



Diciembre 2009

EL DERECHO DE FAMILIA EN SU PERSPECTIVA SOCIAL: VISIÓN DESDE CUBA

Misalys Hernández Pérez¹
misalysph@ult.edu.cu

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Hernández Pérez, M.: *El derecho de familia en su perspectiva social: visión desde Cuba*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, diciembre 2009.
www.eumed.net/rev/cccss/06/mhp2.htm

Sumario: I. Apuntes sobre la evolución histórica del Derecho de Familia; II. Enfoques actuales del Derecho de Familia como rama de Derecho Social; II.I. Manifestaciones del Derecho de Familia que corroboran la sensibilidad de las relaciones familiares; II.II. Independencia de las normas de Derecho de Familia sustantivo y procesal; III. Consideraciones Finales.

La sociedad humana en diferentes aspectos de su organización o actividad y las leyes de su desarrollo son objeto de estudio de muchas ciencias, denominadas ciencias sociales humanitarias, en las que tiene un significado especial el enfoque filosófico que se aplica en la explicación de la ciencias de los fenómenos sociales y la base metodológica de las investigaciones.

¹ Profesora de la Disciplina de Derecho Civil y de Familia del Departamento de Derecho de la Universidad de Las Tunas.

Dentro de las ciencias sociales el Derecho ocupa un lugar importante. Es el reflejo de numerosas relaciones sociales, de formaciones socioeconómicas indisolublemente ligadas a la superestructura; de manera que el Derecho se nutre de la sociedad en cuestión, a la vez que sirve de instrumento de transformación social. Es en ese sentido que se concibe como un fenómeno complejo y multidimensional.

No obstante, dentro del Sistema de Derecho, el Derecho de Familia ostenta una carga altamente social, ética y moral, impuesta por la clase de relaciones que regula de tipo personales y le imprime características peculiares, que lo hacen diferente del resto de las ramas del Derecho. Tiene la importante misión de normar jurídicamente la mayoría de las relaciones que tienen lugar en la institución humana más antigua que se conoce “la familia”; que por demás es un producto de la sociedad y responde a la estructura económica social que le sirve de marco.

Aún cuando no caben dudas respecto al contenido sentimental y social del Derecho de Familia, existen divergencias entre los entendidos en la materia sobre su ubicación exacta en el Sistema de Derecho, teniendo en cuenta su tradicional nexos con el Derecho Civil o Derecho Privado; lo que imposibilita una solución más acertada a los conflictos de índole familiar.

En Cuba existe una protección jurídica integral de la familia como parte de la política del Estado desde el Triunfo de la Revolución. No obstante, aún cuando fuimos un país abanderado en relación a la independencia del Derecho de Familia² del Derecho Civil, no ha sucedido lo mismo en relación a la instrumentación de la jurisdicción familiar, y a métodos alternativos eficazmente puestos en práctica en numerosos países del mundo.

Es por ello que sin pretender agotar el tema se aporta un material bibliográfico actualizado sobre el Derecho de Familia en su relación con la sociedad, para ser utilizado en la docencia de pre y postgrado, así como su utilización en la práctica jurídica.

I. Apuntes sobre la evolución histórica del Derecho de Familia.

La familia es la institución humana más antigua que se conoce. Sin embargo, su derecho regulador tiene lugar en un momento del desarrollo de la humanidad, posterior al surgimiento del Estado, y adquiere características peculiares en dependencia de la evolución experimentada por la familia en cada formación económica social.

Es preciso señalar que institución familiar en su amplio devenir histórico ha transitado por la familia consanguínea, típica del advenimiento de la civilización que descansaba en el principio de la consanguinidad uterina; luego la denominada familia punalúa y la sindiásmica posteriormente, dando paso ésta última a la monogamia patriarcal, en la que se reduce el papel de la mujer a madre y servidora en el núcleo familiar y donde el matrimonio y la familia garantizaban la transmisión hereditaria y la legitimidad de la paternidad.

² Cuba fue el tercer país en América Latina en promulgar un Código de Familia, desagregando las normas jurídicas relativas a la familia, del Derecho Civil.

En Cuba, durante los preludios de la etapa colonizadora fue impuesta la concepción que sobre las relaciones familiares tenía la metrópolis, por lo que se aplicó en sus inicios, la legislación importada desde España. En 1889 con la puesta en práctica del Código Civil Español, extendido a nuestro país, se instituyó un sistema de Derecho de Familia patriarcalista que se caracterizó fundamentalmente por el sometimiento prácticamente perpetuo de la mujer al dominio del hombre; las distinciones entre los hijos legítimos e ilegítimos, la exaltación del matrimonio religioso, y la existencia de las uniones de hecho o concubinato, no protegido por la ley.

En 1918 se estableció como única forma de matrimonio el civil. Posteriormente la Constitución del 40 y su ley complementaria, la Ley 9/50, de Equiparación Civil de la Mujer, se asumieron importantes conquistas, que aunque se redujeron al plano jurídico formal, desde el punto de vista del Derecho de Familia marcó una pauta importante en las futuras regulaciones de las relaciones familiares. Dentro de sus significativos aportes encontramos la igualdad absoluta de los cónyuges, el reconocimiento por cuestiones de equidad del concubinato cuando existieran los requisitos de aptitud legal, singularidad y estabilidad, la igualdad entre los hijos legítimos o no, entre otros; lo que le imprimió un carácter progresista al Derecho de Familia de esta época de la neocolonia.

En la etapa prerrevolucionaria la familia se caracterizó en su generalidad por esquemas o modelos monogámicos patriarcales, en los que se gestaban los llamados matrimonios por conveniencia, el hombre continuaba a la cabeza de la familia como administrador de los bienes y la familia.

A partir del Primero de Enero de 1959, se avizoró un proceso de grandes transformaciones legislativas, judiciales, administrativas, sociales que fueron garantizando de inmediato el cumplimiento de los Derechos Humanos fundamentales de todo el pueblo. La Revolución comenzó a revertir conceptos injustos y discriminantes para la mujer y la llamada familia ilegítima, las desigualdades sucesorias, entre otros, que formaban parte de la realidad social y jurídica del país y que inmediatamente entraron en contradicción con los nuevos principios que la misma postulaba, reconociendo el papel de la familia como célula fundamental de la sociedad. Estas fueron las bases para la ruptura definitiva con el régimen burgués y la promoción en lo adelante de nuevos cuerpos legales.

Comienza a irradiar un nuevo modelo de vida familiar basado en el amor recíproco de los cónyuges, rebasando las desigualdades de derechos y deberes entre los cónyuges y fomentando el papel de la familia como célula fundamental de la sociedad y valuarte en la formación de las jóvenes generaciones; donde el Derecho de Familia se alza como un mejor derecho y más humanitario.

A partir de este momento, se promulgaron leyes fundamentales que obedecieron al cambio. Ejemplo de esto lo constituye la promulgación del Código de Familia el 14 de febrero de 1975 como norma sustantiva fundamental en materia de Familia, que marcó un avance importante desde el punto de vista jurídico durante los primeros años de Revolución, al desagregar las materias familiares del viejo Código Civil español. “Para su época, en la década de los años setenta “fue el tercer Código de Familia independizado del Código Civil del Continente latinoamericano...tuvo el privilegio de ser el primero de este tipo que respondía a una

sociedad socialista y a una verdadera revolución social. Sus instituciones, las universales instituciones del Derecho de Familia, fueron reguladas con una concepción verdaderamente progresista y fueron punto de referencia de un tratamiento jurídico de avanzada para el contexto iberoamericano”³

Este nuevo código abrazó importantes transformaciones para el Derecho de Familia y las relaciones que él protege, al instituir la familia como célula fundamental de la sociedad a partir del fortalecimiento de la igualdad de derechos y deberes entre los sexos y los hijos, de los vínculos de cariño, ayuda y respeto recíprocos entre los integrantes del núcleo familiar; de la formación de valores e ideología. Se concibió de esta manera un cuerpo legal exclusivo para las instituciones de familia: matrimonio, divorcio, relaciones paterno-filiales, obligación de dar alimentos, adopción y tutela.

Posteriormente se dictaron otras normas legales que ampliaron el marco teórico del Código de Familia como fue el Código de la Niñez y la Juventud de 1978, que proclamó una nueva moral en relación a los valores que deben regir la vida familiar, y resalta la obligación de la familia con los niños y los jóvenes ante la sociedad. Postulados que fueron refrendados con anterioridad en la Constitución de la República de 1976 que dedica el Capítulo IV a la Familia, resaltándola como la célula fundamental de la sociedad.

En el mismo sentido de la protección a la niñez se promulgaron el Decreto – Ley 64 de 1982, sobre el sistema para la atención a menores con trastornos de conducta, extrayéndolo del marco del Derecho sustantivo y procesal Penal y el Decreto – Ley 76 de 1984 sobre la Adopción, los Hogares de Menores y las Familias Sustitutas⁴ y sus normas complementarias contenidas en la Resolución Ministerial No 48 de 1984, dictada por el Ministro de Educación. También por esta fecha entra en vigor la Ley 51/85 del Registro del Estado Civil, para de igual forma amortiguar las sucesivas transformaciones en la sociedad cubana.

Durante toda esta etapa concurren un conjunto de factores como la incorporación de la mujer al trabajo, su poder de decisión cada vez mayor en todos los ámbitos de la vida, su autodeterminación en relación a la reproducción y disfrute de su sexualidad, que devinieron en un replanteamiento de roles e influyeron sustancialmente en la modificación de la estructura y funcionamiento de las familias; dando lugar al incremento de las uniones consensuales, el divorcio y las separaciones, la tendencia a las familias nucleares y monoparentales, reconstruidas, y un abarrotamiento del sistema de justicia.

En el año 1989 se introdujo una nueva etapa en las familias cubanas a raíz de la caída del campo socialista. Comienza un período acérrimo de crisis económica, unido al recrudecimiento del bloqueo económico impuesto a la isla por los Estados Unidos. El Gobierno se vio obligado a tomar medidas, que tuvieron un impacto en las familias y provocaron un replanteamiento de las mismas, que comenzaron a enfrentar un período de

³ Mesa Castillo, Olga, “Acto convocado por la Sociedad Cubana de Derecho Civil y Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y la Federación de Mujeres Cubanas el 7 de marzo de 2005 dedicado a conmemorar el XXX Aniversario de la promulgación y puesta en vigor del Código de Familia de Cuba”. *Revista Cubana de Derecho*. Núm. 25. Junio 2005. p.119

⁴ Este Decreto-Ley modificó el Código de Familia, de manera que instituyó la adopción plena.

carencias, escasez de viviendas de recursos para su reparación y sostenimiento, lo que influyó en las aspiraciones personales, en la formación de nuevos núcleos familiares.

La concepción tradicional de familia que presumía la estabilidad y la continuidad como elementos esenciales ha quedado obsoleta ante las nuevas formas y estructuras existentes, de manera que no es posible asumir un concepto cerrado y único de la institución familiar. Han surgido nuevos modelos o estilos de familia.

Aunque la protección integral de la Familia ha sido parte de la política del Estado desde el Triunfo de la Revolución y existe una amplia gama de disposiciones normativas orientadas a ese fin, se impuso de esta manera un nuevo despertar del Derecho de Familia en Cuba. Independientemente de la tradición existente en cuestión de protección integral de la institución familiar, se hace necesaria la modificación y revisión de normas ya aceptadas, pero que indiscutiblemente tienen que estar sujetas a los continuos cambios que impone la familia actual.

II. Enfoques actuales del Derecho de Familia como rama de Derecho Social.

El Derecho de Familia como soporte jurídico regulador de casi la totalidad de las relaciones familiares ocupa un lugar privilegiado y especial dentro de cada sociedad, a partir de la propia naturaleza de las relaciones que regula. Constituye “la parte sentimental del Derecho, en que el derecho cofunde sus aguas con las ternuras de los sentimientos y con el principio de la moral”⁵.

No existe sin embargo en la doctrina coherencia en relación a la ubicación del Derecho de Familia dentro del denominado Derecho Privado o del Derecho Público. Tradicionalmente se le venía ubicando dentro del primero, pero en la actualidad, teniendo en cuenta el mayor o menor interés que muestre el Estado en relación a las relaciones familiares, se ha pretendido incorporar, en algunos casos como parte del Derecho Público, o como una rama autónoma, separada del Derecho Privado y del Derecho Público⁶. Para poder definir la verdadera ubicación de este Derecho es preciso señalar algunas cuestiones en relación a la distinción entre estas grandes ramas en las que se divide el Derecho, y que obedece a diferentes criterios doctrinales.

El Derecho Público y el Derecho Privado es la distinción por antonomasia para el estudio del Derecho, que por demás resulta difícil y oscura. Generalmente se basa dicha distinción en la intervención del Estado, específicamente en el objeto de regulación de las normas jurídicas que este dicta.

Según Díez Picazo y Antonio Gullón en su obra Sistema de Derecho Civil, para que una relación sea de Derecho Público es preciso que los sujetos asuman una posición de superioridad frente a otros que se encuentran en situación de inferioridad en la que existe una

⁵ Guerra López, José, Citado por Mesa Castillo, Olga. *Derecho de Familia*. Módulo 1. Editorial: Félix Varela. La Habana, Cuba. 2004. p.3

⁶ Esta última tendencia es defendida por aquellos que consideran la existencia de una tercera rama “Derecho Social”, que es defendida en la modernidad.

situación de *imperium*, de autoridad o de soberanía; en las relaciones de Derecho Privado los sujetos se encuentran en situación de igualdad, de coordinación...En el Derecho Público domina la necesidad, el imperativo mientras que en el Derecho Privado domina la autonomía de la voluntad, es el reino del negocio jurídico, es el Derecho de las normas dispositivas. - Este criterio defiende la premisa del Derecho de Familia como Derecho Privado-.

El catedrático de la Universidad de Bolonia Antonio Cicu, fue uno de los principales defensores en relación a considerar al Derecho de Familia como una rama autónoma respecto al Derecho Civil y al Derecho Público, señalando que el interés protegido en el Derecho de Familia, es un interés superior, el interés familiar. Claro está que en el Ordenamiento Jurídico de ningún país se puede desligar la relación que se establece entre las diferentes ramas de Derecho. Aún cuando sean independientes, habrá que analizarlas en su correlación con el resto.

Por su parte Borda, no consideraba el interés familiar diferente al interés individual de cada miembro del grupo familiar en particular, por lo que se opuso al hecho de asumir el Derecho de Familia como rama autónoma y a esos efectos reflexionaba que de considerarse este derecho como de orden público, permitiría una injerencia estatal no conveniente en el ámbito privado familiar.⁷

Para Castán Tobeñas “no cabe duda que el Derecho de Familia forma parte integrante del Derecho Privado puesto que la Familia no tiene hoy el carácter de corporación o ente colectivo público investido de *imperium*”... “no obstante la relativa autonomía que pueda y deba concederse al Derecho de Familia dentro del Derecho Privado, no es conveniente separarlo de las demás ramas de este último que integran el Derecho Privado patrimonial rompiendo la actual unidad científica del Derecho Civil pues las relaciones familiares por muy salientes que sean sus rasgos definitivos van íntimamente enlazadas con las relaciones individuales de carácter patrimonial”.⁸

Si bien en el Derecho Privado los sujetos se encuentran en situación de igualdad y coordinación, como sucede en el Derecho de Familia, lo cierto es que le corresponde al Estado velar por la protección de la familia y en consecuencia con ello, establecer ciertos límites a la autonomía de la voluntad; por cuanto en el seno de la Familia puede existir abuso de potestades familiares y conductas nocivas. “Compete a la ley determinar los supuestos fácticos en que la autonomía puede actuar, para lo cual han de exigirse ciertas solemnidades o requerimientos especiales que han de cumplirse estrictamente en pos de garantizar la protección de los derechos fundamentales, el interés superior del niño y la institución familiar.”⁹

Es por ello que comparto el criterio que sostiene el destacado jurista Raúl Gómez Treto, el cual puntualizaba que “a diferencia de la naturaleza patrimonial del Derecho Civil, del

⁷ Citado por Fingermann, Hilda, “Derecho de Familia” en sitio [tp://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/derecho-de-familia](http://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/derecho-de-familia), (consultado el 12 de mayo de 2009)

⁸ Citado por Soto Senra y Cabanes Espino, Ob. Cit., *Ibíd*em

⁹ Informe de Relatoría XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. *Revista Cubana de Derecho*. Núm. 20. Diciembre 2002. p. 39

Económico y del Laboral, y del carácter represivo del Penal, el Derecho de Familia es el que tiene mayor carga ética... en él no hay sanción o pena en el sentido represivo, sino una simple resolución o extinción, en evitación de males mayores, de relaciones jurídicas que han perdido su sentido o se tornan perjudiciales para las partes, para alguna de ellas o para terceros, como es el caso del divorcio o de la privación de la patria potestad, de la guarda y cuidado de menores o incapacitados, de la limitación o privación de la comunicación con ellos, etc. ; casos todos en que prima más las razones éticas y sociales que las jurídico-patrimoniales o represivas.¹⁰

Por tal motivo considero que la distinción entre estas ramas del Derecho no significa un colapso o división para la integridad del Ordenamiento Jurídico, pero sí incide en el camino para el estudio del Derecho de Familia y específicamente en su aplicación. En la mayoría de los Ordenamientos Jurídicos en los que se considera el Derecho de Familia como rama de Derecho Privado no se asume una posición de independencia procesal de este Derecho aún cuando lo consideramos una necesidad. Esta visión asume que los intereses individuales se encuentran por encima de cualquier otro interés, la norma actúa como supletoria de la voluntad individual, dándole mayor importancia a la autonomía de la voluntad.

Desde el punto de vista jurídico familiar esta tesis pudiera dar lugar a una inadecuada protección sustantiva y procesal del Derecho de Familia a partir de que al ser este Derecho concebido dentro de la amplia gama de relaciones de Derecho Privado, no se estarían valorizando, con un sentido verdaderamente humanista, las relaciones personales por encima de las patrimoniales. La diferencia existente entre el objeto de regulación de una y otra rama inspiran tratamientos diferenciados. Esta necesidad es visible a partir del conocimiento de la evolución histórica que ha experimentado la Familia, su Derecho regulador y las diferentes tendencias que al respecto muestra el mundo moderno.¹¹

En Cuba por ejemplo existe un Sistema monista de Derecho para el que esta división es intrascendente por cuanto el Derecho de Familia es considerado como una rama más del Ordenamiento Jurídico en estrecha relación con las demás. Nuestro Derecho de Familia no asume una jerarquía del interés individual sobre los intereses sociales, sino que se le atribuye la importante misión de regular los fines de las instituciones jurídicas familiares a las que les imprime valores; despojando de ellas todo interés patrimonial, y subordinando a estas regulaciones la voluntad de los particulares. En este caso quedan limitados estos últimos al interés social que persigue el modelo socialista de la familia, y que son perfilados y tutelados por el Estado, por cuanto es la familia la “célula fundamental de la sociedad“. El Estado

¹⁰ Gómez Treto, Raúl, “¿Hacia un nuevo código de familia?” *Revista Cubana de Derecho*. Núm. 29. Junio 2007.p. 226

¹¹ Actualmente existen numerosos Códigos de Familia y proyectos de Códigos, que pretenden regular las relaciones familiares con un enfoque renovador, actual; destacando el papel esencial de la familia en el mundo moderno y teniendo en cuenta que la tutela judicial efectiva es uno de los retos de la sociedad contemporánea. No obstante, es menester subrayar que aunque se han dado pasos agigantados al respecto, todavía existen criterios diferentes alrededor de la independencia de la jurisdicción Familiar y Civil y del Derecho Sustantivo familiar y el civil; aunque al parecer la tendencia a aceptarlo, ha encontrado más receptores que detractores. La creación de Códigos de Familia en numerosos países, fundamentalmente latinoamericanos, como: Bolivia, Costa Rica, Panamá, El Salvador, Cuba, son una muestra de ello. Se perfila igualmente esta idea en relación al Derecho procesal, lo que sin dudas contribuye a garantizar una tutela judicial efectiva.

perfilará un esquema de familia, que deberá cumplir con el rol social que le corresponde en el buen desarrollo de valores morales y principios en las nuevas generaciones. De ahí que pueda ser considerado como la rama del Derecho de mayor carga social y espiritual y sus aportes serán, en gran medida, contribuciones al desarrollo de la sociedad.

Resulta importante señalar que Cuba independientemente de que fue abanderada en cuanto a la segregación del Derecho de Familia del Derecho Civil en América Latina, mantuvo una postura pasiva en relación al tratamiento de los asuntos familiares, tramitados en tribunales Civiles. No obstante, esto constituyó una premisa importante para que en la actualidad se trabaje en el establecimiento de Tribunales de Familia en pos de una mejor aplicación del Derecho sustantivo de esta naturaleza, afianzando así los postulados que defienden al derecho de Familia como rama esencialmente de Derecho social.

En este sentido considero que debe orientarse el estudio y aplicación del Derecho de Familia hacia una convergencia de intereses de los particulares y el interés estatal, retribuyéndole de esta manera su carácter "...específico y singular, perfectamente diferenciado del Derecho Civil y cuya naturaleza jurídica se basa en consideraciones ideológicas, políticas y éticas y en los altos intereses sociales contenidos en las instituciones por él tuteladas..."¹², lo que le imprime características muy específicas y sugiere regulaciones diferentes de las del resto de las ramas del Derecho independientemente de su relación con las mismas; sin desconocer la necesidad de apoyarlo en el Derecho Civil, que es sin dudas "el más técnico de todos los Derechos".¹³

II.I. Manifestaciones del Derecho de Familia en la actualidad. ¹⁴

No caben dudas de que la familia es un producto social y un reflejo del nivel de desarrollo alcanzado por cada estructura social. En ese sentido resulta indispensable la revisión constante de las normas de derecho que la regulan, adaptándolas a cada contexto histórico concreto. Es por eso que el Derecho de Familia contemporáneo se enfrenta en las actuales circunstancias a nuevas materias, nuevos enfoques y mayores desafíos, todo lo que asevera su novedad dentro del Sistema de Derecho y en la sociedad.

Tradicionalmente el matrimonio había sido la base para la formación de una familia, sin embargo, en la actualidad no es así. El primero es solo una de las vías para llegar a la segunda, teniendo en cuenta las tendencias modernas que experimentan las relaciones de pareja. Aún cuando la propensión en el mundo es a la adopción de las familias de tipo nuclear (padre, madre, hijos), es posible encontrar diferentes estilos de familia: unipersonales (de una sola persona), monoparentales (de un solo padre), ensambladas¹⁵ o reconstituidas o de "segundas nupcias", padres criando hijos de sus matrimonios anteriores, padres que trabajan con madres que son amas de casa, padres y madres ambos trabajando fuera, parejas en unión consensual con o sin hijos, parejas de homosexuales, familias extensas y el transexualismo. Todo lo que

¹² Mesa Castillo, Olga, *Derecho de Familia*. Módulo I. Editorial: Félix Varela. La Habana-Cuba.2004. p.26.

¹³ Palabras pronunciadas por la Dra. Olga Mesa castillo en ocasión del Taller sobre Tribunales de Familia en La Habana, 2009.

¹⁴ En este subtítulo se analizan solo algunas de las tendencias del Derecho de Familia moderno, a partir de la proyección que muestra la familia en el mundo de hoy.

¹⁵ Aparecen en este contexto los padrastros y las madrastras.

tiene un impacto directo en el desarrollo y evolución de la familia en general y de los niños/as en lo particular.

Se han generalizado además tendencias como la regulación de las capitulaciones matrimoniales como vía idónea para actuar en relación al régimen patrimonial del matrimonio, y vigorizar la autonomía de la voluntad de los cónyuges a partir de garantizar la libertad de cada uno de ellos para la gestión económica de sus bienes propios; la tutela de los derechos en la herencia del cónyuge supérstite; la eliminación de causales para ejercitar el divorcio, aunque algunos ordenamientos jurídicos reconocen la necesidad de una compensación por los posibles perjuicios provocados por la ruptura del vínculo matrimonial.

El comportamiento de las relaciones paterno filiales también experimenta diferentes cambios, que tienen incidencia en las decisiones de los Estados en cuanto a la protección del interés supremo de los menores. Un ejemplo vivo de ello es el desarrollo alcanzado por la ciencia en el ámbito de la genética que ha dado lugar a las técnicas de reproducción asistida. Hoy se logran inseminaciones heterólogas con semen de persona distinta a la del esposo de la madre, en otros casos las inseminaciones "*in Vitro*" y también existe la clonación humana. Estos hechos inducen un nuevo pensamiento en función de solucionar desde el Derecho de Familia las situaciones de conflictividad que en relación a la filiación traen aparejadas estas transformaciones.

También dentro del ámbito de las relaciones paterno filiales, se han incorporado nuevas instituciones en el orden internacional, que muestran la necesidad de nuevas visiones y enfoques en cuanto a la dinámica de garantizar el Interés Superior de los niños/as en relación al ejercicio de la patria potestad, por ser estos los máximos implicados. Dentro de estas tendencias figuran la patria potestad prorrogada¹⁶ y la patria potestad excluida¹⁷. Además, a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se ha creado una doctrina que traza pautas en la protección integral de los niños/as, los cuales son valorados como sujetos de Derecho¹⁸, sin que ello signifique que su voluntad y decisiones tengan que superar la de sus padres, pero sí deben tenerse en cuenta, al incluirse además el derecho del menor a ser oído. En relación a la guarda y cuidado se prevé la posibilidad de extenderla hasta los abuelos, y se introducen instituciones renovadoras como la guarda y cuidado compartida.

Otro de los retos a los que debe hacer frente el Derecho de Familia moderno es en el caso específico de la adopción en sus diferentes manifestaciones actuales como son: la adopción por parejas homosexuales, la adopción y el tráfico de órganos de niños y niñas, la adopción por parientes consanguíneos, la adopción internacional.

Otro elemento a destacar es el proceso de codificación en materia familiar, el cual avanza considerablemente. A esto se le suma la presencia de nuevos enfoques alternativos para la solución de conflictos en materia familiar, que conllevan a elevar la cultura de diálogo y acuerdo entre las partes litigantes en una relación jurídica de familia.

¹⁶ Está referida a los mayores de edad incapaces, la han acogido países como Chile, Bolivia y El Salvador.

¹⁷ con reconocimiento forzoso, está presentes en países como España y Bolivia.

¹⁸ Este principio ha generado colisión con conceptos tradicionales de autoridad paterna y/o materna. Unido a él encontramos también conceptos como la autonomía progresiva.

Estas manifestaciones son un reflejo de la complejidad con que cada vez más se manifiestan las relaciones familiares, de la necesidad constante de búsqueda de alternativas para su solución y de la internacionalización que experimenta este Derecho en todo el orbe. Es preciso tener en cuenta que “la desprotección de los derechos en el ámbito más reducido de la familia, que puede fomentar familias disfuncionales, incide en la sociedad toda. No hay sociedad sana, si no lo es también la familia, como célula elemental que es de la sociedad”.¹⁹

II.II. Independencia de las normas de Derecho de Familia sustantivo y procesal.

Obviamente la idea de inclusión del Derecho de Familia como Derecho Privado o Derecho Público, tiene una incidencia directa en su aplicación como ya se ha valorado. Esto redundaría entonces en la concepción que sobre la independencia del Derecho de Familia sustantivo y procesal. Para Álvarez Torres el Derecho Procesal Familiar es un derecho eminentemente social, diseñado para solucionar, con racionalidad, agilidad y prontitud, los conflictos que surjan en la esfera de las relaciones familiares; y que los valores a los que se orienta son diferentes a los del Derecho Procesal Civil, por cuanto en él están en juego valores fundamentales como la dignidad personal, igualdad, unidad de la familia y el interés supremo de velar por el buen desenvolvimiento de las relaciones familiares, de los menores y de las personas de la tercera edad... “A contrario sensu de la naturaleza controversial del proceso civil en general, el Derecho Procesal Familiar se sustenta en bases en que predomina el papel conciliatorio del juez de familia”.²⁰

Por su parte Olga Mesa advierte que: “En todo el mundo estos asuntos se juzgan aparte, debido a que tienen otras características, en ellos están en juego los sentimientos de las personas. No son procesos civiles, ni administrativos, ni laborales, sino que tienen una entidad completamente diferente. Además, admiten la interdisciplina, el punto de vista no sólo jurídico, sino del psicólogo, del sociólogo, del pedagogo”.²¹

Comparto el criterio que defienden las personas antes citadas. Independientemente de que puede existir similitud entre el procedimiento que resuelve el litigio común y el familiar, se impone en estos últimos un mayor grado de conocimiento, de sensibilidad; dado fundamentalmente por lo diferente de las relaciones reguladas por el Derecho Civil y el Derecho de Familia (relaciones patrimoniales y personales respectivamente).

Es lógico que el tratamiento no pueda ser el mismo si tenemos en cuenta que las relaciones familiares le imprimen al derecho sustantivo de familia una fuerte carga sentimental y afectiva, a tener en cuenta por el Derecho Procesal, dada la interrelación entre ambos Derechos. El procedimiento familiar está llamado a rebasar las conductas violentas como vía

¹⁹ Mesa Castillo, Olga, “Acto convocado por la Sociedad Cubana de Derecho Civil y Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y la Federación de Mujeres Cubanas el 7 de marzo de 2005 dedicado a conmemorar el XXX Aniversario de la promulgación y puesta en vigor del Código de Familia de Cuba”. *Revista Cubana de Derecho*. Núm. 25. Junio 2005. p.121

²⁰ Álvarez Torres, Osvaldo M., “El Procedimiento Familiar en Cuba, una necesidad impostergable”. *Revista Cubana de Derecho*. No.18. julio-diciembre 2001. p. 68.

²¹ Mesa Castillo, Olga, “Una Ley a tono con los nuevos tiempos”. Entrevista realizada por Dora Pérez Sáez, en la página Web www.paolarosen.com/revista/com/revista/familiahtm.

de solución de los conflictos familiares. Se trata de tomar decisiones en un marco de cordialidad familiar en principio, y reservar la vía judicial como “última ratio”.

En este sentido cobran auge los denominados Métodos de Solución de Conflictos, alternativos a la jurisdicción, con la finalidad de recuperar la función conciliadora de la Familia. Se trata primero de adoptar soluciones consensuadas como garantía para recobrar la funcionalidad de la familia y la comunicación, tan importante entre personas unidas de por vida por un vínculo de filiación.

Dentro de estos métodos resalta la práctica de la Mediación Familiar para conflictos de esta naturaleza, visto como un proceso²² voluntario²³ y extrajudicial de solución de conflictos entre los miembros de una familia, con la intervención de un tercero imparcial, neutral, sin ningún poder de decisión para facilitar bajo un marco de confidencialidad, un acuerdo viable y estable, que responda a los intereses y necesidades del núcleo familiar y al Interés Superior del Niño/a, sustentado en la soberana voluntad de las partes. Es por tanto la posibilidad idónea de romper con el esquema ganador-perdedor propio de la jurisdicción, donde además se favorece la autorregulación de los individuos hacia sus propios intereses, dentro de los límites establecidos por el Estado en la norma de Derecho, siempre que ello no contravenga los intereses de los menores o los colectivos de la familia como institución social.

Este mecanismo ha sido acogido por diferentes países, y muchos han iniciado el proceso de mediación justamente por los conflictos familiares y proporcionándole al Interés Superior del Niños/as un especial énfasis. Ejemplos de Mediación podemos encontrar en España, Italia, Alemania, Estados Unidos, Canadá, México, Chile; Argentina, Austria, Bélgica, Gran Bretaña; en muchos de ellos existen leyes específicas sobre mediación familiar y en otros casos no se regula específicamente sino que se hacen remisiones a determinadas normas procedimentales como en Francia e Inglaterra.

Por otro lado corresponderá a Tribunales especializados de Familia, al final de la contienda determinar las posiciones de los contendientes, y adoptar una solución judicial efectiva más allá de lo estrictamente técnico, basada en los preceptos del Derecho material, en consideraciones afectivas, emocionales e intereses de la familia en general. Queda claro que la separación del Derecho de Familia, en sus diferentes manifestaciones²⁴, y el Derecho Civil, es una necesidad²⁵.

²² La autora se refiere a proceso como una consecución de fases de un fenómeno. En este caso se le da un carácter sistémico y unificador de todas las fases a las que conlleva el resultado final de la Mediación.

²³ La voluntariedad está enmarcada hacia dos vertientes: una es en relación a los acuerdos tomados por las partes, y otra posición relacionada con la asunción voluntaria de las partes a la Mediación, que bien pudiera ser además de facultativa sugerida o recomendada.

²⁴ En este caso la autora se refiere al Derecho de Familia sustantivo y al Derecho de Familia Adjetivo.

²⁵ Existe un amplio movimiento mundial, sobre todo en América Latina, que impulsa la tesis independizadora entre el Derecho material y procesal de Familia y el Derecho Civil. En materia de jurisdicción: Japón por ejemplo, desde 1949 se crean los tribunales de Familia, siendo uno de los países pioneros en este sentido; en Bolivia existe un Código de Familia de 1972 y por Ley de Organización Judicial de 1972 se establecieron los Juzgados de Familia; en Uruguay, se creó un Código Procesal en 1989 y se conformaron diferentes juzgados especializados, entre ellos el de Familia; en Panamá, la Ley No. 3 de 1994 aprobó el Código de la Familia y en el interior del propio cuerpo legal, el Libro Cuarto establece en ciento dos artículos, lo relativo a la jurisdicción y

No existen en el plano jurídico en Cuba Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, tan solo es posible encontrar fórmulas con fines conciliatorios al interior de determinados procesos en la Ley de Procedimiento Civil, aplicable a los asuntos de Familia. Aunque es válido señalar que desde el punto de vista extrajurídico las Casas de Orientación a la Mujer y a la Familia de las FMC, llevan a cabo un plan exitoso en la solución de conflictos de índole familiar, por donde sería aconsejable la implementación de una práctica mediadora a juicio de numerosos juristas.

Desde el punto de vista procesal se encuentra vigente la Instrucción 187 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo sobre la creación de los Tribunales de Familia, ahora en proceso de generalización en algunos municipios del país a partir de la Instrucción 26 también del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, de fecha 11 de febrero de 2009. De esta manera se trabaja hacia el perfeccionamiento y actualización del Derecho Sustantivo y Procesal de Familia.

III. Consideraciones Finales:

- El Derecho de Familia es el más humano de todos los Derechos a partir de las relaciones sociales que regula de tipo “personales”, lo que a su vez determina su ubicación en los Ordenamientos Jurídicos fuera del marco específico del Derecho Público y del Derecho Privado.
- La dinámica familiar actual producto de las transformaciones socioeconómicas constituyen un aliciente en la transformación constante del Derecho de Familia y viceversa.
- Las relaciones familiares amparadas por el Derecho de Familia, le imprimen a este un fuerte contenido ético, moral, político y social, que lo convierte en un Derecho humanista, específico y singular, todo lo cual determina una regulación y aplicación sustantiva y procesal diferentes al resto de las ramas del Derecho, así como la necesidad de instrumentación de mecanismos que como la Mediación contribuyan a la resolución pacífica de los conflictos de índole familiar.
- En Cuba los asuntos de familia ocupan un lugar preponderante dentro de la sociedad, por lo que se trabaja en el perfeccionamiento de los Derechos sustantivo y procesal de esa naturaleza, así como en la futura implementación de la Mediación.

los procedimientos. En el Salvador existe un Código de Familia de 1994 y una Ley Procesal de Familia de ese mismo año. En Chile la ley N° 19.968 creó a los Tribunales de Familia.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. Puntos capitales de Derecho de Familia en su dimensión Internacional Editorial: Dykinson. Madrid. 1999.
- AA.VV. Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio. Editorial: Dykinson. Madrid. 2000
- AA.VV. *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*. Editorial: Dykinson. Madrid. 2002.
- AA.VV. *Procesos de familia Aspectos dudosos: soluciones e interpretaciones*. Editorial: Dykinson. Madrid. 2003
- ADAMSON, PETER; WILLIAMS GLEN, *Para la vida*. Editorial: Pueblo y Educación. La Habana. 1992
- ALBALADEJO, MANUEL, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Librería de Bosch. Barcelona.1982
- ÁLVAREZ SUÁREZ, MAYDA, “El Derecho de familia en Cuba y su repercusión en las relaciones familiares “. Ponencia a la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia. La Habana-Cuba. Mayo 2006
- ÁLVAREZ TORRES, OSVALDO M, “El Procedimiento Familiar en Cuba, una necesidad impostergable”. *En Revista Cubana de Derecho*. No.18. julio-diciembre de 2001
- ÁLVAREZ TORRES, OSVALDO M, “Necesidad y Posibilidad de un Procedimiento y una Jurisdicción Especial de Familia en Cuba “. Ponencia presentada a la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia. La Habana-Cuba. Mayo 2006
- ÁLVAREZ TORRES, OSVALDO M, “Derecho Constitucional Familiar; Justicia de familia y un acercamiento al tema de su pretendida desjudicialización”. Ponencia presentada al II Congreso Internacional de Derecho Procesal. Habana-Cuba. 2009
- ARÉS MUZIO, PATRICIA, *Psicología de la Familia, una aproximación a su estudio*. Editorial: Félix Varela. La Habana 2002
- ARÉS MUZIO, PATRICIA, *Familia y Convivencia*. Editorial: Félix Varela. La Habana. 2006
- COBO PLANA, JUAN JOSÉ, *Compendio de Jurisprudencia Civil. Derecho de Familia*. Tomo VI. Editorial: Dykinson. Madrid. 1997.
- CONRADO GONZÁLEZ, YAUMARA, *El Procedimiento Familiar, un reto para la jurisdicción cubana*. Tesis para optar por el grado de especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia. Las Villas-Cuba. Noviembre 2005
- DIESTE COBO, JUAN MANUEL, “Tribunales de Familia en Cuba”. Ponencia presentada a la III Conferencia Internacional de Derecho Civil y de Familia. La Habana. Cuba. 2004
- DIEZ PICASO, LUIS y GULLÓN ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I. 4ª edición. 1ª reimpresión. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1982
- GARCÍA GARCÍA, LUCÍA, “La Mediación: Prevención y Alternativa al litigio en los conflictos familiares”. Editorial: Dykinson. Madrid. 2003
- GARRIDO GÓMEZ, MARÍA ISABEL, *La política Social de la Familia en la Unión Europea*. Editorial: Dykinson. Madrid. 2000
- GÓMEZ TRETO, RAÚL, “¿Hacia un nuevo código de familia?”. *Revista Cubana de Derecho*. Núm. 29. Junio 2007.
- Informe de Relatoría XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. *Revista Cubana de Derecho*. Núm. 20. Diciembre 2002
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS Y SANCHO REBULLEDA, FRANCISCO DE ASIS. *Derecho de Familia I*. 2ª edición. Librería de Bosch. Barcelona. 1974

- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS/ SANCHO REBULLEDA/ FRANCISCO DE ASIS, *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Editorial: Experimental Librería de Bosch. Barcelona. 1982.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho de Familia*. Librería de Bosch. Barcelona. 1993
- MESA CASTILLO, OLGA, *Derecho de Familia*. Tomo I. Editorial: Félix Varela. La Habana. 2004.
- MESA CASTILLO, OLGA, “Derecho Familiar en la Sociedad Cubana”. Ponencia a la II Jornadas de Derecho de Familia Comparado.
- MESA CASTILLO, OLGA, “Acto convocado por la Sociedad Cubana de Derecho Civil y Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y la Federación de Mujeres Cubanas el 7 de marzo de 2005 dedicado a conmemorar el XXX Aniversario de la promulgación y puesta en vigor del Código de Familia de Cuba”. *Revista Cubana de Derecho*. Núm.25. Junio 2005
- MESA CASTILLO, OLGA, “Acerca del principio constitucional de la familia como núcleo esencial”. *Revista Cubana de Derecho*. Núm. 30. Diciembre 2007.
- PERAL COLLADO, DANIEL A., *Derecho de Familia*. Editorial: Pueblo y Educación. La Habana. 1984
- PONTE ELGOTAS, DARÍO GERMAN, “Aspectos procesales en los asuntos de Familia. Tribunales de familia y procedimiento especial. Acceso a la Justicia de Familia”. Ponencia a la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia. Paraná. Febrero de 2006
- TENREIRO, “Procedimiento de Familia en Cuba”. Taller a la V Conferencia de Derecho de Familia. La Habana-Cuba. Mayo 2009

Legislación

- Código Civil Español de 1888
- Código Civil de Chile. Actualizado del 2000.
- Código Civil de Argentina
- Código de Familia cubano de 14 de febrero de 1975
- Constitución de la República de Cuba de 24 de Febrero de 1976
- Constitución Política de la República de Panamá.
- Código de la Niñez y la Juventud en Cuba de 1976
- Código de Familia de Panamá de 1994
- Constitución de la Nación Argentina de 1994
- Decreto-Ley 241/2006. Modificativo de la LPCAL en Cuba
- Instrucción 187/2007 del Consejo de Gobierno del TSP de Cuba.
- Ley 7/1977 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de Cuba

Sitios Web

- <http://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/derecho-de-familia> (Consultado mayo/ 2009)
- <http://edicionesanteriores.trabajadores.cu/2006/mayo/23/cuba/actuali.htm>, (Consultado abril/ 2009)
- [http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/publicaciones/LNBA%202008-6/LN-junio-2008\(1\).doc](http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/publicaciones/LNBA%202008-6/LN-junio-2008(1).doc) (Consultado mayo/ 2009)

- <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200202-155592511021145.html> (Consultado mayo/2009)
- <http://www.elangelo.com.ar/DERECHO/TPs/Fernando%20Torres/Derecho%20publico%20y%20derecho%20privado.doc> (Consultado mayo/ 2009)
- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/1/pjn/pjn2.pdf> (Consultado diciembre/2008)
- <http://www.monografias.com/trabajos6/insu/insu.shtml?relacionados> (Consultado febrero/2009)
- <http://ccompartida.blogspot.com/> (Consultado febrero/2009)