



Universidad de Matanzas

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Departamento de Derecho

Sede “Camilo Cienfuegos”

Trabajo de Diploma

Título:

***“Presupuestos Sustantivos para la concesión de la
Guarda y Cuidado a favor de los progenitores
afines en las familias ensambladas cubanas”***

Autor:

Laura García Ramos.

Tutor:

***Esp. Iris María Méndez Trujillo
Isel Guirola***

Matanzas

2018

DECLARACIÓN DE AUTORÍA:

Laura García Ramos, autoriza al Departamento de Derecho de la Universidad de Matanzas, como autora del presente Trabajo de Diploma a utilizar el mismo para los fines académicos pertinentes y para la divulgación de los resultados del mismo.

Dado en Matanzas, el 5 de junio de 2018.

NOTA DE ACEPTACIÓN:

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

MIEMBRO DEL TRIBUNAL

MIEMBRO DEL TRIBUNAL

Agradecimientos:

A mi mamá, mi Sol, mi guía, mi fortaleza y mi inspiración,

A mi papá, por su constante superación a pesar de los avatares del destino,

A mis hermanas, mis eternas amigas,

A mis abuelos, los que están y los que no, por sus inmortales enseñanzas y su amor incondicional,

A mis parientes afines, por ser ejemplo de lo que constituye una verdadera familia ensamblada,

A Pedrito, por tantas noches de dedicación y por su amor,

A toda mi familia, tanto consanguínea como afectiva, que me han ayudado a transitar en esta vida con el anhelo de que me convierta en mejor ser humano,

A mis amigos y a mis compañeros de aula, por tantos momentos únicos e inolvidables,

A mis tutoras Iris e Iselita, por sus alentadoras ganas de vivir, su fe en el futuro, y su confianza en mí.

A todos, muchas gracias.

“La familia unida por la semejanza de las almas, es más sólida, y me es más querida, que la familia unida por las comunidades de la sangre”.

José Martí.

Índice

Introducción:	1
Capítulo 1: Familia Ensamblada.	6
1.1 Generalidades de la familia contemporánea:	6
1.2 Concepto de la Familia Ensamblada:	9
1.2.1: Contextos que facilitan su origen:	10
1.2.2 Roles familiares de los miembros de la Familia Ensamblada:	11
1.2.3 Tratamiento legislativo y jurisprudencial en la legislación foránea:	16
1.3 Familia Ensamblada en Cuba:.....	21
1.3.1 Antecedentes legales en la Familia Ensamblada:.....	21
1.3.2 Factores psicosociales que condicionan la existencia de la Familia ensamblada cubana:	22
a) Empoderamiento de la mujer:.....	22
b) Valoración de temporalidad del matrimonio y la unión de hecho:.....	23
c) Intensificación del flujo migratorio:	24
d) Elevado índice de divorcialidad:	25
e) Pérdida de valores familiares:.....	26
1.3.4: Tratamiento constitucional y familiar de esta modalidad en la legislación cubana:	27
Capítulo 2: Presupuestos sustantivos que facilitan la concesión de la guarda y cuidado a favor del progenitor afín en la Familia Ensamblada.	29
2.1 Responsabilidad parental como visión contemporánea de la patria potestad.	29
2.2 Presupuestos que facilitan la concesión de la guarda y cuidado a favor del progenitor afín.	36
2.2.1 Convivencia estable de los miembros de la familia ensamblada:.....	37
2.2.2 Participación del progenitor no guardador ante la toma de decisión:.....	39
2.2.3 El criterio del menor haciendo uso del principio de la autonomía progresiva y en correspondencia con la aplicación del principio del interés superior del niño. ...	40
2.2.4 La autonomía de la voluntad familiar atendiendo al principio de la paternidad socioafectiva.....	45
2.3 Proceso Judicial de Naturaleza Familiar	49
2.3.1 Necesidad del control judicial de los asuntos de naturaleza familiar.	66
Conclusiones:	71
Recomendaciones:	73
Bibliografía:	74

Introducción:

Cuba es una sociedad que se teje por medios de grandes redes sociales, vecinales y familiares, por lo que entender la Familia es conocer los valores culturales e idiosincrásicos de este país.¹

La familia como institución compleja en la que interactúan relaciones subjetivas y objetivas, espirituales y materiales, constituye la célula elemental de la sociedad en la que se entremezclan íntimamente intereses personales y sociales. No es una mera suma de personas sino que cumple funciones biosocial, económica, educativa, cultural y afectiva.

Aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, como el de matrimonio y el de filiación, es una creación "cultural", no "natural" y, por lo tanto, cambiante; dependiendo de la cultura, la religión, las poblaciones, las políticas de Estado, modos de vida, etc.

Hasta hace unas pocas décadas atrás se hablaba que la familia era la unión legal entre un hombre y una mujer, con el objetivo de procrear, educar los hijos, y satisfacer necesidades humanas de unión y compañía.² Sin embargo ninguna definición de este tipo se corresponde con los cambios actuales puesto que no existe un modelo universal e inmutable sino muy diversos tipos de familia fundamentada en que la unión entre las personas puede ser legal o no, puede ser para toda la vida, pero los divorcios y separaciones cada vez cobran más auge en nuestra sociedad; además los miembros de la unión no son siempre heterosexuales, dando lugar a que la unión no solo sea para la procreación siendo de primordial orden el placer y la satisfacción de estar juntos, retomando la idea de que la familia existe, en la actualidad, no como contrato de fidelidad, procreación y perpetuidad, sino como compromiso de amor, apoyo y reciprocidad, cuya durabilidad depende de la fuerza de la intimidad y los sentimientos de amor.

¹ARÉS MUZIO, Patricia, *La familia. Una mirada desde la Psicología*. Editorial Científico-Técnica, La Habana, 2010, p.1

²Ídem, p.6

“La caída de la nupcialidad y el ascenso de la tasa de divorcios ha causado una eclosión de nuevas formas de familia, tales como: familias unipersonales (de solteros, divorciados o viudos); monoparentales o matri-focales (madres sin pareja con hijos a su cargo, sean solteras o separadas); reconstituidas (parejas de segundas o ulteriores nupcias, a cargo de hijos procedentes de uniones anteriores); familias de cohabitantes, uniones informales de parejas sin legalizar, tengan o no hijos a su cargo”³.

De allí que sea más frecuente referirse a “las familias” en plural. Esta posición no significa que se está desvalorizando el papel de la familia, todo lo contrario, reconocer y aceptar las formas familiares no significa negar que la familia "constituye el primer nivel de integración social del individuo, su primera escuela, un lugar de desarrollo personal, transmisor de cultura y riqueza que ejerce importantes funciones."⁴

A pesar de que esta es la situación internacional, Cuba, sin estar ajena a la existencia de estas tipologías familiares, no ha considerado necesario hasta el momento variar su situación legislativa. Esto sucede así tanto en materia sustantiva como procesal, dejando en estado de indefensión las nuevas relaciones que se establecen en dichos núcleos familiares, que por su carácter *sui géneris* no deben sujetarse a las normas que rigen a la tradicional familia nuclear.

Ante estas constantes transformaciones en todos los órdenes de la sociedad contemporánea prima una diversidad de tipologías familiares de la que Cuba no escapa, al tiempo que se registra un incremento del nivel de divorcialidad, lo que trae consigo la necesidad de reensamblar o reconstituir la familia con nuevas uniones a las que en muchísimas ocasiones se traen niños de matrimonios o uniones anteriores, estas pueden tener un carácter consensual, o a través de nuevas nupcias, conformándose nuevos núcleos familiares de complejidad por la multiplicidad de vínculos que suponen.

³RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "Panorama general de la reforma del derecho de familia en el libro II del Cód. civil de Cataluña, en A.V. La familia del siglo XXI. Algunas novedades del libro II del Código civil de Cataluña", Barcelona, ed. Bosch, 2011, p. 20.

⁴SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María O., "Igualdad sexual y diversidad familiar. ¿La familia en crisis?", Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2010, p. 17.

Es evidente que por su propia configuración estas familias tienen una dinámica diferente con una estructura compleja formada por una multiplicidad de vínculos, adquieren una identidad propia, pero mucho más frágil que la de la familia tradicional, debido a las circunstancias en que se constituyen, germinando problemáticas desde diversas aristas donde existen imprecisiones en el desempeño de los roles de los nuevos miembros de la familia, de ahí la importancia de que el Derecho regule los fundamentales deberes, derechos y obligaciones de sus integrantes, siendo el objeto esencial de esta investigación el protagonismo que el progenitor afín, mal llamado “padrastra”, juega en ella.

Por esta causa se ha decidido realizar la investigación que se define como **Problema Científico**: ¿Cuáles son las pautas sustantivas que deben signar la concesión de la guarda y cuidado a favor de los progenitores afines en las familias ensambladas cubana?

Hipótesis: Las pautas sustantivas que rigen la concesión de la guarda y cuidado a favor de los progenitores afines en la familia ensamblada cubana son la convivencia estable de sus miembros así como la participación del progenitor no guardador ante la toma de decisiones, atendiendo todo ello a la aplicación de los principios del interés superior del niño, la socio afectividad y la autonomía de la voluntad familiar.

Se determina como **Objetivo general**: Fundamentar los presupuestos sustantivos que determinan la concesión de la guarda y cuidado a favor de los progenitores afines en la familia ensamblada cubana.

Y como **Objetivos Específicos** se plantean los siguientes:

1. Definir conceptualmente la familia ensamblada en la sociedad contemporánea haciendo un análisis desde la doctrina y la legislación foránea.
2. Determinar la tipicidad de la familia ensamblada en la sociedad cubana actual, los factores que la originan y su representatividad en la legislación vigente en Cuba
3. Fundamentar las pautas sustantivas que inciden en la concesión de la guarda y cuidado a favor de los progenitores afines en las familias ensambladas cubanas

Para cumplimentar lo objetivos de la investigación se utilizarán los siguientes métodos:

Método Jurídico de Análisis de Derecho Comparado: se empleó este método ya que era necesario estudiar, analizar e indagar en las legislaciones más avanzadas en el tratamiento de las familias ensambladas y las pautas sustantivas que siguen para conceder la guarda y cuidado a favor de los progenitores afines.

Método Exegético- Analítico: este método se utilizó en el análisis de diferentes normas jurídicas como el Código de Familia y la Constitución de la República de Cuba, realizando juicios de validez y vigencia, ayudando a comprender el alcance de estas normas y hasta dónde resuelven las dificultades de la sociedad actual.

Método Teórico-Jurídico: para el análisis crítico de las distintas posiciones doctrinales y legislativas existentes en torno a la conceptualización de la familia ensamblada y el progenitor afín; así como los efectos jurídicos que de ella se derivan definidos como en objetivos de investigación que nos ocupa.

Método Sociológico: se recurrió a este método porque se analizaron disposiciones del Código de Familia referentes a la Guarda y Cuidado y su interacción con la realidad social, sobre todo porque en dicha institución existen vacíos legislativos referentes por ejemplo, al cuidado de un tercero, teniendo los jueces que, mediante sus actuaciones, encargarse de elaborar respuestas a las insuficiencias jurídicas.

Análisis de Documentos: Se utilizó porque constituye una de las fuentes más efectivas en la recopilación de información a través del examen de materiales tanto en soporte digital como papel, variada literatura de especialistas del tema (como psicólogos, sociólogos, abogados, doctores) y revistas informativas, obteniendo información en cuanto a la familia ensamblada en Cuba, las condiciones principales que originan su surgimiento, la perspectiva de la sociedad contemporánea cubana del progenitor afín.

El proyecto de tesis se estructurará en dos capítulos:

Capítulo I: En el mismo se abordarán aspectos teóricos doctrinales sobre la familia contemporánea y en especial de la familia ensamblada, su tratamiento legislativo y jurisprudencial en diferentes países así como los aspectos psicosociales que condicionan la existencia de esta tipología familiar en nuestro país.

Capítulo II: Se tratarán aspectos de la responsabilidad parental como visión contemporánea de la patria potestad, todo esto para llegar a los presupuestos que facilitan la concesión de la guarda y cuidado a favor de los progenitores afines y cómo tratarlo en proceso judicial de naturaleza familiar asegurando una efectividad en su control.

Resultados Esperados:

Se pretende demostrar la existencia de la familia ensamblada en la sociedad contemporánea y en especial las condiciones que posee Cuba, que imponen la protección de las relaciones familiares que se originan en dicha tipología, tratando de sentar las pautas sustantivas necesarias que puedan facilitar la concesión de la guarda y cuidado a favor de los progenitores afines atendiendo al beneficio del menor y en virtud del proceso judicial de naturaleza familiar.

Capítulo 1: Familia Ensamblada.

1.1 Generalidades de la familia contemporánea:

Actualmente para hablar de familia, se debe partir de la premisa de que no existe un concepto universal e inequívoco, puesto que es una concepción que cambia con el tiempo y con el espacio, de manera vertiginosa y; como institución social, a pesar de los cambios producidos por los diferentes contextos y momentos históricos, se ha desarrollado en diversas etapas evolutivas y ha logrado sobrevivir porque cumple funciones que son insustituibles por otros grupos humanos, entre estas el afecto, la protección y la intimidad; por eso se dice que la familia constituye un núcleo de relaciones afectivas⁵.

La forma de existencia de la familia está condicionada por factores sociodemográficos, socioculturales, políticos, ideológicos, etc. En este sentido, cuando se habla de familia no es solo de tipologías, sino de configuraciones complejas que definen, además de la composición de la familia, su historia, contexto, formas de existencia⁶.

Por diferentes razones que van desde lo económico, pasando por social y cultural, los cubanos, como parte de nuestra identidad, tenemos un concepto amplio sobre qué personas son miembros de nuestra familia por lo que dar una definición de familia en Cuba pasa por una relación amplia de vínculos de consanguinidad, convivencia y afecto⁷.

La profesora MESA CASTILLO⁸ define la familia como: “un grupo de personas entre las que median relaciones económicas y sociales surgidas de una unión sexual duradera y del parentesco, en el seno del cual se da satisfacción a la propagación, desarrollo y conservación de la especie humana; se mantienen y educan los hijos sobre una base mediante una comprensión y colaboración mutua y se comparte la vida y los intereses comunes de toda la sociedad”.

⁵ARÉS MUZIO, Patricia, *La familia: Una mirada desde la Psicología...*, cit., p.3

⁶*Ibid.*, p. 14.

⁷*Ibid.*, p. 6.

⁸MESA CASTILLO, Olga, *Derecho de Familia*, módulo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p.10.

Así mismo, es necesario ver el concepto de familia como unidad de parentesco, coincidiendo con STOLCKE⁹, como el vínculo que se establece tanto por consanguinidad como por afinidad y que no puede ser reducido a la pareja conyugal ni a las relaciones de padres e hijos que viven juntos, sino que trasciende la fragmentación y delimitación de los grupos residenciales.

Hoy en día se puede observar una gran diversidad de familias; por eso, ya no es posible hablar de “la familia” sino de “las familias”, lo que constituyó un quiebre ineludible en la regulación de las relaciones de familia y una revolución jurídica en el plano infraconstitucional, el ir avanzando en el reconocimiento de derechos a las personas para que éstas se puedan desarrollar en diferentes formas de organización familiar, tomándose a modo de pilares o base estructural dos principios constitucionales-convencionales elementales: el primero es la igualdad y no discriminación y el segundo es la libertad y autonomía.¹⁰ Pasar del singular al plural, ha ocasionado la complejización de sus relaciones interiores. Esto no significa que las relaciones se complican sino que es necesario tener más conocimientos, destrezas y habilidades para que esta funcione adecuadamente¹¹.

Las organizaciones familiares han sufrido importantes variaciones en las últimas décadas; la disminución de la tasa de natalidad en los países más desarrollados, el crecimiento de las familias monoparentales, la incorporación de la mujer en las funciones laborales, el aumento de la tasa de divorcios, el retraso en la configuración de la pareja, han sido fenómenos que han contribuido al cambio de las pautas organizativas del núcleo familiar, como así también en lo que respecta a la planificación de los hijos debido al avance de los derechos sexuales y reproductivos, el desarrollo de la biotecnología y, en especial, de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante reproducción asistida o TRHA); la lucha por los derechos de ciertos grupos o actores sociales históricamente silenciados como las mujeres, los niños, los

⁹STOLCKE, Verena. “Racismo y sexualidad en la Cuba colonia”. Alianza Editorial, Madrid, 1992, p.35

¹⁰HERRERA, Marisa. “Panorama General del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”. Publicado en: Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial, Buenos Aires, 2014, p. 1

¹¹ARÉS MUZIO, Patricia, *La familia: Una mirada desde la Psicología...*, cit., p.14

adultos mayores, las personas con discapacidad o el grupo heterogéneo que se nuclea bajo las siglas LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transgénero, transexuales e intersexuales ha dado lugar a una crisis revolucionadora del ordenamiento jurídico y al surgimiento de nuevos tipos de familias que rompen con los esquemas tradicionales acostumbrados, como resultado del cambio social y de las transformaciones que indudablemente, terminan por modificar toda la vida social, que hasta el momento, se tenía estructurada¹².

Con la aparición de nuevos sistemas familiares, se modifica la estructura tradicional, aparecen nuevas formas de control social y emergen valores que sustituyen los roles y estereotipos familiares que no se adaptan al entorno social cambiante, surgen sujetos que se ubican al lado de los familiares que habitualmente se han ocupado del menor, lo que obliga a una redefinición de la figura de estos y su incidencia en la responsabilidad parental.¹³

La unión consensual o unión de hecho constituye la modalidad más frecuente de formación familiar, logrando incluso el reconocimiento legal en distintas legislaciones¹⁴ y si bien ha permeado en toda la sociedad, persisten

¹²VALDIVIA SÁNCHEZ, Carmen, "La familia: concepto, cambios y nuevos modelos," en *La Revue du Redif*, Universidad de Deusto, vol.1, 2008, pp.15-22, en www.redif.org, consultado 15 de febrero de 2015.

¹³Todo ello ha conllevado a pronunciamientos de carácter internacional atendiendo esencialmente a proteger a los menores, de ahí que el 15 de mayo del año 2003 en el Consejo de Europa fue aprobado el Convenio Europeo sobre relaciones personales concernientes a los niños, el que entró en vigor el día 1 de septiembre del año 2005 y prevé las relaciones personales de los niños con personas que considera sus familiares, más allá de sus padres. Con similar seguimiento se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva 17 del año 2002, en sus párrafos 69 y 70, cuando en el primero dispone que: *"el comité de derechos humanos de las naciones unidas se refirió a la titularidad de los derechos consagrados por los artículos 17 y 23 del pacto internacional de derechos civiles y políticos. es importante considerar el alcance que tiene el concepto de familia para radicar los deberes y facultades a los que hacemos referencia. La corte europea de derechos humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar 'no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio"*. y en el segundo que: *"la corte interamericana ha abordado el punto desde la perspectiva de los familiares de la víctima de violación de derechos. a este respecto, el tribunal estima que el término 'familiares' debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano"*.

¹⁴Disimiles son los cuerpos legales que incorporan a sus regulaciones el estatuto jurídico de las uniones de hecho, aunque cada uno de ellos le presten autonomía a la calificación de las mismas, referenciamos algunos tales como el Código Civil de Guatemala que lo regula en los artículos del 173 al 189, los artículos del 53 al 59 del Código de Familia de Panamá lo conceptualiza como matrimonio de hecho y muestra sus requisitos. En el caso de la República de Nicaragua, la Ley 870, Código de Familia, recoge lo relativo a la unión de hecho en los artículos del 83 al 92, lo mismo ocurre con el Código Civil de Paraguay en su capítulo X,

importantes diferencias entre quienes son más proclives a convivir sin formalizar matrimonio, en contraposición a quienes optan por casarse legalmente, con la consecuente pérdida para la familia nuclear del rol protagónico que siempre le ha reconocido la sociedad.

Así surgen nuevas estructuras familiares que asumen diferentes denominaciones según el rol que cada uno de sus miembros juega en el desarrollo de la misma, pues cambiadas, fracturadas y/o reconstituidas, las familias siempre serán el lugar donde se crían los humanos, donde se incorporan pautas de socialización y modos relacionales que luego son transferidos a los contextos sociales más amplios.

1.2 Concepto de la Familia Ensamblada:

La psicóloga ARÉS MUZIO explica que esta tipología familiar está constituida por una nueva unión con hijos de matrimonios anteriores e hijos en comunes. Se puede encontrar que ambos miembros de la pareja pueden aportar hijos de matrimonios antecesores y no tener hijos en comunes (pueden denominarse frecuentemente, simultáneas). Uno de los miembros de la pareja puede tener hijos y el otro no, (denominadas mixtas). Ambos tienen hijos de otros matrimonios pero pueden tener hijos en comunes (se les suele llamar reconstituidas)¹⁵.

GROSMAN Y MARTÍNEZ ALCORTA¹⁶ la definen como la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa.

En nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de familias ensambladas no se encuentra definido, y solamente se hace una breve referencia a esta tipología familiar en el artículo 33.1 del Código de Familia donde se regulan las cargas y

artículos del 217 al 224, y en el Código Civil y Comercial de Argentina se incorporan las uniones convivenciales en los artículos del 509 al 512.

¹⁵ARÉS MUZIO, Patricia, *La familia: Una mirada desde la Psicología...*, cit., p.13

¹⁶GROSMAN, Cecilia P., MARTÍNEZ ALCORTA, Irene. *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, p.35.

obligaciones que ocupa a la comunidad matrimonial a favor de los hijos comunes o de los que sean de uno solo de los cónyuges¹⁷.

Cada tipo de familia tiene retos y desafíos diferentes dado la índole de los problemas y obstáculos que deben enfrentar. Teniendo en cuenta los diferentes conflictos que pueden presentarse, uniendo la necesidad de propender el principio de igualdad jurídica, es necesario ofrecer regulaciones que contar con un panorama de soluciones atemperado a las necesidades cotidianas de nuestra sociedad.

1.2.1: Contextos que facilitan su origen:

Para poder comprender cómo funciona la familia ensamblada, los roles que desempeñan sus miembros así como el tratamiento que se da a nivel mundial y en nuestro país, es necesario comprender las circunstancias que motivan su surgimiento.

La idea de “familia ensamblada” se construye para designar familias que se erigen sobre la base de pérdidas y cambios como la viudez, la separación o el divorcio, que parten de un segundo matrimonio por lo que adquieren una dinámica diferente, lo cual inserta en sus vidas un nuevo ámbito de relaciones y lazos entre sus integrantes; con especial relevancia, entre el cónyuge o conviviente y los hijos del otro miembro de la pareja.

Las familias ensambladas existieron siempre; sin embargo lo novedoso es que ayer, resultaban de la viudez; en la actualidad, no solamente se produce a causa del fallecimiento de uno de los cónyuges sino principalmente como consecuencia de la ruptura conyugal por separación o divorcio.

La ruptura de las uniones o el fallecimiento de uno de los miembros de una pareja, generan cambios y pérdidas en el ámbito personal, familiar, social y económico, traducidos en fracasos afectivos, episodios de hostilidad, distanciamiento de la familia del otro, pérdidas de amigos que eran comunes de la pareja, dificultades económicas, en fin, surge inicialmente una etapa de

¹⁷Artículo 33.- Serán de cargo de la comunidad matrimonial de bienes:

1) el sostenimiento de la familia y los gastos en que se incurra en la educación y formación de los hijos comunes y de los que sean de uno solo de los cónyuges.

duelo visto como el proceso que sucede ante la pérdida de un miembro de la familia, donde los mayores afectados son los menores de edad o adolescentes que pertenecen a esta y que requieren de una superación total para lograr el éxito del ensamble posterior.

Estas circunstancias pueden crear en los eslabones más vulnerables de la familia, los niños, trastornos en su psicología, fundando en ocasiones sentimientos de culpa por el quiebre de la relación de sus padres, desencadenando desestabilización e inseguridades que hacen del decursar de un término prudencial de tiempo, una necesidad para que se recomponga el ambiente familiar así como la estabilidad emocional de sus miembros y bajo ese entorno se crean condiciones que facilitan el ensamble familiar posterior.

Es este el contexto que tiene como basamento esta nueva modalidad familiar conformada por el padre/madre con sus descendientes y la nueva pareja, sin que existan parámetros que posibiliten el éxito de la misma, dependiendo solo de la madurez y el interés que cada uno de sus miembros adultos le confiera a la nueva relación.

1.2.2 Roles familiares de los miembros de la Familia Ensamblada:

La familia “reconstituida” o “ensamblada” constituye una estructura en la que confluyen varios subsistemas familiares, en la medida que comprende los vínculos entre padres e hijos (aquel que detenta la guarda y el que no convive), la nueva pareja de cada uno de ellos, los hijos tenidos en la nueva unión, las respectivas familias de origen, etc...¹⁸ por lo que por su configuración estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida¹⁹. Sin embargo estas familias cumplen funciones comunes a otros entornos íntimos: socialización de los hijos y sostén material y afectivo de sus componentes.

¹⁸CONSTANZA STREET, María, *“Las Familias Ensambladas En La Argentina Hacia El Año 2001.Des-Cubriendo Los “Tuyos, Los Míos Y Los Nuestros”*, Buenos Aires, 2001 p. 2.

¹⁹ARÉS MUZIO, Patricia, *La familia: Una mirada desde la Psicología...*, cit., p.13

El Código Civil y Comercial de Nación de Argentina, define como “progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”²⁰, designación que viene a jugar un rol trascendental en la configuración de esta tipología familiar; además de que implica el reconocimiento social y propicia integración al entorno familiar, cobrando un profundo significado en la edificación de las relaciones.

Los parientes por afinidad, han tenido diversas denominaciones (madrastas, padrastros, hijastros, la mujer de mi papá, el marido de mi mamá, el hijo de mi pareja) que han sido superadas y caído en desuso en virtud de que diversos estudios realizados por psicólogos infantiles determinaron que el uso de dichas "denominaciones" afectaba psicológicamente al niño o adolescente y, en consecuencia, amedrentaba la identidad y las relaciones internas de estos respecto a su familia reconstituida, generando sentimientos contrarios al afecto y al amor que debían reinar en el seno familiar y en el hogar²¹.

La terminación astro/astra significa “persona que cuida al huérfano”; sin embargo en los cuentos tradicionales y de hadas, los padrastros y madrastras siempre eran “los villanos”, dando lugar a que estos apelativos tengan una fuerte carga negativa que perturba el desarrollo, la tranquilidad y el afecto familiar y, por ende, las relaciones familiares y el ambiente en el que viven los niños²².

Ciertamente ser padrastro o madrastra es una tarea poco clara y bastante difícil, las dudas e incertidumbres constituyen la principal dificultad en estas familias.

No existen lineamientos institucionales para que los progenitores afines legitimen sus acciones, lo que obstaculiza la participación y responsabilidad del cónyuge o conviviente en el cuidado de los hijos propios del otro integrante de la pareja. Tampoco los terceros saben cómo actuar, por ejemplo, las autoridades del colegio pueden dudar si invitan al cónyuge o pareja de la madre a la reunión de padres aun cuando observan que esta persona se

²⁰ Vid Artículo 672 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

²¹ GROSMAN P, Cecilia, MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, “Familias Ensambladas”, Buenos Aires, 2000, p. 65.

²² Ídem, p. 65

preocupa por el niño o vacilan en llamarlo ante la ausencia del progenitor, frente a problemas relacionados con la conducta del niño²³.

Es irrefutable que la función de cuidado y educación de un hijo, es la misión cardinal de un padre; no obstante, en determinadas circunstancias, bastantes habituales, existen parientes o personas de confianza que asumen algunas tareas en pos de auxiliar a los progenitores, sin que esto implique el desalojo de la figura materna o paterna ni su sustitución.

Una de las antropólogas más renombradas de España, RIVAS RIVAS²⁴, asevera acertadamente que "si el rol de padre/madre es un rol socialmente asignado a aquellas personas que se responsabilizan de cumplir las tareas de parentalidad necesarias para el desarrollo pleno y el bienestar de los niños, no tenemos por qué dar por supuesto ni por evidente que los progenitores han de asumir estas funciones, ni tampoco tenemos por qué desechar la idea de que otras personas no vinculadas biológicamente con los niños puedan asumirlas, como es el caso de las nuevas parejas de los progenitores, el padrastro y la madrastra. Lo que nos lleva a preguntarnos: ¿de qué depende entonces ser reconocido como padre/madre?, ¿qué es un padrastro o una madrastra?, ¿pueden estos últimos ejercer las funciones parentales sólo en los casos que los progenitores renuncien al ejercicio de la parentalidad o pueden compartirlas con los progenitores que no lo renuncian, dando lugar a situaciones de pluriparentalidad?

Es imposible encuadrar un modelo de padre o madre afín pues existen múltiples factores que inciden en la conformación de la modalidad familiar, en tanto si bien cada Estado asume una determinada postura en cuanto al lugar que estos ocupan dentro de la modalidad familiar en estudio, sí es coincidente que en todos los sistemas jurídicos existen dificultades para ubicarlo jurídicamente, teniendo en cuenta sus fundamentos tradicionales, lo que origina una diversidad de alternativas donde es primordial velar por las nuevas relaciones que estas generan.

El progenitor afín sería una figura que complementa la función en beneficio de los hijos, un colaborador, apoyaría al padre en las funciones parentales

²³ *Ibid.*, p.65

²⁴ RIVAS RIVAS, Ana María, "El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas", *Portularia*, vol. XII, n. 2, p. 29.

concernientes a la crianza y la formación del niño, que puede incluir acompañarlo al médico, asistirlo en las tareas escolares o realizar cualquier acto en socorro al menor; por lo que no afecta los derechos y deberes de los padres ni usurpa sus respectivos lugares.

El ejercicio del rol significa la máxima cooperación y coordinación de esfuerzos con el padre conviviente. Esta decisión implica una relación más profunda con el hijo afín y, a la vez, un compromiso mayor porque requiere una voluntad conjunta y puntos de vista comunes acerca de la crianza y educación. Además, el progenitor debe estar dispuesto a compartir la función, lo cual representa aceptar cierto control y límites en sus acciones.

En las legislaciones cubanas no se hace referencia al rol que debe desarrollar los progenitores afines en el núcleo familiar ensamblado; por lo que tampoco están regulados los deberes que deben asumir con respecto a los restantes integrantes de la familia, con especial atención a los hijos de su pareja, con los que en disímiles ocasiones comparten el mismo techo; por lo que es necesario su expresa regulación para fortalecer el nexo que se genera entre quien se encuentra casado o conviviendo con una persona y sus hijos de una unión anterior.

El elemento configurante de este tipo familiar es la obligatoria existencia de un hijo de unión anterior, de uno o ambos de los miembros de esta familia, y a partir de ellos surgen distintas configuraciones atendiendo a las variables género y estado conyugal de los miembros del nuevo matrimonio o unión, y al carácter de convivientes o no de los hijos de estos así como a los hijos comunes que nazcan de ellas²⁵.

En virtud de lo antes expuesto se constituyen elementos que son inalterables dentro de la familia ensamblada, tales como: la unión progenitor-hijo que precede la nueva unidad marital, el nuevo cónyuge o pareja de hecho que está llamado a asumir el rol de progenitor afín, de ahí que coexistan dos familias con sus culturas propias, y en torno a ellas se organiza un nuevo sistema de relaciones, roles, deberes, estatus, reglas, vínculos, para configurar con éxito la familia ensamblada²⁶.

²⁵ *Apud*, GROSMAN, C.P e I. MARTÍNEZ ALCORTA, Familias ensambladas..., cit., pp.64-66

²⁶ Considera RIVERO que no basta que haya un padrastro (situación y calificativo que se da por el mero matrimonio o pareja con el progenitor) para que se dé la relación jurídica, sino que es

De igual manera giran alrededor de este sistema familiar nuevos lazos de parentesco, de ahí que siguiendo a JOCILES RUBIO y VILLAMIL PÉREZ, en esos procesos de construcción/deconstrucción de la paternidad/maternidad, pueden tener una incidencia fundamental las prácticas de otros miembros de esas constelaciones familiares, tales como los padres o hermanos de los distintos cónyuges/parejas que las integran, evidenciándose que se incorporan parientes afines que pueden desempeñar papeles trascendentales en la crianza de estos menores, siendo la complejidad y la diversidad que surgen con estas uniones razones que impulsan a proteger social y legalmente las mismas ²⁷.

En estas familias existe una estructura muy compleja con una multiplicidad de enlaces y una vaguedad en los papeles que deben desempeñar sus integrantes, fundamentalmente en la relación entre los cónyuges y los hijos propios del otro miembro de la pareja. Son núcleos donde conviven o circulan niños y adolescentes de diferentes uniones que conforman una red de sustento emocional y material que debe ser apoyada por una plataforma normativa²⁸.

Son los adultos los que asumen responsabilidades y tienen la obligación de cultivar el amor hacia los menores de edad descendientes de su pareja, enseñándolos a convivir con respeto mutuo, ya sea con sus hermanos consanguíneos o de convivencia, pues aunque estas cargas no están debidamente regladas en el orden legal, surgen por la dinámica de la convivencia diaria y esto les permite crecer en un ambiente equilibrado²⁹.

Todas las personas que integran este tipo de familia tienen la obligación de tolerar las diferencias y ofrecer las virtudes de sus miembros, ya sean, la solvencia económica, el humor, la tranquilidad, la disponibilidad para el diálogo o lo que sea que se aporte a favor de todos los miembros de esta complejidad familiar.

imprescindible que conviva con el hijo de su cónyuge o compañero(a) En: RIVERO, Francisco, "De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y la madrastra", *Revista del magíster y doctorado en Derecho*, No.4, 2011, p. 167. Coincide la autora con esta afirmación, apreciando que con ello se demuestra la existencia de una fórmula matemática donde la condición de progenitor afín se adquiere cuando el padrastro/madrastra convive establemente con el menor y su madre/padre guardador.

²⁷En la familia cubana es muy común encontrar familiares consanguíneos del progenitor afín que asumen las responsabilidades de crianza, afecto y cuidado del hijo afín de este, llegando a solidificar los vínculos al extremo de ser considerados socialmente como parientes.

²⁸Grosman P, Cecilia. "*Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la Reforma del Código Civi.*", Buenos Aires, p.93

²⁹GOLDBERG, Beatriz, *Tuyos, míos, nuestros, Cómo rearmar y disfrutar la familia después del divorcio*, Editorial Grijalbo, Buenos Aires, 2000, p.29.

1.2.3 Tratamiento legislativo y jurisprudencial en la legislación foránea:

Es un hecho que la proliferación de las familias ensambladas es un fenómeno que a nivel mundial se ha desarrollado de forma acelerada; sin embargo su insuficiente regulación es una demostración de la fluctuación de los Estados en cuanto al tratamiento de este fenómeno sociológico y de la dificultad a la hora de romper con los paradigmas del modelo de familia nuclear que históricamente ha prelado y, a su vez, de ofrecer seguridad legal a los miembros de la familia que constituyen el objeto de estudio de este trabajo.

Cada Estado adopta su propia respuesta a la cuestión del lugar que puede ocupar el padrastro en una familia recompuesta, todos los sistemas jurídicos encuentran dificultades a la hora de organizar jurídicamente, sobre la base de sus fundamentos tradicionales, las nuevas relaciones que estas segundas familias originan³⁰.

La presidenta Christina FERNÁNDEZ³¹ en el discurso de presentación del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de Argentina expresó:

“Estamos viviendo en el siglo XXI. Con eso solo estaríamos significando claramente la necesidad de adecuar a los tiempos que corren en las relaciones humanas (...) Nosotros somos la Generación del Bicentenario, los que tenemos la obligación de superar todas las diferencias, lo que no significa pensar igual; sino superar las diferencias que nos impidan avanzar, porque cuando las diferencias impiden avanzar, dejan de ser diferencias para convertirse en obstáculos y en empecinamiento de un lado o del otro”.

Ciertamente el nuevo Código argentino es una de las legislaciones más avanzadas en el continente latinoamericano convirtiéndose en un paradigma y ejemplo. Dentro de sus regulaciones vanguardias se encuentra las relacionadas con los padres afines, término que reemplazó al tradicional “padrastro”, concluyendo con el viejo discurso de antipatía y aborrecimiento que viene incluido en ese vocablo y proporcionándole la importancia merecida, como anteriormente se anunció. El Código de la Nación, delimitó cabalmente el

³⁰RUIZ-RICO RUIZ y José M., GARCÍA ALGUACIL, María J., *La representación legal de menores e incapaces: contenido y límites de la actividad representativa*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2004, p.174.

³¹Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Extracto del discurso de presentación del Anteproyecto del Código Civil y Comercial Unificado. Museo del Bicentenario, Casa Rosada. Buenos Aires, 27 de Marzo de 2012.

ámbito de ejercicio de la función parental a su cargo, estableciendo entre padres e hijos afines el parentesco por afinidad.

Entre sus deberes le viene otorgado la cooperación y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia así como también, cuando el progenitor no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental y en caso de divergencias remanece la decisión del progenitor. Esta delegación requiere la homologación judicial.³²

El rol complementario del padre o madre afín se apoya en la pluripaternidad jerarquizada, que adhiere a un modelo de duplicación de las funciones parentales, en el que estas son compartidas entre los progenitores titulares de la responsabilidad parental y el padre o madre afín, aunque instaurándose una regla de prioridad en favor de los primeros, dado que de la lectura del artículo 673 se desprende que en caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor³³.

Es meritorio señalar que la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y el ejercicio conjunto entre el progenitor y su pareja, responden a un modelo de sustitución de las funciones parentales, desde que el progenitor afín, en lugar de desempeñar una limitada autoridad doméstica de cooperación, ingresa directamente al ejercicio de la responsabilidad parental que incumbe a uno o ambos progenitores titulares.

³² Vid. ARTÍCULOS del 672 al 676 sobre deberes y derechos de los progenitores e hijos afines incorporados al Título VII sobre responsabilidad parental del Código Civil y Comercial de Argentina.

³³ La prevalencia del criterio del progenitor viene dada precisamente por su carácter de titular de la responsabilidad parental, sin embargo, en consideración de la autora la supremacía del interés superior del niño visto como la garantía de la protección de este ante cualquier situación que pudiera perjudicarlo o poner en peligro su bienestar debe prevalecer ante la obligación de decidir sobre su bienestar. En tal sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la supramentada Opinión Consultiva No. 17 de agosto de 2002 ha señalado que el niño tiene los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos, más un “plus” de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo, y en tal sentido dispone que los niños no deben ser considerados objeto de protección segregativa, sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo.

En la República Oriental de Uruguay se promulgó el Código de la Niñez y la Adolescencia, donde se establecen preceptos de avanzada como en otros países latinoamericanos que no han dudado en establecer el Interés Superior del Niño (a) y los Adolescentes como piedra angular en sus legislaciones para su máxima protección.

Aunque esta legislación no asume con total precisión el reconocimiento de la tipología familiar en estudio, en su artículo 36 que regula la Tenencia por Terceros, el progenitor afín es considerado como uno y puede solicitar la tenencia de un niño o adolescente, siempre que tenga como finalidad el interés superior de éste. Con respecto a las personas que están obligadas a prestar alimentos, existe un orden de prelación para el caso de que exista imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario por parte de los padres u adoptantes y, en segundo lugar, aparece el cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario. Aquí se pone de manifiesto el deber del padre afín, sea por una unión matrimonial formalizada o no, como una de las personas obligadas por ley a proporcionarles alimentos a los hijos de su pareja si conviven con ellos aunque no sean fruto de esa relación.

En Perú se han realizado estudios de naturaleza familiar que demuestran la preponderancia de la familia ensamblada³⁴ y aunque existe carencia de

³⁴CUZMA CÁCERES, Gissele, *Familias Ensambladas*, 1era edición, Guy editores E.I.R.L. Lima, 2013,..., cit., REYNA URQUIZA, Henry A., *Familias Ensambladas: Su problemática jurídica en el Perú*, consultada en <http://halanreyna.blogspot.com/2013/03/familias-ensambladas-suproblematika.html>, el día 6 de abril del 2016, FERRANDO, Gilda. "*Familias recompuestas y padres nuevos*", en: Revista Derecho y Sociedad. N.º 28, Lima, 2007, Año XVIII, ARELLANO RODRÍGUEZ, Perla Lucía, "La categoría jurídica del hijo afín a la luz del nuevo modelo de familia en el ordenamiento jurídico peruano", Revista de Investigación Jurídica, IUS, Año IV N° 08, agosto - diciembre 2014, GONZÁLEZ LUNA, María Alejandra, "*Los retos del Derecho ante las nuevas formas de familia*", Comentarios a la Jurisprudencia, Palestra del Tribunal Constitucional, Año 3, No. 03, , Lima, Año 2008, GONZÁLEZ LUNA, María Alejandra, El Tribunal Constitucional y las nuevas formas de familia, consultado en <http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2008/febrero/14/tc.htm>, en fecha 25 de noviembre del 2015, VEGA MERE, Yuri, La Familia por venir, entre lo público y lo privado, entre la tradición y la modernidad (o postmodernidad) en Las nuevas fronteras del Derecho de Familia, 2da edición, Colegio de Abogados de La Libertad, 2005, VEGA MERE, Yuri, "*La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho*", en Jus Constitucional, Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editorial Grizley, No. 06 Lima, junio 2008, o en Jurisprudencia Casatoria, Motivensa, Derecho Civil y procesal civil, tomo III, Lima, 2009, PLÁCIDO, Alex, "*Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio*" en AA.VV, La constitución comentada, Gaceta Judicial, Lima 2005, PLÁCIDO, Alex, "Familia, matrimonio, convivencia y constitución", en Jus Constitucional, Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editorial Grizley, No. 06 Lima, junio 2008, ESQUIBEL AGUILAR, José K., "*La necesidad de un marco legal sobre los hijos afines menores de edad dentro de una familia ensamblada en el*

legislaciones, el Tribunal Constitucional de Perú admitió una demanda de amparo promovida por un progenitor afín contra una asociación civil que denegó la extensión de un carnet de familiar a la hija de su cónyuge, argumentando que, si bien la situación jurídica del hijastro no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico de forma explícita, ni tampoco ha sido recogida por la jurisprudencia peruana, en definitiva "el hijastro forma parte de la nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado"³⁵.

Según la jurisprudencia constitucional, en Colombia, se admite la existencia de la diversidad familiar donde se incluyen las familias ensambladas³⁶, realizando pronunciamientos que protegen profundamente los intereses de los hijos afines³⁷, sin embargo, no existe ninguna regulación expresa que sistematice los deberes, derechos y obligaciones de los miembros de la familia ensamblada.

Perú, Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Escuela Profesional de Derecho, Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo-Perú, 2017.

³⁵Tribunal Constitucional, Perú, Sala 1ª, 30/11/2007, EXP. N.º 09332-2006-PA/TC, Consultado en la página web de la Asociación. <www.centronaval.org.pe/estatus.html>

³⁶ En Sentencia C-271 de 2003 y C-577 de 2011 la Corte ha dicho que se entiende por familia, "aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos". Igualmente en sentencias T-572 de 2009 y C-577 de 2011 dicho órgano ha afirmado que la protección a los diferentes tipos de familia debe ser entendida en concordancia con el principio del pluralismo, por lo que no es plausible identificar a la familia únicamente como aquella institución surgida con el carácter de familia nuclear.

³⁷ Colombia en el expediente T-4.534.989 de fecha 18 de febrero del año 2015 que ratificó la Sentencia de 16 de junio del 2014 dictada por el Juzgado 13 Civil Municipal de Bogotá D.C que tuteló los intereses del menor que convive en familia ensamblada y considera que por esa razón debe recibir los beneficios que recibe el progenitor afín como trabajador sobre auxilios de guardería y primaria, pues aunque este no es su hijo biológico, lo es de su pareja y convive con ellos desde hace más de 5 años, ejerciendo sobre el menor actos de protección y cuidado, conformando de esta manera, entre los tres una familia. En Sentencia T-586 de 1999, estudió un caso en el cual la Caja de Compensación de FENALCO del Tolima "Comfenalco" se negó a reconocer el pago del subsidio familiar a Malka, menor de edad, quien era hija biológica del actor, el cual vivía en unión libre con su compañera permanente, y conformaban entre los tres una familia. En esa oportunidad se concedió la protección constitucional y se ordenó reconocer y pagar el subsidio familiar en dinero. Pronunciamientos similares encontramos en las Sentencias T-403 de 2011 y T-606 de 2013 que favorecen el derecho de igualdad entre los hijos biológicos, adoptados y aportados, este último, son los que identificamos como hijos afines.

En el continente europeo, específicamente en Alemania, desde que se promulgó la ley del 16 de febrero de 2001, donde se pone fin a la discriminación respecto a uniones homosexuales, se consiente que la pareja del padre, teniendo este el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental, tome conjuntamente las medidas necesarias para la protección del menor. Aunque el código no reconoce propiamente a las familias ensambladas, sí regula determinados derechos entre padres e hijos afines, los que no tienen específicamente esta denominación, sino el cónyuge del padre/madre e hijo del cónyuge; lo que de cierta forma mantiene la distancia en la relación entre estos. El artículo 1682 que expresa que cuando el menor de edad ha vivido largo tiempo en un hogar con su padre/madre afín y su padre/madre biológico (ejerciendo la autoridad parental unilateralmente por estar el otro progenitor biológico fallecido o privado de esta), si ocurriera una separación entre ellos, la corte familiar puede ordenar que el hijo permanezca con su progenitor afín, si fuera perjudicial para él la separación y si el interés superior del menor lo aconseja. También aplica esta regla si no están casados y conforman una unión de hecho. Por su parte, el artículo el 1687-b, regula la guarda y custodia de los hijos menores llevada a cabo por un padre/madre afín, y establece que el cónyuge del padre que ostenta la autoridad parental, ejerce junto a este las decisiones en la vida cotidiana del niño y que en caso de peligro inminente tiene el deber de protegerlo, actuando de acuerdo al mejor interés del menor, informando de sus decisiones a los padres inmediatamente.

Es necesario enfatizar en la idea de que en todos los países que se regula cualquier decisión que se tome con relación a los progenitores afines se realiza bajo el principio de interés superior del niño. Con respecto a la familia ensamblada, el ejercicio de la guarda de los padres/madres afines se ejercita de manera subsidiaria, manteniendo los progenitores los deberes inherentes a la patria potestad o autoridad parental, siendo este último término el más utilizado actualmente.

1.3 Familia Ensamblada en Cuba:

1.3.1 Antecedentes legales en la Familia Ensamblada:

El Código Civil español de 1889, constituye el primer vestigio de regulación de las familias ensambladas en Cuba, el que se hizo extensivo en nuestro país gracias al Real Decreto de 31 de julio del mismo año y entró en vigor luego de tres meses de promulgado y ratificada su vigencia en virtud de la Transitoria Séptima de la Constitución del año 1901.³⁸

Esta disposición legal consiente la existencia de la familia ensamblada al sujetar a reserva³⁹ a favor de los hijos así como de los descendientes del primer matrimonio, los bienes que el viudo o viuda adquirió de éste por vía sucesoria, contrato de donación o cualquier otro título lucrativo⁴⁰, y de igual manera, los adquiridos de los hijos de su primer matrimonio o de los parientes del difunto en virtud de este⁴¹, hechos que estaban encaminados a la protección patrimonial de la descendencia⁴², resguardándolos de este ajeno que podría llegar a sus vidas calculando el patrimonio que podría tributar su nueva relación.

Este Código Civil, también sentó las bases para la existencia de esta modalidad de familia cuando establece la pérdida de la patria potestad profesada por la madre sobre sus hijos si contrae segundas nupcias salvo que lo haya admitido el padre en disposición testamentaria⁴³, asimismo en los casos de tutela testamentaria si tiene a su abrigo un hijo menor o mayor

³⁸ Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B, "Tras las huellas del legislador del Código Civil de los cubanos", en MATILLA CORREA, Andry, Estudios sobre Historia del Derecho en Cuba, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2009, pp. 233-234.

³⁹ Según Sentencia 00019 del año 2017 dictada por la Audiencia Provincial Sección número 5 de Palma de Mallorca la STS de 17 de junio de 1967 considera la reserva "como una variedad, de características propias, de las limitaciones de la autonomía de la voluntad en las sucesiones mortis causa, o sea, de aquéllas en las que el legislador ha señalado un orden de suceder de obligado acatamiento, de tipo de las legítimas, aunque diferenciada de ellas, porque su contenido no se marca por una cuota de parte, sino que se concreta a determinado bienes, teñidos por su origen y cuya calidad de reservables depende de una complejidad de circunstancias". Así pues, la reserva constituye una limitación a la libre disposición por causa de muerte con fundamento en la protección de los hijos y en la conservación del orden regular de las transmisiones, que hará que los bienes permanezcan en la familia y el legislador entiende que ello coincide con la voluntad del cónyuge premuerto..."

⁴⁰ Vid. Artículo 968 del derogado Código Civil español de 1889.

⁴¹ Vid. Artículo 969 del derogado Código Civil español de 1889.

⁴² Vid. Artículo 971 del derogado Código Civil español de 1889

⁴³ Vid. artículo 168 del derogado Código Civil español de 1889

incapacitado de su primer matrimonio no puede ejercerla al contraer el segundo salvo que sea aprobado por el Consejo Familiar⁴⁴.

Estos fundamentos legales, que reconocen la posible existencia de las familias ensambladas desde hace más de un siglo, tienen sus orígenes en la colonia, aunque lo que lo diferencia de la actualidad es que, anteriormente, su razón de origen era la viudez que resultaba del fallecimiento del cónyuge y hoy, además de la muerte, lo que prevalece es la separación o divorcio.

1.3.2 Factores psicosociales que condicionan la existencia de la Familia ensamblada cubana:

La socióloga Reina FLEITAS⁴⁵ destaca que por mucho tiempo se propagó la idea de la crisis y desaparición de la familia, inferidas de los cambios estructurales y funcionales que se produjeron en la sociedad y en la institución familiar con el advenimiento de la modernidad. Existen cambios a nivel mundial que remueven los conceptos ancestrales de la familia y Cuba, no vive al margen de estos acontecimientos. Dentro de los factores que más incidencia tienen en la sociedad cubana actual son los que se tratarán a continuación:

a) Empoderamiento de la mujer:

El artículo 44 de nuestra Constitución⁴⁶ refrenda que el hombre y la mujer gozan de iguales derechos en lo económico, político, social y familiar y preceptúa el deber del estado de garantizarle tales derechos. También en el Código de Familia⁴⁷ se expresa la igualdad absoluta de los cónyuges en el matrimonio. Todo esto ha llevado, junto con el tratamiento diferenciador que le ha concedido el proceso revolucionario, a que las mujeres cubanas sean el artífice de su propia vida, que tengan la posibilidad real de imponerse, satisfacer sus intereses y ser la promotora de su desarrollo y enriquecimiento personal.

⁴⁴ Vid. Artículo 206 del derogado Código Civil español de 1889.

⁴⁵ FLEITAS, Reina, "El pensamiento sociológico sobre la familia, el parentesco y el matrimonio" en Ana Vera Estrada (comp.) *La Familia y las Ciencias Sociales* La Habana: Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, 2003, p.64.

⁴⁶ Vid. Artículo 44 de la Constitución de la República de Cuba.

⁴⁷ Vid. Artículo 24 del Código de Familia de Cuba.

La masiva incorporación de la mujer al trabajo en tan corto período de tiempo provocó cambios a nivel social, y sobre todo, a nivel familiar; modificó el sistema de relaciones intrafamiliares y la conformación de los roles masculino y femenino. Económicamente la mujer adquirió independencia y, por tanto, también seguridad para la toma de decisiones al interior del hogar, ocupó un rol más protagónico y también se vio fortalecida para orientar el futuro de su relación de pareja en caso de disolución. Su nivel de autonomía se revierte también en mejores ingresos y en mejoría de las condiciones de vida familiares.

Actualmente la mayoría de las mujeres cubanas tienen su propia autonomía e ingresos, que van desde el salario hasta las remesas familiares. Las mujeres ya no ven el matrimonio como modo de vida para que las mantengan, han ganado en independencia, en autoestima, en planes de vida propios y maternidad independiente en algunos casos⁴⁸.

Las estadísticas realizadas⁴⁹, demostraron que en el año 2015, las mujeres graduadas de la educación superior representaron el 60.3 por cien, por su parte los hombres ascendían a 39.7 por cien. El porcentaje de mujeres ocupadas profesional y técnicamente era del 66,3, mientras que los hombres sumaban 33,7 por cien, siendo dirigentes el 47.2⁵⁰ por cien de las mujeres, y el 52.8 por cien son hombres, y se prevé que el 53.22 por cien de los diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular en las elecciones del año en curso serán mujeres⁵¹.

Independientemente de los resultados alcanzados, siguen existiendo brechas de géneros y retos, a los que las mujeres cubanas se enfrentarán con sabiduría y perspicacia y que les brindará la oportunidad de asumir nuevos roles en la familia ensamblada.

b) Valoración de temporalidad del matrimonio y la unión de hecho:

⁴⁸FERNÁNDEZ RUIS, Lourdes E., “*La familia: retos de hoy*”, Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores en <http://www.dilemascontemporaneoseducacionpoliticayvalores.com>, p.11

⁴⁹ Anuario estadístico de Cuba 2015, edición 2016, publicado por la Oficina Nacional de Estadísticas. Consultado en: www.one.cu, el 15 de marzo de 2017.

⁵⁰*Ídem.*

⁵¹ *Ibíd.*

La familia en Cuba se conforma aunque no medie un vínculo legal pues se reconocen socialmente con igualdad de condiciones las uniones libres y las legales. De este modo, conviven hijos de matrimonios anteriores creándose situaciones bastante complejas.

En el llamado período especial, los matrimonios se formalizaban con el objetivo de obtener determinados beneficios que solo se obtenían bajo la condición de cónyuges. Esto conllevó que la esencia del matrimonio se desvirtuara y que los cubanos comenzaran a considerar como una mejor opción las uniones convivenciales o de hecho, máxime cuando la legislación familiar vigente concede la oportunidad de reconocer judicialmente las uniones matrimoniales no formalizadas al ocurrir la separación de la pareja o por el fallecimiento de uno de sus miembros si se tipifican los requisitos legales para ello⁵², proceso que evidentemente tiene un carácter patrimonial.

En la actualidad, cerca del 35 por ciento de la población cubana es casada, y existe una alta tasa de uniones consensuales, pero el promedio de duración marital es solo de 10 a 15 años. Esta es la otra arista del patrón de nupcialidad: el incremento de la divorcialidad.⁵³

c) Intensificación del flujo migratorio:

El fenómeno migratorio, reconocido como uno de los problemas globales más graves, es una de los acontecimientos que más inciden en la familia cubana actual.

En Cuba, se estima que la cifra general de personas emigradas en Cuba oscila entre 1,600 000 y 1,700 000 con una alta concentración regional en Norte América (81%) y con los mayores asentamientos en Estados Unidos, España, Venezuela y México⁵⁴.

No es un secreto para nadie que en las últimas décadas, emigrar ha sido para la familia cubana una salida, (y un deseo) para afrontar las presiones del diario

⁵² Vid. ARTÍCULO 18 del Código de Familia de Cuba.

⁵³ FERNÁNDEZ RUIZ, Lourdes E., "La familia: retos de hoy", Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores Consultado en: <http://www.dilemascontemporaneoseducacionpoliticayvalores.com>, p.10

⁵⁴ AJA DÍAZ, Antonio: "Cuba: país de emigración a inicios del siglo XXI", Anuario Digital CEMI, Universidad de La Habana, 2006, e n: <http://www.uh.cu/centros/cemi/index.htm>

por la crisis y los problemas económicos, y no tanto como en los primeros años de revolución que era por concepciones políticas e ideológicas; sin embargo esto no deja de crear otros problemas en otras aristas de la familia, como lo es, la des-estructuración de la vida cotidiana que origina la desintegración familiar la separación y la demanda de nuevas estructuraciones y relaciones vinculares que permitan nuevos equilibrios en la cotidianidad, lo cual significa nuevas formas de socialización y reintegración de las familias en sus prácticas habituales⁵⁵.

Una de cada tres familias sufre crisis de desorganización, pero la más alta cifra son las crisis de desmembramiento, ocurridas por el divorcio y las salidas del país de algún miembro.

d) Elevado índice de divorcialidad:

El divorcio fue establecido oficialmente en Cuba en 1917 con tasas ínfimas de 0,41 divorcios por mil habitantes en 1955, que se disparan en 1983 para una de 64 divorcios por cada 100 matrimonios en 2009, la más alta de América Latina. Ello conduce a constituir familias más pequeñas, donde solo está presente uno de los padres, generalmente la madre, con sus hijos a cargo⁵⁶.

Estudios demográficos publicados en el año 2016 demuestran que en el año 2015 de un total de 61902 matrimonios⁵⁷ formalizados se disolvieron 33174⁵⁸, de ellos la tasa de divorcio más alta ocurre en matrimonios que han tenido 15 o más años de duración, que ascienden a 10954⁵⁹, cifra que evidencia la inestabilidad de los vínculos junto a una mayor autenticidad y autonomía en el amor, cierta fragilidad de las parejas de hoy; así como que por el tiempo de duración se presume la existencia de descendencia.

Hoy deja de concebirse el divorcio como asunto traumático y aunque las separaciones se incrementan, también lo hace el número de personas que deciden volver a casarse o a unirse luego de un primer y hasta de un segundo

⁵⁵FERNÁNDEZ RUIS, Lourdes E., "La familia: retos de hoy", edición 2013, No.1, publicado en Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores. Consultado en: <http://www.dilemascontemporaneoseducacionpoliticayvalores.com>, p. 15

⁵⁶*Ídem*, p.11

⁵⁷*Anuario estadístico de Cuba 2015*, edición 2016, cit.

⁵⁸*Ídem*.

⁵⁹*Íbíd.*

rompimiento. Quienes se divorcian, por lo general, no mantienen su soltería sino que se enfrascan en nuevas relaciones e incluso retoman el matrimonio.

El divorcio no es linealmente perjudicial a la educación de los hijos pues no necesariamente supone la extinción de la familia, sino un cambio cualitativo, un reordenamiento y redimensión de las relaciones afectivas lo cual, con una perspectiva de género inclusiva, promovería relaciones equitativas de colaboración, implicación y participación de ambos padres en la educación y entrega de afecto a los hijos⁶⁰.

e) Pérdida de valores familiares:

Las familias cubanas no viven enajenadas de los ademanes del mundo globalizado y la imposición de la cultura occidental, con su modelo consumista de vida. A esto se le agrega la crisis económica que el país atraviesa desde 1989, luego del derrumbe del campo socialista, lo que dio al traste a la estrategia de desarrollo económico prevista para ese entonces, el recrudecimiento del bloqueo económico unido a factores de insolvencia económica de la propia sociedad cubana.

A estas dificultades el gobierno cubano tuvo que darle frente y desplegar diversas reformas en todas las índoles, económicas, legales, políticas y sociales; dentro de las que se pueden resaltar: la autorización del capital extranjero y de nuevas tecnologías en la ciencia y la investigación, la despenalización de la tenencia de divisas y el crecimiento y regulación del trabajo por cuenta propia.

Todo ello se ha acompañado de un alto costo y un gran impacto en el tejido social, por lo abrupto, inesperado y diferente de la nueva realidad no inscrita hasta ese momento en el imaginario social vigente⁶¹.

Las alternativas de solución para la crisis tuvieron un impacto directo en la familia cubana, produciendo un efecto diferenciador en la microeconomía familiar.

⁶⁰FERNÁNDEZ RUIS, Lourdes E., "La familia: retos de hoy", cit., p.14

⁶¹*Ídem*, p.13

En los años noventa, la familia, se vio precisada a asumir retos de supervivencia, desarrollando en consecuencia una cultura de resistencia y estrategia de vida de muchas familias que evidencian el impacto de la crisis económica como es la desconexión entre la redistribución laboral y las aspiraciones individuales, familiares, de desarrollo profesional y bienestar material y espiritual, la pérdida de valores y la inserción inevitable de la cultura del mercado en nuestra economía, genera una ética desligada de la solidaridad, la fraternidad y la justicia social⁶²l.

1.3.4: Tratamiento constitucional y familiar de esta modalidad en la legislación cubana:

En los últimos años se han producido grandes cambios tanto en la composición, como en la estructura social que ha afectado de forma directa a la familia cubana y coincidiendo con la doctora MESA CASTILLO⁶³ “la organización universal que es la familia, aún presente en formas sub – humanas de vida, ha pasado por etapas evolutivas en su decursar histórico, sufrido cambios sustanciales y mutado en nuevas formas familiares, pero no se vislumbra su desaparición como unidad fundamental de la sociedad. Por ello, la protección a la familia, establecida como principio constitucional, valorándola como núcleo esencial de la sociedad, debe ser reforzada, si bien, tal vez atemperada en el futuro a los cambios sobrevenidos y a los que parecen avizorarse del surgimiento de distintos tipos de familia o diversas formas familiares que requieran de una protección individualizada”; así que nuestra Constitución, en el artículo 35⁶⁴, reconoce la admisión estatal de este nuevo modelo familiar en tanto sistematiza la protección que el Estado está obligado a concederle a la familia reconociéndola como la propia esencia de la sociedad y la encargada de asumir fundamentalmente las responsabilidades de la educación y formación de las nuevas generaciones.

Sin embargo, cuando se analiza los artículos del 36 al 38⁶⁵, se deduce que solamente se está pensando en la familia nuclear que tiene su origen en el

⁶² *Ibid.*, p.15

⁶³ MESA, Olga, “*Acerca del principio constitucional de la familia como núcleo esencial*”, XI Congreso Internacional de Derecho de Familia, Bogotá, 2000, p.10

⁶⁴ *Vid.* Artículo 35 de la Constitución de la República de Cuba.

⁶⁵ *Vid.* Artículos del 36 al 38 del Código de Familia cubano.

casamiento entre un hombre y una mujer, soslayando las restantes modalidades familiares que han surgiendo.

Por su parte, es el Código de Familia en su artículo 33, como anteriormente se refirió, quien hace una ligera alusión a la familia ensamblada, como carga del matrimonio el sufragio de los gastos del hijo de la pareja o de uno solo de los cónyuges.

Esta sintetizada y única referencia a las familias ensambladas en la legislación cubana es un indicio de la desprotección y la falta de regulación que sufren estas familias, olvidando que sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta es merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad.

Capítulo 2: Presupuestos sustantivos que facilitan la concesión de la guarda y cuidado a favor del progenitor afín en la Familia Ensamblada.

2.1 Responsabilidad parental como visión contemporánea de la patria potestad.

Como casi todo nuestro ordenamiento jurídico, la Patria Potestad tiene su origen en la antigua Roma, específicamente en la *Pater Potestad*, que era considerada como la absoluta autoridad que ostentaba el *pater* familia sobre su mujer, hijos y esclavos, con un marcado carácter despótico, que entrañaba un arbitrio de vida o muerte sobre las personas que se encontraban sometida a ella.

“La Patria Potestad no es más que aquella Institución del Derecho de Familia derivada de la filiación que hace referencia a todo un conjunto de deberes relativos a la debida protección, manutención y educación de acuerdo a las normas sociales que rigen nuestra sociedad que recaen sobre ambos progenitores con relación a la persona y bienes de sus hijos menores de edad debido a su carencia de plena capacidad jurídica para dirigir su conducta, tomar decisiones sobre sus asuntos y administrar debidamente sus bienes, derechos y acciones”⁶⁶.

Visto de esa manera la patria potestad es un derecho inherente a la maternidad y la paternidad, refrendando así la plena igualdad de los progenitores para ejercerla, surgido a través de la filiación, ya sea biológica o adoptiva, la cual es un derecho-deber porque el menor o incapacitado queda sometido a la voluntad de sus padres en cuanto a los cuidados físicos, materiales y emocionales que garantizarán su desarrollo equilibrado.

Dicha institución es tratada en distintos países con multiplicidad de criterios en cuanto a su naturaleza y denominación, no obstante, existe unanimidad en cuanto a determinadas características como son: su carácter impositivo, constituyendo un deber u obligación que está respaldada por el derecho penal; es ejercida por ambos padres, solamente le corresponderá a uno de ellos en

⁶⁶ Vid. Sentencia civil número 87/09 de la Sala Segunda de Lo Civil y de Lo Administrativo del Tribunal Provincial de la Habana, siendo el Juez Ponente: Lic. Yoeslandy Blanco Pérez

caso de fallecimiento del otro, o cuando excepcionalmente se le haya suspendido o privado, en Cuba⁶⁷ el ejercicio mutuo será inalterable incluso después del divorcio. Es una obligación de carácter personal, intransferible, que no puede ser ejercida por un tercero y no puede ser objeto de excusa. Está dotada de temporalidad.

Un aspecto importante en la patria potestad es su contenido, relacionado íntimamente con una de sus características referente al doble ámbito de protección al abarcar tanto a la persona como al patrimonio de quien está sujeto a ella. La esfera personal comprende los deberes, facultades y potestades que tienen los progenitores en relación a los cuidados de cómo atender lo relacionado con su educación, dirigir su formación en la vida social, velar por su protección; y en la esfera patrimonial es la vinculada con la realización de actos de administración y disposición de los bienes de aquellos, con la mayor diligencia requerida.

Así se configura como un típico caso de derecho subjetivo familiar en el que la facultad (derecho) está estrechamente relacionada con la obligación (deber) entre las partes.

Nuestro Código de Familia no realiza distinción entre la esfera patrimonial y la personal, sino que relaciona los derechos y deberes de los progenitores como una función unitaria del ejercicio de la patria potestad.

En consideración de la autora esta institución abarca más deberes que derechos, de ahí que resulte válida la consideración ofrecida por el Dr. Francisco VARONA Y DUQUE DE ESTRADA, con respecto a que “la patria potestad consiste en el derecho que tienen los padres de cumplir las obligaciones que le vienen impuestas con respecto a sus hijos”⁶⁸.

Tienen los progenitores el deber de alimentar, educar, cuidar, respetar y administrar los bienes de sus hijos mientras sean menores de edad no emancipados. Esta relación tutelar se inicia con la procreación y termina con la adquisición de la capacidad de los hijos. Como es lógico desde el momento de la concepción surge un sujeto de derecho que merece la más amplia protección y

⁶⁷Artículo 83 del Código de Familia: El ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, conjuntamente. Corresponderá a uno sólo de los padres, por fallecimiento de otro o porque se le haya suspendido o privado de su ejercicio.

⁶⁸VARONA Y DUQUE DE ESTRADA, Francisco, “Comentarios al Código de Familia”, Revista Cubana de Derecho, Año XI, no. 19, p. 53.

defensa tutelar, responsabilidad que corresponde a los padres, y culmina cuando el sujeto de derecho consiga la capacidad para poder defenderse por sí mismo y administrar su patrimonio.

Sin embargo, a la luz del siglo XXI, el término patria potestad, por las propias transformaciones en las que está inmersa la familia, es ambiguo, alude a la idea de poder y soberanía del *pater* de familia y, solamente hace referencia a la figura paterna y no a la materna, por lo que no existe equidad de género. “Además, si se le preguntara a la gente qué cree que tiene sobre sus hijos, la mayoría no diría que una “potestad”, sino que una gran “responsabilidad”⁶⁹, y que lo más acertado sería derogar el término Patria Potestad y sustituirlo por Responsabilidad Parental o Autoridad Parental.

En este sentido la maestra GROSMAN⁷⁰ advertía: “detenemos en los vocablos es cooperar en la transformación de las creencias y como resultado influir en las actitudes y comportamientos. Por lo tanto, es preciso bregar por la incorporación de designaciones más apropiadas a su real significación histórica y vital, ya que las que aún subsisten no resultan ser sus intérpretes legítimos”.

Acordando con el profesor DEL MAZO⁷¹ “el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico, y a diferencia de lo que sucede con el concepto de patria potestad, que nos remite a la idea de poder de la potestad romana y pone el acento en la dependencia absoluta del niño dentro de una estructura familiar organizada jerárquicamente, el concepto de “responsabilidad parental” es inherente al de “deber” que, cumplido adecuadamente, subraya el compromiso paterno de orientar al hijo hacia la autonomía”.

⁶⁹HERRERA, Marisa, “*Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar*” Publicado en: Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014(Noviembre), 17/11/2014, 39, Cita Online: AR/DOC/3846/2014, p.33

⁷⁰GROSMAN, Cecilia, “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?“, en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Pérez Gallardo, Leonardo B., *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 182.

⁷¹ DEL MAZO, Carlos G. “*La Responsabilidad Parental En El Proyecto De Nuevo Código Civil y Comercial De La Nación*”, publicado en la “Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, Ed. La Ley, número correspondiente al mes de julio del año 2012, p.217. Puede consultarse también MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 2da. ed. actualizado y ampliada p.168 y ss.

El Código de Derecho Foral de Aragón⁷² alude a una "autoridad familiar", escindible de la noción de "responsabilidad parental", que es susceptible de ser ejercida por personas distintas de los progenitores, al indicar en su preámbulo que "la autoridad familiar — que no es, conceptualmente, el equivalente de la institución de la patria potestad— es una función atribuida a los padres como instrumento necesario para cumplir de forma adecuada su deber de crianza y educación. Habitualmente lleva consigo la gestión de los bienes del hijo, pero no como contenido de un poder paterno, sino como función ajena a la autoridad familiar que no es esencial a la misma, puesto que también puede corresponder a otras personas, incluido un tutor real, al tiempo que los padres ejercen la autoridad familiar. Esta distinción y relativa disociación entre autoridad familiar y gestión de los bienes facilita también la atribución del ejercicio de la autoridad familiar a personas distintas de los padres (padrastra o madrastra, abuelos, hermanos mayores), sin darles acceso por ello a la gestión de los bienes".

Se aprecia entonces que la responsabilidad sobre el niño ya no es exclusiva de sus progenitores, lo que ha llevado a una autora francesa a afirmar que en la actualidad no cabe hablar de una autoridad "parental", pues en realidad, la autoridad pertenece a una pluralidad de familiares del niño, con prescindencia de la existencia de un vínculo de filiación⁷³.

ORTUÑO MUÑOZ⁷⁴, considera que término Responsabilidad Parental Compartida permite una mejor comprensión del complejo entramado de deberes, derechos, funciones y actitudes éticas que les corresponden a ambos progenitores.

El reglamento del Consejo de la Unión Europea marcado con el número 2201/2003 de fecha 27 de noviembre de 2003, "relativo a competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental", en vigor de marzo de 2005, en su artículo 27, define la responsabilidad parental como "los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica, en virtud de una resolución judicial,

⁷²LEROYER, Anne-Marie, "L'enfant confié à un tiers: de l'autorité parentale à l'autorité familiale", RTD Civ. 1998, p. 587.

⁷³DUPLÁ MARÍN, María T., "La autoridad familiar del padrastra o madrastra en la legislación aragonesa: del apéndice foral de 1925 al artículo 72 de la ley 13/2006 de Derecho de la Persona", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n. 717, p. 55

⁷⁴ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, *El Nuevo Régimen Jurídico de la Crisis Matrimonial*, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p.63

por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor.

El término incluye en particular, los derechos de custodia y visita.” Además de estas definiciones, también se incluye el de titular de la responsabilidad parental, como “cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un hijo menor de edad”; e insiste en que los derechos de custodia incluyen, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona del niño y, en especial, el derecho de decidir sobre su lugar de residencia.

LATHROP GÓMEZ⁷⁵ opina que esta definición en la que al parecer, la referencia a la colocación y específicamente al poder de decidir el lugar de residencia del menor son el contenido primario de la custodia, así como también establece que la custodia implica el cuidado del niño, pero no tiene que estar intrínsecamente ligada a una relación de estable convivencia con el menor, demuestra que la responsabilidad parental, comprende una pluralidad de elecciones mucho más amplia que aquella del dónde y por cuánto tiempo el hijo deba vivir con uno y otro progenitor.

En contraposición con estos planteamientos otros autores, donde resaltamos a CASTILLO MARTÍNEZ⁷⁶ consideran que “superada la clásica configuración romana, como poder determinante de la sujeción al pater familia quien ejercía una suerte de derechos subjetivo de naturaleza casi pública sobre los hijos y descendientes, en la actualidad la patria potestad, se concibe en interés y beneficio del hijo.”

Es innegable que el término patria potestad está muy atado al vocabulario de los juristas, sin embargo este vocablo ha evolucionado en el tiempo y ya no es visto como una potestad o señorío exclusivo de la figura paterna.

En el escenario de la “democratización de las relaciones familiares”, y a la luz de principios constitucionales-internacionales tales como el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, el consecuente principio del interés superior del niño y la autonomía progresiva de niños y adolescentes, es que el vínculo entre padres e hijos deja de girar en torno a la noción de “potestad” o “poder” para que

⁷⁵LATHROP GÓMEZ, Fabiola “Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas” En Diario La ley, 29 de junio de 2009. Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial La Ley, p.8

⁷⁶CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del C, “*El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar*”. Revista SEPIN, No 25, septiembre, 2014, p. 27.

empecemos a hablar de “responsabilidad”⁷⁷, así aunque en diversas legislaciones latinoamericanas se usan indistintamente los términos Patria Potestad, Autoridad Parental o Responsabilidad Parental, como por ejemplo en Uruguay⁷⁸, Costa Rica⁷⁹, Nicaragua⁸⁰, Argentina⁸¹, es este último el que se considera como el más acertado, precisamente porque su interpretación coloca a los progenitores y su descendencia en igualdad de posición, además posee un carácter abarcador en cuanto a la posibilidad que trae consigo responsabilizar a un tercero en el cuidado y protección del menor, sobre todo cuando sus progenitores no están en condiciones de hacerlo y es esta decisión la más conveniente a los intereses de los niños.

El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸² entiende a la responsabilidad parental como un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para “el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” y para “estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad”. No solo incluye las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda), sino también las funciones normativas, esto es, aquellas destinadas a la educación, diferenciación y socialización.

Esta noción permite visualizar a dicha figura como una función de colaboración, orientación, acompañamiento e, incluso, contención, instaurada en beneficio de la persona menor de edad en desarrollo para su formación y protección

⁷⁷NOTRICA, Federico P. y Mariana I, RODRÍGUEZ Iturburu, *Algunos aspectos trascendentales a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas*, publicado en Derecho De Las Familias, Infancia y Adolescencia. Una Mirada Crítica y Contemporánea. Direc. Marisa Graham y Marisa Herrera. INFOJUS, 2014, p.1

⁷⁸El Código Civil del Uruguay en su Libro Primero relativo a las personas regula en su título VIII la patria potestad como institución del Derecho de Familia encargada también de la protección de los menores en el orden personal y patrimonial por sus progenitores.

⁷⁹El Código de Familia de Costa Rica en su Título III utiliza los términos autoridad parental y patria potestad indistintamente para regular las facultades de protección, administración de bienes y representación legal de los hijos.

⁸⁰La Ley n. 1870 de fecha 24 de junio del año 2014 Código de Familia de Nicaragua en su libro tercero titulado De la Autoridad Parental o relación madre, padre, hijos e hijas establece el tratamiento legal del conjunto de derechos y obligaciones que tienen los progenitores respecto a sus hijos e hijas en cuanto a su persona y sus bienes, siempre y cuando sean niños, niñas y adolescentes y no se hayan emancipado o mayores de edad declarados judicialmente incapaces, y la posibilidad de ejercer la autoridad parental que tienen los abuelos, abuelas, así como otros familiares que encabezan la familia a falta de los progenitores.

⁸¹El Código Civil y Comercial de Argentina regula en su artículo 638 la definición de responsabilidad parental como antes se refirió.

⁸²Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, disponible en : <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722014000200001>

integral⁸³, así como institución involucra un cúmulo de facultades y deberes, una serie de relaciones recíprocas entre padres e hijos, a tal extremo que los deberes de los padres se convierten en facultades para los hijos, y aquello que se expresa como facultad para el padre, se constituye como un deber para el hijo, y especialmente frente al otro progenitor, quien debe respetar dichas prerrogativas, e inclusive, exigir las cuando se incumplan.

Los elementos que conforman la responsabilidad parental se desdoblán en tres aristas esenciales: el cuidado personal, la representación legal y la administración de los bienes de los hijos menores de edad.

Cuidado personal se le denomina a los deberes y facultades de los progenitores respecto a la relación e interacción en la vida cotidiana de los hijos, o sea, es el deber y obligación que tienen los padres de brindarle una morada segura, los alimentos necesarios y las atenciones vitales, tanto materiales como espirituales, para su normal desarrollo y su formación integral y profesional⁸⁴, empero el deber de corrección adecuada, con métodos y técnicas no agresivas y educativas, prohibiendo así el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione física o psíquicamente a los niños o adolescentes; de igual forma se impone el deber de comunicación de los menores con los parientes de sus progenitores siempre y cuando esto no perjudique su estado físico y mental. Con respecto a la arista económica, los padres asumirán de conjunto los gastos que surjan de las responsabilidades paternas derivadas del cuidado personal del hijo.

La representación legal es el complemento de la capacidad jurídica, que comprende la capacidad de goce, vista como la aptitud para adquirir derechos y obligaciones y la capacidad de ejercicio, que se alcanza definitivamente con la mayoría de edad, de ahí que mientras los hijos sean menores de edad solo sus padres asumen la representación legal de estos.

Ejerciendo la responsabilidad parental, los progenitores administran los bienes de los hijos pero no pueden realizar actos traslativos de dominio salvo que por

⁸³NOTRICA, Federico P. y Mariana I, RODRÍGUEZ ITURBURU, *Algunos aspectos trascendentales a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación...cit.*,p.3

⁸⁴Entendidos estos como todo lo que es indispensable para solventar las necesidades de sostén, vestimenta, vivienda, educación, esparcimiento y desarrollo.

causa de utilidad y/o necesidad a favor de los intereses del menor se autorice por resolución judicial este acto de disposición.

La legislación sustantiva familiar cubana⁸⁵ dispone que “En igualdad de condiciones, se atenderá, como regla general, a que los hijos queden al cuidado del padre en cuya compañía se hayan encontrado hasta el momento de producirse el desacuerdo; prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos y salvo(...)”mostrando un criterio de marcado favoritismo femenino y lesionando el ejercicio de responsabilidad parental, en tanto ambos padres ostentan igualdad de derechos y obligaciones para con la crianza de sus hijos, así como tienen el deber de propiciar los lazos afectivos y la comunicación con el progenitor no guardador, una vez acaecido el divorcio o separación.

Coincidiendo con el profesor DEL MAZO⁸⁶, los principios fundamentales de la responsabilidad parental son: el interés superior del niño, la autonomía progresiva del niño y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida según su grado de madurez y edad. Todos estos aspectos serán abordados posteriormente.

Actualmente se observa que el reemplazo de Patria Potestad por Responsabilidad Parental no solo es terminológico, sino que focaliza la transformación de fondo que se ha sucedido en la vida y en la dinámica intrafamiliar, particularmente en la relación y vínculo entre padres e hijos, como también en los fines y alcances de la institución en análisis a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos. Este nuevo concepto, iguala la jerarquía de los progenitores en el involucramiento sobre la vida de sus hijos, previendo que la responsabilidad parental sea ejercida por ambos progenitores y, revalorizando el principio de coparentalidad.

2.2 Presupuestos que facilitan la concesión de la guarda y cuidado a favor del progenitor afín.

⁸⁵ARTÍCULO 89 del Código de Familia de la República de Cuba.

⁸⁶DEL MAZO, Carlos G. “La Responsabilidad Parental En El Proyecto De Nuevo Código Civil”...cit., p.5 Ver también NOTRICA, FEDERICO P. y Mariana I. RODRÍGUEZ ITURBURU, “Responsabilidad parental: Algunos aspectos trascendentales a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (...)” cit. p.1

Para concederle la guarda y custodia de un menor a su progenitor afín, se necesita la concurrencia de determinados presupuestos para una correcta valoración del caso en concreto y, demostrar así que, verdaderamente es merecedor de tan importante función derivada de la patria potestad. Entre los que se consideran de imprescindible asistencia, a la hora de probar la idoneidad del progenitor afín se encuentran: la convivencia estable de los miembros de la familia ensamblada, la participación del progenitor no guardador ante la toma de decisiones, el criterio del menor haciendo uso del principio de la capacidad progresiva y en correspondencia con la aplicación del principio del interés superior del niño y la autonomía de la voluntad familiar atendiendo al principio de la paternidad socioafectiva.

2.2.1 Convivencia estable de los miembros de la familia ensamblada:

No es ocioso preguntarse si los vínculos por afinidad que se establecen dentro de la familia ensamblada puedan conformarse sin compartir una misma residencia, o mejor, sin una convivencia estable entre sus miembros. Si se configura al progenitor afín como el cónyuge o conviviente que "vive" con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño, pues entonces se necesita el presupuesto de la convivencia de los miembros de la pareja, y de éstos con el hijo.

El contenido del vínculo paterno-filial afín implica el establecimiento de deberes y derechos subjetivos correlativos que son sustancialmente análogos a los de la relación de guarda, va de suyo que la convivencia del niño o adolescente con el adulto es un requisito sustancial de la figura. No puede ser de otra manera, pues la convivencia es una de las propiedades relevantes de la guarda, y estriba en que los sujetos de ella residan o compartan teniendo un proyecto conjunto⁸⁷.

A esta altura, divisamos que las nociones de "padrastró" y "progenitor afín" no son sinónimos o términos intercambiables, pues para que una persona sea considerada "padrastró" de un niño es suficiente que haya contraído matrimonio con su madre, mientras que será "progenitor afín" cuando conviva con ambos⁸⁸.

⁸⁷DEL VALLEARIZA, Graciela, La guarda, Editorial Alveroni, Córdoba, 2007, p. 41-42.

⁸⁸ALESÍ, Martín B., "Deberes y derechos de los padres e hijos afines (Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada)", Publicado en: Suplemento

En este sentido, la legislación catalana⁸⁹ otorga “participación legal extraordinaria”⁹⁰ al cónyuge o pareja estable del progenitor. Esta legitimación que es tanto fáctica como jurídica⁹¹, confiere, en la medida de los asuntos sobre los que decida, y de los que sea titular el propio menor, la representación legal de este. Entre los presupuestos de esta legitimación se encuentran la convivencia del menor y su progenitor así como la guarda del progenitor con el que el legitimado convive.

Es cierto que la convivencia en una familia reconstituida, en sus inicios no es precisamente fácil o no suele serlo, sobre todo cuando están involucrados menores de diversas edades y cuando interfiere la cuestión de quién financia al menor cuando éste no es hijo común.

Es aquí donde entra la disyuntiva si se debería establecer un período de tiempo mínimo de convivencia entre el cónyuge y el menor. En el Reino Unido⁹², para que el progenitor aún pueda adoptar al menor, tiene que haber convivido con él los seis meses ante la adopción y en Holanda⁹³ se exige la convivencia mínima de un año; por otra parte la legislación alemana no establece un período mínimo de convivencia, hace depender la actuación del cónyuge del progenitor del menor, a la mera aceptación de dicha actuación, lo que se establece como medida alternativa a la falta de un período previo de convivencia.

Es cierto que las relaciones afectivas y de compenetración no se determinan por un plazo de tiempo preestablecido, y no es concluyente para que el menor deje de ver a su progenitor aún como un extraño y lo considere como un miembro más de su núcleo familiar, como partícipe de su proyecto de vida pero, a consideración de la autora, un plazo mínimo de tiempo de convivencia es fundamental para lograr verdaderos lazos de confianza y confidencialidad, los que se forjan con el decursar del tiempo y los que manifiestan las verdaderas intenciones del progenitor aún para con la nueva familia que ha formado.

Especial. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015 Cita Online: AR/DOC/1305/2015, p.1.

⁸⁹Artículo 236-14 Libro II del Código Civil de Cataluña.

⁹⁰Esto es el derecho de participar en el ejercicio de la patria potestad que ostenta su pareja y, como consecuencia puede tomar decisiones que afecten la vida del menor.

⁹¹BADOSA COLI, F., La potestad del pare i dela mare, Publicació: BOPC 87/05 (30.07.96), p.320.

⁹²Adoption and Children Acts 2002, sec. 42-3)

⁹³ARTÍCULO 227 ss. BW1.

Evidentemente, los lazos que surgen entre el progenitor y su hijo afín, se derivan de la comunión afectiva, empero de no ser parientes consanguíneos originarios. Esto se logra por el requisito *sine qua non* de la convivencia familiar estable y diaria, en virtud del efectivo cumplimiento de los deberes de formación, educación y sustento del hijo por el relacionamiento afectivo.

2.2.2 Participación del progenitor no guardador ante la toma de decisión:

Como ha quedado esclarecido no debe identificarse la guarda y custodia de los menores y ejercicio de la patria potestad, en los casos en los que los progenitores no viven juntos. Al contrario de lo que se afirma por RODRÍGUEZ LLAMAS⁹⁴, no debe otorgarse el ejercicio de la patria potestad de forma exclusiva al guardador. Esto implicaría en la práctica, que fuera el guardador quien decidiera sobre todas aquellas cuestiones que afectan a la vida de los hijos, sin que el progenitor apartado de la guarda tenga posibilidades de intervenir.

Como resulta lógico destacar, este proceso no puede, ni debe llevarse a cabo a espaldas del progenitor existente que no ostente la guarda del menor. Sin embargo, resulta polémico decidir si exigir para la toma de decisión por parte del foro juzgador, su consenso, su aprobación, su consulta o su participación. Se sostiene el criterio de que el término correcto a utilizar, por la amplitud de posibilidades que ofrece es el término participación.

La participación se asigna a la acción y efecto de participar, y por su parte, participar es, en su sentido más amplio ser parte, tomar parte y decidir en algo. Es precisamente este rol el que debe asignarse al progenitor no guardador, el que debe conocer del proceso y aprobar de manera expresa o tácita su realización. La participación puede suceder por el solo hecho de la asistencia, como mera consulta, aunque para el ámbito político y ciudadano debe ser una

⁹⁴RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, *La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor. Comentario a la Sts núm. 679/2013*, de 20 de noviembre (rj 2013, 7824) Ver también LINARES FLEITAS, Cecilia; MORAS PUIG, Pedro, Emilio, RIVERO BAXTER, Yisel: *“La participación, diálogo y debate en el contexto cubano”*, Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, La Habana, 2004, ISBN 959-242-092-0, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23617.pdf>

participación real y activa. Por ello es más amplio el concepto que el solo consenso, consentimiento o aprobación.

Esto permite que la forma de participación de este progenitor no guardador se pueda adecuar a la situación real y concreta de la familia en cuestión, pudiendo desde participar físicamente el progenitor en el proceso de toma de la decisión, hasta dar su consentimiento mediante documento, preferiblemente público, para que se tome esta decisión.

2.2.3 El criterio del menor haciendo uso del principio de la autonomía progresiva y en correspondencia con la aplicación del principio del interés superior del niño.

La Convención de los derechos del niño representa un nuevo paradigma en la relación de la infancia y de la adolescencia respecto al Estado y las instituciones y una inserción de los niños en las estructuras y procedimientos de sus asuntos y los asuntos públicos. De esta forma, actúa como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia. Para ello, contiene principios generales que deben ser respetados y que actúan como reguladores de esa relación. Son derechos en sí mismos, a la vez que sirven como herramientas para el ejercicio de los demás derechos⁹⁵.

Entre los principios rectores que introducen el cambio de paradigma y establecen un límite a las decisiones que toman los adultos sobre los niños está el principio de autonomía progresiva del niño, reglado en el artículo 5 de la Convención y establece que: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección

⁹⁵VIOLA, Sabrina, “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”, Revista electrónica Cuestión de Derechos ,N.3, segundo semestre 2012, www.cuestiondederechos.org.ar, p.84

y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Al interpretar estos artículos se revela que los derechos de los niños no son derechos en expectativa hasta que éstos alcancen la madurez adulta y puedan ejercerlos. Por el contrario, son derechos completos que serán ejercidos por los niños de acuerdo a la etapa de evolución y desarrollo en la que se encuentren.

En suma, el principio de autonomía revela que son los niños quienes deben ejercer sus derechos de acuerdo a su edad y grado de madurez con el debido acompañamiento de los adultos. Es decir que el rol de los adultos en la toma de decisiones sobre la vida de los niños deberá variar gradualmente de acuerdo a la evolución de las facultades del niño.

En este sentido, el artículo 5 de la Convención significa que “en definitiva, y de manera inversamente proporcional, a medida que los niños adquieren una mayor autonomía, menor es la intensidad de la participación de un tercero”⁹⁶.

El mencionado principio de la autonomía progresiva está íntimamente relacionado con el principio contenido en el artículo 12 mediante el cual, se percibe el derecho del niño a formarse un juicio propio, a expresar su opinión y a ser escuchado; y a su vez, estos dos principios tienen expreso vínculo con el interés superior del niño.

Gramaticalmente, el “interés superior del niño” se define, según el Diccionario de la Real Academia Española⁹⁷, en virtud de los tres conceptos que abarca:

- Interés: Es la conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden material o moral.
- Superior: Es aquello que está más alto y en un lugar preeminente respecto de otra cosa.
- Niño: Que tiene pocos años, que tiene poca experiencia.

⁹⁶MINYERSKY, Nelly y Marisa, HERRERA, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en GARCÍA MÉNDEZ, E (comp.), *Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, Ediciones del Puerto, 2006, p.59

⁹⁷Santos Morón, M. J., *Incapacitados y derechos de la personalidad*, Madrid, Fundación ONCE-Escuela Libre Editorial, 2000, p. 44.

Al analizar el sentido gramatical, se constata su intención de proteger al menor de edad, esto es, que frente a situaciones adversas en la que este se vea involucrado, cualquiera sea su naturaleza, se deben tomar en primer lugar todas las medidas necesarias y pertinentes, basadas en su bienestar.

Indiscutiblemente, el niño es persona, pero este principio pretende recalcar su especial situación, dada su vulnerabilidad, ya que no está en condiciones de conocer y hacer valer sus derechos, careciendo por sí solo de influencia social⁹⁸.

El Tribunal Supremo de España considera que este es un “principio inspirador de todas las materias que atañen al menor, vinculando al Juez, a los poderes públicos y obviamente a padres y ciudadanos”.⁹⁹ Además es considerado como uno de los elementos imperativos del Derecho de Familia.

Intentando definir este principio, se estima que es: “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar.”¹⁰⁰

El bien o bienestar de un niño estará dado, mirado desde un prisma legal, al lograr la aplicación de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, en especial del artículo 3 apartado 1¹⁰¹, que exige la consideración de este principio al tomar cualquier determinación, sea en el ámbito público, privado, judicial, administrativo o legal. Además abarca la obligación de elegir las alternativas que permitan el desarrollo moral e intelectual del niño dentro de la sociedad¹⁰².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en fecha 28 de agosto de 2002, según opinión consultiva OC-17/2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, LL 2003-B-313 ha señalado que “los niños —

⁹⁸BAEZA CONCHA, Gloria, “*El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*”, Revista Chilena, Vol.2 N.2, 2001, p.356.

⁹⁹Sentencia Tribunal Supremo de 17 de Septiembre de 1996, Sala 1ª, ponente Ilmo. Eduardo Fernández Cid de Temes, ref. La Ley 8736/1996.

¹⁰⁰BAEZA CONCHA, Gloria, “*El interés superior del niño: Derecho de rango...*”cit., p.357

¹⁰¹ARTÍCULO 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

¹⁰²BAEZA CONCHA, Gloria, “*El interés superior del niño...*”, cit., p. 356

entendiendo por tales a toda persona que no haya cumplido los 18 años de edad— son titulares de derechos y no sólo objeto de protección".

El principio de interés superior del niño y del adolescente no se trata de simple recomendación ética, sino de una directriz determinante que representa importante cambio en las relaciones, pues el hijo deja de ser considerado objeto para ser alzado a sujeto de derecho¹⁰³.

Este es un concepto que está en constante desarrollo, y que ha sido identificado en distintas situaciones y en diversas épocas, y que se integra dentro de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados y abstractos", junto con otros tantos como pueden ser, la buena fe, la diligencia de un buen padre de familia, etc.¹⁰⁴

La determinación y contenido concreto de este principio deberá ser conformado por los propios juristas dependiendo de dos pautas, una de las circunstancias del caso concreto que se plantea y, la otra las directrices que la legislación, doctrina y jurisprudencia, consideran adecuadas para su identificación, haciendo uso para ello de valores racionales y de justicia.

En materia de guarda y cuidado, el interés del niño supone la satisfacción de sus necesidades físicas, psicológicas y emocionales, considerado como el principal factor para preservar su derecho fundamental al adecuado desarrollo de su personalidad.

En ese sentido, el interés del niño constituye el límite y punto de preferencia último de la institución de la guarda y custodia y de su propia operatividad y eficacia. Asimismo, dicho interés no siempre tiene que coincidir con lo que los progenitores consideren que es mejor forma de satisfacer y proteger el *favor filii*, apoyándose de todos los elementos probatorios que obren en las actuaciones¹⁰⁵, además este principio cobra una vital importancia, pues es la base para que se determine el modelo concreto de ejercicio de la misma, dependiendo de las

¹⁰³LÔBO, Paulo, "Socioefectividade no Direito de Família", disponible en <http://cidp.pt>, p. 7.

¹⁰⁴CRUZ GALLARDO, Bernardo "La guarda y custodia de los hijos en la crisis matrimoniales" Editorial La Ley, 2012. p.169

¹⁰⁵BETELU SEMINARIO, Virginia, La guarda y custodia compartida de los hijos, Universidad Pública de Navarra, p.29

circunstancias del caso así como lo que la legislación aplicable identifique como dicho principio.

Conforme a este principio, todas las decisiones que deban adoptarse en relación a la situación del hijo menor de edad, deberán buscar el interés de éste, y configurarse como una modalización del ejercicio de la potestad y un criterio de solución de conflictos interconyugales. Esto quiere decir que, en caso de conflicto, el interés de los hijos prepondera y el interés de los progenitores se sacrifica y cede¹⁰⁶.

El Juez atenderá en cada caso a las pruebas, los informes de parte, el resultado de la exploración de los menores, el informe psicosocial y siempre tomando como punto de referencia la protección del interés superior del menor, su estabilidad y desarrollo, pues son notas primordiales a la hora de optar por la custodia a favor del progenitor afín.

Considerando precisamente, el interés superior del niño, está el respeto a la decisión del menor, de aceptar o no que su padre afín ejercite facultades inherentes a la patria potestad, las que tendrán un efecto directo sobre su vida.

Es imperativo considerar que el menor es quien debería ostentar el derecho de relacionarse con el cónyuge de su progenitor y de consentir que éste se inmiscuya en su esfera jurídica. Claro, para esto se necesitaría evaluar la responsabilidad, el discernimiento y la autonomía progresiva del menor; y la legitimación del cónyuge debería modularse en atención del menor ante el que nos hallemos.

De nuevo, aflora en las regulaciones el carácter paternalista, y la perspectiva del adulto y de la posición jurídica de este en sus relaciones con los menores: es el adulto el que tiene derecho a participar en la vida del menor¹⁰⁷. Y, ¿el derecho del menor a no querer que este participe?

El interés superior es, por lo tanto, un deber de carácter moral que ha sido elevado o consagrado por el legislador a la categoría de norma jurídica, para así

¹⁰⁶*Ídem.* p.32

¹⁰⁷ NAVAS NAVARRO, Susana, "Los derechos del menor en las familias reconstituidas. Apropósito de los art. 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia", en *El nuevo Derecho de la persona y de la Familia, Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Valencia, P.653

lograr su máxima eficacia y seguridad. En consecuencia, las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, en todas las medidas que adopten en relación con los menores, deberán considerar en forma primordial este principio¹⁰⁸.

2.2.4 La autonomía de la voluntad familiar atendiendo al principio de la paternidad socioafectiva.

Los vínculos que se establecen en las familias ensambladas son frágiles ya que no todas las relaciones se establecen a partir de la naturaleza, pues no todos sus miembros están emparentados biológicamente, lo cual no impide que cada uno de ellos posea un lugar determinado y una función específica.

Efectivamente en el núcleo familiar confluirán simultáneamente, un padre biológico, sus descendientes y concurrentemente el padre afín o social, cada uno cumpliendo una función específica a partir del parentesco consanguíneo o sino, en el afecto y en la solidaridad familiar¹⁰⁹.

Indudablemente aquí es donde juega un papel trascendental el principio de socioafectividad¹¹⁰, visto como aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad, el mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana¹¹¹.

¹⁰⁸BAEZA CONCHA, Gloria, “*El interés superior del niño*”, *cit.*,p.357

¹⁰⁹BACH TORRE, Rosales, “El Reconocimiento y Protección de las Familias Ensambladas en nuestro Sistema Jurídico Peruano.” Perú, p.50

¹¹⁰Hecho jurídico compuesto por elementos sociales y afectivos y, no exclusivamente por características genéticas.

¹¹¹LÔBO, Paulo: “*Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula Nº 301/STJ*”. En: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), IOB Thomson, Sao Paulo, 2005, p.798.

Existen dos formas de paternidad, la socioafectiva y la biológica, y no son excluyentes. Se trata de institutos diversos que tutelan bienes distintos¹¹².

La primera resguarda la vivencia del sujeto en un entorno familiar y la segunda consagra el derecho de saber quién engendró con la finalidad de poder conocerlo y relacionarse con él.

Casi siempre la paternidad se identifica con la verdad biológica. Pero el parentesco ha dejado de mantener, necesariamente, correspondencia con el vínculo consanguíneo. Si aquel que genera no es quien desempeña las funciones paternas, surge la figura del padre distinta de la persona del genitor. En esta hipótesis es que cabe investigar la parentalidad más allá de la realidad natural. Delante de los nuevos referenciales, ya no se puede buscar en la verdad jurídica o la verdad biológica la identificación de los vínculos familiares. Para ser reconocida la filiación no es necesario inexistir la partida de nacimiento en nombre del progenitor y tampoco es necesario cualquier acto formal de reconocimiento por aquel que asumió la condición de padre. La paternidad no es solo un acto físico, sino, principalmente, un hecho de opción, sobrepasando los aspectos meramente biológicos, o presumidamente biológicos, para adentrar con fuerza y vehemencia en el área afectiva¹¹³.

Según DA CUNHA PEREIRA¹¹⁴, separándose del concepto de la paternidad biológica y de las ideologías que disfrazan los sistemas de parentalidad, considera que la paternidad es, según el psicoanálisis, una función. Sí, una función paterna realizada por un “padre” que es decisivo y responsable por el desarrollo de los sujetos. Por lo tanto, calidad de padre puede recaer en una serie de personas: el padre, el marido de la madre, el amante, el compañero, el protector de la madre durante el embarazo, el tío, el abuelo, aquel que cría al niño, aquel que le da su apellido, aquel que lo reconoce, aquel que lo reconoce ritualmente, aquel que lo adopta. En fin, quien detenta la calidad paterna es aquel que desempeña un papel–función como padre.

¹¹²CONCEIÇÃO, Marcelo Moura, “Doispais e umamãe. A prevalência da paternidade sócio-afetiva”. *Jus Navigandi*, Teresina, año 12, n. 1750, 16 abr. 2008. Disponible en: <http://jus.uol.com.br/>.

¹¹³DELENSKI, Julie Cristine, *O novo direiyo da filiação*, p.12

¹¹⁴PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “Direito de Família: uma abordagem psicanalítica”. 2. ed. revatual. ampl. Del Rey, Belo Horizonte, 2003, pp. 116 y 117.

La paternidad socioafectiva¹¹⁵ es el tratamiento dispensado a una persona en calidad de hijo y se encuentra sustentada en el sentimiento de cariño y amor, independientemente de la imposición legal o vínculo sanguíneo.

La socioafectividad revela la constancia social de la relación entre padres e hijos caracterizando una paternidad, no por el simple hecho biológico o por la fuerza de la presunción legal, sino como consecuencia de los lazos espirituales generados en la convivencia, en todos y cada uno de esos días de mutua coexistencia. El parentesco psicológico prevalece sobre la verdad biológica y también sobre la realidad legal¹¹⁶. Es la relación diaria de las personas que se torna más fuerte, incluso, que la misma sangre y genes que puedan llegar a compartir.

Determinado el rol de padre respecto de una persona que no ha transmitido los rasgos biológicos a otra, es evidente que tenemos una hipótesis de filiación socioafectiva. El padre afectivo, sociológico o socioafectivo es lo que ocupa en la vida del niño un verdadero lugar y presencia, cumpliendo una función, convirtiendo la paternidad socioafectiva en una especie de adopción de hecho¹¹⁷ y el símbolo máximo de una relación social paterno-filial.

El afecto, respeto, consideración que construyen una relación, incrustada en un verdadero marco de amor, sirven, sin duda para formar un enlace cuya fuerza resultante, en última instancia, expresa una nueva arquitectura de la filiación, donde la base deja de ser el elemento genético y tendrá en cuenta la fuerza del sentimiento, como una forma de establecimiento de vínculo paterno-filial en un verdadero proceso de construcción de la paternidad en un sentido más amplio, donde lo afectivo es efectivo¹¹⁸.

La filiación socioafectiva se construye desde el respeto mutuo, de un tratamiento recíproco –de ida y vuelta– como padre e hijo, firmes y conscientes ambos en el conocimiento de que realmente son parientes en primer grado entre sí. Se

¹¹⁵SILVA, Luana Babuska, “A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar”, Jus Navigandi, Teresina, año 8, n. 364, Disponible en: <<http://jus.uol.com.br/>>, [20 nov. 2009], 2004

¹¹⁶DÍAS, María Berenice. “Investigando a parentalidade”. En: Revista do CEJ, n. 27, Brasília, out./dez. 2004, pp. 64-68.

¹¹⁷LÔBO, Paulo: *Famílias (Direito civil)*, Ob. cit., p. 212.

¹¹⁸Comparten este pensamiento: PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antônio Carlos M., “A socioafetividade e o cuidado: o direito de crescer o nome do padrasto”. En: Direito das Famílias - Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira/ Maria Berenice Dias (org.), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 347.

muestra, pues, el criterio socioafectivo para la determinación del estatus del hijo como una excepción a la regla de la genética lo que representa una verdadera “desbiologización” de la filiación haciendo que la relación paterno-filial no sea atrapada solo en la transmisión de genes¹¹⁹ cuando existe una vida de relación y un afecto entre las partes. Esto equivale a decir que la personalidad del niño se formó alrededor del enlace emocional, incluso si en ese mismo momento ya no existe.

En su esencia natural, la relación paterno-filial trasciende las imposiciones legales y se cimienta en una relación afectiva que debe tomar en cuenta la norma para su determinación y establecimiento.

Es así que el Derecho debe cumplir un rol pacificador haciendo constar en el registro la verdad socioafectiva sin temores al igual que la biológica.

Padre es el que cría, siendo el que engendra el progenitor. Existe entre ambos una enorme diferencia que debe ser observada y tratada normativamente en su verdadera dimensión y trascendencia. Lo contrario implicaría un retroceso.

Considera ALBUQUERQUE JÚNIOR¹²⁰ que no puede confundirse padre con progenitor, debiendo prevalecer siempre el vínculo de filiación construido a través de la convivencia y el afecto sobre aquel meramente biológico. En este orden de ideas, es fundamental diferenciar el derecho al padre¹²¹ y el derecho al conocimiento del origen genético.

Ahora, muy asociado a la socioafectividad se encuentra la autonomía de la voluntad de los miembros de la familia¹²² ensamblada, de la cual depende el estatus del progenitor afín en la formación diaria del hijo afín, siempre que no atente contra el orden público, teniendo este último como principios imprescindibles la responsabilidad y la solidaridad familiar.

¹¹⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, “Direito das Famílias”. 2. ed. Rev. Ampl. y actualizada, Editora Lumen Juris, Río de Janeiro, 2010, pp. 589-590.

¹²⁰ ALBUQUERQUE Jr., Roberto Paulino de. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de suades constituição posterior*. Jus Navigandi, Teresina, año 11, n. 1547, 26 set. Disponible en: <<http://jus.uol.com.br/>>, 2007

¹²¹HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “*Se eusoubesse que ele era meu pai*”. En: *Direito civil: Estudos*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2000, pp. 69-80.

¹²²La teoría de la autonomía de la voluntad sostiene esencialmente la soberanía de los individuos para reglar sus derechos mediante un acuerdo de voluntades, que tiene fuerza de ley entre las partes vinculadas.

Entonces, a partir de los vínculos de afectividad establecidos y solidificados entre hijo y padre afín, atendiendo al principio de la autonomía de la voluntad familiar, fundamental para la toma de decisiones que atañan a la familia, es necesario que en el contexto de la familia ensamblada, específicamente del progenitor afín, la ley le otorgue la posibilidad de considerar a dicho pariente, como guardador del menor o adolescente, siempre atendiendo a su beneficio, en los momentos que sea necesario.

Concluyendo, coincido con Trabucchi al expresar que “en lo interno de la familia debe haber el menos derecho posible, pero todo el derecho que sea necesario”¹²³.

2.3 Proceso Judicial de Naturaleza Familiar

GÓMEZ FRODE¹²⁴ expresa que el proceso familiar es un instrumento heterocompositivo que tiene por objeto la satisfacción jurisdiccional de pretensiones fundadas en el Derecho de Familia sustantivo, entendido éste como un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares.

El Derecho de Familia tiene como finalidad regular las relaciones familiares y obtener una solución pacífica a los conflictos que pueden generarse en su núcleo, trayendo implícitamente la necesidad de que la norma procesal, que se utiliza para efectivizar el derecho de familia de fondo, efectivice también, dicho mandato protector, dando lugar a que este orden procesal familiar responda al interés de atender adecuadamente los problemas derivados de las interrelaciones familiares, que son distintos a los del derecho civil propiamente dicho.

El derecho procesal como derecho accesorio, como derecho de vías, se caracteriza porque éste debe servir para aplicar el derecho de fondo, no es un fin en sí mismo sino un medio y debe reflejar los principios del derecho de fondo; entonces si el sistema de derecho de familia tiene como eje la familia y temas afines de poblaciones especialmente vulnerables y el sistema de

¹²³DONISI, Carmine, *Limite all' autoregolamentazione de gliinterressinel diritto di famigla*, en *Famiglia e circolazione giuridica*, Fuccilo, Guido(dir.), Corsico, Ipsoa, 1997,p.27

¹²⁴GÓMEZ FRODE, Carina, *Derecho Procesal Familiar*, México, Editorial Porrúa, 2007, p.8

derecho civil, tiene como ejes la propiedad, el contrato, la empresa, la producción de bienes y servicios¹²⁵.

En el juicio familiar, la naturaleza de los intereses en juego se vincula fuertemente con el orden público interno del Estado y en consecuencia exceden el sistema dispositivo clásico de partes en conflicto. Por tal motivo tanto el derecho de fondo como las reglas procesales muestran una idiosincrasia propia que aparta el asunto de un esquema estrictamente contencioso, dominado por instancias adversariales, y el trámite se encamina a desactivar la contienda e inducir a las partes para que obtengan soluciones consensuadas para recomponer el orden familiar. Por ello acertadamente se ha expresado que su fin no es el logro de un triunfo personal de uno de los contendientes sino que tiende a proteger las relaciones de familia y evitar situaciones de conflicto¹²⁶. Es decir se propone un distinto modo de litigar que tiende a obtener una solución acordada y que sea la que más convenga a los intereses del grupo¹²⁷.

Claro está que, aunque el derecho sustantivo de familia tiene una parte de Derecho Privado, que es el patrimonial de familia y sus normas sustantivas familiares se refieran a esa parte, prevalece el interés público, el interés social sobre el personal. El Derecho Procesal Familiar está llamado a regular normas de orden público; es un derecho eminentemente social, diseñado para solucionar, con racionalidad, agilidad y prontitud los conflictos que surjan en la esfera de las relaciones familiares; los valores hacia los que se orientan son diferentes a los que apunta el Derecho Procesal Civil, por cuanto en él están en juego valores fundamentales como la dignidad personal, igualdad, unidad de la familia y el interés supremo de velar por el buen desenvolvimiento de las relaciones familiares; de los menores y de las personas de la tercera edad.¹²⁸

¹²⁵BENAVIDES SANTOS, Diego, *Axiomas del Derecho Procesal de Familia*, Versión 7 de Noviembre de 2012, Costa Rica, p. 41

¹²⁶FERREYRA de la RÚA, Angelina y María V., BERTOLDI de FOURCADE, *Régimen procesal del Fuero de Familia*, Depalma, Buenos Aires 1999, p.15

¹²⁷ KIELMANOVICH, Jorge, *Procesos de Familia*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 15. Es por estos motivos que señala que la relación procesal en el ámbito familia se torna fuertemente anómala.

¹²⁸ÁLVAREZ TORRES, Osvaldo M., *“El Proceso Familiar en Cuba: necesidad de su implementación”*. Editorial Académica Española, 2011, p.5

El Derecho Procesal de Familia no toma solamente en cuenta los derechos patrimoniales o económicos, sino que va más allá, para tutelar derechos de carácter personalísimo como la filiación, el derecho a la comunicación con los hijos; el derecho a la formación de una familia; a la protección de los ancianos, de ahí que los conflictos que se plantean sean de carácter profundamente humano, por lo que este nuevo Derecho Procesal postula como piedra angular el resolver los conflictos familiares, en lo posible, al eliminar la confrontación entre las partes y en todo caso evitar que exista el mayor daño posible a la familia como célula fundamental de la sociedad¹²⁹.

En lo que a la regulación específicamente procesal se refiere, se advierten significativos cambios, aunque prevalecen aún como reglas de procedimiento las clásicas de los Códigos procesales dirigidas al tratamiento de asuntos patrimoniales. Esto determina una gran heterogeneidad legislativa, por encima de la cual se desenvuelven principios rectores que son los que proporcionan elementos orientadores a la hora de dictar o aplicar el derecho¹³⁰.

Dentro de los principales principios que concurren a darle una particular fisonomía al proceso familiar, no tanto por las formas que lo revisten como por la intensidad, la extensión y la generalización con que aparecen reunidos y aplicados, todo lo cual contribuye a conformar un proceso singular que goza, además, de una incipiente autonomía científica e incluso legislativa¹³¹.

De estos principios reseñamos a continuación los siguientes: El principio dispositivo en virtud del cual se inicia el proceso a instancia de parte, aunque queda limitado a la facultad exclusiva de iniciación, a la proposición de las pruebas, y a la transacción del desistimiento, siempre que no sea contrario al interés social, de niñas, niños y adolescentes, pues en ese caso el Tribunal, en uso de sus potestades jurisdiccionales de dirección del proceso, está facultado para disponer la continuación del proceso hasta su terminación.

Habría que agregar como limitación fundamental de este principio, que la función educativa de los tribunales de familia en la sociedad, implica una mayor

¹²⁹ *Ídem*. p.6

¹³⁰ FERREYRA de la RUA, Angelina. "El Proceso De Familia. Principios Que Lo Rigen," en www.cuestiondederechos.org.ar, p.4

¹³¹ ÁLVAREZ TORRES, Osvaldo M., *El Proceso Familiar en Cuba...*cit., p.8

oficiosidad del Estado en el ámbito familiar en virtud de la búsqueda de la verdad del mundo circundante, como medio para la solución del conflicto; por lo cual el tribunal no depende únicamente de la probanza que propongan las partes, sino que, de oficio, podrá reunir los elementos fundamentales de prueba de la pretensión ejercitada, e incluso, pronunciarse en el fallo sobre aspectos no contenidos en las cuestiones planteadas por las partes, es decir, una manera flexibilizada del principio de congruencia con las pretensiones y excepciones deducidas por los litigantes¹³².

Principio de Impulso Procesal de Oficio: Una vez que se inicia el proceso familiar será dirigido e impulsado por el Tribunal quien soslayará toda dilación y ejecutará todas las medidas necesarias para impedir la interrupción del proceso.

El principio de Inmediación Procesal: Los intereses comprometidos en el litigio de familia tornan imperioso el de por sí conveniente y necesario contacto directo del juez con las personas que intervienen en el proceso, de modo de procurar alcanzar, así, un conocimiento de primera mano de los hechos debatidos y de los sujetos involucrados en el proceso; contacto que se propone, en líneas generales, a partir del sistema de audiencias conciliatorias¹³³.

La publicidad y oralidad de los debates: Un aspecto tan importante como son las relaciones familiares debe tratarse con suma cautela, por lo que aunque la jurisdicción de familia está signada por la publicidad, dado el carácter público de los procesos de familia, requiere la privacidad de la audiencia y extrema discreción en cuanto a datos de los partícipes en los actos jurisdiccionales y la no admisión de público para contemplar el juicio, cuando el tribunal lo estime conveniente. El tribunal es quien dispone el carácter privado de los debates, de oficio o a instancia de parte.

La publicidad de los actos procesales se restringe para garantizar la vigencia efectiva del principio de intimidad. Esta obligación pesa, en primer lugar, sobre los miembros de los tribunales de familia (magistrados,

¹³²Ídem. p.9

¹³³KIELMANOVICH, Jorge, *Los principios del Proceso de Familia*, en: <http://www.abogadosdesalta.org.ar>. p.3

funcionarios y auxiliares, cualquiera sea su ubicación jerárquica) e incluye a los letrados en su carácter de auxiliares de la justicia¹³⁴.

Todos los actos jurídico- procesales que se verifiquen se realizarán “a viva voz”, reseñándose sumariamente en acta los particulares que sean de relevancia, lo que exige que el Tribunal o el Juez que se designe presida cada uno de los actos que se lleven a efecto.

La igualdad de las partes en el debate: El proceso judicial debe ser el territorio de la igualdad y la obra de una responsable participación conjunta y activa que, sin sorpresas, permita a la jurisdicción alumbrar sentencias justas, de efectivo cumplimiento¹³⁵.

Esto significa que los partícipes del acto deben tener una verdadera igualdad de oportunidades.

El planteamiento simultáneo por las partes, de todos los hechos, alegaciones en que fundamenten sus pretensiones o defensas y las pruebas de que intenten valerse.

La resolución exclusiva por los Tribunales de los puntos propuestos por las partes, salvo aspectos no contenidos en las cuestiones planteadas que sean consecuencia o se relacionen íntimamente con las pretensiones deducidas originalmente; que estos aspectos se encuentren dentro de la competencia del órgano jurisdiccional y que antes de la audiencia de sentencia, el Tribunal instruya a las partes sobre los nuevos aspectos apreciados, para que formulen sus alegaciones al respecto y propongan las pruebas de que intenten valer¹³⁶.

La preclusión, en tanto que pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, impidiéndose el regreso a etapas y momentos extinguidos o consumados, pero que a diferencia del proceso civil, se flexibiliza en la medida en que, sin que ello implique que el proceso familiar se haga interminable, ni que afecte la seguridad jurídica de los justiciables, permita su retroacción en interés de lo que resulte más beneficioso para la familia; los menores de edad, los incapaces y/o discapacitados y personas de la tercera edad.

¹³⁴FERREYRA de la RÚA, Angelina, *El Proceso de Familia. Principios que lo rigen*, p.13

¹³⁵MORELLO, Augusto y MORELLO de RAMÍREZ, María, *El moderno derecho de familia. Aspectos de fondo y procesales*, La Plata, Platense, 2002, pág. XIII.

¹³⁶KIELMANOVICH, Jorge, *Los principios del Proceso de Familia*, cit., p.4

En conflictos de materia familiar el juez debe proceder con criterios amplios y flexibles en torno a la admisibilidad, conducencia y valoración de las pruebas, teniendo en consideración la especialidad de la cuestión en tratamiento.

Esto a su vez se relaciona con la regla de solidaridad o cooperación, siendo una reformulación del clásico buena fe y lealtad procesal y es idóneo a la hora de dar valor o de interpretar conductas familiares, funciona administrando de forma distinta las cargas y deberes de los protagonistas en juicio y habilita a los jueces para extraer argumentos válidos de las actitudes de los contendientes con base a reglas lógicas.

La solidaridad destaca que el trámite debe ser percibido como un esfuerzo común y mancomunado de los participantes a fin de lograr restaurar la relación familiar, de forma tal que el juez puede entonces, extraer argumentos de prueba de los indicios que genera el comportamiento de los sujetos en sus relaciones familiares. En su faz operativa funciona otorgando mayor o menor valor a las conductas de las partes en tanto y en cuando ocasionan consecuencias valiosas o disvaliosas. Esto significa que se pueden aminorar las categorías procesales poniendo énfasis en las cargas y deberes en función de la vida cotidiana cuando las circunstancias del caso así lo requieran.

Los jueces, en materia probatoria, deben contar con un principio que procura facilitar la acreditación de hechos que generan dificultad, los denominados hechos difíciles: el *favor probationes*.

El *favor probationes* opera flexibilizando las reglas clásicas en orden a la admisión y valoración de la prueba e indica al juez que en casos de puntuales dificultades deberá facilitar la admisión de elementos probatorios y también actuará como una pauta de mérito a la hora de darle eficacia¹³⁷.

La relación jurídica procesal familiar tiene especificidades que le imponen un tratamiento especial. Como anteriormente se refirió, las normas del derecho de familia son de derecho privado, pero de orden público por estar implicado el interés familiar. Por esta razón, todas las personas involucradas en este

¹³⁷FERREYRA de la RÚA, Angelina, *El Proceso de Familia...*cit., p.23

conflicto, incluyendo los juristas, deben entender la magnitud y efecto del conflicto, así como la importancia de los intereses que están en juego.

Los profesionales que intervienen en el proceso judicial familiar deben hacerlo con aires de que las partes no generan más intensidad en el conflicto, siempre buscando que el trámite contencioso sea la última opción, cuando sea el último recurso para resolver el litigio, incluso una vez acontecido el conflicto debe manejarse el debate de la forma moderada y constructiva que tienda a actuaciones responsables, y no a buscar vencedores ni vencidos. De esta manera, se deben establecer deberes muy concretos a las partes y los abogados, y se idea la posibilidad de que el Juez remita a conciliaciones previas o intervenciones profesionales previas¹³⁸.

Los juicios de familia, sobre todo cuando hay involucrados menores, deben responder a un sistema de directrices claras y sencillas, confiando en el Juzgador y dándole todos los instrumentos necesarios para ejercer su autoridad y cumplir con su cometido¹³⁹.

Los procesos de familia demandan una participación procesal activa del juez que facilite y encamine la actuación de las partes y de los auxiliares de la justicia, en la esfera propia de sus atribuciones y con la diligencia que sea posible en función de las circunstancias. Los jueces y juezas de familia deben tener una función diferenciada en justa consonancia con el objeto del juicio o proceso de familia, muy protector y de tutela de derechos humanos en contextos familiares, y que debe reflejar los principios del proceso de familia.

Los jueces deben ser seleccionados de acuerdo con un perfil de preparación interdisciplinaria, con una formación especializada en materia de familia que asegure el profesionalismo y la eficiencia, a la par que debe ajustar su actuación mediante la utilización de reglas diferentes a las sancionadas para procesos donde las pretensiones tienen naturaleza patrimonial.

Su función primordial es utilizar la herramienta legal para permitir a la familia el atravesamiento de la crisis vital que la haya llevado a requerir el servicio de

¹³⁸BENAVIDES SANTOS, Diego, *Axiomas del Derecho Procesal de Familia*, cit., p.42

¹³⁹BENAVIDES SANTOS, Diego, "Hacia un Derecho Procesal de Familia", disponible en: <http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revistasalasegunda/>, p.3

justicia, de la forma menos traumática posible siendo de vital importancia el papel conciliador de todos los involucrados en el proceso familiar de modo tal de propender a que las propias partes accedan a la solución consensuada del conflicto.

No se puede olvidar que quien imputa su autoridad por el respeto ganado a través de actuaciones serias, comprometidas, relevantes y útiles goza de mayor posibilidad de éxito que quien la despliega desde la imposición, la cita legal sin argumentación razonada ni razonable, el dogmatismo estéril y la ausencia de compromiso con el dolor ajeno¹⁴⁰.

Dada la necesaria flexibilización que debe permear al proceso de familia es necesario que el juez de familia se acerque más al caso y a la prueba; contando los jueces con amplios poderes en orden a la dirección e impulso de los procesos y a la iniciativa probatoria.

En el proceso civil de corte dispositivo, el impulso de los trámites, la aportación de los hechos y la iniciativa probatoria se atribuyen como carga a las partes y el juez, le está vedado considerar hechos o medios de prueba que no fuera aportados por las partes, tendrá por ciertos los hechos no controvertidos por los litigantes y; limitándose por el principio de congruencia¹⁴¹, no debe resolver ni ultra ni extra *petita*; si bien este es el eje rector, en el proceso familiar, se admite la flexibilización de la congruencia, pero para ello se exige el sinceramiento y la motivación suficiente del apartamiento de la regla, explicando por qué el corrimiento conduce a la "respuesta justa". La fundamentación debe, además, y de modo inexcusable, argumentar la no afectación a la garantía de la defensa¹⁴².

En la persecución de la efectividad de los resultados, el juez puede y debe adoptar medidas eficaces, urgentes y transitorias, a través de un accionar prudente, activo y oportuno adoptando disposiciones que son verdaderas medidas cautelares, urgentes, de prohibición y prevención, de cumplimiento efectivo bajo mandato judicial.

¹⁴⁰BENAVIDES SANTOS, Diego, *Axiomas del Derecho Procesal de Familia...Cit.*, p.12

¹⁴¹El principio de congruencia es circunscribirse a lo alegado y probado.

¹⁴²GONZALES de VINCEL, Mariela, *"El rol del juez de familia en el Código...cit.*, p.13

La integración multidisciplinaria confirma que no solamente el derecho abastece de lógica y razonabilidad a la función jurisdiccional. Necesariamente el magistrado debe recurrir al auxilio de otras áreas vinculadas con el conocimiento profundo del ser humano, sus relaciones y manifestaciones.

Así, la medicina, la psiquiatría, la psicología, la psicopedagogía, la asistencia social, la sociología, entre otras ciencias, constituyen valiosos elementos que concurren para formar las decisiones dictadas a lo largo del proceso. Esto nos hace reflexionar acerca de las profundas transformaciones por las que hoy en día atraviesa la familia y por las que, cada vez más se requiere realizar una encomiable labor jurídica de reflexión pues las dificultades generan la aparición de nuevos modelos de conducta que obligan a los juristas a repensar la legislación específica y sus principios centrales ante la necesidad de garantizar la tutela uniforme de los derechos fundamentales de cada persona sin descuidar el interés familiar.

Sin dudas, se impone un cambio de paradigma en el rol que le cabe desempeñar a un magistrado desde el derecho de familia; esto vinculado a su papel activo en el justo y acorde trámite del proceso y no como un mero espectador hasta la etapa del pronunciamiento; así como por las mayores potestades que le confieren una actuación diferenciada respecto de los magistrados de otros fueros.

Un buen juez de familia se comprueba ciertamente por su calidez humana, solidez técnica, una ética particular respecto de los individuos fragilizados, y una condición de liderazgo no exenta de humildad, pues todo ello le permitirá, sumado a la experiencia, advertir y prevenir los conflictos ocultos tras los explícitos que se formulan en los escritos inaugurales de la instancia¹⁴³.

La actividad jurisdiccional requiere de jueces probos, éticos, que utilicen el proceso para arribar a la justicia del caso, con una razonada aplicación del derecho (ley, principios, valores, usos y costumbres), que sean creativos en su utilización, y en sus soluciones sean capaces de valerse de la interpretación extensiva de la norma en función de valores superiores, de ser el caso.

¹⁴³*Ídem*. p.11

El sistema judicial debe convertirse en un instrumento más para la defensa efectiva de los derechos de las personas, especialmente de aquellas en condición de vulnerabilidad (niños, niñas y adolescentes; mujeres; personas ancianas, personas con discapacidad, etc.). En los juicios de familia resulta fundamental actuar de manera conciliatoria y bregar por la autocomposición de los conflictos, ya que nadie mejor que los propios integrantes de la familia – quienes realmente conocen la dinámica de su familia y la situación de cada uno de sus miembros- para decidir qué es lo más conveniente para sus intereses¹⁴⁴.

Actualmente en Cuba, la mayoría de los procesos que se tramitan en la jurisdicción civil de los Tribunales de Justicia, son asuntos de índole familiar, que conocen los jueces de lo civil y aplican las normas procesales civiles, caracterizadas por la prevalencia del principio procesal de la escritura con relación a la oralidad, amén de los formalismos y formulismos que signan a un proceso en que se dirimen enconadas controversias, luchas entre partes y que casi siempre tienen el sello patrimonial inherente al Derecho Civil¹⁴⁵.

Empero de que en jurisdicciones civiles los conflictos de familia han sido y son aún tramitados con las pautas de proceso para la materia civil, los requerimientos de la materia imponen en la aplicación de la ley positiva clásica una optimización a la luz de los principios específicos y propios de la materia familiar. Aunque lo óptimo es la creación de fueros específicos, su inexistencia no es óbice para que los asuntos sean tratados por los mismos jueces con competencia en asuntos civiles y pautas procedimentales de carácter dispositivo, pero respetando aquellos principios.

“Un futuro Derecho Procesal de Familia en Cuba no puede desentenderse totalmente de las tradicionales normas y principios que rigen el procedimiento civil, por lo que en la búsqueda de rigurosidad en la implementación de una expectante reforma legislativa, básicamente habrán de ampliarse las fórmulas procesales en las que predomine el papel conciliatorio del juez, de tal suerte que la nueva cosmovisión del trabajo con familias en conflicto requiere, en

¹⁴⁴ABATE, Andrea Viviana, “El rol del juez de familia en la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas”, en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Argentina, p.7

¹⁴⁵ÁLVAREZ TORRES, Osvaldo M., “El Proceso Familiar en Cuba...”cit., p.13

primer orden de una adecuada preparación para administrar justicia con tal prioritario carácter, y total apego a los principios jurídicos, éticos y espirituales que rigen el proceso”¹⁴⁶.

El Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba aprobó la Instrucción 216 de 17 de mayo de 2012, dejando sin efecto la Instrucción 187, puntualizando o incorporando aspectos referidos al modo de proceder respecto a la comparecencia a que se contrae el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), el momento en que procede el llamamiento al proceso de terceros con interés legítimo; el modo de proceder para la escucha del menor; la participación del Ministerio Fiscal en estos procesos; las previsiones que deben atenderse para la constitución y el funcionamiento en cada territorio del equipo multidisciplinario; la necesidad de mecanismos que aseguren el ulterior cumplimiento de las obligaciones declaradas por resolución firme, mediante un sistema cautelar propio que incluya la actuación oficiosa de los tribunales y la solicitud a instancia de las partes involucradas, además de la posibilidad de adopción de tutelas urgentes, dada la connotación de los intereses que se protegen; y específicas previsiones para el caso de la ejecución forzosa de lo decidido en firme, para lo cual se debe partir de una visión integradora y armónica del ordenamiento vigente.

A tenor de dicha instrucción, basándose en el artículo 42 de la LPCALE, el tribunal convocará a los interesados a una comparecencia, fomentando el diálogo constructivo mediante la actividad conciliatoria, la cual, como estado alternativo de resolución de conflictos es un instrumento idóneo para desactivarlo, donde el tribunal, actuando como un tercero imparcial, lleva a cabo un proceso de negociación asistida, auspiciando un proceso de encuentro directo entre las partes para llegar a la resolución de sus divergencias, facilitándoles el camino mediante un modelo de comunicación no adversarial, regulado por normas de respeto y empatía entre las partes; o sea una oportunidad real de pacificar la contienda y finalizar el conflicto a través de un procedimiento en que las partes salen más satisfechas con la solución.

¹⁴⁶JONES MORRINSON, Olga L.; Comunicación al XV Encuentro Internacional de Derecho de familia, México, 2008. En: Memorias digitales de la V Conferencia Internacional de Derecho de Familia, La Habana, 2009.

La posibilidad de convocar a audiencia, a partir del principio de inmediación y de la oralidad, previene la escalada de virulencia que la frustración propia del proceso de desapego afectivo puede conllevar, y un magistrado o magistrada entrenado convenientemente podrá fortalecerse en los puntos de coincidencia, trabajar sobre ellos, y colaborar en la formulación de acuerdos duraderos. No debe olvidarse, sin embargo, que deberán soslayarse actitudes omnipotentes, recurriendo tanto a la colaboración interdisciplinaria como a la de los abogados de las partes, de singular incidencia en estas cuestiones¹⁴⁷.

El objetivo de la conciliación en materia familiar no es solamente que las personas puedan llegar a un acuerdo sino que éstos sean duraderos y estructurados, de forma que puedan incluir a los miembros de la familia y que sean factibles de cumplir, generando un alto nivel de satisfacción; además de que cumple una tarea docente al explicar y clarificar a los involucrados acerca de sus derechos y obligaciones; por lo que el lenguaje utilizado entre el funcionario interviniente y las partes es sencillo y coloquial. Su fin es dar una pronta respuesta al conflicto y evitar los efectos devastadores que genera en todo el grupo conviviente y que puede transformarse en violencia material o moral¹⁴⁸.

La conciliación, en el moderno proceso de familia, se impone como principio, esto es un poder-deber que debe ejercer el juez u otros funcionarios judiciales, con insistencia a lo largo de todo el trámite; así como también actúa como una herramienta polifuncional o plurivalente. Puede operar tanto respecto de la cuestión de fondo o sobre los accesorios o conexas, achicando el marco del litigio¹⁴⁹.

En un inicio, aunque se utilice como un instituto preventivo en una etapa prejurisdiccional (a fin de que se actúe ante la litis para obtener su pacificación temprana antes que se agudice), la actividad conciliadora se incluye en todas las instancias del procedimiento y; a pesar de que no todas las materias son susceptibles de conciliación puede abordarse el tratamiento de cuestiones conexas o periféricas que achicará el marco de la litis.

¹⁴⁷GONZALES DE VINCEL, Mariela, *“El rol del juez de familia en el Código Civil y Comercial”*, disponible en <http://www.infojus.gov.ar>, 2015, p. 11

¹⁴⁸FERREYRA de la RÚA, Angelina, *El Proceso de Familia...cit.*, p.13

¹⁴⁹*Ídem.* p.12

Las partes, los abogados y demás intervinientes en el proceso familiar deben cumplir un papel de colaboradores con la funcional administración de justicia. Hemos señalado que la comunicación asertiva más no adversarial debe prevalecer en el proceso familiar. El conflicto, el asunto que está en manos del tribunal debe ser el foco de atención, en forma integral y transdisciplinaria. Los intervinientes deben enfocarse en la resolución efectiva del asunto, sin enfocarse en ataques personales. No deben incurrir en omisiones, obstaculizaciones, conductas mendaces o fraudulentas, antes bien, existe un deber ético de hacer los planteamientos en forma integral, constructiva y respetuosa¹⁵⁰.

La utilización de medios alternativos o vías paralelas para la solución de conflictos entre los participantes del proceso son caminos que deberían tomarse como primera opción, siempre que se pueda, para evitar la senda del litigio judicial; y no es cuestión de desjudicializar el colegio que representa la opinión de consuno de los tribunales de justicia, sino el ajuste de la mente de quienes asesoran en un ambiente de cultura de paz, de no controversia, de solución extrajudicial.

En definitiva, es a través de la conciliación, que se logra abordar el problema familiar en forma integral y por ello, una nueva visión de este medio para resolver los conflictos, urge para la niñez y adolescencia, la medida que su acceso a la justicia, mediante la oralidad, es una alternativa viable para garantizar el pleno goce de sus derechos y se evita la posibilidad de dejar huellas imborrables en la relación futura.

La Convención Sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 12 que *“a los niños que estén en condiciones de formarse un juicio propio, los estados garantizarán el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniendo en cuenta debidamente sus opiniones en concordancia su edad y madurez y con ese propósito, tendrá la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea por medio de un representante o de un órgano apropiado”*.

¹⁵⁰BENAVIDES SANTOS, Diego, *Axiomas del Derecho Procesal de Familia...cit.*, p. 41

En justa concordancia con la Convención, la Instrucción 216, establece que, en caso necesario, el tribunal escuchará al menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniendo en cuenta su capacidad progresiva.

La concepción de “ser oído” presenta una diferencia conceptual con “ser escuchado”; ser oído implica fundamentalmente un trámite del que no se sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída; sin embargo, el concepto de escucha en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño es mucho más exigente, ya que además de atender a lo escuchado ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño.

La Instrucción 187 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, modificado por la Instrucción 216 como se refirió anteriormente, introdujo la intervención de un equipo técnico asesor multidisciplinario en el proceso familiar, o sea, una estructura compuesta por profesionales no juristas provenientes de las Ciencias Médicas, Psicológicas, Pedagógicas, Sociológicas, que posibilita el acceso a los jueces a criterios profesionales especializados en diversas materias y los auxilien para determinar la mejor solución del conflicto.

Los informes realizados por estos equipos multidisciplinarios no son meros medios de prueba, sino son medios fundamentales y valiosos que tienen utilidad de servir de apoyo a los juzgadores familiares y además son confidenciales, solamente tienen acceso a ellos el juez, las partes y sus representantes de ahí la consideración de que no son peritos sino auxiliares imprescindibles que completan la capacidad del juez para mejor resolver, para impartir una justicia de excelencia-, dado que no podrá dárseles publicidad alguna ni extenderse por el actuario judicial certificación alguna de los particulares que resulten de sus indagaciones.¹⁵¹

En este marco se diseña *el juez de los nuevos tiempos*, que no es precisamente el juez espectador, puro, ahistórico, neutro, sin ninguna relación con lo extrajurídico, confinado en el expediente, al servicio de principios abstractos y en contacto sutil con el mundo de las esencias por su calidad de juzgador independiente e imparcial, sino el *juez protagonista*, que dialoga con

¹⁵¹ÁLVAREZ TORRES, Osvaldo M., *El Proceso Familiar en Cuba: necesidad...cit.*,p.33

las partes y que tiene frente a él a los autores del drama y los acompaña, que reconoce –porque honra a la persona como centro y fin del derecho- que la construcción de su sistema de comprensión debe ser interdisciplinario para poder atender al contexto de la persona y a sus especialísimas circunstancias - a las que ha de acceder a partir del trabajo en equipo¹⁵², que le permitirá organizar una estrategia útil, entendida como una solución actual y previsor¹⁵³.

La carencia de una visión interdisciplinaria en la que el derecho, como saber, interactúe con otros saberes, coloca al juez en un estado de aislamiento, que reduce su nivel de comprensión. La inapetencia de otros conocimientos y la incapacidad para construir una adecuada comunicación interdisciplinaria tornan al juez en un ser puro y solitario, que conoce bien la ley y su relación con los autos, *“pero desconoce la relación de los autos con la realidad. No sabe apretar y exprimir los procesos hasta que ellos destilen la sociedad, la violación de derechos humanos, personas que sufren, personas con hambre”*¹⁵⁴.

La mentada Instrucción, entre las medidas cautelares que ampara, se encuentra de particular relevancia la asignación de la custodia provisional del niño, niña o adolescente, a uno de los padres, a abuelos y, excepcionalmente, a otras personas mientras dure el proceso.

La implicación de los abuelos en el ejercicio de la guarda y cuidado de los nietos “se explica por el aumento de la inestabilidad familiar, el debilitamiento de los vínculos paterno-filiales que a veces conlleva la separación de los hijos, las dificultades asociadas a la crianza de los hijos en hogares coparentales, así como la propia disponibilidad personal de aquellos de hacerse cargo de dichas

¹⁵²HERRERO, Luis R., *El derecho procesal de la seguridad social, el proceso organizacional y las nuevas formas de tutela de mérito inmediata y definitiva (autosatisfacción) y provisoria (anticipación)*, J.A. 2001-IV, fascículo 6, 2001, pp.10-11.

¹⁵³PEYRANO, Jorge W., *El perfil deseable del juez civil del siglo XXI*, J.A., 2001-IV, fascículo 2, 10 de octubre de 2001, Doctrina, ps.3 a 11. Preferencia por una justicia preventiva, TINANT, Eduardo L., *En torno a la justificación de la decisión judicial*, LL, 1997-E, Doctrina, p.1395.

¹⁵⁴SILVA FRANCO, Alberto, *“O perfil do juiz nasociedadeem processo de globaliza”*, en *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, pp. 99 a 111. El autor cita a Boaventura de Souza Santos, *Que forma para osjuízes nos dias de hoje?*, em Revista do Ministério Público, nº82, Lisboa, 2000,pp. 7 a 25.

funciones, a consecuencia de la prolongación de la vida y de la mayor calidad que ésta hoy tiene en edades avanzadas”.¹⁵⁵

De esta forma los abuelos desempeñan su papel tradicional de ayuda a los progenitores y de transmisión generacional de valores y también los roles sustitutivos de los parentales, que pueden servir de importante factor de cohesión y estabilidad.

La impronta que ha significado el rol de los abuelos en la pervivencia de la familia como institución en las diversas sociedades es reconocida en todas las latitudes, y aunque a tenor de la Instrucción 216, solamente se les podían otorgar la guarda provisional únicamente en caso de conflicto, mientras dure el proceso, cuando no sea conveniente dejar al menor a los cuidados de los progenitores; sin embargo actualmente se han pronunciado sentencias favoreciendo a los abuelos cuando así lo ameriten las circunstancias y sea lo más beneficioso para el menor, ejemplo de ello lo constituye la sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular¹⁵⁶ en la que, declara Con Lugar un recurso de casación, otorgando la guarda y cuidado de dos infantes a su abuela, disponiendo que:

“(…) sus 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

¹⁵⁵FERRER, Iriba, “Comentario a la Sentencia de 29 de marzo de 2001” (Atribución judicial de la guarda y custodia de una menor a sus abuelos maternos). CCJC, no. 50, ene-mar. 2002. P. 73

¹⁵⁶Sentencia No. 204 de 31 de marzo del año 2017 dictada en el expediente No. 135 de 2017, Casación Civil, Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, siendo juez ponente Yanet Alfaro Guillén.

ambos padres, tiene en la satisfacción de las necesidades de la vida diaria de las hijas (...)"

Además expone que los tribunales que juzgaron con antelación este caso: "han estimado las limitaciones del derecho positivo nacional como verdaderos obstáculos para la emisión de pronunciamiento concesionario del cuidado a favor de abuelos, atendiendo a la preeminencia de la aplicación de 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 caso."

Valorando este caso, los tribunales han otorgado la guarda y custodia a un tercero, a la abuela materna, en un proceso donde ambos progenitores, por libre voluntad se encuentran residiendo de forma permanente en otro país por lo que ninguno de ellos podía, de forma inmediata, atender a sus hijas en las necesidades de la cotidianidad, ni asistirles en momentos de enfermedad o brindarle el amor necesario para su correcto desarrollo psíquico y físico. En esta sentencia se hace una ajustada crítica a las interpretaciones restrictivas de las normas positivas que en muchos casos pone en tela de juicio si realmente se está tomando la decisión correcta pensando en lo que sería más conveniente para los menores.

Decisión similar ante situación distinta pero primando la tipicidad del artículo 89 del Código de Familia cubano en cuanto a la excepcionalidad del asunto y atendiendo también a su posición protectora en pos del respeto y bienestar y desarrollo óptimo de los infantes, proveyendo también a la familia de la debida protección como núcleo fundamental de la sociedad en correspondencia con los derechos reconocidos en la mentada Convención de los Derechos del niño, entre ellos el supra interés superior del niño, por encima de cualquier otro interés igualmente legítimo, se dictó la sentencia No. 541, en Boyeros el 19 de octubre de 2017¹⁵⁷.

¹⁵⁷Sentencia No. 541 de 19 de octubre del año 2017 dictada en el expediente No. 344 del 2017, Sección de Familia del Tribunal Municipal Popular de Boyeros, siendo juez ponente Gretchen Amaya Linares.

En esta sentencia se otorgó la guarda y cuidado a la abuela materna, quien ostentaba la guarda de hecho de sus tres nietos, conjuntamente con su pareja, a la que los niños le llamaban madrina; ya que la madre de los menores había fallecido y el padre era un padre ausente tanto antes de morir la progenitora como después del suceso, incluso durante el juicio, el padre no mostró mayor interés en el proceso que presentar su formal allanamiento, negándole al tribunal la oportunidad de interactuar con él en el acto de la comparecencia como en la confesión judicial, porque en ningún caso se presentó.

El Tribunal falló a favor de la promovente porque fue quien “le hizo frente a la crianza de sus nietos ante la falta de la madre y la ausencia del padre, quedándose demostrado que lo que se hace con mucho amor, dedicación y esmero, logrando mantener la estabilidad emocional de los mismos, ocupándose de los temas médicos, escolares, en fin, de todo lo que concierne a todos estos pequeños (...)”¹⁵⁸

2.3.1 Necesidad del control judicial de los asuntos de naturaleza familiar.

Carlos Manuel DÍAZ TENREIRO¹⁵⁹, presidente de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular expresó: “la inobservancia de las sentencias resquebraja sin dudas la institucionalidad, la disciplina social y contribuye a la impunidad, pues nadie está facultado para infringir las leyes, ni personas naturales ni jurídicas. “Pero me atrevo a decir que en Cuba no hay tal situación, porque los ciudadanos tienen la posibilidad de obtener judicialmente un veredicto favorable y de que este se cumpla, empleando para ello los mecanismos dispuestos por la Ley, aunque su diseño en ocasiones alargue el proceso”.

En Cuba, como en el resto de las distintas naciones, existen leyes donde se regulan y se reconocen los derechos de sus ciudadanos conforme a los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado Cubano expresados en la Constitución de la República, para lo cual no basta que el órgano

¹⁵⁸ *Ídem.*

¹⁵⁹CASTRO MORALES, Yudy, “Sentencias, dilaciones... mellas en la institucionalidad”, en <http://www.granma.cu/cuba/2015-02-12/sentencias-dilaciones-mellas-en-la-institucionalidad>, 2015, p.2

encargado de impartir justicia (Tribunal) acceda a la concesión o reconocimiento de ese derecho subjetivo o material, a través de la correspondiente resolución judicial, sino que es necesario su real materialización, lo que se posibilita cuando el destinatario de ese derecho logra su efectiva realización.

Para todos los operadores del derecho, específicamente para los jueces, ha constituido siempre una preocupación la ejecución de sentencias firmes y autos aprobando transacción acordada por las partes, precisamente en aras de garantizar y materializar el derecho concedido o reconocido a quien fue parte en determinado proceso, lo que a nuestro criterio en ocasiones se ve dificultado por las propias regulaciones legales vigentes además de las problemáticas concretas y reales que se evidencia en los tribunales, lo que no siempre constituyen la solución más feliz a dichos fines de los interesados.

Tal vez, uno de los procesos que en el ámbito jurisdiccional presenta mayor ahogo en la práctica es el de ejecución de sentencias, las que tienen por sus efectos, una importancia singular.

La función jurisdiccional del Estado asegura la realización del orden jurídico por medio de la aplicación del derecho objetivo, lo cual se traduce en tutela y seguridad (como valores instrumentales) de los derechos de los particulares del propio Estado¹⁶⁰.

Esta actividad o función tiene una doble connotación: la realización del juicio o del proceso, cuya culminación es la sentencia; y la ejecución del fallo judicial que voluntariamente no se haya cumplido por quien estuviera obligado a ello¹⁶¹. De esto se deduce que la ejecución de las resoluciones judiciales puede ser cumplida voluntariamente, en el primer caso, cuando el obligado la hace efectiva, y en segundo caso, involuntariamente, constituyendo la llamada ejecución procesal¹⁶², con distintos procedimientos que tienen por finalidad la realización de acciones materiales por parte de los tribunales para que se acate

¹⁶⁰DUJARRIC HART, Rafael y Carlos M., DÍAZ TENREIRO, "Ejecución de las sentencias", Revista Cubana del Tribunal Supremo Popular, ISSN 1810-0171 Publicación semestral, Nro. 6, año 4, marzo de 2006,p.42

¹⁶¹ PRIETO CASTRO, Leonardo, «Cuestiones de Derecho Procesal»; ED. Reus; España; 1947; p. 208.

¹⁶²CIPRIANO GÓMEZ Lara; «Derecho Procesal Civil»; Ed. Harla; México; 1991; p. 243.

lo dispuesto, en primerísimo lugar la fuerza, «socialmente organizada e institucionalizada (el poder)¹⁶³.

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO¹⁶⁴, en su obra *La Teoría General del Proceso y la Enseñanza del Derecho Procesal*, sostiene que la ejecución, debe entenderse como“(...) la materialización de lo ordenado por el Tribunal a efecto de que tenga cumplimiento en la realidad (en lo fáctico), lo establecido en la sentencia”, por lo que coincidiendo con *DUJARRIC HART* y *DÍAZ TENREIRO*¹⁶⁵, el acto de ejecución contiene revestimiento procesal, por cuanto los tribunales, en la ejecución de sus resoluciones, deben adoptar determinadas reglas de orden público que, de incumplirlas, quebrantarían la legalidad imperante, lo que está prohibido.

En este mismo orden *Eduardo Couture*¹⁶⁶, refiriéndose a este mismo aspecto, afirma que “la actividad ejecutiva es actividad jurisdiccional. Los órganos de la jurisdicción no pierden en ningún momento, dentro de ella la actividad cognoscitiva (...); pues en el orden del derecho, ejecución sin conocimiento es arbitrariedad; conocimiento sin posibilidad de ejecutar la decisión significa hacer ilusorios los fines de la función jurisdiccional”.

La ejecución de una sentencia es el conjunto de actos que, de manera voluntaria, realiza determinada persona (natural o jurídica) con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto por un órgano jurisdiccional; y, en caso de negativa del obligado a cumplirla, el conjunto de actos procesales que realiza el tribunal a instancia de parte, a fin de compelerla al cumplimiento por medio “del uso de la fuerza pública”¹⁶⁷, en caso de ser necesario¹⁶⁸.

De este concepto se colige que la ejecución de una sentencia se puede acometer de dos formas, voluntaria o involuntariamente, trayendo consigo esta

¹⁶³ÁLVAREZ LEDESMA, Mario, “Introducción al Derecho”, Ed. Mac Graw Hill, México, 1995, p. 12.

¹⁶⁴ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, “Teoría General del Proceso y Enseñanza del Derecho Procesal”; Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal; México; 1960; p. 24.

¹⁶⁵DUJARRIC HART, Rafael y Carlos M., *DÍAZ TENREIRO*, “Ejecución de las sentencias”, cit., p.43

¹⁶⁶COUTURE, Eduardo J, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Ed. de Palma, México, 1993, p. 443.

¹⁶⁷Cfr.; Boletín del Tribunal Supremo Popular; Año 1987, Ac. 82; Dictamen 274 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular; Cuba; 1987; pp. 31 y siguientes.

¹⁶⁸DUJARRIC HART, Rafael y Carlos M., *DÍAZ TENREIRO*, “Ejecución de las sentencias”, cit., p.44

última el uso de la fuerza como expresión del poder “(...) que es más general y más basto que la fuerza, que contiene mucho más y no es tan dinámico y que incluso refleja una cierta medida de paciencia (...)”¹⁶⁹.

De los artículos 473¹⁷⁰ y 474¹⁷¹ de la LPCALE se desprenden los tres presupuestos esenciales para la ejecución de las sentencias civiles en Cuba, el primer requisito es que la sentencia sea firme¹⁷², el segundo es el que trata de una obligación del interesado para solicitarlo al tribunal y, según el derecho positivo vigente, recibe el nombre de ejecución de sentencia promovida a instancia de parte, determinando así, que esta no puede disponerse de oficio. El tercer requerimiento es aquel que tiene que ver con el órgano competente para ello, es decir el tribunal que conoció del asunto en primera instancia y que, en nuestra opinión, dejó de ser imparcial, pues en su sentencia se pronunció a favor de una de las partes por la aplicación del derecho objetivo, lo que obliga a pensar que el fin del proceso para este no será exclusivamente la tutela del derecho subjetivo de la parte que hubo de interesar la declaración de una sentencia a su favor, si no, además y como se ha expuesto, la materialización del derecho objetivo que se administra en nombre del pueblo de Cuba.

Con respecto a las formas de ejecución, pueden ser múltiple en dependencia de la declaración de condena que contenga la resolución y, tratándose de una voluntaria, se consumará con estricto apego a lo dispuesto.

En lo que a la involuntaria respecta, el órgano jurisdiccional en su fallo se atenderá a la pretensión oportunamente deducida por la parte interesada y, de conformidad con las pruebas practicadas y las normas jurídicas, pronunciará su sentencia. Desde luego, la resolución que dicte puede ser de muy diversas maneras, de ahí la necesidad de que la ejecución se adecue al pronunciamiento realizado. En consonancia con lo anterior, la tantas veces mencionada Ley Procesal, en el título I de su Libro Tercero, reseña las variadas formas que puede adoptar la ejecución de las sentencias –de manera

¹⁶⁹Álvarez LEDESMA, Mario I. “Introducción al Derecho ...”cit., p.13

¹⁷⁰ARTÍCULO 473 de la LPCALE:” La sentencia firme y la transacción aprobada judicialmente, se ejecutarán en el mismo proceso en que se hayan dictado o aprobado”.

¹⁷¹ ARTÍCULO 474 de la LPCALE: “Firme que sea una sentencia, se procederá a su ejecución, siempre a petición de la parte interesada por el Tribunal que hubiere conocido del asunto en primera o única instancia”.

¹⁷²Sentencia firme es aquella contra la cual no cabe recurso alguno o sobre la que, aun procediendo, no ha sido establecido por las partes, o sea, tiene carácter de cosa juzgada.

voluntaria y de carácter civil– que guardan una relación estrecha con el tipo de ejecución que habrá de efectuar¹⁷³.

En opinión de DÍAZ TENREIRO¹⁷⁴, en la rendición de cuentas que el Sistema de Tribunales ofreció a la Asamblea Nacional del Poder Popular, en junio del 2007, marcó un punto de giro hacia un mejor desempeño en estas cuestiones. Allí se abordó la necesidad de implementar medidas que tributaran a la materialización eficiente de las decisiones judiciales.

“Desde entonces se ha logrado allanar el camino en los casos referidos a la entrega de un bien, al hecho de hacer o de no hacer, al pago de alimentos u otras prestaciones periódicas, entre otros, aunque los mejores resultados conciernen a los asuntos de Familia (...) En este particular puede intervenir un equipo multidisciplinario compuesto por psicólogos, pedagogos y otros especialistas, en aras de encauzar los procesos de manera pacífica para salvaguardar, principalmente, la integridad de los niños (...) Sin embargo, no deben obviarse los conflictos donde la propia naturaleza compleja de las relaciones humanas torna más difícil la impartición de justicia y, sobre todo, la consumación de los fallos (...) Cuando se trata de una condena penal, los ciudadanos no pueden resistirse. Pero las sentencias de índole Civil o de Familia están estrechamente vinculadas a la voluntad de hacer de las personas, a su disposición de acatar lo establecido. Pese a ello, tales conductas no pueden convertirse en pretextos recurrentes o justificaciones que dilaten o impidan la ejecución de una sentencia, a la vista de quienes están obligados a hacerla cumplir dentro de los términos fijados (...).”

Dicha afirmación confirma que ante la omisión procesal de tipo familiar no existen mecanismos certeros que compelen al obligado a ejecutar de inmediato la resolución firme, situación que repercute en los intereses tanto de índole personal como patrimonial de los menores de edad.

En asuntos donde se le conceden facultades a terceros no titulares de la patria potestad, amparado en la excepcionalidad que marca el precitado artículo 89 del Código de Familia cubano y la aplicación de los preceptos previstos en la Convención de los derechos del niño, de la cual Cuba es signataria, es imprescindible crear mecanismos judiciales efectivos encaminados a chequear

¹⁷³DUJARRIC HART, Rafael y Carlos M., DÍAZ TENREIRO, “Ejecución de las sentencias”, cit., p.45

¹⁷⁴CASTRO MORALES, Yudy, “Sentencias, dilaciones... mellas en la institucionalidad”, cit., p.3

el cumplimiento de la resolución firme que en su día se dictó, siendo trascendental que los jueces de familia alcancen la especialización que merece los asuntos que se someten a su consideración.

Es criterio de la autora que siendo el Fiscal una parte imprescindible en asuntos de esta naturaleza, puede ser este el encargado de chequear el cumplimiento de la decisión judicial a que se arribe, pues dada su condición de parte puede, de oficio, ante cualquier anomalía detectada promover nuevamente el asunto, siempre velando porque prime el bienestar de los niños que son la propia esencia de esta decisión.

Conclusiones:

1. La familia ha estado envuelta en procesos de cambios, sin que eso signifique su fin, todo lo contrario, actualmente se han desarrollado otras tipologías familiares que han derribado con la tradicional familia nuclear y que, por las transformaciones que han operado a nivel mundial han tenido incidencias directas en nuestro país.
2. La familia ensamblada en Cuba es una realidad, y diversos factores propician su surgimiento y desarrollo entre los que se encuentran; el

empoderamiento de la mujer, la intensificación del flujo migratorio, el elevado índice de divorcialidad paralelamente con el aumento de las uniones consensuales y la pérdida de valores familiares; sin embargo es prácticamente nulo su tratamiento en nuestras legislaciones, quedando desprovista del reconocimiento y protección por parte del Estado.

3. No existe para el progenitor afín un rol con carácter absoluto, en tanto son muchos los factores que inciden en las funciones que este puede desempeñar, debe quedar sentado que no se trata de sustituir los roles de los padres, titulares de la responsabilidad parental, sino asumir una función complementaria, colaborativa e incluso, en ocasiones, de carácter subsidiario, atendiendo siempre a la protección de los intereses y el bienestar de los niños, siendo esta la base para crear un estatuto para el progenitor afín que le permita ser miembro activo de esta nueva constelación familiar.
4. Pueden ser varias los presupuestos fácticos que conducen a la concesión de la guarda y cuidado a favor del progenitor afín, sin embargo son esenciales en consideración de la autora la convivencia estable y permanente entre los miembros de la familia, la necesidad de atender a los pronunciamientos del menor en cuanto a la relación familiar, teniendo en cuenta la capacidad progresiva del mismo y la autonomía que debe caracterizar a cada núcleo familiar.
5. Se impone la implementación de un proceso de naturaleza familiar encaminado a tramitar, con la especialización que requiere en la figura de los jueces los asuntos que en esta sede se ventilan, atendiendo a la fragilidad y envergadura de los mismos, precisando de la efectividad de su cumplimiento cabal, en tanto retomando nuestros preceptos constitucionales es la familia la célula fundamental de la sociedad.

Recomendaciones:

Al Ministerio de Justicia:

- Priorizar el proceso de actualización del Código de Familia; incluyendo en su anteproyecto final la modificación del concepto tradicional de familia, ampliando el mismo, para incluir a las distintas modalidades existentes en la sociedad cubana, proporcionándole a todas un reconocimiento homogéneo; así como también el reconocimiento legal de la figura del progenitor afín, sus funciones dentro del núcleo familiar y los presupuestos que deben existir a la hora de considerar al progenitor afín como un guardador del menor.

A la Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades, en especial al Departamento de Derecho de la Universidad de Matanzas:

- Que la actual investigación esté disponible para todas las personas que deseen investigar y desarrollar el tema en cuestión. En este sentido, puede aportar a la labor de servir como material bibliográfico actualizado respecto al objeto de investigación que nos ocupa así como otros adyacentes relacionados con esta temática.

A los Medios de Comunicación Masiva y a la Federación de Mujeres Cubanas:

- Que desplieguen un papel más activo en cuanto a la creación de conciencia de todos los individuos de la sociedad postulando la inclusión y equidad de todas las tipologías familiares, reconociendo que ellas desarrollan las mismas funciones que la familia nuclear y que constituyen un acervo de enseñanzas y bienestar material y moral para todos sus integrantes. Es necesario también trabajar en la supresión de los estigmas creados entorno a los padrastros, primeramente cambiando este vocablo a progenitor afín, y otorgarle el papel que se merece por su función dentro de la familia, siendo merecedor del reconocimiento social.

Bibliografía:

I Fuentes Doctrinales:

- ABATE, Andrea Viviana, “El rol del juez de familia en la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas”, en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Argentina.
- AJA DÍAZ, Antonio: “Cuba: país de emigración a inicios del siglo XXI”, Anuario Digital CEMI, Universidad de La Habana, 2006, e n: <http://www.uh.cu/centros/cemi/index.htm>
- MESA CASTILLO, Olga, “*Acerca del principio constitucional de la familia como núcleo esencial*”, XI Congreso Internacional de Derecho de Familia, Bogotá, 2000.

- *Anuario estadístico de Cuba 2015*, edición 2016, publicado por la Oficina Nacional de Estadísticas. Consultado en: www.one.cu el 15 de marzo de 2017.
- ALBUQUERQUE Jr., Roberto Paulino de. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. Jus Navigandi, Teresina, uol.com.br/>, 2007
- ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, “Teoría General del Proceso y Enseñanza del Derecho Procesal”; Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal; México; 1960.
- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario, “Introducción al Derecho”, Ed. Mac Graw Hill, México, 1995.
- ALESÍ, Martín B., “Deberes y derechos de los padres e hijos afines (Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada)”, Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015 Cita Online: AR/DOC/1305/2015.
- ÁLVAREZ TORRES, Osvaldo M., “*El Proceso Familiar en Cuba: necesidad de su implementación*”. Editorial Académica Española, 2011
- ARÉS MUZIO, Patricia, *La familia. Una mirada desde la Psicología*. Editorial Científico-Técnica, La Habana, 2010.
- ARELLANO RODRÍGUEZ, Perla Lucía, “La categoría jurídica del hijo afín a la luz del nuevo modelo de familia en el ordenamiento jurídico peruano”, Revista de Investigación Jurídica, IUS, Año IV N° 08, agosto - diciembre 2014.
- ARIZA, Graciela del Valle, *La guarda*, Alveroni, Córdoba, 2007.
- BAEZA CONCHA, Gloria, “*El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*”, Revista Chilena, Vol.2 N.2, 2001.
- BACH TORRE, Rosales, “El Reconocimiento y Protección de las Familias Ensambladas en nuestro Sistema Jurídico Peruano.” Perú
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel; “Obligaciones Civiles”; Tercera Edición; Ed. Harla; México; 1984.

- BETELU SEMINARIO, Virginia, *La guarda y custodia compartida de los hijos*, Universidad Pública de Navarra.
- BENAVIDES SANTOS, Diego, *Axiomas del Derecho Procesal de Familia*, Versión 7 de Noviembre de 2012, Costa Rica.
- Benavides Santos, Diego, *Hacia un Derecho Procesal de Familia*”, disponible en: <http://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revistasalasegunda/>
- Boaventura de Souza Santos, *Que forma para osjuízes nos dias de hoje?*, em Revista do Ministério Público, nº82, Lisboa, 2000.
- CANALES NETTLE, Patricia, *La Mediación Familiar, Conceptos Generales y Legislación Extranjera (Proyecto De Ley Argentino, Unión Europea, España -Cataluña-, Estados Unidos -California- Y Canadá -Ontario Y Quebec-)*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Nº 278, Julio de 2003, disponible en http://www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie_estudios/esolis/nro278/nro278.htm.
- CANO, María E. y Gabriela SARSER, “*Autoridad Parental Compartida luego de la separación de los progenitores. Derecho-Deber amparado por la Constitución Nacional en resguardo del Interés Superior del Niño*”, Editorial Abaco, 1985.
- CASTILLO MARTÍNEZ Carolina del Carmen, “*El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar*”. Revista SEPIN, No 25, septiembre, 2014.
- CASTRO MORALES, Yudy, “*Sentencias, dilaciones... mellas en la institucionalidad*”, en <http://www.granma.cu/cuba/2015-02-12/sentencias-dilaciones-mellas-en-la-institucionalidad>, 2015.
- CIPRIANO GÓMEZ Lara; «Derecho Procesal Civil»; Ed. Harla; México; 1991.
- COELHO SOARES, Laura C., “*Reflexión. Ser Padre, Ser Madre, Ser Padrastro Ser Madrastra: Aspectos Psicológicos y Jurídicos*”, Anuario de Psicología Jurídica Vol. 21, 2011.

- Colectivo de autores, *Metodología e investigación al servicio del Derecho*, Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, 2013.
- CONCEIÇÃO, Marcelo Moura, "Dois pais e uma mãe. A prevalência da paternidade sócio-afetiva". *Jus Navigandi*, Teresina, año 12, n. 1750, 16 abr. 2008. Disponible en: <http://jus.uol.com.br/>.
- CONSTANZA STREET, María, "*Las Familias Ensambladas En La Argentina Hacia El Año 2001.Des-Cubriendo Los "Tuyos, Los Míos Y Los Nuestros"*", Buenos Aires, 2001.
- CUZMA CÁCERES, Gissele, *Familias Ensambladas*, 1era edición, Guy editores E.I.R.L. Lima.
- COUTURE, Eduardo J, "*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*"; Ed. de Palma, México, 1993.
- CRUZ GALLARDO, Bernardo "*La guarda y custodia de los hijos en la crisis matrimoniales*" Editorial La Ley, 2012.
- DEL MAZO, Carlos G. "*La Responsabilidad Parental En El Proyecto De Nuevo Código Civil y Comercial De La Nación*", publicado en la "Revista de Derecho de Familia y de las Personas", Ed. La Ley, número correspondiente al mes de julio del año 2012, págs. 206/226.
- DELENSKI, Julie Cristine, *O novo direiyo da filiaçaog*, Editorial Dialéctica, Sao Pablo, 1997.
- DIAS, Maria Berenice. "Investigando a parentalidade". En: Revista do CEJ, n. 27, Brasília, out./dez. 2004, pp año 11, n. 1547, 26 set. Disponible en: <<http://jus>.
- DONISI, Carmine, *Limite all'autoregolamentazione degli interressi nel diritto di famigla*, en *Famiglia e circolazione giuridica*, Fuccilo, Guido(dir.), Corsico, Ipsoa, 1997
- DUPLÁ MARÍN, María T. "La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: del apéndice foral de 1925 al artículo 72 de la ley 13/2006 de Derecho de la Persona", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 717.

- DUJARRIC HART, Rafael y Carlos M., DÍAZ TENREIRO, “Ejecución de las sentencias”, Revista Cubana del Tribunal Supremo Popular, ISSN 1810-0171 Publicación semestral, Nro. 6, año 4, marzo de 2006.
- ESQUIBEL AGUILAR, José Karlo, “La necesidad de un marco legal sobre los hijos afines menores de edad dentro de una familia ensamblada en el Perú,” Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Escuela Profesional de Derecho, Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo-Perú, 2017.
- FERRÁS MORALES, Isabel M., “Determinación de guarda y cuidado de los hijos menores en Cuba”, Disponible en <http://www.gestiopolis.com/determinacion-de-guarda-y-cuidado-de-los-hijos-menores-en-cuba/>
- FERRANDO, GILDA. “Familias recompuestas y padres nuevos”, en: Revista Derecho y Sociedad. N.º 28, Lima, 2007, Año XVIII
- FERNÁNDEZ RUIS, Lourdes E., “La familia: retos de hoy”, edición 2013, No.1, publicado en Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores. Consultado en: <http://www.dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com>.
- FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio, *Diccionario de Derecho Público*, Edición Astrea, Buenos Aires, 1981, p108.
- FERREYRA de la RÚA, Angelina y María V., BERTOLDI de FOURCADE, *Régimen procesal del Fuero de Familia*, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- FERREYRA de la RUA, Angelina. “El Proceso De Familia. Principios Que Lo Rigen.”, en www.cuestiondederechos.org.ar.
- FERREYRA de la RUA, Angelina, “Aspectos Procesales De La Tenencia Y Del Régimen De Visitas”, disponible en <http://mbermudez>
- FERRER, IRIBA, “Comentario a la Sentencia de 29 de marzo de 2001” (Atribución judicial de la guarda y custodia de una menor a sus abuelos maternos). CCJC, no. 50, ene-mar. 2002.
- FLEITAS, Reina, “El pensamiento sociológico sobre la familia, el parentesco y el matrimonio” en Ana Vera Estrada (comp.) *La Familia y las Ciencias Sociales* La Habana: Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, 2003,

- FRANCISCO VARONA y Duque de Estrada, “Comentarios al Código de Familia”, Revista Cubana de Derecho, Año XI, no. 19.
- GOLDBERG, Beatriz, *Tuyos, míos, nuestros, Cómo rearmar y disfrutar la familia después del divorcio*, Editorial Grijalbo, Buenos Aires, 2000, p.29.
- GÓMEZ FRODE, Carina, *Derecho Procesal Familiar*, México, Editorial Porrúa, 2007
- GONZALES de VINCEL, Mariela, “*El rol del juez de familia en el Código Civil y Comercial*”, en www.infojus.gov.ar, 2015
- GONZÁLEZ LUNA, María Alejandra, “Los retos del Derecho ante las nuevas formas de familia”, Comentarios a la Jurisprudencia, Palestra del Tribunal Constitucional, Año 3, No. 03, Lima, Año 2008
- GONZÁLEZ LUNA, María Alejandra, *El Tribunal Constitucional y las nuevas formas de familia*, consultado en <http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2008/febrero/14/tc.htm>, en fecha 25 de noviembre del 2015
- GONZÁLEZ PERRET, Diana, “*La Participación De Los Niños/As y Adolescentes en los Procesos Judiciales en Materia de Familia.*”, publicado en Revista: “Justicia y Derechos del Niño” -3er. tomo UNICEF año 2002 – Argentina.
- GROSMAN, Cecilia P., MARTÍNEZ ALCORTA, Irene. *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, p.35,
- GROSMAN, Cecilia P., “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Pérez Gallardo, Leonardo B., *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006,
- GROSMAN P, Cecilia, MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, “Familias Ensambladas”, Buenos Aires, 2000.
- GROSMAN P, Cecilia. “*Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la Reforma del Código Civi.*”, Buenos Aires.

- HENRY, Alan, *Familias Ensambladas: Su problemática jurídica en el Perú*, consultada en <http://halanreyna.blogspot.com/2013/03/familias-ensambladas-suproblematika.html>, el día 6 de abril del 2016
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, Carlos, FERNÁNDEZ COLLADO, Pilar, BAPTISTA, LUCIO, *Metodología de la Investigación*, disponible en <http://www.FreeLibros.com>.
- HERRERA, Marisa. “*Panorama General del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar*”. Publicado en: Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial, Buenos Aires, 2014.
- Herrero, Luis R., *El derecho procesal de la seguridad social, el proceso organizacional y las nuevas formas de tutela de mérito inmediata y definitiva (autosatisfacción) y provisoria (anticipación)*, J.A. 2001-IV, fascículo 6, 7 de noviembre de 2001.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “*Se eu soubesse que ele era meu pai*”. En: *Direito civil: Estudos*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2000,
- JONES MORRINSON, Olga Lidia.; Comunicación al XV Encuentro Internacional de Derecho de familia, México, 2008. En: *Memorias digitales de la V Conferencia Internacional de Derecho de Familia*, La Habana, 2009.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Derecho procesal de familia. Principios procesales*, Ponencia presentada en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 8-10 de junio de 2011.
- KIELMANOVICH, Jorge, *Procesos de Familia*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- KIELMANOVICH, Jorge, *Los principios del Proceso de Familia*, en www.abogadosdesalta.org.ar.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola “*Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas*” En *Diario La ley*, 29 de junio de 2009. Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial La Ley.

- LEROYER, Anne-Marie, "L'enfant confié à un tiers: de l'autorité parentale à l'autorité familiale", RTD Civ. 1998, p. 587.
- LINARES FLEITAS, Cecilia; MORAS PUIG, Pedro, Emilio, RIVERO BAXTER, Yisel: "La participación, diálogo y debate en el contexto cubano", Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, La Habana, 2004, ISBN 959-242-092-0, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23617.pdf>
- LÔBO, Paulo, "Socioefectividad no Direito de Família", en <http://cidp.pt>.
- LÔBO, Paulo: "*Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula Nº 301/STJ*". En: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), IOB Thomson, Sao Paulo, 2005.
- MESA CASTILLO, Olga, *Derecho de Familia*, módulo I, editorial Félix Varela, La Habana, 2004, STOLCKE, Verena. "Racismo y sexualidad en la Cuba colonia". Alianza Editorial, Madrid, 1992.
- MIZRAHI, Mauricio L., Familia, matrimonio y divorcio, Buenos Aires, Astrea, 2da. ed. actualizada y ampliada.
- MORELLO, Augusto y MORELLO de RAMÍREZ, María, *El moderno derecho de familia. Aspectos de fondo y procesales*, La Plata, Platense, 2002.
- NAVAS NAVARRO, Susana, "*Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los art. 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del CCC, relativo a la persona y la familia*", en *El nuevo Derecho de la persona y de la Familia, Libro Segundo del Código Civil de Catañula*, Valencia.
- NOTRICA, Federico P. y RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana I. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas, publicado en Derecho De Las Familias, Infancia Y Adolescencia. Una Mirada Crítica Y Contemporánea. Direc. Marisa Graham Y Marisa Herrera. INFOJUS, 2014.
- OQUENDO SILVA, Damaris, Ejecución de la sentencia civil en el proceso jurisdiccional cubano, en: <https://www.gestiopolis.com/ejecucion-de-la-sentencia-civil-en-el-proceso-jurisdiccional-cubano>, 2018.

- ORTUÑO Muñoz, Pascual, *El Nuevo Régimen Jurídico de la Crisis Matrimonial*, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.
- PLÁCIDO, Alex, "Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio" en AA.VV, *La constitución comentada*, Gaceta Judicial, Lima 2005.
- PLÁCIDO, Alex, "Familia, matrimonio, convivencia y constitución", en *Jus Constitucional, Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Grizley, No. 06 Lima, junio 2008,
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B, "Tras las huellas del legislador del Código Civil de los cubanos", en MATILLA CORREA, Andry, *Estudios sobre Historia del Derecho en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2009,
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. "Direito de Família: uma abordagem psicanalítica". 2. Ed. Revatual. ampl. Del Rey, Belo Horizonte, 2003.
- PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antônio Carlos M., "A socioafetividade e o cuidado: o direito de crescer o nome do padrasto". En: *Direito das Famílias - Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira/ Maria Berenice Dias (org.)*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.
- PEYRANO, Jorge W., *El perfil deseable del juez civil del siglo XXI*, J.A., 2001-IV, fascículo 2, 10 de octubre de 2001, Doctrina.
- PRIETO CASTRO, Leonardo, "Cuestiones de Derecho Procesal"; ED. Reus; España; 1947.
- RIVAS RIVAS, Ana-M., "*El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas*", *Portularia* Vol. XII , Nº 2, [29-41] ISSN 1578-0236 DOI:10.5218/prts.2012.0042.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "Panorama general de la reforma del derecho de familia en el libro II del Cód. Civil de Cataluña, en A.V. *La familia del siglo XXI. Algunas novedades del libro II del Código civil de Cataluña*", Barcelona, ed. Bosch, 2011, p. 20.
- RUIZ-RICO RUIZ, José M., GARCÍA ALGUACIL, María J., *La representación legal de menores e incapaces: contenido y límites de la actividad representativa*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2004.

- ROBLES, Laura E., *“Progenitores e hijos afines: impacto de la socioafectividad después del divorcio. En busca de abordajes integradores”*, Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro. 24 – 06.12.2016
- RODRÍGUEZ LIAMAS, Sonia, *“La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor. Comentario a la Sts número 679/2013, de 20 de noviembre.”* (rj 2013, 7824)
- Santos Morón, María J., *Menores y Derechos de la Personalidad, La Autonomía del menor*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, No. 15, 2011
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María O., *“Igualdad sexual y diversidad familiar. ¿La familia en crisis?”*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2010.
- SILVA, Luana Babuska, *“A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar”*, Jus Navigandi, Teresina, año 8, n. 364, Disponible en: <<http://jus.uol.com.br/>>, [20 nov. 2009], 2004
- SILVA FRANCO, Alberto, *“O perfil do juiz na sociedade em processo de globaliza”*, en *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001.
- TINANT, Eduardo L., *En torno a la justificación de la decisión judicial*, LL, 1997-E, Doctrina.
- VALDIVIA SÁNCHEZ, Carmen, *“La familia: concepto, cambios y nuevos modelos,”* en *La Revue du Redif*, Universidad de Deusto, vol.1, 2008, pp.15-22, en www.redif.org, consultado 15 de febrero de 2015.
- VEGA MERE, Yuri, *“La Familia por venir, entre lo público y lo privado, entre la tradición y la modernidad (o postmodernidad) en Las nuevas fronteras del Derecho de Familia”*, 2da edición, Colegio de Abogados de La Libertad, 2005,
- VEGA MERE, Yuri, *“La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho”*, en *Jus Constitucional, Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Grizley, No. 06 Lima,

junio 2008, o en Jurisprudencia Casatoria, Motivensa, Derecho Civil y procesal civil, tomo III, Lima, 2009

- VELAZCO MUGARRA, Miriam P, *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, Ediciones ONBC, 2008.

II Fuentes Legales Nacionales:

- Constitución de la República de Cuba de 1976) edición de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2005.
- Dictamen 164 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de 20 de julio de 1983.
- Dictamen 204 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de 25 de octubre de 1984
- Dictamen 274 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de Cuba de 1987.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral. (Ley No 7/77) Editora del Ministerio de Justicia, 2003.
- Código de Familia (Ley № 1289/1975 de 14 de febrero) edición de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2005.
- Instrucción 186 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de fecha 16 de octubre de 2007.
- La Instrucción 187 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de 20 de diciembre de 2007.
- Instrucción 216 del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba de 17 de mayo de 2012.

III Fuentes Legales Internacionales:

- Convención sobre los Derechos del Niño, disponible en: <http://www.unicef.org/spanish/crc/crc.htm>, consultado: enero de 2015.

Códigos de la Niñez:

- Código de la Niñez y la Adolescencia de la República Oriental de Uruguay (En <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/EstudiosLegislativos/CodigoCivil2014-02.pdf>)

Códigos Civiles:

- Código Civil de España, Gaceta de 25 de julio de 1889, modificado en 2005, en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A18894763>).
- Código Civil y Comercial de Nación de Argentina (2014, - 1a edición. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, en: infojus.gob.ar)
- Código Civil de Alemania, German Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] p. 42, 2909; 2003 I p. 738), last amended by Article 2 (16) of the statute of 19 February 2007 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt])
- Código Civil de Cataluña, Barcelona, ed. Bosch, 2011.
- Código Civil de Guatemala, Decreto-Ley 106, Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial.
- Código Civil de la República de Panamá, Ley No. 2 de 22 de agosto de 1916, Publicada en la Gaceta Oficial No. 2.404 de 22 de agosto de 1916.
- Código Civil del Paraguay , Ley No. 1183/85
- Código Civil de Perú. Decreto Legislativo No. 295
- Código de Derecho Foral de Aragón
- Código Civil de la República de Chile (Santiago de Chile: Editorial Jurídica. 2012)
- Reino Unido Adoption and Children Acts
- Código Civil de Holanda

Códigos de Familia:

- Código de Familia República de Panamá, Ley No.3, de 17 de mayo de 1994.
- Código de Familia República de Nicaragua, Ley No.870. La Gaceta- Diario Oficial 08-10-14
- Código de Familia de Costa Rica, Ley No. No. 5476

IV Fuentes Jurisprudenciales

- Sentencia civil No. 87/09 de la Sala Segunda de Lo Civil y de Lo Administrativo del Tribunal Provincial de la Habana, siendo juez ponente Lic. Yoeslandy Blanco Pérez
- Sentencia No. 204 de 31 de marzo de 2017, Expediente No. 135 de 2017, Casación Civil, Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de Cuba, siendo juez ponente Yanet Alfaro Guillén.
- Sentencia No. 541 de 19 de octubre del año 2017 dictada en el expediente No. 344 del 2017, Sección de Familia del Tribunal Municipal Popular de Boyeros, siendo juez ponente Gretchen Amaya Linares.
- Sentencia Tribunal Supremo de España de 17 de Septiembre de 1996, Sala 1ª, ponente Ilmo. Eduardo Fernández Cid de Temes
- Sentencias de la Corte Colombiana C-271 de 2003 y C-577 de 2011, T-572 de 2009 y C-577 de 2011, T-586 de 1999, T-403 de 2011 y T-606 de 2013.
- Sentencia T-4.534.989 de fecha 18 de febrero del año 2015 que ratificó la Sentencia de 16 de junio del 2014 dictada por el Juzgado 13 Civil Municipal de Bogotá D.C
- Sentencia dictada por la Audiencia Provincial Sección número 5 de Palma de Mallorca No. 00019 del año 2017.
- Tribunal Constitucional, Perú, Sala 1ª, 30/11/2007, EXP. N.º 09332-2006-PA/TC, Consultado en la página web de la Asociación. www.centronaval.org.pe/estatus.html