establecer el carácter retroactivo del divorcio. Las informaciones aportadas resultaron de medular importancia para dotar a la investigación del enfoque práctico que todos los trabajos relacionados con la ciencia del Derecho ameritan. En este sentido, la investigación refiere las preguntas realizadas a operadores del Derecho como el anexo número uno.

En la pregunta número uno el 97 % de los entrevistados creen que si se hace vida en común no siempre habrá que entender que persiste el matrimonio, ya que en la sociedad existen personas que viven en común en el mismo espacio habitacional, aunque separados de hecho y nunca llegan a formalizar el divorcio por la vía legal. En la pregunta número dos la totalidad de los profesionales entrevistados comparten la idea de que la separación de hecho es una situación intermedia entre el matrimonio y el divorcio. Esta separación se manifiesta a través de un ambiente en el que dos personas que han contraído matrimonio se encuentran viviendo de forma separada e independiente, sin que el matrimonio haya sido disuelto ni se encuentre en proceso de separación matrimonial.

La separación una situación real en la que se hallan los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que causa justificada alguna imponga tal decisión, sea por voluntad de uno o ambos cónyuges. La separación de hecho no debe ser considerada como una forma de alentar la ruptura del vínculo matrimonial; y con ello desestabilizar la institución jurídica social del matrimonio; sino por el contrario lo que se pretende es dar solución a los casos en que excepcionalmente la comunidad de vida (que implica, entre otros supuestos, la convivencia fáctica) se ha roto de un modo irremediable.

En la pregunta número tres el 97 % de los profesionales entrevistados coinciden con el criterio de que la separación de hecho es algo frecuente en la práctica profesional, por lo que no son excepcionales los casos de personas que creen que

con la separación de hecho se extingue el matrimonio por un supuesto divorcio, y luego a su fallecimiento, aquella persona que no vio en más de treinta años es la primera interesada en su sucesión. Ya que al no disolver el vínculo matrimonial por la vía legal siguen estando presente todos los deberes y derecho para la pareja casada.

En la pregunta número cuatro el total de los entrevistados aprecian que no sería importante el tiempo que llevan separados de hecho para poder solicitar el divorcio con carácter retroactivo, ya que lo trascendente es la situación de hecho respecto a la separación sin formalizar el divorcio desde el punto de vista legal. El tiempo transcurrido entre el hecho y su formalización en el derecho, así como su cuantía es de lo que resulta que se deban de retrotraer los efectos del divorcio al momento de la separación, que anterior en tiempo, no interesa cuánto.

En la pregunta número cinco el 97 % de los profesionales entrevistados valoran la importancia que debe merecer la inexistente figura jurídica del divorcio con carácter retroactivo en el ordenamiento civil cubano, ya que se plantea que mientras no se reconozca esta situación se les atribuyen derechos a personas sobre bienes muebles o inmuebles, en cuya adquisición no tuvieron participación alguna. De esta manera se pueden propiciar soluciones a determinadas problemáticas que acontecen a diario, surgidas en el contexto de la sociedad conyugal con la presencia de la separación de hecho de los cónyuges.

En la pregunta número seis el 97 % de los profesionales entrevistados coinciden con la idea de que se entiende por divorcio con carácter retroactivo es el reconocimiento legal de los efectos del divorcio al retrotraerlos al momento de iniciada la separación de hecho. Se trata de considerar como fecha del divorcio a los efectos procedentes la de iniciada la separación de hecho y no la de formalizada la separación del vínculo matrimonial.

De modo que la comunidad matrimonial de bienes tenga una duración en tiempo con inicio en la formalización del matrimonio y con fin en la separación de hecho, el cónyuge supérstite sea el que al momento de la muerte se encuentre unido al que falleciere si por la existencia de un vínculo matrimonial anterior, no estuviere formalizado su matrimonio y que el momento de la separación de hecho marque el

punto en el tiempo que es imposible la gestación humana dada la no tenencia de relaciones sexuales, lo que destruye la presunción de paternidad de los cónyuges. En la pregunta número siete al 91 % de los profesionales entrevistados se le ha dado en la práctica profesional la necesidad de la institución jurídica del divorcio con carácter retroactivo para resolver una determinada situación. Al estar los cónyuges separados de hecho y no de derecho, se destacan como principales cuestiones, la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, el reconocimiento de derechos sucesorios del cónyuge supérstite y la impugnación de paternidad.

Las soluciones legales, casi nunca son las más justas, sobre la base de que se le conceden beneficios a aquel que de hecho no posee vínculo alguno con el causante, en fin, favorece a las personas en cuanto a sus efectos, o sea, a la conformación de determinadas facultades que pueden derivarse de un vínculo que existe de derecho y no de hecho.

La no existencia de la institución conduce a pensar que es más importante la formalidad del documento del divorcio para disolver el vínculo matrimonial que la existencia en la realidad de relaciones de pareja y de convivencia asociadas al reconocimiento de ciertos derechos en virtud de las posiciones que se asuman por los intervinientes.

Si el Derecho instituye el reconocimiento de la iniciación de la unión matrimonial no formalizada y equipara sus efectos al del matrimonio propiamente dicho, le falta por simple analogía reconocer que de igual forma sucede al momento de la extinción del vínculo ya que los cónyuges se pueden separar de hecho y no de derecho con anterioridad a este momento. Se trata de que el Derecho reconozca el momento en que se produce la separación de hecho y retrotraiga los efectos del posterior divorcio a este momento.

CONCLUSIONES

PRIMERA: el matrimonio es la unión voluntaria de los contrayentes con aptitud legal para ello, sustentada en el amor recíproco, el respeto y la consideración mutua sobre los intereses comunes. Como una de las formas de extinción del matrimonio se encuentra el divorcio, el cual se manifiesta a través de la disolución del vínculo matrimonial, que tiene como intención dar término a la relación conyugal, por no existir las condiciones para lo que fue creado. Por otro lado existe un intervalo de tiempo en el que los cónyuges se encuentran separados de hecho pero no de derecho; definiéndola como la suspensión de la vida en común de los cónyuges sin que medie la ruptura por la vía legal. Posterior a esta separación se da la necesidad de retrotraer los efectos del divorcio al momento en que se inició dicha separación, por lo que entenderíamos entonces que el divorcio con carácter retroactivo es el reconocimiento legal de los efectos del divorcio retrotrayéndolo al momento de iniciada la separación de hecho.

SEGUNDA: el Código de Familia cubano a diferencia de los foros consultados no implementa la separación de hecho o de cuerpos como el reconocimiento legal de una situación fáctica en la que los cónyuges se separan en la realidad sin disolver el vínculo matrimonial desde el punto de vista legal. Por otro lado la Ley familiar cubana y las normas foráneas consultadas no regulan la institución jurídica del divorcio retroactivo.

TERCERA: el reconocimiento del divorcio con carácter retroactivo en el ordenamiento jurídico familiar cubano trae como consecuencia una necesaria y especial protección no solo de los cónyuges que se separan de hecho y no de derecho sino también de terceros en sede de comunidad matrimonial de bienes, derechos sucesorios y filiación.

RECOMENDACIONES

PRIMERO: evaluar en futuras modificaciones del Código de Familia cubano la pertinencia de incluir la institución del divorcio retroactivo.

SEGUNDO: utilizar el resultado del trabajo como soporte bibliográfico, para futuras investigaciones.

TERCERO: socializar el conocimiento contenido en el presente trabajo mediante su publicación en los espacios disponibles, y su presentación y discusión en eventos de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y demás eventos afines al tema aquí abordado.

BIBLIOGRAFÍA

- Abbagnano, N. (2004). *Diccionario de Filosofía* (Vol. 1). (A. N. Galleti, Trad.) La Habana, Cuba: Pueblo y Educación.
- Abbagnano, N. (2004). *Diccionario de Filosofía* (Vol. 2). (A. N. Galleti, Trad.) La Habana, Cuba: Pueblo y Educación .
- Alessio, M. F. (2011). *La separación de hecho y sus efectos patrimoniales*. Recuperado el 04 de 05 de 2014, de <http://www.monografias.com>
- Alonso, M. d., & Gete. (1997). *Manual de Derecho Civil* (1 ed., Vol. 1). Madrid, España: Reus.
- Armengol, C. M. (2012). *Investigación y comunicación de la Ciencia Jurídica*. La Habana: Felix Varela.
- Asamblea Nacional del Poder Popular. (2004). *Constitución de la República de Cuba*. La Habana: MINJUS.
- Asamblea Nacional del Poder Popular. (2004). *Ley No. 1289 de fecha 14 de febrero de 1975, Código de Familia*. La Habana, Cuba: MINJUS.
- Asamblea Nacional del Poder Popular. (2004). *Ley No.59 de fecha 16 de julio de 1987, Código Civil (Actualizado)*. La Habana, Cuba: MINJUS.
- Asencio, C. (2003). *La familia en el Derecho*. Porrúa.
- Asencio, C. (1988). *Matrimonio. Compromiso jurídico de la vida conyugal*. Mexico: Limusa.
- Bermejo, F. S. (1982). *Elementos de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch.
- Bermejo, J. L. (1984). *El nuevo régimen de la familia. Tutela e instituciones afines*. (1 ed., Vol. 3). Madrid , España: Cuaderno Civitas.
- Bueno, F. D. (1985). *El negocio jurídico* (3 ed.). Madrid, España: Civitas S.A.
- Bulté, J. F. (2004). *Manual de Derecho Romano* (2 ed., Vol. 1). La Habana, Cuba: Félix Varela.
- Bulté, J. F. (2004). *Teoría del Estado y el Derecho. Teoría del Derecho* (1 ed., Vol. 2). (M. E. Herrera, Ed.) La Habana, Cuba: Félix Varela.
- Bulté, J. F. (2004). *Teoría del Estado y el Derecho. Teoría del Derecho* (1 ed., Vol. 1). (M. E. Herrera, Ed.) La Habana, Cuba: Félix Varela.

- Campillo, F. (04 de 10 de 2010). *Separación de Hecho*. Recuperado el 04 de 05 de 2014, de <http://www.fcabogados.es>
- Campins, L. H. (26 de 07 de 1982). Código Civil de Venezuela. Caracas , Venezuela: Red Informática Andina.
- Castillo, O. M. (2004). *Derecho de Familia* (2 ed., Vol. 1). La Habana, Cuba: Félix Varela.
- Castillo, O. M. (2005). *Derecho de Familia* (Vol. 2). La Habana, Cuba: Félix Varela.
- Castillo, O. M. (1989). El divorcio: otro ángulo de análisis. (38).
- Castillo, O. M. (s.f). *El Matrimonio*. La Habana.
- Castillo, O. M. (s.f). *La familia y el matrimonio en Cuba*. La Habana.
- Codificación No.000. Registro oficial/ Sup 104; Código Civil de Ecuador. (1970).* Ecuador.
- Código Civil de la República Bolivariana de Venezuela. (1982).* Caracas , Venezuela.
- Código Civil Español. (1889).* Madrid, España.
- Collado, D. A. (1980). *Derecho de Familia* . La Habana, Cuba: Pueblo y Educación.
- Decreto Federal Legislativo No. 2-95; Código Civil de la República de Chile. (1857).* Santiago de Chile , Chile.
- Decreto Legislativo No. 295; Código Civil de la República de Perú. (1984).* Lima, Perú.
- Díaz, C. d. (2006). *Derecho Civil* (Vol. 2).
- Díaz, C. T. (1983). *Derecho Civil. Parte General* (1 ed., Vol. 1). La Habana, Cuba: ENPES.
- Dihigo, T. L. (2006). *Derecho Romano* (4 ed., Vol. 2). La Habana, Cuba: Félix Varela.
- Divorcio. (24 de 8 de 2008).* Recuperado el 11 de 3 de 2014, de <http://www.porticolegal.com/foro/familia>
- Dossier. (8 de 2011). *Alimentos: Selección de jurisprudencia y doctrina*. Recuperado el 6 de 5 de 2014, de <http://www.monografias.com>
- Espada, S. M. (2007). *Los derechos sucesorios delas parejas de hecho*. Madrid , España: Thomson-Civitas.
- Ferrer, F. A. (2004). *Código Civi I Comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Derecho de Familia* (1 ed., Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

- Gallardo, L. B. (2009). Un fantasma recorre latinoamérica en los albores dl siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C* (23).
- Gallardo, L. B., & de, A. K. (2006). *Nuevos perfiles del Derecho de Familia. Libro homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Ley 340; Código Civil de la República de Argentina*. (1869). Buenos Aires , Argentina.
- Montt, M., & Ovalle, F. J. (2000). *Código Civil de la República de Chile. Actualizado*. Santiago de Chile, Chile.
- Noriega, M. L. (2005). Algunas lagunas de la crisis de la institución matrimonial. *Revista Sacerdos* (57).
- Pairó, A. D. (1935). El divorcio en Cuba. *Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho* .
- Picazo, L. D. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (Vol. 1). Madrid, España.
- Picazo, L. D., & Ballesteros, A. G. (1992). *Sistema de Derecho Civil* (2 ed., Vol. 2). Madrid, España: TECNOS S.A.
- Picazo, L. D., & Gullon Ballesteros, A. (s.f). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés* (Vol. VIII). La Habana, Cuba: Editorial Cutural S.A.
- Ruggiero, R. (1929). *Instituciones de Derecho Civil* (4 ed., Vol. 2). (J. S. Cruz, & R. Serrano, Trads.) Madrid, España: Reus S.A.
- Ruggiero, R. (1929). *Instituciones de Derecho Civil* (4 ed., Vol. 1). (J. S. Cruz, & R. Serrano, Trads.) Madrid , España: Reus S.A.
- Ruggiero, R. (1931). *Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia; Derecho Hereditario* (Vol. 2). Reus S.A.
- Salvini, A. F. (2012). *Matrimonio. Algunos aspectos de consideración notarial en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina.
- Santibañez. (s.f). *Apuntes de Derecho Romano*.
- Tobeñas, J. C. (1988). *Derecho Civil español, común, floral* (Vol. 3). Madrid, España: Reus.
- Valverde, L. G. (2012). *Libro de especialización en Derecho de Familia*. Lima, Perú.

ANEXOS

ANEXO 1. ENTREVISTA.

La siguiente Entrevista será utilizada como material bibliográfico en una Tesis de Grado por lo que le garantizamos que permanecerá en el anonimato y que se agradecerá sinceramente su participación.

Profesión _____ Años de experiencia _____

1. Cree usted que si se hace vida en común, siempre habrá que entender que persiste el matrimonio.

2. ¿Qué usted entiende por separación de hecho?

3. La separación de hecho es algo frecuente en la práctica profesional.

4. Aprecia usted que sería importante el tiempo que llevan separados para poder solicitar el divorcio con carácter retroactivo.

5. ¿Qué valoración le merece la inexistencia de la figura jurídica del divorcio con carácter retroactivo en el ordenamiento civil cubano?

6. ¿Qué usted entiende por divorcio con carácter retroactivo?

7. Se le ha dado en la práctica profesional el caso de la necesidad de la institución jurídica del divorcio con carácter retroactivo para resolver una situación de un cliente que se encuentre separado de hecho y no de derecho con su cónyuge. Explique

_____ Liquidación de la Comunidad Matrimonial de Bienes.

_____ El reconocimiento de derechos sucesorios del cónyuge supérstite.

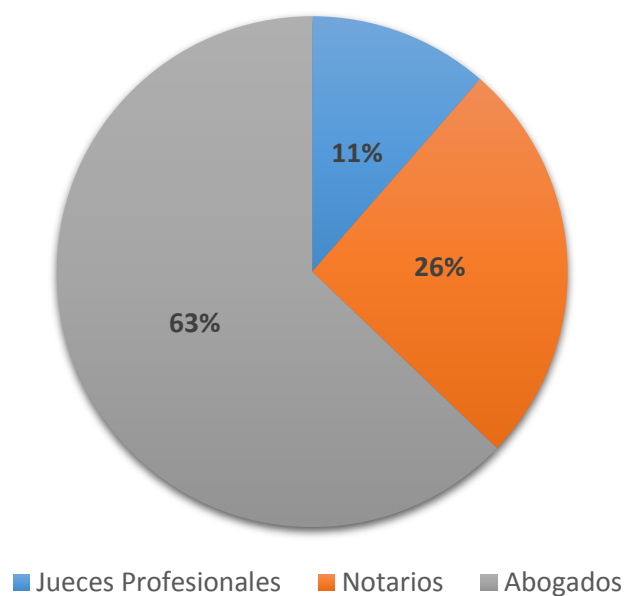
_____ Impugnación de paternidad.

ANEXO 2. Tabla y Gráfica contentivas de los datos de los entrevistados.

Objetivo: Demostrar el porcentaje analizado de cada uno de los operadores del Derecho que se entrevistaron.

	Jueces profesionales	Notarios	Abogados	Totales
Cantidad de entrevistados	4	9	22	35
Por ciento de la muestra	11.4	25.7	62.8	100
Promedio de años de experiencia	18	6	15	39

Entrevistas a operadores del Derecho



ANEXO 3 Gráfico de las preguntas.

Objetivo: Ilustrar en la muestra el análisis de cada una de las respuestas de modo afirmativo o negativo. Con el interés de verificar el grado de aceptación de la institución jurídica de separación de hecho y divorcio con carácter retroactivo.

