

UNIVERSIDAD DE LA HABANA
FACULTAD DE DERECHO

TESIS EN OPCION AL GRADO CIENTIFICO DE MASTER EN DERECHO CIVIL

Título: El deber jurídico, el derecho subjetivo y la legitimación de los abuelos en el marco familiar. Problemáticas sustantivas y procesales.

Autora: Lic. Ludmila Collazo Rodríguez

Tutora: Dra. Ivonne Pérez Gutiérrez

La Habana, noviembre de 2021

“La vida no es solamente un derecho. Es, sobre todo un deber”.

Alejandro Casona

Dedicatoria

A mi familia, por su amor, dedicación y apoyo incondicional, en especial a mi madre por ser mi guía y luz para cumplir todos mis sueños.

Agradecimientos

A mi tutora por su apoyo incondicional, por ser ejemplo de consagración y profesionalidad.

A los profesores de la Facultad por sus enseñanzas y excelente preparación.

A mis compañeros de trabajo por su constante preocupación y muestras de solidaridad.

RESUMEN

La familia es una institución jurídica que impacta de forma considerable en la realidad social y jurídica, en consonancia con el papel que asumen sus miembros bajo el paradigma de los afectos como categoría sustancial en la nueva visión del Derecho de Familia. En ese entramado de vínculos sociales, la relación jurídica familiar sufre modificaciones sustanciales en mérito a la intervención de otros sujetos, en el marco de la cual los abuelos ocupan un lugar preponderante y especial en la interconexión con sus miembros.

Precisamente su actuación constituye el elemento sustancial de la presente investigación desde la perspectiva del impacto social, y fundamentalmente jurídico, que alcanzan en la salvaguarda de los derechos de sus nietos, mediante el examen de las categorías sustantivas del deber jurídico, el derecho subjetivo y la legitimación, así como la evaluación del contenido y elementos que definen la responsabilidad parental como institución de actualidad en este ámbito.

En este análisis, resulta medular la valoración del ordenamiento jurídico cubano desde el tema objeto de investigación, y en las legislaciones foráneas como vía para arribar a una construcción teórico-jurídica sobre la intervención de los abuelos como sujetos de la relación jurídica familiar, en aras de garantizar su posibilidad de acceso a la justicia basado en el reconocimiento del derecho subjetivo a su favor, que lo legitima para intervenir en la relación procesal como sujeto atípico.

ABSTRACT

The family is a legal institution that has a considerable impact on social and legal reality, in line with the role that its members assume under the paradigm of affections as a substantial category in the new vision of family law. Within this framework of social ties, the family legal relationship undergoes substantial changes thanks to the intervention of other subjects, within the framework of which grandparents occupy a preponderant and special place in the interconnection with their members.

It is precisely their action that constitutes the essential element of this research from

the point of view of the social, and primarily legal, impact they achieve in safeguarding the rights of their grandchildren, by examining the substantive categories of legal duty, subjective right and legitimation, as well as evaluating the content and elements that define parental responsibility as a current institution in this field.

The main focus of this analysis is the evaluation of the Cuban legal system from the point of view of the subject under investigation, and of foreign legislation as a means of arriving at a theoretical-juridical construction on the intervention of grandparents as subjects of the family legal relationship, in order to guarantee their possibility of access to justice based on the recognition of the subjective right in their favour, which legitimizes it to intervene in the procedural relationship as an atypical subject.

INDICE

Introducción.....	1
CAPITULO I	
MARCO TEORICO SOBRE INTERVENCIÓN DE LOS ABUELOS EN LA RELACIÓN JURIDICA FAMILIAR.....	9
I.1. Acercamiento a la categoría sustantiva del deber jurídico.....	9
I. 2. El derecho subjetivo como paradigma del deber jurídico.....	16
I. 2.1. Naturaleza y contenido de los derechos subjetivos.....	16
I.2.2. Teorías en torno a la conceptualización de los derechos subjetivos.....	17
I. 2.3. Nacimiento y extinción de los derechos subjetivos.....	22
I. 2.4. Estructura y ejercicio de los derechos subjetivos.....	22
I. 2.5. Clasificación de los derechos subjetivos.....	24
I. 3. La legitimación y su vinculación intrínseca al derecho subjetivo.....	26
I. 3.1. Supuestos de legitimación en condición de sujeto de la relación jurídica.....	27
I. 4. Actuación de los abuelos como sujetos de la relación jurídica familiar.....	28
I. 5. Apuntes para la protección del derecho subjetivo de los abuelos desde los marcos de la responsabilidad parental.....	33
I.5.1. Configuración del derecho de los abuelos en la relación jurídica familiar.....	37
I.5.1.1. Visión comparada de la intervención de los abuelos en la relación jurídica familiar.....	38
CAPITULO II. INTERVENCION DE LOS ABUELOS EN EL PROCESO FAMILIAR CUBANO	
II. 1. La familia cubana: evolución y transformaciones sociales.....	49
II. 2. Análisis normativo en torno a la relación jurídico familiar.....	53
II.3. Modos de actuación del juez frente a la intervención de los abuelos en los procesos judiciales.....	60
CONCLUSIONES.....	72
RECOMENDACIONES.....	73
BIBLIOGRAFIA.....	74

INTRODUCCIÓN

La familia como célula fundamental de la sociedad, según ha sido reconocida a lo largo de los años, se encuentra sujeta a regulaciones en el orden legal por su alcance, efectos e incidencias en el desarrollo de la sociedad; de ahí que, como institución jurídica, no pueda verse alejada de los continuos cambios y transformaciones que se suscitan en los ordenamientos jurídicos para adecuar las normas que los componen a la realidad social.

En este orden, se aprecian pasos de avance en la consideración de nuevas relaciones jurídicas, tipologías y figuras con responsabilidad parental, más allá de madres y padres, en el seno familiar; con estrecha vinculación a la conformación y salvaguarda del principio de “interés superior del niño” en consonancia con lo establecido en el artículo tres de la Convención sobre los Derechos del Niño (en lo adelante, Convención o CDN). Así, la atención y protección de los menores de edad sirve como punto de conexión entre los sujetos que conforman una estructura social determinada, con independencia de las cuestiones de naturaleza conflictual que entre sus miembros se suscitan, y sin olvidar que -de cara al futuro- podrán ser los miembros y máximos representantes de una nueva familia con trascendencia a sus próximos descendientes.

En ese ámbito, la realidad y la técnica jurídica han rebasado la previsión normativa, mientras que la práctica judicial cubana se ha erigido en reflejo de ese contexto y se ha convertido en precursora desde la consideración de los derechos e intereses de otros sujetos en virtud de su relación afectiva o participación en el entorno familiar en torno al cual gira la litis. Por vía de distintas disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) se ha logrado cierta uniformidad en la actividad jurisdiccional y se han introducido importantes cambios doctrinales en el escenario jurídico nacional; primero, con la Instrucción 187 de 2007, de carácter experimental, y luego con su perfeccionamiento mediante la Instrucción 216 de 2012. Esta última constituye un cuerpo reglamentario,

acompañado de un grupo de normativas que le complementan y que han permitido la solución de conflictos de diversa índole mediante modos de actuación apegados a reglas de conciliación o, en todo caso, desentrañar su origen y las circunstancias que obstaculizan la obtención de un resultado favorable, tanto para los litigantes como para el infante que, por lo general, constituye el núcleo de la problemática.

En este sentido han sido diversas las situaciones fácticas conocidas por los tribunales en su función de impartir justicia, las que inicialmente se limitaban a contradicciones entre los padres del menor como típicas partes de la relación jurídica material que subyace y con derechos subjetivos reconocidos por el Código Civil y el Código de Familia. En la actualidad, cobran virtualidad jurídica otros miembros de la familia como pueden ser los abuelos en atención al papel que desempeñan en éstas; situación que obedece, en muchos casos, a la posición que ocupan los ascendientes como guías de familia, en estrecha conexión con el papel que ocupa la mujer en la sociedad cubana actual, y, por ende, en su desarrollo socioeconómico.

En consecuencia, los abuelos asumen el cuidado de sus nietos bajo el criterio de la responsabilidad parental que excede la patria potestad asumiendo la visión de reforzar la protección de los niños, niñas y adolescentes bajo la noción de un deber jurídico, totalmente distinto a la posición de poderío que distingue la institución romana desde su surgimiento y con el decursar de los años, lo cual presupone determinado comportamiento en los sujetos implicados con incidencia en el alcance de su voluntad y libertad personal, y al unísono, se traduce en un derecho subjetivo que le confiere legitimación y le posiciona, sustantiva y procesalmente en posibilidad de reclamar para sí.

Este “trabajo” de los abuelos se despliega en cualquier entorno familiar, pero cobra mayor importancia en aquellos requeridos de la institucionalización de la labor de cuidado y que pueden ser de disímil naturaleza, pues se corresponden

con circunstancias de hecho, tales como embarazos adolescentes que conducen a la adopción de posturas negligentes y desinteresadas de los padres respecto a los niños, internamiento de los progenitores en un centro penitenciario, padecimiento del VIH-SIDA de alguno o ambos progenitores con evidentes trastornos psicológicos, abuso de drogas, abandono manifiesto de los hijos, maltrato infantil y desarrollo de conductas de violencia familiar, enfermedad mental o muerte de éstos e, incluso, circunstancias asociadas al flujo migratorio. Algunas de estas problemáticas llegan a convertirse en supuestos de disfuncionalidad en la dinámica familiar, los que trascienden al ámbito social y recaban de suficiente respaldo jurídico.

Así, estas relaciones jurídicas rompen con la tradicional estructura que informa a la relación jurídica civil, precisamente bajo el criterio sostenido por VALDÉS DÍAZ cuando al evaluar los fenómenos jurídicos estima: “la apreciación de la vida jurídica como marco en el que se vinculan derechos y deberes, y como marco de realización de funciones económico sociales necesitadas de tutela y protección legal”¹, pensamiento que evidencia la necesidad de adecuar el ordenamiento legal a los continuos avances de la vida social.

En ese orden, la relación jurídica familiar se impregna de un elemento subjetivo, en que no están claras las posiciones de activo y pasivo² que típicamente se configuran, en tanto todos los que forman parte de esa familia han de intervenir “activamente” en ella; situación material que trasciende al proceso, pues al decir de PÉREZ GUTIÉRREZ³, la participación de los abuelos “... rompe con el tradicional concepto de parte ya que, aparentemente, no son los directamente implicados en el asunto a debatir”.

¹ VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., “La relación jurídica civil”, en VALDÉS DÍAZ, Caridad del C. (coord.), *Derecho Civil. Parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 84.

² Idem p. 98.

³ PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne, “Introducción al Derecho Procesal Civil”, en PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne (coord.), *Derecho Procesal Civil*, Editorial Universitaria Félix Varela, la Habana, 2016, p. 21.

Por tal motivo, la práctica jurídica en sus diferentes aristas exige del examen de los modos de actuación de los abuelos en el seno familiar, en atención a la necesidad de que se legitimen dichas actuaciones, tanto en el orden sustantivo como desde sus implicaciones procesales, pues en uno u otro sentido coadyuvan al logro de soluciones favorables impregnadas de justicia social, lo que merece su estudio desde una perspectiva general y particularizada.

Para lograrlo resulta aspecto de medular importancia acudir al contenido de la relación jurídica, en el que se combinan desde la norma legal, situaciones de poder jurídico y situaciones jurídicas de deber con enfoque en el logro de la función social y económica del Derecho, las que a criterio de VALDÉS DÍAZ, se concretan en el primer caso mediante el reconocimiento de los derechos subjetivos, las facultades y potestades jurídicas al atribuir a una persona la posibilidad de exigir respecto a otras un comportamiento con las consecuencias de ley, mientras que en el segundo se origina un deber jurídico determinado por la norma legal en el sentido de adoptar determinada conducta, sea de acción u omisión⁴; elementos de naturaleza jurídica que constituirán el hilo conductor de la investigación.

Se trata de que la participación procesal de los abuelos en razón de la protección de sus derechos como miembros del núcleo familiar no encuentra fundamento en la normativa vigente, ni tiene suficiente arraigo teórico en el entorno nacional, y su vinculación a categorías sustantivas básicas en el contexto civil como deber jurídico, derecho subjetivo y legitimación, le coloca en posición desventajosa para el ejercicio de sus derechos como parte de la relación jurídica familiar; todo ello, sin soslayar otras cuestiones de naturaleza psicosocial y de orden público que

⁴ VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., “La relación jurídica civil”, op.cit., pp. 89-100.

también inciden en dicha relación, como pudiera ser la previsión de garantías procesales acorde a su condición de partes.

En otro orden, la nueva Constitución de la República de Cuba en vigor desde el 10 de abril de 2019 ha colocado muy alta la varilla del pensamiento jurídico nacional, al reconocer la importancia de los afectos como valor jurídico, la diversidad de formas familiares y la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de sus integrantes⁵, todo lo cual refuerza la tesis que se defiende en el presente informe en cuanto a la posición de los abuelos en esa relación jurídica.

Los postulados constitucionales obligan a los operadores del Derecho, y especialmente a los juzgadores, a reorientar su visión de cómo debe ser el Derecho familiar cubano y el proceso que garantiza su realización; a la labor jurisdiccional -a la espera de un moderno Código de las Familias- le compete interpretar la Carta Magna y aplicarla a los casos concretos, en conjugación con los principios preestablecidos en los convenios internacionales desde la perspectiva del artículo 8 de la Ley Suprema⁶. Como bien sostiene PÉREZ GALLARDO: “No se trata de que los jueces se conviertan en hacedores de una nueva norma, pero como sus principales intérpretes han de velar porque sus sentencias expresen lo más avanzado y humano del pensamiento y la doctrina familiar”⁷.

Justamente, tal realidad ha motivado el desarrollo de la presente investigación que parte del siguiente **problema científico**: La ausencia de bases teóricas que conformen un régimen jurídico con sustento en las categorías deber jurídico,

⁵ Cfr. Art. 81. Aunque la Constitución no se refiere expresamente a los abuelos, está implícita su consideración como integrantes de las familias.

⁶ Cfr. Art. 8. La Constitución prevé la integración de los tratados internacionales en vigor en la República de Cuba al ordenamiento jurídico internacional.

⁷ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Las nuevas construcciones familiares en la jurisprudencia constitucional iberoamericana”, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Carlos M. VILLABELLA ARMENGOL y Germán MOLINA CARRILLO (coord.), *Derecho Familiar Constitucional*, Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016, p. 530.

derecho subjetivo y legitimación sobre la intervención de los abuelos en el proceso familiar, entorpece su interpretación y aplicación en la práctica judicial cubana actual.

Para investigar el tema se plantea como **objetivo general**: Fundamentar las bases teóricas del régimen jurídico sobre la intervención de los abuelos en el proceso judicial en sede familiar en Cuba, a partir de las categorías deber jurídico, derecho subjetivo y legitimación.

De conjunto con este objetivo general, esbozamos los **objetivos específicos** siguientes:

- Analizar las instituciones deber jurídico, derecho subjetivo y legitimación de los abuelos como parte de la relación jurídica familiar, para conceder respaldo a su intervención en la práctica judicial.
- Valorar el papel de los abuelos como sujetos de la relación jurídica familiar para conceder respaldo a su intervención en la práctica judicial.
- Sistematizar los criterios doctrinarios y de interpretación judicial sobre la actuación de los abuelos desde una visión de Derecho Comparado.
- Determinar las bases teóricas del régimen jurídico sobre la intervención de los abuelos en la práctica judicial.

Los métodos utilizados son el de Análisis y Síntesis, en torno a ponencias, libros y manuales relativos a las figuras de deber jurídico, derecho subjetivo, la legitimación, mediante la extracción de las ideas fundamentales y criterios personales de los autores.

De igual forma se emplea el método Deductivo-Inductivo para valorar los criterios e ideas extraídos, arribando a conclusiones en cuanto a la actuación de los abuelos en el proceso familiar desde la perspectiva del deber jurídico, derecho subjetivo y la legitimación en consonancia con su papel y modos de actuación en la familia.

Por otra parte, a través del método jurídico-comparado se visualiza la implementación de un régimen jurídico en contextos internacionales, con relación a las figuras en debate, fundamentalmente en países de Iberoamérica de acuerdo a la similitud de raíces culturales y jurídicas, dígame España, Colombia, Argentina, México, El Salvador y Perú, lo que permite destacar no sólo las distinciones entre tales ordenamientos jurídicos, sino además apreciar los aportes que ofrecen respecto a categorías de novedad para la correcta e integral definición de las bases teóricas del régimen jurídico que se examina.

En cuanto a técnicas, la observación directa se desarrolla desde el ejercicio de la profesión en condición de jueza de la autora del presente informe mediante el examen y conocimiento de los asuntos, así como por el desempeño de otros jueces con quienes se colegia la decisión de los casos.

La revisión de documentos encuentra expresión en el examen de expedientes de las Secciones de Familia de los Tribunales Municipales Populares de Plaza de la Revolución y Diez de Octubre seleccionados por ser las estructuras judiciales con mayor radicación de asuntos de familia en sede municipal, y en la instancia provincial, las Salas de lo Civil y lo Administrativo en función de los asuntos de su competencia, en la extensión del período del 2017 al 2021.

La novedad de la investigación se sostiene en la posibilidad de definir los fundamentos que desde la perspectiva del deber jurídico, el derecho subjetivo y la legitimación, constituyen el punto de partida para el desarrollo de un régimen jurídico sobre la intervención de los abuelos en el proceso familiar con un soporte teórico que contribuya al desarrollo de la labor jurisdiccional ante la ausencia de regulaciones legales que respalden la actuación judicial en el contexto familiar.

Los **resultados alcanzados** en el proceso investigativo son de índole teórico-prácticos, tanto para la academia del Derecho en Cuba como para quienes lo

ejercen, fundamentalmente en la esfera judicial en función de poseer un basamento científico y legal que conduzca al adecuado juzgamiento de la diversidad de cuestiones que se suscitan en el seno familiar a partir del reconocimiento integrador de los derechos de los miembros de la familia, los que se concretan en:

1. Sistematización de las concepciones acerca de las categorías deber jurídico, derecho subjetivo y la legitimación como elementos básicos, así como su expresión en el ámbito jurídico-familiar en la figura de los abuelos.
2. Propuesta de bases teórico-prácticas para introducir un régimen jurídico que respalde la intervención de los abuelos en el proceso familiar.

El contenido de la tesis consta de una introducción, dos capítulos, conclusiones, recomendaciones y bibliografía.

En el primer Capítulo se efectúa un análisis de criterios doctrinales en cuanto a las categorías deber jurídico, derecho subjetivo y la legitimación, con particular análisis de su concepto, clasificación y caracteres, y énfasis en la actuación de los abuelos en la relación jurídica familiar con enfoque en la responsabilidad parental.

En el segundo Capítulo se evalúa la posición activa de los abuelos en la familia cubana y las regulaciones normativas que en el ordenamiento jurídico se estipulan respecto a la familia, partiendo de la evaluación actual del texto constitucional y la labor legislativa desencadenada a raíz de su promulgación, fundamentalmente en los elementos que conciernen a los nuevos derroteros del Derecho de Familia, y por consiguiente desentrañar la forma en que se configura el deber jurídico, derecho subjetivo y la legitimación como parte de la práctica judicial para desarrollar herramientas que posibiliten el mejor desenvolvimiento de los órganos judiciales y las partes en tales asuntos en aras de la justicia y la racionalidad, con estrecha vinculación a la sensibilidad de los asuntos de esta índole.

CAPITULO I. MARCO TEORICO SOBRE INTERVENCION DE LOS ABUELOS EN LA RELACION JURIDICA FAMILIAR.

I. 1. Acercamiento a la categoría sustantiva del deber jurídico.

El ordenamiento jurídico tiene como función esencial la regulación normativa de la actuación de los ciudadanos en consonancia con las instituciones que desde el Derecho son aplicables a una cuestión particular, es decir, se traduce en la conjugación de la realidad social con la solución técnico jurídica que permita solventar una cuestión particular, por lo que se impone encausar la investigación desde el esclarecimiento de las instituciones vinculadas al tema, pretendiendo traslucir los elementos fundamentales de la categoría deber jurídico desde su conceptualización doctrinal y caracteres frente a las normativas legales, en aras de definir el alcance de la protección que dispensa el Estado a los abuelos como parte de la relación jurídica familiar, y consecuentemente, ofrecer una solución legal que propicie un mayor acercamiento de la justicia familiar a la realidad social del país.

La institución del deber jurídico desde el punto de vista teórico se ha calificado bajo diversas acepciones, confluyendo en la idea esencial de sujeción al cumplimiento de determinada conducta respecto a una tercera persona, lo que genera un vínculo obligacional que reduce la libertad de actuación del sujeto obligado. La terminología del “deber” constituye un elemento medular de la estructura de las normas jurídicas, a partir de los efectos inmediatos del derecho, que se desdobra en la imposición de deberes a los sujetos a los que se dirige, de forma determinada o dirigido a la generalidad de las personas, los que según VALDÉS DÍAZ pueden ser “deberes establecidos a favor del titular del derecho correlativo o deberes generales de no perturbar a los demás, por lo que entrañan una responsabilidad de cumplimiento”⁸.

⁸ VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., “La relación jurídica civil”, op.cit., p.100.

Por su parte, de acuerdo a la conceptualización de la relación obligatoria por DIEZ-PICAZO el deber jurídico es la actividad o comportamiento que el sujeto pasivo tiene que desplegar en favor del sujeto activo⁹; lo que si bien se avoca a la esencia de las obligaciones bajo la denominación técnica de prestación, constituye aspecto medular para la comprensión y determinación del alcance del deber jurídico en la relación jurídica de familia.

Desde la configuración de la norma, el concepto de deber jurídico puede resultar de difícil determinación de acuerdo a su formulación a fin de determinar qué es o en qué consiste propiamente, situación que incide en el ámbito de la conciencia como parte de la interpretación de la norma, por falta de explicitud en sus términos, que obliga a deducir la conducta obligatoria derivada del derecho reconocido o en virtud de su carácter incomprensible; siendo uno de los motivos particulares por los que en los tiempos más antiguos, el deber de cumplir las leyes que regían el desarrollo de la vida social era entendido como un carácter simplemente religioso, de acatamiento pleno y profundo, y por ende, un “deber de conciencia”.

Como parte del desarrollo de la sociedad, las posiciones en torno al tema han variado, pues inicialmente el deber de los hombres frente a la ley natural era un deber de conciencia, lo que se generalizó durante el desarrollo cristiano de la doctrina estoica con fundamento en la convicción de que la obligación que tenían los súbditos de cumplir el Derecho Natural y las leyes positivas humanas era una obligación interna o en conciencia, de modo que, tanto por razón del contenido como por razón del fundamento, se daba una plena coincidencia entre los deberes relativos a la ley moral y los relativos a las leyes jurídicas¹⁰; posición que derivó en

⁹ DIEZ- PICAZO, Luis, “El contenido de la relación obligatoria”. Consultado el 22 de noviembre de 2021 en <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=Deber+juridico+segun+Diez+Picazo>

¹⁰ AA.VV., El deber jurídico: caracterización y fundamento. Sitio web: <https://juspedia.es/libro/teoria/3051-el-deber-juridico-caracterizacion>. Consultado el 14 de diciembre de 2020.

diversas críticas de acuerdo al carácter heterónomo de las normas jurídicas y la posibilidad de que el cumplimiento de las conductas que prescriben, se imponga coactivamente.

Esta visión se asume por la mayoría de los autores del iusnaturalismo racionalista en lo que afecta al contenido o carácter del deber, y en lo relativo a su fundamento, quienes sustituyeron la imposición de una autoridad exterior por la aceptación personal del sujeto; aconteciendo más tarde la apertura a la doctrina de la neutralidad moral del deber jurídico con el fortalecimiento del movimiento secesionista del Derecho frente a la Moral, a partir de la contraposición entre Moral y Derecho desarrollada por TOMASIO y KANT.

Según TOMASIO¹¹, mientras que las reglas de la honestidad (Moral) obligan en el fuero interno, las reglas de la justicia (Derecho) imponen sólo los deberes externos y coactivos. Por su parte, KANT sostiene que “el deber moral es un deber interno que sólo puede fundamentarse en la existencia de una ley racional autónoma universalizable; pero los deberes jurídicos son externos, nacen de una ley heterónoma y se realizan con independencia de cuál sea el motivo que mueve al agente”¹², evidenciando un pensamiento más avanzado desde el punto de vista del reconocimiento del valor jurídico.

Otra de las posiciones es la teoría del reconocimiento, defendida por BIERLIN¹³, quien fundamenta el deber de obediencia al Derecho, en la aceptación o el reconocimiento de las normas por el sujeto a quien van dirigidas, y en otro sentido, la teoría de la fuerza que considera el deber jurídico como sometimiento a la coacción, “es una manifestación del poder y de su fuerza coactiva”, a las que se

¹¹ AA.VV. El deber jurídico: caracterización y fundamento. Sitio web: <https://juspedia.es/libro/teoria/3051-el-deber-juridico-caracterizacion>. Consultado el 14 de diciembre de 2020.

¹² Ibidem.

¹³ AA.VV. Derecho subjetivo y deber jurídico. Sitio web: <http://derecho911.blogspot.com/2014/02/derecho-subjetivo-y-deber-juridico.html>. Consultado el 15 de febrero de 2021.

afilia el pensamiento de los sofistas e incluso las corrientes del marxismo pueden considerarse como una formulación de esta teoría.

Para HANS Kelsen, el deber moral y el jurídico son dos realidades completamente distintas, pues este último se encuentra desligado de las motivaciones que definen el actuar del individuo sometido a la regulación del Derecho. Define el deber moral como “aquel que implica que el sujeto obligado conoce el contenido de la norma, está de acuerdo con él y lo acepta, mientras que el deber jurídico existe independientemente de que el sujeto obligado conozca o acepte las normas, ya que éstas valen y obligan aunque el destinatario no las acepte¹⁴.

En el marco del deber jurídico considera, dentro de sus principales características, su pertenencia al campo general del deber ético, es decir, al mundo de los deberes que surgen de las normas éticas, y como núcleo central de su estructura una cierta dosis de presión o “necesidad” racional que empuja al sujeto a realizar el comportamiento establecido por la correspondiente norma jurídica.

El deber jurídico tiene la peculiar característica de recaer sobre un sujeto que es parcialmente artificial. El sujeto obligado por el deber jurídico no es un individuo humano cuya identidad queda delimitada por su propia personalidad psicológica, sino que es una persona en términos jurídicos, es decir, un sujeto social estereotipado y fungible. Consecuentemente, ese deber no puede subordinarse ni a la intencionalidad ni a las peculiaridades individuales de cada sujeto (como ocurre en los deberes impuestos por las normas morales), sino que tiene que configurarse como una obligación genérica y abstracta que se satisface con un cumplimiento meramente exterior y objetivo.

¹⁴ ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo, Sobre el concepto de deber jurídico de Hans Kelsen. Boletín de la Facultad de Derecho, número 16, 2000, p. 26.

De similar forma, estima que el derecho objetivo se ofrece al sujeto no solo como facultad sino también como deber jurídico, desde la visión del alcance de la norma que pauta el ordenamiento jurídico, cuando confiere al individuo ciertas facultades y al unísono determinadas obligaciones; estimando que sin sanción no hay deber jurídico, y lo define como “una norma jurídica positiva que ordena la conducta del individuo, al enlazar con el comportamiento contrario una sanción¹⁵.”

De acuerdo a LAUN¹⁶, para que el Derecho sea verdadera norma de conducta e imponga auténticos deberes a los súbditos, es necesario que éstos acepten en conciencia sus reglas, convirtiéndolas en genuinas normas autónomas, postura que evidencia una simbiosis entre los criterios doctrinales previamente aducidos.

En este orden, a criterio de ABELARDO TORRE¹⁷ el contenido del deber jurídico consiste en la obligación impuesta por una norma jurídica, de realizar una cierta conducta, ya sea de hacer o no hacer algo, incluyendo en el primer supuesto las de dar por tratarse de tres especies de un mismo género, bajo el entendido que dar algo es una de las formas de hacer, siendo el concepto de deber jurídico correlativo a favor del sujeto pretensor.

GARCÍA MÁYNEZ, por su parte, define el deber jurídico como la “restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otras u otras, de exigir de la primera una cierta conducta, positiva o negativa”. Toda norma jurídica hace referencia a uno o varios deberes jurídicos por lo que su noción es otro de los conceptos jurídicos fundamentales, pero ello no impide distinguir entre

¹⁵ ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo, Idem, p. 32.

¹⁶ AA.VV., El deber jurídico: caracterización y fundamento. Sitio web: <https://juspedia.es/libro/teoria/3051-el-deber-juridico-caracterizacion>. Consultado el 14 de diciembre de 2020.

¹⁷ TORRE, Abelardo, Introducción al Estudio del Derecho. 3ª edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, pp. 243-244.

el deber jurídico, es decir, la obligación de una cierta conducta, y el concepto normativo, que también es denominado obligamiento¹⁸.

En la época actual, algunos autores defienden la tesis de que el Derecho no impone obligaciones propiamente dichas, sino que se limita a colocar a los súbditos ante la posibilidad de sufrir un daño en el supuesto de que no realicen las conductas prescritas, entendiendo que la situación de poder implica que una persona tiene autoridad suficiente para reclamar a cualesquiera otras una posición de sumisión y respeto del propio derecho, y la situación de deber implica que un determinado sujeto se encuentra vinculado a la realización de un determinado comportamiento respetuoso del derecho ostentado por cualquier otra persona.

También se define el deber jurídico como “el cumplimiento de determinadas conductas por parte de los sujetos destinatarios de un orden jurídico que se les puede imponer coactivamente, en caso de incumplimiento voluntario, mediante la aplicación de la sanción correspondiente a ese incumplimiento, prevista normativamente”. En esa caracterización del deber jurídico se señalan la norma (presupuesto previo y necesario), la sanción y la posibilidad de imposición coactiva.

En criterio de la autora, el deber jurídico se erige como modo de actuación que impacta en la esfera de la voluntad de un individuo, ya sea mediante el reconocimiento de un derecho en la norma legal y su materialización efectiva a favor de un tercero, que presupone límites de respeto al derecho ajeno en el marco de la realidad objetiva, como producto de la expresa prohibición u obligatoriedad de realizar determinada conducta reconocida en el ordenamiento jurídico, de manera que se deriva de dos aristas fundamentales cuyo fin primordial es la salvaguarda de un derecho particular.

¹⁸ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Teoría General del Derecho y el Estado. Segunda edición. Editorial México, DF Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho.

El deber jurídico tendrá también como núcleo central de su estructura una cierta dosis de la presión racional que empuja al sujeto del deber a realizar el comportamiento establecido de forma imperativa por la norma jurídica, previendo en su caso las consecuencias legales para conseguir un nivel mínimo de cumplimiento, pero que no deben fundirse a la esencia de su concepción jurídica.

La función esencial del derecho (no solo su función primaria) es el deber jurídico, con independencia del concepto que tenga de la facultad, lo cierto es que la facultad de uno presupone el deber del otro, por lo que la protección de un interés consiste en que hay alguien que está jurídicamente obligado a aquella conducta relacionada con el interés; la voluntad está jurídicamente garantizada por el hecho de que otro está obligado a comportarse.

Resulta necesario distinguir la existencia de dos grandes grupos de deberes jurídicos: los fundamentales y los ordinarios. Los *fundamentales* son los deberes jurídicos de humanidad, es decir, aquellos que cada ciudadano tiene, por el simple hecho de ser hombre, para con todos los otros seres humanos, cuya existencia y alcance no dependen sustancialmente de la regulación que tengan en los ordenamientos jurídicos históricos. Los *ordinarios*, en cambio, son deberes cuya existencia y alcance están vinculados a la respectiva regulación de esos ordenamientos. Estos deberes tienen su raíz inmediata y su agente configurador definitivo en las normas jurídicas que los imponen.

Es impensable un orden jurídico y una simple norma de derecho sin deberes jurídicos, pues la obligación jurídica no significa otra cosa que la sumisión al derecho; y en esta sumisión o vinculación jurídica radica la esencia del derecho considerado tanto en su conjunto como en cada una de sus normas, de manera que en torno a los efectos y esencia de la intervención de los abuelos en el ámbito familiar, igualmente deben ponderarse los derechos subjetivos a partir de una

previsión obligacional que se vincula concretamente en la relación familiar al contenido de la responsabilidad parental.

I. 2. El derecho subjetivo como paradigma del deber jurídico.

Luego de indagar en las esencias del deber jurídico como categoría sustantiva y genérica del Derecho, resulta innegable la necesidad de estudiar las características y peculiaridades del derecho subjetivo en el marco de una relación jurídica, en función de la conectividad entre ambas figuras jurídicas.

I. 2.1. Naturaleza y contenido de los derechos subjetivos.

El concepto de derecho subjetivo tiene una gran importancia para la ciencia del Derecho, ya que faculta al sujeto para poner en marcha la acción procesal y la reclamación en juicio de sus pretensiones jurídicas, alcanzando a determinadas ramas del derecho desde su concepción de derecho público en relación a los denominados derechos humanos o fundamentales.

Según el criterio de la profesora VALDÉS DÍAZ, “el derecho subjetivo no es más que una situación de poder jurídico que se reconoce y protege por el ordenamiento jurídico, compuesta por un grupo de facultades unitariamente agrupadas que se atribuyen a su titular para la satisfacción de determinados intereses unitariamente considerados, dejando al arbitrio de este su ejercicio y su defensa”¹⁹.

La contraposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo obliga a establecer un concepto diferenciado de esta última categoría como facultad o poder que las normas jurídicas atribuyen a los sujetos de derecho. No obstante, este concepto debe ser contrastado con las diferentes teorías acerca de la naturaleza y alcance del derecho subjetivo. En relación al derecho subjetivo han sido disímiles las

¹⁹ VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., La relación jurídica civil, op.cit., p. 98.

posiciones de carácter político e ideológico, en la búsqueda de soluciones legales a la atipicidad de relaciones sociales que establecen los individuos, lo que ha generado complejidades de orden técnico en la práctica jurídica.

Las ideas iniciales sobre la concepción del derecho subjetivo se contraen al siglo XIV bajo su formulación como facultad inherente e intocable del individuo a cargo de GUILLERMO DE OCCAM, con un estrecho ligamen al individualismo propio de la sociedad burguesa en concordancia con las ideas contractualistas, lo que propició el liberalismo burgués en el ámbito social y jurídico. En consecuencia, los derechos subjetivos alcanzaron su despliegue, en esos momentos, como la fundamentación y la razón de ser de todos los derechos y se identificaron con facultades y prerrogativas innatas del hombre; teoría expresada en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

En tal sentido, el profesor CAÑIZARES calificó a “la teoría de los derechos naturales o innatos individuales, como un arma de lucha de la clase burguesa contra el poder feudal y a pesar de su base anticientífica desde el punto de vista social significaba una idea de progreso frente a las concepciones teológicas que pretendían someter a los hombre a la impotencia y anular los rasgos esenciales de la personalidad humana”.²⁰

I. 2. 2. Teorías en torno a la conceptualización de los derechos subjetivos.

Las teorías en torno a la definición de los derechos subjetivos se han visualizado por los doctrinólogos como *tradicionales* y *modernas*. En el primer grupo se reconoce la Teoría de la Voluntad, enunciada por SAVIGNY quien propugna que el derecho, considerado en la vida real, se aparece como un poder del individuo y hasta los límites de ese poder reina la voluntad del mismo. Otro seguidor de esta

²⁰ FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, Teoría del Estado y el Derecho. Editorial Félix Varela. La Habana, 2002, p.143.

teoría pero con algunos matices diferentes es el alemán WINDSCHIED quien enunció que los derechos subjetivos se derivan de la voluntad individual y como expresión de tal voluntad se reconoce y protege por el ordenamiento jurídico.

De forma general ambas postulan que el derecho subjetivo consiste en el hecho psicológico de la voluntad del sujeto, que las normas del derecho positivo han de reconocer y garantizar; posiciones criticadas por su ligamen a la voluntad al otorgar a este hecho psíquico, carta de naturaleza jurídica, lo que es difícilmente justificable y porque es notorio que a veces existen efectivamente derechos subjetivos sin que el sujeto preste su consentimiento, lo que impone limitaciones a las personas que no poseen plena capacidad jurídica a pesar de ser titulares de derechos subjetivos.

En contraposición a la primera surge la Teoría del Interés propugnada por el jurista alemán R.VON IHERING, quien expone que los derechos subjetivos no eran resultado de la voluntad del sujeto, sino que constituían intereses jurídicamente protegidos, o sea “que los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta: sirven por el contrario para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y conseguir sus fines, de manera que asume el Derecho como regulación de intereses en conflicto, que igualmente se traspola al ámbito de la psiquis”²¹.

En otro orden se incluye la Teoría Ecléctica de JELLINEK que estima a los derechos subjetivos como intereses tutelados por la ley mediante el reconocimiento de una voluntad individual, a la que se le confiere el rango de persona jurídica con derechos y deberes. Dentro de las llamadas teorías *modernas* se encuentran las negadoras de la existencia del derecho subjetivo, la primera de ellas es la Teoría Formalista o también tratada como Teoría de los derechos subjetivos en la teoría

²¹ DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Cuarta Edición. Editorial Tecno, Madrid, 1989, p. 436.

pura del derecho, cuyo principal exponente fue KELSEN, quien igualo el derecho subjetivo al objetivo, desde la visión de que el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria a lo establecido; negando de esta forma toda entidad propia a los derechos subjetivos, al confundir el derecho positivo es decir la norma, con el derecho subjetivo (facultad jurídica).

Para KELSEN tanto la teoría de la voluntad como la teoría del interés coinciden en que existe un derecho subjetivo previo al derecho objetivo, lo que supone retornar a la teoría iusnaturalista que defiende el dualismo entre derecho objetivo y derecho subjetivo y que debe ser eliminado, ya que el derecho subjetivo no constituye más que un aspecto del derecho objetivo que toma la forma de un deber cuando la norma sanciona a un sujeto o bien la de un derecho subjetivo cuando se pone a disposición de este individuo.

En este último caso, las normas colocan a la persona en la posición de poder crear Derecho, por lo que para KELSEN el derecho subjetivo no es más que una técnica de creación del Derecho. Esta teoría elimina el dualismo Derecho objetivo-derecho subjetivo y, por el contrario, afirma el carácter primario del deber jurídico, aunque no niega radicalmente su existencia, si bien se limita a considerarlo un aspecto de la norma de derecho objetivo.

Otra teoría fue la sostenida por el jurista francés DUGUIT que critica la concepción del derecho subjetivo como autonomía de la voluntad, poniendo de relieve que ninguna voluntad posee condición especial para imponerse a los demás por sí misma. Para este crítico todo derecho es objetivo, prescribe deberes y conductas a los hombres guiados por la solidaridad e interdependencia social, de ahí que se originen situaciones que pueden ser ventajosas pero no derechos subjetivos. Se trata de una posición de corte sociológico que toma la solidaridad social como fundamento de lo jurídico, y niega la existencia del derecho subjetivo, porque lo considera un concepto individualista propio exclusivamente de los sistemas liberales, considerando que las normas jurídicas no confieren derechos subjetivos

a los individuos, sino que determinan cuáles son las funciones sociales que le corresponden a cada miembro del grupo social.

El pensamiento marxista también aporta a la teoría de los derechos subjetivos colocándola en nuevas posiciones, incluso como medio de lucha a las fuerzas populares contra el liberalismo burgués y al respecto VIDAL siguiendo y sintetizando el pensamiento de Hohfeld, de Ross y de Paniagua, considera: “el derecho subjetivo, pues, constituye poderes, define facultades, otorga potestades y confiere inmunidades; unifica técnicamente distintas situaciones, las agrupa y les confiere un tratamiento unitario, sin que ello implique un pronunciamiento sobre el derecho en cuestión”²².

Esta concepción marxista surge de dos grandes tendencias que han partido de un criterio común: el derecho subjetivo es una simple derivación o subjetivización del derecho positivo. Para una corriente de teóricos los derechos subjetivos existen solo dentro de la relación jurídica, y en consecuencia emanan de las normas jurídicas que al regular y dar vida a las relaciones jurídicas establecen los derechos subjetivos y los deberes correspondientes.

Otra postura parte de la consideración de que en la regulación jurídica de la actividad productiva y económica de las empresas estatales, existían derechos subjetivos absolutos independientes de cualquier relación jurídica. En ambos criterios el derecho subjetivo aparece sólo como la subjetivización y la interiorización personal de un derecho consagrado objetivamente en la legislación positiva.

La teoría del realismo jurídico se desarrolla tanto en Norteamérica como en los países escandinavos en dos vertientes o escuelas distintas y defiende una teoría jurídica de signo empirista, que explica el Derecho desde los hechos jurídicos.

²² FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, Teoría del Estado y el Derecho, op.cit., p. 145.

Para tales estudiosos, la conducta de los tribunales es la que constituye los hechos jurídicos y los derechos subjetivos, en la medida en que derivan de las normas jurídicas que son las que atribuyen facultades, por lo que no pueden ser tomados en consideración en el marco de la ciencia jurídica, que es una ciencia empirista, y estiman que tales derechos no tienen existencia real, pues son sólo una construcción de la ciencia jurídica que permite explicar el Derecho vigente, aunque cumplen la función de crear el sentimiento de poseer unas facultades que motivan las conductas jurídicas.

A decir de LACRUZ BERDEJO, el derecho subjetivo es una situación de poder jurídico, donde la persona puede hacer o exigir jurídicamente, siempre dentro de los límites trazados por la presencia de los otros, es decir, para él es “no solo que el poder en que consiste el derecho subjetivo nunca sea ilimitado, sino también que lleve inherentes ciertos deberes, incluso cuando confiere las facultades más extensas y absolutas como el dominio”²³.

Para el profesor FERNÁNDEZ BULTÉ los derechos subjetivos emanan y son realidad sólo en cuanto se encuentran reconocidos, plasmados, constituidos en las normas jurídicas, y en consecuencia se realizan en determinadas relaciones jurídicas.²⁴ Es decir, coloca a la norma en tanto base del ordenamiento jurídico como punto de partida del nacimiento de los derechos subjetivos.

En apreciación de la autora, el derecho subjetivo es el conjunto de facultades que derivan del reconocimiento de una situación particular por el ordenamiento jurídico y que permiten a su titular su materialización efectiva mediante el ejercicio de las acciones legales, por lo que la visión asumida por los reconocidos profesores desde la postura de la preexistencia de una previsión legal es la más acertada, y

²³ LACRUZ BERDEJO, José L., Manual de derecho civil. Segunda edición. Librería Bosch, Barcelona, 1984, p. 129.

²⁴ FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, Teoría del Estado y el Derecho, op.cit., p. 147.

no se supedita a la idea de la subjetividad por el simple hecho de su denominación, sino que se genera a partir de la posibilidad de su ejercicio.

I. 2.3. Nacimiento y extinción de los derechos subjetivos.

Desde tal posición, los derechos subjetivos nacen a partir de los supuestos que la norma jurídica como elemento integrador de todo ordenamiento jurídico establece, y una vez que ya existe, se atribuye a una persona determinada que lo adquiere, ya sea con el nacimiento como acontecimiento natural que conlleva al origen del derecho (adquisición originaria) o a partir de su transmisión de un sujeto a otro que lo adquiere (adquisición derivativa).

En el caso de los modos derivativos presuponen la preexistencia de un derecho, que ya poseía otra persona y que trasmite a otro, mediante una causa que justifica la transferencia y en el estado y con los caracteres que tenía cuando se hallaba en poder del titular de origen.

El derecho subjetivo puede además alterarse sin perder su esencia e identidad, como cuando cambian los sujetos, objeto o contenido del mismo; y pueden extinguirse por diversas causas, como puede ser desaparición física del sujeto u objeto, privación de los derechos por los tribunales o por la ley, la prescripción y además la renuncia de su titular.

I.2.4. Estructura y ejercicio de los derechos subjetivos.

Tres elementos esenciales conforman la estructura de los derechos subjetivos: El primero de ellos es el *sujeto* del derecho subjetivo: Es la persona a quien la norma jurídica le confiere una determinada situación de poder, es decir es la persona a quien pertenece el derecho²⁵, es decir, su titular en variante única o compartida.

²⁵ VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., “La relación jurídica civil”, op.cit., p. 92.

No siempre el portador del interés que entraña un derecho subjetivo es el sujeto del mismo, ni tampoco lo es siempre el que lo ejercita como tal o es portador de la voluntad que gobierna este, por ejemplo la representación. Lo que sí queda claro es que los derechos no pueden existir sin pertenecer a un sujeto, aún y cuando éste pueda estar transitoriamente indeterminado, en este último caso por un tiempo limitado, tal es el caso de la herencia deferida a un concebido, situación que admite el Código Civil en sus artículos 25 y 535.1.²⁶

En segundo lugar se refiere al *objeto* del derecho subjetivo, constituido por aquellas realidades que pueden ser sometidas al poder del titular y que puede ser exigido por éste al sujeto o los sujetos del deber jurídico correlativo, para la satisfacción de intereses o fines reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico.²⁷ De forma particular pueden ser objeto de derechos subjetivos la conducta o comportamiento de otras personas (servicios), los bienes económicos siempre que sean susceptibles de satisfacer necesidades humanas (las cosas materiales, energías, la electricidad, una creación intelectual, etc.).

El tercer elemento es el *contenido* del derecho subjetivo que es la posibilidad de actuación que en virtud de la titularidad sobre un derecho se le confiere o reconoce a su titular, calificado por la profesora VALDÉS DÍAZ como “el poder que puede ejercer el sujeto sobre el objeto del derecho”,²⁸ que se concreta en el conjunto de facultades que posee el titular del derecho que se le atribuye por el ordenamiento jurídico. El ejercicio del derecho es la finalidad básica de todo derecho subjetivo y por medio de él el sujeto puede usar o no su derecho, aunque el ejercicio del derecho no debe confundirse con la condición de renunciable o no del mismo, de tal suerte, que la pretensión se concreta en la facultad del titular de un derecho subjetivo para exigir a otro determinada conducta.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil. Op.cit., p. 427.

I. 2.5. Clasificación de los derechos subjetivos.

En relación con el sujeto pasivo pueden ser *absolutos o relativos*, según se puedan ejercitar frente a todos los posibles sujetos pasivos o sólo frente a aquellos que han establecido un vínculo determinado con el sujeto activo, y en cuanto a las facultades que otorga al titular, se califican como *simples o complejos*, conforme se agoten con la realización de una conducta o confieran al titular una gran cantidad de facultades. En lo referente al ámbito de su ejercicio pueden ser *públicos o privados*, de acuerdo a su ejercicio frente al Estado o entre particulares, que a su vez pueden ser personales o de crédito (facultad de la persona para exigir a otra la realización u omisión de una conducta o la entrega de una cosa) y reales (facultad de una persona sobre las cosas y la exigencia de un deber general de respeto por parte de todos)

Dentro de la clasificación de públicos o privados, DÍEZ PICAZO y GULLÓN entienden por derecho subjetivo público aquel que se da en las relaciones de derecho público existente entre el Estado y los ciudadanos, a su vez subdivide los derechos subjetivos privados en tres categorías, de acuerdo con la naturaleza de los bienes e intereses sobre que recaen: derechos de la personalidad, derechos de familia y derechos patrimoniales²⁹. En torno a los bienes o valores que protege pueden ser *fundamentales o no fundamentales*, relacionado con la especial protección de que puedan disfrutar.

Existe otra clasificación de acuerdo a los llamados derechos potestativos, en virtud de los cuales su titular queda facultado para influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, modificándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas, y todo ello mediante una unilateral declaración de voluntad y sin que a la misma corresponda una verdadera obligación de otro sujeto sino más bien un estado de sujeción. Esta categoría ha sido objeto de una aguda crítica en la doctrina, teniendo en

²⁹ DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio, Sistema de Derecho Civil, op.cit., p. 427.

cuenta que muchos de los llamados derechos potestativos no son derechos subjetivos independientes, sino simples facultades jurídicas que forman parte de un derecho o de una situación jurídica más amplia.

Por su parte, FERNÁNDEZ BULTÉ asume como válidos tres criterios de clasificación:³⁰ Los derechos subjetivos personales, como derechos directos de los individuos, tutelados como tales por el Estado, cual es el caso de los derechos civiles, familiares, laborales, etc. Junto a ellos habla de derechos subjetivos en que se defiende un interés directo del Estado con un carácter colectivo, es decir derechos administrativos, los correspondientes a los órganos estatales como personas jurídicas colectivas, entre otros.

En sentido más general reseña la clasificación entre derechos subjetivos reales y derechos subjetivos de obligación. Los reales son los que se relacionan con la propiedad y demás derechos reales como el usufructo, las servidumbres, la posesión y otros, en tanto los derechos subjetivos de obligaciones son los que emanan de las obligaciones jurídicas, cuyas fuentes suelen ser los contratos, los delitos y la ley.

Finalmente expone la clasificación entre derechos subjetivos patrimoniales y derechos subjetivos extrapatrimoniales. Los patrimoniales tienen un determinado contenido económico y los segundos los que consagran valores humanos esenciales que al convertirse en derechos subjetivos devienen valores jurídicamente protegidos y, en consecuencia, derechos subjetivos no patrimoniales, como pueden ser el derecho al nombre, al honor, a la privacidad, etc.

³⁰ FERNANDEZ BULTE, Julio. Teoría del Estado y el Derecho, op.cit., p. 148.

Al respecto, VALDÉS DÍAZ³¹ atendiendo a la diversidad del contenido de los derechos subjetivos, criterio que estima la autora como el más generalizador, aduce que pueden diferenciarse tres tipos fundamentales, a saber: derechos de la personalidad (inherentes a la existencia misma del ser humano, atribuidos a la persona sobre la propia esfera de la personalidad, para la defensa de sus atributos y cualidades; derechos patrimoniales (poderes destinados a realizar los fines económicos de las personas) y derechos personales de familia (atribuidos a la persona dentro del marco de sus relaciones con la familia), siendo estos últimos el espacio de análisis de este estudio.

I. 3. La legitimación y su vinculación intrínseca al derecho subjetivo.

La legitimación es una categoría procesal íntimamente vinculada a la existencia de un derecho subjetivo a favor de los sujetos de la relación jurídica para asumir la posición de parte en un proceso.

Las concepciones iniciales para definir la legitimación fueron inexactas y notablemente complejas, derivando en referencias recientes a partir de la constatación de que, en ocasiones, los sujetos de una determinada relación jurídico material no son los que se convierten en parte en el proceso, por no ser quien formula la pretensión o aquel contra el que se formula, lo que motivo prestar atención a quién debe ser parte en un proceso determinado para que se realice eficazmente.

El planteamiento inicial se realiza en España por BECEÑA, bajo la rúbrica de “capacidad para actuar procesalmente un derecho concreto”; en síntesis, lo que dijo el iniciador del procesalismo español era que “además de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal tenemos la capacidad para actuar judicialmente un derecho concreto, en virtud del poder de disposición sobre el objeto del litigio

³¹ VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., Derecho Civil parte general, op.cit., p. 86.

consecuencia del cual es la legitimación activa y pasiva de los sujetos de la relación jurídica procesal”; este “poder disponer de la cosa” es una circunstancia extraña a la personalidad, pero tiene una importancia capital, porque es la que puede justificar la presencia de una persona en el proceso”³². Otras denominaciones asumidas son la de “facultad de disposición procesal” o de “facultad de gestionar el proceso”, siguiendo los pasos de la doctrina alemana, desde la perspectiva de ofrecer una terminología al denominar la relación de una persona con el objeto del litigio para coadyuvar a la eficacia de la decisión jurisdiccional.

Por su parte LADARIA CALDENTEY ha definido la legitimación como “el reconocimiento que hace el derecho a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, derivando dicha posibilidad de una determinada relación existente entre el sujeto y el objeto del mismo”³³. Este reconocimiento no sólo se limita al actor que podrá ejercer dicha acción, sino también al sujeto pasivo de la misma, de los cual nace la distinción entre legitimado activo y pasivo. En relación a este concepto de connotación procesal, el profesor MENDOZA DÍAZ estima que la legitimación es el vínculo que se tiene con la relación material que sirve de base a la reclamación, razón por la cual es una cuestión de fondo que debe ser decidida por los jueces al momento de dictar sentencia³⁴.

I. 3.1. Supuestos de legitimación en condición de sujeto de la relación jurídica.

En virtud de la cualidad esencial de la legitimación respecto a la determinación de quiénes deben ser parte en un proceso determinado para que la actividad jurisdiccional se realice con eficacia, es decir, para que pueda llegarse a actuar el

³² MONTERO AROCA, Juan. Personalidad y legitimación: Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1992-1996, p. 3.

³³ LADARIA CALDENTEY, Juan. Legitimación y apariencia jurídica. Barcelona, España. Editorial Bosch, 1952, p. 11.

³⁴ MENDOZA DIAZ, Juan. “Los sujetos de la relación procesal”. En Derecho Procesal Parte General, Editorial Félix Varela, año 2015, p. 281.

derecho objetivo en el caso concreto, resulta meritorio recurrir al principio de oportunidad en el proceso civil, que propugna el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de los derechos subjetivos privados, y lleva a que la tutela jurisdiccional de los mismos sólo puede actuarse mediante la aplicación del derecho objetivo, precisamente cuando alguien la inste. Si el derecho subjetivo existe o no, y si la obligación correlativa existe o no, es algo que sólo podrá saberse al final del proceso, pero de entrada el proceso únicamente tendrá sentido si el que lo insta afirma su titularidad del derecho e imputa la titularidad de la obligación al demandado.

Para algunos autores la legitimación se configura desde la simple afirmación del derecho y la obligación, independientemente del resultado de la actividad probatoria, de manera que se articula con sujeción a una corriente puramente procesal, mientras que otro sector de la doctrina atribuye su determinación respecto al fondo del asunto; postura que resulta la más atinada al resulta estimable la demostración del derecho subjetivo como enlace de la legitimación del accionante o el demandado, respectivamente.

En otro orden de casos, se trata lo relativo a las pretensiones constitutivas donde la legitimación se atribuye a la condición del actor en el marco de supuestos preestablecidos por la legislación vigente dada la cualidad y naturaleza de lo reclamado, por lo que la legitimación aparece claramente deslindada del tema de fondo y es evidente su naturaleza procesal. Por tanto, debe estimarse la legitimación como la condición especial que une a las partes del proceso, atribuyéndole la posibilidad de intervenir y formar parte de la relación jurídica procesal.

I. 4. Actuación de los abuelos como sujetos de la relación jurídica familiar.

Desde los orígenes de la sociedad, la familia se ha visualizado como núcleo esencial y básico de la vida y la formación de la personalidad de todo ciudadano;

espacio en el que se conculcan ideas, principios y valores, y donde los afectos alcanzan su máxima expresión por el ligamen entre sus miembros, ya sea por relaciones de consanguinidad o afinidad, estas últimas con mayor preponderancia al pasar de los años.

En ese sentido la familia se desarrolla como un sistema cuyos miembros tienen funciones interconectadas e interdependientes, están unidos por lealtades visibles e invisibles y por necesidades y compromisos mutuos; de manera tal que lo que cualquiera de sus integrantes haga o deje de hacer provoca un impacto multidireccional. Es una fuente irremplazable de satisfacción emocional, entrega, comprensión, afecto, solidaridad y compañía; con un propósito marcado en torno a la procreación, la subsistencia y la protección, lo cual deriva en su función biológica, económica y cultural-espiritual; y en su caso, la función de educación es inherente a la vida en familia en el ejercicio de todas sus actividades y tareas cotidianas, así como la crianza, alimentación y funciones de adiestramiento, el apoyo y protección psicosocial; y la socialización relacionada con la transmisión de pautas culturales.

Dicha estructura en la actualidad ha sido objeto de múltiples modificaciones a causa de las situaciones propias del desarrollo social, principalmente las referidas a la incorporación de la mujer en el mercado laboral; los cambios en la pirámide poblacional, que muestra una población de adultos mayores en incremento; la reducción y tendencia a la baja en las tasas de natalidad; el incremento en las expectativas de vida que produce un alargamiento y adelgazamiento en las familias; así como la coexistencia de diferentes generaciones que da por resultado un aumento de la diversidad generacional.

A tales circunstancias se añaden otros fenómenos como el incremento del trabajo informal o de medio tiempo, el desempleo, el subempleo, la inestabilidad laboral, la intensificación de los movimientos migratorios que han generado a gran escala un cambio en la dinámica familiar y en los referentes básicos de la vida familiar; el

avance en los derechos sexuales y reproductivos (masificación del uso de métodos anticonceptivos) ocasionando cambios en la vida privada, que conducen a una concepción más amplia de la familia en función de las variadas formas de sociabilidad.

En cuanto a las diversas denominaciones asumidas en su institucionalidad, se identifica como extensa aquella donde cohabitan adultos mayores, pareja, hijos, nueras, yernos, nietos y otros, que permite la convergencia en los hogares de tres o más generaciones, lo que genera una mayor complejidad en la dinámica familiar. Sin embargo, resulta esencial que se aprecie el papel que asumen los abuelos frente a la transformación en las estructuras familiares con repercusión en los roles asumidos por cada uno de los miembros de la familia.

Tradicionalmente, los abuelos han sido los responsables de la trasmisión de valores sociales y emocionales a sus nietos, participando activamente en el desarrollo de la función social de la familia, pues le aportan un vínculo de referencia diferente y con un carácter complementario y no sustituidor del que poseen con sus padres, generando un sentimiento de retroalimentación para abuelos y nietos.

Por otra parte, las transformaciones que sufre la familia relacionadas en muchos casos a la incorporación de la mujer en el mundo laboral, han propiciado que la figura de los abuelos juegue un papel importante en la educación de los nietos, quienes ocupan el lugar de los padres cuando presentan dificultades personales y laborales, aunque también lo hacen cuando sus hijos están en condiciones de internamiento o presentan enfermedades; asumiendo en tales casos el cuidado, la crianza y educación de sus nietos, y al propio tiempo una relación obligacional que les impone un esfuerzo físico, emocional y económico significativo, y que como actuación de deber requiere de tutela legal en consonancia con los elementales derechos del menor como núcleo central de la familia, con expresa previsión del alcance del comportamiento de los abuelos en virtud de su innegable y activa

participación en el marco de la relación jurídica, que no puede relegarse únicamente a la actuación voluntaria de estos.

A propósito de esta idea renovadora en la actuación de los abuelos, influyen otras cuestiones propias de la realidad social como el aumento en la expectativa de vida, el rechazo a envejecer, la tardía emancipación de los hijos, el descenso de la natalidad y los cambios socioculturales, que conducen a que los abuelos adquieran un rol, con características diferentes a las tradicionales, en la familia y en la sociedad.

De manera general, se puede decir que el rol del abuelo está compuesto por diversos factores: actitudinal, conductual, emocional y simbólico; identificando diversas clasificaciones en relación al rol de los abuelos, tales como:

- De carácter formal: Viven interesados por sus nietos, si bien no son los cuidadores principales, sí los pueden cuidar de vez en cuando
- Buscador de diversión
- Padre sustituto, reserva de la sabiduría familiar y figura distante

De similar manera se incluyen en la doctrina otras clasificaciones realizadas por CHERLIN y FURSTENBERG, quienes los visualizan como figura independiente, pasivo y activo (autoritario, apoyador e influyente), y otras desde la dimensión social de ser abuelo a cargo de WOOD Y ROBERTSON³⁵, relativas a:

- Dimensión social de la abuelidad: Asociada con los roles que se esperan socialmente, por ejemplo, reforzar los valores familiares y mantener la línea familiar.
- Dimensión personal de la abuelidad: Se centra en un enfoque personal o de autorrealización, por ejemplo, estar involucrado emocionalmente en la vida de los nietos, implicándose en su bienestar.

³⁵ GONZÁLEZ BERNAL, Jerónimo; GONZÁLEZ SANTOS, Josefa y otros. Funciones que desempeñan los abuelos. *International Journal of Developmental and International Psychology*, Vol.2, número 1, 2010, pp. 625-633.

Para algunos, ser abuelo significa hacer que las actividades y sentimientos propios de su condición sean centrales en su rol y metas de vida; para otros, los convierte en un recurso para sus nietos, pero además esperan que a futuro ellos sean estimados y considerados por estos, y en otros casos, representa un recurso para su inmortalidad personal o familiar. Para los nietos lo importante es tener a alguien que tenga tiempo para ellos, y por su parte, estos ayudan a los abuelos a no anclarse en el pasado.

También se puede favorecer el conocimiento meta cognitivo y la autorregulación en los nietos, siempre y cuando el abuelo entienda las diferentes capacidades para realizar abstracciones u operaciones intelectuales con base en su edad. El abuelo puede identificar los eventos de tipo emocional que afectan la comunicación, y facilitar que el nieto exprese sus emociones e ideas. El papel de los abuelos en nuestra sociedad actual puede generar “celos” en los padres y madres de que les eduquen a su manera, o que se “entrometan” en sus vidas, lo que resulta comprensible por la compenetración que logran con sus nietos, y por ende, la relación de familiaridad se debe sostener sobre premisas básicas enfocadas en el respeto entre estos y los padres del menor desde su actuación en función de los intereses del niño, de ahí la necesidad de establecer concretamente las responsabilidades jurídicas de los padres y abuelos en un plano de igualdad respecto a los derechos de los menores de edad, sin que presuponga una relación de subordinación o prioridad, que por supuesto debe ajustarse a las peculiaridades de la familia en cada caso.

La posición actual que asumen los abuelos en el seno de la familia le hace merecedor de protección legal, no solo desde la noción de persona de la tercera edad por sus características y peculiaridades que presuponen una atención diferenciada de legisladores y operadores del Derecho, sino fundamentalmente desde el propósito de la investigación en el ámbito de la relación jurídica familiar,

por tratarse de una actuación diferenciada y renovadora frente a la idea patriarcal de la familia.

I. 5. Apuntes para la protección del derecho subjetivo de los abuelos desde los marcos de la responsabilidad parental.

El estudio doctrinal de las instituciones deber jurídico, derecho subjetivo y legitimación unido al acercamiento a las nuevas tendencias en el desarrollo y funcionamiento de la familia, nos conducen inexorablemente al análisis de la responsabilidad parental como institución revitalizadora del Derecho de Familia. El concepto de responsabilidad parental asume un enfoque de protección respecto a los intereses de los menores de edad, pues a diferencia de la concepción de patria potestad, que remite a la idea de poder de la potestad romana y pone el acento en la dependencia absoluta del niño dentro de una estructura familiar organizada jerárquicamente, en cambio la "responsabilidad parental" es inherente al "deber" que, cumplido adecuadamente, subraya el compromiso de los padres de orientar al hijo hacia la autonomía.

Dicha institución familiar se define como el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres con respecto a sus hijos menores de edad no emancipados, que presupone la existencia de una *condición fija y afirmativa*: que se trate de personas menores de edad; y otra *negativa y contingente*, que estos menores no se hallen emancipados. Asimismo, existe una condición afirmativa, aunque contingente: que aquellos menores tengan ascendientes llamados por ley al ejercicio de la responsabilidad parental, y una circunstancia negativa: que no estén incapacitados ni impedidos para tal ejercicio, en función de lo establecido en el artículo dieciocho apartado uno de la Convención de los Derechos del Niño.³⁶

³⁶ Artículo 18.1 de la Convención de los Derechos del Niño: "los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su

La finalidad de la responsabilidad parental es el desarrollo integral del niño en todas sus potencialidades, en función del cual los padres deben escuchar al niño, tener en cuenta sus elecciones y otorgarle una capacidad progresiva de acuerdo con su grado de madurez.

La obligación parental de dirigir y orientar a los hijos, debe estar encaminada a dotarlos de las herramientas para que éstos, en la medida de su desarrollo, y de sus potencialidades puedan ir ejerciendo de manera progresiva los derechos respecto de los cuales son los verdaderos titulares. Tan importante es esta idea de desarrollo que ha llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a señalar que el niño tiene los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos, más un "plus" de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo (Opinión Consultiva nº 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de agosto de 2002)

La responsabilidad parental inicia con el comienzo de la persona y se extingue con la mayoría de edad y en algunos aspectos con la emancipación, por lo que se inicia con la concepción y termina con la adquisición de la capacidad de los hijos. De esta institución se deriva tanto la titularidad como el ejercicio, mientras que, la titularidad alude al conjunto de deberes y derechos que la ley reconoce a favor de ambos padres, el ejercicio se refiere a la posibilidad de actuar en cumplimiento de esos deberes y derechos.

La titularidad de la responsabilidad parental indica a la persona que es titular de los derechos y deberes sobre la persona y bienes de los hijos menores, mientras que el ejercicio de la responsabilidad parental pone de relieve la forma en que se van a efectivizar los derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos

caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

menores de edad y no emancipados, es decir, se refiere al actuar de los deberes-derechos de los padres tanto en los actos cotidianos como en las decisiones trascendentes del hijo, debiendo ejercerse de acuerdo con su personalidad, quien es no solo objeto de cuidados sino sujeto, cuya peculiar individualidad constituye la regla y medida del trato y de la educación que ha de recibir, por lo que se debe tener en cuenta su opinión y parecer, y por ende, el deber de escucharlo si tuviese suficiente juicio, antes de adoptar decisiones que le puedan afectar.

En tal sentido, resulta de especial connotación esclarecer los principios que la rigen, tales como el interés superior del niño; la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, pues a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez; estrechamente vinculados uno con otro para conceder respaldo a la postura de asumir al niño como un sujeto de derecho.

En lo concerniente al interés superior del niño constituye principio del Derecho regulado en el artículo tres de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁷; instrumento, más que un conjunto o catálogo cerrado de derechos o principios³⁸,

³⁷ Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

³⁸ CILLERO BRUÑOL, siguiendo a DWORKIN, afirma que "... son proposiciones que describen derechos" y luego amplía: "Entendiendo de este modo la idea de «principios», la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos". Vid. CILLERO BRUÑOL, M.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño", <http://www.iin.oea.org>, p. 8 (Fecha de consulta: 18 de junio de 2021).

consagra una nueva manera de mirar y entender a niños y niñas, que tiene su origen en la Declaración de los Derechos del Niño cuando establece que este gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad; todo lo cual presupone un cambio en la concepción social y jurídica de la infancia, marcando la especial protección que debe dispensar el Estado a las personas menores de edad, cuya concreción se encuentra determinada por las características particulares de la situación objeto de evaluación, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado que conforme al criterio de valor debe perfilarse al momento de su aplicación.

Por su parte, la autonomía progresiva del menor se refiere al alcance de la capacidad del menor en la medida en que se desarrolla y de acuerdo con su edad, lo que se traduce al momento en que ejercita sus derechos como sujeto, distinto al criterio precedente en que el menor se apreciaba con incapacidad civil, por lo que se le atribuyen los derechos inherentes a todas las personas de conjunto con los específicos relacionados con su período de crecimiento, estos últimos con un enfoque limitado por su falta de madurez, capacidad para formar un juicio propio, su desarrollo emocional o su interés superior.

Este principio se vincula directamente a la concreción de la posibilidad de escuchar las opiniones del niño, igualmente desde la apreciación de su capacidad progresiva, lo cual queda a apreciación de los juzgadores, y mientras vaya en crecimiento incide directamente en la reducción de los límites de la responsabilidad parental. Esta nueva visión doctrinal y jurídica desde la perspectiva de los derechos y deberes de los padres en relación con sus hijos menores de edad, ha generado criterios divergentes en torno a su ejercicio, pues frente a la apreciación inicial de que el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental se supedita a la relación de convivencia de estos, teniendo en cuenta que a partir de la separación de los progenitores el padre no guardador se distancia de

su hijo y de las responsabilidades que se originan de la relación paterno filial con el niño, se coloca la idea de que el ejercicio sea compartido con sustento en la condición humana, protectora y responsable de los padres en relación con sus hijos.

En definitiva, el propósito esencial es facilitar la mayor protección de los derechos del niño desde la construcción del interés superior del menor, pues como plantea CILLERO BRUÑOL, el ISN es “congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica” y “constituye la plena satisfacción de sus derechos³⁹.”

I. 5.1. Configuración del derecho de los abuelos en la relación jurídica familiar.

El papel que asumen los abuelos en la familia como parientes más próximos a las personas menores de edad, de acuerdo a la diversidad de causas y motivaciones previamente reseñadas, constituyen el fundamento esencial para su intervención como sujetos de la relación jurídica familiar, con un propósito esencial abocado a la protección de los intereses del menor; de tal suerte, que resulta meritorio conceder tutela legal a la esfera de actuación de los abuelos como respaldo para la adecuada invocación de sus derechos subjetivos, y por consiguiente su definición en el conjunto de deberes que poseen los padres en el marco de la responsabilidad parental, lo que les permite su intervención como parte en el proceso familiar, ya sea en condición de accionante o demandado, e incluso como tercero interesado en el conflicto objeto de examen.

En ese sentido, el reconocimiento del derecho debe transitar desde una idea esencial de relación entre abuelos y nietos por la vía de la comunicación hasta su máxima expresión en el ámbito de la custodia, en correspondencia con las

³⁹ CILLERO BRUÑOL, M.: “El interés superior del niño...”, *op. cit.*, p. 8.

circunstancias que rodeen el caso particular. En el primer supuesto los conflictos en que se ven inmersos los abuelos en relación a las visitas, comunicaciones y estancias con sus nietos derivan fundamentalmente de situaciones asociadas bien al fallecimiento de uno de los progenitores que es su hijo, y la consiguiente ruptura de relaciones con esa parte de la familia, o bien, una separación o un divorcio; derivando por lo general en la idea del padre guardador de extender a la familia por la otra línea, y especialmente a los abuelos, las consecuencias que derivan del actuar de su hijo o en los casos más sensibles por el deceso de uno de los progenitores, el efecto de asumir un desentendimiento de la familia con el menor.

Desgraciadamente no son pocos los casos en los que, cuando un hombre o una mujer muere, es como si también murieran sus padres y el resto de la familia paterna o materna, y esos abuelos se ven privados de todo contacto con sus nietos. Asimismo, cuando un hombre es condenado por esa mal llamada «violencia de género» hay dos condenas: la que soporta ese hombre y la que soportan sus padres –y el resto de su familia–, quienes de pronto es como si dejaran de ser abuelos. Igualmente, cuando un hombre es víctima de una denuncia falsa, no solo hay una víctima, hay varias, porque las consecuencias de esa denuncia falsa también las pagan los abuelos, que de buenas a primeras se quedan sin nietos.

Distinta interpretación amerita el hecho de que los abuelos asuman la custodia permanente de hecho de sus nietos, a causa del fallecimiento de su madre o padre, por causas de abandono, negligencia o asociados a su capacidad, frente a la exigencia del otro padre de asumir la custodia de su hijo.

I.5.1.1. Visión comparada de la intervención de los abuelos en la relación jurídica familiar.

Desde el punto de vista internacional, algunos países han adecuado sus ordenamientos jurídicos a esta realidad asumiendo diferentes ámbitos de

regulación, cuyo estudio resulta esencial para arribar a criterios sólidos y eficaces en el desarrollo de la investigación. En el ámbito europeo, la realidad social de la familia en España refleja la desaparición de la familia extensa y su sustitución por una familia nuclear, cuyas funciones han quedado reducidas a constituir una unidad de consumo y a compartir funciones de crianza, educativas, culturales y asistenciales con el Estado, además de mantener su papel determinante en la reproducción biológica de la sociedad.

El Código Civil español se adecua a las nuevas concepciones del Derecho de Familia, pues no solo identifica a la patria potestad como responsabilidad parental sino que además introduce el derecho del niño a ser oído conforme a su capacidad progresiva (artículo 154)⁴⁰ y define la regla general del ejercicio de la patria potestad por ambos padres, y si bien distingue que en caso de separación la ejercerá el padre con quien conviva el niño, de igual forma concede la posibilidad de su reconocimiento en vía judicial a instancias del otro padre, con distribución de deberes para cada uno de estos⁴¹.

En lo que concierne a la relación con los parientes y en especial con los abuelos, el apartado 2 del artículo 160 del citado cuerpo legal, ha sido objeto de modificaciones importantes, al haber introducido en el año 2003 el necesario acercamiento de los menores con sus hermanos, no así de los abuelos con sus nietos, lo que generó disputas doctrinales y criterios jurisprudenciales divergentes;

⁴⁰ Artículo 154. Código Civil Español. “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. **La patria potestad, como responsabilidad parental**, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes. **Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten**. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

⁴¹ Artículo 156. Código Civil Español. “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (...) Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

no obstante, en la actualidad alcanza a otros miembros de la familia⁴², incluso se reconocer el derecho de visitas y comunicación respecto a menores en situación de desamparo⁴³; regulaciones que a nuestro juicio garantizan el acercamiento entre las personas menores de edad y sus familiares allegados, aun cuando las críticas se concentran en la ausencia de previsiones sobre su alcance y extensión, motivando que las legislaciones autónomas lo prevean de esta manera.

Al propio tiempo existen otros preceptos del propio Código Civil que reconocen la vinculación de los abuelos con sus nietos como lo son los artículos 90 y 94⁴⁴, referidos a las cuestiones a incluir en el convenio regulador en ocasión del régimen de visitas y comunicación, y la convocatoria a audiencia con participación de padres y abuelos a los efectos previstos en el artículo 160 del propio texto legal, respectivamente; introducidos con la puesta en vigor de la Ley 42/2003, en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

⁴² Artículo 160.2. Código Civil Español. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.

⁴³ Artículo 161. Código Civil Español. “La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o Profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor. El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

⁴⁴ Artículo 90. Código Civil Español.1. “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos. b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos...”

Artículo 94. Código Civil Español.(...) “Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor”.

En términos de custodia por los abuelos, únicamente existe una correlación cuando en el artículo 103 del Código Civil se regula con carácter excepcional la facultad de encomendar los hijos a abuelos u otros parientes⁴⁵, lo que a nuestro juicio constituye un criterio reducido frente a las disímiles posibilidades que justifican la custodia de nietos por sus abuelos, unido al hecho de que se supedita a voluntad de los padres de introducir dicha cuestión.

En el ámbito de la comunicación tanto los estudiosos como los juzgadores españoles han igualado esta definición al “derecho de visitas de los abuelos”, lo que puede generar confusiones y limitar su extensión, aunque estos lo identifican en sentido amplio con todas las posibilidades de relación personal y de forma estricta concretamente a las visitas. Precisamente las cuestiones que motivaron la regulación de los vínculos entre abuelos y nietos, se relacionan con crisis familiares derivadas de la ruptura matrimonial, respecto a las que se identifica a los abuelos para desempeñar un papel crucial en la estabilidad del menor, al disponer de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja, que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y desarrollo y proporcionándoles referentes necesarios y seguros en su entorno, que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis, por lo que definitivamente el fundamento indiscutible del derecho es el interés del nieto y el beneficio que para el mismo y su desarrollo integral como persona supone la relación con sujetos con los que mantiene lazos de parentesco y afectividad.

⁴⁵ Artículo 103. Código Civil Español. “Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez...”

Por su parte la legislación mexicana trasluce la notable protección a las relaciones entre abuelos y nietos, equilibrando prácticamente la posición de tales ascendientes a la que asumen los padres, aunque definiendo supuestos expresos para su configuración, lo que permite aseverar sobre el papel preponderante que a los abuelos se concede en la esfera familiar; y por otro parte, se atribuye a la patria potestad una visión más abarcadora conforme a las exigencias de los nuevos tiempos.

En el artículo 414 del Código Civil Federal de México⁴⁶, el legislador no solo define el ejercicio de la patria potestad a favor de los padres, sino también que a falta de ambos o por circunstancias expresamente previstas será ejercida por los ascendientes en segundo grado conforme a la decisión del órgano juzgador; precepto que constituye el núcleo básico de sucesivas regulaciones del propio cuerpo legal, tales como el artículo 417 cuando pauta la relación de convivencia del menor con “los que ejerzan la patria potestad”⁴⁷, mientras que los artículos 426, 445 y 465 brindan muestra de la preponderancia que a los abuelos se concede cuando al establecer reglas para la administración de bienes o los efectos de contraer nuevas nupcias, se refiere a padre y madre o abuelo y abuela en el primer caso, y en el segundo como madre o abuela, así como en el último supuesto se atribuye la patria potestad de los hijos menores de un incapacitado a sus ascendientes⁴⁸.

⁴⁶ Artículo 414. Código Civil Federal de México. “La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro. A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso”.

⁴⁷ Artículo 417. Código Civil Federal de México. “Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos. No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial”.

⁴⁸ Artículo 426. Código Civil Federal de México. “Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado

De igual forma el artículo 284 del texto legal en comento, evidencia la oportunidad concedida en el ordenamiento jurídico a abuelos y otros parientes para interesar la adopción de medidas beneficiosas para el menor en torno a la patria potestad y la tutela⁴⁹.

Por su parte la legislación especial de algunos Estados como Yucatán responde a la voluntad nacional de proteger los intereses del menor desde un enfoque alejado de la visión patriarcal, pero sin demeritar la posición de los progenitores respecto a sus hijos, al incluir a los abuelos en cuanto al ejercicio de la patria potestad frente a situaciones específicas conforme a las previsiones del artículo 281 del Código de Familia de Yucatán, al que se supedita la definición general de las personas a que corresponde la patria potestad, según lo establece su artículo 278, que de igual forma prevé el ejercicio automático de la patria potestad por los abuelos en caso de muerte del padre o pérdida de la patria potestad cuando se trate de hijas e hijos monoparentales⁵⁰. Entre otros preceptos, los artículos 283 y 284 definen la actuación de los abuelos frente a otras situaciones referidas a los padres de los

por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración”.

Artículo 445. Código Civil Federal de México. “La madre o abuela que pase a segundas nupcias, no pierde por este hecho la patria potestad”.

Artículo 465. Código Civil Federal de México. “Los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda conforme a la ley, y no habiéndolo, se les proveerá de tutor”.

⁴⁹ Artículo 284. Código Civil Federal de México. “Antes de que se prevea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores. El juez podrá modificar esta decisión atento a lo dispuesto en los artículos 422, 423 y 444, fracción III”.

⁵⁰ Artículo 278. Código de Familia de Yucatán. “La patria potestad corresponde: I. Al padre y a la madre, conjunta o separadamente, o II. A los abuelos paternos y maternos, conjunta o separadamente. En caso de controversia sobre a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad, el juez debe decidir en atención al interés superior de la niña, niño o adolescente. Para asignar la patria potestad el juez debe tomar en cuenta las circunstancias del caso y la opinión de la niña, niño o adolescente que esté en condiciones de expresarla, así como la de cualquier miembro de la familia que el juez estime conveniente escuchar. Tratándose de hijos o hijas monoparentales, cuando el progenitor muera o pierda la patria potestad, ésta se ejercerá en forma automática y definitiva por los abuelos que correspondan, sin necesidad de declaración judicial”. Artículo 281. Código de Familia de Yucatán. “Sólo por muerte o interdicción, sentencia judicial o ausencia del padre y de la madre, deben entrar en ejercicio de la patria potestad alguna de las personas establecidas en la fracción II del artículo 278 de este Código”.

menores de edad de índole circunstancial, personal o referida estrictamente a la titularidad de la patria potestad⁵¹.

En su caso, El Salvador define las relaciones entre padres e hijos bajo terminología de autoridad parental y en ese marco reconoce el derecho de comunicación de los abuelos y otros parientes con el hijo bajo la condición de no resultarle perjudicial, así como estipula la posibilidad de que el juez conceda el cuidado del hijo a sus abuelos frente a situaciones de desamparo, perfectamente establecidas⁵². En otro orden se incluye a los abuelos en la relación de personas llamadas a la tutela legítima de los menores de edad; sin embargo, se advierte falta de profundidad e insuficiente regulación sobre las diversas situaciones que pueden conducir a la intervención de los abuelos, fundamentalmente en términos de custodia de los menores.

⁵¹ Artículo 283. Código de Familia de Yucatán. “Cuando se presenten situaciones de abandono, peligro o riesgo para quien deba estar sujeto a la patria potestad, los abuelos paternos y maternos, en su caso, deben realizar los actos que sean necesarios para su protección y asistencia y, en su caso, solicitar al juez la custodia temporal de dichos descendientes.

Artículo 284. Código de Familia de Yucatán. “Lo dispuesto en el artículo anterior, también se aplicará en los casos que se decrete la suspensión de la patria potestad en perjuicio de los progenitores, mientras no se levante la medida por declaración judicial y cuando se presenten situaciones de abandono o peligro para la niña, niño o adolescente. En caso de ausencia o incapacidad de los abuelos se debe nombrar tutor a la niña, niño o adolescente, con preferencia a sus familiares y a falta de éstos a cualquier persona con capacidad para ello”.

⁵² Artículo 217. Código de Familia de El Salvador. “El padre y la madre, aunque no convivieren con su hijo, deberán mantener con él las relaciones afectivas y el trato personal que favorezca el normal desarrollo de su personalidad. Cuando sea necesario, el juez podrá regular el tiempo, modo y lugar que para ello se requiera. Quien tuviere el cuidado personal del hijo no podrá impedir tales relaciones y trato, a no ser que a criterio del juez se estimaren contrarios al interés del hijo. Si no lo fueren el juez tomará las medidas que mejor protejan tal interés. También tienen derecho de comunicación con el hijo los abuelos, los parientes y otras personas que demuestren un interés legítimo, siempre que esto no resultare perjudicial a la salud física y mental del menor”.

Artículo 219. Código de Familia de El Salvador. “En caso de muerte, enfermedad grave de sus padres o cuando por cualquier otra causa el hijo quedare desamparado, el juez con la urgencia del caso confiará temporalmente su cuidado a cualesquiera de sus abuelos y si ello no fuere posible, recurrirá a una entidad especializada. El juez, en la elección de la persona preferirá a los consanguíneos de grado más próximo y en especial a los ascendientes, tomando en cuenta el interés del hijo”.

Artículo 287. Código de Familia de El Salvador. “A falta de tutela testamentaria tiene lugar la legítima. Son llamados a la tutela legítima de los menores de edad, en el orden en que se enuncian: 1º) Los abuelos (...)”.

En su caso las regulaciones argentinas permiten el otorgamiento de la guarda de menores a parientes de forma temporal frente a supuestos de especial gravedad, conforme lo regula el artículo 657 del Código Civil y Comercial de la Nación⁵³, reconociendo al guardador determinadas facultades que no desacreditan la autoridad parental de los padres, siendo clara la jurisprudencia al entender que "la guarda es un elemento esencial del ejercicio de autoridad parental, con las características de la autoridad y cuidado de los padres y el derecho-deber de convivir con los hijos, pero no se puede negar la realidad de que ese nivel de protección y cuidado no siempre es brindado por parte de los progenitores y son, otras personas, "terceros" quienes ejercen la custodia de los menores".⁵⁴

Por su parte en Perú, el Código Civil, regula algunas instituciones que implícitamente conllevan la tenencia del menor por personas distintas a los padres, fundamentalmente en lo concerniente a las diversas acepciones de tutelas como la legítima regulada en su artículo 506, por el cual los abuelos paternos y maternos ejercen el cuidado del niño y de sus bienes; la tutela dativa regulada en los artículos 508 y 509 del Código Civil, que regula el ejercicio del cuidado del menor y sus bienes por terceras personas más cercanas, sin establecer el rango de preferencia, así como la tutela de menores en desprotección familiar, regulada en el artículo 511 del invocado texto legal, por el cual la tutela de los niños, niñas y adolescentes en desprotección familiar o que se encuentran abandonados o en riesgo o sus padres han sido suspendidos o han perdido la patria potestad,

⁵³ Artículo 657. Código Civil y Comercial de la Nación "En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas....El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza de los progenitores..."

⁵⁴ Sentencia emitida por la Sala de Apelaciones de San Miguel de Tucumán, con fecha 13 de diciembre del 2011.

corresponde de manera obligatoria y en este orden de prelación, al pariente más próximo al más remoto y de éstos al más idóneo, en igualdad de grado⁵⁵.

De forma general se evidencia la visión particularizada de tenencia, en la que la atribución de la custodia se realiza utilizando categorías generales de miembros de la familia, que aun cuando incluye a los abuelos por poseer tal condición, no reconoce totalmente el papel que alcanzan en el ámbito familiar, sin desconocer que la función protectora se encuentra encaminada a la salvaguarda de los intereses del menor.

En el caso específico de Colombia, a diferencia de otras naciones la utilización de patria potestad o autoridad parental se sustituye por el criterio moderno de responsabilidad parental, entendida como una función y acompañamiento que los progenitores ejercen en interés de los hijos y deben asistirlo en la incorporación de competencias propias de las distintas etapas de desarrollo.

El contenido de esos derechos y deberes paternos significa una ponderación del legislador acerca de las funciones y roles de los progenitores del siglo XXI, desde la mirada de los derechos humanos. En cuanto a su extensión, la responsabilidad parental es ejercida por los padres mientras el hijo sea menor de edad y no se haya emancipado, pues la definición de “tenencia” ha sido juzgada por una gran parte de la doctrina nacional como contraria a la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los progenitores en la crianza y educación de los hijos asegurado en diversos tratados de derechos humanos.

El ejercicio de la patria potestad concede la representación legal de hijos e hijas en la cabeza indelegable e irrenunciable del padre y de la madre, con independencia del vínculo que los une, por lo que ambos padres deben tomar

⁵⁵ Artículo 506. Código Civil de Perú. A falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo los abuelos y demás descendientes, prefiriéndose a.....”

decisiones a fin de garantizar los derechos de su prole, mientras que la responsabilidad parental permite al padre y a la madre cumplir sus obligaciones y ejercer la autoridad sobre sus hijos e hijas mediante el acompañamiento, la orientación y el cuidado sin acudir en ningún caso al uso de la violencia física, la cual quedó totalmente prohibida por la legislación, incluso proscrita en formas moderadas de maltrato físico y castigo, lo cual ha puesto en riesgo legal a padres, madres, maestros y cuidadores pues la costumbre daba una potestad que hoy la ley ha proscrito totalmente, sin la debida introyección de la norma.

Desde el punto de vista del cuidador personal, si bien la legislación concede a los niños, las niñas y los adolescentes el derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral; dicha obligación se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales. En caso de separación, divorcio o disolución de la pareja, se entrega la custodia a uno de los padres o al pariente más próximo pero en ningún caso ello significa que se delega la patria potestad, es decir, la autoridad la siguen manteniendo los padres a no ser que esta sea excluida por vía judicial.

A partir de la diversidad de formas familiares el ejercicio de la potestad parental, de la responsabilidad parental y de la custodia de hijos e hijas se complejiza, dado que otros actores, en su gran mayoría familiares cercanos entran a asumir funciones de autoridad, cuidado y crianza con la población infantil y juvenil sin que Tengan todas las facultades para ello, propiciando vacíos de socialización o socializaciones deficitarias.

La guarda otorgada a un tercero es un régimen excepcional por el cual se transfieren al tercero el ejercicio de la responsabilidad parental reservándose el derecho-deber de supervisar la educación y crianza en virtud de sus posibilidades.

Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.

CAPITULO II. INTERVENCION DE LOS ABUELOS EN EL PROCESO FAMILIAR CUBANO

II. 1. La familia cubana: evolución y transformaciones sociales.

La esencia de la familia en el marco de la sociedad conduce a su adecuación a las condiciones de cada nación y por ende su materialización en el ordenamiento jurídico; constituyendo una realidad prejurídica en la que influyen de forma decisiva, factores de orden social y cultural entre los que se incluye el Derecho, instrumento de control y protección por el Estado, que además sirve a la perpetuación de determinados modelos familiares a tono con los intereses de los ciudadanos.

En Cuba desde la etapa de la neocolonia se desarrollan estudios incipientes sobre el valor de la familia, los que se fortalecen con el Triunfo de la Revolución mediante el despliegue de censos de población y otras acciones de índole investigativo que permitieron evaluar gradualmente las peculiaridades de dicha institución, el papel de sus miembros y las circunstancias de índole social y cultural vinculadas a la configuración de las relaciones entre los ciudadanos.

En ese orden, en la década del 70 se materializaron importantes transformaciones legales con la promulgación del Código de Familia en 1975, vigente hasta la actualidad, y al año siguiente (1976) de la Constitución de la República de Cuba, que en su artículo 37 pautaba el reconocimiento del Estado a la familia como célula fundamental de la sociedad, con atribución de responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones.

En ambos textos legales se expone la voluntad política del Estado Cubano de reasignarle a la familia un papel más protagónico, lo cual incidió en la ampliación y profundización de los estudios sobre este tema que tuvo lugar en años sucesivos, con previsión de nuevas instituciones encaminadas a la investigación de

fenómenos tales como la fecundidad en relación a los deseos, actitudes y motivaciones de la mujer, y el alcance de la procreación en consonancia con el envejecimiento poblacional.

Como parte de estos estudios se identificaron dificultades con influencia en el funcionamiento familiar, tales como el analfabetismo y bajo nivel educacional, altos niveles de desempleo, elevada desigualdad en el ingreso, inexistencia de un sistema nacional de salud pública y concentración de los escasos recursos en la capital del país, marginación de la mujer en el mundo público y el mercado de trabajo, a los que se prestó atención desde los programas sociales, derivando en la masiva incorporación de la mujer al trabajo en un corto período de tiempo, ocasionando cambios a nivel social, y sobre todo, a nivel familiar; modificó el sistema de relaciones intrafamiliares y la conformación de los roles masculino y femenino.

Desde el punto de vista económico, la mujer adquirió independencia y, por tanto, seguridad para la toma de decisiones al interior del hogar, ocupó un rol más protagónico y en tanto mayor cantidad de familias en las que la mujer es trabajadora se planifica el presupuesto familiar, es mejor la organización del consumo, menos desigual la distribución del trabajo doméstico y mayor la apertura y diversidad de temas de conversación con los hijos, sobre todo a medida que aumenta el nivel escolar de la madre.

La igualdad de derechos en las relaciones entre los sexos, la disponibilidad de medios de planificación familiar que posibilitan cada vez más la tenencia de los hijos sólo realmente deseados; la protección legal, social y económica a los hijos, sean nacidos dentro o fuera del matrimonio; eliminación de ocupaciones tradicionalmente destinadas a la mujer (prostitutas, trabajadoras domésticas); el aumento del flujo de ideas, el intercambio, la libertad de expresión, la toma de decisiones en el ámbito familiar; la reconceptualización y revalorización de fenómenos como el divorcio, la virginidad, las uniones consensuales y la

maternidad soltera, así como el mayor respeto a la individualidad, a la autonomía del otro; y la consolidación del contenido y expresión de la dignidad nacional, la solidaridad, el colectivismo y el internacionalismo, constituyeron parte de los logros que determinan el desarrollo de dichas estructuras.

No obstante, otras manifestaciones negativas persistieron desde la perspectiva de la formación de familias y parejas jóvenes con tendencias socialmente no deseadas: presencia de maternidad soltera concentrada en jóvenes desvinculados del estudio y el trabajo, y por lo general con inadecuadas condiciones de vida; altos índices de aborto; altas cifras de divorcialidad –pocos años después del matrimonio–; bajos niveles de fecundidad, que no garantizan el reemplazo generacional; convivencia en familias extendidas y limitado acceso a la vivienda como características de las condiciones de vida de las familias y parejas jóvenes, con dificultades en la preparación para la relación de pareja y su vida en el hogar.

Más tarde con la apertura al mundo a través de la inversión extranjera y el incremento considerable del turismo, se introdujeron nuevos ingredientes a tener en cuenta para la función educativa de la familia. Este entramado de circunstancias ha incidido en los roles de sus miembros y en las relaciones de convivencia, caracterizados por la coexistencia de diversas generaciones, con una visión diferente en cuanto al papel protagónico determinado por las particularidades de sus convivientes, y en los que los abuelos asumen un papel fundamental en el acompañamiento y conducción de sus hijos, ya sea como consecuencia de la procreación y formación de nuevos miembros como en el sostenimiento de costumbres y hábitos generacionales.

En cada una de estas estructuras se establecen dinámicas de interacción diferentes, con satisfacciones y conflictos en dependencia de los roles asumidos en la vida cotidiana, que parten de la distancia generacional de normas, valores y representaciones asumidas; pero sobre todo, del clima emocional que propicie o impida las relaciones entre los diferentes miembros. En tales supuestos, los

abuelos asumen labores de cuidado de los niños durante el espacio de jornadas laborales de sus padres a fin de coadyuvar a su desarrollo profesional, independencia económica y garantía de sostenimiento de la familia, por lo que su participación se extiende no solo a los cuidados propios de alimentación, aseo y su integridad, sino con mayor relevancia en su formación educativa y en espacios de recreación que consolidan los nexos abuelos- nietos con un alto nivel de sentimientos y afectividad.

Desde otro punto de vista, desarrollan un papel esencial en el cuidado de sus nietos y satisfacción de sus necesidades fundamentales, sustituyendo totalmente a los padres frente a la ausencia de ambos o alguno de ellos en la vida de sus hijos, ya sea de forma definitiva o temporal, lo cual se encuentra determinado por fallecimiento de los progenitores, cumplimiento de misiones internacionalistas y migración a otros países, generando en ocasiones conflictos entre abuelos por una línea y el otro progenitor.

En otros casos, las causas que generan esta situación obedecen al abandono o indebidos cuidados del padre o padres en relación a sus hijos, manifestaciones de violencia intrafamiliar e incluso la comisión de hechos delictivos en su contra, asociados a impropias conductas sexuales, vinculación del niño a actividades que laceran la sociedad y su conducta individual, frente a lo cual los abuelos se han convertido en agente protector y máximo responsable de sus nietos.

De forma general, el rol que despliegan se ve modificado por las características histórico-sociales y por las necesidades de las familias que pueden demandar un papel más activo de estos en la vida de sus nietos mediante la incorporación activa en las tareas de custodia como cuidadores auxiliares hasta aquellos que ofrecen una dedicación total, ejerciendo un papel paternal sustitutorio.

En sentido contrario, aunque de forma excepcional, tales circunstancias colisionan con el desentendimiento total por parte de los parientes del menor, incluyendo a

sus abuelos, quienes no muestran un actitud positiva frente a la exigencia legal y social de asumir responsabilidades en la formación de sus nietos, con evidencia de carencia de afectos como incidencias propias de ambientes disfuncionales; situación que si bien no es mayoritaria en la sociedad cubana, merece su evaluación como parte de la protección a dispensar a los menores en el ámbito legal.

II. 2. Análisis normativo en torno a la relación jurídico familiar.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico como previamente se reflexiona, la Constitución de la República de 1976 concede un espacio particular al reconocimiento de la familia como núcleo central en la formación de la sociedad, lo cual trasluce la tutela que se dispensa desde el Estado a la familia y las relaciones que de esta derivan, con alcance a la instrumentación del Derecho Procesal de Familia.

Los postulados de la Carta Magna del 10 de abril de 2019 refuerzan la protección que se dispensa a la familia en sus diversas formas de organización, con un reconocimiento expreso de los derechos y deberes que se generan en la relación familiar bajo nexos de naturaleza afectiva, respecto a lo cual ÁLVAREZ-TABÍO ALBO ha definido que «una de las señales más significativas de mutación de sus cánones tradicionales ha sido, con toda seguridad, el quiebre de la hegemonía de los vínculos biológicos como presupuesto para desplegar todos sus efectos jurídicos, dando cada vez mayor espacio al afecto como una realidad digna de tutela, como una categoría jurídica más»⁵⁶, voluntad legislativa que como en otros ordenes pauta la creación de una norma sustantiva que se adecue en su justa medida a la realidad social del país.

⁵⁶ ALVAREZ-TABIO ALBO, Ana M., En *De los afectos también nacen las familias*. Periódico Granma, 12 de mayo de 2021, <https://www.granma.cu/cuestion-de-leyes/2021-05-12/de-los-afectos-tambien-nacen-las-familias-12-05-2021-21-05-57>. Consultado el 23 de noviembre de 2021.

El Código de Familia vigente hasta la actualidad como norma sustantiva define las instituciones fundamentales del Derecho de Familia, y se complementa con el resto de las normativas que de forma integradora consolidan la regulación de la familia conforme a su alto valor en la sociedad, tales como el Código de la Niñez y la Juventud de 1978, y los Decretos Leyes 64 de 1982 y 76 de 1984 encaminados a la protección de menores desde dos aristas esenciales, aquellos que presentan trastornos de conducta y las regulaciones relacionadas con la adopción de menores, respectivamente, sin menoscabar los preceptos que desde el Derecho Penal conceden salvaguarda a las relaciones de familia, y otras normas especiales que de acuerdo a su naturaleza, consolidan los modos de actuación desde el Derecho frente a una institución particular.

Para la mejor comprensión de la temática objeto de análisis resulta pertinente encauzar las valoraciones desde el Derecho de Familia, fundamentalmente en cuanto a las instituciones que impactan en el derecho de los abuelos con relación a sus nietos, partiendo de los objetivos que define en su artículo 1 el Código, principalmente en torno al fortalecimiento de la familia, y por ende, de los vínculos entre sus integrantes y la salvaguarda de los hijos en todas las esferas de actuación⁵⁷.

El estudio minucioso de la norma sustantiva en cada una de sus instituciones permite concluir la falta de uniformidad en la concepción del legislador desde la perspectiva de la inclusión de los abuelos como parientes en determinadas regulaciones, y por tanto, las facultades que necesariamente le deben ser concedidas, a diferencia de los preceptos que conforman el Título II “De las relaciones paterno-filiales”, lo que trae causa de la constreñida sujeción al alcance de la patria potestad, soslayando las disímiles situaciones que pueden sobrevenir

⁵⁷ Art. 1 Código de Familia. Este Código regula jurídicamente las instituciones de familia: matrimonio, divorcio, relaciones paterno-filiales, obligación de dar alimentos, adopción y tutela, con los objetivos principales de contribuir: al fortalecimiento de la familia y los vínculos de cariño, ayuda y respeto recíproco de sus integrantes (...)

conforme ha sucedido con el decursar de los años, lo que por demás se contraponen a los criterios de expreso reconocimiento en otros preceptos del Código.

Siguiendo el orden del análisis, es posible avizorar de la letra del artículo 3 del Código de Familia, en su apartado 4, que los abuelos se encuentran comprendidos dentro de las personas que pueden conceder autorización a los menores de 18 años para contraer matrimonio, de acuerdo a los criterios expresamente definidos en el propio precepto; posición legislativa que desde el año 1975 trasluce el lugar que ocupan los abuelos en el seno de la familia.

En similar orden, el apartado 2 del artículo 108 del invocado cuerpo legal legitima a los abuelos para oponerse al proceso de adopción en relación con el supuesto contenido en el apartado 4 del artículo 103 del propio texto legal, lo que nuevamente ratifica su posición en condición de ascendientes y le legitima para asumir la posición de sujeto pasivo en la relación jurídica procesal, aunque resulta válido destacar que se sujeta al hecho de poseer a su abrigo al menor, lo que constituye una limitante a su libre ejercicio respecto a este, de manera que no existe un reconocimiento pleno desde su condición de miembro de la familia.

Sin embargo, resulta contraproducente que en otras regulaciones del propio Código como es el artículo 95 se limite la posibilidad de accionar en proceso de privación o suspensión de patria potestad, a uno de los padres o al fiscal, cuando tanto la adopción como la extensión de los efectos de la patria potestad, se encuentran estrechamente ligadas por su naturaleza y particularidad, así como revisten importancia en la esfera de actuación de los menores.

La intención no es generalizar los derechos de los abuelos como parte de la relación jurídica familiar sino adecuar en su justa dimensión, aquellos en los cuales no pueden quedar excluidos por ser parte de la dinámica social que gira en torno al menor o menores implicados y porque en su relación afectiva con sus

nietos asumen los deberes atribuidos a los padres en su dimensión más integral, respecto a los cuales la norma sustantiva se encuentra rezagada desde la visión legal de su ejercicio con sujeción a los estrictos marcos de la patria potestad, únicamente atribuidos a los padres de acuerdo a la naturaleza de dicha institución jurídica cuando contrario a ello, la realidad actual reclama del Derecho la institucionalidad de la labor de los abuelos como sujetos de esta relación jurídica en función del alcance de la responsabilidad parental, pues de hecho su papel en la familia se configura, esencialmente, en el despliegue de una actuación de deber frente a las necesidades y exigencias para la salvaguarda de la estabilidad de sus nietos, que merece desde el ordenamiento jurídico una previsión de tutela legal.

El proyecto de nuevo Código de las Familias devenido de la profunda y ardua actividad legislativa desencadenada con la promulgación del texto constitucional, constituye expresión de los nuevos derroteros del Derecho de Familia, y sobre todo de la realidad social del país, asumiendo el criterio de la responsabilidad parental para patentizar el derecho de la infancia, que a su vez presupone una obligación para los padres de garantizar el desarrollo pleno de sus hijos en diversas esferas de la vida cotidiana, alejado de la idea de posesión que asumen algunos en relación a sus hijos.

La nueva dimensión del Código de las Familias representa un cambio sustancial para todos los ciudadanos y la sociedad en su conjunto, pues según sostiene PÉREZ GALLARDO: “las familias son para siempre, nos identifican, no solo como hijos, padres, hermanos, esposos, compañeros de hecho, convivientes afectivos, sino también, y en esencia, como seres humanos, cualquiera sea el modelo familiar al que pertenezcamos o decidamos construir”⁵⁸.

⁵⁸ PÉREZ GALLARDO, Leonardo, *En Código de las Familias: abierto, inclusivo, expresión de los nuevos tiempos*. Periódico Granma, 25 de diciembre de 2019. Consultado en <https://www.granma.cu/cuestion-de-leyes/2019-12-25/codigo-de-las-familias-abierto-inclusivo-expresion-de-los-nuevos-tiempos-25-12-2019-22-12-21>, el 23 de noviembre de 2021.

El proyecto en su artículo 4 reconoce la regulación de los derechos incluidos en la Constitución de la República, y al hacer énfasis en un número taxativo de estos, reconoce el derecho de abuelas, abuelos y otros parientes a sostener una comunicación cercana con niñas, niños y adolescentes; cuestión que constituye un paso de avance respecto a la regulación normativa actual previamente analizada. No obstante, a criterio de la investigadora el reconocimiento del derecho debe ser más amplio e integrador, pues el término comunicación en su sentido terminológico e interpretativo respectivo a la materia en debate se refiere a la existencia de un vínculo respecto al menor a fin de tener participación en los espacios de su vida y una interacción que garantice el desarrollo familiar de forma armónica, lo que no incluye la posibilidad de custodia, a pesar de que el artículo 84 de la Ley de Leyes al preestablecer los deberes de madres y padres respecto a los menores en situaciones de cumplimiento de guarda y cuidado, igualmente hace referencia a los parientes consanguíneos o afines⁵⁹, de manera que no existe una visión homogénea en este sentido.

A tales cuestiones se añade lo regulado en el artículo 7 del Proyecto de Código de Familia cuando reconoce el papel de abuelas y abuelos en la transmisión intergeneracional de valores y afectos, lo que en sentido general trasluce una voluntad de comunicación e interacción entre estos, tal es así que los artículos 58, 60, 145 y 308 del proyecto, de similar forma, hacen eco del reconocimiento del derecho de comunicación de los menores de edad con abuelas, abuelos y parientes y de las medidas para su salvaguarda⁶⁰.

⁵⁹ Art. 84 Constitución de la República. (...) Las madres y los padres u otros parientes consanguíneos o afines que cumplan funciones de guarda y cuidado tienen el deber de dar alimentos a niñas, niños y adolescentes, respetar y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, protegerlos de todos los tipos de violencia y contribuir activamente al desarrollo pleno de su personalidad (...)

⁶⁰ Art. 58 Proyecto de Código de las Familias. *Derecho de comunicación entre parientes*. La comunicación entre ascendientes, descendientes, hermanos y otros parientes consanguíneos, afines o socio afectivo y personas que justifiquen un interés legítimo atendible, no puede ser limitada sino por decisión judicial fundada en el interés superior de la niña, niño, adolescente o el beneficio de la persona adulta mayor o en situación de discapacidad, conforme con sus voluntades y preferencias.

Art. 60 Proyecto de Código de las Familias. Deber de facilitar la comunicación entre parientes y medidas a adoptar para su aseguramiento. 1. Las personas que por cualquier razón o causa legal tienen a su cargo el

Por otra parte en cuanto a las regulaciones del proceso de adopción, se mantiene en esta nueva norma sustantiva, sujeta a aprobación, la posibilidad de que abuelas y abuelos se opongan a la solicitud cuando tengan a su abrigo al menor de edad, con expresa regulación en su artículo 263; circunstancia que produce efectos en el orden de la legitimación solo en cuanto a este supuesto en concreto a partir del reconocimiento de un supuesto fáctico específico⁶¹.

De otro lado, al regular el proyecto de Código de las Familias la institución de la guarda y cuidado en su Capítulo II, específicamente en su artículo 317, si bien se logra un acercamiento en el sentido de reconocer la posibilidad de deferir la guarda y cuidado a las abuelas y abuelos, lo que a simple vista evidencia la voluntad de su institucionalidad en personas distintas a los titulares de la responsabilidad parental, a juicio de la autora su regulación no resulta suficiente frente al entramado de circunstancias y situaciones que se originan en el marco familiar.

cuidado de personas menores de edad, o de personas adultas mayores o en situación de discapacidad deben garantizar el derecho a la comunicación a que se refiere el artículo anterior. 2. En caso de oposición reiterada e injustificada al cumplimiento del derecho establecido en el artículo anterior, el Tribunal adopta de manera expedita las medidas para asegurar el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias o, en su caso, resuelve sobre su limitación o prohibición.

Art. 145 Proyecto de Código de las Familias. *Régimen de comunicación familiar y de otras personas con vínculo afectivo en guarda y cuidado unilateral.* (...) 2. Cualquiera sea el régimen de guarda y cuidado establecido, se tiene en cuenta además el derecho de las hijas e hijos menores de edad de mantener relaciones personales con las abuelas y abuelos y otros parientes o personas con las cuales tengan un vínculo afectivo.

Art. 308 Proyecto de Código de las Familias. *Derecho de las abuelas, abuelos y otros parientes.* 1. Las abuelas, abuelos y otros parientes consanguíneos o afines, tienen el derecho a la comunicación familiar a que se refiere el artículo 58, lo cual incluye todo tipo de comunicación oral o escrita, incluso a través de medios tecnológicos, con las personas menores de edad. 2. Dichas personas están legitimadas para hacer valer este derecho, si se les negara la comunicación, contra los titulares de la responsabilidad parental de la persona menor de edad, si se trata de una guarda y cuidado compartida o contra la madre o padre guardador, de tratarse de una guarda y cuidado unilateral, ante el tribunal competente, fundamentado en el interés superior de aquellos.

⁶¹ Art. 263. Proyecto de Código de las Familias. *Oposición a la adopción.* 1. Pueden oponerse a la adopción durante la sustanciación del proceso de jurisdicción voluntaria: (...) b) en el caso de los incisos b, c y d del artículo 248, las abuelas y abuelos, y a falta de éstos, los tíos y tías y los hermanos y hermanas mayores de edad cuando tengan a su abrigo a la persona menor de edad y siempre que justifiquen esta circunstancia, así como el parentesco mediante las correspondientes certificaciones del registro del estado civil.

Tal criterio se sostiene en que al asumir como punto de partida lo relativo a circunstancias especiales y su determinación bajo un régimen de temporalidad, no se concede una protección integral en función del interés superior del menor, en mayor medida cuando el apartado 2 del citado artículo 317 reduce el alcance decisorio de quien ostenta la guarda y cuidado a los actos de la vida cotidiana, reservando las cuestiones relativas a la representación legal, los actos de administración y el resto de las decisiones no ordinarias a favor del titular de la responsabilidad parental⁶².

Los efectos que derivan de tal regulación y la noción del proyecto de Código de Familia, aun cuando marcan una posición de avanzada en la justicia familiar, coloca nuevamente a los juzgadores frente a la disyuntiva de construir una decisión derivada de la labor interpretativa e integradora del ordenamiento jurídico nacional e internacional, y de legitimar la actuación de los abuelos frente a la reclamación de un derecho subjetivo por encima de los estrictos marcos de la norma sustantiva familiar, como acontece en la actualidad, lo que presupone para el legislador el despliegue de una actividad que ofrezca total solución a la realidad social del país.

Por su parte, el Código de Procesos en su proyecto recién aprobado por la Asamblea Nacional del Poder Popular, introduce como parte del régimen cautelar las medidas encaminadas a las personas y la familia en su artículo 283, y dentro de estas las relativas a la asignación de la guarda provisional de las personas

⁶² Art. 317. Proyecto de Código de las Familias. *Guarda y cuidado temporal a favor de abuelos y otros parientes o personas allegadas afectivamente*. 1. En circunstancias especiales y por el tiempo que determine el Tribunal, la guarda y cuidado puede ser deferida a las abuelas, abuelos, otros parientes consanguíneos, afines o socio afectivos, o personas allegadas afectivamente, teniendo en cuenta el interés superior de la persona menor de edad. 2. En tal caso la persona que tiene la guarda y cuidado decide sobre los asuntos cotidianos quedando a cargo de quien tenga la titularidad de la responsabilidad parental la representación legal, la administración de los bienes y las decisiones que no sean de la vida ordinaria concernientes a dichas personas menores de edad. 3. Las personas a que alude el primer párrafo de este artículo pueden instar al Tribunal para el ejercicio de estos derechos, en cuyo proceso interviene la Fiscalía.

menores de edad a los padres, abuelos y otros parientes en bajo la premisa de poseer una sólida relación afectiva, así como disposiciones provisionales en torno a la comunicación desde esta perspectiva, lo cual se corresponde con la propia naturaleza de la cautelaridad.

II.3. Modos de actuación del juez frente a la intervención de los abuelos en los procesos judiciales.

Con el propósito de adecuar las regulaciones en este orden frente a las nuevas condiciones que impactan en el conocimiento de los asuntos de naturaleza familiar, se intenciona la especialización de los órganos judiciales en materia de justicia de familia, en consonancia con la visión distinta y particularmente sensible que ameritan desde lo judicial, la solución de conflictos de esta índole.

Para lograrlo, la iniciativa legislativa atribuida al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular en función de la uniformidad en la tramitación de los procesos judiciales, define la especialización en el actuar de los jueces encargados de la solución de conflictos en el ámbito de la justicia familiar, inicialmente con la Instrucción 187 de 2007 que introdujo el procedimiento familiar y luego con la Instrucción 216 de 2012 a los efectos de su perfeccionamiento, que entre sus aspectos más relevantes remite a la Convención de los Derechos del Niño como norma de aplicación obligatoria y directa, establece la escucha de el niño o niña en condiciones y espacio adecuado teniendo en cuenta su capacidad progresiva, así como la actuación interdisciplinaria que permita alcanzar criterios profesionales especializados para el logro de soluciones integrales, encaminadas al logro de la conciliación como solución inicial del litigio.

A partir de la Instrucción 216 de 2012 se regula la posibilidad de traer al proceso a los abuelos y familiares que guarden cercanía con el objeto de la controversia, siempre que resulte indispensable para la solución del conflicto, constituyendo un acercamiento al papel que asumen dentro de la familia, para lo cual se les reservó

el tratamiento de terceros de acuerdo a lo regulado en el Capítulo IV de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, lo cual les concede legitimación para actuar en el proceso judicial como vía de justificación en el orden procesal para ser escuchados en el pleito, lo que en alguna medida ha propiciado el mejor desarrollo del asunto como resultado de sus alegaciones e incluso por el papel probatorio que asumen en algunos procesos sobre la base de las especiales circunstancias que originan el conflicto.

En la impartición de justicia, los tribunales de familia se caracterizan en la instancia municipal por altos niveles de radicación de procesos de Divorcio por Justa Causa, alcanzando más del 85 % del número de asuntos radicados, en los que a partir de la procreación de menores en vigencia del vínculo legal, se produce la necesidad de dilucidar inicialmente las cuestiones relativas a las medidas provisionales que luego transitan a su fase definitiva con el dictado de la resolución final. En ese entendido, se generan pronunciamientos en torno a la guarda y cuidado del menor o menores de edad procreados luego de la formalización de la relación matrimonial, las relaciones de comunicación a sostener con el padre no guardador y lo relativo a la obligación de dar alimentos, ratificando el ejercicio de la patria potestad por ambos padres conforme a lo establecido en el artículo 83 del actual Código de Familia.

En conexión con el tema de la investigación, es posible avizorar del resultado de la practica judicial desarrollado por la autora en el marco de su condición de jueza, unido a la revisión de los procesos judiciales en los Tribunales Municipales Populares de Plaza de la Revolución y Diez de Octubre, que tales asuntos no se distinguen por la intervención de los abuelos, dígase como tercero interviniente y por tanto sujeto pasivo de la relación procesal o simplemente por el hecho de ser escuchados en el marco del proceso, a pesar de que pueden resultar en extremo litigiosos cuando existe contraposición en torno a la determinación del padre que asumirá la guarda y cuidado del menor o menores fruto de su relación.

Esta situación, por el contrario, se hace latente en los procesos sumarios sobre determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación que resultan del conocimiento de estos propios órganos judiciales, los que aun cuando no configuran el grueso de la radicación si ocupan un espacio particular por la diversidad de elementos de naturaleza litigiosa que los distinguen, incluyendo por supuesto aquellos de naturaleza incidental a los efectos de la variación de los pronunciamientos adoptados en proceso principal, en los que la participación de los abuelos como sujeto activo y pasivo ocupa un lugar determinante, con altos niveles de conflictividad en la disputa de la custodia o régimen de comunicación con la madre o padre según sea el caso.

Del estudio de la radicación de procesos entre los años 2017 y 2021 en los Tribunales Municipales Populares de Plaza de la Revolución y Diez de Octubre se constata en los primeros años una actitud reticente de los jueces en torno al juzgamiento de los procesos radicados en virtud del ejercicio la acción por abuelas o abuelos, tal es así que en algunos casos se procedió a la no admisión de la demanda⁶³, utilizando como argumento el hecho de que los abuelos no forman parte de la típica relación jurídica procesal en los asuntos de familia, siendo precisamente el núcleo de la problemática que motivo la investigación.

Posteriormente tal posición judicial se modulo hacia el cumplimiento de los principios que distinguen el proceso de familia como es el de interés superior del menor, que en su conceptualización por los juzgadores ha posibilitado ensanchar los marcos del proceso familiar mediante el acceso de otros miembros de la familia como lo son particularmente los abuelos, posibilitando acudan a la vía judicial a fin de reclamar sus derechos en función del vínculo familiar que poseen con sus nietos.

⁶³ Auto 148 de 29 de diciembre de 2017 dictado por la Sección de Familia del Tribunal Municipal Popular de Plaza de la Revolución en el proceso 716 de 2017, declarando la no admisión de la demanda.

En ese orden, los asuntos se encuentran definidos por supuestos de hecho que se suceden en la vida del menor asociados a la salida del país de la madre o el padre, en situaciones definitivas o por periodos de tiempo a largo plazo a partir del cumplimiento de misiones internacionalista, motivando que el menor permanezca bajo el abrigo de la abuela materna en la mayoría de los casos por haber residido junto a esta y su madre desde su nacimiento o en otros supuestos luego de la ruptura de la relación de pareja entre sus padres, aunque igualmente no se descarta situación similar por la línea paterna, todo lo cual desencadena el litigio a partir del interés del padre de que su hijo menor de edad quede bajo su guarda y cuidado definitivamente o por el periodo en que se produzca el cumplimiento de la misión, según el caso, ante lo cual los abuelos han asumido una posición activa en el reclamado de sus derechos, ya sea mediante el ejercicio de la acción o como sujeto pasivo de la relación jurídica procesal.

Igualmente se han sometido a juzgamiento reclamaciones relacionadas con el interés de los abuelos de relacionarse y comunicarse con sus nietos ante la negativa de la progenitora o progenitor, por ausencia de sus hijos en los casos previamente mencionados, lo que igualmente ha sido objeto de conocimiento en los procesos judiciales, sin distinción ni menoscabos de sus derechos y garantías en el proceso aun cuando no constituyan típica parte de la relación jurídica familiar. En ese sentido, resulta tan arraigada la posición de los abuelos y el interés respecto al destino y desarrollo de sus nietos, que asumen posiciones litigiosas ostensibles frente a lo cual el tribunal debe resolver el asunto sin apasionamientos derivados de su atipicidad, logrando armonizar las relaciones de los sujetos intervinientes en función del interés del menor inmerso en la controversia.

Tal es así, que la Sección de Familia del Tribunal Municipal Popular de Diez de Octubre mediante la sentencia número 320 de 13 de noviembre de 2020, dictada en proceso incidental 15 de 2019 en relación al expediente 864 de 2019, aprecia la no modificación de las circunstancias que originan el pronunciamiento inicial

cuando al reconocer la guarda y cuidado de la menor a favor de su abuela paterna, define un régimen de comunicación con su madre derivado de acuerdo entre las partes; pronunciamiento que se ratifica por sentencia 74 de 30 de diciembre de 2020 por la Sala Tercera de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, ponente Camejo Prieto, con una especial valoración sobre la incidencia de la abuela paterna en la actitud de la menor, cuando valora:

(...) se pudo constatar por los especialistas la influencia que los abuelos paternos ejercen sobre la niña, devenido en la utilización por su parte de un lenguaje y términos propios de un adulto, relatando hechos controversiales acontecidos entre su mamá y abuelos (...), que fomenta un marcado rechazo a la figura materna (...)

Por su parte en la instancia provincial en cuanto al conocimiento de los asuntos de familia en primera instancia, se encuentra marcada la tramitación por la interposición de reclamaciones de privación o suspensión de la patria potestad, lo que en los últimos años se ha acrecentado respecto a períodos precedentes, interviniendo en varios procesos los abuelos desde diversas posiciones en el marco de la relación jurídica procesal.

En este sentido al proceder a la revisión de las actuaciones de las Salas de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, se avizora que entre los años 2017 y 2021 la radicación de estos procesos alcanza el número de 111, los que generalmente tienen como punto de conexión el incumplimiento de los deberes propios del ejercicio de la patria potestad, que en algunos casos se acrecienta por la gravedad de la conducta de uno o ambos padres, ya sea por ausencia de todo vínculo con estos y por ende notable desentendimiento de sus necesidades psicológicas, materiales y educacionales, así como manifestaciones de violencia intrafamiliar con trascendencia a la estabilidad emocional de sus hijos.

En tales casos, se identifican determinados procesos caracterizados por la intervención de abuelas y abuelos en condición de sujeto pasivo de la relación jurídica procesal, al ser partícipes y protagonistas en la vida y desarrollo de sus nietos, lo que les confiere un derecho subjetivo para reclamar desde la propia configuración del principio de interés superior del menor; empero, la ausencia de regulación normativa que expresamente los legitime para accionar ha dado al traste con la interposición de estos asuntos por la Fiscalía como ente encargado de garantizar la protección de los menores por imperio del artículo 47 de la Ley de trámites civiles.

En ese orden, la actuación de los tribunales se ajusta a las particularidades del caso concreto, dictándose a esos efectos la sentencia 230 de 27 de diciembre de 2017 dictada en el proceso 204 de 2017 de la radicación de la Sala Primera de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, ponente COLLAZO RODRÍGUEZ, que explicita:

(...) resulta evidente que la hoy demandada, se ha desentendido de sus obligaciones y la responsabilidad que le son inherentes por su condición de madre, con ausencia de participación en el desarrollo de su hija que tan sólo cuenta con ocho años de edad y que por demás tampoco pudo disfrutar a plenitud de su padre debido al deceso de éste, lo que ameritaba en mayor medida del apoyo de la figura materna para complementar todas las necesidades de la menor y garantizar su estabilidad psicológica, actuación que a claras luces ha suplido la abuela paterna en vistas del papel determinante que ha ocupado en pos de garantizar el crecimiento de su nieta en un entorno favorable, tanto en el seno familiar como educacional (...) sin soslayar la debida sensibilidad que entrañan este tipo de asuntos en aras de salvaguardar el principio de interés superior del menor ,que en el caso se configura en el hecho de mantener a la niña bajo el cuidado de su abuela paterna (...)

En virtud de esta resolución se estima la solicitud de privación de patria potestad que ostenta la madre respecto a su menor hija y al unísono se fundamenta la pertinencia de atribuir la guarda y cuidado a la abuela paterna por resulta lo más beneficioso para la niña en merito a los cuidados que le prodiga su abuela, máxime ante la ausencia de su padre, quien inicialmente se encargaba de conjunto con esta previo a acontecer su fallecimiento. Para lograr un pronunciamiento acertado y justo los jueces acuden en ese sentido a las previsiones del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño para sostener adecuadamente la decisión, lo que evidencia a claras luces la ausencia de sustento legal sustantivo en el ordenamiento jurídico interno para ofrecer solución a tan delicada situación en la vida familiar de esta menor, por lo que se trata de una construcción jurídica en sede judicial.

En ese propio sentido, los órganos judiciales de la capital mantienen un criterio sentado en posteriores resoluciones judiciales como lo es la sentencia 75 de 13 de junio de 2018, dictada en el proceso 309 de 2017 de la propia Sala provincial, ponente HERNÁNDEZ VERDECIA, que en sus fundamentos evidencia el papel protector y de salvaguarda desempeñado por la abuela paterna del menor frente a la situación de abandono y desinterés de su progenitora, y la continuidad en el tiempo de la función de cuidado que asume la abuela respecto a su nieto, la que precisa:

(...) la progenitora del infante siempre ha mostrado signos de abandono y desinterés en el cumplimiento de sus obligaciones maternas, quien incluso entrego al menor a su abuela paterna cuando este solo contaba con un mes de nacido, (...) siendo su abuela paterna quien ha intentado construir una relación afectiva entre el menor y su madre (...)

En otros asuntos, caracterizados por el establecimiento de la típica relación procesal con la intervención de los padres en condición de sujeto activo y pasivo, así como el Fiscal, los abuelos han intervenido en el proceso en calidad de terceros de acuerdo a lo regulado en el artículo 92 y siguientes de la norma

procesal, a fin de hacer valer sus derechos en relación a sus nietos y propiciando el adecuado esclarecimiento de los hechos objeto de debate, al tratarse en todos los casos de reclamaciones encaminadas a la privación de la patria potestad de su hijo respecto a su nieto menor de edad. Igualmente se ha corroborado, por demás, que los abuelos han intervenido activamente en la estabilidad de las relaciones entre la niña o niño y su padre, y han garantizado el adecuado nexo entre el menor de edad y su familia por ese vínculo, fundamentalmente por residir el progenitor fuera del territorio nacional, lo que se ejemplifica en la sentencia 75 de 29 de julio de 2021 dictada por la Sala Primera de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana:

(...) el demandado se ha mantenido al tanto de la menor a través de las redes sociales con la abuela paterna de la niña y con terceras personas, a partir de lo cual se colige por los juzgadores que no se ha desentendido de su hija el progenitor, al mantener la intención de comunicarse con ella, conocer de su estado, en las circunstancias que existe al residir en países distintos y no haber podido entrar al territorio nacional hasta la fecha (...)

Tal es así, que los tribunales en la sustanciación de los procesos asumen un papel proactivo, y en lo pertinente, adecuan las regulaciones sustantivas y procesales para ofrecer una solución jurídica inmediata y dotada de justicia social a problemáticas familiares que lo ameritan, donde el núcleo esencial es la protección de los derechos del menor; criterio judicial que se clarifica en las sentencias 212 de 30 de noviembre de 2018 y 16 de 9 de marzo de 2021, ambas de la Sala Primera de lo Civil y lo Administrativo, las que explicitan:

“ es evidente que ante un eventual escenario de pérdida de la patria potestad de ambos padres, no queda expresamente regulado en nuestro Código de Familia a quien podría deferirse la guarda y cuidado del menor, lo que origina un vacío legal que genera inseguridad jurídica para dicha infante, y obliga a este foro en concordancia con el artículo veinte del Código Civil a resolver bajo el criterio de normas foráneas

afines, siendo meritorio destacar los compromisos contraídos por Cuba al ratificar la Convención Internacional de los Derechos del Niño”.

(...) es lo cierto que desde la separación de la pareja sí ha existido comunicación padre e hija, y atenciones de este para con la niña, incluso con la participación normal de los abuelos paternos, lo que resultó de la investigación realizada no solo por el Ministerio Fiscal antes de contestar la demanda, sino también en la realizada por el equipo multidisciplinario de los municipios de residencia de las partes, coincidiendo incluso la investigadora de San Miguel del Padrón con llamada telefónica entre la menor y su abuelo paterno, quien indagaba por conversaciones por esa misma vía con su padre, ello a pesar de la residencia de este fuera del territorio nacional (...)

En algunos casos, incluso la intervención de la abuela o abuelo ha conducido a la desestimación de la demanda desde la perspectiva del incumplimiento de la actividad probatoria necesaria para la acreditación de las circunstancias de hecho que conduzcan a la necesaria e indispensable adopción de una medida tan severa, en el marco de lo cual el criterio de los abuelos ha sido objeto de valoración, máxime cuando muestran su interés de sostener una relación con el menor que ha sido frustrada por barreras en la comunicación propias del conflicto entre los padres e incluso entre las familias por ambos vínculos. La sentencia 47 de 25 de mayo de 2021 dictada por la Sala Primera de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, de similar manera constituye reflejo de la protección que se dispensa desde lo judicial a los abuelos como sujetos de la relación jurídica familiar:

(...) se adiciona la intervención en el proceso de la abuela paterna, como tercero con interés en el pleito, quien aportó amplia prueba documental a través de la cual acreditara la muy deteriorada relación entre las familias al entorpecerse la relación paterno filial, y la existencia de una serie de recuerdos que constituyen evidencias de los afectos que desde el inicio de sus cortas vidas recibieron los infantes

en el seno de la familia paterna, sin que hubiese podido la accionante con los medios de pruebas articulados acreditar situación de hecho distinta, en tanto hubo de ceñirse a demostrar el hecho incuestionable de su dedicación en la atención y educación a sus hijos, aspecto que obviamente queda claro para los juzgadores, lo que no puede valorarse en favor del particular interés de la accionante (...)

En similar orden, la Sala Segunda de igual especialidad del propio órgano provincial ha marcado la línea de protección a los derechos subjetivos de los abuelos, incluso en calidad de sujeto activo como resultado del ejercicio de la acción, lo cual se evidencia en proceso 161 de 2019 que resultó en la sentencia 111 de 29 de diciembre de 2020, ponente GUARDARRAMOS PÉREZ iniciado por la abuela materna de un menor de edad bajo el fundamento de la despreocupación asumida por su madre, siendo desestimada la pretensión por cuestiones relativas al fondo del asunto en el orden de la prueba y no así por temas de legitimación:

(...)se le suma los evidentes y graves conflictos que existen entre la demandante y la madre de las niñas, que obviamente han propiciado un ambiente desfavorable para las infantes, y las consecuencias psicológicas que con ello se han reflejado en las niñas, quedando claro para el tribunal que tal situación no puede conllevar o traducirse en la privación del ejercicio de la patria potestad de los demandados sobre sus hijas, pues es una necesidad y un derecho de los niños contar con el apoyo de toda la familia (...)

Por otra parte, el propio órgano judicial reconoció el papel que ocupan los abuelos en el seno de la familia cuando el conocer del proceso 351 de 2019, tramitado a instancias de la persona que asume la custodia de la menor hija de la demandada, a pesar de que esta última se mostró conforme con su desentendimiento con la menor y carencia de vínculos afectivos con esta, convoca a la abuela materna a fin de conocer su parecer sobre la reclamación y los hechos que motivan la

solicitud, lo cual consolida la vigencia de la participación de los abuelos en el proceso familiar cubano.

Resulta, en ese orden, paradigmática la sentencia 751 de 30 de septiembre de 2016, ponente ACOSTA RICART, que razona en su Segundo Considerando:

“(...) la dicotomía entre la guarda de un menor confiada a un tercero, y el resto de las funciones de la patria potestad atribuibles a los padres, podría funcionar de modo que los padres con patria potestad sobre la misma asumirían la decisión en aquellas cuestiones importantes atinentes a dicha institución, asumiendo las decisiones y de orientación, mientras que la abuela en función de una suerte de guardadora, decidiría por razones prácticas y de flexibilidad, aquellos actos usuales que exige el cuidado de la menor; así entre el principio del interés superior del niño y el principio de protección de las relaciones paterno-filiales, se establece un tipo de relación, acorde con un Derecho de familia, actual, más flexible, y que trata de adecuarse a la realidad (...)”.

De forma esclarecedora, la sentencia No. 214 de 31 de marzo de 2017, ponente Alfaro Guillén, valora en el Considerando Único de su segunda sentencia:

“Que la reclamación actoral que dio inicio al proceso, tiene por finalidad modificar la situación de hecho en la que se encuentran las menores hijas de quien reclama, consistente en el desempeño de su guarda a cargo de la abuela materna, figura familiar con la que han convivido desde el nacimiento de cada una, y que ha permanecido estable en la dinámica de vida de las infantes, ante la inconstancia que la ausencia de sus progenitores produce en la funcionalidad del grupo familiar del que forman parte, de suerte que los parámetros que pueden determinar en este caso el interés superior de las niñas que debe regir la solución del conflicto, estriban en procurar la solidez de la estabilidad del desarrollo de las infantes, de modo que en lo posible permanezcan en el ambiente en que se han desarrollado de manera favorable hasta el momento sin perjuicio de que progresivamente y previo cambio de las circunstancias actuales ello pueda alcanzar una evolución favorable para las destinatarias (...) de modo que no se corrobora en las

actuaciones elementos que permitan conviccionar a esta sala en cuanto a lo recomendable de estimar la pretensión paterna (...) porque la situación imperante hasta el presente ha sido la vigente en cuanto a los cuidados de la abuela respecto a las niñas (...).”.

En esta resolución se coloca el derecho de las niñas y su abuela, por encima de los padres como partes originarias del proceso, a partir de una “interpretación evolutiva” de la norma en razón de su conexidad con la realidad social.

En consecuencia, es criterio de la autora que tanto la legislación sustantiva en materia de familia como la norma procesal debe facilitar a los operadores jurídicos y en especial a los jueces, un contorno normativo en el que se reconozca el derecho de los abuelos a la guarda y cuidado y comunicación con sus nietos, sin sujeción a circunstancias particulares o precisión de temporalidad, pues la esencia y contenido de la responsabilidad parental que entraña una situación jurídica de deber para los padres, ha de atribuirse a estos en la propia medida en que lo hacen efectivo, lo cual es perceptible a la luz de la sociedad y por consiguiente de los operadores jurídicos, que reclaman del ordenamiento legal la protección y salvaguarda que los abuelos merecen para respaldar su intervención en los procesos judiciales bajo la preexistencia de un derecho subjetivo que trae causa del reconocimiento de un comportamiento previamente determinado en beneficio de sus nietos, reflejo de la realidad social actual.

CONCLUSIONES

Tras haber analizado las categorías jurídicas vinculadas a la intervención de los abuelos en el proceso familiar como vía para su adecuado reconocimiento sustantivo y procesal, se arriba a las siguientes conclusiones:

1. Los abuelos como nuevos sujetos de la relación jurídica familiar asumen roles sociales de cuidado y protección de sus nietos, que se traducen en un deber jurídico típico requerido de tutela en la norma legal como acción o comportamiento en función de la salvaguarda de los derechos de sus nietos.

2. El reconocimiento sustantivo actual de los deberes jurídicos respecto a los menores de edad, se limita al ejercicio de la patria potestad por los padres en virtud de la naturaleza de dicha institución, lo que impone adecuar su regulación desde los marcos de la responsabilidad parental como institución macro del Derecho Familiar.

3. La institucionalidad de la responsabilidad parental en la nueva norma familiar debe adecuar su configuración a los abuelos como sujetos intervinientes en la relación jurídica, cuyo núcleo central es la salvaguarda del interés superior del menor, sin sujeción a circunstancias especiales en consonancia con la realidad social de la que es expresión el ordenamiento jurídico, que le legitime para acudir al proceso judicial y hacer valer su derecho subjetivo.

RECOMENDACIONES

- **En el orden académico**

1. Que la presente investigación pase a formar parte del fondo bibliográfico de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana con vistas a ampliar el estudio del tema en la enseñanza universitaria de pre y postgrado.
2. Motivar el desarrollo de investigaciones por los operadores jurídicos sobre la nueva visión del Derecho de Familia en torno a la atipicidad de sujetos en la relación jurídica familiar, en especial los abuelos, que permitan profundizar en la importancia de su utilización y las continuas transformaciones que impone la práctica judicial.

II. En el orden normativo

Que sean puestos a disposición de la Comisión de Estudios Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Ministerio de Justicia los resultados obtenidos en la presente investigación como pautas para el perfeccionamiento de las modificaciones legislativas, especialmente el proyecto de Código de las Familias.

Las bases teóricas para la reforma legislativa deben estar presididas por los aspectos siguientes:

1. Que se reconozca la extensión del contenido de la responsabilidad parental a la actuación de los abuelos como sujetos de la relación jurídica familiar, sin sujeción a circunstancias especiales.
2. Que se modifique la ley sustantiva familiar con el reconocimiento del deber jurídico de los abuelos respecto a sus nietos, de forma que se pauten en función de los intereses del menor la acción o comportamiento que deben asumir en cada caso.

BIBLIOGRAFIA

FUENTES DOCTRINALES

- ACEVEDO BERMEJO, A; (2010), Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas y reclamación, Editorial Tecnos, España, Madrid.
- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. Evolución y negación del derecho subjetivo. Revista digital de derecho administrativo, no. 5, 2011.
- ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo, Sobre el concepto de deber jurídico de Hans Kelsen. Boletín de la Facultad de Derecho, número 16, 2000.
- ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María. "Visión general de la legislación cubana en materia de Derecho de Familia," *Florida Journal of International Law*, 2017: Vol.29:Iss.1, Article34.
- ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María. Familia y Constitución. Breve repaso comparado en el espacio iberoamericano. Los diez mandamientos constitucionales de protección a las familias en Cuba, 2020.
- CARBALLO FIDALGO, Marta. Las relaciones personales entre abuelos y nietos tras la Ley 42 de 21 de noviembre de 2003, *Dereito*, vol. 14, No. 2, 2005.
- CILLERO BRUÑOL, M.: "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño", <http://www.iin.oea.org>, p. 8 (Fecha de consulta: 18 de junio de 2021)
- DIEZ- PICAZO, Luis, "El contenido de la relación obligatoria". Consultado el 22 de noviembre de 2021 en <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=Deber+juridico+segun+Diez+Picazo>
- DIEZ- PICAZO, LUIS Y GULLON, ANTONIO, SISTEMA DE DERECHO CIVIL. VOLUMEN I. CUARTA EDICIÓN. EDITORIAL TECNO, MADRID, 1989.
- ESCOBAR ROZAS, FREDDY. Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico.
- FERNÁNDEZ BULTE, Julio, Teoría del Estado y el Derecho. Editorial Félix Varela. La Habana, 2002.

- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Teoría General del Derecho y el Estado. Segunda edición. Editorial México, DF Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho.
- GONZÁLEZ BERNAL, Jerónimo; GONZÁLEZ SANTOS, Josefa y otros. Funciones que desempeñan los abuelos. International Journal of Developmental and International Psychology, Vol.2, número 1, 2010.
- KRAUSE MUÑOZ, María Soledad. Hacia un sistema unitario de responsabilidad y deberes de responder. Universidad Pompeu Fabra, 2011.
- LADARIA CALDENTEY, Juan. Legitimación y apariencia jurídica. Barcelona, España. Editorial Bosch, 1952.
- LACRUZ BERDEJO, José L., Manual de derecho civil. Segunda edición. Librería Bosch, Barcelona, 1984.
- LACRUZ BERDEJO, J L; SANCHO REBULLIDA, F DE A; (1978), Derecho de Familia Tomo I, Editorial Ronda Universidad, España, Barcelona.
- LEPIN MOLINA, Cristian. Los nuevos principios del Derecho de Familia.
- LLEDO YAGÜE, Francisco, BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio F. y MENDOZA DIAZ, Juan, Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano. Ediciones ONBC y Dykinson S.L, Madrid-La Habana, 2020.
- LOVERA PARMO, Domingo A., Libertad de expresión e interés superior del niño, a propósito de la sentencia de la corte de apelaciones de Antofagasta. Revista Chilena de Derecho Privado, no. 12, julio 2009.
- MENDOZA DIAZ, Juan. “Los sujetos de la relación procesal”. En Derecho Procesal Parte General, Editorial Félix Varela, año 2015.
- MONTERO AROCA, Juan. Personalidad y legitimación: Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1992-1996.
- NOTRICA, Federico P. y RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana I., Responsabilidad parental, algunos aspectos trascendentales a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas. Año 2014.
- ORTEGA GUERRERO, Irene. El principio de interés superior del niño en las situaciones de crisis familia; una perspectiva comparada en el ámbito de la

- unión europea. En *Psicopatología clínica, legal y forense*, vol. 2, no. 3, año 2002.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Carlos M. VILLABELLA ARMENGOL y Germán MOLINA CARRILLO (coord.), *Derecho Familiar Constitucional*, Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016
 - PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Nuevos perfiles del Derecho de Familia. Homenaje a Olga Mesa Castillo*, 2006.
 - PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne (coord.), *Derecho Procesal Civil*, Editorial Universitaria Félix Varela, la Habana, 2016.
 - PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne, "Niñas, niños y adolescentes en el Código de Procesos". (articulados facilitados por la autora)
 - PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne, "Nuevos actores en el proceso familiar cubano". (articulados facilitados por la autora)
 - ROMERO SEGUEL, Alejandro. Sobre la legitimación en la jurisprudencia. *Revista chilena de derecho*, vol. 25.
 - REYNA, Carlos. Relación jurídica, situación jurídica e institución jurídica. *Boletín jurídico civil* 1, edición 14.
 - SALANOVA VILLANUEVA, M; (1996), *Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos*, En: *Anuario de Derecho Civil*, No. 7, España, Madrid.
 - SUAREZ FERNANDEZ, Lisandra. *La patria potestad prorrogada en Cuba. Valoraciones esenciales para su normalización*, Universidad de Matanzas, año 2015.
 - TORRE, Abelardo, *Introducción al Estudio del Derecho*. 3ª edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.
 - TRIADO, Carme y VILLAR, Feliciano. Los abuelos cuidadores de sus nietos: percepción de ayudas recibidas, conductas problemáticas de los nietos y satisfacción con el rol. *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, vol. 3, núm. 1, 2009.
 - VALDÉS DÍAZ, Caridad del C. (coord.), *Derecho Civil. Parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

- VALDÉS LOMBILLO, Leonela. Novedades en el procedimiento familiar cubano de la Instrucción 187 del 2007 del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba. En Libro de Derecho de Familia, España.

FUENTES LEGALES NACIONALES

1. *Constitución de la República de Cuba*, Editora política, La Habana, 2019.
2. *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, Ley No. 7/1977 de 19 de agosto, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, N° 34, de 20 de agosto de 1977.
3. *Código Civil (actualizado)*, Ley No. 59/87 de 16 de julio, Ministerio de Justicia, La Habana, 2003.
4. *Código de Familia*, Ley 1289 de 14 de febrero de 1975, Ministerio de Justicia, La Habana.
5. *Proyecto número 22 de Código de las Familias*.
6. *Proyecto de Código de Procesos*
7. Instrucción No. 187 de 20 de diciembre de 2007, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, N° 06, de 15 de enero de 2008.
8. Instrucción No. 216 de 17 de mayo de 2012, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, N° 21, de 22 de junio de 2012.

FUENTES LEGALES EXTRANJERAS

Convención de los Derechos del Niño, UNICEF Comité Español, Junio 2006.

Argentina

Código Civil y Comercial de la Nación

El Salvador

Código de Familia de El Salvador

España

Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil Español

Ley 42/2003

México

Código Civil Federal de México

Código de familia y código de procedimientos familiares del Estado de Yucatán

Perú

Código Civil de Perú

Colombia

Código Civil de Colombia

OTRAS FUENTES

AA.VV. Derecho subjetivo y deber jurídico. Sitio web:
<http://derecho911.blogspot.com/2014/02/derecho-subjetivo-y-deber-juridico.html>.

Consultado el 15 de febrero de 2021.

AA.VV., El deber jurídico: caracterización y fundamento. Sitio web:
<https://juspedia.es/libro/teoria/3051-el-deber-juridico-caracterizacion>. Consultado el
14 de diciembre de 2020.

ALVAREZ-TABIO ALBO, Ana M., En *De los afectos también nacen las familias*. Periódico Granma, 12 de mayo de 2021, <https://www.granma.cu/cuestion-de-leyes/2021-05-12/de-los-afectos-tambien-nacen-las-familias-12-05-2021-21-05-57>.

Consultado el 23 de noviembre de 2021.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo, *En Código de las Familias: abierto, inclusivo, expresión de los nuevos tiempos*. Periódico Granma, 25 de diciembre de 2019. Consultado en <https://www.granma.cu/cuestion-de-leyes/2019-12-25/codigo-de-las-familias-abierto-inclusivo-expresion-de-los-nuevos-tiempos-25-12-2019-22-12-21>, el 23 de noviembre de 2021.