

Dianet García Álvarez, Javier Rodríguez Febles y Dayron Lugo Denis ↵

Análisis del marco teórico-contextual y jurídico-normativo del divorcio por mutuo acuerdo con hijos menores. Particularidades en Cuba

Analysis of the Theoretical-Contextual and Legal-Normative Framework of Divorce by Mutual Agreement with Minor Children. Particularities in Cuba

Análise do arcabouço teórico-contextual e normativo-jurídico do divórcio por mútuo acordo com filhos menores. Particularidades em Cuba

Resumen: *La comunidad científica siempre agradece estudios de impacto socio-jurídico con trascendencia a escala internacional. Se aporta un interesante análisis en el orden teórico-contextual y jurídico-normativo sobre el divorcio por mutuo acuerdo con hijos menores, enfatizando en su comportamiento en la legislación cubana actual. Se parte desde la génesis y desarrollo evolutivo espacio temporal de la referida institución jurídica. Se abordan los fundamentos que atribuyen al conocimiento del notario público la tramitación del divorcio.*

↵ Dianet García Álvarez: Licenciada en Derecho. Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez, Cuba. Estudiante de Maestría en Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad de Camagüey Ignacio Agramonte y Loynaz, Cuba. Abogada de Bufetes Colectivos. ORCID: 0000-0001-7588-1971

✉ dianetga95@gmail.com

↵ Javier Rodríguez Febles: Licenciado en Derecho. Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez, Cuba. Estudiante de Maestría en Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad de La Habana, Cuba. Profesor e investigador de Derecho Constitucional de la Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez, Cuba. ORCID: 0000-0001-6715-7385

✉ javierrf0492@gmail.com

↵ Dayron Lugo Denis: Licenciado en Derecho. Universidad de Camagüey Ignacio Agramonte y Loynaz, Cuba. Doctor en Ciencias Pedagógicas. Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez, Cuba. Profesor e investigador en la Escuela de Derecho de la Universidad César Vallejo de Piura, Perú. ORCID: 0000-0003-4439-2993

✉ dlugo@ucv.edu.pe

Se comparten consideraciones técnicas sobre el divorcio judicial y el divorcio notarial, que evidencian los beneficios de tramitarse en sede notarial. El notario público, es sin equívocos, el profesional cualificado e idóneo para disolver el vínculo matrimonial, en sede extrajudicial. Su función asesora y legitimadora contribuye a salvaguardar los derechos inherentes a los hijos menores. Se analiza el tratamiento jurídico-comparado del divorcio por mutuo acuerdo, cuestión que resulta pertinente como base para ulteriores propuestas de perfeccionamiento en el orden legislativo. En consecuencia, el estudio de la Convención de los Derechos del Niño y su repercusión en el Divorcio por mutuo acuerdo se constituyen en otro punto de vital interés que convierte esta investigación en una valiosa propuesta para la comunidad jurídica y la sociedad contemporánea.

Palabras clave: *divorcio por mutuo acuerdo con hijos menores, divorcio judicial notario público, Convención de los Derechos del niño, ordenamiento jurídico.*

Abstract: *The scientific community always appreciates socio-legal impact studies with international significance. An interesting analysis is provided in the theoretical-contextual and legal-normative order on divorce by mutual agreement with minor children, emphasizing their behavior in current Cuban legislation. It starts from the genesis and evolutionary development of the temporal space of the aforementioned legal institution. The foundations that attribute to the knowledge of the notary public the process of divorce are addressed. Technical considerations are shared on judicial divorce and notarial divorce, which demonstrate the benefits of filing at a notary office. The notary public, is unequivocal, the qualified and suitable professional to dissolve the marriage bond, in an extrajudicial seat, while he contributes with his advisory and legitimizing function to safeguard the inherent rights of minor children. The comparative legal treatment of divorce by mutual agreement is analyzed, an issue that is relevant as a basis for further proposals for improvement in the legislative order. Consequently, the study of the Convention on the Rights of the Child and its impact on Divorce by mutual agreement constitutes another point of vital interest that makes this research a valuable proposal for the legal community and contemporary society.*

Keywords: *divorce by mutual agreement with minor children, judicial divorce notary public, Convention on the Rights of the child, legal system.*

Resumo: *A comunidade científica sempre aprecia estudos de impacto sócio-legal com significado internacional. Uma análise interessante é apresentada na ordem teórico-contextual e normativa-legal sobre o divórcio por mútuo acordo com filhos menores, enfatizando seu comportamento na legislação cubana em vigor. Começa a partir da gênese e desenvolvimento evolutivo do espaço temporal da referida instituição legal. São abordados os fundamentos que atribuem ao conhecimento do notário o processo de divórcio. Considerações técnicas são compartilhadas sobre o divórcio judicial e o divórcio notarial, que demonstram*

os benefícios de um depósito em cartório. O notário é inequívoco, o profissional qualificado e adequado para dissolver o vínculo matrimonial, em assento extrajudicial. Seu papel consultivo e legitimador contribui para salvaguardar os direitos inerentes aos filhos menores. O tratamento jurídico comparativo do divórcio por mútuo acordo é analisado, questão relevante como base para novas propostas de aprimoramento da ordem legislativa. Consequentemente, o estudo da Convenção sobre os Direitos da Criança e seu impacto no Divórcio por mútuo acordo constituem outro ponto de interesse vital que torna essa pesquisa uma proposta valiosa para a comunidade jurídica e a sociedade contemporânea.

Palavras-chave: *divórcio por mútuo acordo com filhos menores, divórcio judicial notário público, Convenção sobre os Direitos da Criança, sistema jurídico.*

Recibido: 20201015

Aceptado: 21210531

Introducción

Las relaciones humanas han estado marcadas históricamente por un complejo carácter social al encontrar en sus uniones un lugar colmado de los sentimientos más profundos, que permitieron a su vez, la promesa de una vida eterna entrelazada. El amor se ha convertido en el arquitecto de la institución del matrimonio, corporizado por los efectos personales y patrimoniales que como consecuencia se presentan, trae consigo el credo en la sociedad de su perpetuidad y deriva en la concepción de la iglesia de la obligatoriedad de prohibir al hombre lapidar el matrimonio.

Empero, constituye una realidad palpable que el amor no dura para siempre y el matrimonio concertado sobre la base del compromiso, la confianza y el cariño, pierde toda funcionalidad. Resulta pertinente la comprensión y la permisibilidad por parte de los ordenamientos jurídicos de la disolución de un vínculo matrimonial que conveniente para el bien de la familia o no es real e inevitable, a pesar de que, como afirmara Pérez (2007) constituya un dogma irrefutable para el Vaticano.

Las implicaciones que giran para algunos teóricos en torno a un tema concebido como destructor de los principios básicos de la familia y de la sociedad y para otros únicamente un ejercicio de libertad en el Estado social y democrático de Derecho son, en la mayoría de los casos, antagónicas y basadas en diferentes opciones de la vida, en distintas comprensiones ideológicas o, en demasiados casos, religiosas. (Ordalín, 2015-2016, p. 6)

En consecuencia, el divorcio como institución no puede ser visto desde la falsilla que pudieran imponerle los patrones ético-morales, sino que debe valorarse desde la multicausalidad de situaciones en que pueden encontrarse los sujetos implicados.

El Derecho como ordenador de situaciones de hecho juega un papel decisivo en la regulación de las separaciones que necesitan protección normativa, en aras de hacer valer sus efectos. El divorcio, que en su devenir histórico ha transitado desde legislaciones que lo aceptan hasta aquellas que lo prohíben, encontró en sede judicial un lar-

go y tortuoso camino que fue acrecentando los efectos nocivos de una ruptura tan abrupta como la que supone la disolución del vínculo marital, incrementando con su rememoración las heridas y los reproches que de forma directa repercutieron en quienes desempeñan un rol secundario: los hijos.

Es preciso, desjudicializar el divorcio en aras de simplificar el proceso, otorgarle celeridad y reducir el coste psicológico y social que supone para los hijos procreados, al armonizar las relaciones tanto entre los cónyuges como con sus hijos y evitar efectos perjudiciales en la salud mental de los menores. El divorcio ante notario se convierte en la vía más factible y pacífica para disolver la unión formalizada dotada por la función que por antonomasia le es atribuible al notario, la dación de fe, que a su vez impregna todo el documento de un alto sentido de legalidad, profesionalidad y autenticidad.

Es impensable concebir que la resolución judicial o la escritura de divorcio solucionan los problemas intrínsecos del proceso de divorcio y todo lo que significa para la familia, ya sea desde el punto de vista personal, colectivo, económico y hasta social. (Ordalín, 2015-2016, p. 17)

No obstante, la vereda notarial supone para los cónyuges la vía de mayor privacidad y menor costo emocional para terceros afectados indirectamente, por lo que si las partes han acordado poner fin a su relación no es dable someterlos a un proceso judicial cuando ciertamente no hay matiz de litigio alguno.

Resulta ineludible realizar todo un análisis teórico-doctrinal del divorcio que permita identificar la génesis de esta institución, así como su evolución y las diferentes concepciones normativas que lo han arropado en su devenir histórico. En este sentido determinar la influencia que ha tenido en Cuba el contexto internacional que ha permitido el desarrollo y avance de las concepciones sobre el divorcio y sus regulaciones legales, permitiendo su conocimiento en sede notarial, sin obviar la vía jurisdiccional para los casos donde no medie entendimiento de las partes.

1.1 Devenir histórico contextual y teórico-doctrinal del divorcio por mutuo acuerdo. Apuntes necesarios

La disolución del vínculo matrimonial supone un acontecimiento que inevitablemente cobra alto protagonismo en la sociedad contemporánea, e influye de forma directa en las relaciones de corte jurídico, con especial énfasis en el Derecho de Familia

y en el Derecho de Obligaciones. La institución del divorcio goza de su florecimiento en los albores de la civilización romana, derivada del nombre *Divortium* devenía en la disolución del vínculo matrimonial que podía acaecer tanto por acuerdo de ambos cónyuges como por *repudium*, cuando fuere solo la voluntad de una de las partes (Fernández, 1982) (Mesa, 1997).

Inicialmente el divorcio se convirtió en una prerrogativa exclusiva de los hombres, pudiendo ejercer el derecho al repudio a diferencia de la mujer. Según Ruiz (1992) y Morilla (2008), la misma se encontraba sometida a la *manus*⁽¹⁾, bajo el poder de su esposo. Esta situación de inferioridad que investía a la mujer no tardó en ser erradicada y con la promulgación de la Ley de las XII Tablas, final de la República y comienzos del Imperio, obtuvo la mujer mayores facilidades, la facultad del divorcio se convertiría entonces en uno de sus grandes resultados.

Según Fernández (1987) y Romero (2002) tanto la institución del matrimonio como la del divorcio quedaron supeditadas a la *affectio maritalis*, uno de los principales aportes del emperador Augusto. A *contraris*, de los resultados alcanzados con respecto al divorcio la aparición del cristianismo en Roma supuso todo un revés de la institución y convirtió al matrimonio en un estricto estado de indisolubilidad, considerada lícita su ruptura por los cristianos solo en circunstancias justificadas.

Con posterioridad, Justiniano logró legislar dos formas de disolución del vínculo matrimonial, siendo según Ventura (1998), el *divortium communi consensu* y el *repudium*. Este legado se convirtió en piedra angular según Belluscio (1981) para el establecimiento en Roma de cuatro formas definitivas de disolución del matrimonio, el mutuo consentimiento, la *bona gratia* y el repudio con o sin causa.

España, país que gustó de todo el caudal jurídico legado del imperio Romano, no tardó en desarrollar la institución del divorcio. La Ley de Matrimonio Civil de 1870 introdujo un divorcio consistente en la separación de los cónyuges, que, a pesar de no ser compatible con la denominación de divorcio sostenida en la actualidad, fue ubicada bajo el mismo calificativo. Según Morilla (2008) estuvo regulado en el Capítulo VII de la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870 y de forma concreta establecía las causas por las cuales se procedería⁽²⁾.

El Derecho Español no tardó en colocar la supremacía de la iglesia en los asuntos de jurisdicción voluntaria y el 10 de febrero de 1875 se publicó un Decreto que derogaría a la ley anterior y situaría al divorcio en sede de competencia de los Tribunales

Eclesiásticos. Posteriormente, fue regulada la institución del divorcio en el Anteproyecto del Código Civil aprobado en 1889, como copia fiel de la institución regulada en la ley anterior, reconocido como divorcio no vincular. A pesar de que el movimiento legislativo tuvo un connotado desarrollo, lo cierto es que la institución del divorcio no significó un avance en el derecho objetivo familiar español (Navarro, 1972).

Es válido acotar que la única modificación realizada al Código Civil español de 1889 durante años consistió en la realizada por la Ley de 24 de abril de 1958, para que desapareciera del Código el término divorcio y se sustituyera por separación personal. Ulteriormente, el término divorcio fue nuevamente admitido en la Constitución Española de 1978 e implantado a través de la Ley de 1981, que a decir de Muñoz (2004), Lledó y Ferrer (2010) estuvo dotado de un alto matiz judicial.

El ordenamiento jurídico cubano, descendiente de todo el proceso legislativo español en materia civil, pone al descubierto una serie de antecedentes que permiten observar el desarrollo alcanzado por la institución del divorcio en Cuba. Según Valdés (2007) la evolución de la institución se enmarca en cuatro etapas fundamentales, las cuales inician con la puesta en vigor del Código Civil español de 1889, donde se reconocía como divorcio una mera separación de cuerpos, caracterizado por la figura preponderante del hombre como padre de familia y su estricta sujeción al orden religioso.

La segunda etapa de desarrollo del divorcio estuvo enmarcada a partir de la promulgación en 1918 de la Ley que concebía al Divorcio fuera de sede religiosa y establecía nuevas causales, liberando a los cónyuges para contraer nuevamente matrimonio. Fue reformada tras la aprobación de la Ley Notarial de 1937, que según Pérez (2007) confirió el conocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria al notario, específicamente la competencia del divorcio por mutuo acuerdo⁽³⁾.

Empero, esta facultad de los notarios cubanos para conocer de los citados asuntos, tuvo una efímera vigencia interrumpida según Ordellín (2015-2016) por la puesta en vigor de la Constitución de 1940, producto de una interpretación errónea de los conceptos de jurisdicción voluntaria, se derogaba la precursora Ley de 1937 y emplazaba su conocimiento solo en competencia de los jueces, que se convierten en los únicos facultados para administrar justicia. La puesta en vigor de la citada Carta Magna significó un reverso en la evolución del proceso legislativo al colocar todo el poder jurisdiccional en los tribunales y matizar al divorcio con carácter contencioso⁽⁴⁾.

Según la autora Valdés (2007) no fue hasta la promulgación de la Ley Nro. 1289 del Código de Familia de 1975 que se reconoce la institución del divorcio, sin enunciar taxativamente sus causas y se reconoce la posibilidad de disolver el matrimonio por la voluntad de ambos o de uno de los cónyuges, este logro legislativo marcó un punto de avance en todo el proceso normativo en materia de Derecho de Familia. Por su parte la promulgación de la Ley Nro. 50 de 28 de diciembre de 1984 de las Notarías Estatales permitió que se le atribuyera al notario el conocimiento de determinados expedientes de jurisdicción voluntaria⁽⁵⁾.

La pertinencia del conocimiento por parte del notario de tales asuntos, trajo consigo la posibilidad del fedatario público de demostrar su alto nivel técnico y profesional, que coadyuvó a la consolidación de la confianza del Estado en el notario, permitiéndole la inclusión del conocimiento de divorcio por mutuo acuerdo con hijos menores comunes. En este sentido se promulga el Decreto-Ley 154 de 1994, que atribuyó al notario público el conocimiento del divorcio por mutuo acuerdo, aunque se mantuvo su tramitación en sede judicial, por el tribunal competente.

El surgimiento de esta acertada Ley constituyó un paso de avance en la tramitación de divorcios que ascienden desmesuradamente en la comunidad contemporánea, al introducir significativas modificaciones al Código de Familia. Se ofreció mayor seguridad y protección jurídica tanto a los ex cónyuges como a sus hijos. De esta forma Cuba se convierte en pionera de todo un proceso de desjudicialización del divorcio al situar al notario como figura primordial y garante en la disolución del vínculo matrimonial por acuerdo consensuado, dotado de un alto contenido legal e ineludible fuerza probatoria, alejado de todo calificativo litigioso.

I.2 Fundamentos que atribuyen al conocimiento del notario público la tramitación del divorcio

La alta radicación de asuntos jurisdiccionales con un sinnúmero de expedientes de divorcios consensuados en los órganos jurisdiccionales de carácter alitigioso engendró la necesidad de sustraer de la competencia de los tribunales el conocimiento de tales asuntos, lo que permitiría otorgarles a los demás trámites judiciales la celeridad y la agilidad requerida. En este sentido, la idea de desjudicializar el divorcio ganó adeptos en la sociedad, y permitió a su vez la potenciación de los trámites de la disolución del vínculo marital amistosamente frente al fedatario público.

A decir del autor Pérez (2009) fueron varias las causas que generaron el conocimiento de los trámites de divorcio por mutuo acuerdo por el notario competente⁽⁶⁾, que pasó de ser un *judices cartularii* a convertirse en notario, investido por el Estado de la fe pública notarial y a dotar sus documentos de alto valor probatorio, legalidad y autenticidad, ofreciéndole seguridad jurídica a la *praxis* notarial. La naturaleza alitigiosa del divorcio por mutuo consenso constituyó un elemento fundamental que permitió su sustracción del conocimiento de la competencia judicial⁽⁷⁾.

Sin equívocos, la disolución consensuada del matrimonio, que no supone oposición de interés alguno entre las partes no encontró sentido en sede judicial, devino como obstáculo en los trámites judiciales y corporizó al divorcio consensuado como una institución litigiosa. El divorcio por mutuo acuerdo no presenta esos rasgos de litigiosidad que muchos autores se empeñan en destacar⁽⁸⁾ y por ende constituye una de las vías más factibles para potenciar la autonomía de la voluntad de los cónyuges, con mayor privacidad, sin dejar a un lado los intereses de los hijos menores procreados.

Otro de los aspectos de vital importancia fue el alto número de radicación de asuntos en sede judicial, la mayoría de ellos de naturaleza no conflictual, que no requerían de su resolución por vía contenciosa. Sin la presencia de litis en estos asuntos de jurisdicción voluntaria se hacía innecesaria la intervención del órgano jurisdiccional y entorpecía la celeridad de los asuntos que por su contenido controversial requerían el pleno conocimiento del archicitado órgano.

Siguiendo la lógica planteada no existe motivo para destacar la prevalencia de la función judicial por encima de la notarial en cuestiones de jurisdicción voluntaria. Desde esta perspectiva se comparte criterio con el autor Ordellín (2015-2016), quien refiere que la jurisdicción voluntaria constituye una facultad del Estado que puede ceder a cualquier órgano que considere, toda vez que no deja de ser una función pública y además regula intereses jurídicos privados⁽⁹⁾.

La excelencia de la función desempeñada por el notario, con todas las garantías que ofrece a sus documentos y la experiencia acumulada en el conocimiento de actos de jurisdicción voluntaria, desde la promulgación de la Ley 50 de 28 de diciembre de 1984, Ley de las Notarías Estatales, con una vigencia hasta ese momento de diez años de labor, permitieron el traslado del conocimiento del divorcio por mutuo acuerdo a los fedatarios públicos. La experiencia demostró la celeridad que acontecía en los órganos judiciales con la supresión de estos asuntos⁽¹⁰⁾ y además mostró la idoneidad de los notarios para conocer de los divorcios consensuados.

Otro de los elementos que permitieron la atribución del conocimiento del divorcio por mutuo acuerdo al notario público fue la necesidad de ofrecer celeridad a los trámites de disolución del vínculo matrimonial. Se hizo innecesario aplazar los trámites de divorcio en tribunales, que la mayor parte del tiempo no contaba con la debida atención para otorgarle a las rupturas en las que ambos cónyuges se encontraban de acuerdo, con relación a la disolución del vínculo que los unía y al régimen de convenciones adoptadas sobre los hijos menores concebidos.

El fedatario público en uso de amplio conocimiento heredado de todo un proceso de formación profesional, producto de un examen de oposición entre aspirantes, para el cual se exige obligatoriamente el egreso de la carrera de Licenciatura en Derecho se convirtió en el funcionario idóneo de atribución de la competencia del divorcio por mutuo consenso.

El notario público se considera el funcionario público idóneo para la autorización de la escritura pública del divorcio por mutuo consenso. Su fundamento subyace en los principios de profesionalidad, dación de fe y vestigio de legalidad que impregna a los actos y hechos de relevancia jurídicas que autentica. Es válido acotar que para ser habilitado y nombrado como notario público se exige además de la titulación en derecho y las condiciones éticas requeridas, aprobar un riguroso examen teórico-práctico, que corroboran su preparación técnica-jurídica y deontológica para desempeñarse como fedatario público.

La fe pública notarial se constituye en el pilar fundamental que favoreció el conocimiento de los divorcios consensuados por parte del notario y permitió la impresión de seguridad y viso de autenticidad al documento autorizado por el fedatario público. Esta a su vez asintió el realce social que precisaba la institución del divorcio sin agravar ni agrietar los cimientos de la familia nuclear. La fe pública notarial concede a los documentos notariales el apurbo de certidumbre requerido, a fin de que el Estado reconozca y proteja los derechos que derivaban de estos, lo que posibilita su conversión en prueba preconstituida frente a terceros.

I.3 Disquisiciones técnicas sobre el divorcio judicial y el divorcio notarial

El divorcio constituye el medio legal por el cual se produce la disolución del vínculo matrimonial, donde ambos cónyuges trasladan al ámbito jurídico la separación de hecho, a fin de que surta efectos legales. Es considerada como la vía necesaria para aquellas familias donde el amor y la confianza perdieron toda funcionalidad.

Según el profesor Pérez (2007) la tasa de divorcio en la sociedad contemporánea aumenta desmesuradamente y eleva los números de familias fracturadas, aunque bien es cierto que no queda nada que hacer cuando el matrimonio ha perdido su sentido.

Varios autores en conjunto con diversos ordenamientos jurídicos sostienen heterogéneas clasificaciones en torno al divorcio⁽¹¹⁾, todas las cuales varían según el sistema y las leyes que rigen cada país. El ordenamiento jurídico cubano reconoce dos formas de disolución de la unión matrimonial, el divorcio por mutuo acuerdo y el divorcio por justa causa, regulado este último en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE) en los ordinales del 382 al 392.

En el caso de la Carta Magna de la República de Cuba solamente establece en su artículo 82 el reconocimiento de la institución del matrimonio como una de las formas de organización de las familias, así como la unión estable y singular, dejando a la ley la facultad de regular como se constituye, formaliza y disuelve dicha institución (Constitución de la República de Cuba, 2019).

Es dable señalar como explica Trujillo y Pérez (2016) que el divorcio por mutuo acuerdo encuentra amparo normativo tanto en sede notarial en virtud del Decreto-Ley N.º 154 de 1994 “Del Divorcio ante notario público” como en sede judicial en el supuesto de declinación de actuación del fedatario, por los trámites recogidos en los artículos 380 y 381 de la citada ley procesal. Los mencionados artículos reglan los trámites del divorcio por mutuo acuerdo en sede judicial cuando el notario por los diferentes preceptos establecidos en los artículos 5, 6, 8 y 11 del citado Decreto-Ley o por encontrar que existe alguna discrepancia no salvable con respecto a determinada cuestión se abstiene de actuar.

Cuando persista el disenso por parte de los cónyuges en el divorcio se apertura proceso judicial en el Tribunal Municipal competente mediante escrito, solicitando la disolución del matrimonio y estableciendo las convenciones en cuanto a la patria potestad, la guarda y cuidado de los hijos menores procreados, el régimen de comunicación, la pensión alimenticia y la división de los bienes comunes. Resulta pertinente acotar que es obligatorio acompañar al escrito de solicitud o a la demanda del escrito de abstención de actuación del notario de conocimiento Ley N.º 7 (1977).

Según el ordinal 381 de la citada ley procesal una vez admitido el escrito, el tribunal señalará comparecencia a fin de que los cónyuges ratifiquen personalmente la intención de disolver el vínculo y el mutuo acuerdo de las convenciones. De no

comparecer alguno de los cónyuges o no ratificar alguno de ellos el propósito de divorciarse se dispondrá el archivo de las actuaciones, de ratificarlo positivamente se dictará sentencia y quedará legalmente formalizado el divorcio y las demás convenciones que decidan los excónyuges, con plena aptitud para formalizar nuevas nupcias.

El divorcio notarial, precisa para su proceder de un escrito de solicitud y la manifestación positiva de ambos cónyuges con el acuerdo arribado en cuanto a las convenciones Decreto-Ley N.º 154 (1994), dignificado por su celeridad dista del divorcio por justa causa, portador de una complejidad superior que requiere la redacción de una demanda que inicie el procedimiento en sede contenciosa. La demanda estará acompañada de los documentos acreditativos de las situaciones jurídicas objeto del proceso⁽¹²⁾ y las medidas provisionales concernientes a guarda y cuidado y pensión alimenticia de los hijos menores procreados y del cónyuge.

Ambos procesos asumen puntos en común respecto a la legitimación para el ejercicio de la acción, a cargo únicamente por los cónyuges en ambas sedes y encuentran su distinción respecto a la apertura del proceso, de obligatoria concurrencia de ambos cónyuges frente a notario, mientras que en el litigante el proceso será iniciado por uno solo de los cónyuges. Desde este extremo el divorcio como institución, visto desde ambas aristas, ilustra su carácter personal y convierte al ejercicio de su acción en imprescriptible (Ley N.º 7, 1977, art. 373).

La representación letrada se convierte en requisito esencial para la acreditación de las partes en sede judicial, sujeto a la obligación de hacerse representar por un abogado a cada uno de los cónyuges para comparecer (Ley N.º 7, 1977, art. 378). En el divorcio notarial la representación letrada queda supeditada a la voluntad de los intervinientes, quiénes pueden concurrir directa y personalmente o representados por un mismo abogado (Decreto-Ley N.º 154, 1994, art. 2). La representación voluntaria procede en ambos supuestos siempre que sea otorgado poder ante notario público y este sea válido⁽¹³⁾. La representación voluntaria en el divorcio notarial procederá mediante declaración jurada (Resolución N.º 182, 1994, art. 2.2).

En materia de causales de divorcio se abrogaron las causas *numerus clausus* que precedieron todo el sistema legislativo referente al divorcio, aperturada a todas aquellas que fundamenten la pérdida del sentido del matrimonio e impedimento de los fines para los cuales se creó Trujillo y Pérez (2016). Resulta pertinente resaltar la celeridad que manifiesta el proceso notarial en el que solo se requiere de la voluntad de los cónyuges para dar por terminado el vínculo marital, mientras que, en sede con-

tenciosa, se precisa de una concisa fundamentación en la demanda de los motivos que sustentan la pérdida del sentido del matrimonio.

El divorcio notarial se convierte en un procedimiento rápido, sencillo y económico para obtener la disolución del matrimonio, basta con la concurrencia de ambos cónyuges ante notario y la manifestación de su voluntad de divorciarse, a partir de estar de acuerdo en todos los extremos de la separación y en los pronunciamientos en cuanto al régimen de convenciones a adoptar. La autorización de la Escritura Pública, regido por el principio de unidad de acto, exige que se integre en un mismo acto la corporeidad, la evidencia y las solemnidades que requiere, de forma tal que se autorice en un mismo día.

El divorcio judicial por su parte es un proceso más engorroso y con mayor complejidad. Caracterizado por su dilación y gasto para las partes, exige la contratación de un letrado para la representación de cada uno de los cónyuges y pone a cargo de los intervinientes los costes que conlleva el procedimiento hasta obtener la sentencia. Exige la celebración de comparecencia con el objetivo de promover el diálogo productivo, llegar a acuerdos convenientes para ambos y sobre todo encaminar el proceso por una vía pacifista.

Conjuntamente con la comparecencia con el auto de medidas provisionales, la exigencia de pruebas testificales, la posibilidad de audiencia para informe oral y los términos que establece el divorcio judicial materializan la complejidad y dilación del proceso. La práctica de pruebas permite que la parte actora pruebe ante el tribunal que el matrimonio perdió el sentido para los cónyuges, los hijos y la sociedad, cuando la parte demandada no reconozca los hechos expuestos en la demanda, de contrario si ambos intervinientes están de acuerdo en que se falle sin necesidad de prueba se dictará sentencia.

Resulta pertinente acotar el tratamiento a los hijos comunes menores en ambas sedes. Constituye una ventaja del divorcio notarial la actuación del fedatario público al contemplar en las convenciones referentes a los menores a los hijos comunes habidos dentro y fuera del matrimonio, de forma tal que no queden desprotegidos ante la ley. Mientras que en el divorcio judicial solo se contemplarán dentro de las convenciones a los hijos comunes menores habidos dentro del matrimonio. Los hijos comunes menores habidos fuera del matrimonio para hacer cumplir sus derechos tendrán que ir al tribunal en proceso sumario de alimentos o de guarda y cuidado.

En cuanto a los efectos del divorcio, produce los mismos efectos para ambos procesos sin distinguir, producto de su reconocimiento en la ley sustantiva, al disponer que el divorcio traiga consigo la disolución del vínculo marital con los efectos establecidos posteriormente en la norma (Ley N.º 1289, 1975, art. 49). A decir de Trujillo y Pérez (2016) consideran en principio cuatro efectos fundamentales que operan para el divorcio: el efecto material o sustantivo, el efecto registral, los efectos económicos y los efectos sucesorios.

El primer efecto enunciado es el efecto material o sustantivo, pieza clave que permite la existencia de los demás y consiste en la propia disolución del lazo matrimonial. En segundo escaño se encuentra el efecto registral que demuestra la inexistencia del vínculo matrimonial entre los excónyuges y permite su constitución como prueba frente a terceros, con nota al margen en la inscripción de matrimonio y en las inscripciones de nacimiento de ambos excónyuges. Como tercer efecto se encuentra el económico, que posibilita la disolución de la comunidad matrimonial de bienes muebles, por vía notarial o judicial, dentro del término de un año posterior al divorcio.

Por último, se encuentran los sucesorios que extinguen los derechos hereditarios entre los excónyuges. El proceso notarial goza de ventaja con respecto a la firmeza del divorcio al adquirir plena vigencia la Escritura de Divorcio desde que es firmada por el notario, *a contrariis* del proceso judicial donde la sentencia surtirá efectos una vez decursado el término de cinco días hábiles posterior a la notificación del divorcio.

Cuando exista interés de alguno de los excónyuges de modificar las convenciones una vez adquirida firmeza el divorcio, la ley deja expedita dos vías, ante notario si existe consenso en torno a las convenciones o por vía judicial en los incidentes en cuestión de discrepancias. La vía notarial solo podrá ser posible si el divorcio como cuestión principal fue ventilado en sede notarial, de haber sido resuelto mediante sentencia, solo podrá ser modificado por un órgano jurisdiccional. Resueltas las mismas ante notario mediante una Escritura Pública de Modificación del Régimen de Convenciones y ante tribunal mediante sentencia.

1.4 Tratamiento jurídico-comparado del divorcio por mutuo acuerdo

El divorcio en el ordenamiento jurídico patrio produce la disolución del vínculo matrimonial entre los cónyuges. Reconocido por la norma sustantiva de familia, ofrece para los cónyuges la posibilidad de poner fin al lazo marital, cuando acuerden mutuamente su disolución o cuando haya perdido su sentido para los cónyuges, los hijos y la sociedad.

Fatídicamente el número de familias fracturadas por el divorcio aumenta y son disímiles los hogares en que se terminan dañando a los más pequeños, los hijos menores.

Sin embargo, no puede negarse su necesidad en aras de evitar conflictos mayores entre personas que no comparten ya sentimientos vinculantes y les resulta imposible una vida en común. El divorcio surge así para eliminar tensiones, disolver un lazo ilusorio en el terreno de los hechos y ofrecer a los excónyuges la posibilidad de contraer nuevo matrimonio, sin dejar a un lado los hijos que fueron concertados. Cabe resaltar que en los albores de la sociedad el divorcio una vez realizado prohibía a los excónyuges la posibilidad de celebrar nuevas nupcias Morilla (2008).

Para la doctrina española el divorcio, entendido como la disolución del matrimonio, deviene en la ineficacia sobrevenida de un matrimonio plenamente vigente que, debido a la concurrencia de uno de los supuestos previstos en la ley, hace desaparecer entre los cónyuges, (...), definitivamente el vínculo matrimonial que les venía uniendo. La jurisprudencia guatemalteca y panameña coinciden al reconocer al divorcio como la disolución del matrimonio y subrogan su eficacia al cumplimiento de una suma de causas. Cabe resaltar que la legislación guatemalteca reconoce al divorcio y a la separación como instituciones diferentes Decreto-Ley N.º 106 (1964) y Ley N.º 3 (1994).

El ordenamiento jurídico cubano adelantado a su época, suprimió las causas que sancionaban el divorcio y amplió su conocimiento a sede notarial. América Central quedó al margen de estos influjos y prescindió de la participación del notario al matizar al divorcio con un obligatorio carácter judicial en disímiles de sus países. El mutuo consentimiento se convierte en causal de divorcio, sin concebirse como vía independiente, a diferencia de Cuba que admite el mutuo acuerdo como proceso independiente en sede notarial y prevé en sede judicial un procedimiento por mutuo acuerdo en el supuesto de que el notario se abstenga de actuar.

El Código de Familia en Costa Rica alude a dos vías para obtener el divorcio, el divorcio sanción mediante las causales previstas en su artículo 48 y el divorcio remedio con inclusión del mutuo consentimiento, que a su vez constituye causal del artículo citado, adscriptas todas a proceso judicial (Ley Nro. 5476, 1973). De esta forma se pronuncia el legislativo de El Salvador, que reconoce al divorcio como causal de disolución del matrimonio y establece una suma de causales dentro de las que suscribe el mutuo consentimiento, matizándola con carácter contencioso al establecer que “el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial decretado por el juez” (Decreto N.º 677, 1993, art. 104-106).

La legislación hondureña comparte criterio con las anteriores citadas al establecer causas *numerus clausus* para obtener el divorcio y suscribir dentro de estas al mutuo consentimiento de los cónyuges, todas las cuales serán alegadas ante tribunal competente (Decreto N.º 76-84, 1984, art. 238). El ordinal 237 establece que “el divorcio deberá declararse por sentencia judicial” (Decreto N.º 76-84, 1984), cabría señalar que se encuentra direccionada en la misma senda de la legislación salvadoreña al plasmar en sus leyes sustantivas la obligatoriedad de que la disolución del matrimonio sea por vía judicial. Por tanto, resulta cuestionable, al no considerar la sede notarial para su solución.

Un tópico que demanda atención en el alusivo cotejo es lo concerniente a las separaciones de hecho. El Código de Familia de Honduras realiza una distinción entre divorcio y separación de hecho y condiciona al divorcio al cumplimiento del término de 2 años de vigencia de la separación de hecho para su posterior elucidación. Esta separación podrá solicitarse al transcurrir un año de eficacia del matrimonio, solicitado ante el juez mediante un escrito petitorio en el que se haga alusión a la guarda y cuidado del menor, el régimen de comunicación y la pensión alimenticia (Decreto N.º 76-84, 1984, art. 232-235 y 238.8).

Además, el referido ordenamiento solo permite el divorcio consensuado si los cónyuges son mayores de edad y han materializado su matrimonio por dos años (Decreto N.º 76-84, 1984, art. 243). Pudiera señalarse que el legislador hondureño considera que la institución del divorcio o separación de los cónyuges debe estar condicionada a término en aras de que la decisión de los consortes sea pensada y analizada con la debida madurez y pueda cambiar la situación de hecho, se proteja a la familia y por supuesto a los menores del hogar.

Desde esta arista se pronuncia la normativa familiar panameña al reconocer en su cuerpo legislativo a la separación de hecho, bajo el calificativo de separación de cuerpos. Además, incluye los requisitos de mayoría de edad, vigencia del matrimonio por dos años y le suma un nuevo acápite, contentivo de la obligatoriedad de las partes a ratificar la solicitud de divorcio al transcurso de los dos meses y antes de los seis meses que fue presentada la demanda de divorcio (Ley N.º 3, 1994, art. 199 y 212.10).

El ordenamiento jurídico cubano no reconoce la separación de hecho de los cónyuges ni la vigencia de tiempo para poder divorciarse, basta con el acuerdo mutuo de los cónyuges, o que al menos uno de ellos considere que el matrimonio ha perdido su sentido para la sociedad, la pareja y los hijos. Resulta avanzado y pertinente el razo-

namiento del legislador cubano al tratar de llevar de la mano al Derecho y la sociedad. Es criterio compartido en la presente investigación la necesaria libertad de decisión de los cónyuges sin su sujeción a término, que, demostrado en la práctica, está desprovisto de eficacia.

Resulta sugestivo direccionar las miradas al procedimiento de divorcio por mutuo consentimiento. Son disímiles las legislaciones que a pesar de matizar al proceso judicialmente requieren la entrega de conjunto con la solicitud, de un escrito que contenga lo resuelto por los cónyuges con relación a la patria potestad de los hijos, guarda y cuidado, régimen de comunicación y pensión alimenticia. Coincide con Cuba la normativa panameña al requerir en su artículo 218 del Código de Familia la obligatoriedad de pronunciarse respecto a las citadas convenciones para decretar el divorcio.

Igualmente se pronuncia el ordenamiento jurídico de Costa Rica al reconocer el divorcio y a la separación judicial por mutuo acuerdo⁽¹⁴⁾ con la exigencia de la suscripción de un convenio ante notario público que contenga la voluntad de los cónyuges y además se pronuncie con respecto a los particulares citados anteriormente en relación a los hijos comunes menores. El convenio contendrá lo relativo a la guarda y cuidado del menor, la obligación de alimentos para con el hijo y además la obligación de pensión de un cónyuge a otro si convinieren pactarla, con inclusión de la manifestación sobre el destino de los bienes comunes Ley N.º 5476 (1973).

Las legislaciones salvadoreña y hondureña incluyen dentro de sus cuerpos normativos familiares el divorcio por mutuo acuerdo y la obligatoriedad de los cónyuges de convenir ante notario público lo concerniente a la guarda y cuidado de los hijos comunes menores. Por su parte, la normativa salvadoreña se pronuncia además de la guarda y cuidado, sobre el régimen de visitas, la pensión alimenticia con respecto a los hijos menores, la determinación de la vivienda y la liquidación del patrimonio conyugal. El juez será el encargado entonces de aprobar el convenio cuando a su juicio no se vulneren los derechos de los hijos menores Decreto N.º 76-84 (1984) y Decreto N.º 677 (1993).

Cabe resaltar que respecto a la legislación familiar costarricense se omite lo relativo al régimen de comunicación del padre que no tiene la guarda y cuidado del menor, y se deja este particular a arbitrio de las partes, lo que pudiera suponerse en detrimento del horario de descanso y educación del menor. La legislación panameña incluye el traslado de las convenciones al Ministerio Público, encargado de velar por la protección de la familia y los derechos de los hijos Ley N.º 3 (1994). Coincide así

con la normativa familiar cubana, al considerar al Fiscal como la figura competente para la protección de los derechos del menor.

En estos países se le otorga cierta participación al notario en los procesos de divorcio por consenso de los cónyuges, sin embargo, no se le reconoce su función fedataria ni su integridad profesional, y se coloca al margen de la función escribana, como simple confeccionador de una escritura que no adquiere eficacia jurídica hasta que no es aprobada por el juez. Limitar la función notarial del fedatario en América Central constituye una negación de los pilares que sustentan la función del notario y su propia naturaleza.

La legislación nicaragüense coincide con la legislación cubana al transferir el conocimiento del divorcio por mutuo acuerdo al notario, con la limitación de la inexistencia de hijos menores de edad y mayores incapacitados, mantiene así estas cuestiones en sede judicial en aras de su protección. Es importante acotar que el ordenamiento jurídico familiar cubano no realiza alusión alguna en el proceso de divorcio notarial en cuanto a los hijos mayores incapacitados. El Código de Familia de Nicaragua exige, además, que de haber bienes comunes exista previo acuerdo y se entregue ante notario certificación negativa de la existencia de hijos menores Ley N.º 870 (2014).

El ordenamiento jurídico cubano se ubica en la vanguardia dentro de los ordenamientos jurídicos de América Central con relación al divorcio por mutuo acuerdo, al trasladar a sede notarial el conocimiento de los divorcios con hijos menores. De acuerdo con el profesor Ordellín (2015-2016), la actuación de los notarios por más de veinte años de Divorcio Notarial en Cuba “han garantizado equivalentemente a la función judicial, la garantía de la eficacia jurídica y legal de estos actos, sin que disminuya su trascendencia jurídica y su importancia social” (p. 25).

La regulación del divorcio notarial cubano constituye un paso de avance en todo el proceso legislativo familiar. Permite mayor celeridad y menor coste emocional para los cónyuges cuyo matrimonio ha perdido todo sentido. Constituye el acto solemne de reconocimiento de la figura del notario al demostrar la plena confianza del Estado en su actuación y sitúa a Cuba a la avanzada, como ejemplo a disímiles países latinoamericanos.

I.4.1 Especial referencia a la Convención de los Derechos del Niño y su repercusión en el Divorcio por mutuo acuerdo

Cuba desde el triunfo de la Revolución en 1959 ha formulado y mantenido una política proteccionista en torno a los derechos de la niñez y la adolescencia. La Constitución de la República de Cuba constituye prueba fehaciente de que esta protección se ha convertido en objetivo priorizado del Estado, otorgándole supremacía constitucional y carácter inviolable a los derechos de los niños, incluidos dentro de los derechos, garantías y deberes reconocidos a los ciudadanos.

Numerosas han sido las legislaciones que propugnan los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en nuestro país, dentro de ellas se destaca el Código de Familia, que instituye como uno de sus objetivos fundamentales las relaciones paterno filiales con toda la gama de cuestiones que de esta se derivan y el Código Civil, que a decir de Palmero (2011) reconoce la ejecución de su capacidad de hecho al posibilitar su participación en contratos de servicio de evidente simplicidad y en la adquisición de bienes de escaso valor. Forman parte también de este acervo jurídico la Ley de Seguridad Social, la Ley de Maternidad, entre otras disposiciones jurídicas⁽¹⁵⁾.

El cúmulo de normativa destinada a la protección de los menores, demuestra la política proteccionista del Estado cubano y la materialización del reconocimiento y disfrute de los derechos de educación, salud y seguridad social. A pesar de su normativa obsoleta en torno a la protección de los menores, la promulgación de la Ley 16 de 1978, Código de la Niñez y la Juventud, constituyó un importante instrumento jurídico de amparo a los derechos e intereses del menor, que amplió toda la gama jurídica concerniente a su protección.

La necesidad de su reformación tiene su fundamento en la promulgación del Convenio de los Derechos del Niño y su suscripción por Cuba en 1990. Este importante cuerpo jurídico constituye un hito evolutivo en todo el proceso concerniente a la defensa de los derechos del infante debido a su dimensión jurídica y social. Comenzaría a regir el instrumento jurídico más garantista y completo en materia de derechos, ratificado universalmente por todos los países de los cinco continentes, con las únicas excepciones de Estados Unidos y Somalia⁽¹⁶⁾.

Regido por el principio: No hay nada más importante que un niño o una niña⁽¹⁷⁾ se constituye la política de protección al menor en Cuba, país que además del conjunto de cuerpos normativos, cuenta con la Comisión de Atención a la Niñez, la Juventud y

la igualdad de los derechos de la mujer, que funciona adscripta a la Asamblea Nacional del Poder Popular y asesora en torno a la protección de los niños, jóvenes y mujeres, tanto a la Asamblea como al Consejo de Estado. Se precisa la necesidad del conocimiento por parte de sus ciudadanos de toda la universalidad jurídica que salvaguarda los derechos del menor en aras de evitar su vulneración.

La Convención de los Derechos del Niño constituye uno de los instrumentos de la doctrina de la protección integral, que sitúa al menor como sujeto de derecho, desvirtúa el concepto de concepción del menor como destinatario pasivo de utilidades y lo coloca como sujeto activo receptor de sus propios derechos. Reconocido como el cuerpo jurídico vinculante más importante en torno a protección de la infancia, contiene derechos civiles, políticos, económicos y culturales, todos consagrados en su articulado, organiza las relaciones que se producen entre los infantes, la familia y el Estado y pauta la posición a asumir por los mismos.

El citado instrumento jurídico instituye cinco principios que rigen todo su articulado, el principio de la no discriminación, referente a la obligación de cada Estado a aplicar los derechos plasmados en la Convención a cada niño, sin distinción alguna y a la prevención de medidas para asegurar la protección de los mismos, contra toda forma de discriminación. El interés superior del niño como otro de sus principios, encaminado a la posibilidad de expresión del punto de vista del menor en las situaciones que a él se refieran de acuerdo a su raciocinio, que lo convierte gradualmente en figura principal de toma de decisiones respecto a sus intereses.

Conteste con Galiano (2012) y Velazco (2012) el interés superior del niño no es más que la satisfacción integral de sus derechos y el desarrollo de su personalidad en su formación como ser humano. En este sentido el niño tendrá derecho a participar activamente en todos los asuntos que puedan afectarle y el Estado tendrá la obligación de asumir una postura respecto a la garantía de su autonomía, en el ejercicio de sus derechos. El citado principio constituye el pilar rector de la Convención de los Derechos del Niño y de la política trazada por los Estados signatarios, con su obligatorio cumplimiento.

Otro de los principios que enarbolan la citada Convención es el principio de prioridad absoluta consistente en la obligación por parte de la familia, el Estado y la sociedad de velar por los derechos y garantías de los menores como prioridad absoluta y colocarlo en primer escaño. Se establece, además, el principio de solidaridad Estado-Familia-Sociedad⁽¹⁸⁾, partidario del respeto que ha de brindársele a la responsabili-

dad de los representantes legales del menor, a fin de que puedan ser instruidos en la aplicación de la Convención y en la protección de los derechos de su representado.

El principio de participación desempeña un rol fundamental en el archicitado instrumento jurídico y además en la presente investigación, toda vez que está orientado al derecho del menor de expresar su opinión en todo asunto que lo afecte, teniendo en cuenta su edad y discernimiento Resolución N.º 44 (1990). El derecho a ser escuchado y a ser respetado en los asuntos que concierne a su persona contribuye al desarrollo de su personalidad y a su participación como sujeto activo en la sociedad, así como a la formación de juicio propio. La propia Convención establece la posibilidad de la escucha del menor en todos los procesos judiciales o administrativos que lo afecten.

Es dable señalar que el principio de participación y el de interés superior del menor se encuentran entrelazados, en tanto la participación del menor implica el derecho a intervenir en los asuntos concernientes a su persona y el pilar del interés superior del menor implica el derecho a ser escuchado de acuerdo a su edad y madurez, de forma tal que todos sus derechos en cuestión sean satisfechos. Son varios los asuntos en la sociedad contemporánea en los que el menor constituye punto central de debate, es por ello que se necesita de la protección de sus derechos, pero además del conocimiento de su punto de vista.

Es el divorcio, sin lugar a dudas, uno de los procesos que más entrañan participación de menores, toda vez que existe un crecimiento desmesurado de disoluciones matrimoniales con hijos menores de edad. Resulta pertinente señalar que el divorcio notarial constituye sede de autonomía de la voluntad de los cónyuges, donde manifiestan su decisión referente a la disolución de su unión matrimonial y concerniente a los hijos y los bienes adquiridos. El Decreto-Ley N.º 154 de 1994 es el encargado de regular el divorcio notarial, establece todo el procedimiento mediante el cual se llevará a efectos el divorcio y el régimen de convenciones a adoptar Decreto-Ley N.º 154 (1994).

Este Decreto-Ley le otorga la posibilidad al notario de velar por los derechos del menor y cuidar que las convenciones acordadas por los progenitores no vayan en detrimento de sus intereses. Al regirse por el Código de Familia cuida que no se menoscabe el normal desarrollo y cuidado de los hijos, la comunicación de los mismos con ambos progenitores, la satisfacción de sus necesidades económicas, la salvaguarda de sus intereses y el cumplimiento de los deberes de los padres Decreto-Ley N.º 154 (1994). El fedatario público constituye un veedor de la protección de los derechos de los hijos menores habidos en el matrimonio.

Las convenciones a adoptar relativas al menor consisten en la patria potestad del menor, su guarda y cuidado, el régimen de comunicación con el padre que no ostente la guarda y cuidado y la pensión alimenticia. En cuanto al régimen de comunicación de los menores con sus padres, la Convención de los Derechos del Niño se pronuncia en su ordinal 9, al establecer que en caso de que los padres estén separados el niño debe mantener relaciones personales y directas con ambos progenitores en salvaguarda del interés superior del niño Resolución N.º 44 (1990).

En torno a la guarda y cuidado de los niños y la responsabilidad por su normal desarrollo también se pronunció la Convención, al instituir en su ordinal 18 la obligación de ambos padres a la crianza y desarrollo del niño, con el interés superior del menor como premisa fundamental. Sus pronunciamientos no obviaron la responsabilidad monetaria de los padres y en su artículo 27 establece la obligación de ambos padres de otorgarle al menor dentro de sus posibilidades las condiciones necesarias para su desarrollo. Posiciona al Estado como responsable entorno a las garantías de pago por parte de sus padres de la pensión alimenticia Resolución N.º 44 (1990).

El Decreto-Ley N.º 154 de 1994 establece vías para la protección de los derechos de los hijos menores habidos en el matrimonio, e instituye la intervención del fiscal como representante legal del menor cuando algunas de las convenciones menoscaben sus derechos. Sin embargo, lo cierto es que se precisa la intervención del mismo en la audiencia notarial, a fin de que pueda comprobarse lo que realmente desea, en aras de satisfacer sus derechos y permitir la creación de un criterio propio en un asunto referente a su persona. Se protege el principio del interés superior del niño al permitir su participación y expresión de criterio.

Empero, de todo el procedimiento proteccionista de los derechos del niño en materia de divorcio en sede notarial, es necesario un cumplimiento cabal de toda la normativa preceptuada por la Convención de los Derechos del Niño al ampliar la participación activa del menor⁽¹⁹⁾ en la audiencia notarial en un diálogo entre adulto y menor, auxiliado de psicólogos que permitan la genuina expresión de su voluntad en concordancia con la madurez psicológica del menor y por supuesto su edad. La valoración de su opinión lo hará integrarse en procesos de su vida y permitirá el ejercicio de su derecho a ser escuchado.

Resulta imperioso el cumplimiento cabal de la Convención de los Derechos del Niño y la posibilidad de su participación en el divorcio notarial, con el objetivo de proteger su interés superior. Constituye así sujeto de derecho que precisa ser escuchado.

do y además participar en los asuntos relativos a su persona, con todas las garantías necesarias, de modo que se lleve a la práctica el derecho ya reconocido.

La acertada promulgación de la Ley N.º 1289 Código de Familia de 1975, que reconocía la institución del divorcio sin establecer entramado de causales y la transferencia a sede notarial del conocimiento de asuntos de jurisdicción voluntaria, marcaron un antes y un después en el proceso legislativo del divorcio, permitiendo la ulterior promulgación del Decreto-Ley N.º 154 del Divorcio Notarial de 1994 que traslada al conocimiento del fedatario público los divorcios por mutuo acuerdo con hijos menores.

Esta acertada ley constituyó un momento trascendental en los procesos de divorcio en Cuba y en el reconocimiento de la labor del notario, además ofreció a los cónyuges mayor celeridad y privacidad y elevó la autonomía de su voluntad. Se logró enervar la lentitud de los procesos judiciales de divorcio, descongestionar a los tribunales en el conocimiento de los mismos y disminuir los costes por conceptos de trámites y demoras en la obtención de la sentencia de divorcio.

La promulgación de la Convención de los derechos del niño y su suscripción por parte del Estado cubano supuso un paso de avance con respecto a los cuerpos normativos que protegían los derechos de la niñez. Permite que el menor sea concebido como sujeto de derecho con capacidad y personalidad jurídica, con participación y derecho a ser escuchado en los procesos que los atañen. Se precisa la participación del menor en la audiencia notarial de divorcio a fin de que se materialice su derecho a ser escuchado y no quede como un mero derecho reconocido jurídicamente que no se lleva a la práctica.

Conclusiones

La promulgación del Decreto-Ley 154 del Divorcio Notarial de 1994 y su Reglamento constituyeron un paso acertado en la normativa cubana que atribuyó el conocimiento de asuntos de jurisdicción voluntaria al notario público, a la vez que coadyuvó a descongestionar las sedes judiciales. El divorcio notarial ofrece indubitadas garantías de protección para los cónyuges e hijos menores, con respecto al divorcio en sede judicial, basados en la función de dación de fe, asesora y antilitigiosa del notario público, que convierten a la vía notarial en una alternativa efectiva que contribuye a salvaguardar los derechos de los hijos menores, según lo refrendado en la Convención de los Derechos del Niño.

El estudio del derecho comparado corrobora lo revolucionaria que resulta la legislación jurídica cubana vigente, relativa al divorcio notarial, con hijos menores, con relación a otras normativas de Centroamérica. Sin embargo, no quedan excluidos algunos vacíos y gazapos normativos en su tipificación. Razones que justifican el perfeccionamiento en la actuación notarial, su pericia técnica y la función asesora del fedatario público, quien dota de credibilidad, legalidad y seguridad jurídicas al acto que instrumenta mediante la escritura pública de divorcio notarial, en pos de la protección de los derechos de los menores procreados de la unión que se interesa disolver.

La Convención de los Derechos del Niño, constituye el instrumento jurídico de mayor relevancia suscrito por Cuba, en cuanto a la protección de menores. Sin embargo, no encuentra un cumplimiento cabal de su normativa en los procesos de divorcios notariales con hijos menores, al obviar la participación del menor en la audiencia notarial de divorcio. Es necesario que los menores sean explorados y escuchados en las audiencias notariales de divorcio de acuerdo a su edad y madurez, lo que coadyuva a autorizar instrumentos públicos que se identifiquen con el principio del Interés Superior del Niño.

Referencias

- AA. VV. (2009, 12-14 de mayo). *La Capacidad jurídica de los menores de edad. Una nueva visión desde Cuba* [ponencia]. V Conferencia Internacional de Derecho de Familia, La Habana, Cuba.
- Acedo, A. (2009). El divorcio en el Derecho español. En L. B. Pérez Gallardo y A. Acedo, *El Divorcio en el Derecho Iberoamericano* (pp. 337-420).
- Argueta, S. B. y Rivera, N. E. (2014). *El Divorcio por mutuo consentimiento como diligencia en el anteproyecto de ley de la función pública notarial*. [Tesis de Licenciatura, Universidad de El Salvador].
- Astuenta, N. J. (1986). El Notario y la jurisdicción voluntaria. *Revista del Notariado. Colegio de Escribanos de la Capital Federal*, (806), 1801-1827.
- Baratta, A. (1998). *Infancia y democracia, derecho a tener derecho*. Tomo 4. Temis Depalma.
- Belluscio, A. C. (1981). *Derecho de Familia*. Tomo 3. Temis Depalma.
- Bidart, G. J. (1999). Familia y derechos humanos. En A. Kemelmajer, *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas* (pp. 273-289), Tomo I. Rubinzal Culzoni.
- Bravo, M. M. (2009, 12-14 de mayo). *La familia su misión e importancia. Ley de Protección Integral de Niños Niñas y Adolescentes* [ponencia], V Conferencia Internacional de Derecho de Familia, La Habana, Cuba.
- Campo, M. A. (2006). Notariado y Jurisdicción Voluntaria. *Revista El Notario del siglo XXI*, (6), 144-147.
- Cerdeira, G. (2011). Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España. *Revista de Derecho Privado, noviembre-diciembre* (95), 3-56.
- Cuellar, P. y Rodríguez, I. (1991). Algunas consideraciones y reflexiones sobre la vía actual de tramitación del divorcio por mutuo acuerdo. *Revista Cubana de Derecho*, (2), 44-48.

- De la Fuente, J. (1989). Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica. *Revista Cubana de Derecho*, (38), 71-106.
- De Torres, J. M. (2006). Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán. *Anuario de derecho civil*, 59(2), 675-742.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. (10^{ma} Ed.). Civitas.
- Dihigo, E. (1987). *Derecho Romano*. Tomo I. 1ra Parte. Pueblo y Educación.
- Fernández, A. (2001). *La jurisdicción voluntaria*. Civitas.
- Fernández, J. (1982). *Manual de Derecho Romano*. Pueblo y Educación.
- Fernández, L. (2015). *De matrimonios y divorcios ante notario. La ley de jurisdicción voluntaria*. <http://www.notariosenred.com/2015/06/de-matrimonios-y-divorcios-ante-notario-la-ley-de-jurisdiccion-voluntaria>.
- Fernández, M. E. (1987). *Repudium-Divortium*. Universidad de Granada.
- Font, V. (1965, 1-9 de octubre). *El notario y la jurisdicción voluntaria* [ponencia]. VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Ciudad de México. <http://www.acervonotarios.com/files/1.11%20El%20Notario%20y%20la%20Jurisdiccion%20Voluntaria.pdf>.
- Galiano, G. (2012). La Convención de los Derechos del Niño como tratado de derechos específicos de la niñez y la adolescencia. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*. <https://www.eumed.net/rev/cccss/19/ggm.html>.
- García, E. (2004). Infancia, Ley y Democracia: Una cuestión de Justicia. En E. García-Méndez y M. Beloff, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina* (pp. 55-76). Témis.
- Garrión, P. (2000). Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso. *Revista Jurídica del Notariado*, (34), 31-198.

- Gomá, F. (2015). *Divorcio de mutuo acuerdo ante notario: instrucciones de uso*. <http://hayderecho.com/2015/07/22/divorcio-de-mutuo-acuerdo-ante-notario-instrucciones-de-uso/>.
- Gómez-Ferrer, R. (1992, 27 de abril-2 de mayo). *Jurisdicción voluntaria y función notarial* [ponencia]. *XX Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena de Indias*.
- Mesa, O. (1997). *Derecho de Familia*. ENPES.
- Mizrahi, M. (1998). *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Astrea.
- Monje, O. (2010). *Los nuevos retos del Derecho de Familia en el espacio común Español-Iberoamericano*. Dykinson.
- Morilla, M. (2008). *El divorcio y su excepción temporal desde un análisis dogmático y comparado conforme a los contenidos del artículo 86 del código civil*. [Tesis de doctorado, Universidad de Granada].
- Muñoz, X. (2004). *Compendio de Derecho Civil*. Parte General Tomo I. (5^{ta} Ed.). Universitaria Ramón Areces.
- Navarro, R. (1972). *Divorcio: orden público y matrimonio canónico*. Civitas.
- Ordellín, J. L. (2015-2016). Dos Décadas de Divorcio Notarial en Cuba: ¿Hacia dónde vamos? *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, (4-5), 15-42.
- Palenzuela, L. (2001). La protección legal a infantes y adolescentes por la Fiscalía General de la República. *Revista Cubana de Derecho*, (18), 21-35.
- Palmero, Y. (2011). *El abogado del niño. Su pertinencia en el ordenamiento jurídico cubano*. [Tesis de Licenciatura inédita, Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez].
- Pérez, H. (2004, 17-22 de octubre). *La Imparcialidad del Notario: Garantía del orden contractual* [ponencia]. XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino. <http://dialnet.uniroja.es/servlet/articulo?codigo=915095>.

- Pérez, L. B. (2007). El divorcio por mutuo acuerdo ante Notario: mitos y tabúes. En L. B. Pérez Gallardo, I. Lora-Tamayo Rodríguez, *Derecho Notarial*, Tomo III (pp. 233-288). Félix Varela.
- Pérez, L. B. (2009). Un «fantasma» recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (27), 329-371.
- Romero, A. M. (2002). La falta de amor conyugal. ¿Es causa de separación en el ordenamiento jurídico-civil español?. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, noviembre-diciembre*(662), 3417-3428.
- Ruiz, E. (1992). *El Divorcio en Roma*. Universidad de Granada.
- Trujillo, C. y Pérez, C. (2016). El Divorcio en Cuba. En I. Pérez Gutiérrez, *Derecho Procesal Civil* (pp. 217-247). Félix Varela.
- Valdés, Y. (2007). El divorcio en Cuba. Características generales y efectos para la familia. En D. Robichaux, *Familia y Diversidad en América Latina. Estudios de casos* (pp. 213-236). CLACSO Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- Velazco, M. (2012). El derecho y la familia en Cuba. El divorcio notarial y la audiencia del menor. <http://www.projusticiafamiliar.org/wp-content/uploads/2012/03/PonenciaIII-TercerCibercongreso.pdf>.
- Ventura, S. (1998). *Derecho Romano*. Porrúa.

Normas

- Costa Rica. Ley N. ° 5476, *Código de Familia de la República de Costa Rica*. Diario Oficial La Gaceta, 21 diciembre 1973.
- Cuba. *Constitución de la República de Cuba*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 10 abril 2019.
- Cuba. Decreto-Ley N.º 154, *Del Divorcio Notarial*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 15 septiembre 1994.

- Cuba. Decreto-Ley N.º 241, *Modificativo de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 27 septiembre 2006.
- Cuba. Ley N.º 1289, *Código de Familia de la República de Cuba*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 15 febrero 1975.
- Cuba. Ley N.º 7, *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 19 agosto 1977.
- Cuba. Resolución N.º 182, *Reglamento del Decreto-Ley 154 de septiembre de 1994 "Del Divorcio Notarial"*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, 30 noviembre 1994.
- El Salvador. Decreto N.º 677, *Código de Familia de la República El Salvador*. Diario Oficial, 13 diciembre 1993.
- Guatemala. Decreto-Ley N.º 106, *Código Civil de Guatemala*. Diario Oficial de la República de Guatemala, 1 enero 1964.
- Honduras. Decreto N.º 76-84, *Código de Familia de la República de Honduras*. Diario Oficial La Gaceta, 16 agosto 1984.
- Nicaragua. Ley N.º 870, *Código de Familia de la República de Nicaragua*. Gaceta Oficial, 8 octubre 2014.
- Panamá. Ley N.º 3, *Código de Familia de Panamá*. Diario Oficial de la República de Panamá, 17 mayo 1994.
- Resolución N.º 44, *Convención Internacional de los Derechos del Niño*. Asamblea General de las Naciones Unidas, 2 septiembre 1990.

Notas

¹ Potestad establecida por el Derecho Civil que ejercía el pater familias sobre la esposa mediante la cual la misma entraba a formar parte de la familia agnaticia de su esposo quedando a su absoluta dependencia. Esta institución si bien se representaba por el poder del marido sobre su mujer, no afectaba la constitución o disolución del matrimonio. Al respecto puede consultarse: Dihigo, E. (1987). Derecho Romano. Tomo I. 1ra Parte. La Habana: Pueblo y Educación.

² La Ley Provisional de 1870 reconocía al divorcio como causa de separación de la vida en común y no como disolución del matrimonio.

³ Sobre la función del notario en actos de jurisdicción voluntaria puede valorarse la obra: Astuena, N. J. (1986). El Notario y la jurisdicción voluntaria. Revista del Notariado. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, (806), 1801-1827.

⁴ Para ampliar conocimientos sobre la naturaleza del divorcio desde la jurisdicción voluntaria puede consultarse: Fernández, L. (2015). De matrimonios y divorcios ante notario. La ley de jurisdicción voluntaria. Recuperado de: <http://www.notariosenred.com/2015/06/de-matrimonios-y-divorcios-ante-notario-la-ley-de-jurisdiccion-voluntaria>.

⁵ Sobre el conocimiento de los asuntos de jurisdicción voluntaria por parte del notario con la inclusión del divorcio puede verse: Campo, M. A. (2006). Notariado y Jurisdicción Voluntaria. Revista El Notario del siglo XXI, (6), 144-147.

⁶ Sobre investigaciones anteriores a la promulgación de la ley con la participación del notario y la vía de tramitación actual del divorcio por mutuo acuerdo puede consultarse Cuellar, P. y Rodríguez, I. (1991). Algunas consideraciones y reflexiones sobre la vía actual de tramitación del divorcio por mutuo acuerdo. Revista Cubana de Derecho, (2), 44-48.

⁷ Para la doctrina española la desaparición de la separación causal y del divorcio previo cese efectivo de la convivencia para instaurar un divorcio inmediato fomentó la autonomía de la voluntad de los cónyuges y posibilitó el conocimiento por parte del notario de los divorcios consensuados y de las separaciones, lo que a diferencia de la normativa familiar cubana solo cuando no existan hijos comunes menores de edad. Al respecto de esto puede verse: Cerdeira, G. (2011). Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España. Revista de Derecho

Privado, noviembre-diciembre(95), 3-56.; Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2006). Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. 10ma Edición. España: Civitas.

⁸ Sobre esto puede consultarse Garrión, P. (2000). Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso. Revista Jurídica del Notariado, (34), 31-198; De la Fuente, J. (1989). Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica. Revista Cubana de Derecho, (38), 71-106.

⁹ Al respecto pueden consultarse los planteamientos dados por: Font, V. (1965, 1-9 de octubre). El notario y la jurisdicción voluntaria [ponencia]. VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Ciudad de México, México. <http://www.acervonotarios.com/files/1.11%20El%20Notario%20y%20la%20Jurisdiccion%20Voluntaria.pdf>; Gómez-Ferrer, R. (1992, 27 de abril-2 de mayo). Jurisdicción voluntaria y función notarial [ponencia]. XX Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena de Indias, Colombia.

¹⁰ Al respecto pueden consultarse las obras de: Fernández, A. (2001). La jurisdicción voluntaria. España: Civitas; Gomá, F. (2015). Divorcio de mutuo acuerdo ante notario: instrucciones de uso. Recuperado de: <http://hayderecho.com/2015/07/22/divorcio-de-mutuo-acuerdo-ante-notario-instrucciones-de-uso/>.

¹¹ Sobre esto puede consultarse: Argueta, S. B. y Rivera, N. E. (2014). El Divorcio por mutuo consentimiento como diligencia en el anteproyecto de ley de la función pública notarial. (Tesis de pregrado). Universidad de El Salvador, El Salvador.

¹² Resulta imprescindible aportar junto a la demanda los documentos justificativos del matrimonio, del nacimiento de los hijos menores, en caso de que hayan sido procreados y el título de propiedad de la vivienda de existir.

¹³ La validez del poder está sujeta a que no sea revocado por el poderdante tanto de forma expresa o por fallecimiento del mismo.

¹⁴ La diferencia que existe entre el divorcio y la separación judicial radica en que mientras que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial la separación judicial no lo disuelve, subsistiendo la obligación de fidelidad y de mutuo auxilio.

¹⁵ Al respecto puede consultarse: Palenzuela, L. (2001). La protección legal a infantes y adolescentes por la Fiscalía General de la República. Revista Cubana de Derecho, (18), 21-35.

¹⁶ Al respecto pueden consultarse las obras: García, E. (2004). *Infancia, Ley y Democracia: Una cuestión de Justicia*. En E. García-Méndez y M. Beloff, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina* (pp. 55-76), Témis; De Torres, J. M. (2006). *Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán*. *Anuario de derecho civil*, 59(2), 675-742.

¹⁷ Para ampliar conocimientos y criterios respecto a este principio puede consultarse: Galiano, G. (2012). *La Convención de los Derechos del Niño como tratado de derechos específicos de la niñez y la adolescencia*. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*. Recuperado de: <https://www.eumed.net/rev/cccss/19/ggm.html>.

¹⁸ Al respecto pueden consultarse las obras: Mizrahi, M. (1998). *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Argentina: Astrea; Bidart, G. J. (1999). *Familia y derechos humanos*. En A. Kemelmajer, *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas* (273-289), Tomo I, Rubinzal Culzoni.

¹⁹ Sobre la necesidad de escucha del menor en el proceso judicial se pronuncia la jueza argentina Mónica Bravo al acotar la necesidad de que el juez vea al menor y lo escuche. Lo mismo puede pensarse en el proceso notarial en el que a pesar de que el notario sea mediador ente los intervinientes, es el encargado de autorizar el documento que decreta el divorcio y además de velar por los intereses del menor. Por ello cabe la posibilidad de que el fedatario se encuentre con el menor y escuche su parecer en torno a su persona. Respecto a esto puede consultarse: Bravo, M. M. (2009, 12-14 de mayo). *La familia su misión e importancia*. *Ley de Protección Integral de Niños Niñas y Adolescentes [ponencia]*, V Conferencia Internacional de Derecho de Familia, La Habana, Cuba.