



UNIVERSIDAD DE SANCTI SPÍRITUS

JOSÉ MARTÍ PÉREZ

Facultad de Humanidades

Departamento de Derecho

**Trabajo de Diploma en opción al Título de Licenciado
en Derecho**

Título

**La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la
legislación familiar cubana.**

Autora

Elizabeth Portal Izquierdo

Tutora

MSc. Vania González Meneses

Sancti Spíritus

2019

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Los niños vienen en tamaño, pesos y colores surtidos. Se les encuentra en cualquier lado, trepando, colgados, corriendo, saltando, etc. Las mamás los adoran, las niñas los odian, las hermanas y los hermanos mayores los toleran, los adultos los desconocen y el cielo los protege.

*Un niño es la verdad con la cara sucia, la sabiduría con el pelo desgredado, la esperanza del futuro con una rana en el bolsillo.
Un niño es una criatura mágica.*

Anónimo.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Declaración de autoría

La que suscribe a continuación, declara ser la autora del presente trabajo y reconoce a la Universidad de Sancti Spíritus los derechos patrimoniales de la misma, con carácter exclusivo y la autoriza a darle el uso que mejor considere para el desarrollo de la Ciencia Jurídica.

Para que así conste firmamos a los ____ días del mes junio del año 2019.

Elizabeth Portal Izquierdo
Autora

MSc. Vania González Meneses
Tutora

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Nota de aceptación

Presidente

Secretario

Vocal

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Dedicatoria

Dedicar a alguien el resultado de tus esfuerzos no es tarea fácil, sobre todo si para lograrlo has necesitado de la mano fuerte y el cariño de tantas personas.

Quiero dedicar este importante paso en mi vida primeramente a una persona que confiaba demasiado en mí y espero nunca deje de hacerlo; que siempre me ha llevado de su mano y espero nunca la suelte. Otras personas le llamarían Cheo, yo prefiero llamarle abuelo.

A la persona que me ha acompañado desde pequeña en cada paso de mi vida, sin separarse un segundo y me ha hecho entender que hay razones suficientes para lograr lo que se quiere si le ponemos empeño y muy importante por dejarme ocupar en su vida un espacio tan grande. Muchos le suelen llamar Miriam, yo prefiero llamarle abuela.

A la persona que me dio la vida y me ha hecho saber que puedo contar con su mano para salir adelante, apoyando cada decisión y sobre todo las más difíciles, por su amor incondicional, fortaleza y dedicación. Muchos suelen llamarle Madelaine, yo prefiero llamarle madre.

A la persona que llevo en el corazón a todas partes; que encuentra la respuesta exacta para cada pregunta y ha creído en todo lo que hago, aunque a veces no esté del todo bien. Una persona que cumpla con estos requisitos no es fácil de encontrar. Muchos le llaman Pável, yo prefiero llamarle padre.

A la persona más especial e importante de mi vida, aunque ni él mismo lo sepa, creo que si no lee la dedicatoria nunca se va a enterar, simplemente a la persona que ha estado conmigo desde el principio y lo estará hasta el final sin importar los tropiezos. Muchos le llaman Alejandro, yo prefiero llamarle hermano.

Dedico este trabajo a las personas queridas en que vivo.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Agradecimientos

Agradecer a Dios por bendecirnos la vida, por guiarnos a lo largo de nuestra existencia, ser nuestro apoyo y fortaleza.

A mi abuela, por el amor incondicional, su fortaleza, la dedicación, por el regaño oportuno, las noches de desvelo, la palabra exacta, el abrazo vital, por estar pendiente de cada palabra que escribí, por el solo hecho de existir.

A mi madre por enseñarme que incluso la tarea más grande se puede lograr si se hace un paso a la vez.

A mi padre por enseñarme que el mejor conocimiento que se puede tener es el que se aprende por sí mismo y que si eliminamos lo imposible, seguramente en lo que queda hallaremos la solución.

A mi hermano por su amor infinito, cariño, por compartir momentos de alegría, gracias por estar ahí.

A Rosi por estar presente en cada paso, por decir que podía lograrlo, por enseñarme que la confianza en sí mismo es el primer secreto del éxito, por su preocupación; por ser más que una amiga, una hermana para mí.

A Maida y Alfredo por ser estar presentes en cada momento de mi vida, sobre todo cuando más lo necesito, por darme su amor de padres, por el consejo, por estar a mi lado cuando las circunstancias son difíciles.

A mi tío Jose y Madelín por brindarme su cariño, por la preocupación y sobre todo por el apoyo que tanto necesité.

A mi tía Yeney por estar presente en cada momento de mi vida, por su apoyo.

A Yuni por el cariño, por estar presente, por su preocupación en todo momento.

A mis abuelos Tila y Juanito, por el cariño y la preocupación durante todo este tiempo.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

A Noelita por ser mi amiga incondicional, por escuchar mis largas conversaciones sin reclamar y hacerme reír cuando más los necesitaba.

A Mayi por estar siempre presente, por el apoyo, por ser mi amigo en todo momento.

A Yudenis por contar siempre con su amistad, por su apoyo y cariño en los momentos difíciles.

A Yoselí, Jeiny, Yaima, Yadi, Rosmary, Mariam y Alfredo, mis amigos incondicionales durante estos cinco años de universidad, por los momentos vividos, su constancia, dedicación y empeño en esta etapa tan importante y difícil de nuestra carrera.

A Claudia por transitar juntas en esta difícil etapa, por las palabras de aliento, por contar con tu amistad, gracias.

A mi tutora Vania, por tener el valor de asumir este reto, por la entrega, el compromiso, por su consagración, por el consejo acertado, por discrepar, por hacer más de lo que le correspondía, por ayudarme a alcanzar este resultado.

A la UNISS, sobre todo a mis compañeros y profesores de Quinto Año de la carrera de Derecho, en especial a Arturo, Yadira, Mailenys, Ivaniyet, Lidia y Deibi por la formación, por compartir juntos estos cinco años de universidad.

A todos los que dedicaron su tiempo en favor de este trabajo, a todos los que me ayudaron a vencer los obstáculos y a transitar el camino. A todos los que llevo en mi corazón, aunque no estén presentes en este momento tan importante.

A todos, muchas gracias.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Resumen

Resulta preocupante en el escenario actual la creciente situación de padres con patria potestad sobre sus menores hijos que sin dejar de cumplir a plenitud con los deberes y obligaciones para con los mismos, se ven imposibilitados de poder representarlos en toda la extensión que implica esta institución, debido a que no se encuentran en el territorio nacional o encontrándose dentro de este, en ellos concurra alguna causa que impida representarlos y los menores queden a cargo de algún familiar, vecino, e incluso otra persona que suple físicamente la figura de sus progenitores, cumpliendo materialmente con facultades y obligaciones que no gozan de respaldo alguno en el ámbito jurídico, razón por la cual se evidencia la necesidad de ensanchar la figura de la representación legal a través de la creación de una institución que se equipare a la patria potestad, previa autorización de los padres o del Tribunal competente, mediante un proceso de jurisdicción voluntaria. Para llevar a cabo la presente investigación se tuvieron en cuenta los criterios doctrinales y jurisprudenciales más avanzados, así como el derecho foráneo. En función de ello se utilizaron métodos del nivel teórico y del nivel empírico que permitieron respaldar la necesidad de la propuesta.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Abstract

It is worrisome in the current scenario the growing situation of parents with parental authority over their minor children who, fully fulfilling their duties and obligations to them, are unable to represent them to the full extent of this institution, because it is not found in the national territory or being within it, there is some cause that prevents them from representing them and the minors are left in charge of a family member, neighbor, and even another person who physically supplies the figure of their parents, fulfilling materially with faculties and obligations that do not enjoy any support in the legal field, which is why it is evident the need to widen the figure of legal representation through the creation of an institution that is equated to parental authority, with the prior authorization of the parents or the competent Court, through a process of voluntary jurisdiction. In order to carry out the present investigation, the most advanced doctrinal and jurisprudential criteria were taken into account, as well as the foreign law. Based on this, methods of the theoretical level and the empirical level were used to support the need for the proposal.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Índice

Introducción.....	1
Desarrollo.....	9
1. Antecedentes históricos-doctrinales de la institución de la representación.....	9
1.1 La representación en el Derecho Romano.....	9
1.1.1 Modalidades de representación en la Antigua Roma.....	12
1.1.2 La representación familiar en el Derecho Romano.....	14
1.2 La representación en el Derecho Canónico.....	17
1.3 Nociones básicas sobre el concepto de representación.....	18
1.4 Conceptualización doctrinal de la figura de la representación según autores extranjeros.....	22
1.5 Naturaleza jurídica de la representación.....	25
1.6 La representación legal: origen, características, subclasificaciones. La representación legal en el Derecho de Familia cubano.....	29
2. Tratamiento de la figura de la representación legal a menores en la legislación familiar cubana.....	35
2.1 La representación familiar en Cuba: generalidades, contenido y características.....	35
2.2 La representación legal a menores en el Derecho Comparado.....	40
2.3 Análisis normativo de la representación legal a menores en Cuba.....	45
2.4 Resultados obtenidos a partir de la aplicación de la entrevista realizada a Marcial Prado Vivas, la persona que atiende el Consejo de Atención a Menores en el municipio de Cabaiguán.....	55
2.5 Resultados obtenidos a partir de la aplicación de la entrevista realizada a jueces, fiscales, abogados, consultores, notarios y registradores de la provincia de Sancti Spíritus y el municipio de Cabaiguán.....	56
2.6 Caracterización de los lineamientos del 7mo Congreso del Partido referidos a las limitaciones de la representación legal a menores en la legislación familiar cubana.....	58
Conclusiones.....	62
Recomendaciones.....	63
Referencias Bibliográficas.....	64
Anexos.....	71

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Introducción

El fenómeno representativo surge desde la antigüedad y su fundamento descansa o bien en ensanchar la actividad jurídica de la persona natural, brindándole la posibilidad de actuar a un mismo tiempo en dos lugares distintos, a través de otro sujeto que la representa, o bien nace como respuesta del ordenamiento jurídico a situaciones de hecho o de derecho que presentan determinadas personas, a las cuales por sus condiciones no se les permite realizar actos jurídicos válidos para el derecho y por ello para actuar en el mundo jurídico necesitan de una persona que los represente.

Según ALBALADEJO GARCÍA (1958), *“la representación es la autorización concedida por la ley o por la persona interesada mediante un acto jurídico, en virtud de la cual el representante tiene facultades para sustituir al representado y ocupar su lugar como sujeto de la relación jurídica”*.

La representación legal es la autorización concedida por la ley para que una persona actúe en nombre y en interés de otro sujeto. Esta modalidad de representación se caracteriza por el hecho de que su origen se encuentra en la ley y no en la voluntad del representado, partiendo del presupuesto de que este no es capaz para la realización de actos jurídicos, bien porque está declarado incapaz por enfermedad, incapaz por edad, por ser un impedido declarado ausente o porque represente ciertos bienes o negocios cuya gestión se le confía para la figura del *naciturus*. Así, es la ley quien determina el alcance y la extensión de los poderes del representante legal.

Nuestro Código de Familia estipula que los hijos menores de edad estarán bajo la patria potestad de sus padres, toda vez que su ejercicio corresponde a ambos padres conjuntamente ¹ refrendando así la plena igualdad de ambos progenitores para ejercerla. Solo corresponderá a uno de los padres, en caso de fallecimiento del otro, o

¹Artículos 82 y 83 del Código de Familia de Cuba, Ley No 1289/1975, contenidos en el Capítulo II del Título II, De las Relaciones Paterno- Filiales.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

cuando excepcionalmente se le haya suspendido o privado. Este ejercicio conjunto de la patria potestad por las madres y los padres cubanos se mantiene inalterable también luego del divorcio de los cónyuges.

Por supuesto estos menores descritos son una modalidad de representación legal, debido a que por cuestiones de edad la ley no les ofrece la posibilidad de realizar actos jurídicos en nombre propio, careciendo de capacidad de ejercicio para hacer valer sus derechos; se presume que el menor no tiene el necesario discernimiento para decidir, por propia voluntad la realización de actos jurídicos y por tanto los padres del menor con patria potestad sobre el mismo asumen la representación legal hasta que arriben a la mayoría de edad.

En Cuba la patria potestad es entendida como el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres con respecto a sus hijos. Su contenido puede resumirse en las acciones siguientes: tener la guarda y cuidado sobre los menores;² atender todo lo relacionado con su educación; dirigir su formación en la vida social; administrar y cuidar sus bienes con la mayor diligencia; y representarlos en todos los actos y negocios jurídicos en que puedan tener interés.³ Los padres están facultados también para reprender y corregir adecuada y moderadamente a sus hijos y podrán, en interés de éstos, disponer de sus bienes, cederlos, permutarlos o enajenarlos por causa justificada de utilidad o necesidad, previa autorización del tribunal competente, con audiencia del Fiscal.⁴

²Implica el deber de garantizarles protección, alimentación, recreación y habidad adecuados, velar por su salud, aseo personal y buena conducta, cooperando con las autoridades correspondientes. si fuera preciso superar cualquier situación que pudiera repercutir desfavorablemente en su formación y desarrollo.

³ Artículos 85 del Código de Familia de Cuba, Ley No 1289/1975, contenidos en el Capítulo II del Título II, De las Relaciones Paterno- Filiales.

⁴ Los hijos a su vez están obligados a respetar, considerar y ayudar a sus padres y a obedecerlos mientras estén bajo su patria potestad. Artículos 84, 86 y 87, respectivamente del Código de Familia Cuba, Ley No 1289/1975, contenidos en el Capítulo II del Título II, De las Relaciones Paterno- Filiales.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Resulta preocupante en el escenario actual los casos en que los padres del menor de edad con patria potestad sobre el mismo y sin dejar de cumplir a plenitud con los deberes y obligaciones para con sus hijos, se ven imposibilitados de poder representar debidamente a los mismos por diversas razones que le impiden hacerlo, quedando los menores en unión de familiares u otras personas.

Los menores de edad presentes en esta situación quedan a cargo de familiares u otras personas que suplen físicamente la figura de sus representantes legales, otorgándoles materialmente facultades y obligaciones respecto a ese menor una vez que quedan bajo su responsabilidad, las cuales en el ámbito jurídico no gozan de respaldo alguno.

Existen vulnerabilidades en el cumplimiento de los deberes emanados de las relaciones paterno-filiales y actualmente es una necesidad en la sociedad cubana, el hecho de contar con una institución que se equipare a la patria potestad dentro de la representación legal, que permita representar a los menores de edad, cuyos padres no se encuentren en el territorio nacional o encontrándose dentro de este ,en ellos concorra alguna causa que impida representarlos porque se encuentren en otra provincia trabajando o por cuestiones de enfermedad, así como también por encontrarse cumpliendo sanción en un Centro Penitenciario, o simplemente viviendo todos en la misma localidad, pero no convivan con el menor y estos estén a cargo de algún familiar, vecino, conocido e incluso otra persona, pero que verdaderamente asume el rol que le corresponde al padre y vela por el interés superior del menor, enarbolado en la Convención de los Derechos del Niño adoptada el 20 de noviembre de 1989,de la cual Cuba es signataria.

Resulta entonces una problemática en el escenario actual el hecho de que no se corresponde realmente el representante legal del menor de edad con la persona que verdaderamente está a su cargo, de ahí la necesidad de ensanchar la figura de la

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

representación legal a las personas que hoy realmente tienen a su cargo estos menores.

Se pudo constatar a través de la entrevista realizada a Marcial Prado Vivas, la persona que atiende el Consejo de Atención a Menores en el municipio de Cabaiguán, que verdaderamente existen menores que atraviesan esta situación y que quedan a cargo de familiares u otras personas que asumen la responsabilidad de velar por sus intereses.

Situación que ha sido investigada además por juristas como la Máster en Ciencias Alicia Camué Torres, fiscal del Departamento de Asesoría Jurídica de la Fiscalía Provincial de Santiago de Cuba y la Doctora en Ciencias Odette Martínez Pérez, profesora de la Universidad de Oriente, entre otros.

Cuba tiene reglada la representación legal de los menores de edad de manera que incluye a padres, tutores judicialmente nombrados y el Fiscal, advirtiéndose que como toda obra humana tal normativa es perfectible a los efectos de garantizar la defensa de los intereses de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo resulta sumamente polémica en la práctica la representación que asume el Fiscal, atendiendo a sus presupuestos legislativos y la posibilidad de su ejercicio efectivo.

En Cuba la representación de menores en sustitución de padres y tutores corresponde al Fiscal en virtud de lo establecido en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, los que a su vez encuentran respaldo en la Ley de la Fiscalía General de la República, estableciéndose como supuestos que determinan tal representación en el caso de los menores, incapacitados y ausentes, hasta que se les provea de tutores, representantes o encargados del cuidado de sus personas y de la defensa de sus bienes y derechos.

La nueva Carta Magna expone el deseo del Estado cubano y su pueblo a defender y garantizar una vida sana y plena para los niños, niñas y adolescentes, que pueda suplir

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

sus necesidades elementales y contribuya a su desarrollo personal. Un aspecto muy relevante lo constituye el hecho de establecer en su artículo 84 el derecho de los de los menores de edad a que sus madres y los padres u otros parientes consanguíneos o afines que cumplan funciones de guarda y cuidado, les garanticen el cumplimiento de sus derechos, los protejan de todo tipo de violencia y contribuyan activamente al desarrollo pleno de su personalidad.

Lo anteriormente abordado recrea el gran avance desde el punto de vista constitucional al definir que parientes afines realicen funciones de guarda y cuidado, aspecto que no se regulaba en la Constitución anterior, pero que aún no suplen nuestra necesidad debido a que les ofrece la posibilidad solo a parientes afines y en este caso se trata de ampliar la figura de la representación legal de menores de edad a las personas que realmente estén a cargo del menor y cumplan con sus funciones, aunque no sean parientes del mismo.

Sobre la base de las valoraciones realizadas hasta el momento se declara como Problema Científico: La insuficiente regulación de la representación legal a menores en el ordenamiento familiar cubano.

En correspondencia con el problema científico identificado la investigación tiene como Objetivo General: Demostrar la necesidad de perfeccionar el régimen de representación legal a menores en el ordenamiento familiar cubano.

En función del Objetivo General trazado en la investigación, se cumplieron los siguientes Objetivos Específicos:

1. Analizar los antecedentes históricos-doctrinales y legislativos de la institución de la representación legal tanto nacionales como foráneos.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

2. Valorar el actual régimen de representación legal a menores sobre el análisis de las principales normas que lo regulan, para su perfeccionamiento en la legislación familiar cubana.

Para dar solución al problema planteado se ha formulado la siguiente Hipótesis: La representación legal a menores, a fin de garantizar el perfeccionamiento de la legislación familiar cubana, debe basarse en la determinación de los principios, objetivos, conceptos, naturaleza jurídica y los derechos conferidos.

La Novedad Científica de la investigación radica en demostrar la necesidad de perfeccionar el régimen de representación legal a menores de edad cuando sus padres se encuentren fuera del territorio nacional o encontrándose dentro de este, en ellos concorra alguna circunstancia que les impida realizar esta función, proponiendo a su vez una institución dentro de la representación legal equiparable a la patria potestad, que permita representarlos previa autorización de los padres o del Tribunal competente, mediante un proceso de jurisdicción voluntaria.

Durante el desarrollo de la investigación se emplearon los siguientes métodos teóricos:

Histórico-jurídico: es el que enfoca el objeto de estudio en su decurso evolutivo, destacando los aspectos generales del desarrollo de éste, las tendencias de su progreso, las etapas de su desenvolvimiento, sus conexiones fundamentales y su sentido de causalidad. Esto posibilita entender el comportamiento histórico de un objeto o fenómeno determinado y explicar la fisonomía actual del mismo a fin de explicar los fundamentos de la regulación actual de la institución que es objeto de la investigación y realizar las necesarias inferencias que posibiliten su análisis en el contexto de la realidad cubana actual. A través de este método fue posible determinar los antecedentes históricos de la institución de la representación, observando sus manifestaciones en el Derecho Romano, y el Derecho Canónico, especialmente, para poder llegar a determinar la representación legal, como institución que permite proteger

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

los derechos de los menores de edad. Se hace referencia a las visiones actuales sobre el tema y a su paulatina observancia en la legislación y jurisprudencia extranjera.

Teórico-jurídico: parte de los principios y conceptos propios de la Teoría del Derecho, y particularmente del Derecho Civil, el Derecho de Familia y el Derecho Procesal Civil, sistematizando los presupuestos teóricos sobre los que se sustenta la representación legal a menores y que pueden servir de base al perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Jurídico-comparado: como etimológicamente se desprende de su enunciación, el método de derecho comparado o de comparación jurídica, es aquel mediante el cual se cotejan o contrastan dos o más objetos jurídicos: sistemas de derecho, normas, instituciones, procedimientos, a fin de descubrir sus relaciones, estimar sus diferencias y resaltar sus semejanzas; lo cual posibilita percibir los rasgos esenciales, hallar explicaciones y llegar a la esencia de las variables que se han determinado. Se realizó un estudio de las disposiciones jurídicas y jurisprudencia extranjeras en materia familiar con el propósito de deducir las tendencias en cuanto a la regulación y aplicación de las instituciones estudiadas y las transformaciones sobre ellas operadas, con el objetivo de fundamentar las propuestas de cambios necesarios en la legislación familiar cubana en esta materia.

Exegético-analítico: necesario para el examen e interpretación de todos los textos legales incluidos en la investigación, y especialmente de la legislación familiar cubana, a fin de determinar los fundamentos teóricos para la representación legal de menores en pos de su perfeccionamiento. En la ciencia jurídica es donde el ejercicio de la profesión se expresa en gran medida a través de documentos escritos, es por ello que fue utilizado en esta investigación en el análisis de disposiciones judiciales del Tribunal Supremo Popular, así como de los Tribunales Provinciales Populares y los Tribunales Municipales Populares , dígase por ejemplo: sentencias, autos, además normas

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

jurídicas, libros, monografías, entre otros, teniendo en cuenta que es una investigación eminentemente teórica.

Se emplearon además los siguientes métodos empíricos:

La entrevista: es aquella que se desarrolla mediante una conversación planificada y controlada con un interlocutor, que a los efectos de la investigación constituye un sujeto clave por razón de su experiencia, conocimientos que posee o ser testigo de algún acontecimiento. Para complementar la presente investigación fue aplicada a Marcial Prado Vivas, la persona que atiende el Consejo de Atención a Menores en el municipio de Cabaiguán; así como también a Jueces del Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus y del Tribunal Municipal de Cabaiguán, a Fiscales de la Provincia de Sancti Spíritus y el municipio de Cabaiguán, así como a los abogados del Bufete Colectivo de la provincia de Sancti Spíritus y del municipio de Cabaiguán, a Consultores de la Consultoría Jurídica Internacional de Sancti Spíritus, también a la Notaria Principal de la Notaría Estatal Número 3 de Sancti Spíritus y a la Registradora Principal del Registro del Estado Civil de Sancti Spíritus para conocer la opinión que tienen los juristas implicados en los procesos familiares sobre la representación legal de los menores de edad en el Derecho Familiar cubano, además, indagar acerca de cuánta preparación poseen al respecto y poder recoger opiniones, actitudes, valores y necesidades respecto al tema antes mencionado.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Desarrollo

1. Antecedentes históricos-doctrinales de la institución de la representación.

1.1 La representación en el Derecho Romano.

Actualmente, salvo para determinadas excepciones por la naturaleza de ciertos negocios que exigen la actuación personalísima del interesado, como el testamento, se admite de manera general la celebración de actos jurídicos mediante representación; en cambio, en el derecho romano, a diferencia de ahora, se concibió la figura jurídica de la representación de una manera limitada. En su primera etapa (periodos del *derecho quirritario* y del *derecho de gentes*) partió del principio de la no representación, posteriormente (periodo del *derecho jurisprudencial*) admitió la representación pero de forma limitada, esto es, con efectos indirectos; siendo en su última fase (periodo del *derecho de la codificación*) en el que se puede identificar con la representación actual. Las razones por las que los romanos en un inicio prescindieron de la representación propiamente dicha, habrían sido distintas.

ARGÜELLO (2007), señala entre las causas más conocidas el formalismo de los negocios en el primitivo *ius civile*, que exigía la intervención directa y personal de los sujetos de la relación; también influyó la organización de la sociedad romana, que dividía a las personas que integraban una familia en *sui iuris* y *alieni iuris*, teniendo ambas clases de personas distinta condición jurídica.

Los *sui iuris* eran los sujetos autónomos de cualquier potestad familiar y gozaban de plena capacidad jurídica, los varones *sui iuris* se denominaron *pater familias* o jefe de familia, título que implicaba el derecho de tener un patrimonio y de ejercer sobre los otros las cuatro clases de poderes. (PETIT, 1958).

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Primeramente la *dominica potestas*, autoridad sobre el esclavo; la *patria potestas* autoridad paternal; la *manus*, autoridad del marido sobre la esposa, y el *mancipium*, autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre. Cuando el *sui iuris* era una mujer se le llamaba *mater familias*, esté o no casada, y podía tener patrimonio pero a diferencia del *pater familias* sólo ejercía la autoridad de ama sobre esclavos. Los *alieni iuris* eran las personas sometidas al *pater familias*, cualquiera que fuera su edad o su sexo, gozaban de capacidad de obrar, pero carecían de capacidad jurídica.

Esta organización familiar permitía que el *pater familias* no necesitara representantes libres, pues por imperio de la ley sus representantes eran los hijos y esclavos sometidos a su potestad; sin embargo, ellos sólo podían adquirir para mejorar la situación de su jefe, pues lo adquirido revertía automáticamente al *pater familias* en virtud de la relación de dependencia, en cambio, carecían de eficacia los actos que suponían pérdidas de derecho o que suponían una obligación patrimonial, por desmejorar la situación del jefe familiar. La consecuencia traslativa de lo adquirido a favor del *pater familias* se dio también en la representación legal o necesaria, la cual sí fue admitida por los romanos.

La existencia de la representación legal tuvo distintas causas, entre ellas el sometimiento de los *alieni iuris* por razón de parentesco, lo que dio origen a la *patria potestas*; así mismo, el derecho romano consideró necesario que los ciudadanos y *sui iuris* imposibilitados de ejercer por sí mismos los derechos de los que eran titulares tuvieran un representante legal o necesario, tal representación se cumplió con las instituciones jurídicas de la tutela y curatela, consistentes en la representación por imperativo de la ley de los menores e interdictos.

Así podría decirse, como bien señala el autor peruano VIDAL RAMÍREZ, (2005), la representación tiene su origen en Roma; sin embargo, el tratamiento de la representación en el derecho romano fue incipiente ya que sólo trató la representación legal o necesaria.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Más adelante, el derecho romano admitió ciertas excepciones al principio de no representación voluntaria, pero sus efectos indirectos, es decir, los efectos del acto jurídico vinculan al representante, quien debe transmitirlos después al representado mediante un acto jurídico distinto.

Sin embargo, en doctrina se señala que tal representación indirecta se admitió sólo para actos jurídicos de carácter patrimonial de naturaleza obligatoria y para la actuación en juicios, no siendo permitida en los actos jurídicos de disposición de bienes, de constitución de derechos reales y en los de carácter personalísimo (BARREIRO FERNÁNDEZ Y PARICIO, 1993).

El desarrollo social y económico del Imperio Romano, incrementó el tráfico de bienes, debilitándose el principio de no representación directa, por lo que comenzó admitirse en algunos casos la representación directa, como son, según ARIAS RAMOS(1986), la adquisición de la posesión, en la adquisición de la herencia del derecho honorario (*bonorum possessio*); todo ello fue obligando al derecho romano a permitir la representación encargada a personas libres, admitiéndose también a los que tienen un poder general de representación (*procurador omnium bonorum*).

Cabe agregar a lo expuesto, que la representación indirecta ,propia del derecho romano, también se encontró en el contrato de mandato, regulado por dicha legislación, y en el que se aplicó el principio de representación indirecta, y que consistía en que el mandatario, representante del mandante, se vinculaba directamente con los terceros de la relación, siendo necesario que después, en virtud de la relación interna del contrato de mandato, los efectos del acto jurídico celebrado por el mandatario se transfirieran al mandante.

El concepto de representación siguió desarrollándose, considerando muchos autores que la verdadera representación perfecta, directa o voluntaria se inicia en el derecho canónico, según expresa GOLMAYO (2005), cuando se acepta que en la celebración del

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

matrimonio el asentimiento de uno de los cónyuges ausentes lo manifieste un enviado especial o un procurador con poder especial.

Posteriormente, es plasmada en el Código Civil francés de 1804, pero como parte del contrato de mandato; más adelante a mediados del siglo XIX los pandectistas alemanes, entre ellos Caspar Rudolf Von Ihering, inician el estudio de la representación y del mandato de manera independiente.

1.1.1 Modalidades de representación en la Antigua Roma.

Se distinguen dos modalidades de representación, según que los efectos de la misma sean o no inmediatos: una llamada perfecta, directa o inmediata, y otra, imperfecta, indirecta o mediata. Se caracterizan porque, en la primera, todos los efectos de los actos del representante, constanding su condición de tal, se producen sin más, automáticamente, para el representado, mientras que en la segunda, de momento, tales efectos se dan exclusivamente a favor y en contra del representante, siendo necesarios nuevos actos para que dichas consecuencias vayan a parar al representado. Actos que serán el resultado de la relación que ligue al representado con su gestor, la cual es una relación interna, sin repercusiones con respecto a terceros. En el primer caso se dice que el representante obra por cuenta y en nombre del representado; en el segundo, por cuenta del representado y en nombre propio.

El Derecho moderno sienta como premisa general la admisibilidad de la representación. Los negocios jurídicos para los cuales no se admite, calificados de personalísimos, son excepciones. Pero no sucedía así en el Derecho romano.

Los comentaristas han indicado varias causas para explicar este fenómeno. Unas de índole teórica o doctrinal: repugnancia de la mentalidad romana, por su acendrado sentimiento de dignidad personal, a admitir que la actividad de una persona aprovechara a otra; el particular concepto de la obligación contractual romana como un vínculo exclusivo entre los que contratan; el formalismo de los modos de obligarse en el

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

antiguo Derecho romano, incompatible con la representación. Otras explicaciones miran más bien a circunstancias de ambiente social, que determinaron el que no se sintiesen en Roma las necesidades o dificultades que la representación satisface o soluciona. Entre éstas descuella, aparte la sencillez de la economía y comercio primitivos y el uso frecuentísimo del *nuntius*, la peculiar organización familiar romana.

El *pater familias* se servía de hijos, esclavos y personas *inmancipio* como medios auxiliares de su actividad jurídica. Con arreglo al Derecho Civil, los efectos favorables de los actos de estos súbditos del jefe familiar revertían automáticamente en el patrimonio del *pater*, y ya dijimos que el derecho pretorio hizo también a este, por diversos medios, responsable de las obligaciones que de tales actos resultasen.

Sin embargo, la rigidez de este principio de exclusión de la representación fue quebrantándose por dos vías: primeramente, utilizando expedientes que facilitaban sobremanera el traspaso de los efectos del negocio del representante al representado y que prácticamente acercaban mucho la representación de efectos mediatos (impropia o indirecta) a la de efectos inmediatos (propia o directa) y seguidamente admitiendo en algunos casos la representación directa, como en la adquisición de la posesión, y, por ella, de la propiedad, en la adquisición de la herencia del Derecho honorario (*bonorum possessio*), en la adquisición del derecho de prenda, y durante la época antigua y clásica, en diversos actos, incluso de enajenación, llevados a cabo, según parece, sin necesidad de poder por el *procurator omnium rerum*, administrador general de ordinario, un liberto que existía en toda casa romana de importancia.

De ordinario, la trama que une al representante indirecto con su representado será un mandato aceptado por aquél. El representante directo podrá o no tener dicho mandato; pero sí tendrá siempre un poder que le faculta para operar jurídicamente en nombre del representado con el mismo efecto que si actuase éste personalmente.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

1.1.2 La representación familiar en el Derecho Romano.

Es indudable que la familia es la base de toda sociedad y la génesis de nuestras relaciones con los demás seres que nos rodean. Los grupos familiares varían según la época y la sociedad en que nos encontremos, así como existieron familias primordialmente matriarcales, sin embargo la romana se caracterizó por ser patriarcal por excelencia.

Para comprender la organización de la familia romana y cuáles fueron sus repercusiones jurídicas, se hace referencia a los roles ocupados por los miembros de ésta que se mantenían unidos entre sí y también con relación a otros miembros que no pertenecían en forma directa a ella sino que su pertenencia era el resultado de otros vínculos como era el caso de los esclavos y clientes.

Así la base de la sociedad romana tuvo en su origen el poder jurídico de su gobierno y en las tres virtudes familiares de las que hablaba Cicerón: 1) *La gravitas*: que es el conocimiento de la responsabilidad; 2) *La pietas*: la sujeción a los derechos humanos y divinos; 3) *La simplicitas*: el sentido de la exacta valoración de las cosas. La familia era un mundo autónomo y espiritualmente completo, por ello pudo sobrevivir a las decadencias morales de los períodos de mayor bienestar, en los cuales la emancipación de la mujer pareció amenazar las mismas bases de la institución más sólida de Roma.

El ciudadano romano que contaba con los tres status tenía tres nombres, privilegio al que le daban gran valor, siendo: 1) *El praenomen*: era impuesto por los padres al niño dentro del noveno día del nacimiento, las mujeres no lo tenía, por lo tanto si era varón gozaba de dicho status. 2) *El nomen*: era el nombre gentilicio, indicando por lo tanto, la pertenencia a la *gens*, lo tenían todos aquellos sujetos que descendían del mismo antepasado. 3) *El cognomen*: era un sobrenombre añadido después el nombre gentilicio. Pues bien, las mujeres no poseían *el praenomen*, llevan el nombre de la *gens*, a menudo acompañado de algún diminutivo.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Como consecuencia de la falta de solidez de la organización estatal de los primeros tiempos de Roma, la familia se convirtió en un organismo de importancia dentro de la *civitas*, la confederación de familias constituía una casa (en sentido amplio) o *gens*, compuesto por miembros que tenían orígenes comunes. La *gens* (*familia communi iure dicta*) se organizó bajo la potestad de un jefe, llamado *pater familias*, con poderes absolutos en el orden político, jurídico, social y religioso.

Si nos referimos a la familia propio *iure*, hubo un sometimiento de los individuos que la componían bajo una sola autoridad, a través de la *manus* en el caso de las mujeres o de las *potestas*, en el caso de los restantes miembros.

La familia se fundó en una autoridad, la del *pater familias*, lo que significó la situación de poder en que se encontraba el individuo que reunía los tres *status*, o sea, hombre libre ciudadano romano y jefe de familia. La denominación *pater familias* indicaba la ausencia de sujeción jurídica *sui iuris* del hombre que se encontraba en esa situación.

A los miembros de la familia que se encontraban bajo la potestad del *pater* se los denominaba *alieni iuris*, entre ellos estaban los *fili familiae*, los *liberi* (descendientes libres) concebidos dentro de las *iustiae nuptiae*, y la mujer o *uxor*. Cabe la aclaración que la denominación de *pater*, no equivalía la actual de padre, que se refería al miembro varón más antiguo que estuviera vivo (*familia propio iure dicta*); o el antepasado más remoto para el supuesto de que éste viviera (*familia communi iure dicta*).

ULPIANO⁵, nos dice que la familia *communi iure* se denomina principalmente al conjunto de muchas personas que, por naturaleza o de derecho, están sujetas a la potestad de uno solo. No es necesario que el jefe de familia se encuentre con vida, una de las diferencias fundamentales con la familia de derecho comunitario o *communi iure*.

⁵ Fue un jurista romano de origen fenicio. Su actividad expositiva del derecho le permitió obtener el mayor premio para un jurista romano, ser el más utilizado en la compilación de Justiniano (una tercera parte proviene de sus obras), convirtiéndolo en uno de los principales informantes del derecho romano.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Luego en una etapa posterior encontramos la primacía de los vínculos de sangre, o lazos directos, estableciéndose las relaciones entre los miembros de la familia, pero ya haciendo referencia a grupos menores así se reforzaban los lazos establecidos por los vínculos de sangre.

La familia no era una constitución de personas vinculadas por un antepasado común si nos referimos a la familia *communi iure*; o por los lazos de sangre si nos referimos a la familia *proprio iure*. Por lo tanto independientemente de la etapa histórica en la que nos encontremos hallamos el fundamento de la unión de sus miembros en la religión doméstica, ya que los actos que estos realicen son privativos de ese grupo y no podían ser invadidos por la mirada ajena.

Cada familia tenía sus dioses traducidos en los antepasados ya que el concepto trascendía a la muerte y no se perdía memoria de quienes ya no estaban en el mundo de los vivos, los rituales y oraciones nacían en el seno de cada grupo y se pueden decir que los mismos eran secretos. Cabe recordar que era común entre los pueblos de la antigüedad la creencia de que la vida continuaba después de la muerte.

El *pater familiae*, como *sui iuris*, tenía a todas las personas libres bajo su *potestas*. La familia o *domus* fue originariamente un grupo de personas sobre las cuales el *pater familiae* ejercía su potestad y estaba compuesta por el *pater*, y las personas sometidas bajo su poder. El poder del *pater* significaba el dictado de sentencias por las que podía condenar a los miembros de la familia a penas como la exclusión de la *domus*, la flagelación, la prisión y hasta la muerte. La familia estaba compuesta por un elemento que la caracterizaba y era el patrimonio familiar común que se transmitía a través de las generaciones, pero el titular solo era el *pater* y cuidaba de la buena administración de los bienes.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

1.2 La representación en el Derecho Canónico.

El principio de que “*puede uno hacer por medio de otro lo que puede hacer por sí mismo*” tuvo siempre en Derecho canónico amplísima acogida. La formulación del principio fue general y absoluta, hasta el punto de extenderse más allá de lo que la realidad permite. Sin embargo, esta realidad no fue nunca desconocida, solamente careció de molde doctrinal en que ser vaciada y configurada; porque la elaboración científica del instituto de la representación no apareció sino muchos siglos más tarde que su aceptación y su práctica. En el libro VI de Bonifacio VIII la doctrina sobre el derecho de representación se eleva ya a principio general, convirtiéndose en regla de derecho.

La teoría de la representación, o mejor, su práctica no pasó del Derecho romano al canónico, a diferencia de lo que ha, sucedido en tantas otras instituciones jurídicas. El Derecho romano admitió tan sólo la representación actualmente llamada indirecta o impropia, es decir, el derecho de transmitir o declarar la voluntad por medio de otro. Esta representación indirecta es la que tiene el nuncio o mensajero. Pero la representación propiamente dicha, por la que el representante sustituye u ocupa el lugar del representado en la misma determinación de la voluntad, el Derecho romano la rechazó explícitamente.

La causa de no admitirse en el Derecho romano la representación propiamente dicha es porque el *pater familias* podía realizar el negocio jurídico por medio de los hijos, o de los siervos, lo cual obligaba necesariamente al padre e impedía el recurso a los extraños. El principio prohibitivo de la representación se mantuvo en vigor incluso en el Derecho de Justiniano, aunque se admitió alguna excepción en lo tocante a la adquisición de los derechos reales.

El Derecho civil moderno siguió en esta materia la tradición canónica apartándose de la romana. El principio de representación es modernamente admitido en todos los Códigos, no sólo en lo que se refiere a la representación indirecta, sino también a la

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

representación propiamente dicha. Sin embargo, los Códigos civiles, a excepción del alemán, no contienen una legislación propia acerca de la representación, sino que la presuponen o la consideran vinculada a otras instituciones jurídicas afines y que sirven de base a la representación, como el contrato de mandato y de sociedad. Lo mismo, exactamente, ocurre en la legislación canónica.

De ahí la labor que incumbe a los cultivadores del derecho, tanto canónico como civil. Ellos deben estructurar los principios reguladores de la representación, no mediante normas arbitrarias que carecerían de todo valor, sino mediante deducciones lógicas del concepto de representación y con la sistematización de los elementos positivos que la propia legislación les suministre. En el campo del Derecho civil la labor se halla más adelantada, porque la sistematización doctrinal viene trabajándose desde comienzos del pasado siglo y porque las distintas legislaciones suelen dar normas más concretas, si no sobre la misma materia, cuando menos sobre otras similares. En el Derecho canónico la labor es mucho más ardua, porque tanto en la legislación como en la doctrina los elementos constructivos escasean y se hallan muy dispersos.

1.3 Nociones básicas sobre el concepto de representación.

Aunque la doctrina sobre la representación no ha alcanzado todavía un estado de plena madurez, hay ya elementos suficientes y comúnmente aceptados, con los cuales se puede formar un sistema doctrinal en el que resalten claramente las líneas principales de esta institución jurídica. Pero lo que más interesa es descubrir el centro en el que todas las líneas convergen y este centro es el mismo concepto de representación.

Representar a otro es investirse de su personalidad, ponerse en lugar de él. En orden a la acción práctica o ejercicio del derecho, representar es actuar en nombre de otro. Pero en la acción jurídica, llamada negocio o acto jurídico, podemos distinguir tres momentos: la determinación de la voluntad y su manifestación, comunes a todo acto

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

jurídico, y también la ejecución de la voluntad cuando se trata de aquellos actos que no son meramente consensuales.

En los tres actos cabe la sustitución y por lo mismo la representación, mas débase advertir que cuando hablamos científicamente del derecho de representación, nos referimos exclusivamente a la sustitución en el primer acto, o sea, en la determinación de la voluntad, prescindiendo de los otros dos. El que sustituye a otro en la manifestación de la voluntad no se llama representante suyo, sino nuncio o mensajero, órgano consciente pero necesario para la transmisión del querer ajeno. El mensajero no es representante, porque no va investido de personalidad ajena, ya que la personalidad implica siempre la libertad en el querer o en el determinarse, sea en nombre propio, sea en nombre de otro.

Dos cualidades esenciales debe entrañar la representación: la primera consiste en la libertad de determinación, por la que el representante obra según su propio entender y querer, dentro de los límites que la ley o el representado le hayan prefijado. La segunda propiedad esencial de la representación consiste en que el representante obre a nombre del representado, de forma que los efectos del acto jurídico, siempre que este sea legítimo, valgan como producidos por el representado.

Para ello no es preciso suponer lo que muchas veces no pasaría de ser una mera ficción que el representado hubiera obrado de igual manera que el representante o que apruebe posteriormente lo hecho por él. Esto equivaldría a negar la personalidad propia del representante, es decir, su autonomía en la determinación de la voluntad, ya que esta debería estar siempre amparada y sostenida por la del representado.

La razón de que el acto puesto libre y legítimamente por el representante valga de la misma manera que si hubiera sido ejercido por el representado y de que los efectos del acto no afecten ni recaigan sobre el primero, sino sobre el segundo no hay que buscarla en hipótesis extrañas a la representación, sino que es menester sacarla del mismo concepto de representación. El que representa a otro hace sus veces y por lo

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

mismo lo practicado por el representante vale como hecho por el representado y en cuanto ejecutado por él, aun cuando en realidad no se conforme a lo actualmente querido por el representado. Por encima de la falta de coincidencia actual de voluntades está la autorización precedente, dada por el representado o por la ley en lugar de él, y esta autorización es la que legitima el proceder del representante y la que hace que el acto puesto por él produzca en el representado, sin necesidad de ninguna ficción, todos sus efectos jurídicos.

Se comprende la diferencia sustancial que existe entre obrar a nombre de otro y obrar en interés de otro. En este segundo caso no hay representación directa o propiamente dicha. El que obra lo hace en nombre propio y sólo indirectamente, mediante un segundo acto, el efecto del negocio jurídico se traspassa a una tercera persona. La representación mediata o indirecta ya hemos dicho que no es propiamente representación jurídica.

Tampoco hay representación propia cuando el llamado representante no sustituye plenamente a otro en la determinación de la voluntad, sino que sólo le ayuda y completa, sea con el consejo o en otra forma. El abogado, por ejemplo, no es representante en juicio de su patrocinado; lo es, en cambio, el procurador. Por la misma causa dicha no hay representación cuando el padre, madre o tutor intervienen en determinados actos de los menores emancipados.

Si ahora comparamos el negocio jurídico concluido mediante representación con el concluido sin ella, se observará al punto que no existe diversidad de actos, sino diversidad de personas: lo que normalmente concurre en una misma persona para realizar cualquier negocio jurídico, en el caso de la representación se reparte entre diversos sujetos. Sabemos que para ejecutar un negocio jurídico se requiere en el sujeto capacidad jurídica o capacidad actualizada de tener derechos, y capacidad de voluntad o de efecto igualmente en acto. Esta doble capacidad se halla concentrada en un solo sujeto cuando este obra por sí mismo, sin representante; pero, si existe

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

representación, al representado compete la capacidad jurídica y al representante se le concede la capacidad de voluntad o de obrar a nombre del representado, quien a veces podrá también ejercer, a pesar de la representación concedida, la capacidad de voluntad.

La distinción de esta doble capacidad nos da el criterio seguro para discernir lo que compete al representante y lo que al representado en la conclusión de un negocio jurídico y también para conocer cuándo se extingue el derecho de representación. El representado es el *dominus negotii* y por consiguiente en él deben concurrir todas las condiciones personales, reales y legales necesarias para tener el dominio de la cosa y el cuasi dominio de un derecho, o en general la facultad de disponer acerca del negocio jurídico de que se trata.

En cambio, no necesita estar dotado de las condiciones que se requieren para obrar o ejercer efectivamente su derecho. El infante, el amenté, la persona moral tienen capacidad jurídica, aunque no capacidad de voluntad: pueden ser representados en aquellos actos para los que tienen capacidad jurídica, mientras gozan de ella. Además siempre que la representación es voluntaria, se requiere en el representado la capacidad necesaria para otorgar la representación.

El representante es como un mandatario que completa y prolonga la persona del representado, ejerciendo en nombre de él la actitud de voluntad, necesaria para que la ley se actúe y produzca todos sus efectos. La transmisión de esta facultad de voluntad a veces únicamente puede hacerla la ley, porque el representado es incapaz de querer, y entonces la representación se llama legal. Otras veces la representación es voluntaria, porque la confiere el mismo representado. El representante, en cuanto tal, no tiene relación alguna con la cosa u objeto de la representación, que pertenece totalmente al representado. Por esta causa a él le basta estar dotado de las condiciones subjetivas indispensables para poder realizar un acto jurídico plenamente válido, en cuanto que él es quien lo ejecuta libremente aunque a nombre de otro. Así el

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

procurador judicial no es el *dominus litis*, pero, como quiera que él es quien debe obrar, tiene que estar dotado de las cualidades naturales que se requiere para obrar libre y responsablemente, además de las cualidades especiales que el derecho exige para el ejercicio de la representación.

1.4 Conceptualización doctrinal de la figura de la representación según autores extranjeros.

La representación es abordada desde varias perspectivas, encontrándola dentro de las distintas instituciones jurídicas. Se confundió con el mandato, por cuanto se la consideraba como un contrato, o elemento de este. A raíz de su posterior desenvolvimiento se desarrolló su autonomía, primero sólo doctrinariamente, posteriormente además a nivel de legislación ha sido admitida, descartándose el criterio sólo contractual que se le daba. Más allá de las múltiples posiciones doctrinarias, se percibe que los diversos conceptos alcanzados por los juristas se vinculan con la forma como se califique su naturaleza jurídica. Teniendo presente esta precisión, se puede retomar de las perspectivas jurídicas la idea central; que el concepto de representación se entiende como que el representante emite la declaración de voluntad, con las facultades del poder del cual está investido, donde expresa la voluntad del representado, que también se hace manifestar en el instante celebrar el acto con el tercero que interviene.

Entendemos por representación, la realización y ejecución de actos jurídicos a nombre de otros; es decir, el obrar a nombre ajeno para la realización y ejecución de un acto o la celebración de un negocio jurídico. Hablamos de representación cuando una persona llamada "*representante*" realiza un acto jurídico en lugar de otra denominada "*representado*".

Generalmente, esta actuación a nombre de otro supone la concesión previa de atribuciones y facultades por una persona, o por la ley, para que otra la represente, es

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

decir, realice a su nombre cierta actividad jurídica. Pero es también posible que quien obra a nombre de otro, lo haga sin que previamente se le hayan conferido tales facultades y atribuciones; en este caso también existe representación aunque la actuación a nombre ajeno esté sujeta a una ratificación posterior de aquel a cuyo nombre se obra.

Por representación, entiende ALBALADEJO (1993), que hay verdadera representación cuando el negocio se otorga en el único interés del representado.

El jurista VIDAL RAMÍREZ (2005), ha señalado respecto a esta institución, que el acto jurídico puede ser celebrado por el propio sujeto interesado o por medio de otro, dando así lugar a la representación y que la utilidad práctica de esta figura está en la posibilidad que tienen personas ausentes y personas con incapacidad de ejercicio para celebrar actos jurídicos.

En esa línea CASTRO Y BRAVO (1972), habla de la representación como el “*milagro jurídico de la bilocación*”, porque posibilita el desplazamiento de la voluntad del representado, pues sobre él al final recaen los efectos jurídicos del negocio celebrado por su representante.

De otro lado, LOHMANN LUCA (1982), manifiesta que la representación no consiste en el hecho que un emisario transmita y reproduzca una voluntad distinta a la de él, ya que esta función es la realizada por el “*nuncio*” y carece de iniciativa legítima, no pudiendo determinar el contenido del negocio, no teniendo el nuncio capacidad de decisión vinculante.

En efecto, la doctrina romana, señala que se consideró al *nuncius* como la persona que transmitía o hacía conocer la voluntad de otra persona, era considerado como una especie de carta, por ello podía ser *nuncius* cualquier persona (esclavos, menores de edad), diciéndose que *praestat ministerium tantummodo*, que significa que no es él mismo quien realiza el negocio jurídico, sino que sólo se presta a facilitar la

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

celebración, llevando la voluntad de cierta persona a conocimiento de otras u otras personas; quedando así claro que el *nuncius* no realiza el acto por voluntad propia, a diferencia del representante que realiza el negocio por voluntad propia e independiente a la de su representado, por lo que debe tener capacidad jurídica para manifestar su voluntad y celebrar actos jurídicos. (PACCHIONI, 1942).

Para que exista representación, señala STOLFI (1992), deben concurrir tres condiciones, que son, primeramente, que el representante declare su propia voluntad, que realice en nombre de otro y que tenga poder de representación.

La primera condición, que el representante declare su propia voluntad, nos lleva a concluir que en el negocio jurídico importa la validez de la voluntad del representante, por lo que importa que ésta no contenga vicios.

La segunda condición, en nombre de otro, se entiende en que el tercero con quien se celebra el acto jurídico debe saber que los efectos jurídicos de dicho acto recaerán sobre otra persona.

La tercera condición, que tenga poder de representación, significa que el representado o *dominus* haya facultado al representante para que declare su propia voluntad en lugar de la suya.

Por lo expuesto, se tiene como notas características de la representación las siguientes: la voluntad del representante en la celebración del acto jurídico y la transferencia de los efectos jurídicos a la esfera jurídica del representado.

LARENZ (1974), define a la representación, teniendo en cuenta la transferencia de los efectos jurídicos, señalando que la naturaleza o significado jurídico de la representación consiste en que el representante celebra en lugar del representado un negocio para este, el cual es considerado respecto a sus efectos jurídicos, como un negocio del propio representado. La celebración de un negocio jurídico para otro, con el

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

efecto de que éste, y no el propio agente, llega a ser parte en el negocio, constituye el concepto de representación.

Entonces, la representación permite crear negocios jurídicos donde existe una distinción entre el sujeto que emite la declaración de voluntad y aquel sobre quien recaen los efectos de la declaración, se caracteriza por la actuación *alieno nomine*, es decir por cuenta ajena.

Representar implica sustituir a alguien, para realizar determinados negocios jurídicos, sustitución de personas que como indica el autor BETTI (2001), encuentra sus propios límites en la noción de autonomía privada, pues la tutela del negocio reconoce justificación en la idea de que cada persona es dueña de regir sus asuntos propios asuntos como mejor lo considere. Sostiene el maestro italiano que si acepta que cualquiera pueda influir en los asuntos de otro, la sanción del negocio erraría su finalidad, dejaría de ser tutela de la actividad privada.

En palabras de ROCA SASTRE y PUIG BRUA (1948), la representación se define como aquella institución en cuya virtud una persona, debidamente autorizada o investida de poder, otorga un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra, recayendo sobre ésta los efectos normales consiguientes.

1.5 Naturaleza jurídica de la representación.

Sobre la naturaleza de la representación se han esbozado varias teorías, bástenos recordar las de Savigny, Hupka y Mitteis.

Savigny, en su construcción sobre la teoría de la representación, ve al representado como el verdadero sujeto del negocio jurídico y en el representante un portador de una declaración de voluntad ajena, un mensajero. El tercero que contrata con el mandatario en calidad de tal y acepta sus proposiciones, acepta en realidad la declaración de

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

voluntad que el principal ha hecho de antemano, eliminándose por completo la voluntad del representante.

No es la misma cosa la voluntad del apoderado y la voluntad contractual declarada en el negocio; ésta va encaminada a la realización inmediata de una modificación de derecho. El poder no contiene disposición alguna del representado, sino sólo su consentimiento anticipado para los actos jurídicos de disposición que realizará en su nombre otra persona.

Hupka, por su parte considera imposible escindir el contenido de la voluntad, como también hablar de una división de la declaración de voluntad. Sostiene que el principal (representado) no tiene una voluntad inmediata en la declaración, sino que sólo la del representante da origen al negocio mediante su propia declaración. Es el representante y sólo él quien celebra el acto, y ve en la relación de apoderamiento un acto que se encuentra fuera del negocio principal. El poder sólo configura el límite y la condición para la eficacia de esa declaración de voluntad que ha de emanar del representante.

Los efectos del negocio de que se trate se encuentran bajo el imperio de dos voluntades que no se reúnen en un acto unitario, sino que psicológica y jurídicamente son distintos e independientes. Distingue Hupka, de este modo, entre los "*requisitos del acto*" (referidos al representante) y los requisitos para que ese acto produzca sus efectos, "*requisitos del efecto*" (referidos en este caso sólo al representado, por ejemplo que haya otorgado poder para actuar de esa manera).

Mitteis, considera que la declaración del representado relativa al poder se integra con la declaración del representante para dar origen al negocio encargado. Ante el resultado poco satisfactorio de las teorías que pretenden que es parte sólo el representante o sólo el representado, opta por dividir el acto de que se trate entre representante y representado y hacer nacer el negocio de la cooperación de ambos.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Las teorías que han existido en relación con el fenómeno de la representación tratan de explicar cuál es la importancia que tienen las voluntades (del representado y del representante) en el negocio representativo, es decir en el celebrado entre el representante y el tercero. En otras palabras estas teorías tratan de explicar cuál es la voluntad que es manifestada en el negocio jurídico representativo, si la del *dominus negotii* o la del representante. (DIEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, 1989).

La primera de las teorías sostuvo que la única voluntad relevante en el negocio representativo era la voluntad del *dominus negotii*. Esta fue la defendida durante un tiempo por Savigny. Para esta teoría el representante con independencia del poder que se le otorgaba, era siempre un portavoz de la voluntad del representado. Este criterio fue criticado posteriormente pues en su dogmática deja de explicar la representación legal y también la representación sin poder.

Surge en contraposición otra teoría, la llamada teoría de la representación, en la cual se defiende que la voluntad que actúa en el negocio jurídico representativo, es la voluntad del representante, que es el que actúa en el negocio con el tercero con quien contrata. A esta tesis, sostenida por el Código Civil alemán, se le objeta que realmente en el fenómeno representativo no se puede considerar al representado como un sujeto totalmente ajeno al negocio representativo, pues los efectos del acto jurídico repercuten en su esfera jurídica.

Ante estas dos posiciones que pueden ser catalogadas de unilaterales, surgen teorías intermedias⁶, que consideran tanto al representante como al representado, coautores del negocio representativo:

“Teoría de la colaboración (cuantitativa) de la voluntad de representante y representado: se parte del presupuesto de que deben tomarse en consideración tanto

⁶ Acogidas por el Código Civil italiano de 1942 (art. 1389), el Código Civil portugués de 1966 (art. 259).

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

la voluntad del representado como la del representante, puesto que la voluntad negocial en el negocio representativo está constituida siempre por la cooperación de las dos declaraciones de voluntad. No obstante, se distingue entre los casos en los que se otorga un poder especialísimo o un poder general, en los primeros se produce un predominio de la voluntad del representado y en el segundo, de la del representante, sin olvidar los casos intermedios donde las voluntades de ambos sujetos se dan en una mayor o menor proporción, según el supuesto concreto” (SERNA MEROÑO, 1994).

“Teoría de la cooperación funcional o cualitativa: se considera que la voluntad del representante como la del representado concurren al nacimiento del negocio, pero no en medida cuantitativa, sino con una función diversa, tanto por la naturaleza como por la cualidad, pues el representado emite el acto de decisión, ya sea comprar, arrendar o vender, y su manifestación volitiva constituye el elemento formal de la voluntad de contenido, es decir, la materia del acto volitivo negocial, el cual sin embargo, permanece uno aunque constituido por la síntesis de los dos elementos. Las dos voluntades son autónomas pero desde un punto de vista estructural se unen entre sí funcionalmente” (SERNA MEROÑO, 1993).

La mayoría de la doctrina es concluyente en afirmar que en la representación voluntaria hay una concurrencia de ambas voluntades (tanto la del representado como la del representante) en el negocio representativo. Por tanto en materia de vicios del consentimiento el negocio sería anulable, tanto si el vicio o defecto se verifica en el *dominus negotii* como en la del representante. Sin embargo en el caso de la representación legal por su propia razón de ser la voluntad que predomina es la del representante que es en definitiva el sujeto capaz.

Sería difícil determinar a cuál de las teorías se afilia el Código Civil cubano en la regulación de la figura en su artículo 58 al establecer: “la manifestación de voluntad emitida por el representante dentro de los límites de sus facultades es eficaz a favor o en contra del representado como si fuera él mismo quien hubiera obrado”. Parecería en

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

primera instancia que predomina en su redacción la teoría de la representación, por la importancia que se le atribuye a la voluntad del representante, sin embargo en medida alguna se silencia la trascendencia e importancia que tiene la manifestación de voluntad del *dominus negotii*, por lo que se aprecia más una tendencia en su redacción a la teoría intermedia cualitativa, pues si bien las voluntades son autónomas se unen entre sí funcionalmente y ambas contribuyen en la determinación y conclusión del negocio jurídico representativo.

1.6 La representación legal: origen, características, subclasificaciones. La representación legal en el Derecho de Familia cubano.

Podemos definir la representación como la acción y efecto de representar a una persona física o jurídica, aquella relación jurídica que se produce cuando se confía a una determinada persona, a la que se denomina representante, la facultad de actuar y de decidir, dentro de unos límites determinados, en interés y por cuenta de otra persona, a la que se le denominará representado.

En lo que respecta a las clases de representación, y siguiendo la clásica distinción de Albaladejo, podemos definir la representación legal y voluntaria, como modalidades de representación y teniendo en cuenta la causa por la que una persona puede ser representada por otra. La representación voluntaria se encuentra en la voluntad de los sujetos; en contraposición, la representación legal se refiere a los casos en los que el origen de la representación se encuentra en la propia ley.

La representación legal, como modalidad de representación que interesa en la presente investigación es también llamada representación necesaria, por ser la única manera en la cual las personas consideradas incapaces y también las personas jurídicas puedan manifestar su voluntad recayendo los efectos en su esfera jurídica.

Se fundamenta en que la voluntad tiene su origen en la Ley, la que dispone se instaure la representación por distintas razones, como la incapacidad del representado, por no

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

poder actuar por sí solo. Se le conoce también como “*Representación Necesaria*” al respecto DIEZ PICAZO(1994), la define:

“La representación legal es, por lo general, un medio para suplir un defecto de capacidad para obrar de determinadas personas o por un medio para evitar el desamparo de unos bienes que están faltos de titular o cuyo titular no se encuentra en condiciones de asumir por sí mismo su gobierno”

A diferencia de la voluntaria, la representación legal no se concede por el interesado, sino por la ley, que, además, fija la extensión de los poderes que se confieren al representante.

El representante legal queda investido de sus poderes al serio del cargo, potestad, etc., a cuyo titular se conceden aquellos, y, por lo general, tales poderes se extinguen, también, juntamente con ese cargo, potestad, etc. La capacidad exigida al representante, en principio, no puede ser sino la requerida para el cargo o potestad a cuyo titular se confiere la representación legal. A veces, se designa un solo representante legal (por ejemplo, el tutor, aunque también puede ser más de uno), pero en algunos casos son varios.

El ámbito a que se extiende la representación y las facultades concedidas al representante, y varían según la representación legal de que se trate; e incluso dentro de una misma clase pueden no ser iguales en todos los supuestos.

Nuestro Derecho regula numerosos casos de representación legal. Como ejemplos, baste citar los siguientes del Derecho común: el del titular de la patria potestad, o del defensor judicial, en cuanto a los hijos que se hallan bajo aquella, el del tutor o el defensor judicial en cuanto al pupilo, el del representante del ausente y el del defensor del desaparecido y del concebido y no nacido, el de los síndicos, en cuanto al concursado o quebrado, el del administrador de la herencia, etc.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

De la representación legal en general se puede decir que sus casos están tipificados en la ley, y no caben sino los que esta enumera. En ellos el representante no depende de la voluntad del representado ni en cuanto a recibir la representación ni en cuanto a instrucciones sobre su uso, sino que las facultades que se le confieren son las que la ley marca, y el uso de las mismas se rige por lo que la ley establece.

La representación legal tiene su origen en un acto de apoderamiento que se encuentra en la ley, es decir, el poder de la representación legal descansa inmediatamente en una disposición legal aplicada a los hechos que constituyen supuestos.

En el plano de las personas naturales y teniendo como base del poder de representación una disposición legal o ley, ENNECCERUS (1950), ha señalado que los representantes cuyo poder de representación descansa en una disposición legal son:

- a) El representante de las personas incapaces o limitadas en su capacidad como el titular de la patria potestad en cuanto a los hijos sometidos a la misma, el tutor en cuanto a los menores de edad e incapacitados.
- b) El curador en los distintos casos de la curatela y el administrador de la herencia (albacea), al que considera como sub especie del curador.
- c) Otras personas a quien la ley otorgue un poder de representación como el administrador en un concurso, etc.
- d) El marido que puede disponer sobre los bienes aportados en las comunidades conyugales; al respecto, debe precisarse que conforme al artículo 313 de nuestro Código Civil, actualmente corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social, pudiendo facultar cualquiera de ellos al otro a asumir la representación exclusiva del patrimonio.

La disposición legal en que se basa la representación, además de delegar la representación en las personas señaladas, exige algunas veces el cumplimiento de

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

formalidades para que el representante legal pueda celebrar actos jurídicos que afectan directamente los intereses de las personas imposibilitadas de actuar por sí mismas.

En cuanto a las características de la representación legal, las mismas pueden extraerse de las siguientes notas:

- a) Los casos de la representación legal son aquellos que son exigidos legalmente.
- b) En toda representación legal, el único capaz de llevar a cabo el negocio jurídico de que se trata es el representante, De este modo, hay que tener en cuenta que la única voluntad válida es la del propio representante y en ningún caso, la del representado, ya que es justamente la incapacidad de este para llevar a cabo una actuación en concreto la que determina la aparición de este tipo de representación. Ello supone que solo se tendrá en cuenta la voluntad del representante para determinar la validez o invalidez del negocio jurídico que él mismo realiza por cuenta del representado.
- c) La representación legal se prevé ante una situación en la que una persona no puede realizar una determinada actuación por sí misma, dado que no ostenta la capacidad requerida para llevarlo a cabo.
- d) Es relevante destacar el hecho de que, en algunas situaciones, el representante ve restringida su posibilidad de actuación por la autoridad judicial, que ejerce un control respecto de algunos negocios jurídicos que este puede realizar tanto en lo que respecta a los bienes como a la propia persona del representado.
- e) Pueden darse situaciones en las que existan y se prevea la existencia de varios representantes.
- f) El ámbito de la representación y las facultades que el representante va a ostentar, dependerán del tipo de representación legal de que se trate, y de las circunstancias particulares de cada caso concreto.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

- g) El representante legal no necesita de una justificación determinada para llevar a cabo un determinado negocio jurídico, pudiendo alegar en todo caso la facultad que la ley le otorga para ello.

La representación legal, según la doctrina se subclasifica en la representación determinada por ley y la representación determinada por actos en aplicación de una norma.

Representación determinada por ley:

Aquí, la ley de manera taxativa determina al representante, invistiéndole del poder en la propia norma, donde además se establecen sus facultades. En las diversas instituciones jurídicas se manifiesta esta forma de representación legal, por ejemplo Patria Potestad, copropiedad para ciertos actos. Donde en razón a la situación jurídica adquirida por quienes asumen esas funciones, padres y copropietarios, respectivamente por imperio de la Ley ejercitan como representantes legales, determinadas por ley.

Representación determinada por actos en aplicación de una norma:

El sustento jurídico de esta clase de representación radica en que la norma, regula los casos en que será indispensable la existencia de un representante, pero deja a voluntad del interesado o interesados la designación del mismo. Están aquí los actos de representación que nacen por voluntad de quien otorga poder, en razón a la necesidad que le impone la Ley para realizar actos o negocios jurídicos a través de un representante. Es decir, la norma menciona al sujeto inmerso en una situación jurídica determinada, que ejercerá la representación de una persona natural, o jurídica, para uno o varios actos jurídicos, pero la representada en virtud a la Ley designa o individualiza al o los representantes. Algunos supuestos de este tipo de representación lo encontramos en la representación orgánica, donde la Ley precisa quiénes son los representantes, pero deja en libertad de su elección a los integrantes de la persona

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

jurídica. Otro supuesto lo constituye por ejemplo la obligación de designar apoderado en juicio cuando existe *litis* consorcio, dando lugar al apoderado común (Artículo 76° del C.P.C). El legislador considera que ciertos actos, por su naturaleza o importancia, deben ser celebrados por un representante porque la realidad jurídica del representado así lo exige; por ejemplo las personas jurídicas, por ser entes abstractos requieren contar con apoderado, el cual deberá ser designado por sus integrantes. De igual modo, el interés del legislador para no dejar desprotegidos a los menores incapaces, impone la necesidad de designar al apoderado que lo represente.

La representación legal en el Derecho de Familia cubano, debe partir primeramente de que la representación es una figura jurídica básicamente voluntaria, sin embargo en el ámbito familiar deviene en una figura que tiene un origen legal en la medida que por medio de la ley se busca tutelar a la familia, a sus integrantes, y no sólo en el caso de las personas naturales: menores (niños, niñas y adolescentes), sino también en el caso de los concebidos.

Por política legislativa, teniéndose presente el "*Principio Superior del Niño*", se establecen normas que regulan la representación legal para que en su caso el niño, la niña, el adolescente, el concebido, y con ello la familia, en muchos supuestos de hecho, no queden en situación de indefensión.

Cuando desde la teoría general del proceso se establecen clasificaciones de los procesos civiles, nos interesan los procesos de jurisdicción voluntaria, correspondientes a los procedimientos que tengan por objeto hacer constar hechos o realizar actos que, sin estar empeñada, ni promover cuestión entre partes, hayan producido o deban producir efectos jurídicos, y de los cuales no se derive perjuicio a persona determinada.

En sede judicial, entre los procedimientos que más se realizan se encuentran: la nombrada utilidad y necesidad de índole general, debido a que la representación legal de padres y tutores entraña un deber de administración de los bienes, pero si bien esta

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

administración resulta contenido de la patria potestad, no sucede igual con la disposición, que se encuentra sujeta a la aprobación del tribunal. De manera que a esta solicitud de aprobación se le conoce en la praxis forense como Expediente de Utilidad y Necesidad, y va dirigido a obtener la imprescindible autorización judicial para la realización de actos de decisión sobre el destino de determinados bienes cuyo titular es menor de edad.

Debe su denominación a que resulta vital acreditarle al órgano judicial que el acto por el cual se pretende disponer del bien en concreto se realiza en aras de incrementar el patrimonio o mejorar la condición social del menor de edad.

No tiene procedimiento especial reconocido en la ley ritaria, sino que se aviene a su regulación en los artículos del 578 al 585, vistos en relación con los del Código de Familia referidos al ejercicio de la tutela, específicamente el 155 y 156, estarán legitimados para formular la solicitud quienes ostenten la representación legal ya como padres, ya como tutores.

2. Tratamiento de la figura de la representación legal a menores en la legislación familiar cubana.

2.1 La representación familiar en Cuba: generalidades, contenido y características.

El Código Civil cubano no define el instituto, sólo se limita a reconocer el fenómeno representativo en su artículo 56 "*El acto jurídico puede realizarse por medio de un representante*". Lo cual indica, con base en la interpretación del mismo, que la norma no limita que la representación opere únicamente en el ámbito de los contratos, sino todo lo contrario extiende el criterio admitiendo una extensión amplia del fenómeno representativo, pudiendo ser utilizado en cualquier acto jurídico donde se manifiesta la voluntad de una persona a fin de producir efectos jurídicos.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Sin embargo es necesario precisar que la norma tiene carácter general y no incluye en su extensión el análisis de aquellos actos jurídicos denominados personalísimos, en los cuales por ley el fenómeno no es aplicable. Así estos actos sólo pueden ser realizados por el propio interesado y nunca por otra persona, ni siquiera en concepto de representante. Estos actos generalmente atañen al Derecho de Familia, con la excepción del matrimonio por poder, y también otros que la norma establece como por ejemplo el otorgamiento de testamento, artículo 477.1 del Código Civil cubano. Por lo general en las relaciones jurídicas de carácter patrimonial, es normal la representación.

La persona que realiza el acto no lo hace en su propio interés, por tanto los efectos jurídicos que del mismo se derivan, repercuten directamente en beneficio o perjuicio de la persona que autoriza la realización del acto. Este efecto que tan claramente concebimos hoy y que es recogido por las legislaciones, no fue admitido así por los romanos. En Roma los efectos del acto sólo se producían entre las personas que celebraban dicho negocio, no hubo nunca un efecto directo entre el *dominus negotii* y el tercero con el cual el gestor contrataba, sino sólo un efecto entre el gestor y el tercero. El *dominus negotii podía* dirigirse contra el gestor para obtener los resultados del negocio. Según el *Digesto* 44.7.11, no se podía estipular, ni comprar, ni vender, ni tratar que otro pida directamente en nuestro nombre. Así “*los resultados empíricos de lo que hoy llamamos representación son conseguidos en el Derecho Romano a través de la figura del mandato*”. (DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1979).

Para abordar el contenido de la representación legal se puede partir de que esta es la autorización concedida por la ley para que una persona actúe en nombre y en interés de otro sujeto. Esta modalidad de representación se caracteriza por el hecho de que su origen se encuentra en la ley y no en la voluntad del representado, partiendo del presupuesto de que este no es capaz para la realización de actos jurídicos, bien porque está declarado incapaz (enfermedad), incapaz por edad, por ser un impedido (ausente) o porque represente ciertos bienes o negocios cuya gestión se le confía (*naciturus*).

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Así, es la ley quien determina el alcance y la extensión de los poderes del representante legal.

El Código Civil cubano reconoce la representación legal en los artículos 57, 59, 60, 62, 65, en especial, aunque otros artículos generales la reconocen. Además existen numerosos casos de representación legal en nuestro derecho, partiendo del propio artículo 32 del Código Civil nos remitimos por mandato de ley al Código de Familia en sus artículos 82 al 87 referidos a la patria potestad sobre menores, al artículo 137 y siguientes, del Código de Familia referido a la tutela y el artículo 33.2 del Código Civil referido al representante del ausente.

Debido al sin número de casos en los que está presente la representación legal algunos autores plantean la imposibilidad de dar un tratamiento unitario a la figura y hasta se ha discutido si es una verdadera representación, o se trata de otra figura

Sin embargo, existen notas o ideas centrales que caracterizan a la figura en cuestión. En primer lugar es necesario advertir que la misma nace con el fin de proteger y complementar la capacidad de obrar de aquellas personas que la tienen restringida o no la tienen por su propia naturaleza o aquellas que por ministerio de la ley no la poseen.

La naturaleza jurídica de la representación legal resulta interesante. Estamos en presencia de un tipo de representación directa, porque el representante no actúa en nombre propio, sino a nombre del representado, sin embargo el representante es el actor del negocio y su voluntad es la determinante a la hora de la realización del mismo, pues él representa a un incapaz o impedido. Al decir de DIEZ PICAZO (1978), *“la representación legal estricta se da cuando se produce plena, total y completa sustitución del representado por el representante y cuando además el representado no pueda tener en el acto ninguna intermediación.”*

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Así la representación legal en sentido general tiene determinadas características:

1. La representación legal encuentra su razón de ser en la necesidad de suplir la imposibilidad jurídica de la persona.
2. El representante es siempre capaz, entendiendo la capacidad general (art. 29 Código Civil cubano) para la realización de cualquier acto jurídico o la capacidad requerida para la realización del cargo u oficio. Por el propio fundamento de esta representación el representado es incapaz.
3. No nace de un acto jurídico, no emana de la voluntad privada, ni depende de ella. Su origen es la ley, por ello de ella dimanar aspectos trascendentales. La ley determina en qué casos existirá la representación legal, esto significa que existen numerus clausus y una estricta tipificación en la norma. La ley establece cuál o cuáles sujetos serían los designados para actuar en carácter de representante según el supuesto legal⁷, fijará además cuáles son las facultades de estas personas (art.59 del Código Civil cubano) y cuáles son los órganos que deben controlar su actuación determinando especialmente el Código Civil en su artículo 60, que *“siempre que el representante legal tenga un interés opuesto a su representado, corresponde al fiscal la representación de este último”*.
4. El cargo de representante legal es irrenunciable pues es un deber y no un derecho determinado por ley, sin embargo esto no significa que el representante no pueda ser removido de su condición, suspendido o privado sino cumple con las funciones

⁷ Algunos plantean que existen supuestos como la patria potestad, en que la ley determina estrictamente cuales son los sujetos que representan al menor, los padres, pero existen otros supuestos, como puede ser la tutela, donde es el juez el que determina quién será el tutor, y por ello clasifican este tipo de representación como judicial, porque la designación del representante emana del órgano jurisdiccional. Sin embargo es necesario apuntar que este órgano está limitado en su actuar a designar a una o varias de las personas establecidas taxativamente en la ley, escogidas por su condición de familiaridad o de afecto con el representado. Al decir de ALBALADEJO en *La Representación*, anuario de Derecho Civil, *op.cit*, pp.268, 269, la terminología de representación judicial, no plantea inconvenientes en ser aceptada, siempre que quede claro que se trata de un subcaso de representación legal, en cuanto establecida por ley.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

asignadas. En estos casos el órgano designado para el control de su actuación será el competente para dar por terminada la función del representante.

5. No se prevé la posibilidad de admitir dentro de este tipo de representación la sustitución, ni por voluntad del representante, ni mucho menos por voluntad del representado, que no es capaz. Se plantea que el cargo es insustituible precisamente porque nace de la ley en atención a vínculos de parentesco y afecto con el representado. Sólo cuando se presume que esta garantía se pueda debilitar es cuando surgen los supuestos previstos por la norma, en casos concretos, por ejemplo: art.60 del Código Civil cubano, supuesto de intereses contrapuestos entre el representante y el representado actúa el fiscal.⁸

En el ámbito de Derecho de Familia se ponen de manifiesto diversos tipos de representaciones legales. Sin embargo existen supuestos interesantes por su particularidad en la normativa del Código Civil, por ejemplo en el artículo 62 se establece que *“los trabajadores de una entidad dedicada a la compra y venta de bienes o a la prestación de servicios, que laboren directamente con el público, se consideran representantes de aquellas con respecto a los actos propios de la actividad que realizan”*. Representación legal que rompe con los presupuestos generales comentados. ¿Son estos trabajadores representantes de la persona jurídica colectiva?

Como se evidencia por la razón de ser de la representación legal, la misma se extingue cuando desaparecen las causas que la originaron o por supuestos especiales que determina la norma para la variedad de los casos de representación legal (art.65 Código Civil cubano).

⁸ Supuesto parecido estableció el Código Civil checoslovaco de 1964 al determinar en su artículo 30 *“Si hay conflicto de intereses entre el representante legal y la persona representada, o entre varias personas representadas por un mismo representante legal, el tribunal designará un representante especial”*.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

2.2 La representación legal a menores en el Derecho Comparado.

Debido al desarrollo acelerado que hoy se vive en todos los aspectos de la vida en sociedad, el Derecho tiene un cometido apresurado que cumplir, sino corre el riesgo de quedar a "*las zagas del madero*" y con ello no responder a su propia naturaleza.

Muchos son los casos que podemos citar donde verdaderamente las normas jurídicas se han quedado anquilosadas en el tiempo, pues la voluntad o visión estatal en este sentido no han sido las necesarias para en gran medida atemperar el Derecho y responder a las urgentes necesidades sociales.

Sin embargo se tienen ejemplos donde sí se ha logrado esta correspondencia entre los avances sociales y su reflejo en la norma. Al analizar las legislaciones foráneas se encuentran diversas instituciones jurídicas que responden específicamente a situaciones concretas, corroborando la certeza de la presente investigación pretendiendo ensanchar la figura de la representación legal.

En el Código Civil de Ecuador se reconocen como representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador.

En este propio Código se deja claro que el que vive bajo patria potestad sigue el domicilio de quien la ejerce, y el que se halla bajo tutela o curaduría, el de su tutor o curador.

Por otra parte se deja claro que los menores de dieciocho años no podrán casarse sin el consentimiento expreso de quien ejerza la patria potestad, y a falta de tal persona, de los ascendientes de grado más próximo.

Con ello se pretende resaltar que no sólo reconoce dentro de la representación legal a los padres y tutores, sino también a la figura del curador, además reconoce que a falta de estos podrán ser representantes legales, los ascendientes de grado más próximo.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Por otra parte el juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos. El guardador tiene la obligación de rendir cuentas anuales documentadas del ejercicio de su guarda. Así es, en este caso autoriza la legislación el nombramiento de un guardador para cuando se está produciendo un divorcio.

Sin embargo no podemos pasar por alto la posibilidad que ofrece esta norma civil ecuatoriana en cuanto a que si el padre o la madre que ejerzan la patria potestad no pudieran o no quisieran prestar su representación, podrá el juez suplirla y dará al hijo un curador para la *litis*.

También es importante significar a los efectos de la presente investigación cómo la norma foránea analizada llama curadores adjuntos a los que se dan, en ciertos casos, a las personas que están bajo potestad de padre, madre, o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada.

Además hay que destacar la posibilidad otorgada al padre o a la madre para dar tutor, por testamento, a los hijos que no estuvieren bajo patria potestad al momento de hacerse efectivo el testamento. Pero si estuvieren bajo patria potestad, pueden darle curador adjunto.

Son reiteradas las situaciones donde se otorga la representación legal a personas diferentes de los padres, aún y cuando conservan estos la patria potestad, cuestión de interés a los efectos de la presente investigación.

Al estudiar el Código Civil Chileno resulta atractivo su contenido pues los menores de dieciocho años no podrán casarse sin el consentimiento expreso de sus padres; si

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

faltare uno de ellos, el del otro padre o madre; o a falta de ambos, el del ascendiente o de los ascendientes de grado más próximo.

Aclara que se entenderá faltar el padre o madre u otro ascendiente, no sólo por haber fallecido, sino por estar demente; o por hallarse ausente del territorio de la República, y no esperarse su pronto regreso; o por ignorarse el lugar de su residencia.

Agrega faltar asimismo el padre o madre que estén privados de la patria potestad por sentencia judicial o que, por su mala conducta, se hallen inhabilitados para intervenir en la educación de sus hijos. A falta de dichos, padre, madre o ascendientes, será necesario al que no haya cumplido dieciocho años el consentimiento de su curador general.

Situación parecida al anterior Código analizado se tiene en este, pues comprende como una posibilidad más la falta de los padres por no encontrarse en el territorio nacional o estando en el mismo, se ven imposibilitados de representar al menor y como alternativa de solución ofrecida se tienen, la de los ascendientes o la del curador general.

Reconoce también la obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, la cual pasa, ante la falta o insuficiencia de los padres, a sus abuelos, por una y otra línea, conjuntamente. En sus artículos plantea que en caso de desacuerdo entre los obligados a la contribución de los gastos de crianza, educación y establecimiento del hijo, ésta será determinada de acuerdo a sus facultades económicas por el juez, el que podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan.

Así mismo plantea que los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundamentalmente, que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, decretará medidas en resguardo, del hijo, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falta para cumplir dieciocho años de edad. Las resoluciones del juez no podrán ser modificadas por la sola voluntad de los padres.

Aclara la legislación civil en cuestión que el contenido precedente se extienden, en ausencia, inhabilidad o muerte de ambos padres, a cualquiera otra persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo, resaltando nuevamente la posibilidad de la representación ofrecida a otras personas a falta de los padres.

Posibilidad curiosa se ofrece al hijo al litigar como actor contra el padre o la madre que ejerce la patria potestad, donde le será necesario obtener la venia del juez y este, al otorgarla, le dará un curador para la *litis*.

El padre o madre con la patria potestad y litigue con el hijo, sea como demandante o como demandado, le proveerá de expensas para el juicio, regulado incidentalmente por el tribunal, tomando en consideración la cuantía e importancia de lo debatido y la capacidad económica de las partes.

En las acciones civiles contra el hijo deberá el actor dirigirse al padre o madre que tenga la patria potestad, para que autorice o represente al hijo en la *litis*. Si ambos ejercen en conjunto la patria potestad, bastará que se dirija en contra de uno de ellos. Si el padre o madre no pudiere o no quisiere prestar su autorización o representación, podrá el juez suplirla, y dará al hijo un curador para la *litis*.

Llama la atención cómo se ofrecen otras posibilidades, o si se quiere, otras formas de representación legal atemperadas a disímiles situaciones en las que se interactúa con menores sobre los que recae la patria potestad de los padres.

Siguiendo con esta tónica, en el Código Civil de España los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando no se menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Si

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, decretará medidas en resguardo del hijo, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción.

Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquel por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad.

Las resoluciones del juez no podrán ser modificadas por la sola voluntad de los padres. Estas disposiciones precedentes se extienden, en ausencia, inhabilidad o muerte de ambos padres, a cualquiera otra persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo.

De igual forma, al realizar un análisis del Código Civil de Perú, se observa nuevamente dentro de sus artículos la posibilidad de nombrar a una persona que represente a los menores de edad. Es precisamente donde el juez puede confiar a un curador, en todo o en parte, la administración de los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad de uno solo de los padres, en los supuestos referidos a cuando lo pida el mismo padre indicando la persona del curador y también cuando el otro padre lo ha nombrado en su testamento y el juez estimare conveniente esta medida. El nombramiento puede recaer en una persona jurídica, además.

Finalmente al estudiar el Código Civil de Uruguay, se aprecian supuestos de la tutela testamentaria, donde el padre o la madre, mayor o menor de edad, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar tutor en testamento a sus hijos que estén bajo la patria potestad. Se observa cómo los padres tienen la posibilidad de nombrar en testamento un tutor para sus hijos menores, en caso de fallecimiento.

Son diversas las maneras en que se protege y ofrece seguridad jurídica a los menores de edad en diferentes países, permitiendo que familiares, incluso otras personas, representen sus intereses, aún y cuando sus padres conservan la patria potestad. Por

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

lo tanto nuestro país debe ampliar la figura de la representación legal de menores de edad en correspondencia a los diversos casos en que se encuentren inmersos.

2.3 Análisis normativo de la representación legal a menores en Cuba.

Es de significar que frente a la posición que asume el Código de Familia cubano, otorgándole solo y únicamente existencia a la institución de la patria potestad, siendo esta y exclusivamente esta, por la cual igualmente sólo los padres pueden representar legalmente a los menores, sin existir otra alternativa que posibilite a otras personas representar a los menores en los escenarios jurídicos con toda la validez jurídica que ello merece frente a los disímiles contextos sociales en los que hoy se desenvuelven los cubanos y en los que merece especial atención la imposibilidad de atender los derechos de estos menores cuando sus padres, conservando la patria potestad sobre estos no puedan representarlos por no encontrarse en el país, o encontrándose dentro de este, concorra alguna causa que impida representar debidamente a los menores.

En atención al interés superior del menor, recogido en la Convención de los Derechos del niño, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, de la cual Cuba es signataria, se pudiera permitir que esa otra persona que en sustitución de los padres ejerzan la patria potestad, de acuerdo con lo que plantean los artículos 85 y 87 del Código de Familia cubano, en las circunstancias de padres que no se encuentren en el país o aquellos que encontrándose dentro del mismo no puedan representar a sus hijos menores por diversas causas y puedan tener a los menores bajo su guarda y cuidado, -con el consentimiento del o los padres. Preocuparse además por la alimentación adecuada de los mismos, cuidar de su salud y aseo personal, proporcionarles los medios recreativos propios para la salud y su edad que estén dentro de sus posibilidades.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Así, también atender la educación de estos menores, velar por su rendimiento escolar, administrar y cuidar los bienes de estos menores con la mayor diligencia y representarlos en todos los actos y negocios jurídicos en que tengan interés, ejercitar debidamente las acciones que en derecho corresponda a fin de defender sus intereses y bienes.

Es por ello la insistencia de crear una figura dentro de la institución de la representación legal que permita, bajo la anuencia de los padres y tal vez con la autorización del Tribunal competente en un proceso de jurisdicción voluntaria, dejarle la vida organizada a sus hijos cuando vayan a cumplir una misión internacionalista o simplemente no se encuentren en el país, así como también encontrándose en el mismo, pero sin poder representar a sus hijos menores por la razones ante analizadas. Asimismo darle la posibilidad a la persona que quede bajo la custodia de los menores, representarlos en toda la extensión del contenido de los artículos 85 y 87 del Código de Familia, persona que pudiera ser otro pariente por consanguinidad, pero también otra persona que no necesariamente tiene vínculos de sangre.

No es menos cierto que muchas veces los padres dejan a los menores con vecinos, lo cual pudiera estar dado por el hecho de mantener buenas relaciones, pues como dice el refrán *“tu familia es el vecino más cercano”* y se encuentra una mayor empatía con este que con un pariente consanguíneo. Igual sucede muchas veces con un pariente más o menos lejano. Pero lo cierto es que en uno u otro caso la posibilidad de representar legalmente a estos menores es nula.

Por otra parte no se puede pasar por alto la importantísima labor que realiza el Fiscal en la defensa y representación de los menores sujetos a estas circunstancias, pero la realidad es más rica y diversa y ante la cada vez más creciente situación abordada, resulta beneficioso para todas las partes contar con esta nueva figura de la representación legal.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Siguiendo el contenido del artículo 48 de la Ley de Procedimiento, el Fiscal representa y defiende a los menores, incapacitados y ausentes, hasta que se les provea de tutores, representantes o encargados del cuidado de sus personas y de la defensa de sus bienes y derechos.

La propuesta que hoy se hace no contradice la letra de este artículo, al contrario es previsor y ágil al permitir contar con un tutor, representante o encargado de los menores al momento de la partida del país del o los padres o cuando estos en el propio territorio no puedan representar a sus hijos sin tener que esperar por la actuación del fiscal y la posterior designación de las ya enunciadas figuras para que el o los menores se encuentren representados.

Por otra parte la propuesta se dirige al tutor, representante o encargado pretendido pueda serlo verdaderamente porque haya logrado una empatía suficiente con estos menores como para cumplir después con los reales retos que engendra el contenido de esa representación legal, para acercarse en gran medida a lo que hubiese sido la patria potestad ejercida por los padres de estos *pupilos*.

La propuesta perseguida con esta investigación pretende se mantenga en cada uno de los casos la patria potestad, aún y cuando el abandono del país es causa de extinción o suspensión de la misma.

Recientemente se puso en práctica una auténtica y novedosa fuente del derecho dando respuesta a un reclamo de los juristas cubanos ante el silencio de la norma al tratar la capacidad restringida, siendo la Instrucción 244 del presente año del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Esta Instrucción está en consonancia con la propuesta que hoy se hace en esta investigación, pues igualmente en ella se abordan nuevas alternativas referidas a la representación legal.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

En este sentido, el tribunal, para declarar la restricción de la capacidad de obrar se pronunciará de forma expresa respecto a los límites y alcance del actuar de la persona. Para determinar el grado de restricción de la capacidad de obrar por razón de enfermedad, tendrá lugar una audiencia con la intervención de los parientes más próximos de la persona de que se trate, a fin de ser oídos en el proceso, acto en el que se precisarán los elementos que el tribunal considere relevantes para la adopción del régimen de protección pertinente, sea de apoyo o de asistencia, mediante salvaguardias, si fuere procedente.

El régimen de protección responderá a las concretas necesidades de la persona, derivadas de si el autogobierno es en el orden personal o patrimonial, si está disminuido o mermado para las actividades propias de la vida diaria, al tiempo que impulsa el ejercicio de la capacidad de obrar de la persona en la medida que la tiene reconocida, cuyo cumplimiento efectivo se verificará anualmente, para evitar que confluyan intereses divergentes o conflictos en su entorno familiar, y conocer la progresión o deterioro en el ejercicio de la capacidad de obrar declarada.

El tribunal podrá disponer uno o varios sistemas de apoyo o salvaguardias, de conformidad con los apartados 3 y 4 del Artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), visto en relación con el artículo 20 del Código Civil, a instancia de parte o de oficio; en todo caso, se atenderá la concreta circunstancia que concurra en la persona y se adoptará en la medida que lo requiera.

La anterior Constitución de la República de Cuba, proclamada el 24 de febrero de 1976, no reconoce en sus artículos la posibilidad de representar legalmente a los menores de edad por las personas que realmente están bajo su cuidado, en los supuestos en que los padres no se encuentren en el territorio nacional, o encontrándose en el mismo, existe alguna causa que le impide representar a los menores de edad. No se pronuncia en este aspecto, por lo que se evidencia una vez

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

más, las limitaciones que ofrece la figura de la representación legal en Derecho Familiar cubano.

La nueva Carta Magna, proclamada el 10 de abril de este 2019 expone el deseo del Estado cubano y su pueblo a defender y garantizar una vida sana y plena para los niños, niñas y adolescentes, que pueda suplir sus necesidades elementales y contribuya a su desarrollo personal.

Un aspecto muy relevante lo constituye el hecho de establecer en su artículo 84 el derecho de los menores de edad a que sus madres y los padres u otros parientes consanguíneos o afines que cumplan funciones de guarda y cuidado, les garanticen el cumplimiento de sus derechos, los protejan de todo tipo de violencia y contribuyan activamente al desarrollo pleno de su personalidad.

Lo anteriormente abordado recrea el gran avance desde el punto de vista constitucional al definir que parientes afines realicen funciones de guarda y cuidado, aspecto que no se regulaba en la Constitución anterior, pero que aún no suplen nuestra necesidad debido a que le ofrece la posibilidad solo a parientes afines y en este caso se trata de ampliar la figura de la representación legal de menores de edad a las personas que realmente estén a cargo del menor y cumplan con sus funciones, aunque no sean parientes del mismo, pueden incluso otras personas asumir esta importante tarea.

Por otra parte los Tribunales cubanos se pronuncian a favor de otorgar la guarda y cuidado de los menores de edad a las personas que realmente velan por sus intereses y están a cargo de estos en las diversas situaciones de la vida cotidiana.

Se ensancha la figura de la representación legal a personas que velan por el interés superior del menor, ofreciendo protección jurídica a nuestros niños, niñas y adolescentes, en virtud de los pronunciamientos realizados por el Tribunal Supremo Popular, los Tribunales Provinciales Populares y los Tribunales Municipales Populares de nuestro país.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Se analiza la Sentencia Número: doscientos catorce, emitida por el Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, en la Habana, a treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete, correspondiente a un Proceso Sumario sobre Determinación de Guarda Y Cuidado y Régimen de Comunicación, radicado al número sesenta y tres de dos mil quince, a cuyo tenor se le confiere la guarda y cuidado de los menores de edad Karolina Alejandra Moreno Fundora y Karim Alejandra Moreno Fundora a la abuela materna de ambas Marlén Hernández Méndez y asimismo se establece un régimen de comunicación de las niñas con sus padres Omar Moreno Díaz y Karelia Fundora Hernández, tanto durante sus estancias fuera del país como en los períodos en los que se encuentren en el territorio nacional, libre y sin otras restricciones que no sean las que garantizan el adecuado desarrollo de las actividades diarias de la vida de las infantes en los horarios habituales y recomendables. La sentencia se encuentra disponible en el Anexo 1.

El Tribunal decide otorgar la guarda y cuidado de las menores de edad a favor de su abuela materna porque precisamente en ella recae la permanencia del cuidado de las menores, las atenciones necesarias que requieren y además es la persona capaz de asumir de manera directa todas las atenciones de sus nietas, por tratarse de dos infantes que no han tenido en su desarrollo una sostenida relación con la figura paterna, por no encontrarse este último en el territorio nacional.

A pesar de la voluntad expresa del padre para conservar la guarda y cuidado sobre sus hijas menores, el Tribunal no la concede porque no basta con el mero hecho de querer sino que se tiene que materializar esta actividad y encontrándose lejos de sus hijas no es posible asumir este importante rol.

La abuela materna es quien atiende correctamente la educación de las menores, dirige su formación para la vida social, ofrece amor, ha estado presente para ellas y ayudarlas ante las enfermedades e incluso corrige y reprende adecuadamente su

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

conducta, en fin su comportamiento hacia a las menores es visible el interés superior del menor en todos los aspectos.

Se estudia la Sentencia Número: doce, emitida por el Tribunal Provincial Popular Sancti Spíritus, a cinco de abril de dos mil diecinueve, correspondiente a un Proceso Sumario sobre Determinación de Guarda Y Cuidado y Régimen de Comunicación, radicado al número quince de dos mil diecinueve, a cuyo tenor se le confiere la guarda y cuidado del menores de edad a la bisabuela paterna. La sentencia se encuentra disponible en el anexo 2.

Lo idóneo para el desarrollo y el bienestar de los hijos es crecer al lado de sus padres, esto más que una opción eficaz para los infantes es un deber legal que tienen madres y padres: tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado es la primera obligación que establece el artículo ochenta y cinco de nuestro Código de Familia, en este caso concreto la decisión adoptada por el tribunal municipal popular atiende a lo establecido en los artículos tres, cuatro y cinco de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por el Consejo de Estado de la República de Cuba el dieciocho de abril de mil novecientos noventa y uno, en cuanto define el principio del interés superior del niño, el cual debe primar siempre sobre el particular interés de los adultos y en el que alcanza mayor relevancia la proyección hacia el futuro sobre el presente, pues lo cierto es que en el momento en que se desarrolló el debate en la instancia municipal el niño Yudier Guillén González se encontraba al lado de su madre, establecido en Mayabeque desde hacía meses, entablando vínculos además con las personas, lugares y cosas de ese entorno, de modo que se optó válidamente por propiciar la posibilidad de que el niño estuviese acompañado de uno de sus progenitores, que es de cara al futuro lo más conveniente; ya a esta altura del proceso el pequeño lleva alrededor de un año en ese medio, en condiciones que no pueden tenerse por inadecuadas, aun encontrándose la madre, por circunstancias y período que tampoco puede precisar el apelante, en lugar distinto al de la residencia del menor,

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

lo que resulta levemente conocido por el papá en buena medida por su propia dejadez; pues se obtuvo en el proceso a partir de las alegaciones de ambos padres y de lo dictaminado por la especialista miembro del equipo multidisciplinario que fue la bisabuela paterna quien ejerció de hecho la guarda del infante y se percibe del mismo dicho del recurrente al comparecer ante esta Sala que prepondera la ajena voluntad de recuperar al pequeño. La bisabuela paterna ha engendrado los reales retos del contenido de la patria potestad.

Se observa además la Sentencia Número: quinientos cuarenta y uno ,emitida por el Tribunal Municipal Popular de Boyeros, provincia La Habana, a diecinueve de octubre del dos mil diecisiete, correspondiente a un Proceso Sumario radicado al número trescientos cuarenta y cuatro del dos mil diecisiete, cuestión de competencia interpuesta por el Ministerio Fiscal sobre Determinación de Guarda y Cuidado y Régimen de Comunicación por la señora Eumnice Violeta Cardoso Pérez, quien se persona en contra del señor Guillermo Gómez Vera, padre de los menores, con patria potestad sobre ellos, frente a un proceso que tiene por objeto que se disponga la Guarda y Cuidado de los menores Martha Lorena, Camila Alejandra y Leonardo Camilo, todos de apellidos Gómez Díaz, a favor de la abuela materna, la señora Eumnice Violeta Cardoso Pérez.

La demanda fue declarada con lugar a favor de la abuela materna Eumnice Violeta Cardoso Pérez y en consecuencia queda establecida la Guarda y Cuidado de los menores a favor de esta y podrán comunicarse con su padre Guillermo Gómez Vera de acuerdo a establecido por el Tribunal. La sentencia se encuentra disponible en el anexo 3.

Las razones que conllevan a solicitar la guarda y cuidado de los menores de edad por su abuela materna en este caso, recaen específicamente en los supuestos referidos a padres con patria potestad sobre los menores de edad, que se encuentran en el territorio nacional, pero no pueden representar debidamente a los menores,

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

primeramente porque la madre falleció por causa de una enfermedad terminal y aunque le corresponde al otro padre por ley la patria potestad, es la abuela de los menores quien los cuidó durante el tiempo que la madre estuvo enferma. Esta sentencia permite realizar una valoración, cuando ofrece la posibilidad de que la persona que realmente esté a cargo del menor, pueda asumir las funciones de guarda y cuidado, representando a los menores en cualquier contexto jurídico de la vida cotidiana.

Esta sentencia nos permite valorar el escenario jurídico que rodea el derecho inherente a niños, niñas y adolescentes, enfocándonos una vez más en la Convención de los Derechos del Niño, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, de la cual Cuba es signataria, refrendando el valor de la familia como célula fundamental de la sociedad para proteger a los infantes, primando el amor, la protección y el respeto de estos como seres humanos.

En correspondencia con los derechos reconocidos en la mencionada Convención, el ordenamiento jurídico cubano, especialmente nuestro Código de Familia, ha marcado su posición protectora en pos del respeto al bienestar y desarrollo óptimo de los infantes, proveyendo también a la familia de la debida protección como núcleo fundamental de la sociedad.

Cabe significar que se comprende como familia, no solo la que está conformada por los padres y sus hijos en su modo más estricto, sino aquella que es su sentido amplio o dígame familia extendida, reconoce el papel de los abuelos y tío como miembros de la misma y pudiera ensancharse la figura de la representación legal a otras personas además, siempre y cuando se protejan los derechos del menor, demuestren asumir su cuidado con amor, dedicación, esmero, logrando mantener su estabilidad emocional, ocupándose de los problemas de enfermedad, asuntos escolares, temas relacionados con los bienes del menor, en fin todo lo concerniente a estos menores.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Si la persona que realmente está a cargo del menor de edad demuestra asumir todas estas tareas en pos del bienestar del mismo, no cabe duda que estamos en presencia de su representante legal, aunque no se corresponda con los padres que ejercen su patria potestad y que a su vez se ven imposibilitados de representarlos, porque es la abuela quién ha asumido el rol de velar por el interés del menor en todas las circunstancias y a su vez ostenta la guarda y cuidado.

Se aprecia, además el Auto Número: setenta y dos, emitido por el Tribunal Municipal Popular de Cabaiguán, provincia Sancti Spíritus, a dos de octubre de dos mil trece, correspondiente a un Proceso Sumario, radicado al número ciento cincuenta y dos de dos mil trece, sobre determinación de Guarda y Cuidado y Régimen de Comunicación contra Nancy Arelia Martín Rodríguez y Osvaldo Pérez Mondeja, respecto a la menor de edad María Karla García Sosa.

Se dicta el auto y se aprueba el acuerdo de que la Guarda y Cuidado de la menor de edad, queda a cargo de la tía, comunicándose con el padre de forma amplia y sin restricciones. El auto se encuentra disponible en el anexo 4.

A pesar de que nuestro Código de Familia en sus artículos ochenta y ocho y siguientes, prevé lo concerniente a la guarda y cuidado de los hijos ,así como la forma de comunicación con los padres, no hace posible que a ningún otro familiar pueda corresponderle en derecho este ejercicio. El Tribunal bajo lo preceptuado en el artículo ochenta y nueve de este mismo código resolverá atemperándose a lo más beneficio que resulte para el menor.

La decisión en este caso recae en el interés superior de la pequeña, que ha perdido recientemente a su madre y es precisamente su tía quién la cuidó y veló por su bienestar, en este difícil período de tiempo, alegando la menor que desea vivir con su tía.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Esta persona que no es la representante legal de la menor, ofreció apoyo espiritual, económico, le brindó amor incondicional y lo más importante mantiene la estabilidad emocional de la menor, viviendo en un seno familiar propicio para su desarrollo.

Se demuestra una vez más, cómo a pesar de que el padre ejerciendo la patria potestad sobre su hija y siendo además su representante legal, no impide para nada que la persona que en verdad vela por el interés superior del menor, pudiera asumir funciones de representarlo debidamente al amparo de la norma.

2.4 Resultados obtenidos a partir de la aplicación de la entrevista realizada a Marcial Prado Vivas, la persona que atiende el Consejo de Atención a Menores en el municipio de Cabaiguán.

Se realiza una entrevista a la persona que atiende el Consejo de Atención a Menores en el municipio de Cabaiguán, para corroborar la certeza de la presente investigación. La entrevista aplicada se encuentra disponible en el anexo 5.

Según lo expresado por Marcial Prado Vivas se pudo constar que realmente existen menores de edad que se encuentran bajo el cuidado de un familiar, vecino u otra persona, porque sus padres con patria potestad no están en el territorio nacional o encontrándose dentro de este ,en ellos concurra alguna causa que impida representarlos porque se encuentren en otra provincia trabajando o por cuestiones de enfermedad, así como también por encontrarse cumpliendo sanción en un Centro Penitenciario, o simplemente viviendo todos en la misma localidad, pero no conviven con el menor.

Ofrece como ejemplos el caso de padres que no se encuentran en el país por el cumplimiento de Misiones Internacionalistas y ambos acuden al Tribunal para dejar nombrada la persona que quedará a cargo de su hijo menor. Aspecto que se toma muy en cuenta por el Tribunal debido a que estamos en presencia de padres que

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

salen del país a cumplir una tarea de la revolución en función de brindar colaboración en otros países.

Cita además el caso de una madre que se encuentra reclusa en el Centro Penitenciario Nieves Morejón y su hijo menor está a cargo de la abuela aún y cuando el padre conserva la patria potestad.

2.5 Resultados obtenidos a partir de la aplicación de la entrevista realizada a jueces, fiscales, abogados, consultores, notarios y registradores de la provincia de Sancti Spíritus y el municipio de Cabaiguán.

Como parte de esta investigación se realizó una entrevista a Jueces del Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus y del Tribunal Municipal de Cabaiguán, a Fiscales de la Provincia de Sancti Spíritus y el municipio de Cabaiguán, así como a los abogados del Bufete Colectivo de la provincia de Sancti Spíritus y del municipio de Cabaiguán, a Consultores de la Consultoría Jurídica Internacional de Sancti Spíritus, también a la Notaría Principal de la Notaría Estatal Número 3 de Sancti Spíritus y a la Registradora Principal del Registro del Estado Civil de Sancti Spíritus para conocer la opinión que tienen los juristas implicados en los procesos familiares sobre la representación legal de los menores de edad en el Derecho Familiar cubano, así como, indagar acerca de cuánta preparación poseen al respecto y poder recoger opiniones, actitudes, valores y necesidades respecto al tema antes mencionado. La entrevista aplicada se encuentra disponible en el anexo 6.

Los entrevistados consideran oportuno ensanchar la figura de la representación legal a las personas que hoy cuidan a menores con padres que conservan la patria potestad y no se encuentren en el territorio nacional o dentro de este no puedan representar a los menores por alguna razón, alegando que sí es necesario precisamente, porque es la dinámica que se deriva de la realidad cubana, más rica que la regulación de la ley y es

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

preciso que los menores de edad que quedan junto a familiares incluso otras personas; pero que asumen los roles de los padres, al cuidar y velar por el bienestar del menor, preocuparse además por la alimentación adecuada de los mismos, cuidar de su salud y aseo personal, proporcionarles los medios recreativos propios para la salud y su edad que estén dentro de sus posibilidades, puedan ser representados legalmente en cualquier contexto jurídico por estas personas.

Consideran además que existe la necesidad de la creación de una institución jurídica que permita representar a los menores de edad en ausencia de sus padres con patria potestad sobre ellos, pero alegan que debería ser supletoria, nunca excluyente, solo en defecto de la posibilidad real de ejercitar la representación consustancial a la patria potestad. Asimismo darle la posibilidad a la persona que quede bajo la custodia de los menores de representarlos en toda la extensión del contenido de los artículos 85 y 87 del Código de Familia.

Precisan que en ausencia de los padres con patria potestad sobre el menor, lo realiza el fiscal, pero consideran que este no acude efectivamente a velar por los intereses de cada menor presente en una situación como esta, porque en la práctica se estima por la Fiscalía que no se trata el caso de lo previsto en el artículo 48 de la LPCALE, referido a que el fiscal representa y defiende a los menores ,incapacitados y ausentes, hasta que se les provea de tutores, representantes o encargados del cuidado de sus personas y de la defensa de sus bienes y derechos.

Los notarios entrevistados alegan que la institución del poder no resuelve nuestra problemática debido a que la patria potestad es indelegable e intransferible y ningún padre puede dejar a otra persona lo que en derecho le corresponde respecto a sus hijos menores de edad. Solamente se puede acudir ante notario para otorgar una autorización entre padres sobre algún trámite en específico a realizar respecto al menor.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Los juristas consideran que la figura de la tutela o la curatela no suplen la necesidad de esta problemática, debido a que la tutela, tal como la concibe nuestro Código de Familia no resulta de aplicación a estos casos. La curatela, tal como se concibe en el mundo y teniendo en cuenta sus presupuestos, no funciona para menores de edad, salvo que estén emancipados.

Afirman que el Tribunal competente para resolver esta situación, ha realizado pronunciamientos, dentro de ellos exigir la presencia del Fiscal, atender a lo establecido en la aludida Convención de Derechos del Niño, llamar de oficio a los parientes que de hecho ejercen la guarda y cuidado para escucharlos en torno a las cuestiones del debate judicial.

Finalmente los entrevistados exponen cuáles son las situaciones más comunes en las que el menor necesita ser representado por la persona que está a su cargo. Dentro de las situaciones, se evidencian los procesos judiciales en los que figuran como parte menores de edad y se requiere una actividad probatoria en favor de su derecho, esta cuestión no siempre puede ser agotada por medio de la actividad oficiosa del tribunal, que en estos casos tiene función tuitiva en cumplimiento de lo establecido en la aludida Convención de Derechos del Niño.

2.6 Caracterización de los lineamientos del 7mo Congreso del Partido referidos a las limitaciones de la representación legal a menores en la legislación familiar cubana.

La actualización de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021, aprobados en el 7mo. Congreso del Partido en abril del 2016 y posteriormente en julio de este propio año, por la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP), en su artículo 274 plantea *“Continuar el perfeccionamiento del sistema de justicia, en todos sus ámbitos y de sus órganos, organismos y organizaciones que lo integran o le tributan, consolidando la seguridad jurídica, la*

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

protección de los derechos ciudadanos, la institucionalidad, la disciplina social y el orden interior”.

Según la interpretación, el hecho de otorgar a la persona que realmente esté a cargo del menor, la posibilidad real de representarlo en cualquier contexto jurídico garantiza el cumplimiento de manera efectiva del interés superior del menor, enarbolado en la Convención de los Derechos del Niño adoptada el 20 de noviembre de 1989 y contribuye además al perfeccionamiento de nuestro sistema de justicia.

Existen numerosos preceptos de Derecho internacional y nacional que recogen el principio de protección del menor en la medida en que éste se considera sujeto merecedor de especial cuidado y atención por los ordenamientos jurídicos.

El denominado “*interés superior*” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “*menos que los demás*” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

La denominación “*interés superior del menor*” aparece por primera vez en Preámbulo de la Convención de La Haya de 1980.

DE LAMA AYMA (2008), señala que “*es un principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos, constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal “interés” en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso*” luego explica que el mismo debe “*constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño*”. En caso de conflicto frente al presunto interés de un adulto, debe priorizarse el del niño. Agrega que más allá de la subjetividad del término “*interés superior del menor*” este se presenta como

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

“el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo”. Por último a la hora de hacer valoraciones hay que asociar el *"interés superior"* con sus derechos fundamentales.

A tenor de ello, la Convención de los Derechos del Niño, de la cual es signatario nuestro país ha otorgado al principio de interés superior del menor un rango por encima de la ley, de acuerdo al cual, las legislaciones internas deben ajustar sus regulaciones. De conformidad con lo establecido en la Convención, en los conflictos que inmiscuyan o tengan repercusión directa sobre los menores, deberá solucionarse de acuerdo a lo que resulte más beneficioso para este, garantizándose su normal desarrollo y la protección de sus intereses.

Resulta preocupante en el escenario actual los casos en que los padres del menor de edad con patria potestad sobre el mismo y sin dejar de cumplir a plenitud con los deberes y obligaciones para con sus hijos, se ven imposibilitados de poder representar debidamente a los mismos por diversas razones que le impiden hacerlo, quedando los menores en unión de familiares u otras personas.

Es imprescindible fundamentar la existencia de limitaciones en la institución de la representación legal en la legislación familiar cubana para demostrar que los menores de edad se encuentran realmente en situaciones desfavorables a sus derechos, colocando a niños, niñas y adolescentes en situaciones generales de riesgo.

Los menores de edad presentes en esta situación quedan a cargo de familiares u otras personas que suplen físicamente la figura de sus representantes legales, otorgándoles materialmente facultades y obligaciones, y otras que les sobrevienen posteriormente, respecto a ese menor una vez que quedan bajo su responsabilidad, las cuales en el ámbito jurídico no gozan de respaldo alguno. Resulta entonces una problemática en el escenario actual el hecho de que no se corresponde realmente el representante legal

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

del menor de edad con la persona que verdaderamente está a su cargo, o que ni siquiera cuenten con un representante legal, porque ceñidos a la ley, esta no da esa posibilidad, de ahí la necesidad de que la legislación familiar logre ensanchar la figura de la representación legal a las personas que hoy realmente tienen a su cargo estos menores.

Se evidencia, además la forma en que se consolida la seguridad jurídica de los menores de edad, cuando, a pesar de no contar con sus representantes legales que a su vez tienen patria potestad sobre ellos por los motivos analizados, pueden ampararse en la persona que ha estado a su cargo durante todo ese tiempo para representar sus intereses y proteger sus derechos ciudadanos.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Conclusiones

Primera: El fenómeno representativo sienta sus bases en el Derecho Romano y se concreta mediante la realización de un acto jurídico en virtud del cual una persona actúa en nombre y en interés de otro sujeto.

Segunda: El Código Civil cubano se limita únicamente a reconocer el fenómeno representativo y por su parte, el Código de Familia otorga la existencia de la patria potestad a favor de los padres, como única alternativa para representar a los menores de edad.

Tercera: La jurisprudencia comparada referente a la representación legal de menores ofrece la posibilidad de realizar este acto a través de diversas figuras, como la de los ascendientes del grado más próximo, la del curador general y la del curador adjunto.

Cuarta: La creación de una institución que se equipare a la patria potestad permite representar a los menores de edad en ausencia de los padres.

Quinta: La ley no le asigna la obligación al fiscal de acudir en representación de esos menores y la práctica judicial cubana devela la no personería y contestación en los casos en los que estos resulten demandados.

Sexta: La práctica judicial cubana está limitada a la concesión únicamente de la guarda y cuidado de los menores, objeto de la investigación, a tías, abuelas, bisabuelas fundamentalmente, pues la legislación no ofrece otra posibilidad.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Recomendaciones

A los profesores e investigadores de nuestras universidades y centros especializados:

Primera: Que se tome en consideración lo planteado en la investigación para futuras propuestas legislativas en función de la creación de una institución que se equipare a la patria potestad dentro de la representación legal para proteger el interés superior del menor y consolidar la seguridad jurídica de los mismos.

Segunda: Que la presente investigación se utilice como material bibliográfico y de consulta de los estudiantes, profesores e investigadores del derecho en función de su preparación en las ramas de Derecho Civil y el Derecho de Familia, específicamente en temas relacionados con la representación legal de menores de edad, en circunstancias de padres que se encuentran imposibilitados para asumir esta función.

Tercera: Que se socialice el conocimiento de la representación legal a menores, a través de los medios masivos de comunicación, radio, prensa y televisión, como primera vía para contribuir a la asimilación y educación de nuestra población en esta temática, facilitando su positivización en una futura norma.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Referencias Bibliográficas

Doctrina.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. (1958). *La Representación*, en Anuario de Derecho Civil. Madrid.

ALBALADEJO, Manuel. (1993). *Derecho Civil. Introducción y Parte General*. Tomo I. Segunda edición. Barcelona: Bosch.

ALBALADEJO, Manuel. (1996). *Derecho Civil*, Tomo I, Volumen primero, Ed. Bosch, Barcelona.

ALBALADEJO, MANUEL. (2006). *Curso de Derecho Civil*. Tomo 64. España: Editorial Edisofer.

ALFARO GUILLÉN, Yanet y DÍAZ TENREIRO, Carlos Manuel. (2013) *Compilaciones de Disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular*. La Habana, Cuba. Ediciones de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

ALFONSO CABALLERO, Odalys. (2009). *Breves consideraciones sobre la representación en Cuba*. Recuperado el 10 de abril de 2019 de <https://www.monografias.com/plus>.

ARGÜELLO, Luis Rodolfo. (2007). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Astrea.

ARIAS RAMOS, J. / ARIAS BONET, J.A. (1986). *Derecho Romano. Parte General*. Tomo I. 18 ava. Edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

BARREIRO FERNÁNDEZ, A. y PARICIO, Javier. (1993). *Fundamentos de Derecho Privado Romano*. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces SA.

BETTI, Emilio. (2001). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Segunda edición. Granada: Comares.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

CASTRO Y BRAVO, Federico. (1972). *La Representación*. Madrid: Marisal.

CHARLES SOTELO, Linet SA. (2000). *Impacto de las migraciones en la familia. Desafíos para la actuación del Fiscal en la protección a menores de edad inmersos en procesos civiles cuyos padres se encuentran emigrados*.

CHIOVENDA, Giuseppe. (1973). *Curso de Derecho Procesal Civil*. México.

CHUNGA LAMONJA, Fermín. (1995). *Derecho de menores*. Lima.

CLEMENTE DÍAZ, T. (1984). *Derecho Civil. Parte General*, Tomo II, Tercera Parte, ENPES, La Habana.

COLECTIVO DE AUTORES. (1980). *Manual del Derecho Romano*. La Habana, Cuba: Pueblo y Educación.

DE LAMA AYMA, A. (2008). *La Protección de los Derechos*. Madrid.

DE LA ROSA ROSSI, Rey. (1964). *La representación*.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. (1979). *La representación en el Derecho Privado*, Madrid.

DIEZ PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1989). *Sistema de Derecho Civil*, T-I, Madrid.

ENNECCERUS, Ludwig. Traducción de PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José. (1950). *Derecho Civil. Parte General*. Tomo II. Bosh: Barcelona.

ENGELS, Federico. (1972). *El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Editorial Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro. La Habana, Cuba.

FERNÁNDEZ BULTÉ, J. y otros. (1982). *Manual de Derecho Romano*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta. (2004). *La representación en el Derecho Civil*. Compendio de Derecho Civil. Coordinadora Caridad del Carmen VALDÉS DÍAZ. Editorial Félix Varela. La Habana, Cuba.

GOLMAYO, Pedro Benito. (2005). *Instituciones del Derecho Canónico*. España: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

GÓMEZ TRETO, Raúl. (1988) *¿Hacia un nuevo Código de Familia?* Editorial de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. La Habana Cuba.

GUTIÉRREZ, Esther Lilia. (2017). *El papel de la Fiscalía en la protección de los derechos ciudadanos en Cuba*. Recuperado el 18 de marzo de 2019 de <https://www.facebook.com/FGRCuba>.

LARENZ, Karl. (1974). *Tratado de Derecho Civil Alemán*. Tercera edición. Munich: Edersa.

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. (1982). *El Negocio Jurídico*. Lima: Asesores Financieros.

PACCHIONI, Juan. Traducción Isidoro MARTÍNEZ MARTÍNEZ y Antonio REVERTE MORENO. (1942). *Manual de Derecho Romano*. Tercera edición. Valladolid: Imprenta Castellana.

PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne. (2016). *Derecho Procesal Civil*. Editorial Universal Félix Varela. La Habana, Cuba.

PETIT, Eugene. (1958). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México DF: EDINAL.

ROCA SASTRE, Ramón y PUIG BRUTAU, José. (1948). *Estudios de Derecho Privado*. Revista de Derecho Privado. Madrid.

RODRÍGUEZ PORTUONDO, Kirenía. (2016). *Menores en tierra de nadie por el fenómeno migratorio. Guarda y cuidado en Cuba: una señal de auxilio*. Evento abogacía.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

SERNA MEROÑO, Encarna. (1993). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

SERNA MEROÑO, Encarna. (1994). *Comentarios al Código Civil*.

STOLFI, Giuseppe. (1992). Traducción Jaime SANTOS BRIZ. *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

TREJO, Hermanos. (1992). *Compilación de Instrumentos Jurídicos Internacionales*. San José, Costa Rica.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen. (2000). *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Félix Varela. La Habana, Cuba.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. (2005). *El Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.

Legislación Nacional.

Constitución de la República de Cuba (1976).

Constitución de la República de Cuba (2019)

Código Civil. Ley No.59 (1987)

Código de Familia. Ley No.1289 (1975).

Código de la Niñez y la Juventud. Ley No.16 (1978).

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Ley No.7 (1977).

Ley de la Fiscalía General de la República. Ley No.83 (1997).

Ley de Migración. Ley No.1312 (1976).

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Decreto Ley No.302.Modificativo de la Ley de Migración. Ley No.1312 (1976).

Instrucción No. 244 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (2019).

Legislación Foránea.

Código Civil de Ecuador (2005).

Código Civil de España (1989).

Código Civil de Chile (2000).

Código Civil de Uruguay (1914).

Código Civil de Perú (1984).

Código Civil de Italia (1942).

Código Civil de Portugal (1996).

Código Civil de Checoslovaquia (1964).

Declaración Universal de los Derecho del Niño (1959).

Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

Convención de La Haya (1980).

Disposiciones Judiciales del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Sentencia No.214 de 31 de marzo de 2017.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Disposiciones Judiciales del Tribunal Provincial Popular de la República de Cuba.

Sentencia No.12 de 5 de abril de 2019.Sancti Spíritus.

Disposiciones Judiciales de los Tribunales Municipales Populares de la República de Cuba.

Sentencia No.541de 19 de octubre de 2017.Boyeros, provincia La Habana.

Auto No.72 de 2 de octubre de 2013.Cabaiguán, provincia Sancti Spíritus.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Anexos

Anexo 1: Sentencia emitida por el Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

152/17

15-7-17

REPUBLICA DE CUBA
TRIBUNAL SUPREMO POPULAR
SALA DE LO CIVIL Y DE LO ADMINISTRATIVO

Expediente No. 135 de 2017
CASACIÓN CIVIL

Lizbet
8/4/17

SENTENCIA NÚMERO: DOSCIENTOS CATORCE. (214)-----
EN LA HABANA, A TREINTA Y UNO DE MARZO DE DOS MIL DIECISIETE.-----

----- J U E C E S. -----

OLGA LIDIA JONES MORRINSON
YANET ALFARO GUILLÉN
JESÚS LIZASO MENÉNDEZ

VISTO: Por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular el recurso de casación en materia civil interpuesto por MARLEN HERNÁNDEZ MÉNDEZ, jefa de sala y vecina de calle Primera, sin número, entre doscientos cuarenta y ocho y doscientos cincuenta y cuatro, Matanzas, quien compareció representada por la letrada Eulalia Velazco Mugarra, para impugnar la sentencia número ciento sesenta y tres de veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis, dictada por la Sala de lo Civil, de lo Laboral y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Matanzas, en el recurso de apelación número ciento ochenta de dos mil dieciséis, establecido por la recurrente para impugnar la sentencia doscientos veinte de treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis, dictada por la Sección de Civil del Tribunal Municipal de Matanzas, en el proceso sumario sobre determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación, radicado al número sesenta y tres de dos mil quince, promovido por Omar Moreno Díaz, trabajador por cuenta propia y vecino de calle doscientos cincuenta y cuatro número diecisiete mil trescientos uno, entre ciento setenta y tres y ciento setenta y cinco, El Cocal, Matanzas, contra la recurrente; Karelia Fundora Hernández, residente en el exterior y contra el Fiscal, el que tuvo por objeto la revocación de la sentencia de primera instancia.-----

RESULTANDO: Que la parte dispositiva de la sentencia recurrida dice: EL TRIBUNAL ACUERDA EL SIGUIENTE FALLO: Que declaramos Sin Lugar el recurso de apelación en proceso sumario sobre determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación, interpuesto por Marlén Hernández Méndez. Con costas. -----

RESULTANDO: Que contra la expresada sentencia la parte recurrente estableció recurso de casación dentro del término legal que fue elevado a esta sala y admitido, en virtud del cual se personó debidamente, así como el no recurrente Omar Moreno Díaz, representado por la letrada Lizbet Reyes Borrego. -----

RESULTANDO: Que el recurso está integrado por dos motivos, ambos amparados en el ordinal noveno del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, de los que solo se relaciona el primero por la forma en que se resuelve, establecido para acusar la infracción de los artículos cuarenta y tres y doscientos noventa y cuatro del propio cuerpo normativo, en el concepto sucinto de que: En el segundo Considerando de la sentencia que se recurre la sala valora como positivo para conferirle la guarda y cuidado de las menores al padre el resultado de la prueba documental pública propuesta por quien recurre, consistente en la Certificación de la Oficina de Inmigración y Extranjería del Ministerio del Interior, acreditando las entradas y salidas al país de su contrario, en relación con las Certificaciones de



La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

REPUBLICA DE CUBA
TRIBUNAL SUPREMO POPULAR

Expediente No. 135 de 2017
CASACIÓN CIVIL

cargo de la abuela, por la situación en que se encuentra de poder asumir de manera directa y con los resultados que ha venido alcanzado, todas las atenciones que requieren sus nietas, por tratarse de dos infantes que no han tenido en su desarrollo una sostenida relación con la figura paterna y porque este último no reside en el país en el que lo hacen sus hijas, cual factor indispensable para asumir la responsabilidad que pretende, que en modo alguno se limita a la aptitud para solventar necesidades evaluables, lo que por demás deberá asumir no obstante estas consideraciones denegatorias de su pedido, si no que como se ha sentado, requiere la permanente relación de cuidados directos de sus hijas, estado de cosas cuya factibilidad no se corrobora en las actuaciones, por lo que en aplicación de los postulados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en su apartado tercero, y de la interpretación del último postulado del artículo ochenta y nueve del Código de Familia, habilitante en potencia de cualquier alternativa de determinación de custodia que ofrezca mejores consecuencias en la vida del infante, resulta procedente emitir el siguiente pronunciamiento:-----

EL TRIBUNAL ACUERDA EL SIGUIENTE FALLO: Declarar **CON LUGAR** el recurso de apelación establecido y en consecuencia se revoca la sentencia doscientos veinte de treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis, dictada por la Sección de Civil del Tribunal Municipal de Matanzas, en el proceso sumario sobre determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación, radicado al número sesenta y tres de dos mil quince, a cuyo tenor se confiere la guarda y cuidado de las menores de edad Karolina Alejandra Moreno Fundora y Karim Alexandra Moreno Fundora a la abuela materna de ambas, Marlén Hernández Méndez y asimismo se establece un régimen de comunicación de las niñas con sus padres Omar Moreno Díaz y Karelia Fundora Hernández, tanto durante sus estancias fuera del país como en los períodos en los que se encuentren en territorio nacional, libre y sin otras restricciones que no sean las que garantizan el adecuado desarrollo de las actividades diarias de la vida de las infantes en los horarios habituales y recomendables. Sin costas. -----

ASI POR ESTA NUESTRA SENTENCIA LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS. ANTE MÍ, QUE CERTIFICO.

OLGA LIDIA JONES MORRINSON .-YANET ALFARO GUILLÉN.-JESÚS LIZASO MENÉNDEZ.ELIZABETH ROSELL C'PIERRE.



NOTIFICAR *Lidia Ferrández*
DADO LA PRESENTE EN LA HABANA, A
21.2.17

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

REPUBLICA DE CUBA
TRIBUNAL SUPREMO POPULAR

Expediente No. 135 de 2017
CASACIÓN CIVIL

Nacimiento de las menores que demuestra que nacieron una el treinta de abril de abril de dos mil once y la otra el primero de febrero de dos mil trece, por lo que fueron valoradas de modo irracional y arbitrario pues quedando debidamente acreditado que el padre reside permanentemente en Ecuador desde el nacimiento de su primer hija, y que tiene un sin número de entradas y salidas al territorio nacional, le resulta imposible atender correctamente la educación de sus hijas, dirigir su formación para la vida social, inculcarles y darles amor, estar presente para ellas y ayudarlas ante las enfermedades, incluso, de ser necesario, corregir y reprender adecuadamente su conducta, deberes que de hecho nunca ha cumplido como padre.-----

RESULTANDO: Que solicitada vista, se señaló fecha para su celebración y se efectuó en la forma que aparece en el acta levantada al efecto. -----

--- SIENDO PONENTE LA JUEZA: YANET ALFARO GUILLÉN. -----

CONSIDERANDO: Que el motivo primero que compone el recurso, amparado en el ordinal noveno del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico debe prosperar, toda vez que de la revisión de las actuaciones, fundamentalmente de las sentencias dictadas en las instancias juzgadoras a partir de las alegaciones casacionales, advertimos los actuantes que ha sido ponderada la solución del conflicto familiar determinativo de la guarda y cuidado de las nietas e hijas de la inconforme y su contrario respectivamente, sin tomar en cuenta en su adecuada dimensión, las consecuencias de la situación fáctica que genera la disfunción con la que acude el progenitor a la sede judicial a formular su pretensión de que le sea atribuido el cuidado de su prole, en tanto se trata en esta oportunidad de dos niñas de casi seis y de cuatro años en la actualidad, cuyos progenitores se encuentran residiendo de manera permanente y por libre determinación fuera del país, sin estar vinculados por razones profesionales o compulsados por motivos apremiantes a asumir este distanciamiento de sus hijas, impeditivo por esencia, del desempeño del ejercicio de la guarda y cuidado basado en la relación de inmediatez, constancia y responsabilidad directa con todas las atenciones y ocupaciones que requiere el desarrollo de un infante, según las previsiones del artículo ochenta y cinco del Código de Familia, circunstancias que de hecho, dieron lugar a la asunción por parte de la abuela de todos estos roles, a partir de las posibilidades que sus medios y condiciones de vida le permiten y signada en todo caso por la repercusión que el cumplimiento del deber de alimentos de ambos padres, tiene en la satisfacción de las necesidades de la vida diaria de las hijas, aspectos todos que no han sido valorados de este modo por los juzgadores, que han dado prioridad en los análisis determinativos de la solución del conflicto a la actitud del padre de asumir la guarda; a las ventajas de su situación económica respecto a la ascendente de segundo grado; a la estimación de la conducta anterior del padre en nada desdeñable en cuanto a la vigilancia de las niñas y a las limitaciones regulatorias del Código de Familia en cuanto a la concesión de guarda y cuidado de menores a favor de tercera persona, razones todas que quebrantan la supremacía del interés superior del niño como elemento determinante en toda la satisfacción de situaciones en las que se vean involucrados, porque si bien se advierte su mención en los sustentos del fallo, no ha sido en modo alguno desarrollado el análisis a partir de parámetros que validen la estimación judicial, por circunscribirse a valoraciones que atienden en mayor medida a las circunstancias que concurren en cada uno de los ascendientes que litigan el cuidado, que a la específica repercusión que ellas tienen en la vida de cada infante, con predominio en el enfoque patrimonialista del fenómeno, de suerte que se desvirtúa la relevancia del interés superior como categoría indeterminada que se integra en cada caso concreto a partir de la detenida valoración de las circunstancias concurrentes de manera sistémica, con detenimiento en aquellas

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

REPUBLICA DE CUBA
TRIBUNAL SUPREMO POPULAR

Expediente No. 135 de 2017
CASACIÓN CIVIL

cuestiones que distingan o caractericen la situación del niño, para adoptar la solución que en mayor medida proporcione la satisfacción del menor, aspectos que no han sido tomados en cuenta de este modo por los tribunales anteriores, que por demás han estimado las limitaciones del derecho positivo nacional como verdaderos obstáculos para la emisión de pronunciamiento concesionario del cuidado a favor de abuelos, sin atender tampoco a la preeminencia de la aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de la que Cuba es signataria, contentiva de preceptos de aplicación directa que amparan la toma de decisiones más beneficiosas para los menores de edad, a partir de la preponderancia de lo que resulte más aconsejable en cada oportunidad, por todo lo cual, se verifica la indebida valoración de los resultados que fueron atribuidos a la documental acreditativa del estatus migratorio y de los movimientos o viajes del no recurrente al país, en primer orden porque en cuanto al desempeño de su rol de progenitor nada aporta esta derivación y en segundo porque de ella se confirma la situación de residente en el exterior de esta persona, a toda luz impeditiva del ejercicio efectivo de la guarda que le fuera concedido por no haber manifestado en modo alguno durante sus alegaciones, la intención de modificar su domicilio actual ni prospectiva en tal sentido respecto a las niñas, por lo que inviabilizan estas circunstancias la atribución de tal desempeño, que no tuvieron en cuenta los tribunales juzgadores.-----

CONSIDERANDO: Que por los fundamentos expuestos, se concluye que el recurso de casación interpuesto debe estimarse y anularse la sentencia objeto de impugnación.-----

EL TRIBUNAL ACUERDA EL SIGUIENTE FALLO: Declarar **CON LUGAR** el recurso de casación. Sin costas.-----

COMUNÍQUESE: esta sentencia y la que a continuación se dicta con devolución de las actuaciones elevadas al tribunal de su impulso, a cuyo efecto se librarán cuantos despachos y copias certificadas fueren menester, el acuse de recibo únase al expediente y archívese previas anotaciones correspondientes.

ASI POR ESTA NUESTRA SENTENCIA LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS. ANTE MÍ, QUE CERTIFICO.



SEGUNDA SENTENCIA

EN LA HABANA, A TREINTA Y UNO DE MARZO DE DOS MIL DIECISIETE. -----

----- J U E C E S. -----

OLGA LIDIA JONES MORRINSON
YANET ALFARO GUILLÉN
JESÚS LIZASO MENÉNDEZ

VISTO: Por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular el recurso de apelación establecido ante la Sala de lo Civil, de lo Administrativo y de lo Laboral del Tribunal Provincial Popular de Matanzas por MARLÉN HERNÁNDEZ MÉNDEZ, jefa de sala y vecina de calle Primera, sin número, entre doscientos cuarenta y ocho y

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

REPUBLICA DE CUBA
TRIBUNAL SUPREMO POPULAR

Expediente No. 135 de 2017
CASACIÓN CIVIL

doscientos cincuenta y cuatro, Matanzas, quien compareció representada por la letrada Gloria Rico Aguiar, para impugnar la sentencia doscientos veinte de treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis, dictada por la Sección de Civil del Tribunal Municipal de Matanzas, en el proceso sumario sobre determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación, radicado al número sesenta y tres de dos mil quince, promovido por Omar Moreno Díaz, trabajador por cuenta propia y vecino de calle doscientos cincuenta y cuatro, número diecisiete mil trescientos uno, entre ciento setenta y tres y ciento setenta y cinco, El Cocal, Matanzas, contra la recurrente; Karelia Fundora Hernández, residente en el exterior y contra el Fiscal, recurso que pende de dictarse sentencia por haber sido anulada la que dictó la mencionada sala.-----

DANDO por reproducidos los resultados de la sentencia de casación.

--- SIENDO PONENTE LA JUEZA: YANET ALFARO GUILLÉN. -----

CONSIDERANDO: Que analizadas como han sido las actuaciones, fundamentalmente los resultados probatorios alcanzados a partir de las alegaciones y pretensiones de las partes, advertimos los actuantes que el recurso establecido debe prosperar, toda vez 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 sus nacimientos, 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; en evitar rupturas derivadas de cambios bruscos determinados por las posturas que asume su progenitor, no residente en el país y en procurar que no se sometan forzosamente a un vínculo permanente con el padre con el que menos se han involucrado en su iniciante vida, por no residir en el país, incluso antes del nacimiento de la más pequeña, elementos todos que tienden a garantizar el adecuado desarrollo de las niñas en la importante etapa de la vida en la que se encuentran, cuyas repercusiones en la conformación de valores y esencia del individuo son indiscutibles y por tanto con ellas se responsabilizan diversos actores; de modo que no se corroboran en las actuaciones elementos que permitan conviccionar a esta sala en cuanto a lo recomendable de estimar la pretensión paterna, en primer orden por no encontrarse en condiciones de asumir de manera directa según fue valorado en la sentencia de casación, la responsabilidad que implica el desempeño de la guarda y cuidado de las menores a partir de su estatus de residente en el exterior impeditivo de la relación de inmediatez y asimismo porque la situación imperante hasta el presente ha sido la vigente en cuanto a los cuidados de la abuela respecto a las niñas, desde la fecha de salida del país de la madre, período en el que compartieron ambas esta responsabilidad, sin haber acreditado el no recurrente con fuerza durante la tramitación municipal, su intervención en la vida de sus hijas de manera constante y significativa, que lo coloque en aptitud para modificar de forma abrupta el régimen de vida de las niñas, constituido precisamente a partir de decisiones de sus padres, lo que conjugado con la ineludible obligación de alimento que a cada padre corresponde como parte de los deberes que integran la patria potestad sobre sus hijos, determinativa de la garantía de la satisfacción de las necesidades patrimoniales de las niñas que estimó el tribunal anterior capaz de solventar el padre, nos conduce a estimar la conveniencia de ofrecer como solución al conflicto determinativo actual, la permanencia del cuidado a



La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

REPUBLICA DE CUBA
TRIBUNAL SUPREMO POPULAR

Expediente No. 135 de 2017
CASACIÓN CIVIL

cargo de la abuela, por la situación en que se encuentra de poder asumir de manera directa y con los resultados que ha venido alcanzado, todas las atenciones que requieren sus nietas, por tratarse de dos infantes que no han tenido en su desarrollo una sostenida relación con la figura paterna y porque este último no reside en el país en el que lo hacen sus hijas, cual factor indispensable para asumir la responsabilidad que pretende, que en modo alguno se limita a la aptitud para solventar necesidades avaluables, lo que por demás deberá asumir no obstante estas consideraciones denegatorias de su pedido, si no que como se ha sentado, requiere la permanente relación de cuidados directos de sus hijas, estado de cosas cuya factibilidad no se corrobora en las actuaciones, por lo que en aplicación de los postulados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en su apartado tercero, y de la interpretación del último postulado del artículo ochenta y nueve del Código de Familia, habilitante en potencia de cualquier alternativa de determinación de custodia que ofrezca mejores consecuencias en la vida del infante, resulta procedente emitir el siguiente pronunciamiento:-----

EL TRIBUNAL ACUERDA EL SIGUIENTE FALLO: Declarar **CON LUGAR** el recurso de apelación establecido y en consecuencia se revoca la sentencia doscientos veinte de treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis, dictada por la Sección de Civil del Tribunal Municipal de Matanzas, en el proceso sumario sobre determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación, radicado al número sesenta y tres de dos mil quince, a cuyo tenor se confiere la guarda y cuidado de las menores de edad Karolina Alejandra Moreno Fundora y Karim Alexandra Moreno Fundora a la abuela materna de ambas, Marlén Hernández Méndez y asimismo se establece un régimen de comunicación de las niñas con sus padres Omar Moreno Díaz y Karelia Fundora Hernández, tanto durante sus estancias fuera del país como en los períodos en los que se encuentren en territorio nacional, libre y sin otras restricciones que no sean las que garantizan el adecuado desarrollo de las actividades diarias de la vida de las infantes en los horarios habituales y recomendables. Sin costas. -----

ASI POR ESTA NUESTRA SENTENCIA LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS. ANTE MÍ, QUE CERTIFICO.

OLGA LIDIA JONES MORRINSON .-YANET ALFARO GUILLÉN.-JESÚS LIZASO MENÉNDEZ.ELIZABETH ROSELL C'PIERRE.



PARA NOTIFICAR *T. Noelia Fernández*
SE PIDIÓ LA PRESENTE EN LA HABANA, A
31.2.17 DE

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Anexo 2: Sentencia emitida por el Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus.

MILDREY MARTÍNEZ PRESA, SECRETARIA JUDICIAL, DE LA SALA DE LO CIVIL ADMINISTRATIVO, LABORAL Y ECONÓMICO DEL TRIBUNAL PROVINCIAL POPULAR DE SANCTI SPIRITUS CERTIFICO QUE EN EL EXPEDIENTE DE APELACION NO. 15 de 2019 SE HA DICTADO LA RESOLUCION QUE COPIADA LITERALMENTE DICE ASI:



República de Cuba

Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus
Sala de lo Civil, de lo Administrativo y de lo Laboral

Apelación Civil
Expediente 15 de 2019

SENTENCIA NÚMERO: DOCE (12)
EN SANCTI SPÍRITUS, A CINCO DE ABRIL DE DOS MIL DIECINUEVE.

JUECES

Maryla Pérez Bernal
Kety Martin Vicedo
Juana Maritza Ramírez Ortiz

VISTO: por la Sala de lo Civil, de lo Administrativo y de lo Laboral del Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus el expediente radicado al número quince de dos mil diecinueve, formado para conocer el recurso de apelación establecido por

YUSNIER GUILLÉN DÍAZ, trabajador por cuenta propia domiciliado en calle Cuarta, sin número, entre las calles B y D, Huerto Escolar, Kilo Doce, en la ciudad de Sancti Spíritus, provincia del mismo nombre, representado por la abogada Anabel Valdés Lozano, contra la sentencia número trescientos cuarenta y cuatro de veintinueve de octubre de dos mil dieciocho, dictada por el Tribunal Municipal Popular de Sancti Spíritus en el expediente ciento ochenta y siete de ese año, que fuera promovido por el ahora apelante contra YUSNAIDI YELI GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, de ocupación desconocida, vecina de Granja Pedrito Troya, San Nicolás de Bari, Mayabeque, que fuera rebelde en aquellos autos y contra el Fiscal, personado por derecho propio; siendo el objeto del proceso la determinación de la guarda y cuidado y régimen de comunicación sobre el hijo menor de edad nombrado Yudier Guillén González; y,-----

RESULTANDO: Que el fallo de la sentencia recurrida dice así: “Que debemos declarar como declaramos SIN LUGAR la demanda y en consecuencia se dispone que la guarda y cuidado sobre el menor Yudier Guillen González quede a favor de la madre YUSNAIDI YELI GONZÁLEZ HERNÁNDEZ y la comunicación del padre YUSNIER GUILLEN DÍAZ con el niño sea amplia y sin restricciones, que el padre podrá llevar consigo a su hijo los fines de semanas alternos y las vacaciones y semanas de receso escolar se compartirán de por mitad para cada padre igual que los días significativos

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

para ellos para favorecer las relaciones afectivas y familiares. Sin costas.”-----

RESULTANDO: Que al sostener el recurso la representante del apelante arguye que los intereses del hijo menor de edad de las partes pueden verse afectados por la sentencia que recurre, pues en el proceso el niño dijo querer a su padre y extrañar mucho a su bisabuela paterna, el esposo de esta y el lugar donde antes vivía en Jatibonico; que el Tribunal para decidir atendió las promesas de la madre del menor de edad de no volver a cometer los errores del pasado, lo que, a su juicio, es improbable, resultando lo más conveniente que el niño continúe viviendo en su medio habitual y bajo la directa tutela del recurrente. Por su parte el Fiscal al personarse se opuso al recurso estimando que la decisión del tribunal municipal popular es adecuada, pues en momento alguno el



República de Cuba

Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus
Sala de lo Civil, de lo Administrativo y de lo Laboral

Apelación Civil
Expediente 15 de 2019

padre vivió junto al niño, concluyéndose que este iniciaría una nueva vida bajo la guarda de la madre y con amplias posibilidades de comunicación para el padre. -----

RESULTANDO: Que en esta instancia se celebró la vista que la ley manda conforme obra de autos y quedó concluso el proceso para sentencia, en ese estado convocó a una comparecencia por haber manifestado el apelante que la madre del niño retornó sin él para Jatibonico, dejándolo en otra provincia con la abuela materna.--

CONSIDERANDO: Que es lo idóneo para el desarrollo y el bienestar de los hijos crecer al lado de sus padres, esto más que una opción eficaz para los infantes es un deber legal que tienen madres y padres: tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado es la primera obligación que establece el artículo ochenta y cinco de nuestro Código de Familia, en este caso concreto la decisión adoptada por el tribunal municipal popular atiende a lo establecido en los artículos tres, cuatro y cinco de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por el Consejo de Estado de la República de Cuba el dieciocho de abril de mil novecientos noventa y uno, en cuanto define el principio del interés superior del niño, el cual debe primar siempre sobre el particular interés de los adultos y en el que alcanza mayor relevancia la proyección hacia el futuro sobre el presente, pues lo cierto es que en el momento en que se desarrolló el debate en la instancia municipal el niño Yudier Guillén González se encontraba al lado de su madre, establecido en Mayabeque desde hacía meses,

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

entablado vínculos además con las personas, lugares y cosas de ese entorno, de modo que se optó válidamente por propiciar la posibilidad de que el niño estuviese acompañado de uno de sus progenitores, que es de cara al futuro lo más conveniente; ya a esta altura del proceso el pequeño lleva alrededor de un año en ese medio, en condiciones que no pueden tenerse por inadecuadas, aun encontrándose la madre, por circunstancias y período que tampoco puede precisar el apelante, en lugar distinto al de la residencia del menor, lo que resulta levemente conocido por el papá en buena medida por su propia dejadez; pues se obtuvo en el proceso a partir de las alegaciones de ambos padres y de lo dictaminado por la especialista miembro del equipo multidisciplinario que fue la bisabuela paterna quien ejerció de hecho la guarda del infante y se percibe del mismo dicho del recurrente al comparecer ante esta Sala que prepondera la ajena voluntad de recuperar al pequeño, entonces no se han acreditado sólidamente razones que conduzcan a modificar la sentencia apelada pues tal cual se presenta el asunto la única consecuencia categórica que puede ocasionar la modificación de lo decidido es la inestabilidad y el desarraigo en perjuicio del niño de cuyos derechos se trata, quedando para el padre la posibilidad de instar el requerimiento de la madre para que cumpla debidamente con lo que en su día dispuso la sentencia o establecer nueva demanda de haber variado las circunstancias que aconsejaron su dictado, en consecuencia: -----



República de Cuba

Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus
Sala de lo Civil, de lo Administrativo y de lo Laboral

Apelación Civil
Expediente 15 de 2019

EL TRIBUNAL ACUERDA EL SIGUIENTE FALLO: Declarar **SIN LUGAR** el recurso de apelación establecido. Con costas. -----

ASÍ POR ESTA SENTENCIA LO PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS ANTE MÍ, QUE CERTIFICO.-----

-

Y para remitir al Tribunal Municipal Popular de Sancti Spíritus expido la presente haciendo constar que esta resolución es FIRME Y EJECUTORIA.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Anexo 3: Sentencia emitida por el Tribunal Municipal Popular de Boyeros, provincia la Habana.

Quintero


REPÚBLICA DE CUBA
TRIBUNAL MUNICIPAL POPULAR DE BOYEROS
SECCIÓN FAMILIA

Familia, Expediente No. 344 de 2017

SENTENCIA NÚMERO: QUINIENTOS CUARENTA Y UNO
EN BOYEROS, A DIECINUEVE DE OCTUBRE DEL DOS MIL DIECISIETE.

JUECES:

Gretchen Amaya Linares
Alberto Nápoles Simal
Ana Brown King

VISTO: por la Sección Familia del Tribunal Municipal Popular de Boyeros, el Proceso Sumario radicado al número trescientos cuarenta y cuatro del dos mil diecisiete, Cuestión de Competencia interpuesta por el Ministerio Fiscal sobre Determinación de Guarda y Cuidado y Régimen de Comunicación, interpuesto por la señora EUMNICE VIOLETA CARDOSO PEREZ, natural de Cienfuegos, ciudadana cubana, mayor de edad, con número de identidad permanente seis-cuatro-cero-uno-cero-siete-dos-uno-dos-siete-cero (64010721270), de estado conyugal soltera, licenciada en Imagenología, domiciliada en calle catorce, edificio número ciento diez, entre primera y tercera, Miramar, municipio Playa, provincia La Habana, quien se hizo representar por la letrada Anahita Sánchez Ammar, contra el señor GUILLERMO GOMEZ VERA, natural de Encrucijada, ciudadano cubano, mayor de edad, de estado civil divorciado, con número de identidad permanente ocho-cuatro-cero-ocho-uno-dos-uno-uno-seis-cuatro-dos (84081211642) y vecino de calle ciento noventa y siete, número diecinueve mil seiscientos cuatro, entre ciento noventa y seis y ciento noventa y nueve, reparto María del Carmen, municipio Boyeros, provincia La Habana, quien es representado por la letrada Maida González Alonso y contra el Ministerio Fiscal, teniendo por objeto con este proceso que se disponga la guarda y cuidado de los menores Martha Lorena, Camila Alejandra y Leonardo Camilo, ambos de apellidos Gómez Díaz, a favor de la abuela la señora Eumnice Violeta Cardoso Pérez.

RESULTANDO: que la demanda se fundamenta en los siguientes hechos: que la demandante es la abuela por la línea materna de los menores de edad Martha Lorena de ocho años de edad, Camila Alejandra de siete años de edad y de Leonardo Camilo de cinco años de edad. Los tres menores son hijos en común del demandado Guillermo Gómez vera y la actualmente fallecida Vioem Karen Díaz Cardoso, cuyo deceso ocurrió el veintinueve de Marzo del dos mil dieciséis. Los problemas desencadenantes de la inestabilidad y diversas rupturas de la relación marital del demandado con la fallecida Vioem Karen se debieron a los diferentes embarazos de la misma, por lo que al quedar embarazada de la primera niña se suscitaron problemas conyugales entre los antes mencionados, refiriendo el demandado que no estaba preparado para tener hijos, reticencia que mostró también con los posteriores embarazos, culpando a la fallecida de

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

haber podido evitar los embarazos u optar por abortar. Que después del segundo alumbramiento, Guillermo se separó de Vioem y al tiempo reanudaron relaciones maritales que desencadenó el tercer embarazo, lo que motivó a su vez otra ruptura de la pareja, pues él no quería tener otro hijo, pero Vioem se vio obligada a tenerlo a causa de la brevedad de del periodo intergenésico y del parto anterior por cesárea, reanudando relaciones al cumplir el año de edad el menor de lo hijos, ocasión que ante la estabilidad aparente de la pareja, Eumnice decide irse de misión internacionalista para Venezuela en Diciembre del dos mil trece y que interrumpe en diciembre del dos mil catorce a causa de la inesperada enfermedad de de Vioem de cáncer linfático. Durante este periodo doloroso de convalecencia de la madre de los niños desde finales del dos mil catorce hasta el veintinueve de marzo del dos mil dieciséis en que fallece, Eumnice conjuntamente con su pareja, la madrina de los niños y la madre de los menores, asumieron conjuntamente ellas tres los deberes relativos a la alimentación, manutención y educación de los niños. Finalmente la guarda de hecho se concentró en la persona de Eumnice a partir del fallecimiento de la madre de los niños, siempre auxiliada de su pareja. El padre de los pequeños, en cambio, ha desatendido a los menores. Así las cosas, meses después de que Eumnice partiera a cumplir misión internacionalista a Venezuela, el padre se separa definitivamente de Vioem y en ocasión de encontrarse ésta enferma de dengue conjuntamente con los menores en agosto del dos mil catorce, Karen se negó a ser ingresada porque debió cuidar a los pequeños ante la desatención del padre de los niños, ya que también la madrina de éstos padecía de dengue, al punto de que fue la pediatra quien llamó a Guillermo pidiéndole que se hiciera cargo del niño en Coco y Rabí, Diez de Octubre. Ello conllevó a que la demandante viajara a Cuba para atender dicha situación, previo permiso concedido, teniendo que interrumpir la misión a causa del cáncer de su hija. Durante este periodo el padre dejó de frecuentar a los pequeños, sin llamarlos siquiera por teléfono. Que la abuela materna conjuntamente con la madrina de los niños, han cuidado y cuidan en la actualidad a los niños con esmero, dedicación y amor y tiene tal vínculo con ellos que los percibe como si fueran sus hijos. Esa participación activa en el crecimiento y desarrollo de los infantes la lleva a cabo con el mayor placer y el amor que desde siempre ha tenido por sus nietos, más aún a partir del fallecimiento de Vioem en que el acompañamiento decisivo de Eumnice a los niños ha sido determinante para paliar los efectos psicológicos dañinos que tiene la muerte prematura en el desarrollo de éstos. Por otro lado, es un hecho incuestionable, que con independencia de lo antes planteado, el demandado ha constituido una nueva familia en cuyo seno no se desea la convivencia de éste con sus hijos. Tanto es así que, tras fallecer la madre de los niños, la abuela materna le pide al padre de éstos que se trasladase con él temporalmente a los pequeños para atenuar la pérdida de la madre y si bien Guillermo aceptó, los llevó para la casa de la abuela paterna ante la imposibilidad de que su nueva familia aceptase a los niños, particularmente la suegra de éste. Por otra parte la abuela paterna reside en Ecuador y viene a Cuba de vacaciones quince días al año aproximadamente, por lo que objetivamente tampoco puede hacerse cargo permanentemente de sus nietos, amén de que el padre tiene intensiones de irse para Ecuador. El demandado desde el fallecimiento de la madre de los menores no se ha encargado de crear condiciones para asumir la guarda y cuidado de sus hijos, no ha

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.


REPÚBLICA DE CUBA
TRIBUNAL MUNICIPAL POPULAR DE BOYEROS
SECCIÓN FAMILIA

Familia, Expediente No. 344 de 2017

propiciado el clima de aceptación de sus hijos en su nueva familia civil, por lo que se interesa que se le confiera la guarda y cuidado de los menores a su abuela materna, la que de hecho ocurre en la actualidad, amén de que esa siempre fue la voluntad expresa de la madre de los mismos en su lecho de muerte. Que como pretensión concreta declare con lugar la demanda y en consecuencia disponga la guarda y cuidado de tres los menores Martha Lorena, Camila Alejandra y Leonardo Camilo, todos de apellidos Gómez Díaz a favor de la abuela materna Eumnice Violeta Cardoso Pérez con la que conviven y se establezca un régimen de comunicación de ellos con su padre Guillermo Gómez Vera, abierto y sin restricciones, excepto aquellas debidas al debido respeto de los horarios de alimentación, descanso, escuela y sano esparcimiento de los menores, salvo aquellas medidas cautelares cuya adopción provisionalmente se solicitan con esta demanda.-----

RESULTANDO: que admitido la cuestión de competencia y siéndonos remitidas las actuaciones provenientes del Tribunal Municipal Popular de Habana Vieja fue dispuesto que terminara de transcurrir el término de contestación para el Ministerio Fiscal, dejando transcurrir el término sin evacuarlo. En tanto, el demandado Guillermo Gómez Vera contestó a la demandada mostrando su conformidad con todos y cada uno de los hechos.-----

RESULTANDO: Que convocadas las partes a la comparecencia que señala el artículo cuarenta y dos de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en relación con la Instrucción doscientos dieciséis de dos mil doce, dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, así como la vista sobre la medida cautelar interesada, con el objetivo de además de fijar los puntos del debate, sanear los aspectos sustantivos y procesales necesarios, así como llegar a un posible acuerdo, fue celebrada con la presencia del promovente, el Ministerio Fiscal y el Equipo Multidisciplinario, ratificando la parte actora sus pretensiones iniciales y exponiendo al tribunal una serie de elementos sobre la vida de los niños antes y después del fallecimiento de su hija, así como la escasa relación de estos con su padre y su abuela paterna. Expuso además al tribunal elementos de juicio sobre su interés para que fuera adoptada la medida cautelar solicitada. Fue escuchada también la madrina de los menores, la cual corroboró los hechos narrados en la demanda. El Ministerio Fiscal que no pudo contestar oportunamente, sin embargo, manifestó en el acto su conformidad con el proceso y su interés de que fuera declarado con lugar, con independencia de su fase probatoria, mostrando interés en que el tribunal se pronuncie sobre la medida cautelar y en que se establezcan límites al régimen de comunicación de los niños con el padre. La letrada de la parte actora, así como la psicóloga del Equipo Multidisciplinario manifestaron su interés en que se establezcan límites a la comunicación de los menores con el padre, no teniendo interés en la escucha de la menor Martha Lorena, toda vez que no lo considera necesario, de acuerdo a lo actuado hasta el momento. En este sentido, la promovente especificó los horarios en los que el padre pudiera disfrutar de sus hijos, ya que por los horarios de las actividades escolares y extraescolares que éstos tienen resulta conveniente establecerlo de esa forma. En

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

REPÚBLICA DE CUBA
TRIBUNAL MUNICIPAL POPULAR DE BOYEROS
SECCIÓN FAMILIA

Familia, Expediente No. 344 de 2017

ese acto no se dispuso la apertura a pruebas por no encontrarse presente todas sus partes. -----

RESULTANDO: Que este foro admitió con posterioridad a este acto, las pruebas interesadas por la parte actora consistente en documentales, confesión judicial y testifical, las que fueron debidamente practicadas con excepción de la confesión judicial por incomparecencia del confesante y posterior renuncia de la parte que la propuso. Así mismo se pronunció sobre las medidas cautelares interesadas, disponiéndose la adopción de la prohibición de que los menores cambien de domicilio en tanto se sustancie el proceso, no así la consistente en prohibir a la abuela paterna llevarse consigo a la nieta mayor fuera del territorio nacional por no encontrarse motivos ni fundamentos que sustenten su imposición.-----

RESULTANDO: Que quedó el proceso concluso para dictar resolución y debido a la complejidad del asunto a pesar de haberse cumplido con las formalidades legales en el presente proceso la presente resolución se dicta con demora. -----

CONSIDERANDO: Que fue valorado por los jueces actuantes el escenario jurídico que rodea los derechos inherentes a los niños, niñas y adolescentes, enfocándonos en La Convención de los Derechos del Niño, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de Noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, de la cual Cuba es signataria. De considerable valor resulta que ésta reconoce y posiciona a la familia, como célula fundamental de la sociedad y medio natural e idóneo para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, por ello, es palpable la protección que le brinda a la misma y a los derechos de los infantes de crecer en el seno de ésta, donde debe primar el amor, la protección y el respeto de éstos como seres humanos; y en tal sentido, reconoce y estipula que el actuar de los tribunales y otros organismos, debe velar, en primer orden, por la protección del interés superior del niño, por encima de todo interés social. En correspondencia con los derechos reconocidos en la mentada Convención, el ordenamiento jurídico cubano, especialmente nuestro Código de Familia, ha marcado su posición protectora en pos del respeto al bienestar y desarrollo óptimo de los infantes, proveyendo también a la familia de la debida protección como núcleo fundamental de la sociedad, para formar a éstos como seres humanos responsables, principalmente, porque enarbola entre sus objetivos fundamentales, el fortalecimiento de ésta. En este cuerpo legal se regula todo lo concerniente sobre la Guarda y Cuidado y Régimen de Comunicación de los padres con sus hijos, considerando este foro que resultó muy atinado al incluir en la parte final de su artículo ochenta y nueve, y citamos: "salvo, en todo caso, que razones especiales aconsejen cualquier otra solución". Es nuestro criterio que, el legislador previó esta narrativa para situaciones de excepcionalidad, cuando la Guarda y Cuidado del menor quedaran acéfalas y pudieran los jueces determinar sobre este particular de forma distinta, pues las situaciones que se plantean en la vida son mucho más polémicas y diversas que lo que ha quedado establecido por el legislador. En relación con los derechos que intenta salvaguardar nuestra ley sustantiva, nos apoyamos en la Instrucción doscientos dieciséis del dos mil doce del Consejo de Gobierno del Tribunal

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.



REPÚBLICA DE CUBA
TRIBUNAL MUNICIPAL POPULAR DE BOYEROS
SECCIÓN FAMILIA

Familia, Expediente No. 344 de 2017

Supremo Popular, la cual dota también de protección a la familia y al interés de los menores, por encima de cualquier otro interés igualmente legítimo, rigiendo el proceder de los tribunales en estos procesos. Cabe significar, que se comprende como familia, no solo la que está conformada por los padres y sus hijos en su modo más estricto, sino aquella que, en su sentido amplio o, dígase familia extendida, donde se reconoce el papel de los abuelos y tíos como miembros de la misma. El ordenamiento jurídico ha de ser compatible y estar en correspondencia con la realidad en que se desarrolla, es por ello que, el nuestro no se queda por debajo de esta expectativa y ha comenzado a reconocer los derechos de la familia extendida y los vínculos de ésta con los menores, considerando estos jueces que con ese actuar protege y garantiza los derechos de los infantes de crecer en el seno de una familia que les prodigue amor, teniendo en cuenta el interés superior de éstos. -----

CONSIDERANDO: Que con independencia de lo antes valorado, fueron vistas y analizadas las actuaciones, pudiéndose corroborar a través de las correspondientes certificaciones de nacimientos de los menores, así como la certificación de nacimiento y defunción de Vioem Karen Díaz Cardoso, el vínculo filiatorio que sostienen los menores con la promovente y el demandado, con la constancia del fallecimiento de la madre de éstos. En el caso concreto que nos ocupa, estos jueces tuvimos a bien valorar el contenido de todas las documentales que se aportaron, consistentes en cartas de vecinos, miembros de organizaciones, directivos docentes, entre otros, entrando en correspondencia con lo referido por los testigos que fueron examinados, existiendo plena transparencia en cuanto a los hechos de la demanda y las alegaciones realizadas por el promovente en la propia comparecencia. Sumado a ello, resulta válido significar, que es de notoria importancia que el demandado de este proceso, padre de los tres menores, estuvo conforme con todos los hechos de la demanda, no mostrando mayor interés en este proceso que no sea el de presentar su formal allanamiento, por lo que no tuvo el tribunal la oportunidad de interactuar con él en el acto de la comparecencia, ni fue posible la práctica de la confesión judicial, en ambos casos por que éste no se presentó. Para emitir un pronunciamiento que esté en concordancia con el interés superior del menor y, por tanto, sea ajustado a derecho, el foro actuante contó con la intervención del Ministerio Fiscal durante el proceso, así como el asesoramiento de la psicóloga miembro del Equipo Multidisciplinario en la comparecencia convocada. Es importante significar, que ha quedado bien delimitado en las presentes actuaciones que la señora Cardoso Pérez, ostenta de hecho, la guarda y cuidado de sus tres nietos, conjuntamente con la ayuda de la madrina de ellos, logrando con su actuar solventar las necesidades materiales y espirituales que demanda el desarrollo de estos pequeños, que ya sufren el estar huérfanos de madre y sumado a ellos poseen un padre, que a pesar de estar vivo, de ejercer la patria potestad y no tenerse que enfrentar a impedimentos en la comunicación entre sus hijos y él, por el hecho de que siempre la abuela materna ha propiciado esta comunicación, es un padre ausente y desentendido de todo lo que atañe y respecta a sus hijos, siéndolo antes y después del deceso de la madre de los menores. En cambio la promovente, le ha hecho frente a la crianza de sus nietos ante la falta de la madre y la ausencia del padre, quedándonos

5

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

TRIBUNAL MUNICIPAL POPULAR DE BOYEROS
SECCIÓN FAMILIA

Familia, Expediente No. 344 de 2017

demostrado que lo hace con mucho amor, dedicación y esmero, logrando mantener la estabilidad emocional de los mismos, ocupándose de los temas médicos, escolares y en fin, de todo lo que concierne a estos pequeños, y así se muestra en las fotografías aportadas, no albergando dudas al tribunal que los tres menores deben permanecer en compañía de su abuela materna, respetando la debida comunicación con su padre, la que entiende el tribunal que deber ser en los límites ventilados en la comparecencia, en aras de garantizar la estabilidad de los niños en cuanto a sus horarios y costumbres. Ha quedado evidenciado de todas las pruebas practicadas, que la figura paterna no desempeña el rol preponderante que necesitan sus hijos para crecer y desarrollarse sanamente, siendo evidente que los tres menores se encuentran carentes de amor y atenciones que debe prodigarle su padre, a lo que se une, además, el escaso papel de la abuela paterna que resulta muy similar al del padre. Es por ello, que nosotros encontramos atinado que, en este caso, si están dadas las circunstancias especiales y excepcionales que previó el legislador en el artículo ochenta y nueve del Código de Familia y que teniendo en cuenta los fundamentos de la parte actora y lo corroborado por el Tribunal, y procurando siempre proteger el interés superior de estos menores, es procedente, a tenor de los artículos trescientos cincuenta y ocho y siguientes de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, este Tribunal fallará como a continuación se consigna:-----

EL TRIBUNAL ACUERDA EL SIGUIENTE FALLO: declaramos **CON LUGAR** la demanda en Proceso Sumario sobre Determinación de Guarda y Cuidado y Régimen de Comunicación, interpuesto por la señora EUMNICE VIOLETA CARDOSO PEREZ, y en consecuencia, queda establecida la guarda y cuidado de los menores MARTHA LORENA, CAMILA ALEJANDRA y LEONARDO CAMILO, ambos de apellidos GOMEZ DIAZ, a favor de la abuela materna la señora EUMNICE VIOLETA CARDOSO PEREZ y podrán los menores comunicarse con su padre el señor GUILLERMO GOMEZ VERA en el hogar materno, todos los miércoles y viernes en el horario de seis a siete pasado meridiano, así como todos los domingos, desde las diez de la mañana hasta las seis pasado meridiano, pudiendo sacarlos del hogar materno y los fines de semanas alternos desde el sábado a las cuatro pasado meridiano hasta las seis pasado meridiano del domingo. Sin imposición de costas procesales.-----

ASÍ POR ESTA NUESTRA SENTENCIA, LA PRONUNCIAMOS, MANDAMOS Y FIRMAMOS. ANTE MI; QUE CERTIFICO.-----

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Anexo: 4 Auto emitido por el Tribunal Municipal Popular de Cabaiguán, provincia Sancti Spiritus.

AUTO NÚMERO: SETENTA Y DOS (72)

~~~~~

**PRESIDENTE:** &  
LIC. MEYLIN CORONA ALVAREZ &  
**JUECES:** &  
LAZARO PEREZ MOREJON &  
PEDRO PABLO TORRES MARTINEZ &  
~~~~~

Cabaiguán a, dos de
octubre del dos mil trece.-----

DADA CUENTA: Con la anterior

acta; se procede a dictar la presente Resolución.-----

RESULTANDO: Que Eduardo Jorge García Rodríguez representado por la Licenciada Teresa Collazo Bermúdez estableció demanda en proceso Sumario sobre Determinación de Guarda y Cuidado y Régimen de Comunicación contra Nancy Arelia Martín Rodríguez y Osvaldo Pérez Mondeja, quien comparecieron representados por la Licenciada María Caridad González Ibarra, el que se radicó al número ciento cincuenta y dos de dos mil trece, disponiéndose traer como tercero al proceso al Fiscal Municipal, solicitando el actor que se regule la forma de comunicación respecto a la menor hija nombrada María Karla García Sosa de forma que la guarda y cuidado del menor quedará a cargo de su padre, pudiendo mantener la comunicación con su familia materna, de la forma que determine el padre para que pueda verlos y visitarlos de forma regular, sin afectar psicológicamente a la menor, basándose para ello en el hecho que el actor y Madelín Sosa Rodríguez sostuvieron una unión matrimonial no formalizada de la cual se procreó a la menor María Karla, que en fecha diecisiete de junio de dos mil trece fallece Madelín, cuando ya ellos estaban separados, queriendo mantener la familia materna a la menor bajo la guarda y cuidado de de varios miembros de la familia, manifestándole al padre que la menor solo puede ir en ocasiones con éste, a lo que se opone éste, pero no obstante no ha forzado a la niña, ya que atraviesa por una difícil situación.-----

RESULTANDO: Que una vez admitida la demanda, se dispuso dar traslado a los demandados y como tal fueron emplazados por el término de Ley y al contestar, Martín Rodríguez y Pérez Mondeja se opusieron en parte a lo alegado por el promovente, y proponiendo una forma de comunicación del padre con su hijo de la siguiente forma, en lo referente a que la guarda y cuidado de la menor quedará a cargo de su tía Nancy Arelia Martín Rodríguez, pudiendo el padre ver a su hija en el hogar de la tía todos los días de siete de la mañana a diez de la noche o trasladarla al hogar paterno donde este pueda asumir la alimentación y vinculación con los estudios primarios que está cursando la menor, asumiendo paseos, distracción o cualquier otra forma de comunicación, así como que los periodos vacacionales y recesos escolares sean compartidos de por mitad, alegando que cuando a su hermana en el año dos mil nueve le fue diagnosticada una neoplasia de mama severa, comenzó una etapa de intervenciones quirúrgicas, quimioterapia, radiaciones y a partir de ese momento ella y su esposo asumieron los cuidados de la niña, propiciándole todo el apoyo material y espiritual que necesitaba, a diferencia del padre que no le dio el apoyo que necesitaba la infante, además que no se opone a que el actor se relacione con su hija, sino que lo considera importante, por su parte el Fiscal Municipal, igualmente se persona y contesta la demanda, solicita que se declare sin lugar la demanda interpuesta por el promovente.-----

RESULTANDO: Que previo a abrir el proceso a pruebas, se dispuso hacer uso del artículo cuarenta y dos de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, citándose a las partes a los efectos de ser examinados conforme a los hechos de la litis, a la que comparecieron ambos con sus representantes legales, el fiscal municipal y los miembros del equipo multidisciplinario, donde las parte no arribaron un acuerdo, disponiéndose en ese propio

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

acto la exploración de la menor por la vía de la escucha, momento en el que se dispone la celebración de una nueva comparecencia, instruyéndose a las partes del resultado de la exploración, donde ambos arribaron a un acuerdo, fijándose cuestiones distintas a las interesadas inicialmente por cada parte, donde los mismos sellaron todos los extremos de la litis, al arribar a acuerdo definitivo y prescindir de la práctica de pruebas, tras lo cual se dispuso dictar la presente Resolución.-----

CONSIDERANDO: Que de conformidad con lo dispuesto en la Instrucción doscientos dieciséis del Tribunal Supremo Popular, resulta procedente dictar auto aprobando el acuerdo al que han arribado las partes en el presente asunto, pues independientemente que nuestro código de Familia en sus artículos ochenta y ocho y siguientes prevee lo concerniente a la guarda y cuidado y forma de comunicación de los hijos respecto a sus padres, no haciéndose alusión a ningún otro familiar que pudiese corresponderle en derecho el ejercicio de la guarda y cuidado, pero no obstante a ello tenemos el criterio que atemperados a lo que se refiere en el artículo ochenta y nueve de ese propio cuerpo legal cuando hace alusión a que el tribunal resolverá únicamente lo que resulte más beneficioso para el menor, sólo que ese criterio no debe interpretarse restrictivamente a los padres en específico en lo que se refiere al presente asunto, pues resulta imprescindible velar con especial cuidado el interés superior de esta pequeña, en torno a la cual gira la presente decisión, la que ha perdido recientemente a su madre, la que previo a su muerte sufrió un largo período de enfermedad, tiempo durante el cual su tía materna Nancy Arelia, fue la persona que la atendió y cuidó, desarrollándose entre ella una gran afinidad, al punto que dicha menor desea continuar residiendo junto a ésta, además que la vivienda de dicha tía está ubicada en el mismo barrio donde la niña nació y se crió, lugar donde tienes sus amistades su medio de vida, preferencias que la infante refirió con marcada claridad en la exploración realizada, mostrándose firme, determinada, considerando que un cambio de vida para la niña, sin que medie su voluntad, sería atribuirle una carga y sufrimiento mucho mayor del que ya lleva con la dolorosa pérdida de su joven madre, cuestiones que fueron reconocidas por el padre en la comparecencia celebrada, quien entiende y acepta la situación y sentimientos de su hija, quien además tiene la intención de ganarse la preferencia de ésta, cuestión que sería muy beneficioso para la niña quien necesita apoyo espiritual, cuestión con la que concuerda el psicólogo, quien de forma explícita ilustró a este Fuero y el resto de los presentes la gravedad y las negativas consecuencias que traerían consigo para la estabilidad emocional de la niña la imposición de un cambio en su vida que ella no desea y que esté precisamente condicionado a la voluntad de las personas que ella más quiere, cuando lo que en realidad necesita es apoyo y amor incondicional, acordándose incluso una forma de comunicación amplia y razonable entre el padre y su hija que ayudaría a aliviar el dolor que la pequeña siente por la pérdida de su madre, por lo que este órgano jurisdiccional tiene el criterio que resulta procedente y atinado a derecho aprobar el acuerdo al que han arribado las partes en el acto de la comparecencia, el cual ha alcanzado todos los extremos comprendidos en el presente litis, cuestiones que fueron cuidadosamente debatidas en dicho acto y que a nuestro juicio resulta la solución más factible para establecer la relación paterno filial y evitar de esta forma que pueda deteriorarse debido a una incorrecta comunicación entre las partes o afectar el equilibrio y desarrollo emocional de la niña, siendo aconsejable acordar lo que sigue.-----

SE ACUERDA: Aprobar el acuerdo en los términos concertados a que han llegado las partes en este proceso consistente en que la Guarda y Cuidado del menor **María Karla García Sosa** queda a cargo de su tía Nancy Arelia Martín Rodríguez, comunicándose el padre con su hija de forma amplia y sin restricciones.-----

LO ACORDO EL TRIBUNAL Y RUBRICAN SUS INTEGRANTES POR ANTE MI QUE CERTIFICO.-----

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Anexo 5: Entrevista realizada a Marcial Prado Vivas, la persona que atiende el Consejo de Atención a Menores en el municipio de Cabaiguán.

Guía de entrevista:

1. ¿Conoce usted algún menor de edad que se encuentre bajo el cuidado de un familiar, vecino u otra persona, porque sus padres con patria potestad no se encuentren en el territorio nacional o encontrándose dentro de este ,en ellos concorra alguna causa que impida representarlos porque se encuentren en otra provincia trabajando o por cuestiones de enfermedad, así como también por encontrarse cumpliendo sanción en un Centro Penitenciario, o simplemente viviendo todos en la misma localidad, pero no convivan con el menor?
2. ¿Si la respuesta es afirmativa, puede ofrecer ejemplos de menores presentes en esta situación?

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

Anexo 6: Entrevista realizada a Jueces del Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus y del Tribunal Municipal de Cabaiguán, a Fiscales de la Provincia de Sancti Spíritus y el municipio de Cabaiguán, así como a los abogados del Bufete Colectivo de la provincia de Sancti Spíritus y del municipio de Cabaiguán, a Consultores de la Consultoría Jurídica Internacional de Sancti Spíritus, también a la Notaria Principal de la Notaría Estatal Número 3 de Sancti Spíritus y a la Registradora Principal del Registro del Estado Civil de Sancti Spíritus.

Guía de entrevista:

1. ¿Considera usted oportuno ensanchar la figura de la representación legal a las personas que hoy tienen la custodia de menores con padres que conservan la patria potestad y no se encuentren en el territorio nacional o encontrándose dentro de este, concurra alguna circunstancia que le impida representar legalmente a los menores?
2. ¿Considera usted que existe la necesidad de la creación de una institución jurídica que permita representar a los menores de edad, cuando los padres con patria potestad sobre ellos, se encuentren imposibilitados para asumir esta función?
3. ¿En el caso en que los padres con patria potestad sobre el menor, no puedan representarlo lo realiza el fiscal. Usted considera que este acude efectivamente a velar por los intereses de cada menor presente en una situación como esta?

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

4. ¿Considera usted que el padre de un menor de edad puede acudir ante notario para otorgar un poder a la persona que queda a cargo del menor en función de su representación legal?
5. ¿Considera usted que la figura de la tutela o la curatela suplen la necesidad de esta problemática?
6. ¿Cuáles son las situaciones más comunes en las que el menor necesita ser representado por la persona que está a su cargo?
7. ¿Conoce usted de los pronunciamientos que ha hecho el Tribunal competente para resolver esta situación?

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.

La representación legal a menores en pos del perfeccionamiento de la legislación familiar cubana.