Deberes conyugales. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*

Legal Consequences of Breaching Marital Duties.

ANA MARÍA ÁLVAREZ-TABÍO ALBO**

RESUMEN

Históricamente se les ha negado el carácter de auténticos deberes jurídicos a esos que constituyen el contenido personal de la relación jurídica conyugal por tratarse de preceptos más cercanos a la ética y a líneas de comportamiento que han de regir las relaciones entre cónyuges. Sin embargo, que ciertamente no pueda reclamarse ni conseguirse su cumplimiento forzoso no significa que la violación de tales deberes no pueda generar determinadas consecuencias jurídicas. Es decir, una cosa es que no se pueda compeler forzosamente a su cumplimiento y otra, que su incumplimiento no genere consecuencia alguna, especialmente en los casos en que involucre hechos de violencia de género como expresión suprema del incumplimiento del deber de respeto. Se abre el debate a la cuestión de la pertinencia o no de responsabilidad en el ámbito familiar, que queda muchas veces oculta bajo la persistencia de reglas ajenas a lo jurídico o restricciones del sistema dejando el espacio libre a la inmunidad de los miembros del grupo familiar, y se ofrecen propuestas de sus efectos sobre los derechos sucesorios de los cónyuges, sobre la patria potestad de los hijos comunes y sobre el régimen económico del matrimonio.

Palabras claves: deberes conyugales, consecuencias jurídicas, régimen sucesorio, patria potestad, violencia de género

ABSTRACT

Historically it has been refused the character of authentic legal duties to those which constitute the personal contents of the legal conjugal relationship for being precepts closest to ethics and behaviour lines that govern relations between spouses. But that certainly the fact that it cannot be claimed and get forced compliance, does not mean that the violation thereof may not generate certain legal consequences. One thing is that it can't forcibly compel compliance and other than it's breach does not generate any consequences especially in cases that involve acts of gender-based violence as a supreme expression of a breach of the duty to respect. The debate is open to the question of the relevance or not of responsibility in the family that is often hidden under the persistence of non-legal rules or restrictions of the system leaving the immunity of the members of the group free space family and offered proposal of its effects, on the inheritance rights of spouses, custody of the children and the economic regime of marriage.

Keywords: conjugal duties, legal consequences, inheritance scheme, parental authority, gender-based violence.

*Artículo de Reflexión recibido el 20/8/18 y aceptado el 4/12/18

**Universidad de la Habana (Cuba) (anamariatabio@gmail.com) (a.tabio@ofc.mcv.su) orcid.org/0000-0002-4822-5730

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Contenido personal de la relación jurídico-conyugal: los deberes y derechos conyugales / 3. Naturaleza jurídica de los deberes conyugales / 4. ¿Responsabilidad civil en el ámbito familiar? / 5. Efectos jurídicos ante el incumplimiento del contenido personal de la relación jurídico-conyugal: especial referencia a los hechos de violencia de género sobre la patria potestad, los derechos sucesorios y el régimen económico del matrimonio / 6. Conclusiones / 7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN¹

El estudio de la familia ha alcanzado, por derecho propio, un importante lugar en el eje de los análisis de los procesos sociales, económicos, políticos y demográficos de cualquier país y su incidencia a nivel regional e internacional, tomando como base que constituye la instancia conectiva entre la sociedad y el individuo, en la cual se generan y se adoptan la mayoría de las decisiones que conciernen a la población.

Entre los aspectos más estudiados, alcanzan especial relevancia las diversas maneras en que los individuos se organizan para vivir en familia y las condicionantes de uno u otro tipo de organización. Es una realidad visible el desplazamiento de la consanguinidad o los vínculos biológicos hacia lazos socio-afectivos como piedra angular sobre la que se construyen las relaciones familiares, el crecimiento de los hogares monoparentales y de la jefatura femenina en el hogar, de la población de las personas de la tercera edad, del parentesco no nuclear y de las familias reconstituidas, entre muchas otras nuevas situaciones. Pero todavía subsisten, en un porcentaje importante, como forma de organizarse en familia, las uniones conyugales, sean formalizadas o no, que se sustentan en la convivencia de una pareja con el fin de llevar adelante un proyecto de vida en común en el contexto de lo cual se insertan los deberes y derechos recíprocos.²

¹Este trabajo constituye la síntesis que desde diversas aristas se fueron afrontando en el tema central y cuyos resultados fueron progresivamente expuestos en el V Taller Nacional Familia y Herencia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, celebrado en la Universidad de Matanzas, los días 25 y 26 de septiembre de 2015, en la VI Conferencia Internacional "Mujer, Género y Derecho" realizada en La Habana entre los días del 11 al 13 de mayo de 2016, en la IX Conferencia Internacional de Derecho de Familia celebrada en La Habana entre los días del 10 al 12 de mayo de 2017 y el IX Encuentro Internacional "Justicia y Derecho" organizado por el Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba entre los días 23 al 25 de mayo de 2018 en el Palacio de las Convenciones.

² Si bien a la luz de la legislación familiar cubana el contenido personal de la relación jurídica conyugal sólo se "exige" a quienes ostentan la condición de cónyuges, es mi anhelo, ya satisfecho por nuestro máximo foro, que se

Estas reflexiones están dirigidas al examen de una cuestión que no encuentra respuesta clara y directa en el ordenamiento jurídico cubano: las consecuencias jurídicas que en el ámbito familiar podrían y deberían producirse de manera efectiva y palpable ante el quebrantamiento de los deberes conyugales, especialmente cuando involucre sucesos de violencia de género o que incidan sobre el libre desarrollo de la personalidad de la víctima directa o de los hijos e hijas —como expresión del denominado deber de respeto aun cuando la violencia no sea ejercida directamente sobre aquellos—, con derivaciones sobre el régimen sucesorio o sobre el ámbito patrimonial que conforma el contenido económico de la relación conyugal y la manera de su liquidación, o la guarda y cuidado y la comunicación como parte de los elementos conformadores de la patria potestad, o sobre ella misma, afectando su titularidad o su ejercicio.

Si bien en nuestra opinión estas consecuencias deben ser, en principio, ajenas al régimen de indemnización por daños en los mismos términos generales que se aplican a la responsabilidad civil —pues la normativa particular del Derecho de Familia excluye cualquier pretensión de naturaleza aquiliana—, tampoco debe reducirse a la mera separación o al divorcio —en su noción de remedio y no sanción por la crisis matrimonial—.

Las ideas que se exponen se hacen acompañar de una evidente perspectiva que, bajo el prisma del concepto de género, le imprime una connotación especial ya expresada en varios espacios de discusión científica. ¿Quién puede dudar a estas alturas de las conexiones entre las nociones de género y el derecho, y las tensiones que surgen con el Derecho de Familia?³ Como resultado de ello, subsisten en la normativa cubana actual desajustes que dan al traste con el principio de igualdad jurídica y real al que se aspira en todos los terrenos de la vida y al interior de la familia, entre hombres, mujeres y niños, cualquiera que sea su posición dentro de grupo familiar.

El Derecho de Familia no es autosuficiente, como tampoco lo es ninguna otra rama del saber jurídico; no constituye un ordenamiento que se baste a sí

haga extensiva su aplicación y apreciación a las uniones de hecho, y en ese tenor deseo que sean entendidas las ideas que expongo.

³ Uno de los objetivos de este análisis, como se desprende de su título, está concentrado en la incidencia de las nociones de género y de la violencia en el ámbito de las relaciones de pareja y las consecuencias jurídicas que ello debe producir, pero son muchas otras las implicaciones que pretendo abordar escalonadamente en trabajos posteriores; por ejemplo, respecto a la diferencia en la edad exigida a las y los menores de edad para contraer matrimonio, con el derecho filiatorio, con la responsabilidad parental y sus consecuencias de cara a la atribución de la guarda y cuidado, sobre el nombre y orden de los apellidos y tantas otras.

mismo y, por ende, para solucionar sus conflictos debe aprovecharse y acudir al auxilio de otras ramas jurídicas y no jurídicas.

En el plano jurídico podríamos seguir aferrados como necios a la convicción de que todas las respuestas están en sus propias disposiciones, que prevén remedios específicamente familiares, por ejemplo, con la separación o el divorcio, o la pérdida de la guarda y custodia sobre un hijo menor, o la imposición de medidas de control en el ejercicio de la potestad, o la suspensión o la privación de ésta, pero estamos convencidos de que no es suficiente.

¿Cómo articular un régimen de amparo, resguardo y protección, aunque sea *a posteriori*, ante el incumplimiento de los deberes que derivan de la relación conyugal y, muy especialmente, ante la presencia de hechos de violencia de género y familiar?

Para intentar encontrar una respuesta a esa interrogante, además de las actuales circunstancias sociales, históricas y económicas, hay que acudir al equilibrio y al sentido común.

Se impone un repaso, aunque no sea exhaustivo, del régimen personal de la relación jurídico-conyugal que se traduce en cada uno de los deberes y derechos conyugales con el alcance de cada uno de ellos, y dedicar algunas palabras a la naturaleza jurídica que ha de atribuírseles, que nos permita colocar los primeros pilares para la construcción de un régimen *ad hoc* que permita, desde la perspectiva de su propia esencia, la producción de consecuencias jurídicas efectivas con una referencia especial a los hechos de violencia de género y sus efectos sobre los derechos sucesorios de los cónyuges, sobre la patria potestad de los hijos comunes y sobre el régimen económico del matrimonio.

2. CONTENIDO PERSONAL DE LA RELACIÓN

JURÍDICO-CONYUGAL: LOS DEBERES Y DERECHOS CONYUGALES

Todos los juristas, seamos avezados o no en Derecho de Familia, conocemos que el contenido y significación de cada uno de los deberes conyugales a la luz de la legislación familiar cubana nos llevaría al repaso de los principios o postulados éticos-jurídicos que los sustentan y que se encausan en el Código de Familia cubano a través de los artículos 24 al 28, que, a manera de apercebimiento, se da a conocer a los contrayentes en el acto solemne de formalización del matrimonio por parte del funcionario actuante.

Este *desiderátum*, de fuerte contenido moral, descansa en la absoluta igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges sobre la base de la convivencia,

lealtad, consideración, respeto y ayuda mutua; la coparticipación de ambos cónyuges en las tareas domésticas, la educación, formación y guía de los hijos y el gobierno del hogar; el cumplimiento de los deberes con el otro cónyuge y la satisfacción de las necesidades de la familia según sus facultades y capacidad económica, y el ejercicio de los derechos individuales y de superación personal, sin descuidar el cumplimiento de las obligaciones conyugales.

Tales principios se traducen concretamente en los deberes de lealtad o fidelidad, de cohabitación o convivencia, de asistencia o auxilio mutuo y de respeto que llenan de contenido los contornos de las relaciones personales en la relación jurídica conyugal.

Deber de cohabitación o convivencia

El deber de cohabitación o convivencia es el deber conyugal por excelencia, pues sólo cuando existe una auténtica y verdadera convivencia pueden cumplirse con intensidad los restantes deberes conyugales; implica mantener un hogar común como elemento normal y natural del matrimonio, y no puede limitarse a una simple apariencia de vida común, sino que necesita de un comportamiento con esa condición.

No obstante, para el caso especial de Cuba, este deber se matiza con sus propios condicionamientos socio-económicos; la convivencia no siempre puede ser exigible, pues pueden los cónyuges no residir juntos físicamente por causas propias o ajenas a la voluntad de la pareja y será, en todo caso, un matrimonio relajado o carente de recursos para proveerse de vivienda común, o en crisis o fracasado, pero matrimonio al fin y al cabo. En el caso de las uniones de hecho, este deber se exige con carácter reforzado como señal para acreditar el requisito de estabilidad que no pasa solo por su durabilidad en el tiempo, sino por la existencia de ese espacio físico en que se realizan los fines de comunidad de vida a que alude el artículo 2 del vigente Código de Familia.

La convivencia necesita de la presencia del *corpus* y del *animus*. Esto último es lo importante; más que el dato fáctico de tener un lugar común donde residir, debe tenerse en cuenta preferentemente el dato intencional.

Contempla la prestación del débito carnal, aunque este tópico lo veo más asociado con los aspectos positivo y negativo del deber de fidelidad. La persona que contrae matrimonio pretende mantener normalmente con su cónyuge relaciones sexuales. La negativa continuada e injustificada producirá, a la larga, una crisis matrimonial que afectará la relación conyugal y conducirá a una

situación de falta de convivencia. Pero ello no significa que se deba, en defensa del deber de convivencia, obligarse a las relaciones sexuales, pues ello atentaría contra la dignidad de la persona y su libertad sexual, y terminaría solapándose en sutiles coacciones, conductas de auténtica violencia sexual.

Deber de lealtad o fidelidad

La tutela jurídica ante el incumplimiento de este deber sufrió una ruda transformación con la abolición, en nuestra legislación (y en muchas), del delito de adulterio y de éste como causal de divorcio culpable. Es una consecuencia necesaria del matrimonio monogámico, que exige la exclusividad de las relaciones sexuales entre los contrayentes, sin que ello implique la recíproca disponibilidad sexual de los cónyuges obtenida por la fuerza.

Cuando hablamos de infidelidad, enseguida pensamos en el adulterio, que, como es sabido, consiste en el hecho de mantener una persona casada relaciones sexuales con persona distinta a su cónyuge. Idea bastante generalizada incluso entre juristas que hacen coincidir el deber de fidelidad con la reprobación del adulterio (por la importancia que se le concede a la infidelidad sexual) y que no estiman que haya infidelidad en las relaciones con otras personas si no llegan a consumarse carnalmente.

Infidelidad o deslealtad (que en su contrario es la nomenclatura que usa el Código de Familia cubano) es mucho más amplio. Se producirá cuando exista una conducta impropia, deshonesta e indecorosa, ya se trate de una actividad sexual, afectiva, familiar o social que implique traición o desafección o que fomente o genere la desconfianza o el engaño. Va más allá de la reprobación de la conducta adúltera. La fidelidad es comunión de intereses, apoyo moral ante cualquier circunstancia que no entrañe renuncia a nuestros principios.

Es el deber de fidelidad el que queda gravemente infringido cuando no hay balance o reciprocidad en la dedicación física y espiritual que conlleva una lealtad mutua. Es evidente que el deber de fidelidad implica una renuncia a la libertad sexual y, en cierto modo, a la afectiva. Es un deber recíproco, permanente, absoluto, incompensable e inexcusable (no puede excusarse alegando incumplimiento del otro) y permanente durante la vigencia del matrimonio. La infidelidad de uno no habilita al otro a ser infiel. En principio, subsiste hasta la disolución del vínculo.

Deber de asistencia

Teniendo el matrimonio la finalidad de establecer una comunidad de vida, la idea que debe primar es la de la colaboración y cooperación, de contribución de esfuerzos, de aunar voluntades para encontrar soluciones a los avatares de la vida; de la misma manera que se disfruta de los buenos momentos, hay que dar la talla en las situaciones más desfavorables.

Implica la ayuda y el socorro mutuo que abarca situaciones de muy diversa índole, que van desde al auxilio meramente monetario hasta la satisfacción de atenciones de carácter físico o espiritual. Supone la solidaridad personal, la coparticipación en todos los sucesos de la vida (alegrías, dolores, éxitos y fracasos), el auxilio en caso de enfermedad, incluso si ésta es prolongada, compartir las cargas propias del matrimonio y de la familia, entendidas éstas no sólo como cargas económicas, sino, también, de cara a la esfera afectiva, psicológica y espiritual. Comprende, además de lo que materialmente pueda entenderse como alimentación (deber legal de alimentos), otros cuidados de orden ético y afectivo; asistencia al cónyuge enfermo, que no quede desvalido; colaboración en las tareas domésticas; cuidado y educación de los hijos comunes.

El deber de asistencia tiene dos aspectos, uno material y otro moral o espiritual; el primero (material) comprende alimentos y ropa, entre otras cosas; el segundo (moral o espiritual) se refiere al apoyo psicológico, que se traduce en estímulos al otro cónyuge para el logro de proyectos y la participación en todas las situaciones felices y desdichadas de la vida familiar, incluido el auxilio ante enfermedades y discapacidades.

Deber de respeto

¿Qué puede significar la imposición de una específica obligación-deber de respeto cuando, en sentido general, todos estamos obligados a ello?

El deber conyugal de respeto mutuo es mucho más intenso que el deber general de respeto que merece toda persona por el hecho de serlo, pues una persona unida con otra, sea de manera formalizada o no, tiene, además, el derecho a que su pareja respete el lugar y privilegio que ocupa dentro de la familia.

Entraña conducta considerada, ausencia de actitud injuriosa o vejatoria de obra o de palabra, reconocimiento de una esfera de libertad personal y seguridad a salvo de injerencias e intromisiones del otro, de reconocimiento

a los derechos de la personalidad y a la esfera privada del otro cónyuge, a la correspondencia, a su profesión, a sus convicciones religiosas y políticas, incluso la imposición de prácticas anticonceptivas como condición para las relaciones sexuales. O sea, es un deber general, pero que se proyecta, de una manera especial, en el seno del matrimonio, prohibiendo los malos tratos físicos y psíquicos, así como la esfera de intimidad personal y los derechos de la personalidad.

Es, en definitiva, la ausencia de expresiones despreciativas, injuriosas o lesivas a la integridad del otro esposo y el deber de respetar el marco de libertad que cada cónyuge tiene y que no ha de perder por el hecho de contraer matrimonio.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DEBERES CONYUGALES

Unos breves comentarios para definir su naturaleza jurídica de manera tal que nos permita revelar si se trata de auténticos deberes jurídicos, aunque dotados de un fuerte contenido ético-moral, o si son sólo declaraciones de principios ajenas a lo jurídico.

¿Son los deberes y derechos conyugales de carácter ético-moral y no jurídico?

Un argumento al que recurre constantemente cierto sector de la doctrina para desconocer el carácter jurídico de los deberes conyugales se funda en que su naturaleza es de simples deberes éticos-morales que no producen obligación jurídica alguna, cuyo cumplimiento queda entregado a la conciencia de los cónyuges, incoercibles en su esencia, haciendo imposible el ejercicio de cualquier acción por su incumplimiento, olvidando que mantener esta consideración no se corresponde con el gran cambio que ha padecido la naturaleza jurídica misma del matrimonio —de una figura considerada como un sacramento o institución casi sagrada a un simple contrato para convertirse en lo que es hoy: una institución social—. ⁴

⁴ Las relaciones jurídicas matrimoniales se constituyen a partir del acto jurídico matrimonial; o lo que es lo mismo, el matrimonio nace a través de un acto jurídico, que es el momento en que se contraen nupcias. Como estructura jurídica, no tiene presencia sin aquellos elementos a los que alude la teoría general, pero que, esencialmente, atinan a la manifestación de voluntad declarada, lo cual pone al descubierto que, desde esta perspectiva, el matrimonio no es más que lo que de hecho sucede. Pero a partir de ese momento y durante su transcurso, el matrimonio obliga a los cónyuges a cumplir deberes y derechos que no pueden dejar de ser cumplidos, esto implica que *ipso facto* el fenómeno empieza por escapársele al mismo acto jurídico que lo recubre, para dar nacimiento a lo que la teoría jurídica del matrimonio le ha llamado su doble naturaleza; su faceta institucional. Esta teoría es entendida en razón de que señala

Sin que sea el ánimo detallar las razones que, en mi opinión, desmienten la anterior afirmación, debemos, obligatoriamente, analizar de manera somera la concepción de estos deberes conyugales.

Fue la Escuela Exegética Francesa,⁵ inspirada en su Código Civil, la que promovió la tesis de que son “auténticos deberes jurídicos exigibles legalmente”. De Verda y Beamonte, en su escrito sobre *Responsabilidad civil y divorcio...*,⁶ expresa que:

los deberes conyugales no son meras obligaciones de conciencia propuestas a los esposos para un feliz desarrollo del matrimonio, sino que constituyen auténticas obligaciones jurídicas. Si no lo fueran, no tendría razón de ser que el Código Civil los incluyera entre los efectos del matrimonio, ni que legalmente fueran calificados como tales (...) que, al enunciarlos, hablan de que los cónyuges “deben” o “están obligados” a cumplirlos. *Precisamente, la significación jurídica de los deberes*

que la institución del matrimonio está por encima de los contrayentes, ya que estos no pueden indicar los resultados que esta unión debe producir porque estos resultados se encuentran consagrados por el legislador y no pueden ser modificados por los contrayentes. Por tanto, tiene una naturaleza dual porque nace mediante un acto jurídico pero se comporta como una institución, pues, al igual que aquellas, el matrimonio tiene que cumplir requisitos que la ley y la sociedad considera obligatorios; se trata de un régimen jurídico cuyas condiciones no pueden dejar de ser cumplidas por el simple acuerdo de los intervinientes. Es un vínculo trascendental cuyos efectos no se limitan al tiempo ni están subordinados a la voluntad de los contrayentes. Esos efectos tampoco se circunscriben a las partes. Se extienden a terceros, especialmente a los descendientes. Son tan amplias sus consecuencias que abarcan no sólo a las personas, sino que tienen influencias importantes en los bienes. El matrimonio, jurídicamente considerado, no es solamente un acto por el cual un hombre y una mujer (hasta ahora) se unen con determinados y específicos fines, como ser el de vivir juntos y otorgarse mutuos auxilios, sino también obliga a quienes lo toman a cumplir determinadas obligaciones, gozar de ciertos derechos y, sobre todo, regirse por un estatuto legal dado con antelación por la autoridad.

Con respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio propiamente, quizás podríamos zanjar definitivamente la controversia o, al menos, inclinar la balanza en favor o en contra de una u otra posición, con el reconocimiento definitivo por parte de la doctrina generalizada de la teoría de los negocios jurídicos familiares o negocio jurídico de Derecho de Familia. Albaladejo, Manuel, *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958; quien también, al clasificar los negocios jurídicos, en las páginas 70 y siguientes, los distingue entre “negocios familiares o de Derecho familiar los que persiguen el fin de constituir, modificar o extinguir relaciones familiares (o, ampliando el concepto, cuasifamiliares), como el matrimonio, la adopción y el nombramiento de tutor. Debe, además, pensarse que el poder de las partes no alcanza nunca el contenido esencial de la relación jurídica que crean. Las partes pueden querer otro tipo de negocio, pero el establecido han de quererlo con todo su esencial contenido. Y acontece que todo el contenido de la relación de matrimonio es esencial: que no hay matrimonio sin deber de fidelidad, sin deber de auxilio o sin deber de convivencia”

⁵ La Escuela de la Exégesis, como recordamos, fue la corriente de interpretación del Derecho que se gestó en Francia después de la publicación del Código Civil de Napoleón, en 1804, y tuvo su auge en el siglo XIX. Su esencia descansa en la interpretación de la norma por la norma misma, exaltando el Derecho escrito, dándole preeminencia al texto de la ley.

⁶ De Verda y Beamonte, José Ramón, Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía La Ley*, núm. 2, 2007, pp. 1658-1671.

*conyugales es la razón por la cual los contrayentes tiene que asumirlos, al tiempo de prestar su consentimiento.*⁷

Como apunta Sancho Villarreal,⁸ “su carácter ético o moral no le priva de su juridicidad y, viceversa, su carácter jurídico no le priva de ser considerado también como un deber moral o ético. Existen múltiples normas o pautas éticas o morales incorporadas al ordenamiento jurídico, v. gr., el no matar, sin que ello implique ausencia de coactividad de las citadas normas”.

La tesis contraria fue producto de la Escuela Histórica,⁹ que se encargó de poner en duda el carácter jurídico de estos deberes bajo el razonamiento de que encontraban su argumento en la costumbre o la ética y no en el derecho positivo. Entendían que “virtudes como la fidelidad, la devoción, la obediencia, el respeto se imponían por la costumbre, y no por la ley, y que, en sustancia, debiera dejarse la ordenación de las relaciones familiares, en primera línea, a los miembros de la familia y a su sentido moral..., siendo misión única del Derecho asegurar su titularidad y disciplinar su ejercicio”.¹⁰ Muy ilustrativas de esta posición son las palabras expresadas por el exponente máximo de esta corriente, Savigny, al expresar: “No niego que la fidelidad y la asistencia recíproca de los esposos, la obediencia y el respeto de los hijos pertenezcan a la esencia del matrimonio ni del poder paterno, sino que estos elementos, a pesar de su importancia, descansan bajo la tutela de la moral y no bajo la protección del derecho”.¹¹

En un camino intermedio pareciera inclinarse actualmente la mayoría de la doctrina científica y legal de otras latitudes (léase España, Italia, Francia y Chile, las cuales no podemos referenciar por exigencias del espacio), al reconocer unos limitados efectos derivados del incumplimiento junto con su carácter

⁷ No tendría razón de ser que el Código de Familia legalmente también los calificara como tales en los artículos del 24 al 28. El resaltado es nuestro.

⁸ Sancho Villarreal, Luis, El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción. Comentario a la STS de 30 de julio de 1999, *Revista de Derecho de Familia*, abril 2001, p. 82.

⁹ Se entiende por Escuela Histórica, según palabras del propio Savigny, aquella que “admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta o la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Después, cada tiempo deberá encaminar su actividad a examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nacida por obra de una necesidad interna”.

¹⁰ Lacruz Berdejo, José Luis *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, volumen I, tercera edición actualizada, José María Bosch Editor, Barcelona, 1990, p. 134.

¹¹ Savigny, *Sistema del Derecho Romano Actual*, t. I, traducido del alemán por Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Góngora y Compañía, Madrid, 1878, p. 234.

ético moral (sólo aceptan los efectos expresamente previstos, tipificados por el legislador), cuestionando con ello su estricto valor de deberes jurídicos.

Lacruz, si bien reconoce que se trata de deberes jurídicos incoercibles directamente, advierte que ello “no les priva de su juridicidad, sino que al contrario, hace tanto más urgente arbitrar los medios precisos para mantenerlas en pie en esta condición suya plenamente jurídica”.¹²

En la doctrina patria parece imponerse la concepción de estimarlos como deberes cuyo incumplimiento no acarrea sanciones de tipo alguno (ni penal ni de otro tipo) con la excepción, como nos recuerda Olga Mesa Castillo, de la obligación de dar alimentos como forma de manifestarse el deber de auxilio mutuo. Cito casi textualmente sus reflexiones cuando nos refiere que “tienen por ende un marcado carácter ético ante la imposibilidad de imponer su cumplimiento forzoso específico, en realidad porque son deberes y no obligaciones; puede obtenerse judicialmente el cumplimiento de una obligación incumplida, pero, los deberes difícilmente pueden exigirse; es casi imposible exigir en Tribunales, por ejemplo, el cumplimiento del “«deber de fidelidad»”;¹³ nos trae una reflexión de Manuel Chávez Asencio acerca de que “en los deberes no existe ese cruzamiento de derechos y obligaciones, porque el mismo deber lo tiene tanto el hombre como la mujer y ambos pueden exigirlo. Es una relación lineal de igualdad en la que se da el mismo deber. El deber se exige en reciprocidad y complementariedad, y ambos están obligados, independientemente del cumplimiento individual del otro”.¹⁴

Son en suma postulados más morales que jurídicos y algunos autores entienden que la esencia de ellos nunca podrá acogerse en el campo jurídico (...) mal que nos pese, el concepto sigue siendo “extra jurídico”

¹² Este criterio fue abrazado por la Corte de Apelaciones de Talca con fecha del 30 de agosto de 2012, quien dictó sentencia favorable a una demanda de indemnización de perjuicios por daños materiales y morales, interpuesta por la mujer en contra de su marido, que tenía por fundamento la responsabilidad civil extracontractual derivada de los daños que le causó al haberla contagiado del virus del papiloma humano, producto de sus repetidas infidelidades matrimoniales, lo cual la llevó finalmente a someterse a una histerectomía total a la edad de cuarenta y tres años de edad; en este sentido, el tribunal de segunda instancia fue claro al decir que los deberes conyugales, pese a que sean incoercibles directamente, son “auténticos deberes jurídicos exigibles legalmente”; y siguiendo a la doctrina española defendida por Lacruz, basan su decisión en que “se tratan de deberes jurídicos incoercibles directamente, pero agregan que ello no les priva de su juridicidad, sino que al contrario, hace tanto más urgente arbitrar los medios precisos para mantenerlos en pie en esta condición suya plenamente jurídica (...) el carácter jurídico de los deberes conyugales debería hoy estar fuera de discusión, si pretendemos mantener el matrimonio con su naturaleza de institución jurídica”.

¹³ Mesa Castillo, Olga, *Derecho de familia*, Félix Varela, La Habana, 2010.

¹⁴ Chávez Asencio, Manuel F., *Matrimonio, compromiso jurídico de vida conyugal*, Limusa, México, 1988, p. 50; citado por Olga Mesa Castillo, *idem*, p. 212.

o metajurídico: No hay manera de obligar, imperativamente, normativamente o judicialmente a amar o ser amado.¹⁵

Se entiende que dentro de una unión tan íntima y deseada por las partes las obligaciones que se generen carezcan de toda connotación coactiva para revelarse como deberes morales y éticos propios de la intimidad conyugal. No obstante, en mi opinión, con eso no basta, aunque admito que no hay manera de obligar, imperativa, normativa o judicialmente a amar o ser amado. Pero que ello sea así, es decir, que ciertamente no pueda reclamarse y conseguirse su cumplimiento forzoso, no significa que la violación de los mismos no pueda generar determinadas consecuencias jurídicas. Es decir, una cosa es que no se pueda compeler forzosamente a su cumplimiento y otra que su incumplimiento no genere consecuencia alguna.

Muy vinculado a su naturaleza jurídica, algo hay que decir de la disponibilidad o indisponibilidad de estos deberes, y las conclusiones a las que arribemos deberían reafirmar o negar su carácter jurídico. Lacruz,¹⁶ comentando el artículo 68 del Código Civil Español, en particular los deberes de convivencia y fidelidad, expone que:

en esta limitada medida, la materia de la convivencia me parece indispensable: los cónyuges pueden estar de acuerdo en no vivir juntos en absoluto, por tiempo definido o indefinido, pero no pueden pactarlo con eficacia sino, a lo más, como un medio de concluir con el matrimonio: no para permanecer en él.

En el mismo sentido, García Cantero¹⁷ es tajante al argumentar que:

hay que seguir manteniendo que se trata de normas imperativas, al menos en el sentido de que serían nulos radicalmente los pactos en virtud de los cuales los cónyuges se comprometiesen a no convivir nunca, se autorizasen recíprocamente a mantener relaciones sexuales con terceros o se dispensasen del deber de alimentos.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Lacruz Berdejo, José Luis (coord.), *Comentario al artículo 68, revisado para la 2da edición por Joaquín Rams Albesa y Jesús Delgado Echeverría, Matrimonio y divorcio, comentarios al título IV del libro primero del Código Civil*, segunda edición, Madrid, Civitas, 1994.

¹⁷ García Cantero, Gabriel, *Comentarios al CC y compilaciones forales dirigidos por Manuel Albaladejo*, Madrid, 1982, pp. 192 y ss, arts. 42 al 107.

Gete-Alonso¹⁸ comenta que cualquier pacto previo a la celebración del matrimonio, destinado a eliminar radicalmente alguno de los deberes y derechos, acarrearía la inexistencia del consentimiento matrimonial y la nulidad del matrimonio, con independencia de que el consentimiento de los contrayentes haya sido prestado en forma voluntaria o por medio de engaños como la simulación.

Contraria al parecer mayoritario es la posición de Rigel Sánchez,¹⁹ para quien los deberes y derechos conyugales, después de contraído el vínculo matrimonial, son plenamente disponibles para los cónyuges mediante pacto, aun cuando estos quieran seguir casados, pero se dispensan recíprocamente de un deber o derecho, como el de convivencia. Sólo advierte que estos pactos, en los cuales se renuncia a la exigibilidad de algunos deberes y derechos, serán válidos en la medida que respeten la dignidad de los cónyuges, conserven estos la facultad de desistirse del mismo en cualquier tiempo y no comprendan la totalidad de los deberes y derechos conyugales, ya que esto último importaría un pacto de separación de hecho y no de concreción o modalidad de la convivencia.

Los deberes y derechos conyugales no son susceptibles de ser derogados ni modificados sustancialmente, son deberes legales, ya que ellos constituyen el verdadero contenido de la unión matrimonial en lo concerniente a sus efectos personales; a pesar de los cambios importantes en su concepción, su contenido mínimo se ha mantenido: el deber de respeto, ayuda y socorro mutuo, de vivir juntos y fidelidad. A nuestro entender, es lo que precisamente compone al matrimonio o, mejor dicho, lo que da vida al vínculo que de él emana. No existe el *matrimonio a la carta*, lo cual en definitiva viene a reafirmar el carácter jurídico de los deberes conyugales.

Después de celebrado o contraído el matrimonio, es posible que los cónyuges dispongan de la obligatoriedad de los deberes y derechos conyugales; sostener lo contrario se justifica en teoría, pero desconoce cierta realidad sociológica que se respira en el ambiente actual. Existen muchos matrimonios en la sociedad cubana cuyos integrantes cumplen todos y cada uno de los deberes y derechos conyugales, pero también existen otros en los cuales los cónyuges se han dispensado, anticipada o posteriormente, mediante pactos o convenios expresos o incluso tácitos y preferentemente verbales (dudamos

¹⁸ Gete-Alonso Calera, María del Carmen, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Madrid, 1984, pp. 134 y ss.

¹⁹ 20 Rigel Sánchez, Luis Felipe, Los deberes conyugales, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 14-15, 1996-1997, pp. 261-314.

que podamos encontrarnos con un pacto escrito de esta naturaleza, pero aun así no descartamos dicha posibilidad), la obligatoriedad de alguno de los deberes conyugales —se han otorgado ciertas “licencias matrimoniales”—; aun así, siguen manteniendo y alegando férreamente la existencia y vigencia de su vínculo matrimonial.

4. ¿RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO FAMILIAR?

Ninguna unión conyugal —como tampoco ningún grupo familiar—, sea cual fuere su forma de constitución, su grado de formalidad o la composición sexual o etárea de sus integrantes, debe convertirse *per se* en un espacio de impunidad e inmunidad para que los contrayentes puedan recíprocamente dañarse sin que ello provoque una consecuencia palpable desde lo jurídico. Tampoco ha de escudarse el Derecho de Familia en el principio de especialidad que permite aplicar sólo las “sanciones” o efectos que expresamente prevé su normativa pues, en primer lugar, ya está demostrada su incapacidad parcial para ello, que en el caso de Cuba se agrava en razón de la obsolescencia que sufre su normativa familiar, que ya está pidiendo a gritos una reforma y actualización; en segundo lugar, traicionaría su razón de ser esencial, que es la protección de la familia.

Se abre el debate a la cuestión de la pertinencia o no de responsabilidad en el ámbito familiar, que queda muchas veces oculta bajo la persistencia de reglas ajenas a lo jurídico, de convenciones sociales no escritas que se nutren y fortalecen de las omisiones o restricciones del propio sistema jurídico, dejando el espacio libre a la inmunidad e impunidad de los miembros de la familia ante violaciones graves de sus deberes o ante la presencia de auténticos ilícitos.²⁰

La problemática no tiene una respuesta tan sencilla, incluso para quienes propugnan y defienden la peligrosa e inviable vuelta del Derecho de Familia al *iusprivativismo* puro: seamos honestos, ¿realmente se visualizan o representan en un caso concreto de reclamación por responsabilidad civil al más clásico estilo de la teoría general del derecho civil contra nuestros progenitores, nuestros descendientes, nuestros hermanos o hermanas o nuestro compañero o compañera de tantos años de convivencia, proyectos comunes, alegrías y tristezas? No lo creo. Ello llevaría a múltiples situaciones absurdas, quizá aceptables y

²⁰ Patti, Salvatore, *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1984, pp. 4-40. Cfr. Otarola Espinoza, Yasna, *Incumplimiento de los deberes matrimoniales y responsabilidad civil*, Ubijus/Reus, México/Madrid, 2016.

posibles en otros contextos jurídicos, pero impensables para el familiar, por el alto precio que se pagaría, y no precisamente en dinero.²¹

El vacío regulatorio que en este contexto padece el ordenamiento jurídico cubano en general,²² y el familiar en particular, se ha de salvar ponderando dos principios esenciales: uno de carácter general, que impide la impunidad ante la presencia de un daño que debe ser reparado, y otro de carácter específico del Derecho de Familia, que sustenta la unidad y protección de la familia, que lleva a que las relaciones que se derivan de ella se asuman desde su especial perspectiva sin desmedro del apoyo de otros mecanismos de amparo adaptados a sus circunstancias.

¿Constituyen las normas del Derecho de Familia un sistema completo y cerrado que contiene todas las respuestas y las “sanciones” específicas aplicables a los casos de incumplimiento de los deberes conyugales, a través de las soluciones que ofrece la separación o el divorcio? Si bien a la luz del Código de Familia cubano esta afirmación pareciera cierta, aceptar esta premisa no sólo despoja de sentido y utilidad estas palabras, sino que niega la completitud del ordenamiento jurídico e impide la construcción de un régimen que incluya la opción de que se produzcan otros efectos.

Éste podría ser, en todo caso, el argumento aplicable al incumplimiento del deber de fidelidad o lealtad, por ejemplo, pues no hay fuerza jurídica ni de clase alguna que obligue a amar a otra persona. Pero si con las conductas que infringen los deberes conyugales se producen daños a la integridad física y psíquica, a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, al honor, a la libertad o a la intimidad de uno de los contrayentes, ¿cómo quedar de brazos cruzados, indiferentes ante la impotencia de las respuestas del derecho encargado de la protección de la familia?

²¹ ¿Sería el camino apropiado recurrir a la *lex aquilia* para reclamar el resarcimiento por el incumplimiento de ciertos deberes paterno-filiales, como el derecho-deber de visitas por parte del progenitor no custodio o la obstaculización del ejercicio de ese mismo derecho por el otro progenitor, o la negativa tácita o expresa a compartir las labores domésticas, o ante la negativa a reconocer a un hijo, o la ausencia de amor o la negativa a mantener relaciones sexuales, o por el nacimiento de un hijo enfermo, a sabiendas del carácter hereditario del padecimiento; o por saberse el fruto de una técnica de reproducción humana asistida; o por la ocultación a un hijo de su filiación adoptiva o de los datos de su auténtica paternidad biológica, o por la interrupción del embarazo decidida individualmente por la madre sin consultar previamente a su pareja; o la obstaculización por parte de los padres a sus hijos del desarrollo de su identidad sexual; o los daños derivados del hecho de ser un hijo extramatrimonial, o los daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial? Estos supuestos deberían contar con herramientas para su resguardo o al menos minimizar sus consecuencias, pero nunca por vía de la responsabilidad civil aplicada de manera lisa, llana y directa.

²² A partir de la raquítica formulación que hace del instituto del daño moral.

Históricamente, la responsabilidad civil ha sido excluida del ámbito familiar por diversas razones atendibles y, en el caso cubano, se suma la miopía del ordenamiento jurídico al momento de prever el instituto del daño moral. Tendencia que se mantiene muy a pesar del debate surgido hace unos años²³ en torno a si los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los deberes que nacen del matrimonio pueden ser objeto de resarcimiento conforme a las mismas reglas generales del derecho de daños y de la responsabilidad civil.

La naturaleza jurídica del Derecho de Familia que nos llama a encontrar las soluciones a tan complejo entramado de relaciones desde la óptica de su propia esencia sin despreciar los mecanismos que nos ofrecen otras ramas del saber jurídico y no jurídico que acuden a su auxilio nos lleva a rechazar o, cuando menos, limitar lo que se ha llamado la injerencia del derecho patrimonial en el Derecho de Familia, que, traído a este contexto, cuestiona la capacidad de respuesta y beneficio que proporcionarían los mecanismos resarcitorios característicos de la responsabilidad extracontractual en el ámbito propio de las relaciones maritales.

La primera de las razones que justifican esta posición es evidente: las relaciones jurídicas que se desarrollan al interior de la familia son, en esencia, vínculos afectivos y de confianza, de solidaridad y altruismo ligados a un fin superior de permanencia y de unidad familiar, idea que se refuerza con la llegada del principio de igualdad a este ámbito, especialmente la igualdad entre cónyuges en que resulta impensable “sacrificar derechos individuales a

²³ En Alemania, la doctrina ha intentado demostrar la convivencia entre las normas sobre responsabilidad civil y aquellas que regulan las relaciones familiares, pero la jurisprudencia, por el contrario, sostiene que la normativa particular del Derecho de Familia excluye cualquier pretensión de esa naturaleza. Y aun no negando, en línea de principio, la admisibilidad de la acción de un cónyuge contra el otro por el daño causado, tanto la jurisprudencia como parte de la doctrina sostienen que las relaciones personales dentro de la comunidad familiar se deben desenvolver en un contexto de libertad y no bajo la amenaza de sanciones resarcitorias. La doctrina científica y la legal portuguesa coinciden en que la violación de los deberes conyugales, además de constituir causa de separación y divorcio, debe ser fuente de responsabilidad civil por los daños tanto patrimoniales como morales causados al cónyuge lesionado. El divorcio no se contempla, al menos formalmente, como sanción, sino como remedio a la crisis matrimonial. Tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana no han sido unánimes en considerar hasta qué punto pueden ser resarcibles los daños ocasionados por un cónyuge al otro por no haber cumplido con los deberes que le impone el matrimonio. El Tribunal de Casación, cuando ha tenido la oportunidad directa o indirecta de pronunciarse sobre el tema, no ha brindado una respuesta unívoca, y va de pronunciamientos en los que se reconoce un abstracto resarcimiento del daño originado por el incumplimiento de los deberes matrimoniales a otros en los que definitivamente se excluye tal posibilidad. En el ordenamiento jurídico español, ya son cada vez más frecuentes los pronunciamientos jurisprudenciales en los que se concede una indemnización a favor del cónyuge que ha sufrido el incumplimiento de los deberes conyugales por parte de su consorte. En principio, si la situación creada ha generado un daño, se aprecia negligencia o dolo en el comportamiento de su autor, y una vez constatado el necesario nexo de causalidad, debe nacer la responsabilidad con independencia de que ambos se encuentren vinculados matrimonialmente. López de la Cruz, Laura, *Revista Indret*, núm. 4, 2010.

una malentendida paz doméstica”.²⁴ La condición de miembro de una familia en general y de cónyuge en particular no puede ni debería servir de criterio de exención de la responsabilidad de las afecciones que se produzcan en su interior, sobre todo desde que el matrimonio está al servicio del desarrollo de la libre personalidad de los contrayentes. Por el contrario, ese especial *status familiae* es razón para reforzar el margen de protección a través de mecanismos eficientes, efectivos y contestes con su propia naturaleza.

La segunda razón descansa, precisamente, en el rechazo que provoca concederle a los deberes conyugales un contenido jurídico y sólo apreciarlos como postulados éticos o morales que los despoja de ser una obligación en sentido estricto e impide que, a su incumplimiento, se pueda determinar el daño a resarcir. Ciertamente es que, tratándose de deberes que sólo pueden ser cumplidos por libre decisión y voluntad de ambos contrayentes, es contradictorio que se construyan mecanismos para su compulsión.²⁵ De ahí que su quebrantamiento sólo produce las consecuencias establecidas por el derecho de familia y que en el ordenamiento cubano se reduce a la separación —en los casos de uniones no formalizadas— o el divorcio.

Pero esto no tiene que ser así. El hecho de que todavía no se identifique claramente en el ordenamiento jurídico-familiar cubano la manera de reclamarse entre los cónyuges el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas, no significa que no tengan carácter jurídico. Pero esta afirmación no debe conducirnos a la conclusión de que deban aplicarse a la relación matrimonial los mismos esquemas que al incumplimiento forzoso de las obligaciones en un contrato ni del régimen de responsabilidad civil extracontractual.²⁶

²⁴ Carbone, E., *Réquiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile*, Giur, Italia, 2006.

²⁵ A ello puede añadirse, como hacen notar algunos autores, la dificultad de calcular los daños, el escaso poder disuasorio de la acción de responsabilidad para prevenir abusos u otras violaciones de los deberes matrimoniales y el efecto puramente redistributivo de riqueza entre los cónyuges que tendrían estas acciones, frente a las cuales no es posible asegurarse. Ellmann, Ira Mark; Sugarman, Stephen D., *Spousal Emotional Abuse as a Tort?*, *Maryland Law Review*, 1996, pp 1268-1343.

²⁶ En el acto ilícito "familiar", falta la ausencia de una previa relación jurídica entre el causante del daño y la víctima, típica de la responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, la violación de los deberes conyugales no acude para su solución a la fórmula de infracción general del principio *alterum non laedere*, sino en el del incumplimiento de una específica obligación que no opera entre extraños, sino entre cónyuges o el resto de los parientes. Por otra parte, la circunstancia de que el daño derivado de las relaciones familiares se presente en el contexto de una relación preexistente inclinaría a pensar en el absurdo de acudir a las normas de la responsabilidad contractual, o sea, esta última lleva al resarcimiento del daño que deriva de la violación de una regla pactada en una relación preexistente, mientras que la responsabilidad aquiliana acude ante el daño ocasionado entre extraños. Recordando la actual concepción del matrimonio se desmorona la posibilidad de emplear este camino empleando estos argumentos.

5. EFECTOS JURÍDICOS ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTENIDO PERSONAL DE LA RELACIÓN JURÍDICO-CONYUGAL: ESPECIAL REFERENCIA A LOS HECHOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO SOBRE LA PATRIA POTESTAD, LOS DERECHOS SUCESORIOS Y EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO

Más allá de las disquisiciones doctrinarias sobre la procedencia o no de la reparación aquiliana por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, y de que se determine o no la responsabilidad civil derivada de ello, no debemos dudar de que urge una respuesta integral del ordenamiento jurídico cubano y del familiar en particular, en los supuestos de comportamientos derivados de los hechos de violencia doméstica y conyugal, por el deterioro emocional o psicológico que deriva de los mismos, no sólo en la persona de su víctima, sino de todo su entorno, con independencia de que conduzcan o no a la separación o al divorcio, pues el daño que se pudiere indemnizar no es el que ocasiona el divorcio en sí mismo, sino el menoscabo que proviene directamente de los actos de violencia.

Hay que reconocer que superar el sistema de divorcio sanción, caracterizado por la búsqueda a ultranza de un culpable y de un inocente, significó un enorme paso de avance. El matrimonio es cosa de dos y el que esté libre de culpas... El cambio decisivo vino con la supresión de todo requisito de culpabilidad, instaurándose el sistema de divorcio remedio con todo lo bueno que ello significó, pero que trajo aparejado el debilitamiento de los deberes recíprocos al interior de la pareja.

Entonces, aunque el cónyuge sea abusivo, infiel, desconsiderado, irrespetuoso y egoísta o se desentienda de las tareas comunes ni le importen las propias del otro, si a pesar de todo ello se sigue adelante con el matrimonio, nada perturba ni ofusca a la institución desde el punto de vista jurídico. En el divorcio remedio la desatención, la infidelidad, la humillación, la falta de colaboración o, peor, los malos tratos no necesitan ser acreditados, basta con incitar el divorcio y será oída la pretensión:

El Derecho ya no quiere saber nada de lo que pasa de puertas adentro en un matrimonio y que no sea delictivo, ya que mientras alguno de los miembros de la pareja no proteste y diga que lo deja, el matrimonio lo es plenamente y a todos los efectos; y cuando ése decide divorciarse, el Derecho tampoco quiere escuchar excusas ni razones, le dan igual los motivos y tanto vale que yo quiera divorciarme porque mi mujer no

colabora en las tareas domésticas como porque he dado con otra que ahora me apetece más para compartir techo y tálamo.²⁷

Con ese gracejo tan propio de los españoles, este catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León nos dice: “Yo, ante la infidelidad de mi esposa y en el supuesto de que tal proceder me ofenda tremendamente, puedo gritarle que es una traidora y gritarle: “¡Antijurídica, que eres una antijurídica!”.²⁸ Pero vaya consuelo.

¿Qué efecto se producen si la pareja no vive junta o si no son leales y fieles unilateral o recíprocamente, o no se auxilian ni se asisten ni colaboran en beneficio de la familia creada, o si cada quien se dedica a velar por sus propios intereses en lugar de actuar en interés de la familia? Es decir, ¿qué pasa en el ámbito jurídico si se desconocen consciente o inconscientemente, abierta o solapadamente, todos y cada uno de los deberes consustanciales a la vida en común, de pareja?

Mal que nos pese, no sucede absolutamente nada, excepto que alguna de esas omisiones derive en una conducta tipificada como delictiva en el Código Penal. Si convertimos esos deberes en simples declaraciones de principios, en conceptos abstractos, en llamados a la bondad y a la convivencia pacífica, en un *desiderátum* filosófico bellamente adornado por la prosa pero sin sus correlativos mecanismos de coerción que los haga reales y exigibles, serán, con mucho, deberes aparentemente jurídicos.

Todas estas razones siempre me han mortificado, para terminar por rebelarme como jurista, como familista, como ser social y como persona. Y por eso me causa tanto regocijo lo resuelto por nuestro máximo foro en la sentencia número 892, del pasado 25 de noviembre de 2016,²⁹ y me encanta

²⁷ García Amado, Juan Antonio, ¿Hay deberes matrimoniales? Disponible en: <http://almacendederecho.org/hay-deberes-matrimoniales/>.

²⁸ *Idem*.

²⁹ No sabemos si con toda intención o por casualidad, la Sentencia 892 de 25 de noviembre de 2016 dictada en el Expediente de Casación Civil 792 de 2016 de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, coincide con el Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Actuó como Ponente la Jueza Isabel Arredondo Suárez y reproducimos su razonamiento contenido en el único Considerando: "... acreditado como se encuentra mediante los testimonios de los deponentes a instancia de la impugnante, y así lo admite y sienta la interpelada, que durante el considerable período de tiempo en que los contendientes se mantuvieron como pareja la unión se caracterizó por agresiones en el orden verbal e incluso físico, faltas de respeto y humillaciones, no cabe dudar que tales circunstancias trascienden de manera negativa al mérito para su condigno reconocimiento judicial con los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente, y es que a pesar de que tales incidencias no dieron lugar a la ruptura y fueron soportadas en el tiempo por la inconforme, no es posible desentenderse que resulta el matrimonio institución que sobrepasa el interés individual, e incluso el de la pareja, por trascender a la sociedad, como asiento de la familia que es expresión básica de aquella, de lo que sigue inferir que el exitoso ejercicio de la

tropezarme con noticias como la que nos da cuenta de la condena impuesta a un francés a pagar 10,000 euros por incumplir los deberes conyugales³⁰ a pesar del absurdo que encierra en sí misma.

Ya la sentencia del máximo foro cubano nos ofrece una de esas consecuencias: no puede reconocerse judicialmente como matrimonio una unión afectada por la presencia sistemática de hechos de violencia aun cuando exista singularidad, estabilidad y aptitud legal de ambos integrantes de la pareja. Desde este espacio deseo quede constancia de la satisfacción que ha generado en el ámbito académico y especialmente entre quienes dedicamos nuestros desvelos al Derecho familiar la coherencia con los tiempos que corren que se hace ostensible en los razonamientos de la sentencia número 892, del 2016, de la Sala de lo Civil y lo Administrativo, del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, que tiene, a un primer golpe de vista, tres grandes méritos dignos de resaltar (entre otros): extender el ámbito de aplicación de los deberes y derechos de la relación conyugal a las uniones de hecho hasta ahora reservadas exclusivamente al matrimonio formalizado, considerar como causa relevante para impedir que se iguale al matrimonio y beneficiarse de sus efectos jurídicos el incumplimiento de los deberes conyugales a través de la presencia en una unión de hecho que se pretende legalizar, de conductas sistemáticas de agresión, avasallamiento, ultraje y menosprecio por medio de la violencia verbal y física; aplicar como derecho interno las normas jurídicas internacionales de las que Cuba es parte, en este caso de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la mujer (CEDAW).

Se me ocurre que, como deberes de carácter jurídico al fin, es posible prever, al menos en el plano del deber-ser, otras consecuencias o efectos jurídicos palpables que se deriven del incumplimiento de los deberes conyugales en general, pero especialmente cuando involucra algún hecho de violencia en cualquiera de sus manifestaciones o se niega el deber de auxilio o asistencia.

acción dirigida al reconocimiento con tal alcance debe pasar por el cabal escrutinio que permita discernir si se trata de una relación conyugal donde se constata el cabal cumplimiento de los deberes y derechos que fija la norma familista por sus miembros, y entender lo contrario daría lugar a que se avalara la violencia por razón de género, conducta rechazada por la comunidad internacional y proscrita por la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, instrumento de corte internacional del cual nuestro país es signatario, de manera que no resiste distinto análisis el desacuerdo que se advierte en la decisión de la sala de instancia, que incurrió en la infracción denunciada en el motivo bajo examen, el que se estima y, sin necesidad de analizar los restantes, se acoge el recurso y se casa la sentencia impugnada".

³⁰ Un tribunal francés condenó a un hombre a pagar 10.000 euros a su esposa en concepto de daños y perjuicios por haber incumplido durante años el deber de mantener relaciones sexuales con ella. Estaban casados desde 1986 y tenían de dos hijos. El tribunal se basa en el artículo 1382 del código civil, que prevé que cualquier persona "que causa daño a otra" debe repararlo. Sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de Aix en Provence, en Francia. www.eluniversal.com.co 29 de noviembre de 2011.

Consecuencias para el régimen sucesorio, para la participación en los bienes comunes y para la patria potestad aun cuando la violencia no se haya ejercido sobre los menores hijos.

La violencia de género³¹ puede adoptar diversas formas tomando en cuenta la relación en que se enmarca y el ejercicio de poder que supone y se presenta como violencia sexual en la pareja u otros miembros femeninos de la familia, o en el ambiente laboral o estudiantil, o contra mujeres detenidas, presas o desarraigadas; en el tráfico de mujeres, la trata de niñas; o la violencia física, económica y psicológica en el espacio doméstico. Hablaremos de esta última categoría para reflexionar sobre los efectos que en el orden jurídico deberían derivarse de la presencia de esta lacra en el ámbito familiar.

Pero quiero dejar algo aclarado: hay muchas mujeres que sufren por la violencia de su pareja o ex-pareja masculina, es cierto. pero también hay muchos hombres que están en la misma situación y esa arista se invisibiliza. El estereotipo de la mujer siempre víctima y del hombre siempre maltratador hay que matizarlo. En mi opinión, se trata de un concepto trunco que evade la inclusión de la “violencia de género masculina” o “violencia masculina”, para así sacar de la vista la coexistencia de la violencia femenina, que también hay que combatir. Además, conduce al equivoco de presuponer que la violencia del hombre se dirige contra la mujer como género, y no contra su pareja o ex-pareja. Cuando una persona de cualquier género y ante cualquier circunstancia y tipo de relación se cierra al entendimiento y el diálogo, que es la forma civilizada de solucionar los conflictos —sea por falta de educación, por tener un pésimo e incontrolable carácter, por alteraciones psíquicas o escasa autoestima, por soberbia o arrogancia, por estrés, por frustraciones, por fracasos sufridos en la vida o por temor a la pérdida de su status familiar, o de su ambiente o nivel social—, se inicia una cadena escalonada de agresiones y humillaciones psíquicas y verbales mutuas, chantajes emocionales, hasta llegar a veces a la violencia física, que no conoce de género³² ni de testosterona, ni de estrógenos, sino de otra clase de factores. La violencia, provenga del hombre o de la mujer, siempre tiene el mismo origen: poder y control sobre la relación.

³¹ El término *violencia de género* para referirse a la violencia contra la mujer fue ideado y difundido en el Congreso sobre la Mujer, celebrado en Pekín en 1995, bajo los auspicios de la ONU.

³² Que la violencia “de género” no es un problema de género, sino de la falta de compasión, de generosidad y de tolerancia que conduce a la agresividad humana, nos da fe el hecho de que hay violencia también en las parejas de personas del mismo sexo.

El incumplimiento de los deberes conyugales y el régimen sucesorio

En el Derecho cubano se unifican las normas contentivas de las causales de desheredación, de incapacidad e indignidad para suceder, bajo la denominación de incapacidades para suceder (artículos 469 y 470 del Código Civil),³³ es decir, el legislador cubano no distinguió entre causales de incapacidad para suceder, causales de indignidad y causales de desheredación, a pesar de sus notables diferencias.

El legislador cubano, además, inspirado en la nobleza que honra su credo al distinguir lo más posible al heredero especialmente protegido del heredero forzoso, mutiló la facultad del testador para desheredar o privar de la porción especialmente reservada por ley a quienes tienen derecho a ella, excepto que obedezca a una causa justa reconocida expresamente en la ley. La ponderación del legislador al momento de elegir entre la justeza de conceder al testador la facultad de privar de la legítima a los herederos con derecho a ella por las causas previstas en la ley por una parte y la sobreprotección a ultranza de quienes necesitan una tutela en el orden sucesorio por el estado de dependencia económica respecto del causante o por su inaptitud para trabajar por la otra, lo hizo inclinarse por lo segundo, logrando con ello no sólo imponer la prelación, sino el destierro del Código Civil de las normas sobre desheredación.

No obstante, creo entender que la cátedra de Sucesiones, de la Facultad de Derecho, de la Universidad de La Habana, abraza el criterio más coherente con la naturaleza jurídica de las instituciones en comento: existiendo un heredero especialmente protegido, a quien le corresponde la mitad de la herencia, pero que estuviere sujeto a una causal de incapacidad para suceder de las reguladas en el artículo 469 de dicho cuerpo legal; deben prevalecer estas causales sobre la cualidad de especial protección.

De todas las causas, sólo nos interesan, para nuestros objetivos, las previstas en los incisos a) y c), contestes con los deberes de respeto y auxilio mutuo.

³³ Las causas de incapacidad para heredar, reconocidas en el Código Civil cubano, en sus artículos 469 y 470, en síntesis, incluyen a los que: hayan atentado contra la vida del causante o de otro heredero o beneficiario de la herencia; hayan empleado engaño, fraude o violencia para obligar al causante a otorgar una disposición testamentaria o a cambiar o dejar sin efecto la otorgada; hayan negado alimentos o atención al causante; y hayan abandonado definitivamente el país.

a) Hayan atentado contra la vida del causante o de otro heredero o beneficiario de la herencia.

Y aquí hay más preguntas que respuestas.

¿Se puede considerar que las actitudes de violencia de género están comprendidas en este inciso, aun si la intención no es atacar contra la vida de la pareja o del cónyuge, sino simplemente regodearse en el abuso?

¿La existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del cónyuge puede subsumirse en este pronunciamiento? ¿Dónde encuadra la violencia psicológica?

¿Para que pueda apreciarse, se precisará de la existencia de un matrimonio o unión no separada de hecho ni en trámites de divorcio?

¿Qué quiere decir o cuál es el alcance de la frase “atentar contra la vida”? ¿Se necesita de una condena en juicio penal? ¿O valen los indicios fundados de violencia de género?

Esto necesita ser aclarado e incluir un supuesto de incapacidad vinculado a los supuestos de violencia de género o, en el peor de los casos, extender la interpretación a estos extremos con una muy longa, amplia y maleable discreción aplicable a los sucesos de violencia.

Porque si a lo que conducen es a la separación o al divorcio, no es preciso acudir a la causa de incapacidad, pues ya no hay llamamiento sucesorio a favor del agresor. Pero si tras el episodio de violencia la pareja mantiene su vida en común porque nunca la llegan a interrumpir, sea por la compulsión y dependencia psicológica a la que suelen estar sometidas las víctimas, sea por la sistematicidad del maltrato que la coloca en una espiral de la cual no puede salir, todo se queda en la nada.

Y si se tratase de una disposición testamentaria, ¿habría que acreditar los malos tratos?, ¿quién estaría legitimado para ello?, ¿se puede considerar que se ha producido un incumplimiento grave de los deberes conyugales y asimilarlo a esta causa de incapacidad?

Otras dificultades aparecerían si está pendiente el proceso de divorcio. En efecto, es posible que el fallecimiento del cónyuge se produzca una vez iniciada la acción y antes de la sentencia firme. ¿Qué hacer? ¿Habrá que demostrarlo y será necesario ventilar esta ignominiosa situación?

Pero hay más preguntas: una víctima de violencia de género, tras sufrir repetidas agresiones, prolongadas por años, termina matando a su pareja de manera dolosa y resulta condenada por ello, ¿pierde igualmente los derechos sucesorios que pudieren corresponderle?

La aplicación neutra de la norma conduciría al mismo resultado, y merece la pena meditar sobre ello.

c) Hayan negado alimentos o atención al causante

Menos interrogantes nos provoca este supuesto de incapacidad, pues aparece más clara su tipificación como una de las manifestaciones del deber de asistencia o, más precisamente, del incumplimiento de una de las formas en que se puede expresar el deber de asistencia, ayuda y socorro mutuos. Pero ¿qué significa negar atención? ¿Incluye el incumplimiento del deber de asistencia?

En resumen, prever la violencia de género como causa expresa de incapacidad supondría la concreción del principio según el cual nadie puede tomar ventaja de su propia acción ilícita, que alcanza no sólo la incapacitación del maltratador respecto a su cónyuge o pareja, sino que se extiende a los hijos que maltrataren a sus padres y, en general, a todos aquellos que resultasen responsables de actos de violencia doméstica.

Incumplimiento de los deberes conyugales y patria potestad³⁴

Cuando se pone en peligro el interés superior por el grave incumplimiento de los progenitores de sus deberes para con sus hijos e hijas, el ordenamiento jurídico ha previsto medidas como la suspensión o la privación de la patria potestad, o las penas accesorias para las que regula el Código Penal la pérdida de la patria potestad.³⁵

³⁴ Usando nuestra nomenclatura, aunque ya prefiero llamarle responsabilidad parental.

³⁵ ARTICULO 85. La patria potestad comprende los siguientes derechos y deberes de los padres:

1) tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado; es esforzarse para que tengan una habitación estable y una alimentación adecuada; cuidar de su salud y aseo personal; proporcionarle los medios recreativos propios para su edad que estén dentro de sus posibilidades; darles la debida protección; velar por su buena conducta y cooperar con las autoridades correspondientes para superar cualquier situación o medio ambiental que influya o pueda influir desfavorablemente en su formación y desarrollo;

2) atender la educación de sus hijos, inculcarles el amor al estudio; cuidar de su asistencia al centro educacional donde estuvieren matriculados; velar por su adecuada superación técnica, científica y cultural con arreglo a sus aptitudes y vocación y a los requerimientos del desarrollo del país y colaborar con las autoridades educacionales en los planes y actividades escolares;

3) dirigir la formación de sus hijos para la vida social; inculcarles el amor a la patria, el respeto a sus símbolos y la debida estimación a sus valores, el espíritu internacionalista, las normas de la convivencia y de la moral socialista y el respeto a los bienes patrimoniales de la sociedad y a los bienes y derechos personales de los demás; inspirarles con su actitud y con su trato el respeto que les deben y enseñarles a respetar a las autoridades, a sus maestros y a las demás personas;

4) administrar y cuidar los bienes de sus hijos con la mayor diligencia; velar porque sus hijos usen y disfruten adecuadamente los bienes que le pertenezcan; y no enajenar, permutar ni ceder dichos bienes, sino en interés de los propios menores y cumpliendo los requisitos que en este Código se establecen;

5) representar a sus hijos en todos los actos y negocios jurídicos en que tengan interés; completar su personali-

Pero estamos ante el supuesto de violencia no contra el hijo o hija, sino contra su madre o padre. ¿Quién duda de que uno de los más graves incumplimientos de los deberes derivados de la patria potestad sea la violencia de género? ¿Nos permiten las normas contenidas en los artículos correspondientes del Código de Familia actuar en consecuencia –no lo creo– o nos obligan a estirar extremadamente su influjo a estos casos?

Colocándonos en los supuestos más visibles (violencia contra la mujer), atentar contra la vida o la integridad física de la madre por parte del padre quebranta no sólo el supremo interés de los menores al desarrollo de su personalidad, sino también contra los derechos fundamentales de la madre a su integridad o vida, que deben prevalecer sobre el derecho de los padres maltratadores a relacionarse con sus hijos. Es por ello que en casos de violencia de género se justifica plenamente la privación de la patria potestad del maltratador respecto a sus hijos o –al menos– imponerle serias limitaciones en su ejercicio.

Si por las circunstancias del caso no se impusiera la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación para la misma ni tampoco se le privara del ejercicio de la patria potestad al maltratador, sí podría privársele de la guarda y custodia, atribuyéndola en exclusiva al otro progenitor, aun en caso de que no se esté tramitando el divorcio o se mantenga la unión, lo cual implicaría ciertas reglas de alejamiento físico o de abandono forzoso del domicilio familiar.³⁶

dad en aquellos para los que se requiera la plena capacidad de obrar; ejercitar oportuna y debidamente las acciones en derecho correspondan a fin de defender sus intereses y bienes.

ARTICULO 93. (*Modificado*). Ambos padres, o uno de ellos, perderán la patria potestad sobre sus hijos:

- 1) cuando se les imponga como sanción por sentencia firme dictada en proceso penal;
- 2) cuando se atribuya a uno de ellos por escritura notarial o por sentencia firme dictada en proceso de divorcio o de nulidad de matrimonio o se prive a ambos por resolución judicial.

ARTICULO 94. La patria potestad se suspende por incapacidad o ausencia de los padres, declarada judicialmente.

ARTICULO 95. Los tribunales, atendiendo a las circunstancias del caso, podrán privar a ambos padres, o a uno de ellos, de la patria potestad, o suspenderlos en el ejercicio de ésta, en los casos de los artículos 93 y 94, o mediante sentencia dictada en proceso promovido a instancia del otro o del fiscal, cuando uno o ambos padres:

- 1) incumplan gravemente los deberes previstos en el artículo 85;
- 2) induzcan al hijo a ejecutar algún acto delictivo;
- 3) abandonen el territorio nacional y, por tanto, a sus hijos;
- 4) observen una conducta viciosa, corrupta, delictiva o peligrosa, que resulte incompatible con el debido ejercicio de la patria potestad;
- 5) cometan delito contra la persona del hijo.

³⁶ Tribunal Supremo español. Sala de lo Civil. Presidente Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán. Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana. Sentencia nº: 36/2016 de fecha 04/02/2016 Procedencia: Audiencia Provincial Bizkaia. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Legislacion-y-jurisprudencia/Jurisprudencia-espanola/>. Violencia de género y custodia compartida: La Sentencia de fecha 09 de Febrero de 2016 dictada por el Tribunal Supremo Español sienta un importante precedente jurisprudencial en casos de violencia de género o familiar y la atribución de la guarda y custodia. En esta ocasión, el Alto Tribunal ha estimado el Recurso de Casación que había interpuesto una madre víctima de violencia de género por el que

Y vuelven las interrogantes.

Si la ley pudiera prever que los maltratadores pierdan no sólo la custodia de sus hijos, sino también la patria potestad, ¿se necesitaría de una condena penal?

¿Sólo será viable cuando se prueben las lesiones o el intento de asesinato o el asesinato mismo, o sería posible para los casos en que no existe proceso penal en curso pero el órgano jurisdiccional advierte, durante la tramitación del proceso de familia y a partir de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia intrafamiliar?

Ante la ausencia de un pronunciamiento específico para este tipo de conductas, ¿se podrá privar de la patria potestad en la misma condena o será necesario acudir a la vía civil para la privación y evitar así dilaciones perjudiciales para los hijos menores? La ley penal cubana establece, en el artículo 38, como sanción accesoria, la privación o suspensión de derechos paternofiliales y de tutela para los delitos de violación, pederastia, abusos lascivos, ultraje sexual, incesto, proxenetismo y trata de personas, y corrupción de menores. ¿Dónde quedan las situaciones de violencia en cualquiera de sus manifestaciones? El legislador debe incluir expresamente en la valoración del Tribunal la aplicación de la mencionada norma a todos los delitos en que se acredite la agravante de violencia de género.

¿Estas decisiones deberán adoptarse únicamente cuando exista un riesgo claro de perjuicio para el menor? No lo creo. Para mantener en común y con toda fluidez un régimen de guarda y custodia y de comunicación debe existir entre los progenitores una relación de respeto mutuo que permita el desarrollo normal tanto para los propios progenitores como también —y lo que es más importante— para la salvaguarda del interés de los menores.

solicitada que se denegara el régimen de guarda y custodia compartida entre ésta y su ex marido por haber sido condenado éste – padre de los menores – por un delito de violencia de género. La madre aportó en el procedimiento judicial en el que se estaba decidiendo el régimen de custodia una Sentencia dictada previamente por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Esta Sentencia condenaba al otro progenitor como autor de un delito de amenazas dentro del ámbito familiar. Esa Sentencia, condenaba al padre por unos hechos producidos durante el día de Reyes, cuando la madre hizo entrega de los menores al padre para que los menores pudieran estar en compañía de ambos progenitores. En ese contexto, el padre amenazó gravemente a la madre al gritarla “como no me den la custodia compartida te arranco la piel a tiras. Como me quites la custodia compartida, aunque sea lo último que haga, te meto una hostia aquí mismo, mentirosa de la hostia, esto va a acabar mal para todos, perra de la hostia, te va a tocar la gorda, la gorda te va a tocar”. El Juzgado de Violencia sobre la Mujer consideró probados estos hechos y condenó al padre como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar. Esta condena, en contra del criterio de instancias judiciales previas, ha supuesto para el Tribunal Supremo la adopción de la fijación de un régimen de guarda y custodia monoparental a favor de la madre.

Jamás debería prevalecer como criterio cualificador del interés superior el argumento de que lo mejor para el menor es el respeto al principio de coparentalidad que defiende la relación con ambos progenitores a pesar de ser uno de ellos un abusador con el otro aunque no lo sea con su hijo o hija. Sólo con un distanciamiento del progenitor violento pueden los menores dejar de identificarse con esas conductas y regenerar su psiquis y su autoestima. Para que esos niños y niñas se puedan sanar es fundamental que crezcan alejados de la violencia y se les eduque en los valores de igualdad. Otra solución es impensable: el binomio marido violento/padre amoroso o la hipótesis de que un maltratador puede ser buen padre no se sostiene. Un maltratador no es jamás un buen padre.

La ausencia de un tratamiento especial a las conductas típicas de violencia de género en las leyes cubanas responde a que el fenómeno, aunque importante, no se considera de “alta peligrosidad” o extendido a gran escala social, lo cual no se corresponde enteramente con la realidad.³⁷

En un reportaje periodístico³⁸ en ocasión del Día de la No Violencia contra la Mujer, en el año 2014, una joven periodista nos advierte de algo que sabemos de sobra los juristas.

- El crimen por violencia de género no está recogido como concepto en ningún instrumento jurídico.
- El Código Penal cubano prescinde de este tipo de delito por cuestiones de género y sus múltiples manifestaciones sin una respuesta con tratamiento específico: canaliza estas conductas a través de los tipos delictivos de alcance general (homicidio, asesinato, lesiones, coacción

³⁷ La ley no puede esperar a una explosión del fenómeno para tomar cartas en el asunto, especialmente cuando un ínfimo porcentaje de los hechos es denunciado ante las autoridades. Una señal de alerta nos llega, por ejemplo, del resultado arrojado por la investigación de campo realizado por la MsC. Filadelfa Vidal Aguilar, que nos da a conocer, en la ponencia “Violencia contra la mujer. Manifestaciones y consecuencias en la sociedad contemporánea”, presentada en la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia, la cual les remito. Si bien la muestra obtenida se enmarca en un territorio, edades y nivel educacional específicos, se constató que más del 50 % de las mujeres encuestadas han sido víctimas de algún tipo de violencia al menos una vez en la vida, y que un 53.5% han sido maltratadas en más de una forma. La forma más presente es la violencia psicológica (37%) a través de los silencios, los gritos y las prohibiciones; en segundo lugar, la violencia física (22%), a través de los empujones, golpes y tirones de pelo; la tercera, la sexual (17%); y por último, la económica, con el 14%, expresada en la centralización, por el hombre, del dinero devengado por ambos y la imposibilidad de la mujer de acceso al mismo. El principal victimario es el esposo, compañero o novio. Solo un 5% de las mujeres maltratadas realizaron denuncia ante la autoridad competente. *Cfr.* Memorias de la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y otras disciplinas afines, La Habana, mayo de 2013, pp. 809-841.

³⁸ García Cardentey, Mayra, , *Cubahora, Primera Revista Digital de Cuba*, 2014. Disponible en: www.cubahora.cu/cultura/importante-pero-definitoria.

o amenazas) pero que no son capaces de satisfacer con especificidad contundente las manifestaciones violentas dentro de la familia.

Aunque en el delito de asesinato exista una tipicidad dirigida al agresor en condición de cónyuge o persona con determinado grado de parentesco, o el nivel de familiaridad se considere una agravante a la hora de juzgar una acción contra la vida y la integridad corporal, el desarrollo normal de las relaciones sexuales, la familia y la infancia, eso es insuficiente. O que para los casos de violencia psicológica se acuda al delito de coacción pero con la misma apreciación que se hace para cualquier persona que obligue a otra a algo no deseado y la violencia verbal pudiera recogerse como amenaza, eso es insuficiente. En ninguno de esos supuestos hay orientaciones para ejemplos específicos relacionados con las nociones de género.

- De igual forma, las lagunas en el Código Penal cubano en cuanto a la violencia de género permiten que cuando una persona sea golpeada y no se visualizan lesiones que necesiten tratamiento médico, no sea considerado delito, sino una contravención del orden público.
- Tampoco se consideran entre las acciones punitivas las de índole psíquica y económica que, en muchos casos, generan a la postre maltrato físico.

En este contexto, juega un papel esencial la preparación especializada de los miembros de los tribunales de justicia familiar. Se deben abandonar los eufemismos y llamar a las cosas por su nombre: no estamos ante un “conflicto familiar” cuando de lo que se trata, en puridad, es de violencia, casi siempre masculina. En estos casos, como nunca, cobran vigencia y protagonismo los equipos multidisciplinarios de apoyo a la justicia familiar, profesionales capaces de identificar cuándo se está en presencia de la madre manipuladora, malintencionada, trastornada y aficionada a las falsas denuncias contra el padre, para conseguir beneficios económicos o para alejarlo de los hijos; o de ponderar si se trata de un menor manipulable, inmaduro, y sin un criterio claro de lo que le conviene, o si estamos en presencia de un lobo disfrazado de cordero. Todo ello, para evadir el efecto contrario y que termine prostituyéndose un régimen de amparo al punto de convertirlo en una herramienta de chantaje o de clara desventaja.

6. CONCLUSIONES

Cuba está enfocada en este momento en un importante proceso de reforma de su normativa familiar, que no debe soslayar el abordaje, también desde la norma, de un fenómeno social latente en la sociedad y la familia cubana, y que a veces preferimos ignorar: la violencia al interior de la familia. Ello nos convoca a pensar, sin mucha más demora, en cambios radicales y necesarios en todo el plexo normativo cubano y, en especial, en el Derecho de Familia.

Aun careciendo de coercibilidad, los deberes conyugales gozarían de mayor grado de juridicidad, si el legislador estimara su incumplimiento, entre otros, como causa de incapacidad para heredar o de pérdida de alimentos, o sobre los derechos y deberes consustanciales a la patria potestad. En fin, como bien apunta el profesor Llamas, “el carácter jurídico de los deberes conyugales debería hoy estar fuera de discusión, si pretendemos mantener el matrimonio con su naturaleza de institución jurídica”.³⁹

Hemos reflexionado sobre la naturaleza jurídica de los deberes conyugales que conforman el contenido personal de esa relación jurídica, pasando por un breve repaso del contenido de cada uno para razonar sobre las consecuencias jurídicas palpables que pudieren derivarse de su quebranto, especialmente cuando tenga su origen en un hecho de violencia de género, sea respecto de la persona de la pareja o ex-pareja, sea de cara al impacto en la formación y desarrollo de la personalidad de sus hijos e hijas. La ley no debería declararse ni impotente ni incapaz de proveer los mecanismos legales para ello.

Nuestros jueces no lo han hecho y, pasando por encima de siglos de concepciones entronizadas y aparentemente inamovibles, han dirigido el cauce por la misma línea que defendemos.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Librería Bosch, Barcelona, 1958.

Barcia Lehmann, Rodrigo y Rivera Restrepo, José M., ¿En qué casos el incumplimiento de deberes del matrimonio genera responsabilidad civil? *Revista Electrónica Ius et Praxis*, vol. 21, núm. 2, Talca, 2015. Disponible en

³⁹ Llamas Pombo, Eugenio, Divorcio y responsabilidad civil, *Práctica Derecho de Daños, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año V, núm. 49, 2007, pp. 3-4.

- <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000200002>. Consultado el 17 de julio de 2018.
- Barletta, M., Los efectos jurídicos de la separación judicial y divorcio por causal en la patria potestad, *Revista Derecho PUCP*, núm. 55, 2013. Disponible en: <https://bit.ly/2xna11B>. Consultado el 14 de agosto de 2018.
- Bravo Silva, Daniel, Responsabilidad civil entre cónyuges y ex cónyuges por hechos cometidos durante el matrimonio: Panorama jurisprudencial en Chile, con especial referencia a la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 3 de abril de 2014, en: Vidal, A.; Severin, G. y Mejías, C. (edits.), *Estudios de Derecho Civil X, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valparaíso, Santiago, Thomson Reuters, 2014.
- Carbone, E., *Réquiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile*, Giur, italia, 2006.
- Colás Escandón, Ana, *Nuevos daños indemnizables: las relaciones de familia*.
- Corral Talciani, Hernán, La incipiente jurisprudencia chilena sobre daños en la familia, *Revista de Derecho de Familia*, separata núm. 4, Santiago de Chile, 2014.
- Herrador Guardia, Mariano (coord.), *Derecho de daños*, Sepin, Madrid, 2011.
- De Verda y Beamonte, José Ramón, Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales, *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía La Ley*, núm. 2, 2007.
- Ellmann, Ira Mark; Sugarman, Stephen D., Spousal Emotional Abuse as a Tort?, *Maryland Law Review*, 1996.
- Emilo Jalil, Julián, El daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año XVIII, 3, 2016.
- García Amado, Juan Antonio, ¿Hay deberes matrimoniales? Disponible en: <http://almacenderecho.org/hay-deberes-matrimoniales/>. Consultado el 10 de septiembre de 2016.
- García Cantero, Gabriel, *Comentarios al CC y Compilaciones forales dirigidos por Manuel Albaladejo*, Madrid, 1982.
- García Cardentey, Mayra, Importante, ¿pero definitiva?, *Primera Revista Digital de Cuba*, 25 de noviembre de 2014. Consultado el 13 de marzo de 2016. Disponible en: www.cubahora.cu/cultura/importante-pero-definitiva.
- Gete-Alonso Calera, María del Carmen, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Madrid, 1984.
- Lacruz Berdejo, José Luis et al., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, tercera edición actualizada, Barcelona, José María Bosch Editor, volumen I, 1990.
- Lacruz Berdejo, José Luis (coord.), *Comentario al artículo 68*, revisado para la 2ª edición por Joaquín Rams Albesa y Jesús Delgado Echeverría, Matrimonio

- y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil, segunda edición, Madrid, Civitas, 1994.
- Llamas Pombo, Eugenio, Divorcio y responsabilidad civil, *Práctica Derecho de Daños, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año 5, núm. 49.
- López de la Cruz, Laura, *Revista InDret*, núm. 4, 2010. Consultado el 13 de marzo de 2016.
- Medina, Graciela, *Daños derivados del divorcio*. Disponible en: <http://www.gracie-lamedina.com/assets/Uploads/articulo/pdf/09-11-06A-1.pdf>. Consultado el 17 de octubre de 2017.
- Medina, Graciela, Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial Unificado, *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, núm. 5, 2015.
- Mesa Castillo, Olga, *Derecho de Familia*, Félix Varela, La Habana, 2010.
- Otárola Espinoza, Yasna, La culpa en materia de derecho matrimonial, Domínguez Hidalgo, et al. (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Santa Cruz, 2012.
- Otárola ESPINOZA, Yasna, La naturaleza obligacional de los deberes matrimoniales, *Estudios de Derecho Civil IX, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valdivia, 2013.
- Otárola Espinoza, Yasna, *Incumplimiento de los deberes matrimoniales y responsabilidad civil*, Ubijus/Reus, México/Madrid, 2016.
- Patti, Salvatore, *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1984.
- Ragel Sánchez, Luis Felipe, Los deberes conyugales, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 14-15, 1996-1997.
- Sancho Villarreal, Luis, El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción. Comentario a la sts de 30 de julio de 1999, *Revista de Derecho de Familia*, abril 2001.
- Savigny, Friedrich Karl, *Sistema del Derecho Romano Actual*, t. I, traducido del alemán por C. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, ed. Góngora y Compañía, Madrid, 1878. Disponible en: www.eluniversal.com.co.
- Sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de Aix en Provence, Francia, 29 de noviembre de 2011. **Tribunal Supremo español**. Sala de lo Civil. Presidente Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana. Sentencia número 36/2016, de fecha 4 de febrero de 2016, consultado el 13 de marzo de 2016. Audiencia Provincial Bizkaia. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Legislacion-y-jurisprudencia/Jurisprudencia-espanola/>.
- Tapia, Mauricio, Responsabilidad civil entre cónyuges en el derecho francés contemporáneo, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 48, 2017. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512017000100051>.

- Torres Flor, Analucía, La juridicidad del deber moral de fidelidad: Un análisis de su regulación en el Código Civil y Comercial argentino, *Revista de Derecho. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, núm. 18, 2018.
- Turner Sãelzer, Susan, Culpa e infracción de deberes personales entre cónyuges en el Código Civil alemán, *Revista Electrónica Ius et Praxis*, vol. 23, núm. 1. Talca septiembre 2017. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100005>.
- Vela Sánchez, Antonio J., Revocación de las donaciones matrimoniales por incumplimiento de los deberes conyugales y por violencia de género en la pareja, *Diario La Ley*, núm. 8581, 2015.
- Velazco Mugarra, Miriam, Distinción teórica del ejercicio y la titularidad de la patria potestad en interés del menor de edad, *Revista Cubana de Derecho*, IV Época, núm. 43.
- Vidal Aguilar, Filadelfa, Violencia contra la mujer. Manifestaciones y consecuencias en la sociedad contemporánea, *Memorias de la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y otras disciplinas afines*, La Habana, mayo de 2013. Formato digital.