

Universidad de Matanzas
Sede “Camilo Cienfuegos”



Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades
Departamento de Derecho

Trabajo de Diploma

Título: “La guarda y cuidado de los hijos afines en las Familias Ensambladas cubanas”.

Autora: Darianny Lantris Garrido

Tutora: Esp. Iris María Méndez Trujillo.

Matanzas, 2016

Declaración de Autoría

Darianny Lantris Garrido, 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 3 de junio de 2016.

NOTA DE ACEPTACIÓN:

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

MIEMBRO DEL TRIBUNAL

MIEMBRO DEL TRIBUNAL

Agradecimientos:

Cuando acontecen grandes cambios en nuestra vida es oportuno mirar hacia atrás para vislumbrar a todos aquellos que nos han inspirado a no claudicar en el intento de convertirnos en mejores seres humanos y en dignos profesionales a todas esas personas les doy las gracias.

A mis padres por estar presentes de una forma u otra por su educación y apoyo y por la confianza que siempre han tenido en mí.

Al resto de mi familia tanto consanguínea como afectiva por las experiencias que he tenido junto a ella que me han guiado hacia lo que aspiro para mi futuro

A Judith por ser siempre mi amiga entrañable y por apoyarme en todo momento.

A Hendrick por su cariño y presencia incondicional, pues junto a él y a Melany he formado mi "Familia Ensamblada"

A todas las amigas del aula pues juntas hemos transitado 5 años llenos de satisfacciones ansiedades e infinitos conocimientos.

A mi Tutora Iris María por su alegría eterna su fortaleza y sus consejos.

“En torno a nosotros encontramos familias en situaciones llamadas irregulares - a mí no me gusta esta palabra - y nos planteamos muchas interrogantes: ¿Cómo ayudarlas? ¿Cómo acompañarlas para que los niños no se vuelvan rehenes del papá o de la mamá?”...

“La familia es un hecho antropológico, y por consiguiente un hecho social, cultural...Y nosotros no podemos clasificarla con conceptos de naturaleza ideológica que sólo fueron importantes en un momento de la historia, y luego cayeron. No se puede hablar hoy en día de familia conservadora o familia progresista: la familia es la familia, y tiene la fuerza en sí misma”.

Papa Francisco (discurso pronunciado el miércoles 8 de julio de 2015, durante la ceremonia de bienvenida, en el aeropuerto de El Alto, en Bolivia)

Índice:Pág.

Introducción	1
Capítulo 1: Consideraciones sobre la guarda y cuidado en las familias ensambladas.....	8
1.1 La familia contemporánea. Aspectos generales.....	8
1.1.1 Las familias ensambladas en su devenir histórico.....	9
1.1.2 Conceptualización de las familias ensambladas.....	12
1.1.3 Características de las familias ensambladas.....	14
1.1.4 Funciones del progenitor afín.....	16
1.2 La Patria Potestad.....	18
1.3 La Guarda y Cuidado.....	22
1.3.1 Concepto de guarda y cuidado.....	23
1.3.2 Modalidades de guarda y cuidado.....	24
1.3.3 Contenido de la guarda y cuidado	29
1.4 Régimen legal de la guarda y cuidado en países que reconocen a las familias ensambladas.	33
1.5 Reconocimiento de las familias ensambladas desde la jurisprudencia....	40
Capítulo 2: La familia ensamblada cubana desde una visión sociojurídica....	42
2.1 Cambios acontecidos en la familia cubana actual.....	42
2.1.1 Factores que condicionan la existencia de la familia ensamblada cubana	44
2.2 Desaciertos del Código de Familia cubano sobre la Patria Potestad.....	46
2.3 El acuerdo de los padres en la toma de decisiones. La autonomía de la voluntad.....	53
2.4 Criterios de atribución de la guarda y cuidado en Cuba.....	55
2.4.1 El interés superior del niño en la legislación cubana.....	61
2.4.2 La custodia ejercida por un tercero. ¿Abuelos <i>versus</i> progenitores afines?.....	63
2.5: Un estatus jurídico al progenitor afín en pos del interés superior del niño.. ..	68
Conclusiones	75
Recomendaciones	77

Introducción

La familia, célula fundamental de la sociedad, establece sólidos lazos de unión que sustentan la convivencia humana, con la generación y educación de los hijos, asegura la renovación y el futuro de la sociedad¹. Según el criterio de PARRA BOLÍVAR², puede adoptarse el concepto de familia como un grupo de personas relacionadas entre sí biológica, legal o emocionalmente, (que no necesariamente conviven en un mismo hogar), y comparten una historia común, una reglas, costumbres y creencias básicas en distintos aspectos de la vida.

No caben dudas que ella es un reflejo del nivel de desarrollo alcanzado por cada estructura social. En ese sentido resulta indispensable la revisión constante de las normas de derecho que la regulan, adaptándolas a cada contexto histórico concreto.

Es por eso que el Derecho de Familia contemporáneo se enfrenta en las actuales circunstancias a nuevas materias, enfoques y mayores desafíos, todo lo que asevera su novedad dentro del Sistema de Derecho y en la sociedad, teniendo en cuenta las tendencias modernas que experimentan las relaciones de pareja, aun cuando la propensión en el mundo es a la adopción de las familias de tipo nuclear, es posible encontrar diferentes estilos de familia: unipersonales, monoparentales, ensambladas o de "segundas nupcias", parejas en unión consensual con o sin hijos, parejas homoparentales o de personas del mismo sexo, y familias extensas. Todo lo cual, tiene un impacto directo en el desarrollo y evolución de la familia en general y de los niños/niñas en lo particular.

De todas las modalidades antes mencionadas, se hace referencia principal en esta investigación a **las familias ensambladas**, definidas según las profesoras argentinas CECILIA GROSMAN E IRENE MARTÍNEZ de la siguiente manera: "La familia ensamblada no es otra que aquella estructura familiar originada en el

¹ Discurso del PAPA FRANCISCO en el aeropuerto El Alto, Bolivia, 8 de julio de 2015.

²PARRA BOLÍVAR, HESLEY A: *Relaciones que dan origen a la familia*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, 2005, p 3.

matrimonio la unión concubinar de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa.³

El término «familia ensamblada» fue creado en Argentina tras la entrada en vigor de la Ley de divorcio (1987), este grupo humano ha sido demográficamente cada vez más significativo, constituyendo un caso concreto de cambio social no reconocido en el ámbito institucional de muchos países. Por lo general, los sistemas legales mundiales no han logrado ampliar su concepto de familia para incluir así a las familias ensambladas, pese a que las investigaciones poblacionales que señalan la continuidad del incremento su tipo. Sin embargo, los derechos y obligaciones legales con respecto a la familia del primer matrimonio, aunque haya sido breve, no se extienden por lo general a la familia del segundo matrimonio, aunque perdure por más tiempo y sea estable⁴.

Aprovechando la existencia del parentesco por afinidad en la legislación familiar, se ha nombrado por la doctrina argentina madre/padre afín a aquella persona que viene a vincularse con la familia anteriormente nuclear, desempeñando el papel de nuevo esposo(a) y padrastro/madrastra. Términos estos que resultan peyorativos y que no describen los vínculos reales que se crean entre padres e hijos afines.

En Cuba, este tipo de familias cuenta con escasa protección jurídica, pues no existen normas en el Código de Familia, excepto el artículo 33⁵, que da un breve acercamiento al tema con consideraciones sobre las cargas y desembolsos que asume la comunidad matrimonial a favor de los otros hijos del cónyuge. Al decir del profesor PÉREZ GALLARDO: "(...) la idea de reconstituir familias no ha estado tampoco ajena del modelo familiar cubano. Por supuesto, en estas últimas décadas lo que constituía un fenómeno relativamente esporádico, ha devenido en algo puramente cotidiano, del que no hemos

³GROSMAN, CECILIA P. e IRENE MARTÍNEZ ALCORTA, *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencia. Problemas y soluciones legales*. Editorial Universo, Buenos Aires, 2000, p 367

⁴MARÍA CONSTANZA STREET. "Metodología para la identificación de las familias ensambladas .El caso de Argentina", *CEPAL Notas de Población Nº 82*. p. 45.

⁵ "ARTÍCULO 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.

escapado nosotros mismos (...)»⁶ expresando además que “la mayoría de familias cubanas no son nucleares, estas se encuentran en vías de extinción”.

Pocos son quienes han abordado desde un enfoque jurídico doctrinal a las familias ensambladas en Cuba, por ejemplo, la licenciada Anabel Puentes Gómez⁷, y el Profesor de la Universidad de La Habana Leonardo Pérez Gallardo. Se ha utilizado la bibliografía más actualizada que han ofrecido los países latinoamericanos y europeos, quienes están a la vanguardia sobre el tema, principalmente la legislación de Argentina, Perú y Uruguay, España y Alemania. Se ha tomado en cuenta la opinión de autores como: María Soledad Briozzo, María Constanza Street, Verónica Lorena Contreras, Cecilia P. Grosman, e Irene Martínez Alcorta, entre otros.

Existen altas tasas de divorcios en Cuba, aunque los estudios demográficos y socio-jurídicos no están actualizados, las estadísticas revelan el problema por sí solas, pues estudios realizados en el año 2011 manifiestan que la cifra de divorcios es de 29,712⁸, donde las tasas más elevadas de este fenómeno se aprecian en los matrimonios con 15 y más años de unión, de los cuales fueron disueltos 10,116⁹, esto ocurre respecto a los matrimonios formalizados, si se toman en cuenta la cifra de uniones disueltas de hecho aunque no legalmente, y la separación de las parejas de hecho con un vínculo formal, singular y estable, las cifras serían aún mayores. Estos son datos que evidencian el desmembramiento de familias en las que por el tiempo de duración se presume la existencia de descendientes.

La necesidad de realizar una investigación sobre este tema se manifiesta en los datos estadísticos ofrecidos, pues debido al incremento de la existencia de familias ensambladas, en Cuba se hace necesaria su protección jurídica, no solo con su reconocimiento, ha de ir más allá, porque la ambigüedad que se postula en los roles entre padres e hijos afines amerita que se haga referencia a instituciones fundamentales que van a sufrir modificaciones por las particularidades que presentan estas familias, donde se debe considerar el

⁶PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. “Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab-intestato: ¿una ecuación lineal?” http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/image/dd181/marisa_herrerapag16-08. Consultado el 12-2-14.

⁷Profesora de la Universidad de La Habana que realizó un Trabajo de Diploma Titulado “Las familias ensambladas”. Una perspectiva desde el Derecho de Familia Cubano, en el año 2013.

⁸*Anuario demográfico* Edición 2012, publicado por la Oficina Nacional de Estadísticas

⁹*Ídem*.

interés superior del niño como garantía suprema de que sus derechos estarán resguardados en un futuro cuerpo legal. Haciendo hincapié en la obligación de dar alimentos y de contribuir a su educación y desarrollo subsidiariamente, además, a los supuestos en que los padres afines puedan tener la guarda y cuidado de los menores, y regular las relaciones entre progenitores e hijos afines en caso de que se rompa el vínculo con el pariente consanguíneo del menor. El Código de Familia cubano otorga a la guarda y cuidado un papel primordial por ser el primer derecho-deber de la patria potestad según el artículo 85 del mismo, se caracteriza esta institución por la inmediatez para el cuidado directo de los menores, guiándose siempre por el interés superior de estos, que son los más afectados ante la ruptura de sus parientes consanguíneos y la aparición de un pariente afín, el padre no guardador participa con menos frecuencia en estas funciones por lo que influye con menor medida en la formación integral de los hijos.

La guarda y cuidado tiene una especial significación, es la función más dinámica de la patria potestad, tales como la educación, la formación integral, el derecho de corrección, y la comunicación de los menores con el progenitor no guardador¹⁰. En Cuba el modelo de guarda que se aplica ante el desacuerdo de los padres es la unilateral, lo cual es considerado como un límite al interés superior del niño, pues solo cuando exista un régimen de visitas abierto el menor podrá sentir la presencia de ambos padres en su vida de forma indistinta. La Convención de los Derechos del Niño avala la posibilidad de atribuir la guarda a una tercera persona, si ello fuese más favorable para el infante, de forma temporal. Entre los criterios para la determinación de atribución de la guarda y cuidado en que coinciden diversos autores están:

- ✓ La edad del menor.
- ✓ El tiempo para dedicarle del que dispongan los progenitores
- ✓ La convivencia del progenitor con otra persona.

Es en este último aspecto en el que se centra la investigación, en los posibles beneficios para el menor y el padre afín si se regulara de forma taxativa cuáles son las funciones, alcances y atribuciones del mismo, nunca con la intención de sustituir a los progenitores biológicos y legalmente responsables, sino de

¹⁰VELAZCO MUGARRA, MIRIAM ; *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la Patria Potestad*, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2008, p 152.

apoyarlos en lo que sea necesario y actuar en los momentos de urgencia en que estos no puedan. La novedad y utilidad práctica de este tema reside en que el reconocimiento de la guarda de hecho o la guarda peticionada judicialmente constituyen soluciones en el contexto cubano para eliminar la exclusividad en la función del cuidado. En caso de disolución del vínculo matrimonial o la separación de la pareja en la nueva familia ensamblada, para el padre o madre afín debe existir la posibilidad legal de establecer un régimen de comunicación con el hijo afín e incluso valorar la posibilidad de otorgarle a este la guarda y cuidado, si así lo requiriese el interés superior del niño.

Es por esto que se plantea el siguiente **problema de investigación**: La indefinición doctrinal, legal y jurisprudencial de la guarda y cuidado de los hijos afines en las familias ensambladas cubanas, impide su protección efectiva ante la unión consensual establecida o el matrimonio constituido por uno de sus progenitores.

Para dar respuesta al problema científico expuesto se plantea el siguiente:

Objetivo General: Determinar los fundamentos doctrinales, jurídicos y sociales que ameritan la tutela legal de la institución de guarda y cuidado para las familias ensambladas cubanas.

Y para llegar a los razonamientos necesarios que respondan al mismo se plantean los siguientes:

Objetivos Específicos:

- Fundamentar a partir del estudio del Derecho Comparado los criterios doctrinales y legales sobre la guarda y cuidado en las familias ensambladas.
- Identificar, a partir de criterios jurisprudenciales y sociales, los presupuestos que sustentan el alcance de la guarda y cuidado de los padres y madres afines sobre los menores.
- Proponer las bases legales para el reconocimiento y protección de las familias ensambladas en el Derecho de familia cubano, haciendo especial énfasis en la institución de guarda y cuidado.

Los Métodos utilizados son:

Método Teórico: Histórico-Lógico. Fue utilizado con la finalidad de fundamentar los antecedentes históricos y jurídico-normativos de las familias

ensambladas haciendo una valoración de los cambios en las estructuras familiares desde sus inicios y su evolución hasta la actualidad. Además para conocer los fenómenos jurídicos, el alcance y el significado de estos, revelando la génesis y modificación de la familia como institución, se comprende la formación de los sistemas jurídicos contemporáneos; los movimientos económicos y políticos en Cuba que han generado las transformaciones sociales con una marcada influencia en la familia.

Método Jurídico: Exegético-Analítico: Porque se realizó un análisis de diferentes normas jurídicas, la Constitución de la República de Cuba y el Código de Familia , que permiten representar el alcance de las normas jurídicas en cuanto a la realidad socioeconómica e histórica del problema que se analiza. Además se consultaron Códigos Civiles y Constituciones de varios países como referencia para el tema que nos ocupa y para la valoración de las distintas regulaciones que en torno al tema objeto de investigación existen. También para determinar el sentido y alcance de la normativa cubana e identificación de sus deficiencias en el tema de investigación planteado.

Método Jurídico de Análisis del Derecho Comparado: para conocer, analizar y estudiar las legislaciones más avanzadas que atañen a la investigación sobre el reconocimiento jurídico de las familias ensambladas y la protección de las relaciones jurídicas que se generan entre padres e hijos afines durante la unión, especialmente las referidas a la guarda y cuidado. Se han cotejado distintas normas y el funcionamiento de instituciones como la guarda y cuidado a fin de descubrir sus relaciones, estimar sus diferencias y resaltar sus semejanzas; lo cual posibilita percibir los rasgos esenciales, hallar explicaciones para resolver el problema científico planteado.

También se han empleado **Técnicas de investigación** como:

Revisión de Documentos: Ha sido empleada porque constituye una fuente objetiva de obtención de informaciones, a través de la revisión de diversos materiales, como artículos en soporte papel y digital, literatura y revistas de estudiosos del tema.

La entrevista, realizada de forma estructurada para la obtención de información, ofrecida directamente al estudiar los casos de 10 familias ensambladas, que fueron seleccionadas, con el objetivo de explorar los roles asumidos por los padres y madres afines en la crianza de los menores de

edad, además indagar en su comportamiento y dinámica, para encauzar la realización de este trabajo. Aunque existían preguntas específicas se inquirió por medio de ejemplos y detalles sobre la postura que asumieron los entrevistados. La entrevista fue realizada a los inicios de la investigación, para explorar el estado de cosas propiamente de familias cubanas reconstituidas, examinando las principales inquietudes y problemáticas que se desarrollan en las mismas.

El trabajo se estructura de la forma siguiente: un primer capítulo, acerca de **Consideraciones sobre la guarda y cuidado en las familias ensambladas**, en él se exponen los distintos criterios de la doctrina extranjera sobre las bases legales de las familias ensambladas, la patria potestad y la guarda y cuidado dentro de la misma, explicando sus características y evolución; además un segundo capítulo sobre **La familia ensamblada cubana desde una visión sociojurídica**. En el mismo se abordan las cuestiones referentes a las transiciones ocurridas en las familias cubanas, cuestiones que deben cambiar en el Código de Familia para amparar estas transformaciones y posibles maneras de regular la guarda y cuidado desplegada por los parientes afines atendiendo a las particularidades de nuestro país. Además cuenta con conclusiones, recomendaciones, anexos, bibliografía.

Resultados esperados:

- Un material bibliográfico actualizado sobre este tema, teniendo en cuenta los criterios doctrinales, legislativos y jurisprudenciales más avanzados que han sido empleados.
- Proponer, a manera de **legeferenda** las bases para la futura implementación en la legislación familiar con respecto a la materia, que garantice el reconocimiento legal de este modelo de familia y los efectos jurídicos en materia de guarda y cuidado de los hijos afines.

Capítulo I: Consideraciones sobre la guarda y cuidado en las familias ensambladas

1.1 La familia contemporánea. Aspectos generales.

La familia siempre ha sido vista como una institución imprescindible, desempeña múltiples roles de primordial importancia, relacionado con sus miembros y con la sociedad en su conjunto; cumple un papel cardinal en la socialización de las nuevas generaciones, al proteger y apoyar a los individuos que forman parte de la misma. En ella los seres humanos adquieren sus primeras experiencias y aprenden a comportarse bajo las normas y reglas necesarias para la comunicación y la convivencia.

Es además una categoría psicológica, un sistema de relaciones cualitativamente diferente a la simple suma de sus miembros; es un grupo de disímiles características delimitadas por variables estructurales como: el número de miembros, vínculos generacionales, número de hijos o tamaño de la prole, edad y sexo y variables sociopsicológicas (normas, valores, ideología, hábitos de vida, comunicación, roles, límites, espacios.)¹¹

En los últimos años se ha ampliado el concepto de familia, pues no solo se incluyen los que están unidos por matrimonio o vínculos de parentesco consanguíneos, sino por sentimientos de cariño, solidaridad, respeto y convivencia diaria. La familia puede tener origen en un hecho biológico, pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a la naturaleza; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida.¹²

En otras palabras, aunque distintas formas familiares han existido y existen en la historia de la civilización, el concepto de familia, es una creación cultural, no es estático y predeterminado sino cambiante.

Tradicionalmente la familia ha tenido como base el matrimonio y cuando ocurre el divorcio o la separación de hecho entre los progenitores, la sociedad tiende a

¹¹ARÉS, PATRICIA: *Psicología de la familia. Una aproximación a su estudio*. Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

¹²KEMELMAJER DE CARLUCCI AÍDA R, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014". *Revista Jurídica La Ley*, octubre de 2014, p 34.

caracterizarla como disfuncional, rota, desmembrada, y los problemas que ocurren con los hijos son atribuidos a la separación de los padres. Sin embargo, corroboramos el criterio de CUNHA PEREIRA quien opina que: hijos problemáticos son hijos de padres infelices, que mantienen el casamiento a toda costa, principalmente porque no tienen coraje para afrontar el fin del amor. La separación es también un acto de coraje. Los hijos de padres separados estarán mejor a medida que los padres sean más felices y sanos desde el punto de vista psicológico.¹³ Es por ello que planteamos tener en cuenta qué sucede con los niños cuando sus progenitores se separan sentimentalmente y asumen una nueva unión, analizando la importancia de dar protección legislativa a sus relaciones con los nuevos miembros de la familia.

1.1.1 Las familias ensambladas en su devenir histórico.

En las primeras décadas del siglo pasado los matrimonios mayoritariamente se disolvían por fallecimiento de uno de sus integrantes. Esta situación fue variando y, dentro de una tendencia de largo plazo, la disolución de los matrimonios por fallecimiento fue cediendo lugar a la expansión del divorcio o la separación de hecho a partir de 1970, con el agregado de que se afectaban los sectores de edad cada vez más jóvenes. Esto generó que los matrimonios disueltos contaban con hijos pequeños y por tanto dependientes de sus padres.

Los antecedentes inmediatos en la construcción de la idea “familias ensambladas” son las familias que comienzan a desintegrarse por la ruptura del lazo conyugal, es así que la idea adquiere un nuevo significado que debe ser considerado inevitablemente por diferentes profesiones (psicología, sociología, derecho, entre otras), instituciones y legislaciones. A partir de la década de los ochenta además, se comienza a prestar atención a los niños que pueden sufrir por encontrarse con sus familias desmembradas, ya que sus padres dejan de estar juntos como cónyuges, pero deben seguir cumpliendo funciones parentales, cubriendo y conteniendo las necesidades de sus hijos.

¹³DA CUNHA PEREIRA, RODRIGO. "Cuando los padres se separan. El derecho de los niños/adolescentes en un escenario jurídico para el Mercosur" En: *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados*, CECILIA P. GROSMAN y MARISA HERRERA, Primera Edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.p 281.

En la década de los noventa otros terapeutas familiares empiezan a clasificar a estas familias con el nombre de familias de segundas nupcias o *rematrimoniadas*. Si bien dan continuidad al uso de los términos padre y madre afín, la multiplicidad de roles en las familias de segundas nupcias puede producir confusión, aflicción y desorganización familiar, por lo que la clarificación de expectativas y los problemas de relación que ello suscita, constituyen la tarea fundamental de terapeutas familiares y demás profesionales que intervienen en estas situaciones¹⁴.

La viudez y la ruptura conyugal de las parejas con descendencia, así como las uniones sucesivas de personas con hijos de uniones anteriores, indican que la familia no es una institución abstracta.

En los últimos años se diversifica y complejiza su constitución como resultado del aumento de las separaciones y divorcios y de la reincidencia conyugal, surgiendo como un nuevo y creciente fenómeno la recomposición familiar. Esta no crea sólo una nueva familia sino, una “constelación de hogares” que forman el espacio de circulación de los hijos entre sus padres separados, sus dos líneas familiares e incluso entre las líneas familiares de los nuevos cónyuges de sus padres¹⁵.

Las trayectorias conyugales una vez disuelto un matrimonio o unión no han sido extensamente estudiadas en América Latina, fundamentalmente dada la escasez de datos para hacerlo. En efecto, los censos y encuestas de hogares no proveen información suficiente que pueda distinguir las trayectorias conyugales de los individuos, ni el orden de unión, ni la filiación de los hijos que residen en los hogares. A medida que las uniones se disuelven con más frecuencia por decisión de los miembros de la pareja la oportunidad de formar sucesivas familias aumenta. Asimismo, dado que las disoluciones ocurren a duraciones más tempranas, es de esperar que las familias reconstituidas incluyan hijos pequeños. En la medida que las trayectorias conyugales y parentales se vuelven más complejas se requiere para el estudio de la situación y bienestar familiar de datos específicos que contemplen el amplio abanico de arreglos conyugales y familiares a largo de la vida.

¹⁴CONTRERAS, VERÓNICA L: “Familias Ensambladas. Aproximaciones Histórico-Sociales y jurídicas desde una perspectiva constructorista y una mirada contextual”. *Portularia* Vol. VI, N° 2-2006. Universidadde Huelva.

¹⁵LUNA-SANTOS, SILVIA (2007), “La recomposición familiar en México”, *Notas de Población*, N° 82, pp. 5-32.

Un estudio sobre las trayectorias conyugales en Montevideo indica que al menos más de la mitad de las mujeres que disuelven su matrimonio o unión vuelven a formar una pareja dentro de los primeros cuatro años a posteriori de la disolución. La celeridad en la formación de un nuevo núcleo conyugal depende de la edad y nivel educativo de la mujer. Cuanto más joven y menor su nivel de instrucción forman más rápidamente una nueva unión. Contrariamente a lo esperado, la condición de maternidad, en cambio, pareciera no hacer diferencia en la probabilidad de formar una nueva pareja. La convivencia consensual aparece como la modalidad generalizada a través de la cual se forman uniones de segundo orden¹⁶.

El modelo predominante en los albores del siglo XXI continúa siendo el nuclear biparental, el que representa entre el 43 y 60% de los hogares en los países de la región, proporción que disminuyó, durante la última década. Sin embargo, debe considerarse que la clasificación de hogar nuclear biparental engloba realidades y organizaciones familiares heterogéneas dado que incluye tanto a un hogar conformado por una pareja con hijos de ambos padres, como también familias ensambladas o reconstituidas.

Es de esperar que en un contexto de uniones conyugales más frágiles, en donde las separaciones y los divorcios no sólo son más frecuentes sino también ocurren más tempranamente en el curso de la relación, se entablen uniones y matrimonios de segundo o ulterior orden. Por lo tanto, es altamente probable que la composición de las familias nucleares biparentales haya cambiado, incrementándose la participación de familias ensambladas.¹⁷

Aunque sigue siendo mayoría en el mundo el hogar nuclear completo (madre, padre e hijos) como la forma más tradicional de formar una familia, en la actualidad existen también otros tipos de hogares que son representativos de nuestro medio social.

Existen múltiples investigaciones que demuestran que en las últimas décadas se ha producido un cambio en la concepción tradicional de la familia, como producto de

¹⁶CERRUTI, MARCELA y BINSTOCK, GEORGINA: "Familias latinoamericanas en transformación: desafíos y demandas para la acción pública". *Publicación de las Naciones Unidas*, Santiago de Chile, septiembre de 2009. p 27.

¹⁷*Ídem*, p.31

la equiparación de los derechos de hombres y mujeres; de los cambios económicos y sociales (inserción laboral de las mujeres, movilidad en el trabajo, demanda de mano de obra femenina); del cambio de roles asignados tradicionalmente por razón del sexo (ahora con criterios de equidad entre ambos), de la evolución de la ciencia y la tecnología (procreación asistida y manipulación genética), regulación del divorcio, proliferación de las uniones de hecho y pérdida de interés y confianza en el matrimonio, entre otras causas.

Estos factores, han influido en la concepción heredada de familia, dando lugar al nacimiento de nuevas estructuras en ellas que necesitan ser reguladas, con el fin de dar protección integral a quienes la conforman y fortalecer las relaciones entre sus miembros.

La presente investigación se enfoca principalmente en la familia ensamblada, teniendo en cuenta que a pesar de que existe hace mucho tiempo dentro de la sociedad, ahora es que se está tomando conciencia sobre la misma. Su estudio garantiza reconocer la importancia de su protección legal para integrarla en las distintas instituciones que regula el derecho de familia, especialmente en aspectos de guarda y cuidado por la importancia que esto reviste para los menores de edad.

1.1.2 Conceptualización de las familias ensambladas.

Algunos países latinoamericanos, entre ellos Argentina, importan la idea de *step-family* (familia adoptiva), aplicando el concepto del equivalente en español al prefijo *step* que es el sufijo -astro, así se opta entonces por clasificar a estas familias como familiastras. *Step* tiene dos significados, uno proviene de «*steop*», que significa huérfano, desamparado (hay que tener en cuenta que las familias ensambladas pueden tener su origen en la viudez de algún miembro de la pareja) y el otro significa «paso»¹⁸.

Entre las etiquetas puestas a esta clase de familias, puede encontrarse la de familias instantáneas (denominadas de esa forma por considerarse que la unidad progenitor-hijo antecede al par marital y que el adulto llega a conformar una nueva familia con un modelo ya incorporado en la anterior). También se utilizan términos como segundas familias (suena a familias de segunda y en el ámbito legal es

¹⁸VERSTRAETEN, ANDRÉS Y HAYDEÉ, *Familias Ensambladas*, Edición en español publicada por Editorial Vida, 2011, Miami, Florida, p.17

admitido debido a lo de «segundas nupcias»), familias reconstituidas o familias recompuestas (evocando el prefijo «re»)¹⁹.

Concordamos con el criterio de CONTRERAS²⁰ quien opina que familias ensambladas parece ser la clasificación más apropiada, en tanto que el término ensamble surge de ciertos oficios artesanales en los que son necesarios pernos, tornillos, remaches y soldaduras, ofreciendo ello una definición más cercana al trabajo artesanal y esfuerzos que debe realizar esta clase de familias para poder funcionar.

GROSMAN, Y MARTÍNEZ ALCORTA han definido a **las familias ensambladas** como la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaría de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa²¹.

Dónde más se ha indagado sobre este término en la región de Latinoamérica es en Argentina y la doctrina de ese país lo ha acuñado aludiendo a aquellos grupos familiares que están integrados por personas que antes tuvieron vida matrimonial o convivencial con descendencia y terminada dicha relación, se unen a otra persona distinta con o sin antecedente matrimonial o convivencial con prole o sin prole, para formar un nuevo grupo familiar, teniendo como integrantes a los convivientes o cónyuges (divorciados, viudos, separados, ex convivientes), a los hijos que tuvieron en su relación anterior (hijos afines, matrimoniales o extramatrimoniales) y los hijos que procrean luego de la nueva unión (hijos biológicos, consanguíneos, matrimoniales o extramatrimoniales).²²

Ampliando este concepto, es necesario añadir que estas familias que se conforman sobre la base de pérdidas y cambios tales como la viudez, la separación o el divorcio, parten de un segundo matrimonio y van adquiriendo por lo tanto, una carácter diferente.

¹⁹ *Ídem* p 10.

²⁰ CONTRERAS, VERÓNICA L, "Familias Ensambladas. Aproximaciones histórico-sociales y jurídicas desde una perspectiva constructorista y una mirada contextual". *Portularia* VOL. VI, Nº 2-2006, Universidad de Huelva, p.142.

²¹ GROSMAN, CECILIA P. Y MARTÍNEZ ALCORTA, IRENE, *Familias ensambladas*, Universidad, Buenos Aires, 2000.

²² MARÍA CONSTANZA STREET. "Metodología para la identificación de las familias ensambladas .El caso de Argentina" *CEPAL Notas de Población Nº 82*. Consultado el 18 de enero de 2016. p. 45.

Uno o ambos miembros de la pareja poseen hijos de una relación anterior: aparecen hijos que anteceden a la relación de pareja, hay un progenitor en otra casa o en la memoria y niños que se trasladan entre dos hogares, ya que hay más de dos adultos en rol *parental*; sus miembros comparten hábitos, costumbres y tradiciones aprendidos en otro hogar.

Por lo tanto, merecen una protección institucional que regule la dinámica de sus relaciones, no solo su reconocimiento, sino también determinar el rol de los parientes afines en la guarda y cuidado, régimen de comunicación, alimentación y sucesión post mortem en cuanto a sus hijos afines, los cuales al ser menores de edad, merecen doblemente que sus derechos sean protegidos para que tengan un camino hacia la adultez seguro y saludable.

1.1.3 Características de las familias ensambladas.

La familia reconstituida puede formalizarse mediante el matrimonio o no, se hace por ello preciso fijar la atención en el vínculo que existe entre el padrastro y el hijastro principalmente y no entre el progenitor y el padrastro, lo que lleva a que deban incluirse tanto las familias que se reconstituyen a través del matrimonio como las que no se casan, y tanto las homosexuales como las heterosexuales. Pueden incluir hijos de uniones anteriores, de uno solo de sus miembros o de ambos, y también hijos comunes. Este modelo de organización familiar tiene también funciones de: socialización de los niños, soporte afectivo, cooperación económica, protección y recreación.

Ante estas realidades, lo cierto es que, en la práctica, cada vez son más los niños que viven con el cónyuge o la pareja de su padre. Se ha creado un nuevo tipo de relación que no hace parientes a los que no lo son, pero convierte en familiares a quienes no lo eran.²³ Tienen elementos que la distinguen de los restantes tipos de familias:

- ❖ Existe ambigüedad en las funciones, deberes y derechos que desempeñan pues las relaciones legales entre estas personas que conviven son escasas o a veces inexistentes, necesitan de una

²³TAMAYO HAYA, SILVIA. *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas*. Editorial Reus.SA, Madrid, 2009.p 18.

interdependencia que articule el rol de los padres afines contrastado con los derechos y deberes que la ley le otorga a los progenitores. No existen lineamientos institucionales ni normas preestablecidas que legitimen la dinámica que deben seguir los integrantes de estas familias entre sí.

- ❖ Coexisten múltiples vínculos, como una estructura compleja, se crean diversos lazos con las familias de los parientes afines, sobre todo con los hijos, incorporándose nuevas variables en las relaciones, se desdibujan líneas que normalmente están definidas como el respeto, pertenencia, autoridad.
- ❖ Necesidad de adaptación a las pérdidas y cambios, tanto los hijos como la nueva pareja debe superar una etapa de duelo antes de su integración como familia, según cómo haya sido la aceptación de los cambios que ocurrirán pueden ser saludables o dañinos para las relaciones que se suscitarán.
- ❖ Los ciclos vitales, individuales, maritales y familiares son incongruentes: por ejemplo una pareja comienza su relación mientras el hijo de uno de ellos es adolescente o una persona sin hijos se encuentra repentinamente a cargo de un púber, esto significa tener que conciliar necesidades muy diferentes. Muchas veces se les pide a los padres/madres afines que asuman un rol parental antes de que se haya establecido un vínculo emocional. Cuanto mayor sea este hijastro que no ha visto crecer, la expectativa de "paternidad instantánea" es menos realista y cualquier rol que vayan a ocupar en el futuro (desde el parental, o el "ayudante de crianza" al de simplemente el de otro adulto en la casa) lleva tiempo para desarrollarse²⁴.
- ❖ Hay un padre o una madre actualmente presente o en el recuerdo cuya existencia como tal se mantiene, a pesar de haber concluido el vínculo como pareja. La nueva familia deberá convivir con la presencia (real o virtual) de un ex-marido o una ex-mujer. Aún aquel padre que nunca ve a sus hijos o que incluso ha muerto, es parte del pasado de los chicos y

²⁴SILVIA DAMENO, MARÍA, FamiliasEnsambladas.<http://www.danielfilmus.com.ar/1699/1019/proyecto-de-ley-normas-protectoras-de-los-hijos-en-familias-ensambladas>. Consultado el 3 de mayo de 2016

éstos necesitan que se les permita tener un vínculo o recuerdos de él. Por otra parte, un padrastro no aceptado por el padre biológico puede generar en el niño conflictos de lealtades. Es conveniente que la relación se desarrolle de la forma más cordial posible, que exista un clima amistoso y de entendimiento para que los infantes no sufran, sus progenitores deben seguir ejerciendo la coparentalidad, y sus padres afines deben desarrollar su relación de pareja teniéndolos en cuenta como parte de la misma.

Al conocer las características de estos núcleos de convivencia, se deshacen los mitos y tabúes que existen sobre ella, desdibujándose el concepto “tradicional” de familia, porque sus lazos no se basarán en las relaciones de parentesco, ni en la relación conyugal, sino en la mera convivencia basada en la autonomía de la voluntad, de la que la ley debe establecer los deberes y derechos. Establecidos los mismos, se fortalecerá mucho más la identidad propia de este modelo familiar.

1.1.4 Funciones del progenitor afín.

La necesidad de cubrir los vacíos legales con normas que permitan a los integrantes de la familia ensamblada tener expectativas claras sobre sus derechos y deberes, especialmente en la relación entre un cónyuge o conviviente y los hijos del otro, además de definir soluciones para los diversos conflictos que puedan plantearse entre el hogar ensamblado y los núcleos familiares precedentes, contribuirá a atenuar las fuentes de tensión, permitiendo de este modo una mayor estabilidad familiar; pues no es la complejidad de estas familias lo que complica, sino la ausencia de roles institucionalizados y respuestas claras. La falta de certezas es siempre perniciosa, pues debilita el ejercicio de la función normativa de los adultos y afecta el bienestar de las familias.

Ante el debilitamiento de los lazos conyugales y la necesidad de preservar la formación de las generaciones futuras, las actuales tendencias en el derecho comparado han gestado una doble estrategia: por una parte, fortalecer el principio de coparentalidad, o sea la responsabilidad compartida de los padres en la función de crianza y educación de los hijos, pese a la separación y, por la otra, comprometer a la nueva pareja del progenitor en el cuidado de los niños nacidos de

un vínculo precedente, ya sea en forma total o parcial. De esta manera se le confiere una serie de derechos, como realizar todos los actos usuales relativos a la vigilancia y educación del hijo afín, actuar en casos de urgencia, o representar al progenitor cuando fuere necesario.

Mientras que en ciertas familias la figura del padrastro o madrastra sustituye todavía a la del progenitor que no tiene la custodia, en otras se suman ambas figuras. La primera situación, correspondería a una lógica de la sustitución, en la que el cónyuge del progenitor que detenta la custodia reside con los hijos de este último y ocupa el lugar del otro progenitor; se basa en una imagen tradicional de la familia y del rol de los sexos en la que el matrimonio es el signo y el garante de la posición y complementariedad del hombre y la mujer, del padre y de la madre; se cree que lo que ha fallado no ha sido la estructura familiar sino la pareja; la alianza, filiación y residencia se siguen superponiendo. La segunda situación correspondería a una lógica de la continuidad, que se basa en una negociación permanente entre los ex cónyuges y los nuevos cónyuges; esto supone por una parte, que la ruptura de la alianza y la residencia no cuestiona la perennidad de la filiación, la separación de los padres no supone la desaparición de la relación de filiación, el padre sigue asumiendo su rol de padre aunque ya no sea el esposo de la madre; por otra parte, la convivencia con la nueva pareja del padre o de la madre favorece la construcción de un nuevo rol y un nuevo vínculo que algunos autores denominan “padrinazgo amistoso”, una relación entre el parentesco y la amistad.

Existen diferencias en la manera como se involucran padrastrros y madrastras en la crianza de sus hijastros, determinadas en parte por las expectativas sociales sobre el género y el papel que desempeñan las madres y los padres biológicos en la formación de la relación entre su nueva pareja y sus hijos.

En el caso de las madrastras, las expectativas sociales sobre su rol en la familia son mucho más claras que las expectativas sobre los padrastrros. Especialmente en familias donde los hijastros residen permanentemente con su madrastra, se espera que ellas se involucren emocionalmente con ellos y asuman diversas tareas de cuidado propias del rol materno tradicional.

La participación de los padres afines en diversos aspectos de la educación de sus hijos es un factor apreciable. Uno de estos aspectos es el trabajo escolar. En ocasiones, la pareja se involucra en el trabajo escolar porque tiene habilidades que el padre/madre biológico no posee, lo cual es positivo para acrecentar sus vínculos

con los niños o adolescentes. La pareja también se involucra en actividades de recreación en familia o en pasar tiempo en actividades de ocio con los hijastros. Una forma particular de involucramiento de la nueva pareja en la crianza es su participación en la disciplina de los hijos. En algunos casos, la participación se limita a apoyar a los padres biológicos en asuntos como el control de la hora de llegada y el monitoreo de las salidas sociales de los hijos. En todos los casos siempre habrá una cooperación de hecho del padre o madre afín que nace naturalmente de la convivencia, como su participación en la organización de la vida hogareña, tareas relativas al cuidado diario de los niños y transmisión de valores o modelos de conducta.

1.2 La Patria Potestad.

La familia tiene como uno de sus fines cuidar la persona y bienes de los hijos y ello se cumple con el ejercicio de la autoridad de los padres dentro de la institución de la patria potestad. Así, los padres cuidan y defienden a su descendencia; esta es una obligación propia, innata y connatural en el ser humano. Mediante la filiación los padres se vinculan jurídicamente con sus hijos satisfaciendo sus necesidades y requerimientos, asistiéndolos, protegiéndolos y representándolos. La relación paterno filial es, por ello, un complejo de relaciones familiares entre padres e hijos dándose la denominada autoridad parental que obedece a la obligación que tienen los padres en la formación de sus hijos.²⁵

La patria potestad es un derecho inherente al ejercicio de la maternidad y la paternidad. Surge como consecuencia de la filiación, biológica o adoptiva. Se configura como un derecho-deber porque el menor queda sometido a la voluntad de sus padres en cuanto a los cuidados físicos, materiales y emocionales que garantizarán su desarrollo equilibrado. Es irrenunciable porque por voluntad propia no pueden restringirse las relaciones jurídicas de ella originadas, los padres no pueden dimitir de sus obligaciones.

²⁵VARSI ROSPIGLIOSI, ENRIQUE; <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/02/patria-potestad.html>, consultado el 4 de diciembre de 2015.

Aunque la patria potestad sea privada o suspendida, aún tienen el deber de dar alimentos, tal y como establece el artículo 96 del Código de Familia cubano, su renuncia determinaría el incumplimiento de las obligaciones que la ley señala; además es intransferible porque la ley la reconoce en razón de la paternidad, de manera tal que el padre o la madre que se desprenden de sus deberes y derechos a favor de otro, realizan un abandono que produce las sanciones del caso.

Esta característica, también conocida como de indisponibilidad o inalienabilidad, implica que las facultades derivadas de la patria potestad son de orden público. El poder paterno no puede cederse en todo o en parte porque la patria potestad es la condición *sine qua non* de la relación paterno filial, se deriva de ella de manera tal que el término filiación implica, de por sí patria potestad, ya que ésta se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad de los padres sobre sus hijos, de allí que más que un derecho sea una consecuencia de la filiación.

Sin embargo, puede haber filiación sin patria potestad (en los casos extinción, suspensión de la misma) pero no puede haber patria potestad sin filiación. También es imprescriptible porque no prescriben las acciones que puede tomar un padre para reconocer a su hijo y ejercer la patria potestad, en caso de que sea menor de edad el hijo reconocido.

Muchos países han optado por cambiar el nombre "Patria Potestad" por "Autoridad Parental", debido al significado que tenía esta institución en Roma, la cual originariamente otorgaba todos los derechos del hijo solamente al padre. Para GROSMAN²⁶ el primer término anteriormente expresado responde a concepciones arcaicas pues en latín significa el "poder del padre" y no puede hablarse de un "poder" ya que hoy día se trata de una función en cabeza de ambos progenitores destinada a satisfacer las necesidades del hijo teniendo como preocupación esencial su interés superior. Le parece más apropiada la expresión "responsabilidad parental" para traducir la tarea de crianza y formación del hijo.

Otros estudiosos del tema como PINTO ANDRADE²⁷ han referido que "patria potestad" no es una locución que se corresponda con los avances de la sociedad

²⁶GROSMAN, CECILIA P: "El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres ¿Utopía o realidad posible?" Tomado de: Nuevos perfiles del Derecho de Familia, Coordinadores: LEONARDO B PÉREZ GALLARDO y AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI. Editorial Rubinzal Culsoni, Argentina, 2006, p 232.

²⁷PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL: *La custodia compartida* Primera Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, p.35

moderna del siglo XXI, porque evoca la idea de poder y pertenencia a favor del *pater familias*, coincidiendo con la denominación dada por la autora anterior.

Sobre esta polémica ha reseñado ORTUÑO MUÑOZ²⁸ que utilizar el término de responsabilidad parental compartida se atempera más a la comprensión de los deberes, derechos, funciones y actitudes éticas que corresponde a ambos progenitores, y adquiere nuevos matices el papel del hijo con estos tras el divorcio o la separación.

En contraposición con estos razonamientos, se ha apreciado que “superada la clásica configuración romana, como poder determinante de las sujeción al *pater familias* 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”²⁹

Además es innegable que el uso de la expresión patria potestad está muy enraizado al vocabulario de los juristas y su sentido ha progresado en el tiempo trascendiendo a su significado tradicional, lo que favorece que el nombre quede ceñido a las concepciones actuales sin necesidad de que sea desechado.

En Cuba, según la profesora MESA CASTILLO³⁰ el nombre quedó, debido al contexto político de los primeros años después que cambiara radicalmente el poder en 1959, donde se desarrollaron campañas anticomunistas que tergiversaron el carácter de la institución, logrando el éxodo de cientos de niños cubanos hacia Estados Unidos bajo la falsa idea de que el Gobierno Revolucionario iba a suprimir la patria potestad de los hijos para ser enviados a Rusia. Posteriormente en 1975 los legisladores del Código de Familia decidieron mantener este nombre para evitar una confusión con similares resultados.

A nuestra consideración, ambos términos: Autoridad Parental y Patria Potestad reflejan la misma esencia, es decir, el conjunto de derechos-deberes de ambos padres en función del beneficio y el interés superior de los hijos mientras que sean menores de edad, teniendo en cuenta las características propias y la personalidad de cada uno.

²⁸ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL: *El Nuevo Régimen Jurídico de la Crisis Matrimonial*, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p.63

²⁹CASTILLO MARTÍNEZ C. DEL C, “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”. *Revista SEPIN*, No 25, septiembre, p. 27.

³⁰MESA CASTILLO, OLGA: *Orientaciones para el estudio del Derecho de Familia*. Editorial Félix Varela, Ciudad de la Habana, 1998. p. 114.

Tienen los progenitores el deber de alimentar, educar, cuidar, respetar y administrar los bienes de sus hijos mientras sean menores de edad o no se hayan emancipado. 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 defensa tutelar, que corresponde a los padres, se acabará cuando el sujeto de derecho consiga la capacidad para poder defenderse por sí mismo y administrar su patrimonio.

Esta es una función tuitiva de carácter social y de orden público, porque los intereses y derechos que protege competen al Estado y la sociedad en general. Es tanto un derecho como un deber que tienen los padres de proteger y custodiar la persona y patrimonio de sus hijos, 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.

La Doctora PALAZÓN GONZÁLEZ considera que en definitiva, la patria potestad está estructurada en dos elementos: la titularidad conjunta y el ejercicio solidario, que puede convertirse en unipersonal y exclusivo en distintos casos.

En los supuestos de ruptura o disolución del vínculo matrimonial, la patria potestad de los progenitores sigue siendo compartida en cuanto a su titularidad pero puede, y es lo más frecuente, que sea el cónyuge con el que conviven los hijos el que ejerza de forma exclusiva la patria potestad, lo que llamamos guarda y custodia, pero para ciertos actos se precisa ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos cónyuges: emancipación, consentimiento para que el menor sea adoptado, así como las decisiones importantes para la formación y desarrollo integral del menor. Permitted también el supuesto de que los progenitores mantengan la patria potestad y se atribuya la guarda de los hijos a un tercero, persona física o jurídica.³¹

En nuestra consideración existe una confusión de la autora en cuanto al contenido propio de la patria potestad como institución y el ejercicio de esta, en tanto la guarda y cuidado de los hijos es uno de los componentes personales que viene dado directamente por la convivencia estable que el padre guardador sostiene con

³¹PALAZÓN GONZÁLEZ, ANA MARÍA; Ponencia sobre Centros Educativos y Ruptura Familiar. pdf,p,7

el menor y difiere del contenido del ejercicio de la patria potestad. Explicado esto en una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid el treinta y uno de octubre de 1995³², es evidente que el ejercicio de la patria potestad engloba decisiones trascendentes para el buen desarrollo del menor, y en estas condiciones ambos cónyuges se encuentran en plano de igualdad y su ejercicio es llevado a cabo por ambos, mientras que la guarda y custodia se refiere al ambiente cotidiano y doméstico, que también reviste gran importancia en la formación de los menores y difícilmente es ejercido por el progenitor no conviviente.

En el contenido de la patria potestad se consideran dos aspectos esenciales: el personal y el patrimonial. La esfera personal comprende los deberes y facultades de los progenitores en relación con el cuidado y protección de la persona del hijo, mientras que en lo patrimonial se encuentran los actos de administración y disposición de sus bienes.

Algunos ordenamientos legales regulan la institución de acuerdo con los efectos de la patria potestad sobre la persona de los hijos (esfera personal) y a los efectos sobre los bienes (esfera patrimonial). El Código de Familia cubano no realiza esa distinción nominalizada; se relacionan los derechos y deberes de los progenitores como una función unitaria del ejercicio de la patria potestad, sin separar el aspecto personal del patrimonial.

1.3 La Guarda y Cuidado.

La guarda y cuidado requiere de la convivencia diaria con el niño, es la función más dinámica de la patria potestad, especialmente cuando los progenitores no viven juntos. Está íntimamente relacionada con la educación, la formación integral, el derecho de corrección y la comunicación de los menores con el progenitor no guardador. Lo esencial para desempeñar la función de la guarda y cuidado comprende una doble consideración; de una parte es derecho y de otra deber de los progenitores a tener consigo a su hijo menor bajo el mismo techo para cuidarlo con la debida diligencia y controlar sus relaciones en el medio que le

³²ECHEVARRÍA GUEVARA, KAREN; *La guarda y custodia compartida de los hijos*. Tesis Doctoral: problemática actual del derecho de familia. Editorial de la Universidad de Granada, 2001.

rodea. También deben procurarles estabilidad emocional, y contribuir a su desarrollo con amor y tener en cuenta sus capacidades, aptitudes e inclinaciones³³.

La guarda y cuidado ostenta un carácter jurídico o legal, pues su alcance y contenido tiene como fuente la Ley, lo cual la distingue de otras figuras como “guarda de hecho”. Esta última no viene concedida por un juez o autoridad jurisdiccional, sino que los mismos progenitores la conceden de forma voluntaria a un tercero, mediante un acuerdo extrajudicial, que también le puede proveer educación integral y cuidados aunque no tenga las facultades propias del guardador jurídico y solo estará unido al niño por la convivencia.

1.3.1 Concepto de guarda y cuidado.

Se define la guarda como aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores, donde la ley establece los criterios de atribución de la misma. En muchos países los padres tienen la autonomía de decidir cómo compartirán su responsabilidad siempre que prime el interés superior del menor y sea este el más beneficiado. La guarda abarca todas las obligaciones que originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores. El Código del Niño, Niña y Adolescente Boliviano del año 1999 define y especifica el contenido de la guarda en el artículo 42 cuando textualmente señala que:

“La guarda es una institución que tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a un niño, niña o adolescente con carácter provisional y es otorgada mediante resolución judicial a uno de los progenitores; en casos de divorcio y separación de las uniones conyugales libres y en otros casos a terceras personas carentes de autoridad parental o tuición legal...”

Los progenitores, vivan juntos o separados, deben participar en todas las esferas de cuidado y educación de los hijos, porque ambos son titulares de la patria potestad y comparten la responsabilidad que esto implica. GARCÍA PASTOR ha considerado que la guarda y custodia consiste en “el conjunto de funciones

³³VELAZCO MUGARRA, MIRIAM. *La guarda y cuidado de los hijos sujetos a la Patria Potestad*, EdicionesONBC, La Habana, 2008, p 153

parentales que requieren el contacto constante entre el adulto y el niño”³⁴, otros autores como CAMPO IZQUIERDO, coinciden en que la guarda y custodia es “un derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día a día. Cualquier otra decisión importante que afecte el desarrollo integral del menor, constituye parte de la patria potestad.”³⁵

GUILARTE MARTIN-CALERO, basándose en el modelo de custodia compartida la define como la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de visitas, comunicación y estancia; que los coloca igualitariamente, garantizando el derecho del hijo a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura sentimental de la pareja³⁶. Siguiendo esta misma línea, otros autores como: LATHROP GÓMEZ³⁷ y ORTUÑO MUÑOZ³⁸ consideran que la guarda y cuidado para ser ejercida necesita del respeto y la colaboración de los padres para facilitar a los hijos la comunicación frecuente y equitativa con estos, además ambos deben distribuirse de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales, y en caso de desacuerdo solucionar el conflicto de forma cordial y pacífica. Además que para la convivencia, en lo que a residencia se refieren los niños deberán vivir con cada padre en lapsos sucesivos más o menos determinados.

1.3.2 Modalidades de guarda y cuidado.

Al cesar la unión entre los padres es que se produce una dispersión visible de las instituciones de patria potestad y de guarda y cuidado. Mientras la primera se mantiene invariable, pues la titularidad y el ejercicio siguen siendo de ambos padres, la segunda puede adoptar distintas modalidades para solucionar la convivencia entre padres e hijos.

Modalidades de guarda:

³⁴GARCÍAPASTORMILAGROS, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos Personales*, Primera Edición, Editorial McGraw Hill, Madrid. 1997, p 74.

³⁵CAMPO IZQUIERDO, ÁNGEL LUIS. “Guarda y Custodia compartida” *Diario La Ley*, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206.

³⁶GUILARTE MARTIN-CALERO, CRISTINA. “Custodia compartida y protección de menores” *Cuaderno de Derecho Judicial II-2009*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010 p.13.

³⁷LATHROP GÓMEZ, FABIOLA: *Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas*. Madrid, 2010 p. 88.

³⁸ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial* Primera Edición, Editorial Arazandadi, Navarra, 2006.

- ✓ **Guarda Unilateral:** Es la que corresponde a uno de los progenitores mientras que el otro solo se queda con el derecho de visitas, el cual puede ser tan amplio como sean capaces de colegiar estos. La madre tiene la preferencia en la legislación como candidata a quedarse con la guarda.

Este sistema puede provocar distanciamiento entre progenitores e hijos, pues en estas circunstancias se relacionan de manera esporádica y superficial, resultando un percance para la familia, lo que ha motivado la búsqueda de situaciones distintas³⁹. Si el progenitor no guardador se desentiende de su prole como tantas veces sucede, como la guarda es generalmente otorgada a la madre, esta debe afrontar sola o con la ayuda de los familiares las necesidades de sus hijos ante la falta de asistencia paterna. En ella queda depositada una doble carga: la prestación de servicios para el cuidado personal del hijo y la búsqueda de los recursos económicos para mantenerlos. Nos enfrentamos, pues, con un sistema injusto donde la mujer cumple con exigencia extrema ambos roles, con el consiguiente deterioro de su bienestar personal y el de sus hijos⁴⁰.

Consideramos que la guarda unilateral no es la más idónea para formación y desarrollo de los hijos menores, además que no soluciona las contingencias que suceden en situaciones de separación o divorcio.

- ✓ **Guarda Compartida:** parte de la idea de la plena igualdad jurídica en derechos y obligaciones de las personas, los cónyuges y los hijos ante la ley, la corresponsabilidad parental de los progenitores no obstante la ruptura de la pareja. Este sistema brinda alternancia a los progenitores en la situación de guardador o visitador. Garantiza el derecho de los hijos a ser criados por ambos padres a pesar del cese del vínculo amoroso entre ellos. Se sostiene que la guarda y custodia compartida es un sistema legal que acontece tras el divorcio o la separación, donde los progenitores se alternan y suceden el cuidado de sus hijos ejerciendo los deberes y derechos que la ley les confiere equitativamente.

³⁹GARCÍA PASTOR, M. *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven, Aspectos Personales. Op cit* p 96.

⁴⁰GROSMAN, CECILIA P: "El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres ¿Utopía o realidad posible?" En: *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*. Coordinadores: LEONARDO PÉREZ GALLARDO y AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, Editorial: Rubinzal Culzoni, Argentina, 2006, p 119.

Es exitoso este modelo cuando los adultos asumen de forma madura y responsable su capacidad de desdoblarse en sus roles de madre y padre para ejercer positivamente el cuidado y sostenimiento de su descendencia.

Algunos de sus seguidores como ZARRALUQUI manifiestan que los niños en la actualidad se encuentran acostumbrados a disfrutar de una pluralidad de domicilios, durante el periodo escolar y vacacional o de fin de semana, de la misma forma en su entorno es posible que también existan menores con padres separados sin que estos extremos generen problemas psíquicos.⁴¹

Es indudable que ante la mayor inestabilidad de la pareja, se ha pensado en una estrategia destinada a mantener la permanencia de la pareja parental para garantizar una adecuada socialización del hijo, pese a la desunión de los padres. El mejor camino para alcanzar este objetivo es que el hijo comparta aspectos de la vida cotidiana con cada uno de sus padres y distribuir su cuidado de acuerdo a las posibilidades y organización familiar. Estos arreglos, de ser posible su concreción, aseguran de manera plena el derecho del niño a “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular⁴²” y al crear un clima donde el niño o adolescente siente que no pierde a ninguno de sus progenitores, se ahuyenta el fantasma del abandono. La discontinuidad de las visitas, el consiguiente alejamiento de los hijos, la deserción de la responsabilidad alimentaria, son todos síntomas de un sistema perturbado que daña al hijo.⁴³ En el momento actual, ya en diversos ordenamientos se acoge expresamente el cuidado compartido del hijo después de la separación o divorcio y cuando ello no es posible, no conviene al interés del niño o lo han decidido así los padres, se opta por la guarda y el cuidado unipersonal.

Guarda Conjunta: Su propósito es mantener los efectos del ejercicio en conjunto de la patria potestad. Se trata de una guarda atribuida a uno de los progenitores pero en conjunto con el progenitor no custodio, a ambos les correspondería el cuidado y el poder de decisión sobre los hijos menores, lo cual deviene en

⁴¹ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, L., *Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos*, Edit. Dykinson, Madrid, 2004. P 63.

⁴²Convención de los Derechos del Niño: artículo 9.3: *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*

⁴³SALZBERG, BEATRIZ, *Los niños no se divorcian*, Ediciones Beas, Buenos Aires, 1993, p.132

imposible por la sencilla razón de que los padres están separados físicamente. Aunque en teoría intenta atenuar los desaciertos de la modalidad de guarda unilateral, en la práctica este método resulta ineficaz y extremadamente difícil de llevar a cabo sin transformarse en otra de las variantes de atribución de guarda aquí expuestas.

Al respecto algunos autores consideran que la guarda conjunta es una ficción porque no elimina realmente la exclusión de la crianza al progenitor no conviviente con el menor⁴⁴, mientras que otros no reconocen su existencia de forma independiente, sino como un modelo alternativo de la guarda compartida o una “mejora” del modelo unipersonal.

- ✓ **Guarda a cargo de terceras personas:** Consiste en atribuir la potestad de guarda a una persona que no sea el progenitor, pudiendo ser un familiar o allegado del menor, que cuenta con las condiciones necesarias para mantenerlo bajo su custodia excepcionalmente y por un período de tiempo determinado, hasta que los padres puedan volver a asumir sus funciones. Adquiere esta institución matices disímiles cuando se trata de una persona distinta a los padres, para ellos es obligatorio, pero para un tercero no lo es. Se tiene en cuenta para estos casos aún más el principio del interés superior del menor y se lleva a cabo cuando esta se convierte en la solución más factible para no afectar el desarrollo y la estabilidad emocional de los niños y niñas. Además necesita del mutuo acuerdo y la cooperación de los progenitores para designar al tercer guardador y depositarle la confianza necesaria para realizar esta tarea de forma temporal.

La familia cubana de carácter ensamblado también puede considerarse una familia extensa, pues en ella prima la convivencia de madre o padre, tanto biológicos como afines, con abuelos, hermanos, tíos, y todos de alguna manera inciden en la crianza del menor, dado el rol esencial que juegan los abuelos dentro de nuestra identidad familiar pudiera considerarse que estos son merecedores de la concesión temporal de la guarda ante los inconvenientes del desempeño de los progenitores biológicos, sin embargo en muchas ocasiones los padres afines asumen con total entrega las responsabilidades que abarcan el contenido de la guarda y cuidado, de

⁴⁴VELAZCO MUGARRA, MIRIAM. *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la Patria Potestad. Opcit*, p 184.

ahí que sea importante valorar ante una situación determinada cual es la decisión más beneficiosa para el niño/niña.

Otra cuestión que puede plantearse es la de la posición jurídica de cada uno de los implicados: el guardador y los padres. La guarda comprende las funciones parentales que son necesarias para el desarrollo y convivencia con el infante, pero sólo en la parcela en que tal convivencia sea necesaria, así como la autonomía de actuación para desarrollar estas funciones, las facultades se cederán, necesariamente al tercero guardador, con la autonomía de actuación similar que correspondería al progenitor que lo tenía bajo su cuidado.

En definitiva, al tercero guardador corresponderá el desarrollo de las funciones atinentes al cuidado personal y cotidiano, lo relativo a la escolarización y educación, con cierta autonomía de funcionamiento; mientras que a los progenitores corresponderá la porción de las funciones paternales personales no absorbidas por la guarda y el ejercicio de la patria potestad. Es decir, no pueden dejar de preocuparse por la salud y bienestar de sus hijos, mantienen la obligación de proveerles de los medios materiales que necesitara para vivir, comunicarse con ellos y siguen siendo los únicos facultados para actuar en la esfera patrimonial, concerniente a la enajenación de los bienes pertenecientes al menor.

La doctrina tiene criterios divididos frente a este tipo de guarda, algunos plantean como inconvenientes la indefinición de circunstancias concretas en las que operaría esta figura, decidir quienes estarían facultados para tal decisión y la posición jurídica del trinomio: padre-menor-guardador. Por ejemplo ECHEVARRÍA GUEVARA opina que los terceros guardadores no pueden ejercer la guarda y custodia del niño con carácter propio, en tanto que no tienen las facultades que la ley otorga a los progenitores, pues ni siquiera tienen la obligación de convivir con él y si existiere acogimiento familiar, este sería un compromiso contractual a cumplir, posiblemente remunerado y de carácter temporal⁴⁵.

No coincidimos con el criterio de dicha autora, porque sería mercantilizar y alienar las relaciones familiares, llevándolas al extremo de admitir que no hay verdaderos lazos de apoyo, comprensión y solidaridad entre parientes cercanos, se admitiría

⁴⁵ECHEVARRÍA GUEVARA, KAREN; *La guarda y custodia compartida de los hijos*. Tesis Doctoral: problemática actual del derecho de familia. Editorial de la Universidad de Granada, 2001. p.29.

que no existen allegados lo suficientemente comprensivos y desinteresados para asumir con responsabilidad y de forma temporal el cuidado de un ser querido que verdaderamente lo necesita. La familia cubana no se caracteriza por esos elementos, de ahí la incompatibilidad con el criterio de la ya mencionada investigadora.

Mientras tanto otros autores como RIVERO HERNÁNDEZ afirman que: se justifica la guarda a cargo de tercero en situaciones en que los padres no pueden proveer el cuidado de los hijos, ni garantizar el cumplimiento de las relaciones paterno filiales, como son la enfermedad corporal o psíquica, la grave penuria económica, la falta de trabajo remunerado, de domicilio o profesión estable, la privación de libertad de alguno de ellos concurrente con una de las circunstancias mencionadas en el otro⁴⁶.

1.3.3 Contenido de la guarda y cuidado de los hijos.

La guarda y custodia significa encomendar el cuidado directo de los hijos, la convivencia y contacto continuado de los mismos, a al menos uno de los progenitores, dado que la falta de convivencia entre los padres impide que tal tarea sea desempeñada por los dos. Las facultades y deberes que comprende el titular de la guarda y custodia son, todas las referentes al desarrollo, educación, alimentación, protección, representación del menor. Su contenido abarca: la convivencia, el derecho-deber detener a los hijos en compañía ofreciéndoles la debida protección y la educación y formación integral.

Convivencia:

Esta potestad presupone el derecho a vivir en el mismo domicilio con el hijo menor, es contenido esencial sin el cual la institución no consumara su objetivo. La figura de guarda y custodia solo cobra relevancia en una situación de no convivencia de los progenitores, es ahí donde se diferencia de la patria potestad, situación que se ve más clara cuando el guardador no es ninguno de estos sino un tercero.

Es común observar a los niños conviviendo con los abuelos maternos o paternos, o con otros familiares allegados por decisión de los progenitores, que mantienen la

⁴⁶RIVERO HERNÁNDEZ, FÉLIX.; *El derecho de visita*, Ensayo de Construcción Unitaria, Ed.Universidad de Navarra, Pamplona. p.93

relación paterna filial muy semejante a la del padre no guardador con régimen de visita. En esta situación surge la duda de si tal conducta de los progenitores constituye un incumplimiento de los deberes de la patria potestad de tener a los hijos bajo su cuidado o si por el contrario se les debe reconocer el poder de fijar el domicilio de los hijos con un tercero⁴⁷.

En otras regulaciones foráneas esta facultad es aceptada con los límites que supone el cumplimiento de los deberes paterno-filiales, reducidos a velar por la debida protección del hijo, alimentos, educación y formación integral, aunque el tercero tenga a bien tenerlo bajo su guarda y cuidado.

En los casos en que se ejerza la guarda y custodia compartida, la heterogeneidad en las reglas de convivencia con los padres puede suponer confusión para el menor. Deben seguir las mismas pautas de educación, alimentación y crianza para no afectar la estabilidad del niño. En el caso de las familias ensambladas, la convivencia es fundamental porque es la que une los lazos y acerca o aleja más (afectivamente hablando) a los parientes afines.

En la convivencia es que se establecerán las nuevas reglas y pautas bajo las que se erigirá la nueva familia, hay que tener en cuenta que el pariente afín que convive a diario con el niño también estará a cargo de educarlo y velar por su seguridad.

Derecho- Deber de tener a los hijos en compañía:

Implica esto un modelo de vida común que permite ejercer con éxito el deber de atención diaria, así como otras obligaciones que vienen dadas por la patria potestad. Su incumplimiento puede ser objeto de sanción penal, en algunos países si implicara el abandono de los hijos o un daño efectivo a su persona por descuido. Por delito de abandono de un menor o incapaz debe entenderse el hecho de dejar a estos a su suerte, desprovistos de la protección que la persona encargada de su guarda en ese momento (padres, tutores o guardadores legales) vienen obligados a brindarles, de donde cabe inferir la generación de una situación de riesgo potencial para aquellos.

Los progenitores no tienen facultades autónomas o independencia para determinar quienes (en cuanto a terceras personas) pueden ejercer el cuidado personal de sus hijos. Tal decisión es legalizada y aprobada por el Tribunal competente cuando

⁴⁷VELAZCO MUGARRA, MIRIAM. *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la Patria Potestad.op cit*, p 158.

concurrir circunstancias que lo justifiquen, atendiendo siempre al interés superior del niño.

Debido a que en Cuba la guarda y custodia de los hijos es solo atribuible a los padres según las regulaciones legales, estos deben ejercer la coparentalidad, o sea, deben adaptarse y sobreponerse al divorcio porque el niño tiene el derecho de disfrutar de la compañía y mantener su vínculo con ambos padres.

En el caso de la guarda unilateral el progenitor con derecho a visitas se verá ampliamente afectado en el ejercicio de la patria potestad porque tendrá la compañía de su hijo solo por espacios de tiempo determinado y no de una forma diaria, la tarea de ganarse su confianza y de influenciar la formación de su personalidad será más ardua para él.

La cercanía que necesita una relación progenitor-hijo se verá segmentada por los espacios que están establecidos para su relación. Aunque los padres de mutuo acuerdo decidan acogerse a la guarda unilateral, la permanencia del niño con cada uno de ellos deben ser lo más equitativa posible.

Esta es una de las funciones más ligadas a la patria potestad, lo cual no impide que en cuanto a las familias ensambladas, un pariente afín no pueda asumir esta función subsidiariamente, sobre todo el que tenga los vínculos más estrechos con el niño y haya convivido con él.

Deber y derecho de velar por los hijos:

Consiste en la obligación de los progenitores de actuar con diligencia en el desempeño de sus funciones paterno filiales para apartar al niño de cualquier peligro, sea físico, psíquico o social⁴⁸. Se trata de ir más allá de controlar los estudios o la asistencia a las clases, se debe influir positivamente en el despliegue de sus capacidades intelectuales y su conducta moral, observando al medio social que le rodea, amistades, relaciones y aficiones, procurándole un bienestar psicológico-afectivo de forma exhaustiva y sistemática.

Esta función recae en ambos progenitores aunque no vivan juntos. El guardador es responsable del cuidado directo del hijo y el no guardador también es responsable de velar y preocuparse por su bienestar, salud y protección.

Teniendo en cuenta que los hijos crean relaciones más allá del medio familiar, y que interactúan con la escuela, el barrio y la sociedad, los padres deben controlar

⁴⁸DIEZ-PICAZO, LUIS. "Notas sobre la reforma del código civil en materia de patria potestad" Anuario de Derecho Civil, Madrid, fasc. I ene-mar, p.15

la información que reciben de los distintos agentes de socialización, existe ahora un panorama más complejo con el acceso a las nuevas tecnologías, computadoras, celulares, Internet y otros medios a los que los infantes se exponen donde circulan informaciones no adecuadas e impropias para su nivel de madurez.

Los adultos deben vigilar como los menores aprenden e interiorizan, los elementos socioculturales de su medioambiente, los integran a la estructura de su personalidad, bajo la influencia de experiencias que reciben en este.

Aunque la familia es evidente que tiene un papel preponderante en la función de educar a los hijos, el Estado cubano se siente responsable por esto, pues el Socialismo prioriza la existencia de escuelas, instituciones, centros deportivos y recreacionales donde los niños puedan aprender y desarrollar sus habilidades extracurriculares; realiza la educación formal y la formación de los hijos de conformidad con la política educacional, explicada a través de instituciones como círculos infantiles, seminternados, internados escolares y un amplio sistema de internados-becas dedicados a los estudios preuniversitarios y de formación profesional.

El segundo apartado del artículo 85 del Código de Familia cubano expresa que los padres tienen el deber de atender la educación de los menores, cuidando su asistencia, y promoviendo su superación intelectual. Se ve el contenido de la guarda en este caso desde dos vertientes: educación institucional y educación familiar. El niño adquiere en el seno familiar los hábitos de higiene, de alimentación y, en general, de comportamiento que le aportan sus progenitores en la vida diaria, además de las enseñanzas directas que le imponen mediante las reglas que se establecen en su núcleo familiar.

ONECHA SANTAMARÍA estima que “para que la formación sea integral importa sobremanera el equilibrio psicofísico del hijo, y en este sentido, la pasividad de los padres encierra un grave peligro, ya que la educación familiar tiene un carácter preparatorio que sienta los fundamentos de la personalidad. Por tal motivo los progenitores son un agente educador de primer orden siempre que sea normal la vida de familia”⁴⁹.

⁴⁹ONECHA SANTAMARÍA, C. “El deber de los padres de procurar la formación integral de los hijos” *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, No 1648, 25 sept, p.119.

1.4 Régimen legal de la guarda y cuidado en países que reconocen las familias ensambladas.

El estudio de la legislación foránea en el tema de guarda y cuidado es trascendental para la presente investigación pues permitirá conocer en qué lugar se sitúa Cuba con respecto a los avances legislativos que existen en la materia, permitirá comparar el desarrollo de los distintos países en cuanto a la protección de los derechos del niño y como se tienen en cuenta los postulados de la Convención Internacional de los Derechos del niño del cual 196 países son signatarios.

España:

El Código Civil español regula separadamente la institución de la patria potestad y la de los distintos modelos de guarda y custodia de los hijos menores. La patria potestad se regula, con sustantividad propia, bajo la rúbrica “De las relaciones paterno-filiales” en su Título VII, mientras que los modelos de custodia se regulan en los artículos 90 y siguientes, como uno de los efectos de la nulidad, separación o divorcio. En situaciones de convivencia de los padres, la titularidad de la patria potestad, su ejercicio, y la guarda y custodia coinciden en ambos progenitores. Pero, en caso de ruptura de la relación de estos, sea matrimonial o de hecho, pueden darse distintas situaciones en cuanto a la patria potestad que van desde su privación a la atribución de su ejercicio a uno solo de los progenitores, siendo lo más frecuente que tanto titularidad como ejercicio sean atribuidos a ambos.

En cuanto a la guarda y custodia de los hijos, debe ser atribuida a uno o a otro, o a ambos de forma compartida, como consecuencia de la cesación de la vida en común de los progenitores.

Las Comunidades Autónomas que carecen de derecho civil propio se rigen por el Código Civil común contenida en los artículos 90 y siguientes y, especialmente en la materia que nos ocupa, en el artículo 92 del Código Civil, en la última redacción operada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, regula los distintos modelos de guarda y custodia, dando preferencia a la custodia exclusiva de un solo progenitor.

Esa preferencia resulta evidente, dada la dicción de su apartado 5, en relación con el 8, según su apartado 5, ambos padres deben estar de acuerdo para obtener la custodia compartida porque, en caso de acuerdo, deberá así resolverse mientras que, en otro caso, el apartado 8 dice que el juez podrá concederla «excepcionalmente» a petición de uno solo de los cónyuges y siempre que entienda que solo de esa forma se protege adecuadamente el interés del menor⁵⁰.

La sociedad está cambiando por lo que la situación descrita en el Código Civil no se considera adecuada por muchos. La custodia compartida ha ido ganando fuerza en España en los últimos años. Para algunos, es la solución más justa para ambos progenitores. Otros, sin embargo, consideran que genera inestabilidad y conflictos en la vida de los niños.

En la normativa civil española, caben ambas formas de custodia. Pero, mientras la monoparental y la compartida solicitada por ambos progenitores de mutuo acuerdo sólo requiere para ser establecida que no perjudique el interés del menor, la custodia compartida solicitada por uno solo de los progenitores es tratada por el propio Código Civil como algo excepcional, que solo debe concederse cuando de esa única forma se proteja adecuadamente el interés del menor.

El Código Civil español no se pronuncia en cuanto a familias ensambladas, pero la comunidad autónoma de Aragón (aunque los sigue denominando madrastras y padrastros) tiene una historia remota en lo que respecta al régimen jurídico de los llamados *stepparents*, el Derecho Foral aragonés, reconoce a estos una especial posición jurídica ya desde el Apéndice Foral de 1925, (que sufre un proceso de asentamiento y de caracterización jurídica desarrollado en tres fases: la primera, en la Compilación de 1967; la segunda, en la Ley de 21 de mayo de 1985, y la tercera y última, a través de la regulación, contenida en la Ley de Derecho de personas de finales de 2006), en los primeros momentos contempla una incipiente regulación jurídica de la situación del cónyuge, en el artículo 2.⁵¹ Al principio no existió la

⁵⁰BAYARRI MARTÍ, MARÍA LUISA: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/732-el-rgimen-de-guarda-y-custodia-en-espaa-derecho-comn-y-comunidades-au.p.3>.

⁵¹ARTÍCULO 2: «La autoridad paterna mientras tanto que no se extinga legalmente, con respecto a las personas de los hijos menores de edad, a quienes el Código denomina también hijos no emancipados, en cuanto les sea favorable, se ejercerá guardando las siguientes reglas:

1. ^{a)} No se podrá separar a los hijos e hijastros de la compañía del cónyuge supérstite, aunque pase a otro matrimonio, mientras haga efectiva la obligación legal de alimentarlos, a menos que exista para la separación motivo de moralidad o de mal tratamiento.

2. ^{a)} No existiendo estos motivos, el padre o madre viudo retendrá a su lado a sus hijos, siquiera haya habido lugar a proveerlos de tutor ».

posibilidad de delegar la autoridad paterna en la figura del padrastro o madrastra — en caso de fallecimiento del progenitor—, ni la de participar en la misma sino simplemente, y en busca, sin duda, del mejor interés del menor y de la familia, de la continuidad de una convivencia familiar.

La reforma de la Compilación de Derecho Civil de Aragón por Ley de las Cortes de Aragón, de 16 de mayo de 1985 estableció el reconocimiento expreso de la participación de los padrastros y madrastras en el ejercicio de la autoridad familiar constante matrimonio, y por tanto, no sólo para el caso de fallecimiento del cónyuge progenitor.⁵² Otra transformación importante fue la atribución de la autoridad familiar al padrastro o madrastra en caso de fallecimiento del cónyuge progenitor.⁵³

La Ley 13/2006 de Derecho de la Persona de Aragón, es la tercera que de forma sistemática desarrolla el Derecho Civil aragonés, se centra en la Autoridad familiar de otras personas, rezando el artículo 72, bajo el título «*Autoridad familiar del padrastro o de la madrastra*», lo siguiente:

1. *El cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad.* 2. *Fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquél y encargarse de su crianza y educación, asumiendo, a tales fines, la correspondiente autoridad familiar.*

El estudio del proceso legislativo operado en Aragón en relación al régimen jurídico de los padres y madres afines lleva a concluir que la ampliación progresiva del reconocimiento del rol de éstos en las familias reconstituidas o ensambladas, sin duda alguna, favorece su aceptación social y el consenso del legislador a la hora de realizar las adaptaciones que requiere la sociedad con el paso del tiempo. En

⁵²ARTÍCULO 9.3: «Cuando el hijo de uno solo de los cónyuges conviva en la casa, el cónyuge del progenitor participará en el ejercicio de la autoridad familiar que corresponda a éste, si así se lo pide. No obstante, el hijo podrá pedir a la Junta de Parientes o al Juez de Primera Instancia que se le exonere de la autoridad del cónyuge de su progenitor, concurriendo justa causa »

⁵³ARTÍCULO 10.1. Fallecidos los padres, o cuando éstos fuesen privados judicialmente de la autoridad familiar o de su ejercicio, dicha autoridad, y con los mismos derechos y obligaciones que correspondían a los padres, podrá ser ejercida por los abuelos, los hermanos mayores del menor o por el cónyuge no progenitor del binubo premuerto, salvo previsión en contrario de los mismos padres o de alguno de ellos.

10.2. En caso de fallecimiento de los progenitores, la designación de las personas que vayan a ejercer la autoridad familiar y la forma en que ésta debe prestarse, salvo expresa previsión de los padres, corresponderá a la Junta de Parientes o, en su defecto, al Juez de Primera Instancia

este país se requiere que la situación legal entre padres e hijos afines sea definida en el Código Civil y que se extiendan las ideas progresistas de las comunidades autónomas respecto a este tema.

Argentina:

Tal y como expresa el Código Civil y Comercial de la nación argentina en su preámbulo, es necesario que la Ley sea consecuente con los cambios que ocurren en la sociedad. Este novedoso cuerpo legal se ha convertido en paradigma para todos los juristas de la materia Civil en Latinoamérica. Constituye un ejemplo de voluntad política para ejercer con rapidez, eficacia y objetividad las transformaciones legales que promueven la equidad social, eliminando contundentemente todas las formas de discriminación.

Con respecto a la regulación de la guarda y custodia de los hijos menores, el título VII del mismo se refiere a la responsabilidad parental, sustituyendo este término a la tradicional patria potestad. El artículo 638 la establece como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes de los menores de edad, para su desarrollo, protección y formación integral, atendiendo a los siguientes principios:

- Interés superior del niño,
- Autonomía progresiva del hijo, (teniendo en cuenta la correspondencia entre la edad y la madurez psicológica)
- Derecho del niño a ser escuchado.

Las figuras legales que se derivan de la responsabilidad parental en este código son: la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, el cuidado personal del hijo por los progenitores y la guarda otorgada por el juez a un tercero.

Cuando ambos progenitores conviven, ejercen la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental, en caso de cese de convivencia, divorcio, o nulidad del matrimonio, continua perteneciendo a ambos progenitores. El artículo 648 de la mentada ley expone que el cuidado personal de los hijos se refiere a los deberes y facultades de los padres en relación con la vida cotidiana del hijo, lo cual se traduce en guarda y cuidado al tener la misma esencia y significado aportado anteriormente en la investigación. En cuanto a esto la norma legal se pronuncia otorgando el cuidado personal de los hijos a uno o a ambos progenitores cuando se rompe la relación sentimental entre estos. En caso de ser conferido para los dos, puede ser en la modalidad alternada o la indistinta. La primera consiste en que el infante pase

periodos de tiempo más o menos semejantes con cada padre, y la segunda estipula que el niño tenga un domicilio principal, pero que ambos padres compartan las decisiones y cuidados de este. La modalidad unilateral se aplicará con carácter excepcional, puesto que la alternativa primera que debe considerar el juez es la indistinta.

En supuestos de especial gravedad, y si el interés superior del menor lo aconseja, según el artículo 657 el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un año, donde el guardador tiene a su cuidado al niño o adolescente, siendo facultado para tomar decisiones relativas a la vida cotidiana. Los progenitores de mutuo acuerdo solo podrán tomar esta misma decisión si fuera escuchada y avalada por el Tribunal, lo cual no les exime de su deber de supervisar la educación integral y los cuidados que el menor esté recibiendo.

Esta nación, desde la doctrina, y la ley (tanto sustantiva como adjetiva) es pionera en el tratamiento de las familias ensambladas. Después de diversos intercambios sobre el tema, han abandonado el uso de los términos padrastro y madrastra por la fuerte carga simbólica de maldad que contienen, para reemplazarlos por la denominación "**madre afín**", "**padre afín**".⁵⁴

El Código Civil y Comercial de la Nación establece entre padres e hijos afines el parentesco por afinidad. En él se denomina progenitor afín al cónyuge o pareja de hecho del progenitor biológico que convive con el menor y tiene a su cargo su cuidado. El artículo 489 establece que será de cargo de la comunidad matrimonial el sostenimiento de los hijos propios y comunes.

Entre los deberes que tiene establecidos están: cooperar con la crianza y educación de los hijos del otro, realizar actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico, y está facultado para tomar decisiones en situaciones de urgencia. El progenitor biológico a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental si estuviera temporalmente impedido de hacerlo por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, siempre y cuando el otro progenitor tampoco pueda hacerlo o que sea lo más

⁵⁴ENGEL,MARGORIE: Familias ensambladas en todo el mundo: Análisis comparativo de los enfoques legales en los países seleccionados, <http://www.familias21online.com/index.php/articulos/38-interes-general/78-familias-ensambladas-en-todo-el-mundo>.consultado el 12 de enero del 2015

beneficioso y aconsejable para el menor. Esto requiere de homologación por el órgano jurisdiccional o del acuerdo fehaciente entre ambos padres.

Alemania:

En Alemania, desde la ley promulgada el de 16 de febrero de 2001⁵⁵ se permite a la pareja del padre (teniendo este el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental), tomar conjuntamente, las medidas necesarias para la protección del menor.

El Código Civil alemán expresa en el artículo 1626 que uno de los principios rectores del ejercicio de la autoridad parental es el interés superior del menor. A través de este mismo principio se protege el derecho de los infantes a relacionarse con sus padres y con otras personas con las que mantenga lazos cercanos. Con respecto a esto el artículo 1684, sobre el contacto entre padres e hijos expresa que el niño tiene el derecho de comunicarse con sus padres, y que para estos, tal tarea constituye tanto un derecho como un deber. Además no debe establecer conflictos por los métodos de cada uno de educar al niño de forma que deteriore sus relaciones. Lo mismo se aplica si el niño está a cargo de una tercera persona. En caso de que el contacto sea conflictivo, la Corte Familiar puede decidir el alcance de las relaciones del niño con estos.

Aunque el código no reconoce a las familias ensambladas propiamente, sí regula algunos derechos entre padres e hijos afines, los cuales tampoco tienen esta denominación, sino: cónyuge del padre/madre e hijo del cónyuge; lo cual consideramos mantiene la distancia en la relación entre estos.

El artículo 1590 expresa que se relacionan los parientes de un esposo al otro por el matrimonio en la misma línea y grado que estarían relacionados si tuvieran vínculo consanguíneo. Además, esta relación permanece aunque se produzca el divorcio entre ellos.

Consideramos vital para este análisis la mención del 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

⁵⁵Lebenspartnerschaftsgesetz, ley que pone fin a la discriminación respecto a uniones homosexuales y otras cuestiones.

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.

Otro de los artículos relacionados con la guarda y custodia de los hijos menores llevada a cabo por un padre/madre afín, es el 1687-b, 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.

Entre los factores comunes que se observan en la legislación de estos países se puede destacar el despliegue conjunto de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad mediante la figura de la guarda compartida, todas las relaciones que involucran al menor de edad se basan en la protección de su interés superior. En todos existe cobertura legal para que los terceros puedan comunicarse con el niño e incluso tener la guarda y custodia de forma temporal. Con respecto a la familia ensamblada, se contempla el ejercicio de la guarda por los progenitores afines de manera subsidiaria, y los padres biológicos mantienen sus deberes inherentes a la patria potestad o autoridad parental, siendo este último término el más manejado en sus respectivas legislaciones. En cuanto a las diferencias podemos establecer que solo en Argentina se define concretamente qué es una familia ensamblada, y se le otorgan nombres que identifiquen a sus integrantes sin un carácter peyorativo, a diferencia de Aragón, (España) donde se siguen denominando como: madrastra y padrastro. En Alemania la relación se enuncia de una forma más distante, mediando el progenitor biológico en la relación para que la misma sea dada. Un elemento positivo de la legislación española es la longevidad de su regulación, la cual ha ido evolucionando paulatinamente con las sucesivas modificaciones, al tiempo que lo hace el pensamiento de la sociedad, mientras que en Argentina, por ser este Código el más reciente, es el más completo, y el que aborda más profundamente las posibles aristas de la relaciones que se suscitan entre progenitores e hijos afines; por lo cual constituye un ejemplo de referencia para los países de la región que comparten su historia, raigambre y tradiciones, en especial para Cuba que hasta ahora no cuenta con legislación, sentencias o doctrina propia

que le sean suficientes para proteger institucionalmente las relaciones jurídicas que se suscitan en la familia cubana contemporánea, particularmente la ensamblada.

1.5 Reconocimiento de las familias ensambladas desde la jurisprudencia.

La jurisprudencia es el conjunto de decisiones de los tribunales sobre una materia determinada, de las cuales se puede extraer la interpretación dada por los jueces a una situación concreta. Tiene un valor fundamental como fuente de conocimiento del derecho positivo, con el cual se procura evitar que una misma situación jurídica sea interpretada en forma distinta por los tribunales. En algunos países, como en el analizado a continuación, sirvió para dar reconocimiento y amparo legal a las familias ensambladas.

Perú:

La protección a las familias como concepto general se ha dado de forma gradual a través de las modificaciones de su Constitución, donde primero existía un marcado carácter religioso, luego se permitió el divorcio y posteriormente se tuvo en cuenta en su Carta Magna la unión concubinaria.

El Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, cumpliendo con el mandato de proteger a la familia, establecido en el artículo 4 de la misma, y en los instrumentos mencionados, acorde con los nuevos contextos sociales ha ampliado el concepto de familia, primero incluyó a las uniones de hecho y luego a las familias monoparentales y a las ensambladas o reconstituidas, estas últimas, mediante la sentencia ofrecida el 30 de noviembre de 2007, en la Causa N° 09332-2006-PAICT STC.⁵⁶

Pero, el Tribunal Constitucional no solo reconoce a las familias ensambladas, sino que otorga derechos a los hijastros como parte de su nueva familia, señalando que cuando se cumplen los requisitos, resulta arbitrario diferenciar entre los hijos de la nueva unión de los hijos de uno de los miembros de la pareja. En la sentencia, el Tribunal pondera la protección de la familia frente a la libertad de asociación, al obligar al Centro Naval del Perú a otorgarle a la hijastra del demandante el carné

⁵⁶GONZÁLEZ LUNA, MARÍA ALEJANDRA: "Los retos del Derecho ante las nuevas formas de familias", Comentarios a la jurisprudencia. *Revista: Palestra del Tribunal Constitucional*. Año 3, N° 03, marzo 2008, Lima, p 96.

de socia, derecho que en un principio correspondía solo a los hijos biológicos o adoptivos. De esta manera el Tribunal da un paso hacia delante, garantizando la sostenibilidad de la familia como base de la sociedad, sobre todo considerando que la identidad familiar en las familias reconstituidas es mucho más frágil.⁵⁷

En el año 2010, se dictó otra sentencia por el Tribunal Constitucional, con expediente N.º 04493-2008-PA/TC, donde la señora demandante se siente agraviada porque judicialmente, había quedado dispuesto que su pareja conviviente pasaría una pensión alimenticia a su hija biológica perteneciente a una unión anterior, que ascendía al 30% de sus ingresos, no siendo determinada ninguna otra obligación para él más que con su persona. La señora, que tenía 3 hijos de una unión anterior, (los cuales recibían una pensión de orfandad), manifestó que esa decisión judicial afectaba a sus hijos, puesto que su concubino también se encargaba de la manutención y cuidado de los mismos, alegando la existencia de los vínculos propios de una familia ensamblada.

Finalmente para la decisión se tomó en cuenta el vacío legislativo que existía sobre el deber de alimentos entre padres e hijos afines, por lo cual quedaba a consideración del arbitrio judicial resolver la cuestión. Otro de los aspectos manejados fue que entre la demandante y su pareja no estaba acreditada ni comprobada en el momento de establecer la pensión, la existencia de una unión de hecho formal, duradera y estable tal y como lo establecen los requisitos necesarios para tener en cuenta la existencia de su relación. Por último y primordialmente se tuvo en cuenta que en caso de existir derechos alimenticios entre el señor y sus hijos afines, esto sería de manera subsidiaria, primeramente, por ley, ya estaban establecidos sus deberes para con su hija biológica, y estos menores aunque tuviesen su progenitor biológico fallecido, recibían una pensión de orfandad y además su madre también estaba obligada a satisfacer las necesidades primarias de los mismos primordialmente. Por todos estos argumentos quedo desestimada la demanda.

En conclusión podemos determinar que aunque en Perú se reconocen a las familias ensambladas aún quedan muchas cuestiones por legislar, dudas por aclarar y límites por establecer.

⁵⁷ *Idem* p 99

Capítulo II: La familia ensamblada cubana desde una visión sociojurídica.

2.1 Cambios acontecidos en la familia cubana actual.

Algunas aproximaciones teóricas que abordan a la institución familiar, más cercanas a una perspectiva sociológica, insisten en que se trata de una estructura jerarquizada de roles, normas, valores y pautas de comportamiento que se originan en el sistema social en el que se localiza y donde cumple funciones dirigidas a satisfacer necesidades básicas.⁵⁸ Desde esta lógica se define como una forma de organización de las relaciones sociales, como un subsistema dentro de un sistema más amplio que es la sociedad, con la cual establece lazos de interdependencia.⁵⁹

En Cuba, la familia, como grupo e institución social, garantiza la satisfacción de las necesidades de sus miembros, les brinda seguridad y protección, a pesar de los escenarios sociales cambiantes, del deterioro real de las condiciones de vida y de la ausencia mayoritaria de preparación o de habilidades grupales e individuales para enfrentar los conflictos relacionados con el desempeño de funciones familiares y roles parentales.

Los cambios en el mapa geopolítico, en la última década del siglo XX, y el fluctuante escenario económico internacional, repercutió en Cuba de forma tal que lo que comenzó siendo una crisis económica, cambió la existencia, el pensamiento y la forma de ver la vida de los cubanos. Las carencias desafortunadamente arraigaron conductas que tienen trascendencias hasta hoy, aumento el número de separaciones y muchos fueron los padres que se divorciaron de sus hijos.

Las familias han sido una de las principales receptoras de estos bruscos cambios, en la mayoría la economía doméstica se vio disminuida, y en otras se experimentó como repercutía la emigración de uno de sus miembros, en especial en la capital del país, que fue donde mayor población masculina optó por esta vía. Muchas

⁵⁸ÁVILA, NIUBA: "Familia, racionalidad y acceso a la educación superior en Cuba. Un estudio de casos" tesis de Diploma, Facultad de Filosofía e Historia de La Habana.2006.

⁵⁹FLEITAS, REINA: "Las tradiciones teóricas en los estudios sociológicos sobre la familia". *Revista Universidad de La Habana*. No. 256 La Habana. 2002.

quedaron desmembradas, dando origen a las familias conocidas como monoparentales o ensambladas.

Impacto de los cambios a la llegada del período especial en la economía de las familias cubanas.

- 1- Desaparición del campo socialista que provocó una seria recesión económica.
- 2- Migraciones masivas que trajeron consigo: primero el desmembramiento de las familias y después la entrada de remesas que se calculan con estimaciones aproximadas anualmente entre 300 y 1100 millones de dólares. El acceso a las remesas ha sido valorado por muchos expertos y sociólogos como un generador de desigualdades socioeconómicas.
- 3- Énfasis centrado en el crecimiento económico del país, con ausencia de una política focalizada en la familia, detrimento sostenido del salario real.
- 4- Entre las dificultades más comunes que enfrentan las familias cubanas en su cotidianidad se encuentran los problemas que generan la escasez de viviendas, la alimentación y el transporte.⁶⁰

Las condiciones de vida de las familias están marcadas por las desigualdades sociales a pesar de los esfuerzos de las políticas sociales y económicas cubanas por alcanzar una sociedad cada vez más equitativa. El acceso y calidad de la vivienda, la adquisición y reparación de bienes y los ingresos constituyen problemas agudos de la sociedad cubana. El grupo de familias en situación de pobreza o vulnerabilidad no alcanzan a beneficiarse de un entorno que les proteja de manera integral y que les dé posibilidades de acceder a servicios y bienes que otras familias cubanas sí disfrutan. De esta manera, la capacidad de estas familias para participar plenamente en la sociedad y hallarse en igualdad de oportunidades está reducida.⁶¹

Aunque hoy el país experimenta un cambio o renovación en muchos de estos sentidos, la conciencia social ya no volverá a lo que era, muchos males se han

⁶⁰ARSANA ANTONIA, "Problemas socioeconómicos de la familia cubana contemporánea". Tesis de Diploma, Facultad de Economía, La Habana. 2006.

⁶¹Colectivo de Autores, *Las Familias Cubanas en el parteaguas de dos siglos*, Editorial D´vinni.SA, Colombia, 2010, p 56.

inculcado en la mentalidad de las personas que atravesaron esta situación, el gobierno y las instituciones deben trabajar con la juventud, sobre todo en resucitar los valores perdidos en aquella etapa, provocado por la necesidad y los difíciles momentos que se experimentaron. Sin dudas ha marcado un antes y un después en las concepciones de cada cubano, la línea entre lo positivo y lo negativo se ha entremezclado, signada por el materialismo y el ansia de tener en que hoy viven algunas familias.

Por ello, ante los nuevos retos que atraviesa esta institución fundamental que es la familia, el derecho, como ciencia social debe estar a la altura de los mismos, debe ser sensible a los cambios. La complejidad del vivir hace que el significado de existencia se transforme en el de coexistencia, el individuo no está aislado, sino en relación con otros, con quienes, tiene conflictos de intereses, desencuentros, tensiones latentes, en fin, un cúmulo de posibilidades contrapuestas. El jurista debe afrontar los problemas concretos y actuales de las personas y ofrecer soluciones con imaginación, valentía, utilidad y sentido común.

2.1.1: Factores que condicionan la existencia de la familia ensamblada cubana.

La familia, sea cual sea su tipología, es una categoría psicológica, un sistema de relaciones cualitativamente diferente a la simple suma de sus miembros; es un grupo de disímiles características delimitadas por variables estructurales (número de miembros, vínculos generacionales, número de hijos o tamaño de la prole, edad y sexo) y variables sociopsicológicas (normas, valores, ideología, hábitos de vida, comunicación, roles, límites, espacios, etc.)⁶²

Las altas tasa de divorcialidad en Cuba ilustran acerca de la estabilidad en el tiempo de las relaciones. Algunos jóvenes valoran su relación como estable cuando la misma excede los 5 años, ante el contexto de disoluciones frecuentes que observan en su medio. Pocos jóvenes exponen como fundamentos para conservar la unión, la creciente necesidad de que la relación sea satisfactoria y benéfica para ambos, tanto en el plano personal como en el de interacción. Este criterio es

⁶²ARÉS, PATRICIA: *Psicología de la familia. Una aproximación a su estudio*. Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

valorado mayormente por las mujeres, sobre todo por las unidades con elevado nivel educativo y calificación personal.⁶³

Los efectos negativos que de ese proceso se derivan aún no están lo suficientemente explorados como tampoco los caminos para evitarlo. Las desventajas están asociadas a la irresponsabilidad y/o abandono paterno, mal manejo educativo de los hijos ante las disoluciones, donde prima la desinformación, la desvalorización y agresión de la figura ausente/generalmente el padre), se superponen los roles en la dinámica familiar y se dificulta el ejercicio del rol de padrastro o madrastra.⁶⁴

Una de las características de la composición familiar cubana contemporánea radica en su gran diversidad, pues junto a las formas tipológicas más tradicionales, representadas sobre todo por las familias nucleares, han ido tomando fuerza otros tipos de arreglos familiares, al estilo de las familias monoparentales y ensambladas, así como variantes de uniones conyugales sin convivencia de la pareja. Además existe un núcleo aún no reconocido, invisibilizado estadísticamente, pero cuya existencia es evidente, las parejas homosexuales. Los estudios e investigaciones relativas a la composición familiar cubana son relativamente escasos y no alcanzan la suficiente profundidad, sobre todo desde el punto de vista cualitativo.

Las llamadas familias reconstituidas han dejado de ser excepción para convertirse en frecuentes. A veces las nuevas uniones son consideradas recursos para solucionar la conflictividad asociada a la pérdida. Las relaciones con la pareja parental son declaradas como generadoras de celos en la pareja actual, propiciando invasión de los espacios psicológicos. Abuelos y otros convivientes desaprueban con frecuencia la nueva unión y aportaron elementos que contribuyen a la baja adaptabilidad del sistema familiar. En las familias con hijos pequeños la funcionalidad es más viable que en las familias con hijos adolescentes. El rol del

⁶³DÍAZ MAREELÉN: *La familia y cambios socioeconómicos a las puertas del Nuevo Milenio. Informe de investigación*. CIPS, La Habana, 2000.

⁶⁴ORIHUELA, ARLÉS. "La familia monoparental. Una propuesta para su estudio y orientación". Tesis de Maestría, Facultad de Psicología, La Habana.2000.

padrastro presenta un comportamiento más por confusión, negación, y ambigüedad en su papel.⁶⁵

La disminución del tamaño medio de los hogares después de la década de los `90 continúa asociándose a la reducción de los niveles de fecundidad, y el incremento de los hogares unipersonales al avance del proceso de envejecimiento así como al incremento de los divorcios y separaciones. A consecuencia de estas transformaciones se han multiplicado, las familias reconstituidas o ensambladas. Aunque no se dispone de estadísticas que cuantifiquen directamente la evolución experimentada por estos tipos de familias en Cuba los últimos años, se tiene una evidencia directa de su incremento, a través del porcentaje ascendente de matrimonios en segundas y terceras nupcias. En el caso de las mujeres pasó del 26,3% en 1995 al 32,8% en 2006, en esta misma etapa el de los hombres ascendió de 26,2% a 31,5%.⁶⁶

También se deben tener en cuenta a las familias monoparentales, pues, la mayor parte de ellas pueden terminar siendo ensambladas también. En un estudio de casos efectuado en Matanzas, se identifica al divorcio, a la separación y a la viudez como como las principales fuentes de formación de este tipo de familias, siendo otra de las vías la emigración.⁶⁷

2.2 Desaciertos del Código de Familia cubano sobre la Patria Potestad.

El Código de Familia, fue una Ley promulgada incluso antes que la Constitución por el nuevo gobierno que conquistó el poder en 1959, lo cual demostró el papel esencial que representaba la familia en la construcción del Socialismo cubano.

Constituyó una transformación del Derecho Civil, al separar las normas jurídicas familiares del Código Civil, motivado por la especial naturaleza del Derecho de Familia, cuya finalidad tuitiva y carácter eminentemente ético y personal ha marcado su diferencia con el Derecho Patrimonial. Esta reforma introdujo

⁶⁵BARÓN, DIANA, "La Familia ensamblada. Su estructura y dinámica". Tesis de Maestría, Facultad de Psicología, La Habana, 2006.

⁶⁶Colectivo de Autores, *Las Familias Cubanas en el parteaguas de dos siglos*, Editorial D´vinni.SA, Colombia, 2010, p 61.

⁶⁷ORIHUELA, ARLÉS. "La familia monoparental. Una propuesta para su estudio y orientación" .Tesis de Maestría, Facultad de Psicología, La Habana.2000.

importantes innovaciones en las regulaciones familiares que resultó un logro social en su tiempo⁶⁸.

Las transformaciones ocurridas en el ámbito económico y social, que han afectado la dinámica familiar, además de la adhesión del Estado cubano a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, son elementos que confirman la necesaria transformación de este Código para atemperarse a la realidad social y a las necesidades de los seres humanos de convivir con normas que marquen sus pautas de comportamiento, dando reconocimiento y protección legal a los fenómenos que se presentan con más frecuencia en la vida de los ciudadanos.

En este ordenamiento legal existen características que identifican la regulación la Patria Potestad:

- ✓ Igualdad de los hijos y de los cónyuges.
- ✓ Titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad con preferencia a la madre para la atribución de la guarda y cuidado en igualdad de condiciones con el padre.
- ✓ No configuración de la comunicación o visita de los hijos menores con terceros, allegados o los abuelos.
- ✓ Intervención judicial a solicitud de parte o del Fiscal.
- ✓ Mezcla del aspecto personal y el patrimonial en el articulado referente al tema.
- ✓ Interés superior del menor.

En cuanto a la igualdad de los hijos, esta es una conquista social con un carácter ético y humano, pues los menores no son culpables de las decisiones de sus padres a la hora de procrearlos, ni deben ser discriminados por la situación jurídica en que han venido al mundo. Así la patria potestad queda ligada a la filiación, y se desliga de los intereses patrimoniales. El Código de Familia cubano, a pesar de sus pretensiones tiene normas más protectoras respecto a la familia nuclear y consagrada bajo matrimonio, que sobre las uniones de hecho y otras tipologías de familias que están en desventaja en este aspecto. Por ejemplo: a pesar de que el artículo 65 establece la igualdad de los hijos, existen medidas provisionales para el

⁶⁸VELAZCO MUGARRA, MIRIAM, La guarda y cuidado de los menores sujetos a la Patria Potestad, *op. cit.* p.1

caso de divorcio, con respecto al cuidado de los menores de edad, que solo protege a los nacidos dentro de matrimonios formalizados. Además respecto a la guarda y cuidado, siendo una de las funciones principales que se derivan de la patria potestad, también existen diferencias en el orden sustantivo y adjetivo de la legislación, sobre el tipo de proceso y de regulación por el que se resuelven los casos, dependiendo de si los padres están casados entre sí o no.

El tratamiento previsto para determinar la situación jurídica de los hijos menores de progenitores casados que interesan la disolución matrimonial, para los cuales se establece la regulación especial del divorcio, sea por mutuo acuerdo o justa causa, y los hijos habidos de progenitores separados de hecho, de unión matrimonial no formalizada, de nulidad de matrimonio o de relaciones no matrimoniales, son supuestos para los que hay distinto tratamiento, lo que afecta el principio de igualdad de todos los hijos, al no contar con una regulación única para resolver sobre una misma pretensión.⁶⁹

Los artículos 82 y 83 del referido cuerpo legal expresan el principio de ejercer equitativamente por ambos padres el derecho de Patria Potestad, no de forma autónoma sino solidaria, es decir, de común acuerdo ellos deben trazar las estrategias y métodos de crianzas y cooperar entre sí con las funciones de mantenimiento, educación y cuidado de los hijos menores. Ambos están responsabilizados por el gobierno gestión y disposición de la familia.

Si los progenitores continúan formando una familia no existe ningún problema, porque ambos van a desplegar la titularidad y el ejercicio de la Patria Potestad, pero si cesa la convivencia de estos, entonces se hace necesario distinguir la titularidad del ejercicio de esta institución.

Coincidimos con el criterio de VELAZCO MUGARRA quien cuestiona porqué que en Cuba no existe distinción entre la titularidad y el ejercicio de la Patria Potestad, pues el Código de Familia establece en los mencionados artículos 82 y 83 que ambas se realizan en conjunto sin importar la situación de los padres, tampoco se precisa qué es lo que abarca este ejercicio y se utilizan los términos como sinónimos. El ejercicio de la patria potestad se manifiesta en la guarda, cuidado y educación de los descendientes menores. En la convivencia del día a día, es el progenitor conviviente quien desarrolla más esta facultad. Mientras que la

⁶⁹ *Idem*, p 235.

titularidad es el derecho adquirido, pudiendo o no ser ejercitado. Siendo esta situación última más acorde a los padres que no conviven con sus hijos, porque muchas veces se limitan a velar por ellos y visitarlos regularmente. Se infiere de este análisis que aunque ambos padres tengan la titularidad de la patria potestad, el ejercicio efectivo de la misma lo desdobra quien tenga al menor bajo su guarda y cuidado, siendo esta la función más importante de la patria potestad, la cual en Cuba es atribuida generalmente de forma unilateral, por lo cual, siempre un padre estará más sobrecargado que el otro en su ejercicio. Existe una laguna jurídica en cuanto a que la norma no esclarece de qué forma se hace efectivo el ejercicio de la patria potestad si ambos progenitores no conviven.

Siguiendo a la autora antes mencionada, se evidencia que en el sistema cubano, en teoría, los dos progenitores tienen funciones como cotitulares y co-ejercitantes de esta institución, aunque estén divorciados o separados. La legislación no contempla cuándo, cómo y qué clase de actos son válidos, en caso de ser autorizado o realizado por uno solo de los progenitores. Quedando al arbitrio judicial en caso de ser impugnados.

En estricto derecho, se necesita el consentimiento de los dos progenitores para la realización de todos y cada uno de los actos jurídicos relacionados con la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados, lo que en realidad no siempre es posible, sobre todo en los actos del cotidiano ejercicio.⁷⁰

Esta actuación individual sucede en el desarrollo de la guarda y cuidado cuando los progenitores no conviven, puesto que actúa uno solo con el consentimiento tácito del otro o cuando lo ha expresado de forma indubitada, que puede ser revocado en cualquier momento, impidiéndose así la actuación individual en cuanto al poder de decisión en la esfera jurídica del hijo.⁷¹

Aunque el artículo 1 refrende la protección de *igualdad absoluta de derechos para el hombre y la mujer*, y el *eficaz cumplimiento por los padres de sus obligaciones con respecto a la protección, formación moral y educación de los hijos*, existen sutiles desigualdades entre ambos, considerando primeramente que la atribución de la guarda de forma unilateral dejaría al otro cercenado de una parte de sus

⁷⁰ *Ibidem*, p. 37.

⁷¹ *Ibidem*, p 44.

derechos como progenitor, devenido en un simple comunicador, sin mencionar las afectaciones psicológicas que pudieran ocasionarse a los menores de edad. Esta es una práctica seguida por los tribunales cubanos, que teniendo en cuenta el estudio de la legislación comparada expuesto en el capítulo anterior, se ha demostrado no es lo más aconsejable ni beneficioso para la correcta formación y desarrollo de los menores. El ya analizado artículo 89 en este caso expone que: *...los hijos quedan 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.* Al establecerse este criterio de preferencia se traspasa la fina línea entre lo más aconsejable y lo más justo, elementos que no siempre coinciden. Si este criterio de preferencia fuera establecido solo para los lactantes o niños menores de 5 años de edad fuera comprensible, pero la regla queda estipulada para todos los menores de edad. La evolución de la sociedad, respecto a la patria potestad, ha condicionado la concepción del legislador, que considera más beneficioso para el hijo menor mantenerlo bajo la guarda y cuidado de la madre que del padre, si se hallaba en compañía de ambos al producirse el desacuerdo, y para contrariar esa disposición, deben concurrir fundadas y justificadas razones. Resulta ostensible que en este caso ya no existe tal igualdad de condiciones, pues, ¿por qué no es obligatorio para ambos demostrar la idoneidad de sus condiciones, y solo es el padre quien debe hacerlo? Esta norma provoca más rivalidad entre los cónyuges a la hora del divorcio por ganar el amor y el tiempo con un hijo que procrearon ambos, y sobre el cual, en teoría, ambos deben tener los mismos deberes y derechos. Considero que la ley debe dar la misma oportunidad a los dos de ejercer la parentalidad a través de la titularidad conjunta de la guarda y cuidado en los casos en que sea posible, siendo considerada por el tribunal, antes, incluso, que la modalidad unilateral, dejando esta última para los casos en que no exista otra manera de cumplir con el interés superior del menor.

Mientras que en otros países como Alemania, España, y Argentina se regula el derecho de comunicación de los menores de edad con sus abuelos, con otros parientes y allegados, en Cuba esto no está regulado, lo cual ya fue explicado en el capítulo anterior. Recalcamos la necesidad de implementar este derecho teniendo en cuenta no solo el interés superior de los niños y niñas, sino la realidad cubana,

en la que muchos abuelos están profundamente ligados a la vida de sus nietos y también los parientes afines que tras la ruptura mantienen el afecto y cariño por quienes han cuidado como hijos biológicos.

En cuanto al contenido personal y patrimonial de la patria potestad, en Cuba no existe una diferenciación de cada uno. La esfera personal comprende los deberes y facultades de los progenitores respecto al cuidado y protección de la persona de los hijos y el patrimonial como su nombre lo indica, respecto a la administración y enajenación de los bienes. En el artículo 85 del Código de Familia se mezclan estas funciones, la primera de las mencionadas de forma más amplia que la segunda.

El interés superior del niño es un concepto de triple significado: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento⁷².

- ✓ Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.
- ✓ Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- ✓ Como norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las niñas y niños interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales. Se debe, por ejemplo explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión.

La Convención sobre los Derechos del Niño, es el instrumento jurídico internacional que trata y reitera en gran medida los derechos humanos reconocidos por otros tratados y convenciones y muestra una principal preocupación por dotar al menor de la protección integral en su desarrollo, pues afirma que ellos son titulares de los derechos fundamentales y que es deber del Estado promover y garantizar una efectiva protección a todo niño.

⁷²Comité de los Derechos del Niño. «Observación general N°14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial». Consultado el 3 de mayo de 2016.

El objetivo de esta Convención es reconocer el deber del Estado de proteger a los niños frente al abandono y la violencia, debiéndose tomar en cuenta que el niño es el futuro de la sociedad y como tal deberá dotarse de los requerimientos materiales y espirituales necesarios para su desarrollo, ahora bien, es la familia el primer y más íntimo entorno encargado de proteger al menor, aquí son sus padres y familiares más cercanos quienes asumirán la manutención, entregando el cariño y afecto que formarán el espíritu del niño.

Más adelante se analizará en Cuba cómo se cumple con este principio, y los retos de la legislación para acogerlo y respetarlo totalmente, respecto al objetivo de esta investigación afirmamos que el no reconocimiento de las familias ensambladas y de los roles de los progenitores afines, podrían menoscabar la necesidad de proteger este derecho.

Entre otros desaciertos del Código de Familia, se aprecia que las regulaciones dedicadas a la guarda y cuidado de los hijos menores sometidos a la patria potestad conceden preferencia al acuerdo de los progenitores cuando éstos no convivieren, sin que aparezca regulación alguna sobre la existencia del control sobre acuerdos privados.

Por último se hará referencia a la causal 3 del artículo 95 del Código de Familia sobre la privación de la patria potestad⁷³, el cual por su redacción indica que los padres por haber abandonado el territorio nacional, también lo hacen con sus hijos, lo cual consideramos erróneo, constituye una desacertada mezcla de derechos civiles y políticos con cuestiones familiares que no tienen por qué ser una consecuencia directa de la otra. Existen disímiles casos de progenitores que sin haber abandonado el país se desentienden por completo de sus hijos y por la inacción y desidia del que queda como guardador del niño, nunca paga las consecuencias de su abandono. Quizás el momento histórico concreto en que se promulgo el código daba lugar a semejantes interpretaciones. Hoy existen millares de casos de padres que emigran legal o ilegalmente que continúan relacionándose con sus hijos. Quien se desentienda de su prole no lo hace a través de la distancia sino con su falta de valores, principios, sentido del deber y de responsabilidad.

⁷³Artículo 95.3 del Código de Familia cubano:

Los tribunales, atendiendo las circunstancias del caso, podrán privar a ambos padres o a uno de ellos de la patria potestad,... cuando: abandonen el territorio nacional, y por tanto, a sus hijos...

2.3: El acuerdo de los padres en la toma de decisiones. La autonomía de la voluntad.

Respecto de la guarda y cuidado del hijo, la primera palabra la tienen los propios padres quienes tienen la más amplia libertad para resolver todos los problemas conexos con una situación de divorcio o separación. O sea, que las directivas legales y judiciales sobre los criterios de atribución son de aplicación a falta de acuerdo entre los progenitores, aunque la autonomía de la voluntad tiene un límite que es “el interés superior del niño”, razón por la cual el juez, en cuya figura se centra el control social del Estado con finalidad protectora puede objetar algunas de las estipulaciones si afectaren el bienestar de los hijos.⁷⁴

Según la ley cubana, el progenitor guardador tendrá autonomía en cuanto a la educación y formación integral, en la medida que impone la convivencia con su hijo y que comparte estos contenidos con el progenitor no guardador, ya que ambos son ejercientes de la patria potestad, salvo en los casos de suspensión y privación de ésta. Además, el progenitor que no ostenta la guarda, mantendrá la potestad necesaria para desplegar la porción de las funciones parentales que no requieran de la inmediatez para desarrollarlas, así como el poder de decisión sobre la vida del menor, lo cual no quiere decir que esta actuación quede fuera de las potestades del guardador, al que también corresponde el ejercicio, lo que hará que se superpongan en la persona del guardador las facultades que la guarda concede y las que otorga el ejercicio.

Las madres biológicas tienden a mantener la custodia de los hijos y convertirse en la principal figura de cuidado después de la disolución de la unión marital. Se ha convertido en algo común que las madres tienen más expectativas de autonomía en las decisiones relacionadas con la crianza de los hijos.

En la familia ensamblada, normalmente los padres y madres biológicos que tienen una relación sana prefieren mantener autonomía en la disciplina de sus hijos, así como tratar asuntos específicos relacionados con el momento del desarrollo que atraviesan, en especial en la adolescencia. Es posible que las creencias sobre la importancia de la figura materna estén asociadas a la ideología sobre la

⁷⁴GROSMAN, CECILIA P, *El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres ¿Utopía o realidad posible? op cit p 110*

maternidad, que propone la perspectiva de género para explicar el comportamiento de las madres biológicas en familias reconstituidas. Por otra parte, aunque los padres reconocen que toman decisiones autónomamente sobre sus hijos, no se identifican con el mismo sentido de responsabilidad y necesidad de permanecer involucrados en la vida cotidiana de sus hijos, evidente en las actitudes de las madres cubanas, reflejando las ideologías sobre los roles de género que permean la vida familiar. Aun así, no se puede negar que los padres afines realizan subsidiariamente estas funciones, en dependencia de la permisibilidad de los padres biológicos.

En Cuba, existen casos de madres o padres que una vez divorciados o separados se desentienden por completo de sus hijos, y nunca se les suspende o se les priva de la patria potestad, quien se queda al cuidado del hijo se resigna a la situación y asume completamente el rol, cuando más ayudado por su familia o una nueva pareja (quienes no tienen la adecuada protección de sus derechos respecto al menor), y no es hasta que se realiza un trámite legal que necesita la autorización de ambos padres que se evoca a aquel o aquella que desapareció alguna vez sin dejar rastro, y cabe preguntarse ¿es digna y merecedora esta persona de tener la titularidad o al menos el ejercicio de la autoridad parental? ¿Por qué los tribunales cubanos se muestran tan tibios ante estas situaciones?

Existen padres que se desentienden de sus hijos aun viviendo al doblar de la esquina, pero existen otros que se mudan de provincia o emigran hacia lugares insospechados por los parientes biológicos. ¿Resultado final? El atraso o la imposibilidad de efectuar el trámite, aunque se viole el interés superior del menor, o redunde en pérdidas económicas o de posibilidades de progreso para la familia. El abandono de los padres en el ejercicio de sus funciones inherentes de la patria potestad, es un tema polémico pero que al final no tiene una solución legal que sea aplicable de forma expedita, pues, como ya se dijo, son pocos los casos en que el tribunal ha privado o suspendido a algunos de los progenitores de la patria potestad, cercenando así la autonomía de la voluntad del otro padre que sí se ha preocupado por el bienestar integral de su prole.

No se han realizado estudios suficientes sobre los efectos de la migración en el Derecho de Familia, tema que demanda, a criterio de los estudiosos,

reconceptualizaciones respecto a asuntos como la Patria Potestad y el derecho de guarda y cuidado de los hijos menores cuando se produce la emigración de uno de los padres. Los niños quedan, en ocasiones en una especie de limbo legal, que unido al inadecuado manejo de las familias, lacera su estabilidad. El aumento de la demanda de los servicios asistenciales de la psicología alarma a profesionales acerca de este particular.⁷⁵

Con respecto a este tema enunciamos el siguiente ejemplo: ¿Qué sucede cuando uno de los padres abandona a su hijo y luego emigra sin desconocerse su paradero; y el progenitor custodio, que se casó nuevamente, sale del país como colaborador internacionalista, dejando al hijo con su progenitor afín, y luego deserta de su misión, sin poder entrar al territorio nacional dentro de 8 años, como la ley establece? ¿Dónde quedan los derechos de este menor de edad? ¿Cómo se protegerá su relación con su pariente afín? Ante posibilidades semejantes el órgano jurisdiccional, debe tener un conjunto de leyes sólidas y acabadas que permitan tomar una decisión justa y acorde a la situación. Cabe preguntarse si no habría sido mejor haber concedido la posibilidad al padre/madre biológico antes de salir de misión de otorgarle la guarda temporalmente a su cónyuge, pues quien debía ejercer la patria potestad junto a él o ella, ha demostrado manifiestamente no tener interés ni responsabilidad en el bienestar del menor de edad.

2.4: Criterios de atribución de la guarda y cuidado en Cuba.

En Cuba la situación de los menores de edad tras el divorcio se resuelve a través del órgano jurisdiccional, (mediante auto judicial) en caso de ser contencioso y en sede Notarial, (mediante escritura notarial) en caso de ser por mutuo acuerdo⁷⁶.

En el proceso de divorcio están regulados dos procedimientos especiales para la determinación de los extremos relativos a las relaciones paterno-filiales:

⁷⁵LEÓN, LEYDI: “¿Y quién escucha a los niños? Aproximación a la problemática de la infancia, la Familia y la Emigración en Cuba” Tesis de diploma, Facultad de Psicología, La Habana. 2005.

⁷⁶La validez de los acuerdos adoptados por los progenitores está sometida al principio del interés del menor, de manera que serán válidos aquellos convenios que le beneficien; *contrario sensu* no tendrán eficacia los acuerdos que le perjudican. Los acuerdos son aprobados por el Notario mediante Escritura de divorcio o, en su caso, por el Tribunal que dicta auto mediante el cual aprueba las medidas provisionales respecto a los hijos menores de edad. Tomado de VELAZCO MUGARRA, MIRIAM, La guarda y cuidado de los hijos.....*op cit*,p 233

- ✓ El procedimiento especial de divorcio por mutuo acuerdo (artículo 380 de la LPCALE, tal como quedó modificado por el Decreto-ley No. 154/94).
- ✓ El procedimiento especial de divorcio por justa causa con dos variantes; una para caso de allanamiento del demandado y otra para los procesos contenciosos (artículo 382 y siguientes de la LPCALE).

En el caso de los padres que no están unidos matrimonialmente, estos resuelven la situación al margen de la ley, pero en caso de desacuerdo entre ellos, también pueden acudir a la vía de los Tribunales de Justicia. El acuerdo sobre la atribución de la guarda a uno de los progenitores puede ser adoptado entre ambos sin formalidad alguna. El convenio privado se fundamenta en el ejercicio conjunto de la patria potestad que confiere a ambos progenitores la facultad de decidir sobre lo más beneficioso para sus hijos menores de edad. Nada se opone a que este acuerdo conste por escrito para interesar su homologación judicial a través de la jurisdicción voluntaria, aunque no está previsto taxativamente en la Ley de Procedimiento Civil vigente, de manera que no se reconoce en la práctica jurídica.⁷⁷

No hay una vía específica para determinar sobre la guarda y cuidado de hijos menores de progenitores separados, que no se interesan por el divorcio. La necesidad de acudir a la vía judicial para resolver estas discrepancias se tramita por las reglas del procedimiento sumario, expresamente dispuesto para reclamaciones patrimoniales, o por las del especial, según la naturaleza de la pretensión deducida.

A partir de la transformación de las regulaciones jurídico-familiares, sustentadas en el principio de igualdad de todos los miembros de la familia se dispone como regla general, que para la atribución de la guarda y cuidado de los hijos se estará al acuerdo de los progenitores cuando éstos no vivieren juntos. En segundo lugar, se establece el precepto legal de la atribución judicial en los supuestos en que no haya acuerdo o de haberlo, éste sea contrario a los intereses materiales o morales de los hijos, conforme se regula en Cuba mediante el artículo 89 del Código de Familia.⁷⁸

⁷⁷ *Ídem*. p 271.

⁷⁸ *Ibidem*, p 270

En las vías convencional y judicial se sigue el razonamiento legal de determinación de la guarda y cuidado de los hijos menores en interés de los mismos, de manera que, tanto el acuerdo de los progenitores como en su caso la decisión judicial, favorecerá a los niños. El principio del interés del menor es criterio rector de atribución de la guarda y cuidado del hijo menor, sujeto a la patria potestad, sea habido dentro del matrimonio o no.

En Cuba, a pesar de que la jurisprudencia no es fuente directa del Derecho, y de que los Tribunales tienen cierta autonomía conferida para resolver sus asuntos, con obediencia únicamente a la Ley, existen pautas que son seguidas por estos en la búsqueda de una uniformidad de criterios de actuación para aplicar e interpretar este Derecho:

- 1- Mantenimiento de la situación anterior. Es un concepto positivo de atribución de la guarda y cuidado el mantenimiento de la situación anterior para la decisión del conflicto judicial de los progenitores, a los fines de propiciar que los niños sigan viviendo junto al progenitor con el que tenían, antes de la separación, una relación estable y más intensa.
- 2- Padre con el que convive el menor al producirse el desacuerdo. Más que un precepto judicial, es un criterio legal que puede considerarse acertado, aunque no exento de contradicciones, porque el hecho de que el hijo ha permanecido con uno de los dos padres en los momentos de la crisis matrimonial no lo convierte en el más apto para permanecer con la custodia del menor. Además, si se encontraba con ambos padres, ¿cómo se aplicará ese precepto?
- 3- Preferencia de la madre. En las críticas realizadas anteriormente a la regulación de la patria potestad hemos expresado nuestro criterio respecto a este tema. Cuando ambos progenitores son idóneos para atender el cuidado directo de los hijos menores de edad, invariablemente se decide a favor de la madre, lo que resulta también un razonamiento legal más que judicial, con el cual no concordamos porque los hijos menores deben quedar a cargo de aquel de los progenitores que mejor pudiera prestarles protección, sin presumir que en todo caso, debe ser la madre, a la que con preferencia se le atribuye la guarda y cuidado de los hijos menores sin tener en cuenta la igualdad con el padre, en caso de que ambos sean idóneos o

igualmente capaces de proveer al menor de los cuidados materiales y sentimentales que necesita.

- 4- Disponibilidad y compromiso de los progenitores a facilitar el contacto con el otro, es decir, se procura que la designación recaiga en el padre que favorece las relaciones con el otro progenitor. El Código de Familia, en forma expresa (en el artículo 90) dispone que la vulneración del derecho de comunicación del padre no guardador *“podrá ser causa para que se modifique lo resuelto en cuanto a la guarda y cuidado, sin perjuicio de la responsabilidad de orden penal que se origine en tal conducta”*
- 5- Disponibilidad de tiempo y condiciones de los progenitores: que se valora a los fines de una mejor atención material y afectiva para los menores como son: horarios y lugares de prestación de trabajo de los padres, estabilidad de los mismos e ingresos percibidos. Se cuestionan más estos aspectos si la madre no cumple alguno de estos requisitos, es decir, es un criterio de discernimiento negativo en contra de esta y no positivo a favor de los dos como debería ser, para alcanzar la verdadera equidad entre ambos y para lograr que se cumpla con el principio del interés superior del menor .

Consideramos importante añadir otros criterios que podrían seguir los órganos jurisdiccionales cubanos, en pos de alcanzar una solución más acorde a los preceptos de la Convención de los Derechos del Niño y de estar atemperados a los cambios realizados en la legislación foránea respecto al tema, sin desconocer nuestra propia realidad y las posibilidades de su implementación que ofrece la ley cubana actualmente, teniendo en cuenta el inexcusable retraso que ha experimentado la promulgación de un nuevo Código de Familia, a pesar de los fallidos intentos de cumplir esta tarea.

- ✓ La convivencia del progenitor con otra persona, es una situación a tener en cuenta para esta investigación, pues la familia ensamblada evidentemente comienza cuando situaciones como estas ocurren, es importante determinar cómo se realizarán los acercamientos entre el progenitor y el hijo afín, que en las primeras etapas no se identificarán como tal, sino hasta que se cree un verdadero vínculo entre ambos. Que en el momento de determinar la guarda y custodia del menor, ya uno de los padres tenga una relación

sentimental, le influirá positiva o negativamente en la medida en que se haya materializado la insipiente relación entre la nueva pareja del padre o madre con el niño, y en el tipo de relación que estos tengan.

No se debe imponer al infante inmediatamente la presencia de alguien desconocido para él, teniendo en cuenta que ha enfrentado la ruptura del vínculo sentimental entre sus padres biológicos. Sin el perjuicio del derecho que ambos tienen a rehacer su vida, esto debe ser de la forma menos traumática para el menor. En caso de que haya transcurrido un tiempo prudencial de la separación de los padres, y que los niños tengan un buen vínculo con sus parientes afines, es muy bueno para ellos mantener relaciones con todos los nuevos miembros una vez que han sido asimilados como parte de la familia no afectan su estabilidad emocional. Ambos progenitores biológicos deben asumir con madurez esta situación y no ponerle trabas que resulten en el desbalance del ejercicio de sus derechos.

- ✓ La corresponsabilidad parental: El principio de corresponsabilidad parental no es un concepto jurídico indeterminado, sino que se concreta en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer sobre sus hijos. Podemos entenderlo como la concreción del principio de igualdad entre los progenitores, aplicado al ámbito de las responsabilidades parentales.

No es más que una respuesta legislativa a las demandas de una realidad social que refleja, por un lado la masiva incorporación de la mujer al mundo laboral con la consecuente asunción por parte de los hombres de una mayor participación en la vida doméstica, y por otro lado el ingente movimiento social conformado por agrupaciones de padres divorciados que reivindican un mayor protagonismo en la vida de los menores pese a la ruptura de pareja.

El ejercicio compartido de la guarda y custodia de los menores en el ámbito de la crisis matrimonial, supone la máxima expresión del principio de corresponsabilidad parental. En este sentido, y a pesar del cese de la convivencia, ambos progenitores siguen siendo responsables, en términos

de igualdad de las obligaciones derivadas del cuidado y crianza de los hijos menores.⁷⁹

En Cuba, se mantiene como regla general un sistema unipersonal en cuanto a la guarda y cuidado del hijo conferido a uno solo de los padres, generalmente la madre, ya sea por acuerdo o por decisión judicial, cuando dispone el Código de Familia que en la sentencia de divorcio se deberá determinar cuál de los padres conservará la guarda y cuidado de los hijos, de acuerdo con las reglas anteriormente analizadas.

Sin embargo, nuestro criterio defiende que el cuidado unipersonal perjudica el interés del hijo pues lo desvincula paulatinamente de una de las figuras parentales, generalmente el padre, con lo cual se lesiona su proceso de crecimiento y humanización.

El hombre, convertido en un padre “intermitente”, marginado de la familia, poco a poco se distancia de sus hijos, le cuesta recuperar el lugar que tuvo como padre y deja de lado paulatinamente su responsabilidad alimentaria. De modo simétrico, el niño o adolescente tiene dificultades en mantener una relación estrecha con ese hombre que ve de manera esporádica, a la vez que percibe el abandono paterno. La escena familiar se cierra con una madre agobiada por las tensiones psíquicas, que afronta en soledad la crianza y manutención de sus hijos. Vemos, pues, que todos los protagonistas son víctimas de esta interacción perniciosa, que atenta contra los principios de la Convención de los Derechos del Niño que comprometen a ambos padres en el cumplimiento de los deberes parentales.⁸⁰

Es necesario tener presente que, respecto de la guarda y cuidado del hijo, la primera palabra la tienen los propios padres quienes tienen la libertad para resolver todos los problemas conexos con una situación de divorcio o separación. Las directivas legales y judiciales sobre los criterios de atribución son de aplicación a falta de acuerdo entre los progenitores. La autonomía de la voluntad tiene un límite que es “el interés superior del niño” (artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño), razón por la cual el juez, en cuya figura se centra el control social del Estado

⁷⁹GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, SILVANA, “La guarda y custodia compartida Una nueva institución del Derecho de Familia en España”, Maestría en Derecho de Familia, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013, p 82.

⁸⁰GROSMAN, CECILIA P, *El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres ¿Utopía o realidad posible?* en Nuevos perfiles del Derecho de Familia. Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo (Coordinadores). Editorial: Rubinzal Culzoni, 2006, p133.

con finalidad protectora, puede cuestionar algunas de las estipulaciones si afectaran el bienestar de los hijos. Este es el criterio seguido en la mayor parte de los ordenamientos que respeta la libertad de los padres para decidir cómo organizará la convivencia con el hijo.

Orientar desde la ley el camino hacia un actuar conjunto y solidario de los padres, entrelaza el interés social que aspira a la mejor formación de las nuevas generaciones y el interés individual de los que integran el núcleo familiar. Significa legitimar un modelo alternativo, frente al sistema ya “naturalizado” de una guarda unipersonal. Debe recordarse el importante papel educativo de la ley pues permite incorporar en la conciencia de los protagonistas esta opción, tan favorable al niño como a sus padres.

La construcción cultural afincada en el proceso histórico se expresa en dos sentidos. Por una parte, sólo uno puede aspirar a la guarda y el cuidado del hijo, función que asume una estructura necesariamente singular. Por la otra, esa unicidad se concentra de ordinario en la madre, porque se la juzga más idónea para cuidar del niño, calidad asignada como continuación del papel cumplido durante la vida en común.⁸¹

En América Latina, en la mayor parte de los países, si bien no prohíben la guarda y el cuidado compartido del hijo, tampoco la regulan. Sin embargo, en todos ellos se respeta el acuerdo de los progenitores en esta materia, de lo cual es posible deducir la viabilidad de un convenio que prevea el cuidado compartido de los vástagos, siempre que no afecte el interés del hijo.⁸²

2.4.1: El interés superior del niño en la legislación cubana.

En este marco, hay autores que de forma acertada señalan que el principal motivo de la defensa prevalente del interés del menor se encuentra relacionado con su minoría de edad, aspecto que el legislador estima como susceptible de mayor vulnerabilidad, por lo que requiere una protección jurídica especial, No obstante,

⁸¹CHECHILE, ANA MARÍA, “Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres”, *Jurisprudencia Argentina*, 2002-III, p.1308

⁸²CHECHILE, ANA MARÍA, “Derecho del hijo a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación”, en la obra: *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, LexisNexis, 2005

esto no significa que la condición de persona de un menor se diferencie de aquellas personas que han adquirido la mayoría de edad.⁸³

En Cuba, respecto a este tema, el artículo 89 se refiere al “beneficio del menor”, (pudiendo ser asimilado como sinónimo del “principio del interés superior del menor” tal y como se nombra en la Convención de los Derechos del Niño), como eje central para determinar la situación jurídica de los hijos menores con progenitores separados o divorciados⁸⁴.

Como criterio prevalente sobre cualquier otro, se concreta en aquello que, atendidas las circunstancias de un caso concreto, sea más favorable para él, proporcionándole las mejores condiciones para su desarrollo personal. En un conflicto de intereses debe triunfar el del menor por mandato legal, lo cual no significa una discriminación positiva, o una vejación del derecho de sus padres como seres humanos, sino que los del infante deben ser protegidos de acorde a su persona, pues por su condición es incapaz de defenderlos adecuadamente. En el momento de disolución del vínculo entre sí, es posible que los padres establezcan juicios erróneos que a la larga afecten el bienestar psicológico y material de los hijos.

⁸³CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., “El Interés del Menor como Criterio Prevalente en la Mediación Familiar”, en www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacionfamiliar.shtml, fecha de consulta, 6 de marzo de 2006.

⁸⁴ARTÍCULO 9 de la Convención de los Derechos del Niño:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

La forma en que haya transcurrido la ruptura y la madurez de los progenitores es lo que determinará la facilidad o dificultad de pensar en los niños y su bienestar fundamentalmente. Ante esta posibilidad la ley no puede ser omisa y por tanto este principio garantiza una solución justa para todos los casos en que se necesite determinar la situación de los menores de edad ante la ruptura conyugal de sus padres.

Conforme a este principio, todas las decisiones que deban adoptarse relacionadas con la situación del hijo menor de edad, deberán buscar el interés de este, configurándose como una modalización del ejercicio de la potestad y un criterio de solución de los 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 cede.⁸⁵

La audiencia del menor en los conflictos de los progenitores respecto a las decisiones que atañen a los hijos, solo estaba previsto en el Código en casos de adopción y tutela, hasta que se pronunció al respecto el Tribunal Supremo en la Instrucción 216, de mayo del año 2012, donde se expresa que el Tribunal escuchará al menor que tenga cierto nivel de madurez para opinar sobre un tema que le ataña directamente, teniendo en cuenta su capacidad progresiva. Además se dispone en la instrucción que el Tribunal se puede apoyar en criterios especializados dados por un equipo multidisciplinario que actuará ilustrando a los jueces en aquellos temas que necesiten un mayor conocimiento, según resulte procedente. Aunque a través de Disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, se resuelven muchas lagunas, vacíos y contradicciones legislativas, consideramos más oportuno que se realice la modificación exhaustiva del Código de Familia que han aclamado tantos juristas y que necesita ser sobremañera el pueblo cubano.

2.4.2: La custodia ejercida por un tercero. ¿Abuelos versus progenitores afines?

La opción de guarda para una tercera persona solo se reconoce en el caso que ambos padres sean suspendidos o privados de la patria potestad según el artículo

⁸⁵DÍEZ-PICAZO, LUIS: "El principio de Protección Integral de los hijos" en VV.AA.: *La Tutela de los Derechos del Menor*, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por González Porra JM, Junta de Andalucía, 1984, p 130.

97 del Código de Familia. De lo contrario se podrían interpretar las últimas líneas del artículo 89 que conjeturan esta posibilidad si existieren razones especiales que aconsejen esta solución, pero no está establecido ningún procedimiento ni existen sentencias que alumbren sobre cuáles son esas razones a considerar. Se puede concluir que existe ineficacia de la ley para proteger a los menores y legalizar estas situaciones que se presentan con regularidad en la sociedad cubana.

La doctrina le plantea inconvenientes a este tipo de guarda, como son la necesidad de definir cuáles pueden ser las circunstancias en que procede la admisión de la guarda del menor a un tercero, quiénes estarán facultados para tal decisión y cuál será la posición jurídica del guardador y de los progenitores.⁸⁶

Respecto a esto, consideramos que una tercera persona; que puede ser un pariente, un allegado o uno de los progenitores afines del menor, en las circunstancias en que los padres biológicos no puedan hacerse cargo de su hijo, por enfermedad, compromisos de trabajo o situación económica muy desfavorable (siempre y cuando sea de carácter temporal), pueden ellos encargarse de cuidar al menor. Esta guarda se desarrollaría acorde a las necesidades cotidianas del niño, y según la edad y la madurez que tenga, deberá opinar con quién se sentiría más cómodo ante la ausencia temporal de sus padres, durante la misma, estos deben seguir manteniendo la comunicación con ellos, velar porque lo estén cuidando correctamente y porque no se esté afectando emocionalmente el menor ante la nueva situación o que disminuya su rendimiento académico.

En cuanto a quiénes están facultados para tomar tal decisión, considero que los padres son los encargados de analizar, si su enfermedad perjudica al niño, viéndolo en ese estado, si el viaje de trabajo no les permite llevarlo consigo o si la situación económica ha llegado al punto que el menor no tendrá todas las necesidades cubiertas para su desarrollo. Entonces deberán acudir al tribunal para que se investigue y razone al respecto. Los órganos jurisdiccionales podrían homologar sus decisiones y en caso de no considerarlas favorables para el menor, ofrecer una solución más justa. El fiscal también debe desempeñar su papel e investigar cómo se desarrollan las relaciones entre el menor y el posible tercero

⁸⁶VELAZCO MUGARRA, MIRIAM, *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, *op cit*, p 184.

guardador. Recalamos que esta sería una solución de carácter temporal, que se debe tener en cuenta el interés superior del niño y su criterio. Además las medidas adoptadas por el tribunal sobre guarda y cuidado son sujetas a modificaciones, si varían las circunstancias de hecho que determinaron su adopción, tal y como expresa el artículo 91 del Código de Familia lo cual permite ajustarse a los cambios que se desarrollan en las familias cubanas, que merecen una legislación más acorde a la realidad social imperante.

El carácter extrajurídico con el que los padres toman estas decisiones menoscaba la protección legal de los infantes y propicia que exista desorientación e ignorancia para manejar estos temas. Se podría abogar por ofrecer más confianza a los padres y no limitar su autonomía de la voluntad, ellos tienen el derecho y el deber de elegir la mejor opción para sus hijos.

La posición jurídica del guardador y los progenitores queda bien clara, los padres siguen conservando la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, es decir, todo lo relevante para la vida del menor, en el orden patrimonial, migratorio, determinación del domicilio y centro escolar, representación en un acto jurídico y la manutención sigue siendo la responsabilidad de ellos. Ahora, con respecto a la guarda y cuidado se delegan ciertas facultades en el tercer guardador para que desarrolle sus funciones correctamente: cuidar del aseo personal y la salud del niño, velar porque tenga una conducta adecuada, llevarlo a la escuela y participar en reuniones en la misma, que tenga una nutrición adecuada para su edad, y que participe en actividades recreativas de acuerdo con su edad e inclinaciones. Queda claro que no cualquier persona puede realizar estas funciones, dependerá de su situación personal si puede hacerse cargo o no del niño, si existe un vínculo positivo entre ellos, y si tiene todas las condiciones necesarias que él necesita material y emocionalmente sin perjuicio de los deberes que tienen respecto a esto los padres.

El caso de Cuba es un caso particular, pues a pesar de que la guarda y custodia ejercitada por un tercero no está del todo regulada, esto sucede con mucha frecuencia, así lo han reflejado diversas investigaciones y datos estadísticos. Generalmente son los abuelos quienes se hacen cargo de los nietos, pues estos

desempeñan un papel activo dentro de la vida del menor, y muchas veces hasta conviven en el mismo hogar.

De acuerdo con la Ley positiva, es imposible atribuir a los abuelos la guarda y cuidado de los hijos menores. El Tribunal Supremo Popular sostiene la idea de que esto no es factible cuando el progenitor que solicita la guarda y cuidado, no ha incumplido con los deberes de la patria potestad y desestima, en todo caso, la guarda y cuidado a favor de terceras personas⁸⁷. Lo valoran como algo permanente y no transitorio, es decir, consideran que cuando se otorga la guarda a un tercero es porque el padre ya no es apto para ejercerla nunca más.

Los abuelos desarrollan una valiosa función social, ya que participan activamente en la socialización de los nietos a través de una relación que es enriquecedora para ambos. Aportan al niño un vínculo de referencia diferente y complementaria, pero nunca sustitutoria de la que mantienen con sus padres. A su vez, los pequeños ofrecen al mayor la posibilidad de sentirse útiles y activos, lo que repercute positivamente en su autoestima. Frente a la desestructuración de la familia nuclear, y la incorporación de la mujer al mundo laboral, ellos juegan un papel importante en la educación de los niños.

Los abuelos ocupan por entero el lugar de los padres cuando estos pasan dificultades personales o laborales. En estos casos, se desplazan temporalmente a la vivienda de sus hijos, y son los primeros en acudir ante la enfermedad de alguno de los descendientes.

Con respecto a los padres afines y la inclusión de estos como potenciales candidatos de cuidar temporalmente de sus hijos afines ante la imposibilidad o el acuerdo de ambos padres, homologado por el tribunal, parece una utopía que necesita de varios factores:

- Que se reconozca a la familia ensamblada y las obligaciones y derechos recíprocos entre padres e hijos afines.
- Que cambien las concepciones del tribunal con respecto a la atribución de la guarda a un tercero, no solo considerándola como algo permanente por la inhabilidad de los padres biológicos, permitiendo que sean estos quienes propongan cómo hacerlo mediante un acuerdo que sea homologado por el

⁸⁷ *Ídem* 188.

tribunal, y en caso de desacuerdo, que el órgano jurisdiccional decida teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor.

- Que los padres/madres afines sean considerados tan aptos como los abuelos y otros parientes, es decir, que no exista un rígido orden de prelación, y que dado el caso se analicen a todos los candidatos decidiendo en función de los requisitos y principios antes mencionados.

Los progenitores afines deben sortear la ineficacia de la ley, la completa desprotección jurídica sobre sus funciones, los mitos y creencias populares acerca de los mismos, y competir con el merecido protagonismo que han alcanzado los abuelos para cuidar de los niños ante la ausencia temporal de los padres biológicos.

En caso de que las condiciones jurídicas y sociales se den, los progenitores afines podrán cuidar del hijo, convivir con él, y educarlo; respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo, El guardador tendrá el cuidado personal del niño, niña o adolescente y estará facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio. Teniendo en cuenta los derechos de los padres biológicos, el beneficio de los menores de edad, su relación con el pariente afín y las condiciones personales del mismo de asumir su cuidado, legalizar esta situación contribuirá a una mejor seguridad jurídica a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que están bajo la patria potestad de sus padres.

Contrario al criterio judicial, se alega que las dos últimas líneas del artículo 89 del Código de Familia suponen la posibilidad de atribuir la guarda y cuidado a tercero por “razones especiales que aconsejen cualquier otra solución”, excepción realizada a la regla general de atribución a los progenitores con patria potestad. Si bien es cierto que este precepto no regula expresamente la guarda de los hijos menores a cargo de tercero, no se opone a esa solución que, además, está avalada por la Convención de los Derechos del Niño, de aplicación directa cuando la norma interna del Estado signatario no ofrece una solución ajustada al principio

del interés superior del infante. La opinión negativa que mantiene el Tribunal Supremo Popular respecto a la atribución de la guarda de los hijos menores a cargo de tercero, obedece a la carencia de su tratamiento expreso en la norma positiva, pero también se basa en su interpretación restrictiva, contraria a la flexibilidad que se observa en el Derecho Comparado, para acoger esta variante de guarda, en atención al principio universal del interés del menor⁸⁸.

Cuando las familias ensambladas cuenten con protección legal y se regulen específicamente las obligaciones y facultades de los parientes afines, estos también serán tomados en cuenta si se aplicara la modalidad de guarda ejercida por una tercera persona.

2.5: Un estatus jurídico al progenitor afín en pos del interés superior del niño.

Después de analizar los sustentos teóricos que fundamentan el ejercicio de la guarda y cuidado, donde vislumbramos que la misma puede ser otorgada a uno de los padres, a ambos o a un tercero (pariente, allegado o institución gubernamental), además de haber estudiado cómo conciben algunas legislaciones foráneas a las familias ensambladas y la protección de las relaciones entre padres e hijos afines, defendiendo el interés superior del menor; y a partir de las críticas señaladas al Código de Familia, teniendo en cuenta el contexto social cubano y la Convención de los Derechos del Niño, podemos analizar las bases jurídico legales que posibilitarán su posible inclusión en la legislación cubana. Se deberá tomar lo más positivo de lo ya logrado en otros países y adecuarlo a las necesidades y aspiraciones de nuestra nación.

Al ser este un tema que atañe a todas las personas, se fortalecerá este trabajo con estudios más profundos desde el punto de vista sociológico, psicológico y legal, para lograr un resultado consecuente con las múltiples realidades que viven las familias cubanas.

⁸⁸ *Ibidem*, p 195.

De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.⁸⁹

El reconocimiento de este pluralismo afirma el principio democrático que exige respeto por las diferencias, por consiguiente, es preciso un papel activo del Estado para dar igual protección a los diferentes modelos de convivencia que garanticen el adecuado cumplimiento de las funciones familiares.⁹⁰

Desde el punto de vista social, deben tenerse en cuenta las pautas siguientes:

- ✓ El nuevo cónyuge no sustituye a los parientes biológicos, no es una figura suplente capaz de lesionar la autoridad e identidad parental, no ocupa el lugar del padre o la madre, sino que tiene su lugar propio y debe ser considerada una figura de referencia distinta, tiene la posición de un pariente de alianza y apoyo, como los hay otros en la familia. Si ambos padres biológicos mantienen una relación estrecha con sus hijos y participan equitativamente en sus actividades a través del sistema de guarda compartida, existirán menos confusiones para el niño, y le será más fácil atribuir por su propia percepción, el papel que cumple en su crianza, formación y educación, cada miembro de la familia. La presencia de los padres en las tareas cotidianas que él desarrolla, lo ayudarán a entender y aceptar más rápido el divorcio entre ellos.
- ✓ Rechazo de ideologías de exclusión, evitando la discriminación entre unos hijos y otros y compatibilizar las necesidades personales con el grupo familiar. Esta es una de las tareas más difíciles, pues requiere de la cohesión y la empatía entre sus miembros, cada cual debe tener identificado su lugar en la familia y actuar consecuentemente, al mismo tiempo que se deben estrechar las relaciones entre sus miembros, se deben establecer los límites de respeto en la convivencia.
- ✓ Reafirmar el deber de cuidado del padre afín hacia el hijo afín en situación de coexistencia, construyendo su identidad con el acuerdo y consenso de toda la familia, permitirá que exista un ambiente más sano, estable y seguro para el menor de edad. La vida en común generará obligaciones y se

⁸⁹KEMELMAJER DE CARLUCCI AÍDA R, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014" Publicado en *Revista Jurídica La Ley*, 2014.

⁹⁰CHOUHY, ADOLFO A, "Familias Ensambladas" Derecho de Familia, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N 23 Editorial LexisNexis, p. 269.

compartirán decisiones significativas y tareas familiares, relacionados con la cotidianidad de los hijos de la pareja.

Tanto si la pareja está unida en matrimonio o no, mientras que sea una unión estable, y que haya tenido un proceso de adaptación y engranaje entre sus miembros, la ley debe contribuir a un mayor reconocimiento de los derechos de quien diariamente se relaciona con los hijos de su pareja.

La afirmación clara de los deberes y derechos del cónyuge o conviviente del progenitor permite orientar los comportamientos, ayuda a minimizar los conflictos y, por consiguiente, favorece la estabilidad familiar. Es importante que desde la legislación y la justicia se reconozca la realidad de una convivencia que genera relaciones que son fuente de responsabilidad respecto a la socialización, sostén emocional y asistencia material de los niños y adolescentes. La jerarquización de estas figuras, muchas veces juzgadas como “intrusos” en la familia, enaltecerá el respeto, la solidaridad y la cooperación entre los componentes del núcleo familiar.⁹¹

En la legislación foránea previamente analizada, desde el punto de vista jurídico, el reconocimiento de las familias ensambladas en forma general se hizo luego de realizar estudios multidisciplinarios, para analizar desde el punto de vista social la implicación del reconocimiento de un nexo legal entre padres e hijos afines. En otros casos, como el de Perú, fue el Tribunal Constitucional quien dio el primer paso para lograr un cauce legal tendente a legitimar la relación existente entre todos los miembros de la familia ensamblada. Basado en este análisis, se han escogido los siguientes razonamientos, para considerar la futura inclusión de estas en el Código de Familia cubano y el consecuente reconocimiento constitucional, a partir de la ampliación del concepto actual de familia que existe en la Carta Magna de la República de Cuba. Entre las opciones de fundamento jurídico están:

- 1- Reconocer su vínculo de parentesco, utilizando la línea de afinidad, que ya está presente en el Código de Familia, en el artículo 120⁹². La dificultad es que este se refiere solamente al caso de los matrimonios propiamente dicho y no a las uniones de hecho. Además habría que clarificar en este sentido cuáles son los deberes y derechos que existirán entre cada uno.

⁹¹GROSMAN CECILIA P Y MARTÍNEZ ALCORTA IRENE, “Familias Ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio”, *op. cit.*, p 187.

⁹²ARTÍCULO 120: *Los parientes de un cónyuge lo son del otro, por afinidad, en la misma línea y grado.*

- 2- La otra alternativa sería fundar los deberes y derechos en la convivencia diaria, lo cual permitirá incluir también a las uniones de hecho. En este caso habría que establecer un límite de tiempo mínimo de existencia de la unión, con el fin de pronosticar que exista un auténtico y consolidado lazo entre progenitores e hijos afines. Otro de los inconvenientes es que los progenitores afines no convivientes estarían olvidados en esta opción, ya que en Cuba ante el desacuerdo de los padres la regla a seguir es el mantenimiento de la guarda y cuidado unilateralmente, al haber un progenitor biológico no conviviente, su pareja, no estará incluida en el otorgamiento de tales derechos. Consideramos que lo importante es que exista una buena relación entre ambos, aunque no convivan juntos. En este aspecto no existirá un criterio mecánico o invariable, pues cada progenitor asumirá la parentalidad de una forma distinta y no se puede generalizar en estos casos. La no convivencia no siempre será equivalente a la distancia en la relación entre padres e hijos. Si como regla general, y siempre que sea posible, se asumiera el cuidado compartido de los niños, fuera más beneficioso e incluso el adoptar esta opción.
- 3- A través de la voluntad expresa de los interesados, esta tercera vía depende del deseo de comprometerse del progenitor afín, mediante una declaración, a asumir ciertas responsabilidades con respecto al niño, esta expresión de voluntad homologada serviría para actuar frente a terceros. El inconveniente que se observa en esta opción, es que depende del principio del respeto a la autonomía de la voluntad y no del interés superior del menor, en caso de que el progenitor afín decida no obligarse, ¿perjudicará o beneficiará esto en un futuro al menor? Además habría que manejar la cuestión de la autorización de ambos padres, que como vimos anteriormente no siempre es así, existen padres que movidos por los celos quizás no lo aprueben, y otros, en total desvinculación con sus deberes parentales, no se pronunciarán ni positiva ni negativamente al respecto, ante tales casos sí es preciso determinar cuáles son los supuestos específicos en que cada padre podrá autorizar esto de forma autónoma. Al ser una decisión importante en la vida del menor, habría que decidir si homologar este acuerdo ante notario o en el Tribunal, donde el órgano dé conocimiento e inste como verificador al fiscal, quien como parte de sus funciones debe velar por el bienestar y la

transparencia de tales decisiones para los niños como legítimo representante del Estado.

Ningunas de estas opciones son excluyentes entre sí, pero habrá que reflexionar del significado y consecuencias de cada una, y de cuál se ajusta más a las necesidades y realidades de la actualidad. El cambio normativo en materia familiar que se necesita es profundo. Luego de este primer paso de reconocer la existencia de un vínculo legal entre los parientes afines en primer grado, habrá que pasar a analizar las implicaciones posteriores de esto en las distintas instituciones que reconoce el Código de Familia cubano.

Esta investigación desde un primer momento se ha centrado en la guarda y custodia, y cómo la misma podría incluir a los padres afines en el desarrollo de la misma. En las experiencias de la regulación en otras naciones, existen rasgos y características que distinguen, en distintas categorías, cómo se institucionalizaron las funciones, garantías y obligaciones del ejercicio de la guarda y cuidado por un progenitor afín. A continuación serán explicadas y ordenadas según la complejidad que entraña cada una.

- ✓ **Ejercer la guarda y cuidado de conjunto con los padres biológicos, en los límites respectivos a la convivencia diaria.** En este caso el pariente afín, siendo la pareja de uno de los progenitores biológicos, y en un clima de cordialidad y familiaridad con el hijo afín, ejercerá un rol complementario o cooperativo, a través de la sugerencia, el consejo y el auxilio a los progenitores biológicos en los actos usuales relativos a la vigilancia, educación y manutención de los niños, mientras perdure la unión. El artículo 33⁹³ del Código de Familia cubano, realiza un efímero acercamiento a esta vía, de hecho es el único en el que remotamente se reconoce la posibilidad de que exista una familia de carácter ensamblado, obviamente solo para los casos en que las personas hayan contraído matrimonio. Se refiere solo a la obligación de dar alimentos y no a la guarda y cuidado, pero es válido señalar su existencia.

⁹³ARTÍCULO 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 solo uno de los cónyuges; ...

- ✓ **Ejercer la guarda y cuidado temporalmente**, ante la imposibilidad de uno de los progenitores. Esta idea fue anteriormente analizada al proponer la inclusión de los progenitores afines entre los “terceros” aptos para ejercer el cuidado del menor cuando los padres tienen situaciones o compromisos ineludibles relacionados con enfermedad, trabajo y contextos en que ninguno de los padres está en condiciones de convivir y atender diariamente con el niño o adolescente. Implica mucho más que la alternativa anterior, porque aquí es más que una figura de apoyo, es circunstancialmente el protagonista en las tareas y responsabilidades que vienen dadas por la parentalidad. Aunque esto no significa la transmisión de la patria potestad ni mucho menos, pues los deberes de los padres biológicos subsisten, solo que las funciones básicas serán atendidas por el padre/ madre afín durante un período previamente determinado. No es la intención desplazar al padre afín hacia la posición de tercero, pero analizando concretamente el contexto cubano, existen otros parientes que son muy cercanos a los niños, y como cada caso tendrá sus particularidades, consideramos mejor que se analice por el órgano jurisdiccional, quién es la persona más idónea para ejercer esta tarea, analizando todas las posibilidades por igual y sin discriminación entre el progenitor afín y otros familiares. En caso de que ambos padres lleguen a un acuerdo y este no contravenga el interés superior del menor, consideramos que su voluntad debe ser respetada.
- ✓ **Ejercer la guarda y cuidado permanentemente**, ante el fallecimiento de los padres, y la no existencia de otros familiares idóneos o ante la privación de ambos padres de la patria potestad, bajo las reglas siguientes: la familia de origen biológico seguirá teniendo el derecho de comunicarse con el menor de edad, siempre y cuando no atente a sus intereses, deberes que resultan del vínculo de origen en el orden de las sucesiones y de la obligación de dar alimentos no quedarán extinguidos, esta solución, paulatinamente podrá conllevar a cambiar la institución de guarda por la de adopción, quedando esto como un paso previo o intermedio para normalizar y estabilizar la vida del menor ante la muerte de sus padres biológicos o la privación de los mismos de la patria potestad. Hasta que esta adopción no se configure, el padre afín no podrá administrar los bienes de su hijo afín.

Cualesquiera de las formas en que se adopte el ejercicio de la guarda por el progenitor afín, será un paso de avance en la legislación cubana que es totalmente omisa en este particular.

Concordamos con el criterio de DA CUNHA PEREIRA, quien otorga más valor al vínculo afectivo en la siguiente idea: La paternidad y la maternidad entrañan más un hecho de la cultura que de la naturaleza. La verdadera paternidad/ maternidad es adoptiva, es decir, si yo no adopto (como sinónimo de asumir) a mi hijo, aunque este sea biológico, jamás será mi hijo de verdad. Paternidad y maternidad son funciones ejercidas. De este modo, esos “papeles” pueden ser ejercidos por personas que no estén necesariamente condicionados por la genética y la o la sexualidad. En atención al principio del mejor interés del niño, es necesario considerar la paternidad socioafectiva. En definitiva, eso significa priorizar la paternidad real por sobre los vínculos formales y registrales.⁹⁴

Teniendo en cuenta que en el contexto latinoamericano, cercano al nuestro en la idiosincrasia, cultura y sistema de Derecho, pensamos que la comunidad regional debe establecer un modelo de regulación a partir de una idea central: respetar en principio de la autonomía privada, es decir, la libertad de los integrantes de la familia para definir su propia organización, de acuerdo con sus particularidades, la sociedad debe consagrar la normativa básica de que se afirme el compromiso de quienes viven con el niño, sean o no sus padres.

Es indispensable pensar en Derecho abierto que dé cuenta de la diversidad de funcionamientos, pero de manera concomitante es preciso imaginar desde la esfera pública reglas mínimas que impulsen la responsabilidad, cooperación y solidaridad de quienes conviven con los niños y adolescentes. Si bien los padres biológicos son las figuras que median en la relación entre los hijos y su pareja, devenidos en progenitores afines, con frecuencia, con el transcurrir del tiempo, en el espacio de la vida en común, se genera un vínculo independiente de profundo contenido psicosocial que es menester considerar.⁹⁵

⁹⁴DA CUNHA PEREIRA, RODRIGO, “Cuando los padres se separan. El derecho de los niños/adolescentes en un escenario jurídico para el Mercosur”. En: *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados*. Coordinadora: Cecilia P Grosman. Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p 297.

⁹⁵Grosman, Cecilia P, *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados*. Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p 117.

Conclusiones:

Atendiendo a que la investigación realizada tiene como basamento los criterios doctrinales, legales y jurisprudenciales de algunos países que protegen a las familias ensambladas, considerando particularmente la institución de guarda y cuidado, hemos podido arribar a las siguientes conclusiones:

Primera: Las transformaciones ocurridas en las últimas décadas en las familias cubanas, han cambiado la forma en que se organizan las mismas, ha aumentado el número de familias extensas, monoparentales y ensambladas. Ante estas situaciones el Código de Familia no ofrece las suficientes respuestas para resolver problemas que se suscitan en la dinámica de las mismas.

Segunda: El desconocimiento por parte de la ley de las familias ensambladas propicia que los límites y derechos entre sus miembros no estén establecidos, lo cual podrá resultar en que se vulnere el principio del interés superior del menor en aquellas familias de esta tipología que involucran a niños, niñas y adolescentes que no han alcanzado la mayoría de edad.

Tercera: Aunque el Código de Familia cubano establece que ambos padres poseerán la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, al momento de disolverse el vínculo entre estos, solo uno de ellos generalmente conserva la guarda y cuidado, dejando al otro padre en condiciones de desventaja y al niño con vínculos más débiles con este. El ejercicio de la guarda y custodia compartida, siempre que pueda ser aplicado, permitirá que ambos padres se relacionen con el niño y que ninguno se sienta excluido o amenazado por la existencia de un pariente afín.

Cuarta: Las funciones del progenitor afín vienen dadas por la convivencia y por la calidad de las relaciones que tenga con los menores de edad involucrados, entre las tareas que estos actualmente realizan están: contribuir con su educación, cuidados diarios, alimentación y todo lo relativo a la cotidianidad de la familia. Funciones que podrá realizar de conjunto con los padres biológicos en aras de cooperar con el mejor desenvolvimiento de la dinámica familiar.

Quinta: En Cuba tanto los progenitores afines como los abuelos generalmente desempeñan un papel positivo y necesario en la crianza y educación de los niños, colaborando con el padre/madre biológico guardador encargado de estos. Los derechos de ambos deben ser amparados por igual, y es preciso que la ley les reconozca la misma posibilidad de mantener la guarda de los niños en caso de que los padres se vean imposibilitados de tenerla temporalmente. El tribunal debe decidir acorde a lo que es más beneficioso para el menor, cuál entre los parientes biológicos (abuelos, tíos, u otros), o afines (madre/padre afín) es el más idóneo para realizar esta actividad.

Sexta: Ejercer la guarda y custodia es un derecho propio de la madre/padre biológico, pero el progenitor afín, en dependencia de cómo se involucre en la familia y se relacione con los menores de edad, debería tener facultades, para actuar desde el espacio de la cotidianidad, pero también para cuidar del menor ante la ausencia de los padres e incluso mantener la guarda ante el fallecimiento de los mismos si esto fuera lo más aconsejable para la estabilidad e integridad emocional de los niños y niñas.

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.
- Incitar a la implementación de los Tribunales de Familia, recurriendo a la mediación de conflictos como un paso previo al empleo de la vía contenciosa y dándole mayor autonomía a los jueces para que actúen atendiendo a la especialidad de cada caso, con el propósito de que sus decisiones sean lo más efectivas, realistas y objetivas posibles.

A la Facultad de Derecho de la Universidad de Matanzas:

- Que la presente investigación sea puesta a disposición de estudiantes e investigadores. En tal sentido, la misma puede coadyuvar a la doble tarea de servir como material bibliográfico actualizado en cuanto al objeto de la investigación y como acicate para futuras indagaciones teóricas en las diversas aristas que presenta esta temática.
- Que se profundicen las investigaciones sobre este tema en otros campos de las Ciencias Sociales, para esclarecer desde otras aristas cómo se desarrolla la dinámica de las familias ensambladas, y la percepción que se tiene sobre la misma desde el individuo hasta la sociedad en general.

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

- Que desarrollen un papel más activo para eliminar los estigmas y los prejuicios que se crean alrededor de los niños y la población, postulando a la familia nuclear como la única “correcta” , además reconociendo que en el resto de las familias también se desarrollan las mismas funciones,

dejando de caracterizarlas como “disfuncionales”; explicando que existen las mismas posibilidades de “éxito” o “fracaso” en la educación y bienestar material y emocional de los hijos, lo cual no está condicionado por la tipología de familia en que se viva, sino por las características individuales y por las acciones de sus miembros.

Bibliografía

I Fuentes Doctrinales:

- *Anuario demográfico* edición 2012, publicado por la Oficina Nacional de Estadísticas.
- ALESIO, MARÍA FRANCA, “Familias ensambladas: la autoridad parental”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, N° 71, Junio de 2009.
- ARÉS, PATRICIA: *Psicología de la familia. Una aproximación a su estudio*. Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- ARSANA ANTONIA, “Problemas socioeconómicos de la familia cubana contemporánea”. Tesis de Diploma, Facultad de Economía, La Habana. 2006.
- ÁVILA, NIUBA: “Familia, racionalidad y acceso a la educación superior en Cuba. Un estudio de casos” tesis de Diploma, Facultad de Filosofía e Historia de La Habana, 2006.
- BARÓN, DIANA, “La Familia ensamblada. Su estructura y dinámica”. Tesis de Maestría, Facultad de Psicología, La Habana, 2006.
- BASTIDAS, NOHELY, “La coparentalidad en las familias ensambladas”, *Trabajo especial de grado presentado como requisito para optar al Grado de Especialista en la Niñez y la Adolescencia*, Maracaibo, 2006.
- BAYARRI MARTÍ, MARÍA LUISA: En: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/732-el-rgimen-de-guarda-y-custodia-en-espaa-derecho-comn-y-comunidades-au>.
- BRIOZZO, MARÍA SOLEDAD, “La figura del progenitor afín en la reforma proyectada: ¿superó la falta de lineamientos institucionales que determinan sus acciones?”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, Año VIII, Número 12, 2014.
- CAMPO IZQUIERDO, ÁNGEL LUIS. “Guarda y Custodia compartida” *Diario La Ley*, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206
- CASTILLO MARTÍNEZ C. DEL C, “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”. *Revista SEPIN*, No 25, septiembre.
- CASTRO, GLADYS, “Relación padres hijos en familias ensambladas, Investigación en Facultad de Psicología”. [http://www.fupsi.org/VIIcongreso/ relacion%20padres-hijos%20en%20familias%20ensambladas.pdf](http://www.fupsi.org/VIIcongreso/relacion%20padres-hijos%20en%20familias%20ensambladas.pdf)

- CERRUTI, MARCELA y BINSTOCK, GEORGINA: "Familias latinoamericanas en transformación: desafíos y demandas para la acción pública". *Publicación de las Naciones Unidas*, Santiago de Chile, septiembre de 2009.
- CHECHILE, ANA MARÍA, "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres", *Jurisprudencia Argentina*, 2002-III.
- CHECHILE, ANA MARÍA, "Derecho del hijo a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación", en la obra: *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, LexisNexis, 2005
- CHOUHY, ADOLFO A, "Familias Ensambladas" Derecho de Familia, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N 23 Editorial LexisNexis.
- CLAVIJO SUNTURA, JOEL HARRY, *El interés del menor en la custodia compartida*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2008.
- COLECTIVO DE AUTORES. *La familia cubana. Cambios, actualidad y retos*. Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, La Habana, 1996.
- COLECTIVO DE AUTORES, *Las Familias Cubanas en el parteaguas de dos siglos*, Editorial D´vinni.SA, Colombia, 2010.
- COLECTIVO DE AUTORES, *Metodología e investigación al servicio del Derecho*, Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, 2012.
- CONTRERAS, VERÓNICA L, "Familias Ensambladas. Aproximaciones histórico-sociales y jurídicas desde una perspectiva constructorista y una mirada contextual". *Portularia* VOL. VI, Nº 2-2006, Universidad de Huelva.
- CONSTANZA STREET, MARÍA. "Metodología para la identificación de las familias ensambladas. El caso de Argentina" *CEPAL Notas de Población Nº 82*. Consultado el 18 de enero de 2016.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN, "Claves para entender el Derecho de Familia contemporáneo", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29 No 1. 2002
- DA CUNHA PEREIRA, RODRIGO. "Cuando los padres se separan. El derecho de los niños/adolescentes en un escenario jurídico para el Mercosur" En: *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados*, CECILIA P. GROSMAN y MARISA HERRERA, Primera Edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.
- Discurso del PAPA FRANCISCO en el aeropuerto El Alto, Bolivia, 8 de julio de 2015.

- DÍAZ MAREELÉN: La familia y cambios socioeconómicos a las puertas del Nuevo Milenio. Informe de investigación. CIPS, La Habana, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS: “El principio de Protección Integral de los hijos” en VV.AA.: “La Tutela de los Derechos del Menor”, Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por González Porra JM, Junta de Andalucía, 1984.
- DIEZ-PICAZO, LUIS. “Notas sobre la reforma del código civil en materia de patria potestad” Anuario de Derecho Civil, Madrid, fasc. I ene-mar.
- DUPLA MARÍN, MARÍA TERESA, “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.
- DURÁN ACUÑA, LUIS DAVID, “Deberes y derechos entre padrastros e hijastros”, *Revista de Derecho Privado*, N°6, julio/diciembre del 2000.
- ECHEVARRÍA GUEVARA, KAREN; *La guarda y custodia compartida de los hijos*. Tesis Doctoral: problemática actual del derecho de familia. Universidad de Granada, 2008
- ENGEL, MARGORIE: Familias ensambladas en todo el mundo: Análisis comparativo de los enfoques legales en los países seleccionados, <http://www.familias21online.com/index.php/articulos/38-interes-general/78-familias-ensambladas-en-todo-el-mundo>. consultado el 12 de enero del 2015
- FLEITAS, REINA: “Las tradiciones teóricas en los estudios sociológicos sobre la familia”. *Revista Universidad de La Habana*. No. 256 La Habana. 2002.
- FULCHIRON, HUGUES, “¿Un estatuto para el progenitor afín?”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, febrero 2016, Año VIII, N° 13, Buenos Aires, 2016.
- GARCÍA PASTOR MILAGROS, “La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos Personales, primera edición, Editorial McGraw Hill, Madrid. 1997.
- GOLDBERG BEATRIZ, Tuyos, míos, nuestros. Como rearmar y disfrutar la familia después del divorcio. Editorial Grijalbo, primera edición, 2000.

- GONZÁLEZ-ESPADA RAMÍREZ, SILVANA, La guarda y custodia compartida Una nueva institución del Derecho de Familia en España, Maestría en Derecho de Familia, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013.
- GONZÁLEZ LUNA, MARÍA ALEJANDRA: “Los retos del Derecho ante las nuevas formas de familias”, Comentarios a la jurisprudencia. *Revista: Palestra del Tribunal Constitucional*. Año 3, N° 03, marzo 2008, Lima.
- GROSMAN CECILIA P Y MARTÍNEZ ALCORTA IRENE, *Familias Ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000.
- GROSMAN, CECILIA P, *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados*. Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2007.
- GROSMAN, CECILIA P: “Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la Reforma del Código Civil” *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 51, Buenos Aires, julio/agosto, 2010.
- GUILARTE MARTIN-CALERO, CRISTINA. “Custodia compartida y protección de menores” Cuaderno de Derecho Judicial II-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.
- JOCILES RUBIO, MARÍA ISABEL Y VILLAAMIL PÉREZ, FERNANDO: “La duplicación de funciones y posiciones de parentesco como estrategia para la construcción de la paternidad/maternidad en las familias reconstituidas”, *Revista Antropológica*, Año XXVI, N.º 26, diciembre de 2008
- KEMELMAJER DE CARLUCCI AÍDA R, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”. *Revista Jurídica La Ley*, octubre de 2014.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI AÍDA R Y PÉREZ GALLARDO LEONARDO, *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Editorial: Rubinzal Culzoni, Argentina, 2006.
- LATHROP GÓMEZ, FABIOLA: “Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas. Madrid, 2010.
- LEÓN, LEYDI: “¿Y quién escucha a los niños? Aproximación a la problemática de la infancia, la Familia y la Emigración en Cuba” Tesis de diploma, Facultad de Psicología, La Habana. 2005.
- LUNA-SANTOS, SILVIA (2007), “La recomposición familiar en México”, *Notas de Población*, N° 82.

- MELER, IRENE, Los ausentes en la constelación familiar, Progenitores que desertan del desempeño de su rol parental: http://www.uces.edu.ar/institutos/iaepcis/constelacion_familiar.php
- MESA CASTILLO, OLGA: *Orientaciones para el estudio del Derecho de Familia*. Editorial Félix Varela, Ciudad de la Habana, 1998.
- MORESCHI, GRACIELA, “Familias ensambladas”, <http://gracielamoreschi.com.ar/familias-ensambladas/19.0414..ar/familias-ensambladas/19.0414>.
- ONECHA SANTAMARÍA, CARMEN. “El deber de los padres de procurar la formación integral de los hijos” Boletín de información del Ministerio de Justicia, No 1648, 25 sept.
- ORIHUELA, ARLÉS. “La familia monoparental. Una propuesta para su estudio y orientación”. Tesis de Maestría, Facultad de Psicología, La Habana, 2000.
- ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL: “El Nuevo Régimen Jurídico de la Crisis Matrimonial”, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.
- PALAZÓN GONZÁLEZ, ANA MARÍA; Ponencia sobre Centros Educativos y Ruptura Familiar. Pdf.
- PAPA FRANCISCO, “¿Qué piensa en Papa Francisco sobre la familia?”, Compendio de textos y discursos del Santo Padre, Regnum Christi, 2015.
- PARRA BOLÍVAR, HESLEY: *Relaciones que dan origen a la familia*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, 2005.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. “Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab-intestato: ¿una ecuación lineal?” www.derecho.uba.ar/derechoaldia/image/dd181/marisa_herrerapag16-08. Consultado el 12-2-14.
- PEREIRA, ROBERTO, “Familias reconstituidas: La pérdida como punto de partida”, <http://www.redsistemica.com.ar/reconstituidas.htm>
- PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL: “La custodia compartida” Primera Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.
- RIVAS RIVAS, ANA M^a, “Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 26, núm. 1 Universidad Complutense de Madrid, 2008
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.; *El derecho de visita, Ensayo de Construcción Unitaria*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona.

- SALZBERG, BEATRIZ, Los niños no se divorcian, Ediciones Beas, Buenos Aires, 1993, p.132
- SILVIA DAMENO, MARÍA, Familias Ensambladas. <http://www.danielfilmus.com.ar/1699/1019/proyecto-de-ley-normas-protectoras-de-los-hijos-en-familias-ensambladas>. Consultado el 3 de mayo de 2016
- TAMAYO HAYA, SILVIA. *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas*. Editorial Reus.SA, Madrid, 2009.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE; Patria Potestad, <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/02/patria-potestad.html>, consultado el 4 de diciembre de 2015.
- VELAZCO MUGARRA, MIRIAM, La guarda y cuidado de los menores sujetos a la Patria Potestad, Ediciones ONBC, La Habana, 2008.
- VERSTRAETEN, ANDRÉS Y HAYDEÉ, *Familias Ensambladas*, Edición en español publicada por Editorial Vida, 2011.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, L., “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial Consideración de la custodia de los hijos”, Edit. Dykinson, Madrid, 2004.
- ZLATAR ZAMORA, ELIANA, En busca de la funcionalidad en la familia ensamblada, <http://www.familias21online.com>

II Fuentes legales:

Fuentes Internacionales:

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

Códigos Civiles:

- Código Civil de Alemania. (2010), (juris GmbH, Saarbrücken, en www.juris.de)
- Código Civil y Comercial de Argentina (2014, - 1a edición. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, en: infojus.gob.ar)
- Código Civil de la República de Chile(Santiago de Chile: Editorial Jurídica. 2012)
- Código Civil de Colombia (2009) en <http://vlex.com/vid/43010756>.
- Código Civil de Ecuador (2005) (en <http://www.derechoecuador.com/>)
- Código Civil de España (modificado en 2005) (En: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A1889-4763>). Consultado el 16-1-14.

- Código Civil de Uruguay. (En <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/EstudiosLegislativos/CodigoCivil2014-02.pdf>) consultado el 16-1-14.

Códigos de Familia

- Código de las Familias y del proceso familiar de Bolivia. (Ley N°603 del 19-11-2014, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia)
- Código de Familia de Nicaragua.
- Código de Familia de Venezuela. http://www.cicpc.gob.ve/files/u1/Codigo_Civil_de_Venezuela.pdf

Códigos de la niñez y la adolescencia

- Código del niño, niña y adolescente de Bolivia (1999) (en [http://spij.minjus.gob.bo./](http://spij.minjus.gob.bo/))
- Código de la niñez y del adolescente de Ecuador (en <http://www.derechoecuador.com/>)
- Código de la niñez y adolescencia de Uruguay (En <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/EstudiosLegislativos/codigodelaniñezyadolescenciadeuruguay2014-02.pdf>) consultado el 16-1-14.

Fuentes Legales Nacionales

- Constitución de la República de Cuba de 1976, Ministerio de Justicia, La Habana, 2004.
- Código de Familia (Ley N° 1289/1975 de 14 de febrero) Publicación de Legislaciones Volumen VI, editora del Ministerio de Justicia, La Habana, 1975.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral. (Ley No 7/77) Editora del Ministerio de Justicia, 2003.
- Instrucción 216 (mayo/2012) del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

III Fuentes jurisprudenciales:

Sentencias de Perú: No. 09332-2006 PA/TC, No. 02478-2008 PA/TC y No. 04495-2008 PC/TC.

Anexo N° 1

Entrevista destinada a los progenitores biológicos que conviven en una familia ensamblada.

Con el interés de conocer cómo se desarrollan los roles parentales dentro de su familia, al ser calificada la misma como ensamblada, ha sido seleccionada como objeto de referencia para la presente investigación. Gracias por su colaboración.

Familia No_____

Rol parental que desempeña: madre ___ **padre**___

Tiempo de la unión entre usted y su actual cónyuge_____

Guía de Preguntas:

- 1- ¿Cómo se desarrollan los lazos afectivos entre usted, su pareja y su hijo?
- 2- ¿Su pareja ha contribuido en la educación, manutención, disciplina y cuidados cotidianos de su hijo?
- 3- ¿Su pareja sustituye la función del otro padre biológico o cada uno desempeña un rol distintivo en la vida de su hijo?
- 4- ¿Considera que en estos momentos conforman una familia consolidada y emocionalmente sana?
- 5- ¿Considera necesario, importante y que sería más beneficioso para su hijo el tener un nexo legal con su cónyuge?
- 6- En caso de necesidad, alguna vez confió o confiaría el cuidado de su hijo a su pareja?

Anexo N° 2

Entrevista destinada a los progenitores afines que conviven en una familia ensamblada.

Con el interés de conocer cómo se desarrollan los roles parentales dentro de su familia, al ser calificada la misma como ensamblada, ha sido seleccionada como objeto de referencia para la presente investigación. Gracias por su colaboración.

Familia No _____

Rol parental que desempeña: madre afín ___ **padre afín** ___

Guía de Preguntas:

- 1- ¿Cómo se desarrollan sus relaciones con su hijo afín (hijastro-a)?
- 2- ¿Lo considera como un hijo propio?
- 3- ¿Qué tiempo le tomó normalizar su relación con su hijo(a) afín en un clima de confianza y respeto mutuo?
- 4- ¿Cuáles son los deberes o actividades parentales que realiza por su hijo afín?
- 5- ¿Alguno de los padres biológicos ha impuesto límite o medidas a su relación con su hijo afín?
- 6- Cuando está compartiendo espacios con su cónyuge e hijo afín, generalmente se siente:
___ con sentido de pertenencia a su familia
___ como un extraño o agregado
___ que existen verdaderos lazos de unión sentimental
___ rechazado por su hijo afín
___ culpable por no estar con sus hijos biológicos
___ respetado por ambos
___ otros sentimientos, Cuáles?
- 7- Considera válido y necesario que se establezcan límites y alcances legales en cuanto a su relación con su hijo afín?

Anexo N° 3:

Entrevista destinada a los progenitores afines no convivientes en una familia ensamblada.

Con el interés de conocer cómo se desarrollan los roles parentales dentro de su familia, al ser calificada la misma como ensamblada, ha sido seleccionada como objeto de referencia para la presente investigación. Gracias por su colaboración.

Familia No_____

Rol parental que desempeña: madre ___ **padre**__

Tiempo de la unión entre usted y su cónyuge_____

- 1- Cómo calificaría su relación con su hijo afín o hijastro-a ?
___ bastante fluida y respetuosa ___ amistosa, de confianza
___ áspera, incómoda ___ neutral
___ Como si fuera un hijo propio

- 2- ¿Alguno de los progenitores biológicos ha establecido límites en cuanto a su relación con su hijo(a) afín?

- 3- ¿Con qué frecuencia se relaciona con su hijo afín?

- 4- ¿Cómo se dirige su hijo(a) afín a usted: ?
___ como la esposa(o) de su madre/padre
___ "mi madrastra", "mi padrastro"
___ le llama por su nombre propio
___ segunda madre/ segundo padre
___ Otra manera. ¿Cuál? _____

- 5- Si considera que existen deberes y derechos entre usted y su hijo afín, mencione al menos 4.

Anexo N° 4

Entrevista destinada a los hijos afines que conviven en una familia ensamblada.

Con el interés de conocer cómo se desarrollan los roles parentales dentro de su familia, al ser calificada la misma como ensamblada, ha sido seleccionada como objeto de referencia para la presente investigación. Gracias por su colaboración.

Familia No _____

Convive con su:

___ Madre y esposo (padre afín) ___ padre y esposa (madre afín)

1- ¿Cómo considera que son sus relaciones cotidianas con su madre/ padre afín?

2- Usted considera a su padre afín como:

___segundo padre/madre ___un amigo

___el esposo de mamá/papá ___un miembro querido en la familia

___ no considera que exista ningún vínculo

3- Qué actividades o funciones realiza por usted su pariente afín ?

4- ¿Qué tiempo necesitó aproximadamente para para asimilar la nueva unión de su mamá/ papá ?

5- Cuando estoy con mamá o papá y su pareja me siento:

___feliz, en familia

___neutral, ni muy triste ni muy contento

___que no encajo bien

___que me falta alguien

___extraño, incómodo, estresado o rechazado.

6- Me gustaría que mi relación con mi madre/padre afín fuese:_____

_____.