

00761
8
24.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**“DERECHO PROCESAL FAMILIAR. CONCEPCION TEORICA Y
PROYECCION PRACTICA”**

**Tesis que presenta el Lic. Rafael Enrique Dujarric Hart para
optar por el grado de Maestro en Derecho.**

Director de tesis: Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla.

México, D.F., junio de 1997.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

PROLOGO	i
Introducción	1
CAPÍTULO I.- Reseña histórica del Derecho Civil	6
1.1.- Roma	6
1.2.- Edad Media	22
1.3.- La Revolución de 1789	31
1.4.- El Código Napoleónico	47
1.5.- El siglo XX. Derecho Civil y Derecho de Familia	54
CAPITULO II.- Derecho Procesal	60
2.1.- Generalidades	60
2.2.- Clasificación	65
2.3.- Derecho Procesal Civil	73
CAPÍTULO III.- El Código de Familia de 1975 y la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral	84
3.1.- Código de Familia de 1975	84
3.2.- La Ley de Procedimiento Civil y Administrativo	110
3.3.- La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral	114
3.4.- Comportamiento práctico de ambas legislaciones	123
CAPÍTULO IV.- Derecho Procesal Familiar	129
4.1.- Concepto, naturaleza jurídica y autonomía	129
4.2.- Tesis sobre un Código o Ley de Procedimientos Familiares	140

CAPITULO V.- Metodología para la enseñanza del Derecho Procesal Familiar	146
5.1.- Planes de Estudio de Derecho Civil y de Familia de la Universidad de la Habana	146
5.2.- Metodología para la enseñanza del Derecho Procesal Familiar	151
CONCLUSIONES	155
BIBLIOGRAFÍA	158

Agradecimientos

La realización de este trabajo ha contado con la ayuda y cooperación de un grupo de personas e instituciones, sin las cuales, sería imposible su culminación y, por esa razón, me veo en el ineludible deber de agradecer:

En primer lugar, a México y su pueblo. Por casi tres años me ha acogido y permitido comprender muchas cosas: su cultura, idiosincrasia, su lucha cotidiana.

A su Universidad Nacional Autónoma, esa alta casa de estudios que me dio la oportunidad de pasar por sus aulas. Dentro de ésta, a su destacado claustro de profesores, con especial reconocimiento a los Dres.: Mario I. Alvarez Ledesma, quién me enseñó a ver el fenómeno jurídico de manera distinta; Leoba Castañeda Rivas, que combinó al igual que Cipriano Gómez Lara, ambos de manera magistral, teoría y práctica, vinculándonos al mundo del derecho como si estuviéramos en pleno ejercicio; a Nestor de Buen, hijo de Demófilo y amigo de Castán, que supo con sus clases sobre el acto jurídico - cosechando amistad y respeto -, obligarnos a hurgar en la esencia de este concepto jurídico

fundamental. Al Dr. Jorge Mario Magallón Ibarra, hombre de excepcional cultura que, durante todo un curso, me hizo ir a la génesis de las instituciones del derecho civil para entender el comportamiento actual de las mismas. Al Dr. Julián Gúitrón Fuentevilla, mi tutor. Con su extraordinaria cultura y, por encima de cualquier diferencia conceptual, en todo momento me alentó en el trabajo, señalándome aciertos y desaciertos, pero sobre todo, respetando mi criterio. Esta es una de sus grandes cualidades, que lo hacen sobresalir. Son todos ejemplos de maestros. No se cómo saldar estas deudas.

Tampoco puedo dejar de reconocer, la ayuda brindada desde que me iniciaba como estudiante en la Universidad de la Habana por el año 1978 y hasta la actualidad, de dos personas de reconocido prestigio intelectual. Me refiero a los Dres. Julio A. Dávalos Rodríguez y Thalía Fung Riverón. Con ellos aprendí la indisoluble vinculación teoría - práctica en nuestra profesión.

Mis compañeros de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de la Habana tienen un lugar especial. Gracias a ellos, por haber

redoblado esfuerzos, he podido cursar estos estudios superiores. En todo momento me han apoyado.

Por supuesto, sería imperdonable por mi parte dejar de hacer especial mención de tres personas que en mi vida personal, durante este tiempo, he contado con su apoyo y comprensión. Se trata de los mexicanos Pedro Pablo de la Vega del Castillo, Gustavo Rey Velo y Claudia Niño Romo Chávez. El primero, desde que arribé a México, dio muestras de amistad hasta convertirse en hermano. El segundo, también hermano, se ha mantenido al tanto de cuanta dificultad he tenido, no sólo yo, sino también Alejandro Barros y Alejandro González, mi familia de cubanos en México, los que también son sus hermanos. La última, es brillante abogada. Mis desvelos, inquietudes, alegrías y nostalgias, las ha sufrido en carne propia. En ellos, se sintetiza la amistad, el amor y el cariño del pueblo mexicano. A los tres les estaré eternamente agradecido.

Lógicamente, mi familia ha tenido mucho que ver en esto. Hermanas, tíos, sobrinos y primos me han dado mucho aliento, pero sobre todo, los Dres. Rafael Dujarric Pullés y Marina Hart Dávalos. Mi padre y mi madre han sido en gran medida la clave del éxito. Los consejos y la manera de abordar las dificultades de forma

pausada pero enérgica, trasmitidas por el primero, me han permitido enfrentar cuestiones trascendentales en la vida. También los consejos, el profesionalismo, el amor a la familia, la honestidad, la sencillez y cuantos valores positivos que en mi actuar pueda demostrar, se los imputo a la segunda. En fin, lo bueno o malo que soy, se los debo a ellos.

Por último, existe una personita que se ha visto privada en este tiempo de la presencia de su padre. Sin embargo, ha sabido comprender el por qué de la misma, y sobre todo, entender la necesidad de la superación constante y diaria en el mundo de hoy. Es Karen, mi hija, la que por su comportamiento y cumplimiento de sus deberes, me ha liberado de muchas preocupaciones, demostrándome su amor en cada oportunidad. Ella es lo más puro y genuino que tengo en la vida, por eso, le doy mil gracias.

PROLOGO

Fue cuando me gradué de Licenciado en Derecho en la Universidad de la Habana, por el año de 1984, que incorporado como litigante a un Bufete Colectivo, con el fin de cumplir mi servicio social, me enfrenté, por vez primera, a un asunto de divorcio. En aquel entonces, por la lógica inexperiencia, los asuntos de familia me parecían los más sencillos del mundo jurídico.

Sin embargo, la realidad era otra. Ya incorporado como Juez Profesional de un Tribunal Municipal y en el que atendía asuntos de esa naturaleza, comencé a darme cuenta de la necesidad de la promulgación de una legislación adecuada, para resolver los conflictos que se suscitaban en torno a la familia.

Habiendo sido promovido, primero, como Juez Profesional Suplente, y después, como Presidente de una Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de la Habana, en la que igualmente conocía de controversias de mayor envergadura sobre la materia, inicié la búsqueda, muchas veces agotadora e infructuosa, y otras, indudablemente provechosa, de materiales que me permitieran desentrañar el por qué de las

demoras de muchas situaciones familiares, a veces ilógicas, que se presentaban en la Sala, habida cuenta que si la justicia familiar es demorada, no puede ser estimada como justicia.

Ello me llevó, al cabo de tres años de cursar estudios a los efectos de obtener el Grado de Maestro en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, a realizar el presente trabajo de investigación, con el fin de coadyuvar, en la medida de lo posible, a solventar de manera breve, sencilla y eficaz, los conflictos que tienen lugar en el seno de la familia cubana y que se someten a la consideración de los Tribunales para su resolución. Del logro de estos objetivos, dependerá, en gran medida, el posible éxito de esta tesis.

Introducción

Analizar y estudiar el Derecho Procesal partiendo del Civil y del Familiar, para llegar a la nueva concepción, la del Derecho Procesal Familiar, no es tarea sencilla, con mayor razón, cuando una inadecuada formulación traería nefastas consecuencias a la hora de resolver los conflictos que atañen a nuestras familias: lejos de solventarlos, podrían recrudecerlos, dando al traste con su fin intrínseco, que no es otro, que el procurar por todos los medios legales que contiene, preservar la integridad de la familia y los valores que esta encierra y representa.

Sabedor de lo anterior, hemos procurado en nuestra tesis para optar por el grado de Maestro en Derecho Civil en la Universidad Nacional Autónoma de México, y cuyo título es "Derecho Procesal Familiar. Concepción teórica y proyección práctica", en primer término, partir de una reseña histórica del Derecho Civil, para poder constatar cómo desde la época romana y hasta la Cuba actual, ha evolucionado aquél, precisando cuando se deslindaron, primero el Derecho Procesal y después, el Familiar.

En un segundo capítulo, denominado Derecho Procesal, una vez expuestas sus generalidades y clasificación, incursionamos con apoyo en la teoría tridimensional del derecho - que por demás compartimos -, en el procesal civil, no sólo señalando las limitaciones que padece la doctrina cuando lo define, sino además, ofreciendo nuestro propio concepto, pero que puede resultar punto de reflexión para muchos juristas.

La realidad cubana antes del triunfo de la Revolución del primero de enero de 1959, en cuanto a la normación sustantiva familiar, así como las de orden procesal que le resultaban de aplicación, nos animó en el tercer capítulo, a realizar un análisis somero de las éstas, para examinar sobre la base de los cambios operados en nuestro país a partir de la fecha expuesta, la nueva legislación objeto del trabajo, concretamente, el Código de Familia de 1975 y la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 1977, para, finalmente analizar el comportamiento práctico de ambas legislaciones con las modificaciones que presentan por la promulgación de otros cuerpos legales, dejando establecidas determinadas interrogantes en apoyo del problema planteado: ¿ No sería conveniente unificar debidamente las normas sustantivas como en principio se concibió el Código de Familia, y crear además,

un cuerpo de normas procesales exclusivas para ese derecho?, ¿no resultaría mejor crear condiciones en los órganos jurisdiccionales para que atendieran de manera correcta los asuntos de índole familiar?, ¿ es acaso que en Cuba se desconoce el Derecho Procesal Familiar?

Las respuestas a tales preguntas, estimamos se encuentran en el capítulo cuarto del trabajo, que bajo el rubro Derecho Procesal Familiar, establece su concepto, naturaleza jurídica y autonomía para, dejar sentada nuestra posición ideológica sobre un Código o Ley de Procedimientos Familiares, lo que permitirá corroborar nuestra hipótesis: demostrar la conveniencia de promulgar un Código o Ley de Procedimientos Familiares, en virtud que desde 1975, fecha en que entró en vigor el Código de Familia, no han existido procedimientos familiares y todo se ha resuelto bajo la tónica y temática de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, lo que resulta paradójico, habida cuenta que la naturaleza del Derecho Familiar es distinta a la del Civil y en consecuencia, no se pueden seguir juzgando los conflictos familiares, bajo el imperio de las normas del Derecho Procesal Civil.

El último capítulo también fundamenta nuestra tesis de **Maestría: una metodología para la enseñanza del Derecho Procesal Familiar**, ya que a partir de la introducción de tal disciplina en las universidades, comenzaremos a formar verdaderos familiaristas, y ello redundará en beneficio de la sociedad.

Desde luego, el hecho de contraponer el **Derecho Procesal Familiar al Civil**, demuestra la novedad del trabajo, cuya actualidad se constata en la escasa información que existe sobre esta nueva rama jurídica, que tendrá indefectiblemente aplicación práctica, en caso de promulgarse un **Código Procesal o Ley específica para reglamentar la solución de los conflictos de índole familiar**.

La poca bibliografía especializada sobre la materia, nos forzó doblemente: primero, a la consulta obligada de textos civiles para encontrar en ellos la génesis del derecho, y después, plantearnos sobre la base de nuestra experiencia como juez, la necesidad de resolver dentro de múltiples limitaciones, los conflictos que atañen a la familia de manera pronta y justa.

No es un estudio terminado. Sienta las bases para investigaciones más profundas sobre lo abordado. En la medida que se logren esos objetivos, se podrá confirmar la plenitud del Derecho Procesal Familiar, en otros términos, saldrá fortalecida, estimulada y protegida nuestra célula básica: la familia cubana.

CAPITULO I.- Reseña histórica del Derecho Civil

1.1.- Roma

Un estudio acabado de cualquier ciencia necesariamente impone un análisis desde su concepción, de manera que tomando como base ese conocimiento poder establecer una proyección. De ahí, que para iniciar este capítulo, es indispensable abordar, en primer término, el vocablo derecho para *a posteriori*, adentrarnos en la evolución experimentada específicamente por el civil.

Muchos han sido los tratadistas que han desarrollado la temática y, en su generalidad, todos son contestes que la palabra "derecho" deriva de la latina *directum* que significa, como refieren Marcel Planiol y Georges Ripert en su obra Tratado Elemental de Derecho Civil, "...lo que es conforme a la regla, es decir, a la ley..."¹, y más adelante los mismos autores sostienen que ésta "...se encuentra en la mayor parte de las lenguas europeas modernas, en inglés (right), en alemán (recht), en holandés (recht), antiguamente

¹ Marcel Planiol y Georges Ripert; "Tratado Elemental de Derecho Civil"; T.I; edición autorizada; Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor; México; 1981; p. 19.

regt), en francés (droit), en italiano (dirritto), en rumano (dreptu), etc."² .

Otro autor, el profesor mexicano Dr. Jorge Mario Magallón Ibarra, en su obra Instituciones de Derecho Civil, en cuanto al sentido etimológico de la palabra, hace la siguiente observación: "...*directum* deriva de los verbos *dirigere y regere*, o sea: lo que dirige o gobierna, para conducir a un fin; lo que se ajusta a una norma o a una regla. La raíz griega "*orego*" parece significar una dirección en línea recta. El latín toma de ella el término *rego*, del cual provienen *rectus, regula, dirigo y directus.*"³

De los conceptos expuestos, se desprende que la palabra derecho en su sentido etimológico, cuando alude a regla, ley o norma indistintamente, indica más de un significado, por lo que hemos de reconocerle diferentes acepciones, pero basta a los efectos de nuestro trabajo las aludidas anteriormente para tener una noción de lo que por ahora interesa, pues, como es harto conocido, aparte de todas las posibles, ésta tiene una constante manifestación

² Ibidem.

³ Jorge Mario Magallón Ibarra; "Instituciones de Derecho Civil"; T.I; Ed. Porrúa, S.A; México; 1987; p. 2.

en la vida diaria, lo cual llevó a Carlos Santiago Nino denominarla como "...la omnipresencia del Derecho..."⁴, vale decir, la presencia cotidiana del derecho.

Ahora bien, esa conformación del derecho tuvo, entre sus antecedentes más remotos, la época romana, y además de regir la sociedad, permitió establecer bases sólidas, las que han llegado hasta nuestros días, aunque de diferente forma por la revolución que trajo consigo el Código Napoleón.

Su estudio es beneficioso, porque permite comprender la historia y la literatura de la época, constituyendo como afirma Eugène Petit, "... un poderoso auxiliar"⁵, habida cuenta que para la cabal comprensión de cualquier institución de orden jurídico, su consulta resulta obligada, por ser la base indiscutible del derecho actual en la mayoría de los países de habla hispana.

Es probable que esta última afirmación condujera al célebre jurista español José Castán Tobeñas, quién fuera

⁴ Carlos Santiago Nino; "Introducción al Análisis del Derecho"; tercera edición; Ed. Ariel; España; 1987; p. 2.

⁵ Eugène Petit; "Tratado Elemental de Derecho Romano"; Ed. Saturnino Callejas S.A; España; 1940; p. 18.

Presidente del Tribunal Supremo de Justicia de su país hasta 1967, aseverar en su tratado de Derecho Civil Español, Común y Foral, que el estudio del mismo "...entraña simultáneamente un interés histórico - porque muestra la aparición de un sistema orgánico del derecho privado destinado a ser carne y sangre de las legislaciones modernas..."⁶, y en ese mismo orden de ideas, el propio Dr. Magallón Ibarra, después de haber destacado igualmente la significación de los estudios históricos, describe la singular importancia que en la aportación al sistema jurídico actual tiene el derecho romano, pues "... por conducto de los Códigos de Justiniano y de Napoleón, ha venido a ser la base del nuestro"⁷, es decir, del *Corpus Iuris Civile* y el Código francés de 1804; y, aunque este autor se refiere al Derecho Civil en los Estados Unidos Mexicanos, no cabe duda de su aplicación a la República de Cuba, por el tronco común de ambas naciones: la conquista y la dominación española.

Después de estas necesarias consideraciones y hurgando en la historia, podemos constatar que el derecho romano, en sus primeros siglos, estuvo marcado por una fusión con la

⁶ José Castán Tobeñas; "Derecho Español, Común y Foral"; décima edición; T.I; Vol. I; Ed. Instituto Editorial Reus; España; 1962; p. 119.

⁷ Jorge Mario Magallón Ibarra; Op. cit; p. 65.

religión, y por esa razón existió un conjunto de expresiones que permitieron establecer la diferencia entre aquellas instituciones que estimaban de origen divino o teológico y las que tenían un carácter terrenal, es decir, provenientes del hombre. Tal diferencia los llevó a considerar una dicotomía: "...el derecho sagrado, *lex divina; jus* es la obra de la humanidad, *lex humana*."⁸

Ese *jus*, que ha llegado a nuestros días al estudiar el derecho romano, es aquél que se ajusta a una norma o una regla a fin de encausar la conducta humana, pero con el decursar del tiempo, dado el cúmulo de normas, se requirió una división más particular, de modo que sabiamente distinguieron el derecho en dos grandes grupos: el público, al que llamaron *jus publicum* y el privado, que denominaron *jus privatum*; división ésta que aún existe en la actualidad.

En lo que al primero respecta, Planiol y Ripert, han sostenido que "...reglamenta los actos de las personas que obran en interés general, en virtud de una delegación directa o inmediata del soberano..."⁹.

⁸ Eugène Petit; Op. cit; p. 19.

⁹ Marcel Planiol y Georges Ripert; Op. cit; p. 28.

Tal definición o concepto se ajusta más a nuestro tiempo, pero, ubicados en aquél momento, sencillamente pudieran haber sido aquellas normas que en principio no fueron escritas, que reglamentaban las relaciones de los ciudadanos romanos con su gobierno; y en lo que al segundo se refiere, esto es, el *jus privatum*, a diferencia del anterior, era el que normaba - y sigue haciéndolo -, las relaciones jurídicas entre las personas, por lo que podemos afirmar que en él, entraban en juego únicamente intereses de índole privada o de carácter particular.

Sobre este tópico el Dr. Magallón Ibarra expresa: "Originalmente dicha actividad - aludiendo al derecho privado - era normada por el derecho civil, que ha sido el manantial de donde han emanado otros derechos..."¹⁰. Por esa razón, sigue diciendo el profesor, "Cuando se hablaba de derecho civil, implícitamente se hacía referencia al derecho romano."¹¹

Los romanos subdividieron a su vez el *jus privatum* en *jus naturale*, *jus gentium* y *jus civile*, entendiéndolo el primero

¹⁰ Jorge Mario Magallón Ibarra; Op. cit; p. 52.

¹¹ Ibidem.

como la totalidad de los principios provenientes de la voluntad divina; el segundo, como las normas aplicables a las personas, sin distinción de nacionalidad; y el último, en contraposición a los anteriores, como las reglas especiales de los pueblos de cada estado, que eran "...las instituciones propias de los ciudadanos romanos, de las cuales no participaban los extranjeros."¹²

Otra clasificación que no es dable pasar por alto, es la que nos legó Ulpiano, célebre jurisconsulto romano, quién dividía el derecho en escrito y no escrito: el primero provenía del legislador, mientras el segundo, del uso, la tradición o la costumbre, en latín, ***mores***, cuya definición en ese idioma ha llegado a nosotros: (***mores sunt: tacitus consensus populis, longue consuetudine inveterata***), es decir, el tácito consentimiento del pueblo establecido por el largo uso; sin relieve, para el aludido jurisconsulto, que hubiere sido o no consagrada en texto alguno.¹³

En la obra Tratado Elemental de Derecho Romano, su autor, a grandes rasgos, sostiene que la formación y desarrollo de ese derecho se divide en cuatro periodos fundamentales:

¹² Eugène Petit, Op. cit; p. 22.

¹³ Cfr; Eugène Petit; Op. cit; pp. 23 y ss.

El primero, que abarca desde la fundación de Roma con la conocida leyenda de Rómulo y Remo, amamantados por la loba Capitolina, hasta la Ley de las XII Tablas, que sería el nacimiento y niñez del derecho, en la que predominaron las costumbres de los pueblos que poblaban la antigua Italia, que fundaron la ciudad; el segundo, a partir de las XII Tablas, en la que tuvo un marcado peso la interpretación de los jurisconsultos, adquiriendo para Roma una importancia extraordinaria su derecho nacional; un tercer período, que desborda las fronteras romanas de aquel entonces, llegando el derecho a su máximo apogeo, en el que, por supuesto, alcanza su más alto grado de perfección; y un último, que es el de decadencia y que los historiadores marcan como época en que se destacan los trabajos de codificación, teniendo un papel preponderante el Emperador Justiniano.¹⁴

Sobre esta codificación de Justiniano, Roberto de Ruggiero afirma que se debió a "La necesidad de recoger los miembros de una legislación farragosa y de unificar el derecho, integrado por una serie infinita de costumbres locales o generales,

¹⁴ Cfr; Eugène Petit; Op. cit; pp. 25 y 26.

en las cuales, aun a los juristas, resultaba difícil hallar la norma para aplicarla al caso concreto.”¹⁵

Ahora bien, tratándose de la evolución histórica del Derecho Civil, veamos qué abarcaba de modo particular.

Ya explicamos inicialmente que el *jus civile*, comprendía las reglas que eran aplicadas a los ciudadanos romanos, es decir, a los nacionales, de lo que se desprende que sobre los extranjeros no tenía repercusión de índole alguna, por lo que les resultaba ajeno.

Aunque a nuestros días no ha llegado un acabado conocimiento de cómo los romanos ordenaron su derecho, sí es dable saber, según los historiadores, las instituciones sobre las que versaba y a quienes resultaba de aplicación. Así, se observa que destinaban su legislación, en primer lugar, a las personas, con la conocida diferenciación entre libres y esclavas, pero con el indiscutible mérito de definir a las libres, como entes naturales a quién el ordenamiento jurídico les concede la capacidad de ser

¹⁵ Roberto de Ruggiero; "Instituciones de Derecho Civil"; Tr. de la cuarta edición italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro; Ed. Reus; España; 1979; p. 102.

sujetos de derechos y obligaciones, pues las esclavas eran consideradas objetos.

De lo expuesto se puede colegir que desde aquella época, la capacidad era un verdadero atributo de la persona, cuestión que, hoy día, mantiene su importancia, aunque no a ese mismo tenor, porque distinguían dos características de éstos: *alieni juris* y *sui juris*.

Estos se encontraban dentro del *jus civile* en lo que comprendía la organización familiar como segundo aspecto de trascendental importancia que regulaba, y el *alieni juris* era la potestad conferida al jefe de familia, que le otorgaba "...derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, y que ejercía, al mismo tiempo sobre la persona, sobre los bienes de los hijos."¹⁶; es decir, similar a lo que hoy conocemos como patria potestad; en cambio, los *sui juris*, independientemente de las potestades que les concedía aquel derecho, eran las que dependían de ellas mismas. Estas se dividían en capaces e incapaces, "...para las cuales el derecho tenía organizada una protección"¹⁷, y que

¹⁶ *Idem*; p. 109.

¹⁷ *Idem*; p. 137.

como causas fundamentales establecía la falta de edad, el sexo, la alteración de las facultades intelectuales y la prodigabilidad.

Dentro de esa normación jurídica destinada a la familia, se hubo de definir como fuentes fundamentales para su integración, en primerísimo lugar el matrimonio, conocido en ese entonces como *justum matrimonium*, cuyo fin esencial, en atención al interés político y religioso, era la procreación de la prole.

Una segunda fuente de conformación, era la filiación, de donde se deriva, a juicio de algunos autores, el verdadero parentesco, por tratarse de un hecho natural de donde parten los vínculos sanguíneos, que dan lugar a los parientes por consanguinidad; a aquellos otros que por vía del matrimonio ingresaban en la familia, los parientes por afinidad; y una última fuente que era la tutela, que constituía una carga pública y requería para cumplirla el ser libre, ciudadano romano y de sexo masculino.

Sobre esta última fuente, los tratadistas sostienen que de ella devino lo que ha llegado a nuestros días con la denominación de adopción, que como fuente de las relaciones

familiares conjuntamente con la filiación, crea el parentesco, que es una institución formada ficticiamente por el derecho a fin de darle igual rango que al parentesco natural.¹⁸

Dentro del mencionado *jus civile*, los romanos destinaron a las cosas una sección especial denominada *res*, del que se segmentó el derecho de propiedad. Equiparaban el dominio a la propiedad y se opinaba: *dominium o proprietum est, jus utendi, jus fruendi, adque abutendi res sua*, esto es, el dominio o propiedad es el derecho al uso, disfrute y abuso de una cosa suya¹⁹, significando esto último, el uso máximo, el degradatorio y consuntivo de la cosa y no, como se ha interpretado, el verdadero derecho de abusar de la misma hasta el daño extrapatrimonial. Es válido aclarar, que en realidad, a pesar del carácter absoluto del derecho de dominio, los romanos no legislaron el abuso de ese derecho.

De ese derecho de propiedad, se desgajaron los derechos reales y de crédito u obligaciones, denominando esta última como *obligatio*, lo que para nuestra ciencia jurídica tiene

¹⁸ Cfr; Marcel Planiol y Georges Ripert; Op. cit; p. 283.

¹⁹ Cfr; Eugène Petit; Op. cit; pp. 173 y ss.

una connotación muy especial, pues, a partir de ella, se deduce otro concepto complementario que es la responsabilidad, muy controvertida, por no existir un criterio unánime en la manera de exigirla.

El derecho real fue concebido ya desde aquella época, por el hecho de que una cosa se encontrase sometida, completa o parcialmente, al poder de una persona, que se puede oponer a tercero, y de donde se adquirían los diferentes beneficios que "...el hombre puede obtener de una cosa..."²⁰ en número limitado. Esto nos lleva a pensar que tal relación bien podía ser con un esclavo, que como explicamos, eran considerados como objetos, con mayor razón cuando de esa relación se alcanzaba provecho. Dentro de ese derecho real estaba comprendido, el uso y el usufructo.

En lo que se refiere al derecho de crédito o de obligaciones²¹, estimaban que era la relación persona - persona, en la que una de ellas, llamada acreedor, podía exigir de la otra, denominada deudor, determinada prestación de diferente índole.

²⁰ Eugène Petit; Op. cit; p. 183.

²¹ Manuel Bejarano Sánchez nos refiere que la concepción romana de la obligatio significaba estar ligado en provecho de otro; de *ob*, es decir, por y *ligare*, ligar; "Obligaciones Civiles"; tercera edición; Ed. Haria; México; 1984; p. 9.

Ese derecho de crédito tenía inicialmente como principios el *do ut des*, *do ut facio*, *facio ut des* y *facio ut facios*, es decir, doy para que des; doy para que hagas; hago para que des y hago para que hagas, cuya fuente principal, entre otras, son los contratos, otra institución romanista que ha llegado a nuestros días, por supuesto más perfeccionada, al igual que las obligaciones o derecho de crédito, que como es sabido, consisten en dar, hacer o no hacer.

En lo que respecta a los contratos, lo consideraban como convenciones que estaban destinadas a producir obligaciones sancionadas por el derecho civil, distinguiendo cuatro tipos de contratos según las formalidades que debían cumplir, a saber: el contrato verbal (*verbis*) que se perfeccionaba por medio de palabras pronunciadas de determinado modo solemne y en el que sobresalió de manera preponderante la *stipulatio*; el contrato escrito (*litteris*), en el que primaba, claro está, la escritura; el contrato que exigía para su perfección la entrega de la cosa llamado *res* y cuyo símil hoy día, según algunos tratadistas²², es el contrato

²² Cfr; Manuel Bejarano Sánchez; Op. cit; p. 41.

real, y por último; el consensual (*consensu*), perfeccionado mediante el simple consentimiento de las partes.²³

Desde luego, también contemplaron otras fuentes de las obligaciones, como por ejemplo, las nacidas de los delitos, que denominaron *ex-delicto*, pero, a los efectos de la tesis, estimamos innecesario abordar, pues convertiría en interminable la reseña.

De manera precisa, supieron diseñar diferentes modos de adquirir la propiedad por el fallecimiento de una persona, esto es, por medio de la herencia, encontrándose la testamentaria cuando antes de ocurrir el deceso del titular de los bienes, había dispuesto cómo repartirlos una vez que éste acaeciera, lo que efectuaba mediante el otorgamiento de un testamento, y la sucesión *ab-intestato* que tenía lugar cuando el causante no había manifestado su voluntad expresa, la cuál suplía el derecho tomando como base, el parentesco por consanguinidad y sus diferentes grados en el orden de suceder, que como en nuestro tiempo, obedecía en primer lugar a la línea recta descendente, siguiendo la ascendente y posteriormente la colateral, todo lo cuál apoyaron en la exclusión del pariente más lejano por el más cercano.

²³ Cfr; Eugène Petit; Op. cit; pp. 285 y ss.

Por último, destinaron su legislación a la organización judicial, diferenciando las instancias judiciales, y los jueces de los magistrados; cómo hacer valer las acciones ante los tribunales, así como los medios de prueba de que podían valerse los litigantes en juicio, instaurándose determinados principios de orden procesal, que aún figuran en nuestro tiempo. Es decir, que los romanos, en lo correspondiente al derecho procesal, entendido dentro del civil, si bien "...no fueron capaces de concebir al proceso como parte integrante de una ciencia normativa y dogmática, en cambio lograron captar y elaborar la idea del proceso como un medio para la realización del derecho."²⁴

Demás está decir que el derecho romano no se desarrolló de improviso, sino que necesitó el decursar del tiempo para su conformación, transcurriendo siglos para ello, hasta que en definitiva, se produjo su decadencia en los períodos a que hicimos alusión en el subtítulo que acabamos de examinar.

²⁴ Humberto Briseño Sierra; "Derecho Procesal"; segunda edición; Ed. Harla; México; 1995; p. 47.

1.2.- La Edad Media

Al igual que en el Derecho Romano, para iniciar el examen de esta ciencia en este período de la historia de la humanidad, se debe realizar su deslinde en el tiempo, el que se conoce por las imágenes de los castillos almenados o los recónditos monasterios, que evocan su carácter oscuro y turbulento. Sin embargo, durante el lapso que duró (alrededor de un milenio), Europa experimentó grandes cambios económicos y políticos, y su cultura evolucionó para conformar algunos de los elementos más característicos de la civilización occidental, entre los que no cabe duda, se encuentra el Derecho.

Se conoce como Edad Media o "Medioevo", la parte de la historia europea comprendida aproximadamente "...entre la caída del Imperio Romano de Occidente y el advenimiento de la edad moderna, con el desarrollo del capitalismo, el florecimiento de la cultura renacentista y los descubrimientos geográficos."²⁵

²⁵ Enciclopedia Británica "Macropedia Hispánica"; Vol. 5, letras CHAC-ERASMO; Ed. Raud McNally & Company; Estados Unidos; 1991; p. 273.

Algunos historiadores sostienen que la civilización medieval es el resultado de la fusión de tres elementos esenciales: 1) la herencia de la antigüedad grecolatina; 2) la aportación de los pueblos germánicos y; 3) la religión católica, dividiendo la misma en dos etapas bien diferenciadas; la alta Edad Media que abarca desde la formación de los reinos germánicos a partir del siglo V hasta la consolidación del feudalismo, entre los siglos IX y XII; y la baja Edad Media, hasta el siglo XV, caracterizada por el crecimiento de las ciudades, la expansión territorial y la consolidación del derecho.²⁶

Sin embargo, el profesor francés Paul Ourliac asevera que realizar una separación cronológica, puede conducir a error por la diversidad que caracteriza al medioevo, porque determinados autores sostienen que se inició "...en 987, fecha del advenimiento de Hugo Capeto; se prosigue hasta fines de la Edad Media, cuya fecha es, a decir verdad, bien difícil de fijar. Algunos le dan por final la invención de la imprenta (hacia 1440), o el descubrimiento de América (1492); otros prolongan la Edad Media hasta 1515 (advenimiento de Francisco Primero) o aun hasta 1548 (prohibición

²⁶ Cfr; Enciclopedia Británica "Macropedia Hispánica"....; pp. 274 y ss.

de los misterios), o bien le señalan como término la toma de Constantinopla por los turcos, en 1453."²⁷

Desde luego, esa imposibilidad de proporcionar una fecha exacta, responde en gran medida al hecho de que la historia se integra por múltiples eventos de orden político, económico, religioso, jurídico, intelectual o moral, y la evolución, tal y como expresa el propio autor en último orden citado, "...no lleva, para todos el mismo ritmo."²⁸

Ahora bien, antes de adentrarnos en el estudio del derecho de esta época, para tener una idea cabal de su desarrollo, es necesario apuntar, someramente, cómo ocurrió la integración de algunos de los pueblos que la protagonizaron:

A la caída del Imperio Romano de Occidente, los germanos penetraron y se asentaron en de lo que quedaba del antiguo imperio, dando lugar a la formación de diversos reinos desde principios del siglo V; asumieron, a partir de entonces, la herencia política de Roma. Así, comenzaron a organizar sus reinos

²⁷ Paul Ourliac; "Historia del Derecho"; Ed. Cajica Jr; México; 1952; p. 190.

²⁸ *Ibidem*.

dentro de las fronteras del imperio, sin encontrar resistencia por parte de la población romana. Cada uno de estos reinos en formación, evolucionó, surgiendo las monarquías medievales europeas.

A finales del propio siglo, los francos sentaron las bases de lo que posteriormente sería uno de los reinos más poderosos de Europa. Mediante una política de fusión, la población de la antigua Galia se integró a los galorromanos y los francos.

En la península Ibérica, los visigodos constituyeron una monarquía próspera y culta, porque fundieron los rasgos germánicos con las seculares tradiciones romanas.

La hoy Gran Bretaña, por la invasión de anglos y sajones a mediados del siglo V, sufrió como consecuencia que, de los británicos, unos se refugiaron en Cornuales, Gales y Escocia y otros se sometieron al nuevo poder. Los anglosajones repartieron el territorio en siete pequeños reinos, independientemente que lucharon por establecer su hegemonía sobre el sur de la isla.²⁹

²⁹ Cfr; Enciclopedia Británica "Macropedia Hispánica"...pp. 274 y ss.

Como se puede constatar, el denominador común de ese proceso, fue la creación de reinos independientes, dándole a Europa una nueva fisonomía sin que hubiere desaparecido la tradición legada por Roma.

Sobre este fenómeno de integración, hay que destacar que en los lugares más romanizados, se mantuvo el orden y el derecho romano, mezclados con las costumbres jurídicas procedentes de los pueblos germánicos, que junto con la religión, fueron los principales elementos de cohesión de los nuevos reinos del occidente europeo. No cabe dudas que el triunfo del cristianismo dejó marcas endebles en esta etapa histórica, de la que por supuesto, no escapa el campo jurídico.

La religión fue el factor determinante del desarrollo posterior del derecho medieval, a extremo tal, que "...la iglesia se arrogó en Occidente la supremacía universal cuando desapareció el poder del Imperio; el Papa fue reconocido como la autoridad máxima a la que debían someterse los poderes temporales. De este modo la jerarquía eclesiástica de Roma se constituyó en el factor aglutinante de las monarquías occidentales. La progresiva conversión de los bárbaros al catolicismo, junto con la propagación de la orden

benedictina, hicieron de la iglesia la institución más importante del período medieval.”³⁰

Ya entrando propiamente en el desarrollo del derecho, la costumbre, por propia esencia, no era escrita, y en la Edad Media se formaba al igual que en Roma, por la repetición prolongada de los mismos actos, y, paulatinamente fueron convirtiéndose en reglas de derecho.

En la Edad Media, que como se ha expuesto, se habían conservado las ideas heredadas del Derecho Romano y posteriormente del Canónico, - al que no nos referiremos por razones obvias -, unidas a la costumbre que variaba de reino en reino, de ciudad en ciudad, trajo como consecuencia, una dispersión jurídica tan extraordinaria, que en el siglo XI, tras la caída del Imperio Romano de Occidente, los pobladores de esta época se vieron obligados a buscar una uniformidad, recurriendo al Derecho Romano, la fuente legal más cercana que tenían y cuya tradición no había desaparecido. Sobre esa dispersión jurídica del feudalismo, Marina Dujarric Hart en su ensayo El Recurso de Casación, al referirse al tipo de Estado y de derecho de esta formación

³⁰ Enciclopedia Británica "Macropedia Hispánica"....p. 274.

económico social, afirma: "A cada formación socioeconómica ha correspondido un tipo de Estado y un orden de derecho acorde con los intereses de la clase en el poder. Se comprende, por tanto, que la dispersión económica del feudalismo determinara la dispersión jurídica y política que se manifestaba en un poder central débil - en el cual el Rey era sólo un señor más entre sus señores o, en todo caso, el tribunal de apelación - y en la anarquía jurídica representada por un sistema de derecho impuesto por cada señor feudal para sus predios."³¹

Luego entonces, como primera característica del derecho que estudiamos y que nos muestra la historia, es su dispersión en el orden jurídico, viéndose precisados los juristas de aquella época por el desarrollo impuesto por su civilización, a buscar, tal y como se ha señalado, los precedentes del derecho, acudiendo al viejo derecho romano, porque " Las leyes romanas habían conservado un prestigio que se debía al recuerdo del Imperio. En la segunda mitad del siglo XI se produjo un renacimiento del Derecho Romano, que había de tener una influencia considerable".³²

³¹ Marina Dujarric Hart; "El Recurso de Casación"; Ed.Ciencias Sociales; Cuba; 1988; pp. 5 y 6.

³² Paul Ourfiac; Op. cit; pp. 220 y 221.

Ahora bien, no basta aludir a ese renacer del Derecho Romano sin antes señalar cómo, cada pueblo imprime a su nuevo derecho, las marcas de su propia historia, y de ahí, que ese renacer no sea uniforme. En lo que sí parece haber consenso entre los historiadores, es en que, tal vez, haya sido en la propia península itálica donde se inicia, si tenemos en cuenta que en aquella persistía el estudio de textos romanistas, como fueron los epítomes o escolios de las Institutas, del Código o de las Novelas de Juliano.³³

En Francia, al contrario a Italia, no existían escuelas más que en los monasterios, fieles representantes de la Iglesia en aquella época y que por supuesto, señalan el papel que jugó ésta en la conformación del derecho.

Sin embargo, no sólo fue la dispersión jurídica aludida la única característica distintiva del derecho de esta etapa, pues el profesor Julio Fernández Bulté en su obra Historia del Estado y del Derecho en la antigüedad, al tratar los rasgos fundamentales del Derecho en el feudalismo, sostiene que "...el derecho feudal, con

³³ Cfr; Paul Ourliac; Op. cit; pp. 221 y ss.

todas sus normas, escritas o consuetudinarias, constituyó un complejo ordenamiento jurídico..."³⁴ y más adelante agrega, "... que en su expresión más pura supone la fusión del derecho público y privado, por absorción de la función pública y de soberanía por la relación jurídica de propiedad privada. En esa expresión elevadísima, se funden las facultades dominicas del señor con las facultades de la soberanía política."³⁵

Por eso, como segunda característica del derecho feudal, hemos de admitir, la fusión del derecho público y el privado, una de las más acusadas, ya que la sociedad feudal apoyaba su derecho en relaciones económicas, que se expresaban jurídicamente en la prestación vasallática, en la relación de subordinación de los siervos al señor feudal.

Otra particularidad del derecho de la época era su complejidad, en razón de su jerarquía social, existiendo una escasa elaboración doctrinal y legislativa, lo cual justifica por qué en aquél entonces se utilizaba la costumbre, que unida a la influencia de la

³⁴ Julio Fernández Bulté; "Historia del Estado y del Derecho en la antigüedad"; Ed. Instituto del Libro; T. II; Cuba; 1973; pp. 18 y 19.

³⁵ Ibidem.

Iglesia, trajo aparejado el resurgimiento del derecho sagrado de la época romana.

Como se puede constatar, y esto a modo de conclusión, el derecho civil en esta etapa, en principio mantuvo la misma estructura que tenía en el Imperio Romano de Occidente, al que se le fueron incorporando elementos provenientes de la religión por la influencia de la Iglesia, muchos de los cuales, inclusive, han llegado a nuestros días, como las normas reguladoras de la familia, que se mantuvieron unidas indisolublemente a las de orden civil, y los preceptos procesales, con igual suerte.

1.3.- La Revolución de 1789

Cuando iniciamos el estudio del Derecho en la Edad Media, hicimos referencia al hecho de que ese período de la historia era uno de los más difíciles, por su carácter oscuro y turbulento. Ahora, al comenzar el de la Revolución de 1789, conocida como la Revolución en Francia, nos vemos en el deber de alertar que, en nuestra opinión, se trata de uno de los más apasionantes de la

historia de la humanidad, no sólo por la riqueza histórica que en sí mismo encierra, sino también, por el cambio evolutivo que en el plano jurídico trajo consigo.

En primer término, es de destacar, que al igual que ocurrió con el advenimiento del feudalismo, el capitalismo se gestó en las mismas entrañas del modo de producción feudal durante los siglos XVI y XVII, en que las relaciones de producción capitalistas se fueron desarrollando en el propio seno de aquella sociedad por la naciente clase burguesa, adquiriendo un impulso por el desarrollo de las relaciones comerciales y los grandes descubrimientos de la época. Demás está decir, que tal desarrollo se produjo en Europa, estando a la cabeza países como Inglaterra, Francia, España, Alemania y Holanda, de modo tal, que es en estos países, donde empieza a desaparecer la dispersa manufactura que va siendo sustituida por la industria centralizada, que impulsa efectivamente el comercio, del que tuvo su origen, la forma de producción propiamente capitalista.

No obstante esa nueva realidad económica, en cuanto al orden político y estructural, la sociedad feudal se mantiene, convirtiéndose en un freno a esas nuevas relaciones de producción.

Sin embargo, como señalan algunos teóricos, independientemente de ser un freno, en oportunidades, el Estado absolutista feudal fue parcialmente consecuente con ese avance económico, y muchas veces, trató de impulsarlo por su conveniencia³⁶, y observamos, que protegió la acumulación de capitales estableciendo exenciones tributarias a algunas empresas capitalistas y procuró un intercambio mercantil por los grandes descubrimientos acontecidos en el feudalismo.

Por otra parte, y sólo proponiéndose su desarrollo y de manera inconciente, expropió las tierras en que laboraban grandes masas de campesinos, que se vieron obligados a llegar a las ciudades para vender su mano de obra barata, quedando sólo como dueños de su fuerza de trabajo, pero, ese Estado absolutista, limitó la condición de esos campesinos,- ya obreros -, puesto que fue un "...defensor de las trabas y estratificaciones feudales."³²

Describiendo esa contradicción, entre el modo de pensar y de actuar del Estado absolutista, mientras se gestaba la formación económica social capitalista, Kechekian y Fedkin afirman:

³⁶ Cfr; Kechekian y Fedkin; "Historia de las Ideas Políticas"; Ed.Política; Cuba; 1964; pp.180-278.
³² Julio Fernández Buité; Op. cit; p. 475.

"...el Estado absolutista, pese a llevar a efecto algunas medidas que favorecen el desarrollo de las relaciones capitalistas, sigue siendo una fuerza que favorece y defiende la vieja y caduca base feudal..."³⁷, y más adelante sostienen, que "...todas esas medidas van acompañadas de una minuciosa reglamentación gubernamental - cuestión poco típica en aquella época -, de una tutela rigurosa de la ingerencia burocrática en las actividades de los empresarios."³⁸

Fernández Bulté, por su parte, al describir este fenómeno asevera que "...frente al desarrollo económico y político de la burguesía, el absolutismo efectuó un doble juego. El rey absoluto era él mismo, un señor feudal; el principal, pero además sustentaba su poderío como tal, en todo un complejo sistema feudal, del cual era la cúspide ya indiscutida a la sazón y, consecuentemente, su más perfecto e idóneo representante. Ante la declinación histórica del feudalismo, como sistema económico, la monarquía comenzó un nuevo juego táctico, semejante al ya efectuado anteriormente para consolidar su poder absoluto: propició la colaboración de la burguesía en ascenso y se apoyó en ella; aunque como fuerza declinante que era en sí misma, esa

³⁷ Kechekian y Fedkin; Op. cit; p. 230.

³⁸ Ibidem.

monarquía, más que encontrar apoyo en la burguesía, sirvió ella misma de apoyo a esa clase."³⁹

Ejemplo de lo anterior, lo encontramos en monarcas poderosos como Luis XIV en Francia, que se sirvió para desarrollar la política económica de sus reinos, de hombres como Richelieu, Cardenal de época de Luis XIII que dio impulso y reorganizó la economía mercantil del reino, sobre la base del modo de producción capitalista, facilitando esas nuevas relaciones sociales de producción.

Esta situación de crisis resultó tan honda, que hizo insostenible el poder feudal. Las relaciones de producción se habían constituido en un freno para las fuerzas productivas ya capitalistas, y el pueblo francés necesitó de una Revolución para superarla. Sin embargo, cabría preguntarse: ¿acaso estas condiciones eran peores que las que existían en épocas anteriores? No. Por toda Europa ocurría lo mismo. Sin embargo, el pueblo francés fué el primero en reaccionar.

³⁹ Julio Fernández Bulté; Op. cit; p. 475.

Los escritores de aquella época, como Montesquieu, Diderot, Rousseau y el resto de los enciclopedistas, despertaron la conciencia del pueblo, que empezó a darse cuenta de la triste situación.

En Francia, el Tesoro Nacional, estaba agotado por el propio Luis XIV y sus sucesores. Tanto es así, que en 1788, Luis XVI, como último y desesperado esfuerzo por resolver la situación que existía, convocó a los Estados Generales, constituidos por la nobleza, el clero y el pueblo, reuniéndose en Versalles, cerca de París, en los primeros días de mayo de 1789, para examinar sus peticiones de reforma. Los cargos y las acusaciones allí presentados eran diferentes, pero en casi todos ellos, se hacía alusión a la idea de una Constitución.

En esta reunión del 5 de mayo de 1789 de los Estados Generales, comienza la Revolución Francesa. En aquella, los representantes del Tercer Estado se pusieron a su cabeza y les siguieron muchos representantes del clero y de la nobleza cambiando, en esa oportunidad, el nombre de Estados Generales por Asamblea Nacional, que suponía la representación de todo el pueblo francés.

Cuando el Rey tomó conciencia de la situación, expulsó a los reunidos del local, donde usualmente se celebraban las sesiones, teniendo lugar la impresionante ceremonia conocida con el nombre de juego de pelota, que ocurrió el 20 de junio del propio año, no obstante haber enviado el monarca un emisario para hacer que los representantes abandonaran el lugar, negándose los diputados, y jurando no separarse ni considerar disuelta la Asamblea, hasta que no les fuese otorgada la Constitución.

En París, a sólo 22 kilómetros de Versalles, que era donde se celebraba la Asamblea, circuló la noticia de que se enviarían tropas, lo que trajo como consecuencia una revuelta armada en las calles de la capital el 14 de julio de 1789, que culminó con la toma de la prisión real, La Bastilla, y con ese acto, "La burguesía entra definitivamente en el escenario de la dirección política, con el triunfo obtenido en Francia a partir de los sucesos del 14 de julio de 1789 especialmente. Al referirnos pues al Estado burgués, a partir de la Revolución francesa, no hacemos más que tomar como elemento de partida, el primer Estado burgués surgido en condiciones revolucionarias totales..."⁴⁰

⁴⁰ Julio Fernández Bulté; Op. cit; p. 499.

Desde luego, si hacemos un análisis de todo lo expuesto, es dable concluir que la burguesía comenzó su revolución desde el momento en que el Estado llano se declaró Asamblea Nacional; con posterioridad, le siguió el juramento del juego de pelota y, por último, después de la toma de La Bastilla, la formación de una Constitución como un verdadero acto político-jurídico, que se dio aquella Asamblea Nacional investida de poder constituyente y que culminó en sesión el 14 de septiembre de 1791.

Esta Constitución, que había sido prometida por la Asamblea, llevó a cabo sus trabajos de manera paciente y por ella quedó abolida la nobleza. A partir de este documento, Francia tendría un régimen de gobierno monárquico constitucional, con un parlamento.

Sobre su significación histórica, Piero Calamandrei observa que esta Ley de Leyes "...representa por su origen un fenómeno absolutamente nuevo en la historia del derecho: pues aquella Constitución, en lugar de ser la consecuencia del desarrollo o de la reforma o de la imitación de una constitución ya existente en la práctica, derivó únicamente de un sistema de principios

doctrinales aceptados en absoluto como regla fundamental de todo ordenamiento concreto, en tal modo que no fue la teoría la que resultó de la observación de los institutos positivos, sino que fueron éstos, mediante un proceso deductivo, los que se modelaron sobre la teoría."⁴¹

Somos de la opinión que este fenómeno singular, en virtud del cual la doctrina, perdiendo su función normal de criticar las instituciones ya existentes, en la realidad concreta, asumió el oficio de adelantarse a la misma y crearla, lo cual se puede apreciar nítidamente en la mayor parte de la obra revolucionaria.

Refiriéndose a esta Carta Magna, la que, como es sabido, tiene por prefacio la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, Marina Dujarric Hart hace la siguiente observación: "La burguesía estructuró su aparato de dominación sobre la división tripartita del poder - que desarrollara Carlos de Secondat, barón de Montesquieu -; el principio roussoniano de la soberanía; y el de la sumisión de todos los hombres y del propio

⁴¹ Piero Calamandrei; "Historia y Legislaciones"; T. 1; Vol. 2; Ed. Bibliográfica Argentina; Argentina; 1945; p. 15.

Estado a la ley. Es el llamado Estado de Derecho liberal - burgués..."⁴²

Más adelante, la propia autora, al analizar los principios sobre los que descansa dicha Ley Fundamental, afirma: "Y en este ordenamiento legal de la nueva clase dominante aparecen los derechos del hombre en abstracto. Las banderas de libeté y egalité enarboladas por la Revolución Francesa, en definitiva quedan plasmadas en las constituciones burguesas como el principio de libertad, que no es más que el derecho a desarrollar y consolidar el nuevo régimen socioeconómico; y el principio de igualdad, en función de la libertad alcanzada concebido como la igualdad de los hombres ante la ley..."⁴³

Por nuestra parte, creemos que no es conveniente, a pesar de la importancia jurídica, política e histórica que encierra la Constitución francesa de 1791, analizar pormenorizadamente su estructura, sino sólo aquellas instituciones que a los efectos del trabajo interesan, y exclusivamente enunciar que el documento establece que los representantes de la Nación son el Cuerpo

⁴² Marina Dujarric Hart; Op. cit; p. 8.

⁴³ *Ibidem*.

Legislativo y el Rey, creando además un aparato judicial, cuya estructura se organizó, cumpliendo "...con los principios de la soberanía nacional y la tripartición de poderes."⁴⁴. A partir de ese momento, ni los poderes legislativo ni ejecutivo, tenían intervención alguna en la Administración de Justicia, principio importantísimos, que ha llegado a la actualidad.

En lo que respecta a los jueces, si bien administraban la justicia en nombre del Rey, su elección era llevada a cabo por el pueblo, "...conforme a dispositivos complejos que garantizaban la integración clasista de estos."⁴⁵

Otro principio judicial establecido por la Constitución y que también tiene virtualidad en nuestro tiempo, es el nombramiento de abogados defensores, mismo que se conoce como de oficio, a todos los acusados, y aunque es respecto a la justicia de orden penal, dada su trascendencia, nos permitimos comentar.

Además, en lo que se contrae a nuestra materia, muchas fueron las medidas adoptadas por la Asamblea

⁴⁴ Julio Fernández Bulté; Op. cit; p. 502.

⁴⁵ Ibidem.

Constituyente, pero, por falta de tiempo, no pudo ocuparse de ellas, como fue que se hiciese un Código general común a todo el reino. Así, anotan Planiol y Ripert, "...votó, únicamente, leyes particulares, que casi todas pueden reducirse a dos reformas principales."⁴⁶

Y siguen diciendo los autores: "La primera fue la liberación del suelo y la reorganización de la propiedad."⁴⁷, porque en cuanto a la tierra, el feudalismo había impuesto una serie de derechos que la sobrecargaba, como eran, por ejemplo, los censos y las rentas; la propiedad, fue desmembrada, lo que impedía la circulación libre de los bienes.

"La segunda reforma fue la introducción del principio de igualdad en las sucesiones. La forma de transmisión de bienes por sucesión de los particulares, influye directamente sobre el estado político de un pueblo. El espíritu nobiliario y aristocrático de la antigua Francia se apoyaba, sobre todo, en la ley sobre las sucesiones."⁴⁸

⁴⁶ Marcel Planiol y Georges Ripert; Op. cit; p. 44.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Idem; p. 45.

Por esa razón en último orden mencionada, la Asamblea elimina el derecho de primogenitura y el privilegio sucesoral, y proclama el principio de la partición hereditaria por igual entre todos los hijos, por Decreto de 8 de abril de 1791.

Igualmente, la historia describe el funcionamiento de la Asamblea Legislativa y de su órgano sucesor, es decir, la Convención, sesionando la primera entre 1791 y 1792, y la segunda, como continuación de aquella, a partir del último año expuesto y hasta 1795.

De la labor legislativa de ambos órganos, destacamos en relación con la Asamblea, la Ley de 18 de enero de 1792, que versaba sobre la adopción; la Ley de 20 de agosto de 1792, que estableció la mayoría de edad a los 21 años y suprimió la patria potestad a esa edad; y, por último, las Leyes del 20 de septiembre del propio año, relativas una a la organización del estado civil y la otra, referida al carácter contractual del matrimonio y la reglamentación del divorcio facultativo.

Una vez disuelta aquella Asamblea, tal y como se indicó con anterioridad, se formó la Convención, que adoptó igualmente

una serie de medidas legales de trascendental importancia, entre las que resaltamos, a modo de ejemplo, el Decreto de 26 de octubre de 1793, que dispuso la nulidad de las cláusulas insertas en las donaciones y legados si fueran contrarias a las leyes, y el Decreto de 2 de noviembre del mismo año, el que consagró la igualdad de los hijos naturales y legítimos, a los fines de la sucesión.

Habría que describir también la importante labor que desarrolló con posterioridad a la Convención, el Directorio, el cual produjo avances en el campo jurídico, pero es harto conocido que este período, tuvo como colofón el Código Civil dictado en 1804, debido a la labor codificadora de Napoleón Bonaparte, el que, por su importancia, es de estudio obligado.

Sólo resta señalar para culminar este acápite, que la Revolución francesa, en lo que al derecho procesal se contrae, también introdujo importantes cambios, concebidos en aquél entonces dentro de la esfera del derecho civil, pues su Estado, al suprimir el principio (*supra lex est lex*) "sobre la ley rige la voluntad" por el principio (*supra lex regis voluntas est*) "sobre la ley está la ley", se dio cuenta que requería de un Juez Supremo, que tuviera la función de suprimir aquellos actos del Poder Judicial,

que chocasen contra la autoridad de la ley, pues no resultaba admisible que los tribunales, en el ejercicio de la función jurisdiccional, al interpretar y aplicar en una sentencia una norma emanada del Poder Legislativo, invadiera el campo de éste. Ello representaba, no sólo un atentado a los principios orgánicos en que descansaba el recién instaurado Estado, sino además, significaba el riesgo de que el Poder Judicial diera a la norma jurídica una interpretación que, en cualquier forma, se apartase de la razón para la cual fue promulgada, teniendo en cuenta la posición, generalmente secundaria de la función jurisdiccional.

Toda revolución aprovecha las instituciones del Estado cuyo poder toma, en la medida que no afecte a sus propios intereses, y de ahí que en el (*Conseil des Parties de ancien régime*) Consejo de Partes del régimen antiguo, que era una especie de tribunal superior, encontrara la burguesía francesa, que revolucionó el Estado feudal, la idea embrionaria del Tribunal de Casación. Al triunfo de la Revolución Francesa, el Consejo de Partes, aunque con poderes limitados, continuó en funciones hasta tanto la reforma judicial fuese un hecho consumado; y por Decreto de la Asamblea Nacional de 20 de octubre de 1789 así se dispuso.

A partir del mes de diciembre de 1789, comenzaron a presentarse proyectos ante la Asamblea Nacional, que sentaban las bases de todo un nuevo ordenamiento judicial, orientado a impedir que el Poder Judicial invadiera el campo del Poder Legislativo.

De ese modo, surgieron por Decretos de la Asamblea de 16 de agosto de 1790, dos instituciones: (*le réfère législatif facultative*), que permitía a los jueces poder dirigirse al Legislativo para aclaraciones, función eminentemente preventiva, y (*le réfère obligatoire*) de carácter represivo, que consistía en la anulación de las sentencias dictadas con desconocimiento de la separación de poderes.

Al fin, por Decreto de la Asamblea Nacional Francesa de 27 de noviembre, el día 1ro. de diciembre de 1790, surge un Consejo Autónomo, el Tribunal o Corte de Casación, cuya función principal fue salvaguardar la pureza de la ley.

1.4.- El Código Napoleónico

Al tratar la época romana y la significación que trae aparejado el estudio del derecho, hicimos alusión a "la revolución que trajo consigo el Código Napoleón", criterio aceptado por múltiples autores.

Ahora, al comenzar el estudio del tema, nos vemos precisados a destacar la sabiduría que encierra su articulado, base fundamental de la legislación civil actual, aunque no sin antes realizar la correspondiente incursión histórica para detallar las condiciones concretas en que se produjo, así como el papel jugado por su autor principal, vale decir, Napoleón Bonaparte.

En el acápite anterior, hubimos de observar cómo la burguesía, al tomar el poder, a fin de afianzarse en todos los ámbitos, esto es, en el jurídico, político, económico y social, provocó cambios importantísimos; y ese movimiento de formulación revolucionaria en el plano jurídico, tuvo su cumbre en el Código Napoleónico.

Válido es reconocer, que ese movimiento revolucionario de la burguesía francesa "...estuvo presidido desde sus inicios, en lo que al orden jurídico se refiere, por el propósito de obtener una codificación general contentiva de sus altos intereses socioeconómicos. Es así como vemos que la propia Asamblea Legislativa apenas iniciadas sus funciones, pide en una encuesta pública dirigida a los ciudadanos y extranjeros que den su opinión acerca de un futuro Código que debía recoger el núcleo central del orden jurídico civil ..." ⁴⁹; sin embargo, por la agitación política que le tocó vivir mientras sesionó, tal pretensión no fue posible.

Con posterioridad, la Convención, "...pensó redactar el Código Civil. Dio a su comité de legislación la orden extraordinaria de presentarle un proyecto en el plazo de un mes, y lo más extraordinario aun fue que se obedeció esta orden; en el mes de agosto de 1793; Cambacérés, en nombre de ese comité presentó un Proyecto del Código Civil. Este Proyecto es notable por su excesivo laconismo, un sólo artículo para las actas del estado civil; uno sólo

⁴⁹ Julio Fernández Bulté; Op. cit; p. 512.

para el domicilio, y así, más o menos, sobre las demás materias. En su totalidad constaba de 695 artículos.⁵⁰

Después, el propio Cambacérés pretendió la realización de otro proyecto, pero corrió la misma suerte que el anterior, y al parecer hubo un cuarto proyecto, esta vez por Jacqueminot, con igual destino que los anteriores.

Es así, que correspondió a Napoleón Bonaparte, realizar definitivamente la labor codificadora intentada desde los inicios de la Revolución.⁵¹

Napoleón Bonaparte, militar de 32 años que había ganado el rango de Primer Cónsul de Francia, por Decreto de 24 de thermidor del año VIII (13 de agosto de 1800), nombró una Comisión integrada por cuatro miembros, y él "... se mostró en las reuniones de la Comisión que preparó y redactó el proyecto de Código Civil como el verdadero jefe."⁵²

⁵⁰ Marcel Planol y Georges Ripert; Op. cit; p. 46.

⁵¹ Cfr; Roberto de Ruggiero; Op. cit.; p. 71.

⁵² Jorge Mario Magallón Ibarra; Op. cit; p. 71.

Los otros miembros de la Comisión eran: Tronchet, quién había sido uno de los abogados defensores de Luis XVI y en aquellos momentos se desempeñaba como Presidente del Tribunal o Corte de Casación; Maleville, Juez de Casación; Bigot de Preameneu, Procurador o Comisario General del Gobierno y Portalis, también Procurador o Comisario del Gobierno en el Presidio y según afirman, filósofo de la Comisión, que inspiró sus principales doctrinas.

Magallón Ibarra nos narra los trabajos de la Comisión y la posterior suerte del Código, es decir, su promulgación, en los términos que siguen: "El proyecto se preparó durante las sesiones que tuvieron un período de cuatro meses y sus discusiones se desarrollaron bajo la presidencia de Napoleón, quién así ejerció en el proyecto su influencia personal, que culminó con su promulgación. Sin embargo, al sobrevenir el remplazo de la república por el gobierno imperial, para situar al Código Civil en armonía con el nuevo orden de cosas, sufre diversas modificaciones de las que resulta una nueva edición decretada el 3 de septiembre de 1807. En este nuevo documento, no se encuentran más que pocas adiciones o supresiones y salvo la modificación especial resultante de la introducción de los mayorazgos, más bien se

encuentran cambios en palabras que en el fondo de las cosas. Los términos en que se refería al gobierno republicano, fueron reemplazados por la expresión correspondiente al nuevo régimen imperial. Así cónsul, república, nación, fueron substituídos por emperador, imperio, Estado. El Código Civil cambió así su nombre por el Código Napoleón."⁵³

En cuanto a la estructura dada al Código Napoleónico, hay que destacar que se compone de tres libros y un Título Preliminar, que contiene los artículos del 1 al 6, que versan sobre la publicación, los efectos y la aplicación de las leyes en el espacio y en el tiempo. El libro I se denomina "De las Personas" y comprende desde el artículo 1 al 515. En este libro se encuentran todas las disposiciones relativas al derecho de familia, con excepción de las sucesiones. El II, que va desde el artículo 516 hasta el 710 y se denomina "Los Bienes y de las diferentes modificaciones de la Propiedad"; y el III, a partir del artículo 517 y hasta el 2281 y bajo el rubro "De las diferentes maneras en que se adquiere la Propiedad", comprende, entre otras cuestiones, lo relativo al derecho sucesorio. Todos estos libros, a su vez, se dividen en títulos y dentro de estos, en capítulos y secciones.

⁵³ *Ibidem.*

Como se puede apreciar, el Código objeto de nuestro estudio, mantuvo unida, en un sólo cuerpo legal, la familia y el derecho civil, como si se tratara de la misma cosa, pero no cabe duda que en cuanto a la primera, estableció una "...amplia reglamentación..."⁵⁴ de importantísima trascendencia; sin embargo, si aparece separado por vez primera en la historia, las normas de orden procesal, pues en 1806 se promulgó el Código de Procedimiento Civil, que fue de obligatorio cumplimiento el 1ro. de marzo de 1807.

La promulgación de este Código adjetivo, provocó variados problemas al derecho francés, pues, en oportunidades, se estimaba que el Código Procesal por ser ley posterior, debía primar sobre el sustantivo, es decir, el civil, todo ello bajo el amparo de aquél secular principio de derecho de "ley posterior deroga la anterior", o al contrario, si debía regir el sustantivo sobre el procesal, atendiendo al principio, no menos importante, "la ley especial rige sobre la general".

⁵⁴ Julián Gutiérrez Fuentevilla; "Derecho Familiar"; Ed.UNACH; México; 1972; p. 66.

Desde luego, la labor codificadora de Napoleón Bonaparte, no se limitó a los cuerpos legales antes señalados, sino que a su haber, están los méritos de promulgar otras leyes y códigos, como resultan ser, a modo de ejemplo, el Código de Comercio de 1807, el Penal de 1811 y el de Instrucción Criminal, de igual fecha que el anterior, entre otros.

Ahora bien, no obstante todo ese flujo legislativo, fue para Napoleón el Código Civil su obra cumbre, lo que destaca Roberto de Ruggiero, cuando afirma: "Cual sea el valor de esta obra legislativa, de que con razón tanto se vanagloriaba Napoleón por la parte activa que había tomado en su preparación, son dignas de mención las palabras que pronunció en Santa Elena: Mi gloria no es haber ganado cuarenta batallas... lo que nada destruirá, lo que vivirá eternamente es mi Código Civil, son las actas del Consejo de Estado."⁵⁵

Por supuesto, el Código contiene, tal y como posteriormente afirma el profesor de la Universidad de Nápoles, "...virtudes y defectos, pero bastante más de las primeras que de los últimos por la claridad de la redacción, por la precisión y carácter

⁵⁵ Roberto de Ruggiero; Op. cit; p. 101.

general de sus normas, que evitan con cuidado todo particularismo excesivo, y son, por ello, susceptibles de ulterior desenvolvimiento por parte de la jurisprudencia, y, sobre todo, por su carácter marcadamente práctico que aborrece todo doctrinarismo..."⁵⁶

1.5.- El siglo XX. Derecho Civil y Derecho de Familia

Como explicamos anteriormente, el Código de Napoleón, por disímiles factores, alcanzó una autoridad tal que se expandió a lo largo de su imperio, y además, a partir de ahí, en otros países por la necesidad de unificar el derecho de sus distintas regiones, regidas unas por el derecho escrito y otras, por el consuetudinario, o por ambos derechos, integrado por una serie infinita de costumbres locales o generales, las cuales, aun a los juristas, resultaba difícil hallar la norma para aplicarla al caso concreto, lo que provocó la codificación de 1865 en Italia, y posteriormente, la del Imperio germánico; la austríaca de 1811, la sajona de 1863, "...y finalmente, el espíritu de imitación, y el buen resultado del Código francés introdujo a los demás Estados de

⁵⁶ Idem; p. 107.

Europa y América (sólo Inglaterra y los Estados Unidos han resistido hasta hoy) a adoptar Códigos nacionales de leyes."⁵⁷

Evidentemente, tratándose de un trabajo circunscrito a la República de Cuba, es elemental que abordemos como influyó aquél en nuestro país.

Ya hicimos referencia que Cuba, al igual que México, era colonia de España y, como se desprende, la metrópoli recibió de manera directa e incluso en lo que a su aplicación respecta, una influencia sin igual del Código Civil francés.

Sin embargo, en España se hubo de promulgar con apoyo en ese Código, un nuevo Código Civil, en fecha 11 de mayo de 1888, y se hizo extensivo a la Isla, por Real Decreto de 31 de julio de 1889, entrando en vigor el día 5 de noviembre del mismo año, vigencia ratificada por Proclama de 1ro. de enero de 1899 y por Orden Militar del gobierno interventor de los Estados Unidos de América, No. 148 de 13 de mayo de 1902.

⁵⁷ Roberto de Ruggiero; Op. cit; p. 103.

De modo que en el presente siglo, en Cuba, al igual que otros países que mantuvieron una legislación similar a la de España, el Derecho Civil y el Derecho Familiar, se mantuvieron unidos por un mismo texto legal y bajo la denominación del primero, siempre se le estimó.

Con el transcurso del tiempo, algunos países comenzaron a comprender la necesidad de compendiar en textos diferentes lo relativo a la familia, y por ejemplo, ya en 1917 en México se adoptó por vez primera una "Ley sobre Relaciones Familiares"; pero en el caso de Cuba, no ocurrió así, y no existe anterior a la promulgación de la Constitución de 1940, texto legal alguno que se pronuncie en tal sentido, sólo y por excepción, algunas normas aisladas que regulaban cuestiones específicas, como resultan ser, a modo de ejemplo la Ley sobre la capacidad de la mujer casada de 1917; el Decreto-Ley No. 206 de 10 de mayo de 1934, publicado en la Gaceta Oficial de la República del 11 del mismo mes y año, conocido como "Ley del Divorcio Vincular", que exclusivamente reguló el recíproco disenso y las causales para la disolución del vínculo matrimonial.

En lo que se contrae a la citada Constitución, en su Título Quinto, regulaba la Familia y la Cultura, y destinó a la primera, cuatro artículos.

Por supuesto, tanto la Ley de Divorcio de 1934, como la Constitución de 1940, modificaron muchos preceptos que contenía el Código Civil relacionado con la familia, y al triunfo de la Revolución en enero de 1959, un cómputo aproximado nos revela que de los 283 artículos del Código Civil dedicados a la familia, había 48 modificados, 19 expresamente derogados, uno adicionado y gran cantidad en desuso; se reservaban 42 al matrimonio, de los que modificaron 19 y 12 fueron derogados. Todo esto, sin incluir la ley que regula el divorcio ni la dictada sobre la capacidad de la mujer.

Ello hacía que al triunfo de la Revolución, existiera una dispersión en cuanto a la legislación familiar, que "...no ayudaba a proporcionar una visión unitaria de la problemática que por otra parte resultaba imposible de lograr en una sociedad que se

caracterizaba por la fragmentación y por la dificultad de la norma jurídica de resolver su contradicción en la realidad.”⁵⁸

Obviamente, esa proliferación de disposiciones, modificando el Código Civil en la parte correspondiente a la familia, reflejaba la necesidad de adecuar el derecho a la realidad, lo que “también puede constatarse en la jurisprudencia del período neocolonial y fundamentalmente en los primeros años de la Revolución.”⁵⁹

Todo lo anterior provocó, que por Ley No. 1289 de 14 de febrero de 1975, publicada en la Gaceta Oficial el día 15 del propio mes y año, se promulgara el Código de Familia, quedando en cuerpo legal separado del Civil, a partir de ese entonces, surgió el Derecho de Familia en la República de Cuba, con amparo legal independiente. Este Código de Familia quedó definitivamente consagrado tras la Constitución aprobada por el pueblo de Cuba, en referendun popular, el 24 de febrero de 1976.

⁵⁸ Marina Hart Dávalos; “Primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil”; Ed. MINJUS; Cuba; 1977; p. 7.

⁵⁹ *Ibidem*.

En lo que respecta al Código Civil de 1888, su vigencia se mantuvo hasta que la Asamblea Nacional del Poder Popular, por la Ley No. 59, publicada en la Gaceta Oficial el 15 de octubre de 1987, lo derogara por uno nuevo, que entró en vigor por mandato expreso de la misma norma en 1988, esto es, 100 años después que el Código Civil Español.

Luego entonces, en nuestro país, en el siglo XX y dentro de éste hasta el año 1975, el Derecho Civil y el Derecho de Familia, eran una misma cosa, y es en la última fecha expuesta, en que se deslindan en dos ramas jurídicas independientes.

CAPITULO II.- Derecho Procesal

2.1.-Generalidades

En el capítulo I, contemplamos aspectos relacionados con las normas procesales, así como su concepción dentro del derecho civil, del cual se desprendieron, ya que "...el derecho civil ha sido el manantial de donde han emanado otros derechos..."⁶⁰, entre ellos, el procesal.

Al adentrarnos en el estudio de la generalidad de ese derecho, nos vemos en la obligación de consignar algunos elementos, que permitan su comprensión.

Desde la época romana, las leyes estaban destinadas a la organización judicial, entre las que se encontraban las procesales, quedando establecidos determinados precedentes, aunque como crítica se le señala que "...fue un procedimiento pragmático y utilitario, un sistema con un contenido de derecho privado, o un sistema de derecho privado con revestimiento

⁶⁰ Jorge Mario Magallón Ibarra; Op. cit; p. 52.

procesal."⁶¹; y en la Edad Media, no obstante la escasa elaboración doctrinal y legislativa, concluimos en que, a pesar del avance lógico que para el desarrollo de la civilización trajo consigo, en lo concerniente a las normas procesales se mantuvieron dentro del campo del derecho civil.

Producto de la Revolución Francesa, comenzó un deslinde de tal normatividad; se separaron las procesales de las civiles y de familia, lográndose una mayor especialidad; se creó la Corte de Casación, cuyo objetivo esencial fue velar por la pureza en la aplicación de la ley y, más tarde, con Napoleón, la promulgación de un Código de Procedimiento Civil en 1806.

La palabra procedimiento, aparece en el lenguaje jurídico en el siglo XIX; anteriormente se utilizaba práctica, lo que no denotaba su específico alcance, función y contenido.

Sobre este cambio terminológico, el profesor uruguayo Eduardo J. Couture en su obra Fundamentos del Derecho Procesal Civil, refiere: "En el siglo XIX la voz procedimiento sustituye a práctica y el método, ya frecuentemente exegético, al estilo de los

⁶¹ Humberto Briseño Sierra; Op. cit; p. 48.

comentaristas de los textos napoleónicos, describe el proceso y examina el alcance de sus disposiciones. No se puede hablar de ciencia; pero comienza a advertirse una concepción plenaria de toda esta rama del derecho."⁶²

Desde luego, esa concepción plenaria alcanza su más alto grado de perfección en el presente siglo; se empieza a tratar como rama del derecho, de manera sistemática y coherente, y siendo ello así, podemos establecer una primera premisa: el derecho procesal tiene su origen en la época moderna.

De igual manera, estudiamos en los comienzos de nuestro trabajo, algún que otro significado del vocablo derecho, así como su etimología, acudiendo a diversos autores. Como también hubimos de expresar, ellos son múltiples, y a estas alturas no es ocioso, una vez realizadas las consideraciones históricas, señalar, "...que se pueda tomar en el sentido que le corresponde como rama de las ciencias de la cultura."⁶³, o en términos más filosóficos que jurídicos, "...como una forma de pensamiento social."⁶⁴

⁶² Ibidem.

⁶³ Ídem; p. 8.

⁶⁴ Conferencia impartida por la Dra Thalía Fung Riverón en el Instituto de Filosofía de la Academia de Ciencias de Cuba, Cuba; 1986. Notas tomadas por el autor.

Específicamente, respecto a proceso, hemos expresado, que la palabra sustituyó a práctica, sin otro significado; pero, en cuanto a éste, el profesor italiano Francesco Carnelutti, en su libro *Instituciones del Proceso Civil*, lo define como "...un conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de las personas interesadas con una o más personas desinteresadas."⁶⁵

Con similar criterio, para Piero Calamandrei, circunscribiéndolo a la esfera judicial, es "... el conjunto de actos que se suceden en un lapso más o menos largo, el conjunto de los cuales, considerados como una unidad con vista del fin que los reúne, constituye empíricamente el proceso..."⁶⁶; y para Giuseppe Chiovenda, "... es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria."⁶⁷

⁶⁵ Francesco Carnelutti; "Instituciones del Proceso Civil"; tr. Santiago Sentis Melendo; T.I; Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América; Argentina; 1956; pp. 21-22.

⁶⁶ Piero Calamandrei; "Derecho Procesal Civil"; tr. Enrique Figueroa Alfonso; Ed. Pedagógica Iberoamericana; México; 1996; pp. 68-69.

⁶⁷ Giuseppe Chiovenda; "Curso de Derecho Procesal Civil"; tr. Enrique Figueroa Alfonso; Ed. Pedagógica Iberoamericana; México; 1995; p. 19.

Los tres conceptos transcritos tienen un denominador común: el conjunto de actos de orden jurídico, para una misma finalidad; segunda premisa que dejamos sentada.

Es probable que el derecho, objetivamente estimado como el conjunto de normas trazadas por el Estado para garantizar la realización de la justicia, al brindar al individuo los medios para combatir los actos injustos o ilícitos, que resultan contrarios en cada sistema normativo a la convivencia o cooperación social,⁶⁸ dé lugar a una división más particular del mismo, y por ello encontramos lo admitido en la práctica como derecho sustantivo y derecho adjetivo.

El primero, atribuye a cada persona los medios para hacer valer sus derechos, tiene valor propio, es la regla primordial sin lo cual no habría justo ni injusto; en tanto el segundo, tiene por objetivo esencial que, mediante reglas, se cumpla aquél.

Entonces, si el derecho adjetivo tiene por finalidad que se cumpla el sustantivo, el cual declara lo justo y debido, podemos afirmar: el derecho procesal es el mismo que el adjetivo, esto es, el

⁶⁸ Cfr; Mario Alvarez Ledesma; "Introducción al Derecho"; Ed. Mc Graw Hill; México; 1995; pp. 229 y ss.

derecho para el derecho, tercera premisa de nuestras generalidades, que hace factible en una primera intención, definirlo en los siguientes términos:

Derecho Procesal o adjetivo: rama del derecho que regula el conjunto de actos jurídicos que tienen como fin la realización de lo que el derecho sustantivo declara como justo y debido, o como afirma Chiovenda, "... la actuación de la voluntad concreta de la ley por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria."⁶⁹; todo lo cual, nos permite adentrarnos en su clasificación.

2.2.- Clasificación

La doctrina se ha encargado, en la práctica, de avalar el carácter de ciencia que posee el derecho procesal; para establecer distintos criterios de clasificación, yendo de lo simple a lo complejo.

⁶⁹ Giuseppe Chiovenda; Op. cit; p. 19.

Esos criterios encuentran su apoyo en la propia legislación, sin lo cual, como lo demuestra la historia, no hubiese sido posible concebir el derecho procesal.

La primera clasificación, lo divide en proceso oral y escrito; pero el profesor Cipriano Gómez Lara la considera errónea, porque, más que hablar de proceso oral o escrito, debería estimarse como procesos con tendencia a la oralidad o hacia la escritura, "...porque de un proceso puramente oral solamente tendría sentido hablar dentro de un proceso histórico..."⁷⁰

En efecto, en los sistemas jurídicos actuales, en puridad, es difícil encontrar un proceso enteramente oral o exclusivamente escrito, pues la realidad muestra una mezcla de ambos, al punto que nos permitimos acotar dentro de esta clasificación de tendencia oral o escrita, una tercera, de combinación de ambas, es decir, mixta.

Ahora bien, en cuanto al oral, la doctrina describe sus características; la concentración de actuaciones; la inmediatez física del juez con los demás sujetos procesales; la restricción de los

⁷⁰ Cipriano Gómez Lara; "Derecho Procesal Civil"; quinta edición; Ed. Haría; México; 1991; p. 5.

medios de impugnación; y, la apreciación de la prueba por prudente arbitrio, llamada razonada o de la sana crítica, las que permiten en cierta medida, establecer un patrón diferenciador de los demás sistemas, aunque es bueno aclarar de antemano, que muchas de ellas, no son exclusivas de este tipo de proceso.

La primera característica versa sobre un principio del derecho procesal que posee una relevancia extraordinaria, porque de él parte otro, el de la economía procesal, que significa lograr el máximo de actividad procesal, con un esfuerzo mínimo, obteniéndose un resultado adecuado; esto es, "...en el menor tiempo y con el menor esfuerzo posible logremos los mejores resultados..."⁷¹. Por ello, la concentración de las actuaciones como la fusión de varios actos en uno, permite una brevedad tal, que coadyuva a una rápida administración de justicia.

La relativa a la inmediatez del juez estriba, en esencia, en el contacto directo del juzgador con las partes del proceso, teniendo aquél la obligación de presenciar todos los actos que en el mismo se produzcan, dirigiendo el debate.

⁷¹ Cipriano Gómez Lara; Op. cit; p. 7.

La tercera característica tiene por objeto, evitar que las partes, mediante el uso indiscriminado de los medios de impugnación, retarden indebidamente el normal desenvolvimiento del proceso, "...se entorpezca, se obstaculice la buena marcha ..."72, pues en la práctica, lo utilizan desmesuradamente con franco olvido de la necesidad de una pronta justicia, sin que ello signifique, la imposibilidad de su correcto uso cuando sea menester.

La última, establecida por Mauro Cappelletti en su obra, *La oralidad y las pruebas en el proceso*, descansa en el hecho de que el juzgador debe, en su sentencia, valorar de manera crítica, la eficacia de los medios de prueba propuestos por las partes y admitidos por el tribunal, y oportunamente desahogados, que son, en definitiva, los elementos que lo han de llevar a su convicción73; valoración de la prueba, que ha de corresponderse en esencia, con la capacidad del juzgador, y desborda los propios límites del principio.

Analizando la tendencia escrita, por la cual, a través de signos gráficos e inequívocos se comunican las partes y el tribunal

⁷² *Idem*; p. 9.

⁷³ Cfr; Mauro Cappelletti; " *La oralidad y las pruebas en el proceso*"; tr. Sentis Melendo; Ed. EJEA; Argentina; 1972; pp. 103 y ss.

o, en su caso, el juzgador, advertimos, que si bien es cierto encontramos entre sus características más notables con excepción de la segunda, todas las demás expuestas en la tendencia oral, no lo es menos, que se trata de un proceso dilatado, demorado, porque, aun cuando la economía procesal puede jugar en este tipo de proceso un papel muy importante, hay actos que dada su naturaleza, son imposibles de agilizar, teniendo en cuenta además que, en muchas oportunidades, la escritura misma se lo impide.

Por último, la tendencia mixta, se basa en la combinación de la oralidad y la escritura, en la que están insertos la generalidad de las características antes aludidas. Es muy utilizada en los sistemas jurídicos actuales y, a modo de ejemplo, señalamos nuestra Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, que combina, en la tramitación de los asuntos sometidos a la consideración de los tribunales, la escritura y la oralidad, aunque es bueno aclarar, que más la primera, que la segunda.

Otra clasificación divide al derecho procesal, en inquisitorial, dispositivo y publicista.

El primero, tiene como peculiaridad esencial, romper la triangularidad de la relación procesal, el juez goza de poderes tan amplios que desnaturaliza, en nuestro criterio, al proceso mismo, lo convierte en juez y parte; en tanto, el segundo, tiene su génesis al surgir el Estado liberal, siendo diametralmente opuesto al inquisitorial, que limitó al juzgador, en sus “amplios poderes”, hasta convertirlo casi en mero expectador, en juez pasivo.

El publicista, en cierta medida procuró “...atenuar las desigualdades a que había conducido el liberalismo del proceso dispositivo.”⁷⁴ En éste, el juzgador readquiere algunos poderes perdidos, pero no en la misma medida de antes. Su función esencial a partir de entonces, además de llegar al cabal conocimiento de la verdad y hacer justicia, es velar por la igualdad de las partes en el debate, colocándose en una posición activa.

El papel del juez es uno de los elementos más importantes para lograr una verdadera justicia, porque de su actuación depende, en gran medida, llegar al conocimiento de la verdad objetiva, es decir, a la verdad material de los hechos controvertidos.

⁷⁴ Cipriano Gómez Lara; Op. cit; p. 10.

La tercera clasificación parte de la división de los procesos con unidad de vista y los preclusivos. El de unidad, supone la realización de varios actos procesales en uno sólo, amparados en el principio de la economía procesal, lo que implica una justicia más pronta, pero, menos efectiva; y el preclusivo, apoyado en el principio de igual nombre y diametralmente opuesto al de unidad de vista, requiere varios actos procesales de manera sucesiva, pero dispersa en el tiempo; v.gr.: primero la presentación de la demanda, después, la contestación, hasta la sentencia, como acto propio del órgano jurisdiccional.

Sostenida por algunos teóricos, la cuarta clasificación divide los procesos en singular y universal; el primero, versa sobre un bien determinado o un derecho, es decir, no tiene implícita la totalidad de un patrimonio, "...como el conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona..."⁷⁵ que corresponde, en todo caso, al denominado proceso o juicio universal, como también se le llama.

⁷⁵ Marcel Planiol y Georges Ripert; "Derecho Civil"; Ed. Pedagógica Iberoamericana; México; 1996; p. 355.

Existe una quinta clasificación, en atención a las instancias judiciales. Surgen los procesos uni-instanciales, que no admiten la interpelación o recurso mediante la utilización de algún medio de impugnación legal para que la resolución dictada, sea revisada por un órgano superior, y, los que sí lo permiten, se llaman procesos bi-instanciales.

Otra clasificación resulta común a los procesos, acciones y sentencias. En esta oportunidad nos circunscribimos a los primeros, que los diferencia en procesos de conocimientos y ejecutivos. Los últimos, contienen una condena, es decir, una orden para que el obligado, realice determinada conducta, o ejecute algo⁷⁶, los otros, los anteceden y sólo sanciona un hecho preexistente.

Finalmente, citamos la clasificación que subdivide los procesos en atención a la materia, porque, además de su importancia, guarda estrecha relación con el tópico que abordaremos posteriormente. Es la clasificación de los procesos en materia civil, mercantil y familiar, ajustándonos a estos tipos de derecho sustantivo, comprendidos en el campo del derecho privado;

⁷⁶ Cfr; Giuseppe Chiovenda; Op. cit; pp. 99 y ss.

no obstante nuestro criterio personal, por los institutos que abarca, el derecho familiar contiene aspectos de interés y orden público.

Por esa razón, y sólo a los fines didácticos, por el momento lo mantenemos dentro del campo del derecho privado, conservando la distinción entre las normas procesales y sustantivas, sobre la base de que las de orden procesal sirven para conducir el derecho y las otras, declaradas en resoluciones judiciales, para resolver el litigio, y es por ello la distinción entre los procesos en materia civil, mercantil y familiar, o como ocurre en el derecho público, entre los procesos penales o administrativos, en relación con el procesal.⁷⁷

2.3.-Derecho Procesal Civil

En las generalidades, aludimos a algún que otro concepto del derecho procesal, y con posterioridad, al exponer sus distintas clasificaciones, distinguimos en la última, al proceso civil

⁷⁷ Cfr; Humberto Briseño Sierra; "Derecho Procesal"; segunda edición; Ed. HARLA; México; 1995; pp. 14 y ss.

del mercantil y del familiar, en atención a la materia al que va a servir de cause.

Como corolario de lo expuesto, ofreceremos algunos conceptos sobre el derecho procesal civil, para subrayar su carácter científico, que, como ya lo expresamos, constituye una ciencia más particular, dentro del derecho.

Para Piero Calamandrei, quién establece una distinción entre el derecho sustancial y el procesal en la misma magnitud, que lo destaca Briseño Sierra, el procesal civil es "...el medio preordenado al fin de restablecer fuera del proceso la observancia del derecho sustancial."⁷⁸

Por esa razón, para este autor, el derecho procesal tiene un carácter instrumental y sirve a un fin, criterio que se corresponde con los anteriormente citados.

Por su parte, el distinguido profesor Cipriano Gómez Lara deriva proceso de juicio, y afirma ser "...un verdadero juicio lógico, que se actualiza en el momento de dictar la sentencia, en

⁷⁸ Piero Calamandrei; Op. cit; p. 84.

cuya estructura están presentes la premisa mayor, la premisa menor y la conclusión. La premisa mayor es la norma general, la premisa menor es el caso concreto sometido a la consideración del tribunal y, la conclusión, es el sentido de la sentencia.⁷⁹

En esta tesis, el fin último del proceso entendido en la esfera civil, es la conclusión, la sentencia.

Según Alfredo Rocco, quién fuera profesor de la Universidad de Roma, el proceso civil, "...es, por sí, un concepto general que designa el momento dinámico de cualquier fenómeno en su devenir. En nuestro caso, proceso es, pues, la función jurisdiccional civil en su ejercicio; el desarrollo de la función jurisdiccional civil."⁸⁰

Entonces, si para Calamandrei lo fundamental del proceso, es un medio preordenado para restablecer fuera del mismo, la observancia del derecho sustancial; y para Gómez Lara un juicio lógico, que mediante silogismos, nos conduce a una conclusión que es la sentencia; y para Rocco, la función

⁷⁹ Cipriano Gómez Lara; *Op. cit.*; pp. 3-4.

⁸⁰ Alfredo Rocco; "La Sentencia Civil"; tr. Mariano Ovejero; Ed. Stylo; México; 1944; p. 37.

jurisdiccional, en su ejercicio, ¿no nos encontramos entonces frente a criterios controvertidos, acerca de la definición del derecho procesal, como resulta ser sí lo importante es el proceso en sí mismo o su finalidad?, vale decir, ¿la sentencia o el derecho sustantivo sobre el que recae su fin trascendente?

Si bien es cierto, concordamos en lo esencial con tales conceptos, no lo es menos el hecho de que el fin del proceso es tan importante como el proceso mismo, y que aquél, en cierta medida, nos proporciona su esencia y naturaleza, pero que no nos conduce a la solución de la cuestionada polémica, de si su fin es el cumplimiento del derecho objetivo, o la tutela de los derechos subjetivos, erróneamente planteado, por los procesalistas.

¿Por qué? Porque en el proceso civil son varios los sujetos que en él intervienen, como son el Estado, representado por el organismo jurisdiccional, y las partes. En su consecuencia, es lógico, natural, que todos se propongan fines distintos, por lo que no hay un fin del proceso, sino, fines de los sujetos procesales.

Si esto es así, queda clara la diferencia de las dos concepciones atendiendo a su fin (objetiva y subjetiva), que depende

del diverso punto de vista que se le mire; para el Estado siempre será la actuación del derecho objetivo, el restablecimiento de la legalidad quebrantada, en tanto para las partes, la tutela de sus derechos subjetivos.

Ahora, antes de sostener nuestro concepto de derecho procesal civil, apoyándonos en la teoría que concibe al derecho desde tres dimensiones, la fáctica, la normativa y la axiológica, conocida como Teoría Tridimensional del Derecho; planteada por el brasileño Miguel Reale y enriquecida por Recaséns Siches, abordaremos algunos aspectos de la misma para su comprensión.

Miguel Reale apunta: "El simple hecho de que existan varias acepciones de la palabra Derecho suscita una pregunta que aún hoy continúa formulándose: estos significados fundamentales que a través del tiempo han sido atribuidos a una misma palabra ¿ acaso no revelan que hay aspectos o elementos complementarios en la experiencia jurídica? Un análisis en profundidad viene a demostrar que tales significados corresponden a tres aspectos básicos, discernibles en cualquier momento de la vida jurídica: un aspecto normativo (el Derecho como ordenamiento); un aspecto fáctico (el Derecho como hecho, o en su efectividad social e

histórica) y un aspecto axiológico (el Derecho como valor de justicia)."⁸¹

En ese mismo tenor, pero con una elaboración más acabada, el mexicano Recaséns Siches especifica: "Algunos pensadores han puesto en duda que pueda darse un concepto unívoco del Derecho, por causas de que cabe definirlo desde tres puntos de vista diferentes. Desde un cierto punto de vista, el Derecho aparece conectado con el mundo ideal de los valores o de la razón. Desde otro punto de vista, el Derecho constituye un sistema de normas positivas elaboradas por los hombres y dotadas de una específica validez que le otorga la comunidad política, es decir, el Estado. Desde un tercer punto de vista el Derecho aparece como una determinada realidad social que produce unos especiales modos colectivos de conducta."⁸²

En síntesis, el concepto de derecho en atención a lo expuesto por los autores citados, puede ser analizado desde tres ópticas: la fáctica, que observa el fenómeno jurídico como un hecho, que se presenta en la realidad social; la normativa, que reconoce

⁸¹ Miguel Reale; "Introducción al Derecho"; Ed. Ediciones Pirámides, S.A.; España; 1989; p. 69.

⁸² Luis Recaséns Siches; "Tratado General de Filosofía del Derecho"; Ed. Porrúa S.A.; México; 1986; p. 157.

ese mismo fenómeno, circunscrito a la cuestión jurídica, esto es, a la norma o al conjunto de normas, cuyo objetivo esencial es describir las conductas sociales que las personas deben adoptar y, por supuesto, su característica más acusada, la coacción; y la axiológica, nos proporciona la idea del derecho como valor, como portador y garantizador de valores superiores.

Sobre el valor práctico de la teoría tridimensional, Mario Alvarez Ledesma explica, que "...nos ofrece una visión más rica del fenómeno jurídico y, sobre todo, nos ayuda a evitar la confusión de los planos en que el Derecho se expresa, dando lugar a disputas inútiles cuyo origen no es otro que la unilateralidad desde la que intenta definirse el Derecho."⁸³, es decir, como afirma el propio Recaséns Siches, "El equívoco obedece a que se aplica el mismo vocablo a cosas heterogéneas o, mejor dicho, a que se pretende obtener, relativamente a objetos de conocimiento distintos entre sí, una definición común."⁸⁴

Expuesta grosso modo, la concepción tridimensional del derecho, resulta oportuno reformular, en atención a la misma,

⁸³ Mario Alvarez Ledesma; Op. cit; p. 57.

⁸⁴ Luis Recaséns Siches; Op. cit; p. 158.

nuestro concepto, diferenciando, de conformidad con aquélla, los planos en que la concebimos.

El Derecho Procesal Civil: es el conjunto de normas jurídicas creadas por el Estado, que imponen la conducta que han de observar los órganos jurisdiccionales y las partes, cuando estas últimas solicitan la tutela de sus derechos subjetivos ya civiles, ya de familia a los primeros, para asegurar los parámetros adjetivos que cada sociedad estima como justos.

Análisis de nuestra definición: "el conjunto de normas jurídicas creadas por el Estado", coloca el concepto en el plano fáctico, como hecho que, aunque creado, se presenta en sociedad, es lo cotidiano, es un acontecer en la realidad social.

Cuando enfatizamos "que imponen la conducta que han de observar", obviamente demuestra que se trata de un instrumento que regula determinadas conductas que han de adoptar los órganos jurisdiccionales y las partes, y el incumplimiento de lo cual, trae aparejado una consecuencia jurídica en la que está inserta la coacción, porque como se conoce, el lenguaje del derecho es imperativo.

Finalmente, cuando sostiene "asegurar los parámetros que cada sociedad estima como justos", nos proporciona la idea, que el derecho procesal civil, es un valor por el mero hecho de existir y asegurar en su ámbito de acción el orden, la seguridad y la igualdad jurídica como valores instrumentales, además de ser portador de un valor superior, el de la justicia, en la que están inmersos valores como la vida, el bien común y otros.

Reformulado nuestro concepto de Derecho Procesal Civil en atención a la teoría tridimensional del derecho, corresponde realizar consideraciones críticas a los expresados por algunos autores con anterioridad, abarcando, tanto las de derecho procesal desde el punto de vista genérico, como del civil de manera específica.

Comenzando por derecho procesal, Francesco Carnelutti lo definió como "...un conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de las personas interesadas con una o mas personas desinteresadas". Esto denota que lo hace desde una perspectiva eminentemente normativa, del que se

deduce su impositividad inexorable o coercitividad, teniendo en cuenta sólo eso, pues la eficacia de esos mandatos jurídicos se respalda con la fuerza institucionalizada como poder político, en virtud del cual es posible exigir coactivamente su cumplimiento, en aquellos casos en que las normas jurídicas no sean asumidas voluntariamente por los miembros del grupo social. Olvida este autor, las dimensiones fáctica y axiológica.

Cuando Piero Calamandrei afirma que es "...el conjunto de actos que se suceden en un lapso más o menos largo, el conjunto de los cuales, considerados como una unidad con vista del fin que los reúne...", lo hace desde un plano normativo y axiológico. Normativo, por tener en cuenta que los actos jurídicos producen consecuencias de derecho, para lo cual es necesario que exista la norma jurídica que valide tal conducta, que prevea las consecuencias normativas buscadas; y axiológico, por estimar el fin como valor de la justicia misma.

El profesor de Florencia, Giuseppe Chiovenda, al conceptuarlo como "...conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria", incurre en el mismo error

de Calamandrei, al soslayar el ámbito fáctico del derecho procesal, y sólo subraya el normativo y el axiológico.

Y en relación con los conceptos de derecho procesal civil, el propio Calamandrei, al definirlo como "...el medio preordenado al fin de restablecer fuera del proceso la observancia del derecho sustancial", continúa expresándose en el plano normativo y axiológico, cuestión distinta a la que ocurre con Gómez Lara, que cuando refiere "norma" y "caso concreto", exclusivamente conserva una posición fáctica y normativa, pues sentencia, no es valor, aunque de su contenido pueda derivarse la justicia de manera estimativa en la práctica.

Hechas estas consideraciones finales, corresponde analizar de conformidad con nuestro sumario, la concepción del derecho procesal civil y del derecho familiar en nuestro país.

CAPÍTULO III.- El Código de Familia de 1975 y la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral

3.1.- Código de Familia de 1975

Inicialmente, examinamos la situación de Cuba en relación con la normatividad referida a la familia antes del triunfo de la Revolución, sin más detalle que su simple enunciado; ahora, al analizar el Código de Familia de 1975, debemos abordar con mayor profundidad, el contenido de algunas de aquellas normas.

El abrogado Código Civil de 1888, en el Título IV, bajo el rubro "Del Matrimonio", en su artículo 42 establecía:

"Artículo 42.- El matrimonio es un contrato civil, y sólo producirá efectos legales cuando se celebre en la forma establecida en este Código."⁸⁵

Lo primero que salta a la vista, es el carácter contractual del matrimonio; sin embargo, no regía el principio de la autonomía de la voluntad que tipifica los actos de esta naturaleza, en cuanto a

⁸⁵ Mariano Sánchez Roca; "Leyes Civiles y su jurisprudencia"; Vol. I; Ed. Lex; Cuba; 1955; p. 225.

la libertad de producción de efectos jurídicos queridos por las partes. Las consecuencias del contrato matrimonial estaban estrictamente reguladas por la ley; la libertad de contratación quedaba circunscrita a la expresión de la voluntad de los contrayentes al acto de la concertación y a la libertad de elección del régimen económico del matrimonio, que presentaba dos formas: las capitulaciones matrimoniales y la sociedad legal de gananciales.

Las capitulaciones matrimoniales o separación de bienes, como también se le conocía, fue de hecho y de derecho una excepción. Salvo pacto en contrario, únicamente valedero si se celebraba con ocasión de la firma del contrato de matrimonio, la vida económica se regía por el segundo de dichos sistemas, que a su vez, remitía a las reglas del contrato de sociedad civil.

Sobre este particular, la Dra. Marina Hart Dávalos dice: “Así, por regla general, con el matrimonio surgía para el derecho imperante, una persona jurídica distinta de la del marido y la mujer: la sociedad legal de gananciales, de la que aquél era su administrador”⁶⁶; y agrega la jurista: “No obstante haber declarado la Constitución de 1940 la igualdad por razón de sexo, la mujer

⁶⁶ Marina Hart Dávalos, Op. cit; p. 25.

continuó en situación de subordinación y, por ende, de discriminación en la administración de la sociedad legal de gananciales hasta 1950, en que se dictó una ley complementaria del precepto constitucional. En dicha ley se dispuso que la administración de la sociedad de gananciales correspondía a los cónyuges sin distinción entre ellos. La práctica jurídica posterior convirtió los derechos emanados de dicha legislación en preceptos inoperantes.⁸⁷, lo que no es correcto, habida cuenta que no tiene sentido promulgar una norma que carezca de aplicabilidad por razones prácticas.

En cuanto a la liquidación de la sociedad legal de gananciales, los bienes se dividían por mitad entre los cónyuges, siguiendo las reglas comunes de la disolución de cualquier contrato de sociedad.

Otra institución importante que recogía el Código Civil, fueron las relaciones paterno-filiales, que habían permanecido intactas desde 1888, hasta que por demandas populares, en el período de la Asamblea Constituyente de 1940, al promulgarse el texto Constitucional, hicieron suprimir las injusticias que

⁸⁷ Ibidem.

representaban la enorme diferencia existente entre los hijos de matrimonio y los extramatrimoniales, y las distinciones dentro de esta última categoría, en atención a si habían sido procreados por personas aptas para contraer matrimonio, lo que aparece en cierta medida en el artículo 44 de la citada Constitución, que en su segundo párrafo preceptuaba:

“Artículo 44.- . . .

Los hijos nacidos fuera del matrimonio de persona que al tiempo de la concepción estuviere en aptitud de contraerlo, tienen los mismos deberes y derechos que se señalan en el párrafo anterior, salvo lo que la Ley prescribe en cuanto a la herencia. A este efecto tendrán iguales derechos los habidos fuera del matrimonio por persona casada cuando ésta los reconociere o cuando recayere sentencia declarando la filiación ...”⁸⁸

Este artículo, borró la ominosa calificación de los hijos legítimos, legitimados, naturales e ilegítimos, en las inscripciones de nacimiento, subsistiendo las diferencias entre familia legítima y extramatrimonial, al punto, de que para aquél derecho, la misma

⁸⁸ Cfr; Mariano Sánchez Roca; Op. cit; p. 20.

estaba integrada por los cónyuges, denominación reservada de manera exclusiva para los miembros de una relación heterosexual, existente entre quienes hubieran suscrito contrato matrimonial y para los hijos habidos de esa unión, únicos que disfrutaban de protección legal plena, porque, existía una total abstención en cuanto a la regulación del llamado concubinato, al que no reconocía otra trascendencia jurídica que generar limitadas obligaciones de orden económico y paterno-filiales; y si bien la Constitución de la República de Cuba de 1940 produjo determinadas modificaciones que fueron avances indiscutibles, no dispuso la igualdad absoluta entre éstos y los nacidos dentro del matrimonio, toda vez que mantuvo una desigualdad en relación con la herencia, tal y como aparecen en el párrafo transcrito del artículo 44.

A la patria potestad, el Código Civil le reservó 15 artículos para su regulación. Entre ellos, el 154, disponía que la patria potestad, la disfrutaba la madre sólo en defecto del padre. Esta norma fue totalmente modificada por la Ley sobre la capacidad de la mujer casada de 1917, que la confirió a ambos padres; los artículos 155 y 156, que normaban su ejercicio en cinco incisos y consistía en el deber de dar alimentos a los hijos; el de tenerlos en su compañía; el de educarlos e instruirlos de acuerdo a su fortuna;

la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente; y por último, la facultad de los padres de pedir auxilio a la autoridad gubernativa en apoyo de la suya propia.

Otros artículos regulaban la administración de los bienes de los hijos; y cuatro, agrupados en el Capítulo IV del Título VII, trataban la forma de acabarse la patria potestad, contemplando las siguientes causas: muerte de los padres o del hijo; emancipación; adopción del hijo; por sentencia firme en causa criminal; o por sentencia firme en pleito de divorcio.

Es criticable, que aun cuando el Código Civil estableció la suspensión del ejercicio de la patria potestad, guardaba silencio en cuanto a la posibilidad de recuperarla.

De lo expuesto, se desprende que el peso de la institución recaía en su contenido económico, reflejado éste, en el número de artículos que se reservaba a esta cuestión.

En cuanto al divorcio, regulado como expresamos por el Decreto-Ley N° 206 de 10 de mayo de 1934, estipulaba que podía ser interpuesto mediante demanda, por el cónyuge inocente o por el

no culpable, entendiéndose por el primero, el hecho de "... no haber tenido participación en la causa de divorcio"⁸⁹, y por el segundo, cuando el cónyuge, no obstante tener faltas, la ley no las contemplaba como tal, regulando 18 causales, que eran:

"1. El adulterio.

2. Cualquier acto del marido que tienda a prostituir a su mujer, o cualquier cónyuge para corromper al otro, o cualquier acto de los cónyuges para corromper o prostituir a los hijos de cualquiera de ellos, o la coparticipación o provecho en su corrupción o prostitución.

3. La injuria grave de obra.

4. Las injurias graves y reiteradas de palabras.

5. La comisión después del matrimonio de un delito grave, en grado consumado o frustrado, y en concepto de autor o cómplice, siempre que hubiera impuesto al culpable cualquier pena perpetua, excepto la de inhabilitación o de cadena, presidio o prisión mayor en su grado máximo.

⁸⁹ Andrés María Lazcano y Mazón; "Comentarios a la Ley de Divorcio Vincular"; Ed. Selecta; Cuba; 1956; p. 10.

6. La comisión de un delito grave, en grado consumado o imperfecto, y en concepto de autor o cómplice, contra la persona del otro cónyuge o de los hijos de cualquiera de ellos, siempre que hubiere quedado firme la sentencia condenatoria.
7. La ebriedad consuetudinaria.
8. El vicio inveterado del juego.
9. El abandono voluntario, sin interrupción, del hogar por más de seis meses.
10. La falta de cumplimiento voluntaria y reiterada de cualquiera de los cónyuges en el sostenimiento o en el mantenimiento del hogar.
11. El transcurso de seis meses después de la declaración judicial de ausencia sin haberse tenido noticias del cónyuge ausente.
12. La enfermedad contagiosa de origen sexual, siempre que haya sido contraída en actos sexuales.
13. La separación de los cónyuges durante más de seis meses por ruptura de la vida conyugal en común o por negarse cualquiera de ellos a continuarla.
14. La locura crónica, después de dos años del auto o de la sentencia firme que la declare.

15. La discapacidad o incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges, o las reiteradas desavenencias entre los mismos, de manera que no sea normal la vida conyugal.

16. Cualquier vicio o falta de moralidad que perjudique la honra, el crédito o la fama de uno de los cónyuges.

17. El vicio inveterado de las drogas heroicas, de los productos estupefacientes o de cualquier otra sustancia análoga.

18. La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges.”⁹⁰

Tales causales, para que surtiera los efectos legales el divorcio, tenían que ser probadas ante tribunal competente, regulando, de igual manera, el propio cuerpo legal, otra modalidad de divorcio, denominado recíproco disenso, en el que no había contienda y mucho menos controversia, ya que ambos consortes perseguían, al unísono, la disolución del vínculo matrimonial, por concurrir en su decisión la libérrima voluntad de querer dar por finiquitado su matrimonio.

⁹⁰ Idem; pp. 3 y ss.

Por otra parte, un análisis de esas dieciocho incisos, conocidos por la doctrina y la jurisprudencia de la época como causales, y causas de divorcio por la legislación, nos revela que en realidad, eran más, por la razón de que en muchas de ellas aparecen compilados varios supuestos de hecho, como se puede apreciar a modo de ejemplo, en la número quince, que trata sobre discapacidad, o incompatibilidad, o de reiteradas desavenencias, es decir, en una misma causal aparecen regulados tres supuesto distintos.

Con excepción del divorcio que fue separado en 1934 del Código Civil, por lo aquí visto, la norma jurídica que regía la familia en nuestro país, se encontraba regulada como una institución más del derecho civil o privado, junto con la propiedad, la compraventa, la hipoteca, la prenda, las servidumbres, etc.

Lo anterior originó, que al no trascender a la realidad social las normas referidas a la familia, al triunfar la Revolución en 1959, una vez que el nuevo Estado se instauró en el poder y llevó a efecto la institucionalización del país,- motivo fundamental de la demora - hizo que su Consejo de Ministros, por Ley N° 1289 de 14 de febrero de 1975, promulgara el Código de Familia.

El Código de Familia cubano, recoge la realidad social existente, al conceder igual tratamiento a las personas unidas en matrimonio formalizado, que a las uniones que no han cumplido con el trámite de la formalización legal. Ahora bien, este tipo de unión puede ser reconocida mediante sentencia judicial, de carácter declarativo, que posee efectos retroactivos; y no existe diferencia alguna en cuanto a los derechos y obligaciones con los hijos habidos de cualesquiera de esos matrimonios.

Del tercero de los Por Cuantos del Código, se evidencia claramente el carácter e importancia de esta institución en nuestra sociedad. al sostener que "... la familia parte de la consideración fundamental de que constituye una entidad en la que están presentes e íntimamente entrelazados el interés social y el interés personal, puesto que, en tanto célula elemental de la sociedad, contribuye a su desarrollo y cumple importantes funciones en la formación de las nuevas generaciones y, en cuanto a centro de relaciones de la vida en común de mujer y hombre, entre éstos y sus hijos y de todos sus parientes, satisface hondos intereses humanos, afectivos y sociales, de la persona."⁹¹

⁹¹ "Código de Familia"; Publicación de Legislaciones; Vol. VI; Ed. MINJUS; Cuba; 1975; p. 6.

Como se puede constatar, el Por Cuanto transcrito otorga a la familia un papel más relevante en la sociedad, y ese carácter eminentemente social, fue el que determinó que la normación de la familia fuera sustraída del Código Civil y regulada en un código especial, sin tradición entre nosotros, con apego a la realidad.

En contraposición a lo dispuesto en el viejo Código Civil, el artículo 2 del Código de Familia define al matrimonio como "una unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello a fin de hacer vida en común."⁹²

En esta norma, de elevado sentido humano, encontramos dos elementos que constituyen el contenido de la institución: la voluntariedad en la unión del hombre y la mujer aptos, y la convivencia.

En lo que respecta a su formalización, el matrimonio se efectúa por un acto solemne, según preceptúa el artículo 16, que debe analizarse en relación al 19, el cual establece la posibilidad de

⁹² Idem; p.10

retrotraer las consecuencias en el orden legal, a la fecha en que los cónyuges declaren como de inicio de la unión.

Examinado el último artículo en relación con el párrafo segundo del artículo 2 que dice: "El matrimonio sólo producirá efectos legales cuando se formalice o se reconozca de acuerdo con las normas establecidas en este Código"⁹³, constatamos que la formalización o el reconocimiento judicial, tienen trascendencia exclusivamente en lo que respecta a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes y a la herencia. Es decir, una prueba de que el elemento formal en el matrimonio tiene como efecto único, el carácter económico, pero éste posee un valor secundario, sólo en caso de extinción de la unión, adquiere importancia la probanza del estado conyugal.

La licitud del matrimonio no formalizado, determina que ese acto sea enteramente libre. No existe compulsión social alguna por el similar status que la ley le concede a ambas formas de matrimonio. Es, en defecto de la voluntariedad de uno de los cónyuges, bien por causa de muerte o por el incumplimiento de los deberes que la unión conlleva, que el Código de Familia ampara al

⁹³ Ibidem.

otro miembro mediante el reconocimiento por sentencia judicial de la existencia de la unión.

El artículo 18 del Código, establece como requisitos para este reconocimiento: la aptitud legal de ambos miembros, la singularidad y su estabilidad.⁹⁴

En su afán de recoger la realidad, el Código de Familia de Cuba prevé en el párrafo segundo del artículo citado, la posibilidad de la falta del elemento de singularidad por parte de uno de los integrantes de la pareja. Frente a la dualidad de la existencia de la unión formalizada y un matrimonio de facto, es evidente que uno de los dos carece de estabilidad. Pero siendo estable el matrimonio de hecho y demostrada la buena fe, que se concreta en la ignorancia de la existencia del matrimonio formalizado por parte del miembro de la unión que gozaba de la aptitud para ella, el estado conyugal obra en beneficio del cónyuge inocente.

Ya explicamos, que en la legislación anterior a nuestro Código, existían dos tipos de regímenes económicos. En el actual, los cónyuges no tienen derecho a optar por la forma del sistema

⁹⁴ Cfr; Idem; p. 17.

económico del matrimonio, sino que éste se encuentra establecido por la ley, cuestión lógica por el hecho de que el matrimonio tiene su causa en el elemento subjetivo: el afecto marital, la voluntad continua de los cónyuges de estar unidos, el amor.

En parte, esto tiene su fundamento en el hecho de que en Cuba, la propiedad, en el orden privado queda limitada, en esencia, al producto del trabajo, a los medios o instrumentos de trabajo personal o familiar que no se empleen para explotar el trabajo ajeno, a la vivienda que se posea con justo título de dominio y a los bienes que sirven para la satisfacción de necesidades materiales y culturales, conforme expresa el artículo 21 de la Constitución de la República de 1976.

Esto, evidentemente, produce un cambio en el contenido económico del matrimonio y se refleja en el régimen que origina: la comunidad matrimonial de bienes, en la que ambos cónyuges son sus administradores, estando facultado expresamente, cualesquiera de ellos para realizar actos de administración y adquirir bienes, que por su naturaleza, estén destinados al uso o consumo ordinario de la familia. En esta forma se expresan los artículos 29 y 35 del Código, que sostienen que tanto en el matrimonio como en las

uniones no formalizadas, los cónyuges son los administradores de la comunidad matrimonial de bienes y cualquiera de ellos podrá realizar actos de administración y adquirir bienes que por su naturaleza estén destinados al uso o consumo de la familia.⁹⁵

El Código establece que bienes se consideran propios de cada cónyuge y según su artículo 38, que la comunidad matrimonial de bienes termina con la extinción del matrimonio, disponiendo igualmente, que los bienes comunes se dividen por mitad.

Antes de adentrarnos en cómo el Código de Familia regula las relaciones paterno-filiales, debemos dejar sentado en primer término, que en cuanto a los hijos, la Constitución de 1976 establece el principio de la más absoluta igualdad, sea cual fuere la índole del estado civil de sus progenitores. Los párrafos iniciales de su artículo 37 dispone:

"Artículo 37.- Todos los hijos tienen iguales derechos, sean habidos dentro o fuera el matrimonio.

⁹⁵ Cfr; Op. cit; pp. 20 y 35.

Está abolida toda clasificación sobre la naturaleza de la filiación."⁹⁶

Estos principios han sido concretados por el Código de Familia en su Título II que trata "De las relaciones paterno filiales" y cuyo primer artículo, el 65, dice:

"Artículo 65.- Todos los hijos son iguales y por ello disfrutan de iguales derechos y tienen los mismos deberes..."⁹⁷

Una comparación con los preceptos de la legislación derogada, nos revela el cambio esencial operado en las relaciones paterno-filiales, que ha establecido una igualdad real con los hijos, independientemente del estado civil de sus progenitores.

En las Secciones II y III del propio Capítulo, se norman respectivamente la presunción de la filiación y la impugnación del reconocimiento, de cuya regulación es menester hacer especial mención a tres preceptos: los artículos 74, 75 y 78.

⁹⁶ Idem; p. 23.

⁹⁷ Idem, p. 32.

El 74, trata la presunción de la filiación, y en esencia, recoge la misma que establecía el Código Civil de 1888 en su artículo 108, para los hijos nacidos dentro del matrimonio, es decir, presume hijos de las personas unidas en éste, los nacidos durante la vida matrimonial, y quienes lo hayan hecho dentro de los 300 días siguientes a la fecha de la extinción del mismo, si la madre no hubiere contraído nuevas nupcias. Pero al propio tiempo, el artículo 78 de la actual legislación, admite en estos casos, la posibilidad de que la filiación pueda ser impugnada, por el cónyuge que no concurrió al acto de la inscripción del hijo, y únicamente podrá ser alegada con éxito, si demuestra la imposibilidad física para haberlo procreado; esto último, según el artículo 75 del propio cuerpo legal.

Por otra parte, hay una extensión de la presunción de filiación en relación con el padre, ya que el artículo 75, además de establecer que la paternidad puede inferirse de la declaración del padre, dispone un nuevo caso: cuando hubieren sido notorias las relaciones maritales con la madre (haya o no matrimonio) durante el período en que pudo tener lugar la concepción. Ha superado el Código de Familia con este artículo, el criterio de que la paternidad quedaba sujeta a la voluntad expresa o presunta del padre.

Sin embargo, ese precepto, si bien constituyó un avance en 1975, en la actualidad carece de virtualidad, pues no es secreto en nuestro medio, dado los avances científicos, poder determinar fehacientemente la paternidad de un individuo de manera concluyente, - no como hasta hace algunos años que determinadas pruebas sólo tenían un efecto excluyente -, por medio de pruebas médicas como el A.D.N., sin necesidad de recurrir a otros medios de prueba para demostrar la paternidad discutida, no obstante, ser notorias las relaciones entre la madre y el supuesto progenitor.⁹⁸

En relación a la patria potestad, el artículo 85 del Código de Familia, regula en forma explícita los derechos y deberes que la misma conlleva, de manera más amplia que la legislación anterior, estableciendo lo siguiente:

"Artículo 85.- La patria potestad comprende los siguientes derechos y deberes de los padres:

⁹⁸ Cfr: Cecilia P. Grosman; " Acción de impugnación de la paternidad del marido. "; Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Argentina; s.a.p.; pp. 163 y ss; y de Jaime Berumen Campos; "El análisis del ADN en la identificación de individuos"; Revista de Investigación Clínica; México; 1994; pp.111 y ss.

1.- tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado; 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 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 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 les 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 personalidad en aquéllos para los que se requiera la plena capacidad de obrar; ejercitar oportuna y debidamente las acciones que en derecho correspondan a fin de defender sus intereses y bienes."⁹⁹ (sic).

Nuestro Código distingue entre derechos y facultades, como aparece de su artículo 86, estando limitados los padres a reprender y corregir adecuadamente a sus hijos, y en interés de esos, disponer de sus bienes. No obstante, esta facultad, de orden

⁹⁹ Código de Familia; Op. cit; pp. 37 y ss.

económico, está constreñida por causa de utilidad o necesidad, a la apreciación por Tribunal competente, con audiencia del Fiscal, y no al arbitrio de los progenitores, como resulta de la lectura del artículo 87, que a la letra dice:

"Artículo 87.-Los padres podrán, en interés de los hijos bajo su patria potestad, disponer de los bienes de los mismos, cederlos, permutarlos o enajenarlos por causa justificada de utilidad o necesidad, previa autorización del tribunal competente, con audiencia del fiscal."¹⁰⁰

Como una garantía del cumplimiento de los deberes concernientes a la patria potestad, el Código establece en su artículo 95 la posibilidad de su pérdida o la suspensión de su ejercicio, a uno o ambos padres cuando, entre otras causas, incumplan gravemente lo señalado en el artículo 85. Sin embargo, esas medidas no eximen al padre a quién se le haya aplicado, de la obligación de dar alimentos a su hijo.

Ahora bien, tanto la pérdida de la patria potestad, como la suspensión de su ejercicio, no son medidas de carácter definitivo,

¹⁰⁰ Idem; p. 38.

pues cabe la posibilidad de su recuperación, - aún cuando es bueno aclarar, que en la práctica no se ha dado - cuando se acredite fehacientemente que han variado las circunstancias que justificaron su adopción. De ahí, que la pérdida de la patria potestad en forma alguna, pueda equipararse a su extinción, que es regulada en el artículo 92. Por ello, aunque la medida es extrema, no priva al padre de vinculación con los hijos, y así lo dispone el párrafo primero del artículo 97, el cual estatuye que en las sentencias dictadas por los tribunales de lo civil, cuando se prive a ambos padres o a uno solo de ellos de la patria potestad, se proveerá sobre la comunicación entre padres e hijos.

Lo anterior nos permite tener conciencia, hasta que punto en el Código de Familia, coincide el interés familiar con el social, en lo relativo a la patria potestad.

En cuanto al divorcio, el Código de Familia de 1975 estableció: el mutuo acuerdo, y la justa causa. El primero, no tuvo variación significativa en relación con el recíproco disenso que regulaba la legislación anterior; no así el segundo, que eliminó aquellas mal llamadas 18 causales, pues en realidad eran más, porque, como afirma el Dr. Fernando Alvarez Tabío, "... en un

matrimonio si después de formalizada la vida en común de los cónyuges y el mantenimiento de la familia son imposibles, la disolución de las relaciones matrimoniales es una necesidad, pues la preeminencia ulterior del matrimonio estaría en pugna con los principios morales que deben imperar, la ley en consecuencia debe otorgar a los cónyuges la libertad de disolver su matrimonio.

La cuestión de las causales para el divorcio fue considerada con amplitud al discutirse los preceptos pertinentes del Código de Familia, y se arribó a la conclusión de eliminar tal formulismo y mantener el principio consagrado posteriormente en el Código de Familia que alude que procede el divorcio o por mutuo acuerdo o cuando el Tribunal compruebe que existen causas de las que resulta la pérdida del sentido del matrimonio a que nos referimos anteriormente. Vale destacar que el significado de ese principio es de gran importancia, porque al facilitar la posibilidad de desembarazarse de las cadenas intolerables de humillaciones y violencias, al mismo tiempo salva a la prole (si se procreó) del espectáculo doloroso de ver a sus padres acusarse mutuamente para lograr del adversario una declaración de cónyuge culpable."¹⁰¹

¹⁰¹ Fernando Alvarez Tabío; "Comentarios a la Constitución Socialista"; Ed. Ciencias Sociales; Cuba; 1981; p.147.

Aunque no nos referimos a ella, cuando tratamos los antecedentes, puede considerarse la adopción una institución que ha logrado avances en el Código de Familia.

A su tenor, se inserta al adoptado dentro de la familia del adoptante, en iguales condiciones de hecho y de derecho, que el hijo nacido dentro del matrimonio o de la unión matrimonial, es decir, entre adoptado y adoptante, la ley declara la existencia de los mismos derechos y deberes que entre padre e hijos, incluyendo el derecho a la herencia, alimentos, etc., negados en el viejo Código Civil, y quedando, por supuesto, extinguido todo nexo con su familia anterior.

En contraste con la legislación precedente, según la cual el adoptado debía conservar los apellidos que le correspondían por razón de su familia natural, autorizando a lo sumo, que usara, junto al suyo, el de sus adoptantes, el nuevo Código deja esa cuestión a la determinación expresa del adoptante y en virtud de la cual, puede el adoptado, usar sólo los apellidos del o de los

adoptantes, a solicitud de éste, aprobada judicialmente, como aparece del artículo 106 del Código de Familia.¹⁰²

Al instituir la adopción, el Código la limita a los menores de 16 años, de padres desconocidos o que respecto a ellos se haya extinguido la patria potestad o en el caso de que los hijos se encuentren en situación de abandono y sólo excepcionalmente, la admite a favor de los hijos, cuyos padres consientan expresamente, esto es, dicho en otros términos, de padres que hagan expresa dejación de la patria potestad, a favor de otras personas dispuestas a asumir los deberes que ella comporta.

Sin embargo, es bueno señalar, que esta institución fue modificada como veremos posteriormente, por el Decreto-Ley No. 76 de 1984.

Hasta aquí, hemos establecido como fue concebido el Código de Familia de 1975, partiendo de sus antecedentes, así como los adelantos que, en el orden social, introdujo éste. Cuando analicemos con posterioridad su comportamiento práctico en

¹⁰² Código de Familia; Op. cit; pp. 43 y 44.

relación con la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, señalaremos las críticas correspondientes.

3.2.- La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 1977

Al Igual que el Código Civil de España se hizo extensivo a Cuba, la primera Ley de Enjuiciamiento Civil española, promulgada en 1881 y que fuera abrogada por otra aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1885, entró en vigor en nuestro país por Real Orden número 1285 de 25 de septiembre de 1885, y comenzó a regir el 1º de enero de 1886.

La citada ley, reiterada por Proclama del Gobernador General de la Isla de Cuba, el 1º de enero de 1889, mantuvo su vigencia.

La Orden Militar Nº 92 de 26 de junio de 1899, dictada durante la primera intervención norteamericana en Cuba, modificó algunos aspectos de la misma. Introdujo la expropiación forzosa por motivos de la utilidad pública e interés social, y modificó la parte

referente a la casación, manteniendo esa forma hasta el 7 de enero de 1974, cuando comenzó a regir la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo, dictada por el Consejo de Ministros como Ley N° 1261 del 4 de enero de ese año; cuerpo legal, que a su vez, resultó sustituido por la Ley N° 7 de 19 de agosto de 1977, de la Asamblea Nacional del Poder Popular, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral.

Un análisis comparativo entre la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo, permite constatar que sus cambios, en esencia, se debieron al hecho de existir un nuevo régimen de propiedad y una nueva división político-administrativa; todo ello, en virtud de la Constitución de 1976, pues obviamente fue necesario atemperar la norma procesal a la realidad.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de nuestro país, tenía como características más sobresalientes la justicia rogada, recayendo sobre las partes el impulso del proceso; la casación, dos modalidades, el quebrantamiento de forma y la infracción de ley; los fallos judiciales, cuando contenían voto particular, por imperativo de la propia ley, eran de obligatoria publicación, en fin, todo ello

irrogaba una justicia demorada innecesariamente, que además de no ser gratuita, representaba un costo económico y social elevadísimo.

A diferencia de la anterior ley, la de Procedimiento Civil y Administrativo de 1974, introdujo, con apoyo en los principios de economía procesal y de preclusión, el impulso procesal de oficio, lo que trajo como consecuencia, un procedimiento más breve; unificó la casación en 13 motivos, sin diferencia entre la infracción de ley y el quebrantamiento de forma, estando obligado el Tribunal Supremo, cuando se trata de la primera, a dictar la sentencia que correspondía pronunciar al tribunal de instancia, que además de agilizar la resolución del pleito, protege el secular principio de que "los jueces sólo deben obediencia a la ley", lo que no ocurría antes, habida cuenta que cuando aquél declaraba procedente un recurso por ese motivo, funcionaba el sistema de reenvío, ordenando a su inferior dictar la sentencia en lugar de la casada en los términos que disponía, violándose el aludido principio. Hoy, ese sistema sólo se utiliza en tres casos, que son aquellos en los que el error es padecido durante la tramitación del proceso, por la vulneración de una regla procesal que ha causado indefensión a la parte a la que resultó adversa la sentencia.

La no publicación de los votos particulares, aun cuando exista algún juez que por disentir de la mayoría lo emita, se guarda unido a las actuaciones en sobre cerrado, y se abre exclusivamente, en caso de recurso por el tribunal superior, pues, su publicación como ocurría antes, traía como consecuencia que la parte a quien le beneficiara, lo utilizaba como apoyo de su interés, en detrimento del criterio de la sentencia principal. La razón fundamental de tal modificación, fue robustecer las decisiones de los tribunales y darle la jerarquía correspondiente a las resoluciones judiciales, "de ineludible cumplimiento por los organismos estatales, las entidades económicas y sociales y los ciudadanos, tanto por los directamente afectados por ellos, como por los que no teniendo interés directo en su ejecución vengán obligados a intervenir en la misma", tal y como establece el artículo 123 de la Constitución de la República.¹⁰³

Demás está decir que, por principio constitucional, la justicia en Cuba es gratuita, logro que obedece al cambio social que originó la Revolución.

¹⁰³ "Constitución de la República de Cuba"; Ed. Editora Política; Cuba; 1992; p. 55.

3.2.- La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral

Las normas adoptadas en la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo de 1974, se mantuvieron en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, salvo que a esta última se le incorporó una tercera parte, "Del Procedimiento Laboral", para el que son supletorias las normas procesales civiles.

Esta ley, en la parte concerniente a civil, consta de 653 artículos, divididos en Libros, Títulos, Capítulos y Secciones, y se estructura de la siguiente manera:

En el Libro Primero, "Disposiciones Generales", aparece el Título I denominado "De la Jurisdicción y Competencia"; en el II, "De las partes, de sus representantes y defensores"; y el III, "De los Actos Procesales".¹⁰⁴

Su Libro Segundo, bajo el rubro "Del Proceso de Conocimiento", contiene el Título I, que trata "De los Actos Preparatorios"; el II, sobre "El Proceso Ordinario"; el III, acerca

¹⁰⁴ "Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral"; Publicación de Legislaciones; Vol. XV; Ed. Orbe; Cuba; 1978; pp. 4 y ss.

"Del Proceso Sumario"; el IV, "De los Procesos Especiales"; el V, "Del Proceso en Rebeldía"; el VI, "De los Incidentes"; y, el VII, "Del Embargo de Bienes".¹⁰⁵

El Libro Tercero, con cuatro títulos abarca: "De las Sentencias y Transacciones Judiciales"; "De los Títulos que generan Crédito y Ejecución"; "De la Vía de Apremio"; y, "De las Tercerías".¹⁰⁶

"Del Proceso Sucesorio" versa el Libro Cuarto, con cinco Capítulos, que son: "De las Diligencias Preventivas"; "De la Declaración de Herederos"; "Del Gestor Depositario"; "De las Operaciones Divisorias del Causal Hereditario"; y, por último, "Del Proceso de Testamentaria".¹⁰⁷

El Quinto de los Libros, contiene sólo dos Títulos, el I sobre "Disposiciones Generales", y el II, "De los Procedimientos Especiales", ambos, dentro "De la Jurisdicción Voluntaria".¹⁰⁸

¹⁰⁵ Idem; pp. 56 y ss.

¹⁰⁶ Idem; pp. 87 y ss.

¹⁰⁷ Idem; pp. 92 y ss.

¹⁰⁸ Idem; pp. 107 y ss.

Como antepenúltimo libro, es decir, el Sexto, "De los Recursos contra las Resoluciones Judiciales", y, en orden cronológico aparecen: "Disposiciones Generales"; "Del Recurso de Súplica"; "Del Recurso de Apelación"; y, "Del Recurso de Casación".¹⁰⁹

Los Libros VII y VIII, sin Título alguno, contienen respectivamente "Del Proceso de Revisión" y "De la Extinción del Proceso".¹¹⁰

Tal y como se expresó cuando abordamos la clasificación de los procesos, nuestra Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral utiliza el sistema escrito y el sistema oral.

Ahora bien, siendo objeto esencial de nuestro trabajo, el Derecho Procesal Familiar, resulta conveniente analizar, las normas de tal carácter que se encuentran en nuestra ley procesal en materia civil.

¹⁰⁹ *Idem*; pp. 148 y ss.

¹¹⁰ *Idem*; pp. 159 y ss.

Los artículos 5 y 6 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, textualmente establecen:

“Artículo 5.- Los Tribunales Municipales Populares conocen, en materia civil, de:

- 1) las demandas de contenido económico cuya cuantía, o el valor de los bienes sobre los que se litigue, no exceda de mil pesos.**
- 2) los procesos sobre el estado civil de las personas y los que se susciten por la aplicación del Código de Familia, salvo los que señalan en el apartado 3) del artículo 6 de esta Ley;**
- 3) las reclamaciones de alimentos;**
- 4) los actos de jurisdicción voluntaria que no sean en negocios de comercio;**
- 5) los procesos sucesorios;**
- 6) los procesos de amparo fuera de actuaciones judiciales contra actos provenientes de particulares o de autoridades y los de suspensión de obra nueva.”¹¹¹**

¹¹¹ *Idem*; pp. 5 y 6.

"Artículo 6.- Los Tribunales Provinciales Populares conocen, en materia civil, de :

- 1) las demandas de contenido económico en que la cuantía o el valor de los bienes sobre los que se litigue, exceda de mil pesos o sea inestimable o indeterminable;**
- 2) los procesos de expropiación forzosa;**
- 3) los procesos de nulidad de matrimonio y los de privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad;**
- 4) los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio;**
- 5) los recursos de apelación que se interpongan contra sentencias y resoluciones definitivas de los Tribunales Municipales Populares;**
- 6) los demás asuntos civiles que no estén atribuidos por esta Ley a otro Tribunal."¹¹²**

Como se puede observar, nuestra ley procesal otorga a los tribunales de lo civil competencia para conocer asuntos de orden familiar, y destina para estos, determinados procesos, aunque es bueno aclarar, que la división de competencia en los asuntos de

¹¹² **Ibidem.**

familia referidos a municipios y provincia en primera instancia, responde al grado de complejidad de la materia.

Así encontramos, un proceso ordinario, que establece las reglas por medio de las cuales se tramitarán determinados asuntos como preceptúa el artículo 223 inciso 2) del texto legal que se analiza, cuales son: "las demandas sobre el estado civil de las personas y las que se susciten por la aplicación del Código de Familia, con excepción de los casos contemplados en los apartados 2) 3) y 4) del artículo 358 de esta Ley".¹¹³

Tales apartados, pertenecen al proceso sumario y versan sobre asuntos relacionados con el derecho familiar, que son: los conflictos que surjan con motivo del ejercicio de la patria potestad cuando la ejerzan ambos padres, pues en el supuesto de que uno de ellos está privado o suspendido en su ejercicio, el conflicto carece de razón de ser; los que surjan entre cónyuges sobre la administración y disfrute de los bienes comunes, ya que como quedó sentado, el Código de Familia no da opción sobre régimen económico distinto al de la comunidad matrimonial de bienes que establece; y, las reclamaciones sobre alimentos.

¹¹³ *Idem*; p. 58.

A grandes rasgos, el proceso ordinario se inicia mediante la demanda; una vez admitida ésta por el Tribunal, se le da traslado al o los demandados por término de veinte días, pudiendo contestar, establecer excepciones o reconvenir. Vencido el término, se le da traslado al actor por cinco días para réplica y posteriormente a su contrario para dúplica. Se abre el proceso a prueba por el término común de treinta días, las que deberán proponerse en uno o más escritos dentro de los diez primeros, y admitidas, se practicarán dentro del tiempo que resta, instruyéndose con posterioridad a las partes por si interesan vista, y celebrada, en su caso, quedan los autos en poder del Tribunal para dictar resolución, salvo que haya necesidad de practicar alguna prueba para mejor proveer, bien interesada a instancia de parte o de oficio por el órgano jurisdiccional, y practicada, se procederá en la forma expuesta, es decir, pasan los autos para dictar la resolución que corresponda.¹¹⁴

Como se puede observar, aun cuando imperan los principios de economía procesal, de impulso de oficio y el de preclusión, el proceso ordinario civil resulta dilatado, y a él se

¹¹⁴ Cfr; Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral; Op. cit; pp. 58 y ss.

someten por imperio de la ley, los asuntos de orden familiar, por lo que estos corren igual suerte que aquellos, provocando malestar por la demora en la solución de los conflictos de la familia cubana.

En cuanto a los sumarios, si bien los términos quedan reducidos a la mitad en relación con el ordinario cuyas disposiciones le son supletorias, el cúmulo de trabajo que recae sobre los órganos jurisdiccionales es de tal magnitud, que de sumario, por el tiempo que pasa en tramitación, en oportunidades parece ordinario, con la misma consecuencia expuesta en el párrafo precedente.

El más breve de todos, el sumario en caso de alimentos, dada la índole de lo que en él se ventila, tiene normas más flexibles, porque el legislador procuró una tramitación más sencilla, y es el propio Tribunal quién tiene a su cargo el diligenciamiento de la prueba, lo que sirve de apoyo a un futuro Derecho Procesal Familiar como veremos más adelante.

La ley prevé, dentro de sus procesos especiales, el proceso de divorcio con dos modalidades: la justa causa y el mutuo acuerdo.

El último, también de tramitación sencilla, dispuso una comparecencia y concedió para su celebración, un término no menor de treinta días ni mayor de cuarenta y cinco, contados estos a partir de la admisión del escrito por el que ambas partes interesan la disolución del vínculo matrimonial que los une, con sus respectivas convenciones. La dilación que ello irrogaba, hizo que los interesados prefirieran acudir a la justa causa para allanarse en cuanto fuera admitida la demanda, mostrando su conformidad con los hechos y fundamentos de derecho, quedando obligado el Tribunal, salvo excepciones muy contadas, en virtud de la función tuitiva concedida por la ley, a dictar la sentencia en los términos por ellos interesado.

Esta práctica, es obviamente viciosa, si tenemos en cuenta la prueba de la justeza de la imposibilidad del vínculo, que la ley exige y que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, mediante acuerdo, recordara a los Tribunales, pero la vida, mucho más rica que el derecho, una vez más se impuso, y en el fondo ¿puede haber causa más justa que la voluntad de una pareja en no desear estar unida? No cabe dudas de la inexistencia del afecto marital. Es cierto que en la comparecencia del mutuo

acuerdo, se supone que el Tribunal juegue un rol conciliador, pero, la práctica ha demostrado lo contrario.

3.3.- Comportamiento práctico de ambas legislaciones

Tal y como ha quedado sentado, la formulación de ambas legislaciones en lo que a la tramitación de los asuntos de familia se contrae, ha provocado innumerables trabas; la mezcla del procedimiento civil con el sustantivo familiar, por cuestiones prácticas, ha obligado al órgano legislativo a tomar una serie de medidas que, en nuestra opinión, lejos de resolver de una vez y por todas la necesidad de unificar un procedimiento familiar, ha mutilado ambas legislaciones, creando una dispersión.

Si analizamos los artículos 5 y 6 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral que transcribimos en el subcapítulo anterior, fácilmente se advierte, que de los doce incisos que contienen entre los dos, cuatro pertenecen a la competencia de orden familiar, y se encuentran en la ley procesal civil.

Ello trae como consecuencia, que al tramitarse un asunto de familia, como se encuentra expresamente atribuido a los tribunales de lo civil, aun cuando la ley establece procedimientos especiales para algunos de ellos, se le apliquen normas distintas, lo que dilata su resolución, porque como se sabe, una justicia demorada es ineficaz, en síntesis, no es justicia.

Ante el cúmulo de trabajo de los órganos jurisdiccionales, la Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, máximo órgano legislativo, o en su caso, el Consejo de Estado, han creado una serie de normas que limitan el conocimiento de los tribunales en determinados asuntos, y en otros, modifican su procedimiento, cuestión grave si tenemos en cuenta que " la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de éste por el Tribunal Supremo Popular y demás Tribunales que la ley instituye."¹¹⁵

Tal es el caso, a modo de ejemplo, del Decreto-Ley No. 76 de 20 de enero de 1984, que en sus Disposiciones Especiales modifica el Código de Familia, a los fines de la adopción, en sus artículos 99, 101, 103, 104, 105, 108, 111, 112, 113, 114, 123, 124,

¹¹⁵ "Constitución de la República de Cuba"; Op. cit; p. 154.

126 y 147 que grosso modo, describen un nuevo procedimiento de adopción, que en definitiva, son normas de carácter procesal incluidas en el texto sustantivo familiar, lo que denota una incorrecta sistemática.

Por Decreto-Ley No. 154 de 6 de septiembre de 1994, se dispuso el divorcio notarial, que además de modificar el Código de Familia, sustrajo de la competencia de los tribunales el divorcio por mutuo acuerdo, siempre y cuando no se oponga el Fiscal, quién podrá hacerlo si las convenciones de los cónyuges no atenten contra el normal desarrollo y educación de los hijos comunes menores; exista una adecuada interrelación y comunicación entre padres e hijos; se satisfagan las necesidades económicas de esos hijos; se salvaguarden los intereses de la prole y exista un cumplimiento de los deberes que correspondan a los padres¹¹⁶, según aparece de su artículo 4. En caso de oposición del Fiscal, sin que las objeciones sean salvadas, el divorcio se tramitará por la vía judicial. Esta norma consta, a su vez, de un reglamento, el No. 182 de 10 de noviembre de 1994, contentivo de veinte artículos y estatuye un nuevo procedimiento, por el cuál se ha de guiar el

¹¹⁶ Cfr; Decreto-Ley No. 154-94. Publicado en la Gaceta Oficial de la República el 19 de septiembre de 1994. Cuba; 1994; p. 2.

Notario Estatal para resolver los divorcios de su competencia, siempre y cuando no se oponga el Fiscal, en cuyo caso tendrán que ir los interesados a la vía jurisdiccional.¹¹⁷

Al promulgarse por la Asamblea Nacional la Ley No. 48 de 1984, de la Vivienda¹¹⁸, quedó establecido para el divorcio, que los tribunales en su sentencia, deben pronunciarse sobre la existencia o no del inmueble y, a cuál de los ex-cónyuges se le adjudica. Con la difícil situación de vivienda, muchas veces los divorcios ventilados, encuentran su traba en esta cuestión, cuando en realidad nada tiene que ver aquella con el interés personal de disolución de un vínculo matrimonial, habida cuenta que, en todo caso, la referida ley norma todo un procedimiento administrativo, abriendo la vía administrativa de orden jurisdiccional, para resolver esos conflictos, sin perder de vista, que siendo en muchas oportunidades propiedad común, aquélla se puede deferir al liquidarse la comunidad matrimonial de bienes, en los términos regulados en el Código de Familia, con el procedimiento estipulado por la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, que, a la

¹¹⁷ Resolución No. 182 de 1994; "Reglamento del Decreto-Ley No. 154" de 6 de septiembre de 1994; Gaceta Oficial de la República de 30 de noviembre de 1994; Cuba; 1994; pp. 305 y ss.

¹¹⁸ Cfr; Ley No. 48 de 1984; "Ley General de la Vivienda"; Gaceta Oficial de la República de 28 de diciembre de 1984; Cuba; 1984; p. 18.

vez, es el mismo que para las operaciones divisorias del caudal hereditario.

La declaración de herederos, al promulgarse la Ley No. 50, de las Notarías Estatales, de 28 de diciembre de 1984¹¹⁹, sustrajo de los tribunales, el conocimiento de estos asuntos, lo que ha recargado la labor de aquéllas, sin perderse de vista, que la sucesión testada e intestada, aún quedan reguladas en el Código Civil de 1987, y la liquidación del caudal hereditario en caso de conflicto, se tramita en los tribunales al amparo de la ley procesal civil.

Al margen de todas estas modificaciones, la Constitución de la República de Cuba en su artículo 121, otorga al Tribunal Supremo Popular la facultad para que, a través de su Consejo de Gobierno, "...ejerza la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, tome decisiones y dicte normas de obligado cumplimiento para todos los tribunales, y sobre la base de la experiencia de éstos, imparta instrucciones de carácter obligatorio

¹¹⁹ Cfr; Ley No. 50; "De las Notarías Estatales"; Gaceta Oficial de la República de 28 de diciembre de 1984; Cuba.

para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley.”¹²⁰

En aras de lo anterior, el Consejo de Gobierno ha dictado, tanto para el Código de Familia como para la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, una serie de Acuerdos, Instrucciones y Circulares de su Presidente, que en múltiples oportunidades, por razones obvias, los órganos jurisdiccionales desconocen, con mayor razón, cuando en Cuba, la jurisprudencia no es aceptada, lo que crea anarquía en la interpretación de la ley.

Entonces, si el comportamiento práctico de las legislaciones se ha vuelto disperso y engorroso, ¿no sería conveniente unificar debidamente las normas sustantivas como en principio se concibió el Código de Familia, y crear además, un cuerpo de normas procesales exclusivas para ese derecho? ¿no resultaría mejor crear condiciones en los órganos jurisdiccionales para que atendieran de manera correcta los asuntos de índole familiar? ¿Es acaso que en Cuba se desconoce el Derecho Procesal Familiar?

¹²⁰ Constitución de la República de Cuba; Op. cit; p. 55.

Capítulo IV.- Derecho Procesal Familiar

4.1.- Concepto, naturaleza jurídica y autonomía

Al analizar el comportamiento práctico del Código de Familia y la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, expusimos las dificultades de la aplicación conjunta de ambas normas, y formulamos algunas interrogantes, para buscar una solución.

Sin embargo, para lograrlo, es imprescindible definir el Derecho Familiar; después, el Procesal Familiar, y desentrañar su naturaleza jurídica, para dejar establecida la importancia y necesidad de su autonomía.

Sobre el Derecho Familiar, muchos autores se han pronunciado, logrando a medias sus propósitos, porque en sus intentos de precisarlo, recurren a nociones controvertidas, por ello, nos limitaremos a establecer diferentes conceptos, caracterizándolos, sin necesidad de abrir un debate acerca de su ubicación entre las ramas del derecho ni limitar su contenido, que

es, en definitiva, donde no concuerdan por regla general, pues como afirma el Dr. Güitrón Fuentevilla, "...la discusión no debe basarse en saber si el Derecho de Familia es de orden público o privado, lo más importante es luchar por su protección, lo cuál sólo puede hacerse a través de una legislación autónoma y adecuada..."¹²¹

Julien Bonnecase, lo estima como "...la parte del derecho civil que rige la organización de la familia y que define, dentro de ella, el estado de cada uno de sus miembros."¹²² Para este autor, el derecho de familia es parte del civil, al igual que para Marcel Planiol y Georges Ripert, pues, este último, "Reglamenta la familia, las sucesiones..."¹²³.

Sin polemizar la posición que ocupa ese derecho, habida cuenta que en nuestro criterio, considerarlo dentro del civil, ha sido superado, lo primero que salta a la vista, es que aquél rige la familia, entendida ésta, como organización.

¹²¹ Julián Güitrón Fuentevilla; "Derecho Familiar"; Ed. UNACH; México; 1972; p. 230.

¹²² Julien Bonnecase; Op. cit; p. 5.

¹²³ Marcel Planiol y Georges Ripert; "Derecho Civil"; Ed. Pedagógica Iberoamericana; México; 1996; p. 6.

Por su parte, para Augusto César Belluscio, sostiene que "El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares"¹²⁴, y José Puig Brutan, asevera que "...regula las relaciones entre sus miembros."¹²⁵, manifestando además, que se divide en "...derecho matrimonial, derecho de paternidad y filiación, y derecho de las instituciones protectoras de los menores e incapacitados."¹²⁶

Para la profesora Sara Montero Duhalt el Derecho Familiar "Es el conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, consideradas las mismas como de interés público."¹²⁷

Los conceptos transcritos, tienen en común, considerarlo como conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares, siendo aquí, en nuestra opinión, donde descansa su esencia, ya que en la medida que se realice una

¹²⁴ Augusto César Belluscio; "Derecho de Familia"; T.1; Ed. Depalma; Argentina; 1979; p.29.

¹²⁵ José Puig Brutan; "Compendio de Derecho Civil"; vol. IV; Ed. Bosch, casa Editorial, S.A; España; 1990; p. 1.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ Sara Montero Duhalt; "Derecho de Familia"; Ed. Porrúa S.A; México; 1984; p. 24.

adecuada regulación jurídica, se estará protegiendo a la célula elemental de la sociedad, la familia.

Entonces, si el derecho familiar es un conjunto de normas jurídicas, que regulan las relaciones familiares como son, su constitución y organización, y abarca desde el matrimonio, la paternidad, la filiación, la protección de los menores e incapacitados, las sucesiones¹²⁸ e incluso, "...la disolución de esas relaciones..."¹²⁹, ¿es correcto resolver los conflictos que surjan por la aplicación del Código de Familia, con normas procesales ajenas a la materia familiar, que con sus tecnicismos obstaculizan la justicia del caso concreto, soslayando "...la ley que fue creada específicamente para regirla..."?¹³⁰

La respuesta, obviamente, ha de ser negativa. ¿ Por qué en Cuba, si en 1975 se promulgó un Código de Familia, al cabo de más de 20 años, no se ha elaborado una legislación adjetiva para el mismo?

¹²⁸ Cfr; Julián Güitrón Fuentevilla; "¿Que puede Usted hacer con sus bienes antes de morir?"; Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C; México; 1993; pp.37 y ss.

¹²⁹ Sara Montero Duhalt; Op. cit; p. 24.

¹³⁰ Manuel Bejarano Sánchez; "La controversia del orden familiar. Tesis discrepantes."; Ed. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; México; 1994; p. 15.

Estudios recientes, han sugerido la adopción de un procedimiento especial para asuntos de familia, abogando por Salas especializadas en esta materia¹³¹.

Convenimos en parte con el estudio aludido, pero, elaborar una legislación de esa naturaleza sin tener presente, qué es el derecho procesal familiar, podría conducir a errores, repercutiendo en la familia cubana, lo que es inadmisibile, toda vez, que es necesario que los juristas conozcan las instituciones sobre las que trata el procesal familiar, porque, si varía la ley, lo más probable es que interpreten incorrectamente la nueva legislación, o acudan al derecho procesal civil, que nada tiene que ver con la solución de los conflictos de orden familiar.

Por esas razones, apoyándonos en nuestro propio concepto de derecho procesal civil, formulamos uno de procesal familiar, acorde con la teoría tridimensional del derecho, limitando de esa forma el primero, y lo definimos, como el conjunto de normas jurídicas creadas por el Estado, para imponer la conducta que deben observar los órganos jurisdiccionales y las partes, cuando

¹³¹ Yamila González Ferrer y Mabel Miranda Sánchez; "La adopción y la protección de la niñez en Cuba"; Trabajo de Diploma; Universidad de la Habana.; Cuba; 1993; p. 144.

estas últimas, soliciten la tutela de sus derechos subjetivos de carácter sustantivo familiar para la solución de sus conflictos, para que junto con la aplicación del Código de Familia, se aseguren los parámetros adjetivos que cada sociedad estima justos.

La parte más sensible del concepto, es la axiológica, por la necesidad imperiosa, de proteger los valores en que se sustenta la familia, porque como bien quedó sentado, contribuye al desarrollo de la sociedad y cumple importantes funciones en la formación de las nuevas generaciones, que es en definitiva, el fin que ha de perseguir; colocándose el concepto desde el punto de vista fáctico, cuando refiere "ser normas creadas por el Estado"; y del normativo, al sostener "que imponen una conducta".

Lo anterior, nos permite entrar al análisis de la naturaleza jurídica del Derecho Procesal Familiar, y al ser normas jurídicas creadas por el Estado, en el que éste, lógicamente tiene interés, es que son de orden público; al margen de los tratadistas, contestes en considerar el derecho procesal genéricamente como perteneciente al derecho público, del que no está exento el procesal familiar, pues en el vocablo orden público, recaen muchos criterios a

los efectos de precisar su verdadero contenido¹³², pero, todos convienen, que se trata de un concepto que pertenece a la esfera del Derecho Internacional Privado, y hoy día, catalogan como tal, independientemente de ello, a todas las leyes que forman el derecho de un Estado, como señala Antonio Sánchez de Bustamante, "...determinan las formas de seguirse para el restablecimiento del orden perturbado en la esfera privada y en la pública..."¹³³. Entonces, siendo ello así, podemos afirmar que el derecho procesal familiar, goza de esta característica, al determinar la forma de resolver los conflictos suscitados en la organización familiar por la aplicación del Código de Familia.

Además, ese carácter de público igualmente radica, en el hecho de que sus normas son de obligatorio cumplimiento, tanto para las partes, como para el propio órgano jurisdiccional, y su inobservancia, trae aparejada una sanción.

Otra característica de este derecho, es que presenta un marcado interés público. Ahora bien, ¿ qué es el interés?, pues bien, el interés es aquello que contribuye a dar origen al valor, que

¹³² Cfr; Jorge Mario Magallón Ibarra; Op. cit; T. 1; pp. 145 y ss.

¹³³ Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven; "Derecho Internacional Privado"; tercera edición; Vol. 1; Ed. Lex; Cuba; 1951; p.224.

generalmente nos aporta un provecho a diferencia del valor, que no siempre nos lo reporta y que no se agota en el interés.¹³⁴ En el caso de este derecho, el interés público, nítidamente se desprende de la función tuitiva que la ley dispensa al Tribunal, y a modo de ejemplo señalamos lo que previene el artículo 89 del Código de Familia y el 386 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, muy similares en su redacción, al tratar la manera en que han de actuar los órganos jurisdiccionales cuando resuelvan cuestiones referidas a la guarda y cuidado, y comunicación entre padres e hijos, que a la letra dicen:

"Artículo 89.-De no mediar acuerdo de los padres o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos, la cuestión se decidirá por el Tribunal competente, que se guiará para resolverla, únicamente, por lo que resulte más beneficioso para los menores. En igualdad de condiciones, se atenderá, como regla general, a que los hijos queden al cuidado del padre en cuya compañía se hayan encontrado hasta el momento de producirse el desacuerdo, prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos y salvo, en todo caso,

¹³⁴ Cfr; Mario Alvarez Ledesma; Op. cit; p.25.

que razones especiales aconsejen cualquier otra solución."¹³⁵

"Artículo 386.- En lo que se refiere a la guarda y cuidado provisional de los hijos, fuera del caso de que exista acuerdo entre los padres, el Tribunal se guiará para resolver, únicamente, por lo que resulte más beneficioso para los menores, y en igualdad de condiciones, se atenderá, como regla general, a que éstos deben quedar, durante el proceso, al cuidado del padre en cuya compañía se encuentren, prefiriendo a la madre si se hallan en la de ambos, y salvo en todo caso que razones especiales aconsejen cualquier otra solución."¹³⁶

Los artículos transcritos, otorgan la función tuitiva a los Tribunales, para, en caso de desacuerdo entre padres, o aún más, cuando exista éste, si es atentatorio a los intereses de los menores, adopte medidas distintas en beneficio de la prole, lo que revela el interés público del procesal familiar, función que es inaceptable en el procesal civil (aunque también sea de orden e interés público),

¹³⁵ Op. cit; p. 39.

¹³⁶ Op. cit; p. 95.

con mayor razón, cuando "la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de éste por el Tribunal Supremo Popular y los demás Tribunales que la ley instituye"¹³⁷, conforme establece el artículo 120 de la Constitución de la República, porque el carácter de público, en esta oportunidad está dado, por que "...enlaza a todo aquello que pertenece al pueblo."¹³⁸

Pero no solamente ese interés público, estriba en lo dicho hasta aquí, sino también, en la intervención del Fiscal en asuntos de orden familiar, a quién, por mandato expreso del artículo 48 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, textualmente le señala:

"Artículo 48.- El Fiscal representa y defiende a los menores, incapacitados y ausentes, hasta que se les provea de tutor, representantes o encargados del cuidado de sus personas y de la defensa de sus bienes y derechos."¹³⁹

¹³⁷ Constitución de la República; Op. cit; p. 55.

¹³⁸ Jorge Mario Magallón Ibarra; Op. cit; p. 145.

¹³⁹ Op. cit; p.16.

En resumen, el hecho de ser de orden e interés público, de otorgar facultades distintas a los órganos jurisdiccionales en la resolución de los conflictos de carácter familiar, como es la función tuitiva y el diligenciamiento expreso de la prueba, como constatamos al analizar la Ley de Procedimientos Civil, Administrativo y Laboral, en el proceso sumario en caso de alimentos, hacen del Derecho Procesal Familiar, una rama más especial dentro del Derecho, al que se le debe prestar cuidadosa atención, con mayor razón, cuando de él dependerá, la correcta solución de los conflictos familiares que, sin duda alguna, redundará no sólo en beneficio de la familia, sino también, de la sociedad y del Estado.

Por otra parte, esa formulación lo coloca en posición distinta del procesal civil, del que se desprendió, porque obtiene su autonomía en el orden teórico, la que se alcanzará desde el punto de vista práctico, una vez que se promulgue un Código o Ley de Procedimientos Familiares.

Es posible que el planteamiento anterior, al igual que sostuvo el Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla, cuando analizaba la autonomía del Derecho Familiar, en su obra de igual nombre, encuentre entre los juristas dedicados al procesal civil, cierta

oposición¹⁴⁰, pero, al igual que él, alertamos, que no deben preocuparse, porque todo ello es en función de beneficiar a la familia, de fortalecerla, y así, estaremos logrando una mejor sociedad, pues como se ha reiterado, aquélla, es la base de ésta, su célula elemental.

4.2. Tesis sobre un Código o Ley de Procedimientos Familiares

Como corolario, y dando por sentada la necesidad y factibilidad, en aras de la familia, la sociedad y el Estado, de la promulgación de un Código o Ley de Procedimientos Familiares, es menester, teniendo en cuenta los principios en que a nuestro juicio descansa el Derecho Procesal Familiar, expresar en términos claros y precisos, las bases en que se debe apoyar la nueva legislación.

A partir de la tradición de la legislación revolucionaria, como premisa esencial, el referido Código ha de mantener, en primer término, la gratuidad de la justicia, en la que imperen la economía procesal, la igualdad de las partes en el debate y la preclusión.

¹⁴⁰ Cfr. Julián Güitrón Fuentesvilla; Op. cit.; p. 232.

Por esa razón, los procesos deben ser, sin menoscabo de las garantías fundamentales, sencillos y breves, regidos por el impulso procesal de oficio, para lograr una celeridad acorde con la demanda de justicia que exija el caso concreto sometido a la consideración del órgano jurisdiccional que a su cargo tenga la resolución del conflicto, de conformidad con las reglas de competencia que se fijen al respecto.

Además, en lo que atañe a la facultad de los Tribunales, y sabiendo que el proceso familiar es de orden e interés público, "... debe conseguirse la justicia en protección de los menores y de la familia, y flexibilizar las formas y los principios procedimentales para lograrla ..."141

Ello obligará que los Tribunales asuman una posición activa en el debate familiar, limitando el principio dispositivo, "... donde el juez preside y las partes actúan; donde el juez es el rector de la marcha del juicio, y las partes sus protagonistas."142

¹⁴¹ Manuel Bejarano Sánchez; Op. cit; p. 187.

¹⁴² Idem; p. 173.

Por supuesto, el hecho de que los Tribunales adopten una posición activa en el pleito familiar, no implica que el Código deje de señalar las facultades por las que han de regirse de manera expresa, ya que tampoco es correcto, retroceder al proceso inquisitorial, porque se correría el riesgo de quebrantar la legalidad imperante, violándose de manera flagrante la igualdad de las partes en el proceso.

Hay juristas, que sostienen la necesidad de regular en tal legislación, juicios que impidan la resolución de los conflictos vía sentencia, y proponen , en su caso, juicios arbitrales o de amigables componedores, en que "...el juez familiar deberá exhortar a las partes a resolver la controversia mediante un convenio, con la que podrá evitarse un juicio que deteriore a la familia."¹⁴³; sin embargo, no compartimos ese criterio, porque una medida como la propuesta, significaría, no sólo violar el procedimiento, que como es sabido es de orden e interés público, de obligatorio cumplimiento para todas las partes y el tribunal, por que aquellas podrían adoptar acuerdos contrarios a la propia ley, obligando al Tribunal a estar y pasar por aquellos, lo cual resulta inadmisibile.

¹⁴³ Maricruz Santa Ana Solano; "Derecho Procesal Familiar"; Tesis Doctoral; UNAM; 1997; p. 207.

Por nuestra parte, proponemos a diferencia de lo anterior, que en determinados procesos como son el divorcio por mutuo acuerdo o las operaciones divisorias del caudal hereditario, en que sí es factible una comparecencia o junta, que el Tribunal trate de exhortar a las partes para llegar a un acuerdo, de conformidad con los principios que fije la ley, en razón de que hacerlo extensible a todos los procesos, equivaldría, que el juez prejuzgue, lo que no tiene amparo de ley, al margen, que de fracasar en el intento, puede ocurrir lo contrario a lo que pretende evitar, esto es, la desintegración de la familia.

Por otra parte, esos mismos juristas¹⁴⁴, abogan por el empleo en la justicia familiar de especialistas y trabajadoras sociales para resolver las controversias de ese orden. Nosotros, no somos remisos a ese auxilio, pero, estimamos oportuno aclarar, que tal cuerpo de auxiliares estará vinculado en función de la prueba, a fin de que el Tribunal pueda libremente llegar a su convicción. Lo contrario implicaría, que fueran aquéllos con su criterio autorizado, los que se subrogaran en lugar y grado del órgano jurisdiccional y dictaran la sentencia que al mismo corresponde.

¹⁴⁴ Ibidem.

En relación con la creación de Salas especializadas en materia familiar, como plantea el estudio referido en el subcapítulo anterior, han de tenerse presente, las condiciones concretas de cada lugar, dado que ello conlleva un costo económico muy elevado. Proponemos en atención a ello, la creación de una Ley de Procedimientos Familiares por la que los jueces se guiaran para resolver, y, cuando las condiciones materiales así lo permitan, y exista una experiencia al respecto, crear las referidas Salas, porque ello demanda, la capacitación de jueces, abogados y empleados, lo que, muchas veces se hace difícil, al margen de la infraestructura que requiere, que en estos momentos en nuestro país, es casi imposible, dada la situación económica que atraviesa, además, de la modificación necesaria que traería aparejado a la Ley de los Tribunales Populares, que por no ser objeto de nuestro estudio, exclusivamente enunciamos.

En conclusión, la referida norma sobre la base de lo expuesto, ha de fijar las reglas de competencia, señalando los diferentes procesos que por ella se ventilan, tales como: el matrimonio y su reconocimiento judicial; sus nulidades; los conflictos que surjan entre los cónyuges sobre la administración y disfrute de

los bienes comunes; los procesos de divorcio y la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes; las relaciones paterno filiales, y entre estas, la patria potestad, guarda y cuidado, régimen de comunicación entre padres e hijos y alimentos; la impugnación de paternidad, la privación o suspensión de la misma, los conflictos que surjan con motivo de aquella cuando la ejerzan ambos padres; las sucesiones, la partición del caudal hereditario, la preterición de herederos; la adopción, la tutela y la incapacidad, así como los procesos de utilidad y necesidad.

También ha de regular, las atribuciones de los Tribunales y función de sus auxiliares, así como la intervención de las partes y el Fiscal, los medios de prueba admisibles, los recursos contra las resoluciones judiciales, su forma de resolverlos, las medidas disciplinarias, la recusación y excusa, en fin, una ley que procure la protección integral de la familia, que facilitando la solución de sus conflictos de manera breve, permita siempre "...reencontrar los valores supremos de la familia ..."145 que es la célula por excelencia de la sociedad.

¹⁴⁵ Julián Gutiérrez Fuentevilla; "Veinte Años de Derecho Familiar (1977-1997)"; Ed. Colegio Nacional de Estudios Superiores de Derecho Familiar, A.C.; México; 1997, p. 251.

Capítulo V.- Metodología para la enseñanza del Derecho Procesal Familiar

5.1.- Planes de Estudio de Derecho Civil y de Familia de la Universidad de la Habana

Como todo centro de enseñanza superior, la Universidad de la Habana, una de las altas casas de estudio de nuestro país, cuenta para la Facultad de Derecho con un "Plan de Estudios" aprobado por el Ministerio de Educación Superior para impartir de manera uniforme las distintas disciplinas jurídicas con que se integra la Licenciatura en Derecho.

El referido Plan, denominado C en atención a los avances docentes logrados en los últimos años, para el "Derecho Civil y Familia", está conformado por varias asignaturas, que son:

- I.- Derecho Civil. Parte General.
- II.- Derecho de Propiedad.
- III.- Derecho de Obligaciones (I y II).
- IV.- Derecho Notarial.
- V.- Derecho Procesal Civil (I y II).

VI.- Derecho Agrario.

VII.- Derecho de Familia.¹⁴⁶

Según el mismo, "tiene por objeto el estudio principal de las relaciones jurídicas de carácter civil y del Derecho de Familia, y sus expresiones de tutela procesal, en toda su extensión."¹⁴⁷

En consecuencia, la primera característica del plan de estudios de nuestra Universidad, es que no establece en su concepción, la necesaria diferenciación del derecho procesal con el civil y el familiar, que como hemos visto a través de este estudio, constituyen ramas jurídicas distintas, independientemente de la relación que guarden entre sí, y al margen, de que en la enseñanza, se impartan como asignaturas diferentes.

Por otra parte, en lo que respecta a sus objetivos instructivos, concreta ocho puntos fundamentales, para que los estudiantes alcancen una adecuada preparación, señalando textualmente:

¹⁴⁶ Cfr; Plan de Estudios C; Curso Diurno; Universidad de la Habana, Cuba; 1989; p. 1.

¹⁴⁷ Ibidem.

"Lograr que los estudiantes sean capaces de:

1.- Precisar si un asunto sometido a su consideración está o no jurídicamente normado y de estarlo determinar si se trata de materia civil, de familia o agrario, así como la norma o normas jurídicas vigentes que son de aplicación al caso y finalmente cuales son las normas de procedimiento o aseguramiento que le corresponden, indicando además las autoridades competentes para su tramitación.

2.- Interpretar correctamente la legislación aplicable a los casos que se sometan a su consideración sobre las materias de la disciplina civil y familia y consecuentemente evacuar consultas legales o asesorar debidamente sobre ellas.

3.- Utilizar las formas técnicas que caracterizan a las disposiciones normativas del Derecho Civil, de Familia, Agrario, Notarial y Procesal Civil, para en su día participar en el perfeccionamiento de esas normativas.

4.- Aplicar prácticamente las normas sustantivas del Derecho Civil, de Familia y Agrario conjugándolas armónicamente con las normas adjetivas del Derecho Notarial y del Procesal Civil, en todo caso con correcto sentido teórico y político.

5.-Promover y tramitar los asuntos legales propios de esta disciplina que se sometan a su consideración.

6.-Adquirir las habilidades que le faciliten la adecuada utilización de la terminología jurídica en forma oral o escrita aplicable a las materias que integran la disciplina para la elaboración de contratos, convenios, actas, escritos y otros instrumentos legales relativos a esta con arreglo a los elementos técnicos y formales que requieren a la legislación correspondiente y a las particularidades del caso.

7.- Interpretar con una valoración crítica las apreciaciones teóricas de la doctrina sobre las instituciones, categorías y regularidades de las materias de la disciplina civil y familia mediante el estudio de la bibliografía correspondiente.

8.- Utilizar en las materias que integran esta disciplina, como instrumento de trabajo los principios básicos de la metodología de la investigación social, de la información científico-técnica actualizada, así como en la medida de lo posible ventajas de la computación en sus gestiones."¹⁴⁸

Vistos esos objetivos, en nuestra opinión, carecen de una determinación de diferenciación de perfiles que redundaran en

¹⁴⁸ Idem; p. 5.

la preparación de los futuros abogados, por que no tiene en cuenta la necesidad del estudio profundo de las instituciones concernientes a cada rama específica, pilar indispensable para la comprensión ulterior de la legislación, que de instrumentarse, coadyuvará al desarrollo del derecho en nuestro país.

Además, en los objetivos generales del Derecho de Familia, en el número cinco especifica que los alumnos deben ser capaces de "Integrar los conocimientos adquiridos en las asignaturas Derecho de Sucesiones, y Derecho Procesal Civil I y II para poder resolver casos prácticos en materia de Derecho de Familia"¹⁴⁹. Ello revela, que en la Universidad no aparece explícitamente concebida la estructura del Derecho Procesal Familiar, que en caso de instrumentarse, permitirá que los alumnos sean capaces de resolver, de manera acertada, los conflictos que a su consideración se sometan durante la etapa de aprendizaje del derecho, la que como es sabido, no culmina en los estudios de licenciatura, sino que además, requiere de una práctica combinada con la teoría, en aras de lograr una debida solución al caso concreto sometido a su consideración, ya que, en la manera en que está conformado, de manera superficial, propicia que cada día egresen

¹⁴⁹ Idem; p. 19.

abogados menos preparados, que sólo contribuyen al ineludible desprestigio de la profesión.

Sin embargo, para evitar eso, sería imperdonable por nuestra parte, una vez formuladas determinadas críticas al plan de estudios de la Universidad sobre la base de no tener concepción del Derecho Procesal Familiar, que en nuestra tesis, dejáramos de esbozar nuestro criterio, para lograr que se integre la misma, proponiendo una metodología para su enseñanza. De esta manera, daríamos cumplimiento a una máxima del gran José Martí: "Todo hombre que viene a la tierra, tiene derecho a que se le eduque, y después en pago, el deber de contribuir a la educación de los demás."¹⁵⁰

6.2.- Metodología para la enseñanza del Derecho Procesal Familiar

Introducir una nueva asignatura, requiere en primer término un convencimiento teórico que revele aplicación práctica por parte de los profesores que van a impartirla, de modo que hagan

¹⁵⁰ José Martí; "Obras Escogidas"; Tomo I; Cuba; 1961; p. 302.

llegar esa convicción a sus alumnos, ya que, de no ser así, lo seguro es que prime el desinterés en estos.

De tal suerte, el Derecho Procesal Familiar para insertarse en los planes de estudio de la Universidad, debe ser primeramente discutido con su profesorado, para que expongan sus criterios al respecto, y una vez conformes, elevarlo a las instancias correspondientes para su aprobación.

Por principio, la nueva asignatura debe contener, en primer lugar, la necesidad de su estudio, en el que aparezcan perfectamente delimitados los objetivos a alcanzar por maestros y alumnos.

En una segunda fase, conociendo los interesados de esos objetivos, debe contener una concepción general y otra específica, de la que se puedan extraer las instituciones que le son propias, y las que aún no lo sean, le puedan resultar de aplicación.

El estudio particular de esas instituciones, conjugándolas con la doctrina y el derecho positivo, permitirá en su desarrollo como tercera y última fase, que los alumnos lleguen a

dominarla, de modo que puedan enfrentarse a problemas reales, dando soluciones rápidas y efectivas, de manera que, cuando estén en pleno ejercicio profesional, con criterios autorizados, coadyuven a mantener la integridad de la familia.

Ahora bien, ¿cuál sería la metodología para su enseñanza?

Esta nueva asignatura, que como es sabido, ha de romper determinados esquemas en el orden teórico-práctico, para su enseñanza, requiere de una actualización constante por parte del que va a explicarla, mediante "...una cuidadosa revisión de revistas jurídicas generales, de las especializadas, de las obras publicadas, de las monografías..."¹⁵¹, en fin, una bibliografía que le permita enfrentar cualquier interrogante que se le presente en clases, las que deben caracterizarse por su dinamismo y creatividad, manteniendo motivados a los alumnos para que ganen en interés.

¹⁵¹ Julián Güitrón Fuentevilla; "Nueva técnica de enseñanza del Derecho"; Ed. Publicidad y Producciones Gama, S. A; segunda edición; México; 1974; p.25.

Por supuesto, la realización de exámenes parciales y finales, así como la iniciación de los alumnos en la investigación mediante la realización de trabajos escritos, serán instrumentos de los que se servirá el profesor, para comprobar hasta que punto sus educandos universitarios han adquirido los conocimientos necesarios para enfrentar el día de mañana la realidad cotidiana, pues como es harto conocido, nuestra carrera, tiene una importancia fundamental en el desarrollo político, jurídico, económico, cultural, social y familiar en nuestro país.

En resumen, proponemos una metodología que invite al alumnado a entrar en la Universidad, no por obligación, sino por la convicción de que en la medida que aprendan, podrán defender con mayor justeza y muy genuinamente, no sólo la familia, sino los valores que ella representa, base fundamental sobre la que se erige nuestra sociedad.

Terminado el desarrollo del trabajo, en cuyo cuerpo está nuestra tesis y posición ideológica original, es menester de conformidad con aquella, formular las siguientes:

CONCLUSIONES

PRIMERA: El análisis de la evolución histórica del Derecho Civil permite advertir cómo, desde la época romana y hasta el propio siglo XX, las normas reguladoras de la familia se encontraban dentro de aquél, del que se desprendieron; y las de orden procesal, también consideradas como integrantes del primero, a raíz de la promulgación del Código de Procedimientos Civiles de 1806, en época de Napoleón, obtuvieron su autonomía.

SEGUNDA: Un elemental estudio de las distintas concepciones del Derecho Procesal a la luz de la Teoría Tridimensional del Derecho, ayuda a establecer las limitaciones que padece la doctrina a la hora de definirlo, por que olvidan los autores los diferentes planos en que se mueve el fenómeno jurídico desde el

punto de vista adjetivo, tanto de manera general como en el específico caso del Procesal Civil.

TERCERA: El Código de Familia de la República de Cuba de 1975, recogió en forma de norma jurídica las nuevas relaciones familiares y las sustituyó de la consideración de normas de Derecho Civil, por lo que existe una diferencia esencial entre éste y la legislación derogada antes del triunfo de la Revolución, reflejando el cambio de régimen económico-social establecido en Cuba.

CUARTA: La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral vigente desde 1977, si bien desde el punto de vista de la técnica legislativa presenta una correcta sistemática, por el cúmulo de leyes novedosas de los últimos años, actualmente requiere de una revisión, ya que muchas de sus normas resultan inoperantes al regularse en otros cuerpos legales, procedimientos diversos para los asuntos de orden familiar, lo que denota la necesidad de sustraer estos de aquella y regularlos en texto legal distinto.

QUINTA: Que el comportamiento práctico de ambas legislaciones, vale decir, el Código de Familia y la Ley de

Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, demuestran que la resolución de los conflictos familiares bajo la tónica de las normas procesales civiles, son demorados y acarrea consecuencias nefastas para nuestras familias, la sociedad y el Estado.

SEXTA: Que la solución inmediata para tal problemática, descansa de manera prioritaria en la elaboración de un Código o Ley de Procedimientos Familiares, que debe contener normas flexibles adecuadas a la ley sustantiva de la familia.

SEPTIMA: Que la introducción en las universidades de la disciplina Derecho Procesal Familiar, permitirá el día de mañana, la formación de verdaderos familiaristas, conocedores de las instituciones sobre las que se apoya el procesal familiar, y de esa manera, se protegerá con mayor seguridad nuestras familias.

OCTAVA: Todo lo anterior, dará respuesta, desde el punto de vista jurídico adjetivo, a las necesidades que plantea nuestra célula básica: la eficaz y justa solución de los conflictos de la familia cubana del siglo XXI, en aras de preservar su integridad y los valores que encierra y representa.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- **ALVAREZ LEDESMA, Mario I.**; "Introducción al Derecho"; Ed. Mc Graw Hill; México; 1995.
- 2.- **ALVAREZ TABIO, Fernando**; "Comentarios a la Constitución Socialista"; Ed. Ciencias Sociales; Cuba; 1981.
- 3.- **BELLUSCIO, Augusto César**; "Derecho de Familia"; T.1; Ed. Depalma; Argentina; 1979.
- 4.- **BERUMEN CAMPOS, Jaime**; "El análisis del ADN en la identificación de individuos"; Revista de Investigación Clínica; México; 1994.
- 5.- **BEJARANO SANCHEZ, Manuel**; "La controversia del orden familiar. Tesis discrepantes."; Ed. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; México; 1994.
- 6.- **BEJARANO SANCHEZ, Manuel**; "Obligaciones Civiles."; tercera edición; Ed. Harla; México; 1984.
- 7.- **BRISEÑO SIERRA, Humberto**; "Derecho Procesal"; segunda edición; Ed. Harla; México; 1995.

- 8.- CALAMANDREI, Piero; "Derecho Procesal Civil"; tr. Enrique Figueroa Alfonzo; Ed. Pedagógica Iberoamericana; México; 1996.
- 9.- CALAMANDREI, Piero; "Historia y Legislaciones"; t. 1; Vol. 2; Ed. Bibliográfica Argentina; Argentina; 1945.
- 10.- CAPPELLETI, Mauro; " La oralidad y las pruebas en el proceso"; tr. Sentis Melendo; Ed. EJEA; Argentina; 1972; pp. 103 y ss.
- 11.- CARNELUTTI, Francesco; "Instituciones del Proceso Civil"; tr. Santiago Sentis Melendo; T.I; Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América; Argentina; 1956.
- 12.- CASTAN TOBEÑAS, José; "Derecho Español, Común y Foral"; décima edición; T.I; Vol. I; Ed. Instituto Editorial Reus; España; 1962.
- 13.- CHIOVENDA, Giuseppe; "Curso de Derecho Procesal Civil"; tr. Enrique Figueroa Alfonzo; Ed. Pedagógica Iberoamericana; México; 1995.
- 14.- DUJARRIC HART, Marina; "El Recurso de Casación"; Ed.Ciencias Sociales; Cuba; 1988.
- 15.- FERNANDEZ BULTE, Julio; "Historia del Estado y del Derecho en la antigüedad"; Ed. Instituto del Libro; t.II; Cuba; 1973.

- 16.- GOMEZ LARA, Cipriano; "Derecho Procesal Civil"; quinta edición; Ed. Harla; México; 1991.
- 17.- GONZALEZ FERRER, Yamila y Mabel Miranda Sánchez; "La adopción y la protección de la niñez en Cuba"; Trabajo de Diploma; Universidad de la Habana,; Cuba; 1993.
- 18.- GROSMAN, Cecilia P.; " Acción de impugnación de la paternidad del marido."; Ed. Abaco de Rodolfo Depalma; Argentina; s.a.p.
- 19.- GÜITRON FUENTEVILLA, Julián; "Derecho Familiar"; Ed.UNACH; México; 1972.
- 20.- GÜITRON FUENTEVILLA, Julián; "Nueva técnica de enseñanza del Derecho"; Ed. Publicidad y Producciones Gama, S. A; segunda edición; México; 1974.
- 21.- GÜITRON FUENTEVILLA, Julián; "¿Que puede Usted hacer con sus bienes antes de morir?"; Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C; México; 1993.
- 22.- GÜITRON FUENTEVILLA, Julián; "Veinte Años de Derecho Familiar (1977-1997)"; Ed. Colegio Nacional de Estudios Superiores de Derecho Familiar, A.C.; México; 1997.

- 23.- HART DÁVALOS, Marina; "Primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil"; Ed. MINJUS; Cuba; 1977.
- 24.- KECHEKIAN y Fedkin; "Historia de las Ideas Políticas"; Ed. Política; Cuba; 1964.
- 25.- LAZCANO Y MAZON, Andrés María; "Comentarios a la Ley de Divorcio Vincular"; Ed. Selecta; Cuba; 1956.
- 26.- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; "Instituciones de Derecho Civil"; T.I; Ed. Porrúa, S.A; México; 1987.
- 27.- MARTI, José Martí; "Obras Escogidas"; Tomo I; Cuba; 1961.
- 28.- MONTERO DUHALT, Sara; "Derecho de Familia"; Ed. Porrúa S.A; México; 1984.
- 29.- OURLIAC, Paul; "Historia del Derecho"; Ed. Cajica Jr; México; 1952.
- 30.- PETIT, Eugène; "Tratado Elemental de Derecho Romano"; Ed. Saturnino Callejas, S.A; España; 1940.
- 31.- PLANIOL, Marcel y Georges Ripert; "Derecho Civil"; Ed. Pedagógica Iberoamericana; México; 1996.

- 32.- **PLANIOL, Marcel y Georges Ripert**; "Tratado Elemental de Derecho Civil"; T.I; edición autorizada; Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor; México; 1981.
- 33.- **PUIG BRUTAU, José**; "Compendio de Derecho Civil"; vol. IV; Ed. Bosch, casa Editorial, S.A; España; 1990.
- 34.- **REALE, Miguel**; "Introducción al Derecho"; Ed. Ediciones Pirámides, S.A.; España; 1989.
- 35.- **RECASENS SICHES, Luis**; "Tratado General de Filosofía del Derecho"; Ed. Porrúa S.A; México; 1986.
- 36.- **ROCCO, Alfredo**; "La Sentencia Civil"; tr. Mariano Ovejero; Ed. Stylo; México; 1944.
- 37.- **RUGGIERO, Roberto de**; "Instituciones de Derecho Civil"; Tr. de la cuarta edición italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro; Ed. Reus; España; 1979.
- 38.- **SANCHEZ ROCA, Mariano**; "Leyes Civiles y su jurisprudencia"; Vol. I; Ed. Lex; Cuba; 1955.
- 39.- **SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio**; "Derecho Internacional Privado"; tercera edición; Vol. 1; Ed. Lex; Cuba; 1951.

**40.- SANTA ANA SOLANO, Maricruz; "Derecho Procesal Familiar";
Tesis Doctoral; UNAM; 1997.**

**41.- SANTIAGO NINO, Carlos; "Introducción al Análisis del Derecho";
tercera edición; Ed. Ariel; España; 1987.**

LEGISLACIÓN

**1.- "Constitución de la República de Cuba"; Ed. Editora Política; Cuba;
1992.**

**2.- Ley No. 1289;"Código de Familia de la República de Cuba";
Publicación de Legislaciones; Vol. VI; Ed. MINJUS; Cuba;
1975.**

**3.- "Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral"; Publicación
de Legislaciones; Vol. XV; Ed. Orbe; Cuba; 1978.**

**4.- Ley No. 48 de 1984; "Ley General de la Vivienda"; Gaceta Oficial
de la República de 28 de diciembre de 1984; Cuba; 1984.**

**5.- Ley No. 50; "De las Notarias Estatales"; Gaceta Oficial de la
República de 28 de diciembre de 1984; Cuba.**

**6.- Decreto-Ley No. 154-94. Publicado en la Gaceta Oficial de la
República el 19 de septiembre de 1994. Cuba; 1994.**

- 7.- Resolución No. 182 de 1994; "Reglamento del Decreto-Ley No. 154" de 6 de septiembre de 1994; Gaceta Oficial de la República de 30 de noviembre de 1994; Cuba; 1994.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

- 1.- Enciclopedia Británica "Macropedia Hispánica"; Vol. 5, letras CHAC-ERASMO; Ed. Raud McNally & Company; Estados Unidos; 1991.
- 2.- Diccionario Ilustrado de la Lengua Española; "Sopena"; Ed. Ramón Sopena; S.A; España; 1965.

OTRAS FUENTES

- 1.- Conferencia impartida por la Dra Thalía Fung Riverón en el Instituto de Filosofía de la Academia de Ciencias de Cuba, Cuba; 1986. Notas tomadas por el autor.
- 2.- Plan de Estudios C; Curso Diurno; Universidad de la Habana, Cuba; 1989.