



Universidad de La Habana
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Civil y de Familia

**“De la guarda y cuidado y del régimen de comunicación de los
menores de edad en familias ensambladas. Una propuesta para
Cuba”**

Tesis presentada en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas

Autora: EPG. Iris María Méndez Trujillo

Tutor: Dr.C. Leonardo B. Pérez Gallardo

La Habana, Cuba, noviembre de 2019

DEDICATORIA

*A la memoria de mi madre, porque le debo todo lo que soy y su energía me
acompaña en cada momento significativo de mi vida*

*A mi hija, por ser mi mejor expresión, mi amiga más amada y en un futuro muy
cercano también colega*

*A mi esposo, hijos y padres por permitirme demostrar que la familia ensamblada
colmada de afectos existe*

*A mi hermana y sobrino porque son el complemento afectivo más sólido que tiene
mi familia*

A mis amigos, los incondicionales

ESPECIALES AGRADECIMIENTOS

A mi tutor y amigo Leonardo B. Pérez Gallardo, por haberme permitido hacer realidad este sueño, por su compromiso en mi realización profesional, su sabia dirección, colaboración y contribución constante, pero por sobre todo, por su sincera amistad que me hace sentirme privilegiada

A los estudiantes de Derecho por ser mi fuente de inspiración más preciada, entre los que afortunadamente se incluye mi hija

A Gladys, amiga y hermana, que siempre ha hecho tuyas mis metas, porque su cooperación y apoyo han sido trascendentales en la realización de este proyecto

A mis amigas y colegas de empeño Yairis, Lisandra y Arletys, porque unidas ha parecido más fácil y divertido el camino

A los profesores del Departamento de Derecho Civil y de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana por sus atinadas opiniones y por haberme acogido como un miembro más del equipo

A Tere y Ana María por los certeros señalamientos realizados en el acto de oponencia en predefensa que le han adicionado valor a esta investigación

A la Dirección de la Universidad de Matanzas por su colaboración efectiva en el logro de este objetivo, esencialmente a los profesores del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades, en especial a Isel, Dayan y Mercy, por toda la seguridad que siempre me han transmitido y el afecto sincero

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

José Martí.

Síntesis

La familia ensamblada es una realidad social preponderante en Cuba y ello impone precisar que el padre/madre afín asume una postura de auxilio o complemento de las funciones de guarda de los menores de edad que desempeñan los progenitores.

Ante el cumplimiento de determinados postulados fácticos, puede el padre/madre afín asumir la guarda y cuidado del hijo de su pareja, por la condición de tercero cualificado que posee en la familia ensamblada, siempre que esta decisión responda a situaciones que beneficien al menor de edad y con ella se protejan las relaciones familiares socioafectivas que sostienen la tipología familiar en estudio.

Esta función de guardador tiene carácter complementario, encaminada a cooperar de manera directa en la crianza y formación de los hijos de la pareja, y puede también tener carácter de delegación subsidiaria ante la imposibilidad del progenitor guardador de cumplir sus funciones de contenido personal, las que serán asumidas por el padre/madre afín siempre que esta decisión proteja las relaciones socioafectivas familiares y responda al principio del interés superior del niño.

Con basamento en dicho principio, puede el padre/madre afín optar por la concesión de la guarda y cuidado del menor de edad o el derecho de comunicación con este al extinguirse la familia ensamblada.

Estas decisiones se instrumentan en acuerdos de parentalidad que pueden autorizarse en sede notarial o por vía judicial, y se establecen controles de autoridad para garantizar el respeto al interés superior del niño y el cumplimiento de las normas familiares imperativas, de orden público, que a tales efectos se dicten.

Siglas

AP	Audiencia Provincial de España
CC	Código Civil de España
CCC	Código Civil de Cataluña
CC y C	Código Civil y Comercial de la Nación Argentina
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CEDH	Convención Europea de Derecho Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
TSE	Tribunal Supremo de España
TSP	Tribunal Supremo Popular de Cuba
TMP	Tribunal Municipal Popular de Cuba
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

Índice

Introducción	1
Capítulo 1. La familia ensamblada como nueva modalidad familiar	11
1.1. Las transformaciones sociales como base de los cambios de la familia contemporánea	11
1.2. Familia ensamblada. Una mirada teórico-legal y jurisprudencial	19
1.2.1. Hechos que propician la constitución de la familia ensamblada	19
1.2.2. El desempeño de los roles familiares en virtud de la multiparentalidad familiar	21
1.2.3. Perspectivas del padre/madre afín	34
1.2.4. Situaciones conflictuales que trascienden al marco del Derecho	37
1.2.5. Reconocimiento legislativo y jurisprudencial de la familia ensamblada en el Derecho comparado	41
1.3. La familia ensamblada en Cuba	53
1.3.1. Factores que condicionan la existencia de la familia ensamblada cubana	54
1.3.2. Antecedentes legales de la familia ensamblada en Cuba.....	60
1.3.3. Amparo constitucional de esta modalidad familiar.....	62
1.3.4. Reflejos de la familia ensamblada en el ordenamiento cubano	67
1.3.5. Ideas conclusivas	69
Capítulo 2. Guarda y cuidado y régimen de comunicación de los menores de edad en familias ensambladas, a favor de los padres/madres afines. Particular referencia al Derecho cubano	71
2.1. Criterios doctrinales, legales y jurisprudenciales en torno a la determinación de la guarda y cuidado y el régimen de comunicación	71
2.2. Postulados fácticos para la valoración de la concesión de la guarda y cuidado a favor del padre/madre afín	81
2.2.1. Convivencia estable de los miembros de la familia ensamblada	81
2.2.2. Presencia de afectividad trascendente entre los miembros de la familia ensamblada	84
2.2.3. Participación del progenitor no guardador ante la toma de decisiones	88

2.2.4. Asunción de responsabilidades por el padre/madre afín	92
2.2.5. El derecho del menor a ser escuchado.....	94
2.3. Alcance de la guarda y cuidado atribuida al padre/madre afín.....	97
2.3.1. De las atribuciones.....	98
2.3.2. La temporalidad y excepcionalidad	100
2.3.3. El carácter de la concesión de guarda y cuidado	102
2.3.4. La guarda y cuidado compartidos en familia ensamblada	106
2.3.5. Límites en el desempeño de la función del padre/madre afín ante esta concesión.....	108
2.4. El derecho de relación en el marco de la parentalidad afín.....	110
2.4.1. Pautas que facilitan el derecho de comunicación a favor del padre/madre afín.....	111
2.4.1.1. Previa convivencia familiar afectiva.....	112
2.4.1.2. Presencia de hermano nacido en el seno familiar ensamblado	114
2.4.1.3. El interés legítimo como facilitador de un régimen de comunicación en la familia ensamblada	116
2.5. Bases teórico-jurídicas de la guarda y cuidado y la comunicación a favor del padre/madre afín.....	119
2.5.1. El principio de protección de las relaciones familiares socioafectivas en el ensamble cubano.....	120
2.5.2. El interés superior del niño, la niña y el adolescente.....	123
2.6. Acuerdos de parentalidad en la familia ensamblada	128
2.7. Ideas conclusivas	131
Conclusiones	134
Recomendaciones	136
Bibliografía
ANEXOS

Introducción

La Declaración universal de los derechos humanos, en su artículo 16, establece que “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”;¹ en tal sentido, la Constitución cubana, en su artículo 81, estipula el derecho de toda persona a fundar una familia y la protección jurídica de la diversidad familiar, ante la admisión de la pluralidad en su formación y en cualquiera de sus modalidades, es considerada como la célula fundamental de la sociedad, sobre la cual recaen las responsabilidades y funciones esenciales de la formación de las nuevas generaciones. Este desempeño que desde la perspectiva constitucional se reconoce a las familias indica la preocupación estatal por el bienestar y desarrollo de las capacidades de sus miembros.

Desde el punto de vista sociológico, la familia tiene mutaciones a causa del tiempo y del espacio, se transforma a medida que se suscitan cambios en las estructuras económicas, variaciones en los elementos demográficos y sociales relacionados con grandes migraciones hacia las ciudades, avances en la urbanización e industrialización. Por otro lado, la inclusión cada vez más creciente de la mujer desde el punto de vista laboral y también social, con la asunción de importantes roles en el seno familiar, que se alejan de la idea del dominio del *pater familiae*, la regulación del divorcio como causa de disolución del vínculo matrimonial, entre otras causas, han modificado el contexto social en que se desenvuelve la familia de hoy en día.

Ante estas constantes transformaciones en todos los órdenes de la sociedad contemporánea, prima una diversidad de tipologías familiares de las que Cuba no escapa, al tiempo que se registra un incremento del nivel de divorcialidad. Estudios demográficos publicados en el año 2016 demuestran que en el año 2015 se formalizaron un total de 61902 matrimonios² y a su vez, en ese propio año, se

¹ Declaración universal de derechos humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, disponible en http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf, consultada el 12 de septiembre de 2018.

² *Anuario estadístico de Cuba 2015*, edición 2016, publicado por la Oficina Nacional de Estadísticas, consultado en www.one.cu, el 15 de marzo de 2017.

disolvieron 33174,³ de ellos la tasa de divorcio más alta ocurre en matrimonios que han tenido 15 o más años de duración, que ascienden a 10954,⁴ cifra que evidencia la inestabilidad de los vínculos, junto a una mayor autenticidad y autonomía en el amor, cierta fragilidad de las parejas de hoy; así como por el tiempo de duración se presume la existencia de descendencia, ello sin tomar en cuenta la cifra de matrimonios disueltos de hecho, aunque no legalmente, y que a su vez facilita los segundos y terceros matrimonios, los cuales siguen siendo un patrón frecuente en el entorno familiar cubano.

En ese escenario se constituye la familia ensamblada, como una estructura que tiene su origen en la existencia de una familia monoparental, en la separación de los miembros de la unión de hecho o el fallecimiento de uno de ellos o en la extinción del matrimonio por divorcio o por causa de muerte de uno de los cónyuges, ante la posibilidad de reconstituir la familia en segundas uniones, ya sean de carácter consensual o matrimonial, en las cuales uno o ambos de sus progenitores tienen hijos provenientes de un matrimonio o relación previa⁵ y en las que pueden nacer hijos comunes.

Es evidente que por su propia configuración, estas familias tienen una dinámica diferente, con una estructura compleja formada por una multiplicidad de vínculos, adquieren una identidad propia, pero mucho más frágil que la de la familia tradicional, debido a las circunstancias en que se constituyen. Esto conlleva a problemáticas desde diversas aristas, donde existen imprecisiones en el desempeño de los roles de los nuevos miembros de la familia, de ahí la importancia de que el Derecho regule los fundamentales deberes, derechos y obligaciones de sus integrantes.

En las dos últimas décadas se han ampliado considerablemente los estudios en Latinoamérica sobre la tipicidad de la familia ensamblada y el reconocimiento de los vínculos afectivos que surgen en esta. Países como Perú,⁶ Uruguay,⁷

³ *Ibidem.*

⁴ *Idem.*

⁵ Vid. GROSMAN, Cecilia P. e Irene MARTÍNEZ ALCORTA, *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales*, Editorial Universo, Buenos Aires, 2000, p.35.

⁶ Vid. CUZMA CÁCERES, Giselle, *Familias ensambladas*, 1ª edición, Lima, 2013, *passim*; VEGA MERE, Yuri, "La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho", en *Jus Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Grijley, Lima, junio 2008, *passim*.

Colombia,⁸ Brasil,⁹ y en especial Argentina,¹⁰ han profundizado en los estudios sobre esta tipología familiar. Las constantes transformaciones que ocurren en el seno de la sociedad contemporánea inciden favorablemente para el reconocimiento de esta; en ese sentido la República de Argentina es abanderada, pues al promulgar el Código Civil y Comercial¹¹ (en lo adelante CC y C), que entró en vigor el primero de agosto de 2015, reconoce en los artículos del 672 al 676 la figura del progenitor afín (para esta investigadora padre/madre afín) como el cónyuge o conviviente quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente y define los deberes y derechos que existen entre los padres e hijos afines,¹² sin que la postura de estos interfiera en la responsabilidad parental que solo los progenitores ostentan.

En el marco doctrinal cubano, el tema no ha sido tratado en toda su extensión, y una primera aproximación la hace el profesor PÉREZ GALLARDO, quien realizó un análisis estadístico, en el que precisa que existen altas tasas de divorcios en Cuba, de ahí el elevado número de segundas uniones, ya sean legales o de hecho, donde de manera general existen hijos menores, que deben ser educados y formados sobre la base no solo de su familia de origen, sino también de esta segunda familia; por ello considera el autor que “[...]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

⁷ Vid. RAMOS CABANELLAS, Beatriz, “Regulación legal de la denominada familia ensamblada”, en *Revista de Derecho*, no. 1, Universidad Católica del Uruguay, 2006, *passim*.

⁸ Vid. DAZA CORONADO, Sandra Milena, *Derecho de familia. Apuntes sobre la estructura básica de las relaciones jurídico-familiares en Colombia*, 1ª edición, Universidad Católica de Colombia, Bogotá D.C., junio 2015, *passim*; DURAN ACUÑA, Luis David, “Deberes y derechos entre padrastros e hijastros (propuesta normativa)”, *Revista de Derecho Privado*, no. 6, julio-diciembre 2000, *passim*.

⁹ Vid. DE ANDRADE SARAIVA, Camille, Lúcia LEVY y Andrea SEIXAS MAGALHÃES, “O Lugar do padrasto em famílias recompostas”, *Revista Jurídica Pontifícia Universidade Católica*, Barbarói, Santa Cruz do Sul, no. 41, jul/dez 2014, *passim*.

¹⁰ Vid. GROSMAN, Cecilia P. e Irene MARTÍNEZ ALCORTA, *Familias ensambladas...*, *cit.*, *passim*; 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, no. 12, 2014, *passim*; HERRERA, Marisa, “El nuevo Código y las diversas realidades familiares”, febrero 2015, disponible en <http://www.mj-DOC-7087-AR/MJD7087>, y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, *Revista Jurídica La Ley*, no. 190, Buenos Aires, 2014, *passim*.

¹¹ Vid. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, aprobado por la Ley no. 26.944, promulgado según Decreto no. 1795 de 2014.

¹² Vid. artículos del 672 al 676 del CC y C.

devenido en algo puramente cotidiano, del que no hemos escapado nosotros mismos [...]”.¹³

Posee este tema un mínimo acercamiento en el ordenamiento jurídico cubano en el Código de Familia, que si bien no contiene un reconocimiento expreso de las familias ensambladas y menos aún de las relaciones parentales que en ellas se generan, se constata un atisbo del tema en el apartado primero del artículo 33,¹⁴ el cual vislumbra un reconocimiento del legislador sobre la existencia de determinados gastos ocasionados por los hijos comunes o de uno de los cónyuges, pero dirigido este artículo al reconocimiento de las cargas y desembolsos asumidos por la comunidad matrimonial conformada por los cónyuges, argumento que no resulta suficiente para entenderlo como una regulación expresa de relaciones parentales en la familia ensamblada.

Surgen en este tipo familiar relaciones que mezclan los vínculos consanguíneos con los de carácter socioafectivo entre sus miembros, de ahí que sea el objeto de esta investigación, la guarda y cuidado y el régimen de comunicación entre sus integrantes, vista la guarda y cuidado como el conjunto de deberes y derechos paterno-filiales que requieren inmediatez para la protección estable del niño, la niña y el adolescente, imponiéndose la convivencia diaria, que en la mayoría de los hogares cubanos es con una progenitora guardadora y un padre afín, por lo que este último está mucho más identificado con el menor de edad que el progenitor no guardador y puede, en ausencia del guardador, garantizar el contenido personal de la guarda y cuidado, siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio, a tono con la aplicación del principio del interés superior del niño, la niña y el adolescente.

En caso de disolución del vínculo matrimonial o de la separación de la pareja en la nueva familia ensamblada, para el padre/madre afín debe facilitarse la posibilidad legal de establecer un régimen de comunicación con el hijo afín, si así lo requiriese el interés superior del niño.

¹³ Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab-intestato: ¿una ecuación lineal?”, en *Revista de Derecho Privado*, año 95, mes 3, 2011, p. 65.

¹⁴ 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”.

La nueva realidad social demanda que para la consolidación y fortalecimiento de este nuevo modelo de integración familiar se cubran los vacíos legislativos existentes en torno a las relaciones parentales que en el marco de la familia ensamblada se generan, de manera que se legitimen los derechos y deberes entre padres y madres e hijos afines, al mismo tiempo que prevean soluciones para los diversos conflictos que pueden plantearse internamente en el nuevo núcleo familiar durante su vigencia y entre este y los vínculos precedentes, así como aquellas situaciones conflictuales que pudieren surgir a raíz de la ruptura de la pareja y, en consecuencia, de la familia ensamblada, en relación con los vínculos afectivos creados durante su vigencia entre padres e hijos afines.

En el Derecho cubano están presentes las limitaciones apuntadas, se advierte parquedad legislativa, así como un escaso desarrollo doctrinal y judicial del tema. Los argumentos antes referidos son los que han conducido al **problema científico** de esta investigación: **la indefinición doctrinal, legal y jurisprudencial del alcance del régimen de guarda y cuidado y de comunicación de los hijos con los padres y madres afines en la familia ensamblada cubana impide la protección efectiva de los legítimos intereses de los miembros de este nuevo modelo familiar.**

Ante esta situación problémica, defendemos la siguiente idea: **un régimen jurídico que determine la guarda y cuidado y la comunicación de los padres y madres afines con los hijos, miembros de una familia ensamblada, acorde con los nuevos postulados doctrinales y jurisprudenciales, y según el principio del interés superior del niño, la niña y el adolescente facilita la protección de este nuevo modelo familiar.**

Para dar solución al problema planteado se define como **objetivo general** el siguiente: **fundamentar los elementos teórico-jurídicos que sustentan el reconocimiento de la guarda y cuidado y el régimen de comunicación a favor del padre/madre afín en la familia ensamblada cubana.**

Como **objetivos específicos** se señalan los siguientes:

- 1. Sistematizar los antecedentes socio-jurídicos que originan la formación de la familia ensamblada, las construcciones doctrinales referidas a su conceptualización y las situaciones conflictuales que trascienden al marco del Derecho.**

2. Definir la dinámica de las funciones del padre/madre afín en la familia ensamblada cubana en virtud del principio de socioafectividad familiar.

3. Determinar, a partir del estudio del Derecho comparado, los postulados fácticos necesarios para el reconocimiento jurídico del régimen de guarda y cuidado y de comunicación de los hijos con los padres y madres afines en el Derecho cubano, de acuerdo con el principio del interés superior del niño, la niña y el adolescente.

Para la consecución del objetivo general y los objetivos específicos se emplearon los siguientes métodos: el **método histórico-lógico**, que posibilitó la explicación de las transformaciones histórico-sociales ocurridas, pues posibilita fijar el escenario en que han surgido las familias ensambladas, que como fenómeno social debe ser reconocido por el Derecho. También permitió la revisión de términos familiaristas y actualizarlos con una visión contemporánea, tales como guarda y cuidado, régimen de comunicación y patria potestad indelegable.

Por su parte, el **método teórico-jurídico** fue empleado para el análisis crítico de las distintas posiciones doctrinales y legislativas existentes en torno a la conceptualización de la familia ensamblada; la definición de las funciones de la guarda y cuidado y el régimen de comunicación a favor del padre/madre afín, en virtud de la aplicación de la protección de las relaciones familiares socioafectivas y la aplicación del principio del interés superior del niño, la niña y el adolescente.

El **método exegético-analítico** apoyó la interpretación de la normativa foránea vigente sobre la guarda y cuidado y el régimen de comunicación a favor del padre/madre afín y a partir de esta valoración se determinaron posiciones que permitieron formular propuestas de *lege ferenda*.

Desde el análisis del **Derecho comparado**, permitió la posibilidad de establecer puntos de similitudes y diferencias entre las legislaciones y jurisprudencia de España, en su Derecho común y el de sus comunidades autónomas de Aragón, Navarra, Cataluña y Valencia; también de Perú, Colombia, Brasil, Uruguay y Argentina, con la finalidad de determinar las tendencias legislativas y jurisprudenciales sobre el tema y analizar la posibilidad de atemperarlas al Derecho familiar cubano.

Análisis bibliográfico de textos clásicos y modernos, publicaciones seriadas o no en la materia, artículos de revistas, así como publicaciones encontradas en

Internet. La variedad está dada por los diferentes autores de diversos países, lo que posibilita indagar en las principales posiciones en torno al tema y las tendencias actuales que permiten conformar un juicio propio y adecuado en cada uno de los parámetros objeto de análisis, y construir el marco histórico y contextual del proceso de investigación.

Fueron varias las técnicas utilizadas, en primer orden el análisis de documentos. El universo está definido por las sentencias a las que tuvo acceso la autora, que se relacionan con los objetivos de la investigación; la información obtenida es contrastada posteriormente con la resultante del cuestionario que a continuación se describe. También se utilizó el cuestionario a miembros de familias ensambladas tanto en la figura de padre/madre afín como de los progenitores guardadores y los hijos afines, considerándose un muestreo no probabilístico por bola de nieve,¹⁵ la discusión en grupos, también denominada entrevista grupal o grupos focales, ello con una guía semiestructurada, considerando cuatro grupos de operadores del Derecho (jueces, fiscales, abogados y notarios) que aseguran la heterogeneidad entre los mismos, al tiempo que confirman la homogeneidad entre los miembros de cada grupo para garantizar la simetría de las relaciones entre estos, así como la comunicación e interacción entre los referidos miembros. Finalmente, se incluyó la entrevista mixta o semiestructurada a informante clave que comprendió a 9 profesionales que disponen de información pertinente y relevante, los cuales fueron seleccionados de forma intencional, con el objetivo de delimitar la posibilidad de conceder la guarda y cuidado y el régimen de comunicación a favor del padre/madre afín bajo condiciones de temporalidad y excepcionalidad en Cuba, España y Argentina, todo lo cual permitió conocer los criterios personales de cada encuestado, a fin de contrastarlos y debatirlos en conjunto, tal como obra en Anexos 10,11,12 y 13 de esta investigación.

El cuestionario a miembros de familias ensambladas se extendió por dos años e incluyó a 90 padres/afines, 2 madres/afines, 92 progenitores guardadores y 118 hijos que viven en ensamble familiar, residentes en los municipios de Matanzas y Cárdenas, en la provincia Matanzas.

El 5 de junio de 2018 se realizó en el salón de conferencias de la Unidad II de Bufetes Colectivos de Matanzas, la entrevista colectiva o grupo focal con

¹⁵ Vid. Anexos 2, 3, 4 y 5 de la presente investigación.

abogados. El 11 de junio de 2018 se realizó este mismo tipo de actividad con los fiscales, cuya sede fue la Fiscalía Provincial de Matanzas.

El 14 de septiembre de 2018 se realizó en la Sala Civil del Tribunal Provincial Popular de Matanzas la entrevista colectiva o grupo focal con los jueces civiles y de familia, mientras que el 18 de septiembre de 2018 se realizó esta actividad con los notarios públicos en salón de la Dirección Provincial de Justicia.

Posteriormente, se tabuló toda la información recopilada, que se presenta durante el desarrollo del trabajo, específicamente en los Anexos 7, 8 y 9 de la presente investigación.

El muestreo es probabilístico, tipo aleatorio, para el caso de la población que deviene del tipo de familia objeto de estudio; e intencionado, con profesionales del Derecho (notarios, abogados, jueces y fiscales), con el fin de evaluar el nivel de conformidad con los procedimientos jurídicos que se emplean en la actualidad.

La **relevancia y utilidad del tema** seleccionado dimanar de la propia problemática que enmarca la investigación, dirigida a constatar la preponderancia que tiene la familia ensamblada como modelo familiar en la realidad cubana actual, de ahí la necesidad de fundamentar la determinación de un régimen legal que regule los efectos jurídicos que de ella provienen, en especial la guarda y cuidado y el régimen de comunicación de los padres y madres afines con los hijos, conforme con el principio del interés superior del niño, la niña y el adolescente.

La **actualidad del tema** deviene de la proliferación de la familia ensamblada como modalidad familiar de la contemporaneidad, donde su rasgo esencial es la existencia de niños/niñas nacidos de matrimonio o unión de hecho anterior de sus progenitores, y con los que sus padres afines establecen vínculos afectivos que entrañan también deberes, derechos y responsabilidades que precisan de un reconocimiento legal, esencialmente en cuanto a la guarda y cuidado; así como la comunicación entre padres y madres afines con sus hijos al ocurrir la disolución de la familia ensamblada.

La **novedad científica** que se devela está determinada por la sistematización de los presupuestos teóricos necesarios para el reconocimiento jurídico del régimen de guarda y cuidado y de comunicación de los hijos con los padres y madres afines en el Derecho cubano. Las aproximaciones anteriores al tema en el

contexto científico patrio se enfocan en lo fundamental hacia la revelación de la familia ensamblada, su caracterización y efectos jurídicos, de manera general, sin precisar en cuanto a las figuras jurídicas que son objeto de estudio en la presente investigación.

Su **valor teórico** primordial estriba en la determinación de los postulados fácticos que se precisan para el reconocimiento jurídico del régimen de guarda y cuidado y de comunicación de los hijos con los padres y madres afines en el Derecho cubano.

El tema se **inserta** en una de las **líneas de investigación priorizadas** del departamento de Derecho Civil y de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, como centro en el que se desarrolla, relativa a las reformas del Derecho familiar, como quiera que el objeto de estudio de la investigación precisa de una actualidad legal inmediata. Asimismo, el sistema político cubano tiene entre sus pilares fundamentales la protección de los intereses de los niños y adolescentes y facilitar la salvaguarda de estos es el motivo esencial de esta investigación.

La **implementación práctica** de la propuesta que contiene este informe supone un cambio en las concepciones que en la actualidad rigen en los ámbitos judicial, notarial y docente sobre el tratamiento de las relaciones entre padres y madres afines con sus hijos dentro de la familia ensamblada. Por tratarse de una investigación desarrollada en los terrenos de la teoría jurídica, de la regulación positiva de la figura que la centra y de su implementación práctica, donde se emplean recursos fundamentalmente intelectuales, resulta viable la ejecución de sus resultados.

Estructura

El **Capítulo 1** está destinado a reflexionar sobre el origen de la familia ensamblada en la época contemporánea, su definición, los miembros que la componen y el rol que cada uno desempeña dentro de ella, su supremacía en la sociedad cubana actual y la necesidad de su regulación jurídica para la protección de los intereses de sus miembros, en especial de los menores de edad que conviven en ella, analizando entrelazadamente las diferentes posturas que desde el Derecho comparado se asumen en este orden, así como la caracterización de

los roles que desarrolla el padre/madre afín dentro de la modalidad familiar, en virtud de los vínculos socioafectivos como base de la modalidad familiar.

El **Capítulo 2** está dedicado al estudio de la guarda y cuidado como la función más dinámica de la patria potestad, su contenido y alcance y los postulados indispensables para el otorgamiento de esta a favor del padre o madre afín, así como el régimen de comunicación que se deriva de las relaciones que nacen en este tipo de familia ante las disímiles situaciones convivenciales, a tono con el principio de protección de las relaciones familiares socioafectivas y el principio del interés superior del niño, en virtud del tratamiento que desde el Derecho comparado tiene el asunto.

Resultados obtenidos:

- a) La aportación, sobre la base de la realidad cubana, de las herramientas doctrinales que contribuyan al reconocimiento jurídico de la familia ensamblada como nuevo modelo familiar, en concreto en lo que atañe al régimen de guarda y cuidado y de comunicación de los hijos con los padres y madres afines.
- b) Una propuesta, a manera de *lege ferenda*, de las bases para la futura regulación en el Código de las Familias del régimen jurídico de la familia ensamblada, especialmente en cuanto a la guarda y cuidado y el régimen de comunicación de los hijos con los padres y madres afines.

Capítulo 1. La familia ensamblada como nueva modalidad familiar

Preliminares

En el presente capítulo se realiza una panorámica sobre las transformaciones sociales que han incidido en los cambios de la familia contemporánea, en primer orden los hechos que propician la constitución de la familia ensamblada, el desempeño de los roles familiares en virtud del fenómeno de la multiparentalidad, las perspectivas del progenitor afín, las distintas aristas que trascienden al Derecho y el reconocimiento normativo y jurisprudencial alcanzado por dicha institución.

En la segunda parte del capítulo se presentan los distintos factores que facilitan el surgimiento de la familia ensamblada en Cuba, sus antecedentes legislativos, los reflejos de esta en la legislación vigente y su protección constitucional actual.

Todo ello nos facilita contribuir al logro del objetivo general de este trabajo, así como de los dos primeros objetivos específicos.

1.1. Las transformaciones sociales como base de los cambios de la familia contemporánea

Es la familia la única institución social que se manifiesta en todas las civilizaciones, se reconoce como la unidad básica de cualquier sociedad que se encuentra sujeta a un proceso de profundos cambios en las distintas aristas de la vida cotidiana. Según PARRA BOLÍVAR, 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, unas reglas, costumbres y creencias básicas en distintos aspectos de la vida.¹⁶

CORRAL TALCIANI advierte que “[...] la familia ya no puede ser una institución, de orden público, indisponible para las partes, con una identidad objetiva [...] debe pasar de un término elástico y amplio, capaz de recubrir una enorme gama de asociación o relaciones de carácter afectivo-sexual. Se habla así de que ya no

¹⁶ Vid. PARRA BOLÍVAR, Hesley A., *Relaciones que dan origen a la familia*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, 2005, p. 3.

existe un modelo único de familia, sino un sistema plural de formas diversas de familias, todas igualmente valorables”.¹⁷

No caben dudas de 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 y su adaptación a cada contexto histórico concreto.

Constituye además una categoría psicológica, un sistema de relaciones cualitativamente diferente a la simple suma de sus miembros; un grupo con disímiles características delimitadas por variables estructurales como: número de miembros, vínculos generacionales, número de hijos o tamaño de la prole, edad, sexo y variables socio-psicológicas (normas, valores, ideología, hábitos de vida, comunicación, roles, límites, espacios).¹⁸

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. 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.¹⁹

Para la psicóloga y profesora universitaria ARÉS MUZIO, la familia constituye esa unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común, que se quiere duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, donde existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia.²⁰

Debemos partir de una realidad inequívoca: el tratamiento de la familia rebasa el ámbito puramente jurídico para alojarse con razonamientos y consideraciones en otras disciplinas que vienen a sustentarla, esto incluye su salida del ámbito puramente privado al fundamentarse además en normas de carácter público.

Estas definiciones de familia nos brindan una panorámica de cómo es apreciada esta desde diferentes ángulos. Desde la perspectiva jurídica la define la profesora

¹⁷ Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, “La familia en los 150 años del Código Civil Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 32, no. 3, 2005, p. 433.

¹⁸ Vid. ARÉS MUZIO, Patricia, *Psicología de la familia. Una aproximación a su estudio*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p. 16.

¹⁹ Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “Las nuevas realidades familiares ...”, *cit.*, p. 34.

²⁰ Vid. ARÉS MUZIO, P., *Psicología...*, *cit.*, p.22.

MESA CASTILLO como: “un grupo de personas entre las que median relaciones económicas y sociales surgidas de una unión sexual duradera y del parentesco, en el seno del cual se da satisfacción a la propagación, desarrollo y conservación de la especie humana; se mantienen y educan los hijos sobre la base de una comprensión y colaboración mutua y se comparte la vida y los intereses comunes de toda la sociedad”.²¹

En línea con este argumento, considera la autora que la familia es un fenómeno que muta según el espacio y el tiempo; se encuentra en constante transformación debido esencialmente a factores de índole económica, política y social; por tanto, en ella se enraízan las normas de educación y formación de sus miembros, pues atiende a las necesidades de estos, se forma desde la constitución de la pareja hasta la procreación de los hijos, momento en que se crea una compleja red de relaciones e intercambios mutuos.

Para GIL DOMÍNGUEZ “la familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos”;²² de manera similar VARSÍ ROSPIGLIOSI manifiesta que “la familia es el conjunto de individuos que comparten una vida bajo la misma escala de valores en la cual el afecto es su principal razón de integración”;²³ mientras que VALDIVIA SÁNCHEZ considera que la familia ha evolucionado, por lo que estamos en presencia del surgimiento de nuevos tipos de familias, que rompen con los esquemas tradicionales acostumbrados, como resultado del cambio social y de las transformaciones que, indudablemente, terminan por modificar toda la vida social que hasta el momento se tenía estructurada.²⁴

Al decir de la profesora HERRERA, tradicional e históricamente el concepto y las finalidades de la familia como institución social han tenido que ver con la satisfacción de la procreación y conservación de la especie, el fin espiritual

²¹ Vid. MESA CASTILLO, Olga, *Derecho de familia*, módulo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p.10.

²² Vid. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El concepto constitucional de familia”, en *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, no.15, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 38 y 39.

²³ Vid. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “Derecho de las familias. La nueva teoría institucional, jurídica y principista de la familia”, proyecto de investigación inédito, auspiciado por el Instituto de investigación científica de la Universidad de Lima, Lima, 2009, p. 5.

²⁴ Vid. VALDIVIA SÁNCHEZ, Carmen, “La familia: concepto, cambios y nuevos modelos”, en *La Revue du Redif*, Universidad de Deusto, volumen 1, 2008, pp.15-22, disponible en www.redif.org, consultado el 15 de febrero de 2015.

tendiente a crear lazos de afecto y solidaridad entre sus miembros y la finalidad económica relativa a la necesidad de sustento, alimentación y vivienda de sus integrantes; estos objetivos básicos han mutado en el transcurso del tiempo, como también se ha modificado el propio concepto jurídico de familia.²⁵ En esa misma línea de razonamiento, DÍAZ considera que la familia, a pesar de lo que muchos dicen, no está en decadencia. Al contrario, es el resultado de las transformaciones sociales. Hay una repersonalización de las relaciones familiares en la búsqueda de atender los intereses más valiosos de las personas humanas: afecto, solidaridad, lealtad, confianza, respeto y amor. El Estado, inclusive, en sus funciones legislativas y jurisdiccionales está impuesto del deber jurídico constitucional de implementar medidas necesarias e indispensables para la constitución y desenvolvimiento de las familias.²⁶

Con una mirada desde la sociología, las transformaciones sociales han sido exponenciales; vale destacar el aumento de la expectativa de vida y, unido a ello, la posibilidad de experimentar distintos modos de vivir en familia a lo largo de toda la vida, lo cual permite hablar de diversas “trayectorias familiares”;²⁷ el retraso en la conformación de una pareja, así como también en lo que respecta a la planificación familiar, debido al avance en las concepciones acerca de los derechos sexuales y reproductivos y la inserción de la mujer en el mercado laboral; el desarrollo de la biotecnología y, en especial, de las técnicas de reproducción humana asistida; la lucha por los derechos de ciertos grupos o actores sociales históricamente silenciados como las mujeres, los niños, los adultos mayores, las personas con discapacidad o el grupo heterogéneo que se nuclea bajo las siglas LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transgénero, transexuales e intersexuales). Estas y otras transformaciones sociales han motivado profundos cambios en el ordenamiento jurídico en general y, con mayor fuerza, en lo relativo a las relaciones de familia.

La conceptualización de la familia con una perspectiva de género y el análisis crítico de la distinción entre el mundo privado y el ámbito público han generado

²⁵ Vid. HERRERA, Marisa, *Manual del Derecho de las familias*, 1ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 11.

²⁶ Vid. DÍAS, María Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 9ª edición revisada, actualizada y ampliada, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, pp. 33 y 34.

²⁷ Vid. ELIN, Elizabeth, *Pan y afectos. La transformación de la familia*, 2ª edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010, pp. 23 y 24.

gamas de investigaciones que cuestionan la supuesta perfección de la familia nuclear. Ambos desarrollos –no solo convergentes, sino a menudo integrados– permiten avanzar en cuanto al análisis de las irregularidades y disyuntivas que la institución familiar o, mejor dicho, la multiplicidad de modalidades de organización familiar enfrenta en la actualidad.

Con la aparición de nuevos sistemas familiares, se modifica la estructura tradicional, aparecen nuevas formas de control social y emergen valores que sustituyen los roles y estereotipos familiares que no se adaptan al entorno social cambiante; surgen sujetos que se ubican al lado de los familiares que habitualmente se han ocupado del menor, lo que obliga a una redefinición de la figura de estos y su incidencia en la responsabilidad parental.²⁸

En la actualidad, la igualdad de los cónyuges en lo personal, patrimonial y en la relación con los hijos genera una tendencia a la satisfacción de los intereses propios, de ahí que con mayor fragilidad se rompe la familia nuclear mediante el divorcio o separación. Por ello, son más frecuentes las familias desligadas que aquellas que se solían encontrar hasta hace poco tiempo atrás, sobre todo cuando la desunión de los progenitores obliga a una reorganización.

La unión consensual o unión de hecho constituye la modalidad más frecuente de formación familiar, por lo que logra reconocimiento legal en distintas legislaciones.²⁹ Si bien ha permeado en toda la sociedad, persisten importantes

²⁸ Todo ello ha conllevado a pronunciamientos de carácter internacional en función esencialmente de proteger a los menores, por tal motivo, el 15 de mayo del año 2003, en el Consejo de Europa fue aprobado el Convenio Europeo sobre relaciones personales concernientes a los niños, el que entró en vigor el día 1 de septiembre del año 2005 y prevé las relaciones personales de los niños con personas que considera sus familiares, más allá de sus padres. Con similar seguimiento se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión Consultiva 17 del año 2002, en sus párrafos 69 y 70, cuando en el primero dispone que: “el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se refirió a la titularidad de los derechos consagrados por los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es importante considerar el alcance que tiene el concepto de familia para radicar los deberes y facultades a los que hacemos referencia. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio y que la Corte Interamericana ha abordado el punto desde la perspectiva de los familiares de la víctima de violación de derechos. A este respecto, el Tribunal estima que el término familiares debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr.](https://www.corteidh.or.cr), consultado el 15 de diciembre de 2016.

²⁹ Disímiles son los cuerpos legales que incorporan a sus regulaciones el estatuto jurídico de las uniones de hecho; aunque cada uno de ellos le preste autonomía a la calificación de las mismas, referenciamos algunos, tales como el Código Civil de Guatemala, que lo regula en los artículos del 173 al 189; los artículos del 53 al 59 del Código de Familia de Panamá lo conceptualizan como matrimonio de hecho y muestran sus requisitos. En el caso de la República de Nicaragua, la Ley no. 870, Código de Familia, recoge lo relativo a la unión de hecho en los artículos del 83 al 92; lo

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

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

De la amplísima diversidad de estructuras familiares actuales reconocidas por la doctrina,³⁰ se hará referencia a las más comunes, en primer orden la familia monoparental, pues al decir de FERNÁNDEZ CORDÓN y TOBÍO SOLER, una parte importante de la población experimenta a lo largo de su vida situaciones de monoparentalidad como hijo o como progenitor, pero generalmente representan una fase de trayectorias en las que el individuo se integra en diferentes tipos de familia.³¹

Se denomina familia monoparental a la formada por una persona que vive con uno o más hijos a su exclusivo cargo. O sea, es aquella en la que una persona sola (que para algunos puede ser el progenitor, el adoptante, el guardador e incluso el tutor) es responsable de personas menores de edad, o con capacidad restringida,³² de ahí que pueda tener carácter originario³³ o derivado.³⁴

mismo ocurre con el Código Civil de Paraguay en su Capítulo X, artículos del 217 al 224; y en el Código Civil y Comercial de Argentina se incorporan las uniones convivenciales en los artículos del 509 al 512.

³⁰ Vid. CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo, *La familia ensamblada en el Perú. Superando el vacío legal*, 1ª edición, Editorial Adrus D&L Editores, 2014, *passim*; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, María Victoria FAMÁ, Marisa HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, *passim*; LLOVERAS, Nora, Marcelo SALOMÓN, *El Derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009, *passim*; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (directora), Marisa HERRERA (coordinadora), *La familia en el nuevo Derecho*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, *passim*. También GARCÍA LÓPEZ, María Cristina publicó en el sitio http://es.slideshare.net/upload?from_source=logg edin_newsfeed sobre los distintos modelos familiares y sus incidencias en el desarrollo de la humanidad.

³¹ Vid. FERNÁNDEZ CORDÓN, Juan A. y Constanza TOBÍO SOLER, "La familia monoparental en España", *Reis*, no. 83, julio-septiembre, 1998, p. 53.

³² Vid. VELA SÁNCHEZ, Antonio, *Las familias monoparentales. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Editorial Comares, Granada, 2005, p. XVI, p. 56.

Otra modalidad de extrema actualidad es la familia homoparental, que, tal y como lo enuncia ARQUEROS, ha sufrido una discriminación arbitraria, en tanto se niega el derecho a que estas personas, por su condición sexual, puedan vivir sus sentimientos y su vida en pareja en las mismas condiciones que lo hacen los heterosexuales, motivo por el cual serían considerados, por dicha condición, ciudadanos de segunda categoría. De este modo, lo que habría que aceptar es que independientemente de la llamada orientación sexual o identidad de género, todos los seres humanos –homosexuales, bisexuales y heterosexuales– son iguales en dignidad y derechos ante la totalidad de circunstancias e instituciones que reconoce nuestro ordenamiento. En consecuencia, negar a una persona la posibilidad de casarse con otra del mismo sexo sería negar el principio de igualdad ante la ley.³⁵

La familia homoparental se hace visible y está presente como la formación familiar que es, que arremete contra los prejuicios sociales y levanta la bandera de valores frente a la diversidad, en donde la discriminación no encuentre lugar posible.³⁶

Al seguir la línea de la diversidad familiar, es dable encontrarse ante la familia ensamblada, que es la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa,³⁷ y en la que pueden nacer hijos comunes.

³³ Se considera de carácter originario la familia monoparental que surge cuando una persona asume sola la adopción de un menor, o cuando una mujer decide por sí sola, en virtud de las técnicas de reproducción humana, someterse a la fertilización con material genético de un tercero.

³⁴ Asume el carácter de derivada la familia monoparental que surge cuando queda un adulto, ya sea por el rompimiento del matrimonio o la unión de hecho o al ocurrir el fallecimiento de uno de los progenitores.

³⁵ Vid. ARQUEROS, Claudio, “Nociones fundamentales para el debate sobre uniones civiles homosexuales”, en *Parejas homosexuales ¿Unión civil o matrimonial?*, 1ª edición, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, p. 11.

³⁶ La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-071 de 18 de febrero de 2015, dejó sentado el precedente de reconocer que las parejas del mismo sexo que asumen compromisos de afecto, solidaridad y respeto también conforman una familia, todo ello tiene como punto de partida la nueva conceptualización de la noción de familia. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultado el 23 de febrero de 2016.

³⁷ Vid. GROSMAN, Cecilia P. e Irene MARTÍNEZ ALCORTA, *Familias ensambladas...*, cit., p. 35; GROSMAN, Cecilia P. y Silvia MESTERMAN, “Organización y estructura de la familia ensamblada. Sus aspectos psicosociales y el ordenamiento legal. Derecho de familia”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, no. 2, 1989, p. 29. Coincide también con esta conceptualización la profesora KEMELMAJER DE CARLUCCI cuando define la familia ensamblada como la que se constituye después de una separación, divorcio o viudez, cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior. Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las nuevas

Alega la profesora CUZMA CÁCERES que esta modalidad familiar se ha extendido como un fenómeno social, principalmente por la necesidad natural de compartir la vida con otra persona y de interrelación luego de concluirse una convivencia o matrimonio insostenible; es así que la mujer u hombre divorciado desean darse una segunda oportunidad, formando su nuevo hogar (sea este por segundas nupcias o convivencia), asumiendo la responsabilidad de criar y educar a los hijos que uno de ellos o ambos pueda traer de un anterior compromiso afectivo, conjuntamente con los hijos que ambos puedan procrear.³⁸

La razón primigenia que históricamente ha propiciado las segundas uniones, ya sean legalizadas o de hecho, es precisamente el fallecimiento de un miembro de la pareja,³⁹ razón que obliga a la autora a salvar la omisión que padece la conceptualización antes enunciada.

Esta organización familiar posee una estructura y una dinámica propia, diferente a la familia nuclear, que merece un tratamiento legal diferenciado debido a que nacen de una pérdida, que tiene como causa el divorcio o la muerte y en las últimas décadas ha cobrado una proliferación que merece un tratamiento específico. En línea con ROCA TRÍAS, en una sociedad de altas tasas de divorcio es un fenómeno no ya creciente, sino consolidado. En Francia, en el año 1999, se había constatado que 1.6 millones de niños vivían en familias reconstituidas; en Estados Unidos, uno de cada 3 niños vivirá en esta situación en los próximos años y ya en el año 2000 el *Census Bureau* americano estimaba que existían 4.4 millones de “*stepchildren*”–hijos en familias de estas características–, de los cuales 3.3 millones eran menores de 8 años. En Canadá, en 2006, el porcentaje de familias recompuestas entre las biparentales era del 14.2 %; en España, en 2010 se contrajeron 167.247 matrimonios, de los cuales, en un total de 44.340,

realidades...”, *cit.*, p. 12. Para CASTRO RIVADENEIRA, deviene acertada la denominación “familia ensamblada”, entendiéndola por tal a la “forma familiar” compuesta por dos personas que se unen en una relación de pareja, los hijos –nacidos o concebidos– de cada una de ellas y los que eventualmente provinieran de ese nuevo vínculo. *Vid.* CASTRO RIVADENEIRA, Juan Carlos, “Los daños: alcances y limitaciones en las relaciones de las familias ensambladas, reconstruidas o familiastras”, *Libro de Especialización en Derecho de familia*, Fondo editorial del poder judicial, Lima, 2012, p. 101.

³⁸ *Vid.* CUZMA CÁCERES, Gissele, *Familias...*, *cit.*, p. 37.

³⁹ Al decir de GRIECO MATTHEWS, pocas parejas alcanzaban la vejez en común y madres o padres jóvenes que quedaban viudos con un enjambre de niños pequeños solían estar dispuestos a casarse nuevamente y lo antes posible. *Vid.* GRIECO MATTHEWS, Sara F., “El cuerpo, apariencia y sexualidad”, en Duby-Perrot (director), *Historia de las mujeres. Del Renacimiento a la Edad Moderna: Los trabajos y los días*, Editorial Taurus, Madrid, 1993, p. 67.

uno de los contrayentes estaba divorciado, esto es, casi uno de cada 3 matrimonios—aunque no consta si tienen hijos o no.⁴⁰

1.2. Familia ensamblada. Una mirada teórico-legal y jurisprudencial

Para adentrarse en las interioridades de la familia ensamblada es preciso hacer referencia a las circunstancias que motivan el origen de esta, con un análisis de los roles familiares de sus miembros —en especial la postura del padre o madre afín—, las situaciones conflictuales que en ella se suscitan y el reconocimiento legislativo y jurisprudencial que desde el Derecho comparado se le brinda como una formación familiar de las más comunes de nuestros tiempos.

1.2.1. Hechos que propician la constitución de la familia ensamblada

La existencia de una familia monoparental, la separación en las uniones consensuales, el divorcio en las uniones formalizadas y la muerte, como hecho natural, son circunstancias que cambian el rumbo de una familia y al mismo tiempo constituyen la base sobre la que se erige la nueva estructura familiar que se apellida ensamblada o reconstituida.

El nacimiento de los segundos o ulteriores matrimonios en el pasado tenía como origen la muerte de uno de los cónyuges, ello evidencia que desde tiempos remotos las segundas nupcias han sido concebidas como la solución viable de los conflictos familiares que se generan con la muerte de uno de los cónyuges.

Al decir del profesor FULCHIRON, durante siglos, la presencia de un padre/madre afín fue considerada como el resultado desafortunado, pero inevitable, de la viudez precoz: había que reemplazar, y a veces muy apuradamente, al esposo o la esposa, fallecido(a), por un sustituto capaz de cumplir las tareas específicas del difunto. Se estima que en el siglo XVIII, más de un cuarto de los matrimonios eran segundas nupcias.⁴¹

La familia monoparental es un escenario certero para la configuración de una familia ensamblada, en tanto solo conviven en ella un adulto con su

⁴⁰ Vid. ROCA TRÍAS, Encarna, *Libertad y familia. Discurso leído el 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número (Real Academia de Jurisprudencia y Legislación)*, Editorial tirant lo blanch, Madrid, 2012, p. 118. Sin embargo, el censo que se realizó en Estados Unidos en el año 2000 señaló más de 33 000 menores de 18 años conviviendo en familias ensambladas. Vid. LAUFER-UKELES, Pamela y Argelet BLACER-PRIGAT, “Between function and form: towards a differentiated model of functional parenthood”, *George Mason Law Review*, 2013, p. 419.

⁴¹ Vid. FULCHIRON, Hugues, “¿Un estatuto para el progenitor afín?”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, no. 1, Año VIII, febrero 2016, p. 37.

descendencia, sea esta menor o mayor de edad, y ello facilita la reconstitución familiar, que en criterio de la autora resulta factible para que el padre/madre afín logre un acercamiento fructífero al hijo de su pareja.

Otra de las causas que propician el surgimiento de la tipología familiar en estudio es el divorcio o separación de los cónyuges o los unidos de hecho, donde por regla general cesa la convivencia de los padres y esta decisión obliga a modificaciones en cuanto al régimen de vida que hasta ese momento ha tenido la familia.

La ruptura de las uniones o el fallecimiento de uno de los miembros de una pareja generan cambios y pérdidas en el ámbito personal, familiar, social y económico, traducidos inicialmente en una etapa de duelo, visto como el proceso que sucede ante la pérdida de un miembro de la familia, donde los mayores afectados son los menores de edad que pertenecen a esta y que requieren de una superación total para lograr el éxito del ensamble posterior.

Ante estos eventos, son frecuentes los trastornos en la psicología de los hijos menores, pues el sufrimiento que aprecian en los adultos les lleva a inhibirse y no expresar sus emociones o necesidades. En ocasiones, hasta surgen sentimientos de culpabilidad ante la ruptura de la relación de sus padres, adaptándose muchas veces a permanecer en silencio para no aumentar la tensión y el estrés latente, todo lo cual desencadena en sentimientos de inseguridad y desestabilización emocional. De ello se impone la negociación entre los miembros de la familia, visto esto como la necesidad de encontrar intereses y puntos comunes para posibilitar el equilibrio de los miembros de la nueva familia, siempre y cuando exista seguridad de los sentimientos y actitudes que tengan para lograr el éxito del ensamble familiar.⁴²

Las circunstancias antes narradas requieren del decurso de un término prudencial de tiempo para que se restablezca un ambiente familiar seguro, donde se recupere la confianza y estabilidad emocional de sus miembros, y bajo ese entorno se crean condiciones que facilitan la reconstitución familiar.

⁴² *Apud.* GOLDBERG, Beatriz, *Tuyos, míos, nuestros. Cómo rearmar y disfrutar la familia después del divorcio*, Editorial Grijalbo, Buenos Aires, 2000, p. 29.

Es consideración de la autora que la definición más completa de la familia ensamblada es la expuesta por las profesoras argentinas GROSMAN y MARTÍNEZ ALCORTA, tal y como ya se ha anunciado.⁴³

En este contexto surge la modalidad familiar en estudio, conformada por el progenitor/a con sus descendientes, sean mayores o menores de edad, y la nueva pareja, sin que existan parámetros que aseguren el éxito de ella, lo que estará solo en dependencia de la madurez y el interés que cada uno de sus miembros adultos le confiera a la nueva relación, en virtud de la contribución que el Estado le confiera a la crianza de los hijos, en tanto esta le corresponde en primer lugar a la familia, y a través de las políticas estatales debe dar respuestas legales para que comprometan a la nueva pareja en el cuidado de niños nacidos de una relación anterior, dada su incidencia en la formación de los niños, no solo económicamente, sino en el sustento emocional y afectivo.

1.2.2. El desempeño de los roles familiares en virtud de la multiparentalidad familiar

Por parentalidad se entiende el proceso visto como un conjunto de relaciones que parten de la procreación y la crianza; todo lo que ello conlleva se construye a lo largo del tiempo y se convierte en el componente generador del parentesco, este visibiliza las disonancias, contradicciones y vacíos que genera la tensión entre lo biológico y lo social, como resultado de los plurales modos de “vivir en familia” que practican los sujetos.

La parentalidad comprende elementos de la maternidad y la paternidad que van más allá de la condición de madre o padre biológico, sobre todo en el hecho de ejercer funciones parentales, tales como cuidados físicos, alimentación, muestras de dedicación y afecto, que en un sentido amplio pueden ser ejercidos simultánea

⁴³ Vid. GROSMAN, Cecilia P.e Irene MARTÍNEZ ALCORTA, *Familias ensambladas...*, cit., p. 35. VEGA MERE acoge también dicha conceptualización. Vid. VEGA MERE, Yuri, “La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho”, en *Gaceta del Tribunal Constitucional*, no. 10, Lima, abril-junio 2008, p. 3. De idéntica manera se ratifica esta definición en Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú dictada en el expediente no. 02478-2008-PA/TC, en fecha 11 de mayo de 2009, cuando en el análisis del fondo de la controversia en su cuarto argumento señala que la Constitución reconoce un concepto amplio de familia y asume la existencia de la familia ensamblada como la estructura familiar originada que se conforma a partir de la viudez o el divorcio, de ahí surge un matrimonio o unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/pdf>, consultada el 26 de febrero de 2016.

o sucesivamente por varias personas que tienen, o no, vinculación biológica con los menores de edad.

En consecuencia, son los procesos parentales los que fundan relaciones de parentesco. En esta construcción no se debe dejar de lado el hecho de que la parentalidad está atravesada por relaciones de apego, resultantes de procesos evolutivos y psíquico-afectivos que atañen a los vínculos parentales expresados socioculturalmente, y que en el desarrollo de estos procesos convergen dos polos en los que pueden situarse más personas que los progenitores: otros adultos que ejercen roles parentales, así como más de un/a niño/a en el otro extremo.⁴⁴

En esa medida surge la coparentalidad, que se encamina a mantener vínculos con ambos progenitores tanto durante como tras la ruptura de la unión entre los adultos; ello tiene su explicación en que hombre y mujer comparten progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro.⁴⁵

La desbiologización abre el camino a la parentalidad socioafectiva, fundada en lazos afectivos, haya o no vínculo biológico; implica el ser tratado afectivamente como hijo, incluso en lo que refiere a las obligaciones frente a la sociedad. La afectividad, que no debe ser confundida con el amor, comienza no solo a cumplir un papel relevante en la perspectiva jurídica de la composición familiar, sino que puede fundar una relación de parentesco,⁴⁶ mientras que la parentalidad va más

⁴⁴ En virtud de esta línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional de Colombia dictó la Sentencia 280/2018, de fecha 20 de febrero, donde considera que el caso relativo a una reclamación de paternidad se resolvió violentando cuestiones de índole procesal, de ahí que no entró a conocer sobre el fondo del asunto, no obstante, entre sus razonamientos expone que: “[...] para tales fines, se tendrá en cuenta la calidad de los vínculos fraternos construidos entre el infante y quien se predicaba su progenitor, los cuales no pueden verse interrumpidos en perjuicio de aquel. Recuérdese que según el mandato constitucional (artículo 4 de la Constitución Política), son derechos fundamentales de los menores la salud, el cuidado y el amor, los cuales no están atados a una condición biológica, sino un vínculo social y afectivo que debe ser objeto de protección”. En concepto de Salvamento de Voto realizado por el magistrado Ariel Salazar Ramírez, contra la decisión contenida en la Sentencia anterior, señala “[...] la paternidad puede trascender el plano de la relación biológica y por eso en algunos casos debe prevalecer la afectividad como generador del vínculo filial, permitiendo al hijo conservar su estado civil a pesar de la inexistencia de parentesco consanguíneo con quien pasaba como su padre”. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co>, consultado el 15 de julio de 2019.

⁴⁵ Vid. HERRERA Marisa y Fabiola LATHROP, “Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva latinoamericana”, en *Revista de Derecho Privado*, no. 32, enero-junio 2017, p.25.

⁴⁶ Vid. MONTAGNA, P., “Parentalidad socio-afectiva y las familias actuales”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, no. 77, 2016, p. 225. El Supremo Tribunal de Brasil, en varias resoluciones judiciales ha dejado sentado el reconocimiento de la filiación socioafectiva como vía para solucionar conflictos que versan sobre los intereses de los menores. Vid. Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de Brasil, de 3 de noviembre de 2014, que dispone: “[...] lo que está en discusión y depende de su demostración es si hubo o no un establecimiento de filiación

allá de la propia crianza y abarca, además, los roles vinculados a la crianza, los grupos e individuos que intervienen, así como las normas y pautas que la rigen y los sentimientos que generan; al decir de ROIGÉ, siguiendo el significado restrictivo de parentesco, se está en presencia del estatus de padres con obligaciones legales reconocidas por esta condición, mientras que la parentalidad se refiere al desempeño de cuidados, formación y educación de los niños con quienes se sostienen vínculos de afinidad, donde es primordial una convivencia estable, extremo este que precisa de regulación para establecer los derechos, los deberes y las obligaciones de los que conviven en la formación familiar reconstituida.⁴⁷

Ante este escenario, surge la multiparentalidad familiar, reconocida como un parentesco constituido por padres múltiples, es decir, cuando un hijo establece una relación de paternidad/maternidad con más de un padre y/o más de una madre⁴⁸ y que tiene como basamento la socioafectividad como elemento

socioafectiva entre la demandante y la apuntada madre socioafectiva debiendo indagarse en la voluntad clara e inequívoca de la presunta madre socioafectiva, al derrochar expresiones de afecto y ser reconocida voluntariamente como madre de la autora, además de la posesión de estado de hijo que naturalmente debe presentarse de forma sólida y duradera"; Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de Brasil de 15 de octubre de 2013, que dispone: “[...] *la prevalencia de la paternidad/maternidad socioafectiva frente a la biológica tiene como principal fundamento el interés del propio menor, o sea, procura garantizar los derechos a los hijos ante las pretensiones negatorias de paternidad, cuando es inequívoco el conocimiento de la verdad biológica por los padres que así lo declararon en el registro de nacimiento, y la existencia de una relación de afecto, cuidado, asistencia moral, patrimonial y respeto, construida a lo largo de los años*”. Disponibles las resoluciones judiciales en <http://portal.stj.jus.br>, consultado el 26 de febrero de 2016.

⁴⁷ Vid. ROIGÉ, Xavier, “Las familias reconstituidas. Recomposición familiar tras el divorcio”, en *Familias de ayer, familias de hoy. Continuidades y cambio en Cataluña*, en Xavier Roigé (coordinador), Icaria-Institut Català d'Antropologia, Barcelona, 2006, p. 479.

⁴⁸ Vid. VALDÉS, María y Anna PIELLA VILA, “La parentalidad desde el parentesco. Un concepto antropológico e interdisciplinar”, en *Quaderns-e, Institut Català d'Antropologia*, no. 21(2), 2016, p. 12; en similar sentido de razonamiento, DA CUNHA PEREIRA reconoce la multiparentalidad como un parentesco constituido por padres múltiples, es decir, cuando un hijo establece una relación de paternidad/maternidad con más de un padre y/o más de una madre. Vid. DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo, *Dicionário de Direito de Família e Sucessões* ilustrado, 100 anos saraiva, São Paulo, 2015, p. 470. En sentencia del Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro, de fecha 11 de julio del 2013, se reiteró el precedente jurisprudencial en torno a que “*la familia [...] se fundamenta, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día y que se refiere a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí e indudablemente también a factores sociológicos y culturales*”. En ese sentido, se han tomado decisiones judiciales acogiendo la multiparentalidad. Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de Minas de Gerais de fecha 4 de julio de 2014, que “[...] *jacogió un recurso en demanda que buscaba la inscripción del nombre del padrastro en el régimen de nacimiento con la producción de efectos jurídicos y patrimoniales*”; Sentencia del Tribunal de Justicia de Santa Catarina de fecha 14 de mayo de 2013, que dispone “*que ante la existencia de lazos afectivos con el padre registral, que resultó no ser el padre biológico, además que no existen obstáculos respecto al reconocimiento de la paternidad biológica, se da la posibilidad de inscribir en el registro civil por razones de multiparentalidad*”. Disponibles en

necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que, con el tiempo, afirman y reafirman los vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El aspecto socioafectivo se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad, en el mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana.⁴⁹

La multiparentalidad nace como la posibilidad que ostenta el hijo de reconocer al padre afectivo dado el vínculo de afectividad que los une, sin afectar el parentesco que tiene reconocido registralmente, colocando a ambos padres en igualdad de posición, o sea, sin sobreponer una paternidad sobre otra, en tanto no existe preferencia entre las dos formas de paternidad.⁵⁰

Facilita la existencia de la familia ensamblada la posibilidad de una multiparentalidad sobreviniente, siempre y cuando esta se sostenga por sólidos vínculos socioafectivos, que “depende de la convivencia respetuosa, pública y firmemente establecida [...] lo importante es demostrar que el cariño y la relación *per se* estaba presente durante la convivencia, que el afecto como vínculo entrelazó a las personas durante esa parte de la vida. Esto equivale a decir que la personalidad del niño se formó alrededor del enlace emocional, incluso si en ese mismo momento, ya no existe”.⁵¹

En el núcleo familiar ensamblado confluirán, simultáneamente, un padre biológico, sus descendientes y concurrentemente el padre afín o social, cada uno

<http://portal.stj.jus.br>, consultada el 26 de febrero de 2016.

⁴⁹ *Vid.* VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y Marianna CHAVES, “La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico”, disponible en <http://portularia/20ejercicio/20de/201a>, consultada el 8 de agosto de 2018.

⁵⁰ Explica el profesor PÉREZ GALLARDO que la multiparentalidad puede devenir por diversas situaciones, “concomitantemente o de manera sucesiva”, entre ellas, la voluntad procreacional en supuestos de parejas del mismo sexo, al acudir a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida con la presencia de un tercero, que también tiene intención de asumir la paternidad o maternidad (en el primer caso al aportar el material genético masculino, y en el segundo caso al aportar el óvulo o incluso el útero). En tales circunstancias estaríamos en presencia de una multiparentalidad originaria. Pero también cabe una multiparentalidad sobreviniente, cuando el hijo es criado por quienes no son sus padres biológicos, ya sean estos los padres y madres afines, resultado del ensamble familiar, o vecinos, amigos, creándose una posesión de estado de hijo, de modo que, sin restar la filiación biológica, se suma en esta ecuación la filiación derivada de la socioafectividad. *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El nuevo desafío de la filiación para el Derecho de sucesiones: la multiparentalidad”, en *La Ley Derecho de Familia*, no. 22, año 6, Editorial Wolters Kluwer, abril-junio 2019, p. 9, disponible en <http://smarteca.es>, consultado el 20 de agosto de 2019.

⁵¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. y M. CHAVES, “La multiparentalidad...”, *cit.*

cumpliendo una función específica a partir del parentesco consanguíneo o si no, en el afecto y en la solidaridad familiar.⁵²

Indudablemente, aquí es donde desempeña un papel trascendental el principio de socioafectividad,⁵³ visto como aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas, que con el tiempo afirma y reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad, el mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana.⁵⁴

El éxito de la familia ensamblada estriba esencialmente en la existencia de un sólido vínculo socioafectivo, de comprometimiento mutuo de los miembros del núcleo familiar, siempre que se garantice una convivencia armónica donde primen los intereses de todos por igual.

Los vínculos que se establecen en las familias ensambladas se entremezclan por su origen, en tanto algunos miembros se unen por consanguinidad y otros por afectos, sin embargo, ello no impide que cada uno de ellos posea un lugar determinado y una función específica.

La literatura infantil se refiere al esposo de la madre como padrastro, mientras que la esposa del padre es la madrastra, calificativos que por su significado cultural tienen un carácter peyorativo, identificados con actos de crueldad y maldad hacia los niños;⁵⁵ situación totalmente contraria a la realidad, donde prima generalmente en estas personas la buena voluntad y el deseo de tener un protagonismo positivo

⁵² Vid. SILVERINO BRAVO, Paula, *Apuntes a la Sentencia del TC sobre familias ensambladas. Una lectura posible de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Shols Pérez*, Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 50.

⁵³ Hecho jurídico compuesto por elementos sociales y afectivos y no exclusivamente por características genéticas. En confirmación con este principio, según el Tribunal Constitucional de Colombia (Sentencia C-6009/18, de fecha 9 de mayo de 2018): “[...] es necesario ir más allá de las concepciones tradicionales, entendiendo que el grupo familiar no solo se construye por el vínculo biológico o jurídico, sino también a partir de las relaciones de hecho o crianza edificadas en la solidaridad, el amor, la protección, el respeto, en fin, en cada una de las manifestaciones inequívocas del significado ontológico de una familia y reconoció la necesidad de brindar protección a la nacida de la afectividad”. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultado el 15 de julio de 2019.

⁵⁴ Vid. LÔBO, Paulo, “Paternidade socioafectiva e o retrocesso da Súmula Nº 301/STJ”, en Rodrigo da Cunha Pereira (coordinador), *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, IOB Thomson, São Paulo, 2005, p.798.

⁵⁵ *Apud.* CONTRERAS, Verónica, “Ensamblados hasta que la muerte nos separe”, en *Portularia*, no. 12, Universidad de Huelva, 2006, p.134.

a favor de la descendencia de la pareja; en tal virtud, considera la autora que el calificativo adecuado es padre/madre afín, pues recurre al parentesco por afinidad,⁵⁶ que establece lazos de parentesco derivados del matrimonio y con los parientes consanguíneos del cónyuge, extendiéndose a las uniones convivenciales.⁵⁷

El elemento configurante de este tipo familiar es la obligatoria existencia de un hijo de unión anterior, de uno o ambos de los miembros de esta familia, y a partir de ellos surgen distintas configuraciones en virtud de variables de género y estado conyugal de los miembros del nuevo matrimonio o unión, y del carácter de convivientes o no de los hijos de estos, así como de los hijos comunes que nazcan de ellas.⁵⁸

En consecuencia de lo antes expuesto, se constituyen elementos que son inalterables dentro de la familia ensamblada, tales como: la unión progenitor/a - hijo que precede la nueva unidad marital, el nuevo cónyuge o pareja de hecho que está llamado a asumir el rol de padre/madre afín, de ahí que coexistan dos familias con sus culturas propias y en torno a ellas se organiza un nuevo sistema de relaciones, roles, deberes, estatus, reglas, vínculos, para configurar con éxito la familia ensamblada.⁵⁹

⁵⁶ Según la *Enciclopedia Jurídica*, se entiende el parentesco por afinidad como el que nace del matrimonio, se encuentra limitado al cónyuge, que queda unido así a todos los parientes consanguíneos del otro cónyuge. *Vid. Enciclopedia Jurídica*, edición 2014, disponible en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/parentesco-por-afinidad/parentesco-por-afinidad.htm>, consultado el 25 de julio de 2019. Para MANRESA el parentesco por afinidad tiene como sustento el principio de que al constituir el matrimonio la unión de dos en uno o a un solo fin común, nació este parentesco, por virtud del cual el marido se relaciona con los parientes de su mujer como si lo fuesen suyos, y la mujer se relaciona con los parientes de su marido, de igual forma. *Vid.*, MANRESA, José María, *Comentarios al Código Civil español*, tomo VII, 7ª edición, Editorial Reus, 1955, p. 95. En este punto afirma OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VALDÉS que “[...] el parentesco por afinidad vincula a una persona con los parientes de sangre de su cónyuge, o pareja de hecho, o sea la proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad, de ahí que a la afinidad se le reconoce virtualidad jurídica en líneas y grados más próximos o restringidos, tal como a la consanguinidad”. *Vid.* OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VALDÉS, Joaquín, “El parentesco por afinidad. La delimitación del concepto y sus efectos y la cuestión de su extinción”, disponible en http://www.djchp/710/2012.02.47.01/PARENTESCO_POR_AFINIDAD, consultado el 21 de junio de 2019. A título de ejemplo de esa definición, se referencian el Código Civil italiano, en su artículo 78; el Código portugués, en su artículo 1.585; el artículo 1.590 del BGB; y el artículo 237 del Código del Perú.

⁵⁷ *Vid.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho de las familias en la jurisprudencia argentina”, en *El nuevo Derecho de familia*, Editorial de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010, p. 101.

⁵⁸ *Apud.* GROSAN, Cecilia P.e Irene MARTÍNEZ ALCORTA, *Familias ensambladas...*, *cit.*, pp. 64-66.

⁵⁹ Considera RIVERO que no basta que haya un padrastro (situación y calificativo que se da por el mero matrimonio o pareja con el progenitor) para que se dé la relación jurídica, sino que es imprescindible que conviva con el hijo de su cónyuge o compañero(a). *Vid.* RIVERO, Francisco, “De

De igual manera giran alrededor de este sistema familiar nuevos lazos de parentesco, que según criterios de JOCILES RUBIO y VILLAMIL PÉREZ, en esos procesos de construcción/deconstrucción de la paternidad/maternidad pueden tener una incidencia fundamental las prácticas de otros miembros de esas constelaciones familiares, tales como los padres o hermanos de los distintos cónyuges/parejas que las integran,⁶⁰ evidenciándose que se incorporan parientes afines que pueden desempeñar papeles trascendentales en la crianza de estos menores, siendo la complejidad y la diversidad que surgen con estas uniones razones que impulsan a protegerlas social y legalmente.⁶¹

Desde una mirada esencialmente de género, se podría considerar la tipicidad de las expresiones de familias ensambladas siguientes:

-Familia ensamblada con madre/padre afín o simple: es la que se conforma cuando el progenitor/a es el guardador/a, quien tiene la responsabilidad de la crianza de los hijos y decide unirse a una mujer/hombre que no ostenta la condición de padre/madre de estos.

-Familia ensamblada con padres afines, o compuesta: se tipifica cuando los dos adultos traen sus hijos a la nueva familia que forman, o sea, estamos en presencia de un caso en que ambos adultos son afines en relación con el hijo del otro.

-Familia ensamblada con hijos comunes: esta modalidad se puede desarrollar en cualquiera de los casos antes referidos, ya que en las nuevas uniones donde existen menores de uniones anteriores nacen hijos que son procreados por esta pareja.

Coincide la autora con GROSMAN y MARTÍNEZ ALCORTA cuando afirman que “[...]en las familias ensambladas se originan redes fraternas que unen a hermanos nacidos de padres comunes, con los hermanos engendrados por la misma madre

la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y la madrastra”, en *Revista del magíster y doctorado en derecho*, no. 4, 2011, p. 167. Coincide la autora con esta afirmación, apreciando que con ello se demuestra la existencia de una fórmula matemática donde la condición de padre/madre afín se adquiere cuando el padrastro/madrastra convive establemente con el menor y su progenitor/a guardador.

⁶⁰ Vid. JOCILES RUBIO, María Isabel y Fernando VILLAMIL PÉREZ, “La duplicación de funciones y posiciones como estrategia para la construcción de la paternidad/maternidad en las familias reconstituidas”, en *Anthropologica*, Año XXVI, no. 26, diciembre de 2008, p. 66.

⁶¹ Dada la idiosincrasia de la familia cubana, es muy común encontrar familiares consanguíneos del padre/madre afín que asumen las responsabilidades de crianza, afecto y cuidado del hijo afín de este, y en tal sentido solidifica los vínculos al extremo de ser considerados socialmente como parientes.

o el mismo padre y con aquellos propios de los integrantes de la nueva pareja provenientes de uniones anteriores [...],tales lazos benefician la integración familiar”.⁶²

Todas las formas enunciadas pueden coincidir con uniones de carácter homoafectivas, ya que los adultos traen a la nueva relación sentimental su descendencia y dadas sus preferencias sexuales, deciden unirse de hecho o legalmente a una persona de igual sexo al suyo.

Explica ARÉS MUZIO que esta tipología familiar muestra distintas modalidades, ya que se puede encontrar que ambos miembros de la pareja pueden aportar hijos de matrimonios antecesores y no tener hijos en común (se denominan familias simultáneas). Uno de los miembros de la pareja puede tener hijos y el otro no (denominadas mixtas). Ambos tienen hijos de otros matrimonios, pero pueden tener hijos en común (se les suele llamar reconstituidas).⁶³

Son los adultos los que asumen responsabilidades y tienen la obligación de cultivar el amor hacia los menores de edad descendientes de su pareja, enseñándolos a convivir con respeto mutuo, ya sea con sus hermanos consanguíneos o de convivencia, pues aunque estas cargas no están debidamente regladas en el orden legal, surgen por la dinámica de la convivencia diaria y esto les permite crecer en un ambiente equilibrado.⁶⁴

Determinado el rol de padre respecto de una persona que no ha transmitido los rasgos biológicos a otra, es evidente que tenemos una hipótesis de filiación socioafectiva.⁶⁵ “El padre afectivo, sociológico o socioafectivo es lo que ocupa en la vida del niño un verdadero lugar y presencia, cumple una función y convierte la paternidad socioafectiva en una especie de adopción de hecho⁶⁶ y el símbolo máximo de una relación social paterno-filial [...]mientras que la posesión de estado ofrece los parámetros indispensables y necesarios para el reconocimiento de la filiación socioafectiva, haciendo resaltar la verdad sociológica de la filiación,

⁶² Vid. GROSAN, Cecilia P. e Irene MARTÍNEZ ALCORTA, *Familias ensambladas...*, cit., p. 259.

⁶³ Vid. ARÉS MUZIO, Patricia, *La familia. Una mirada desde la Psicología*, Editorial Científico-Técnica, La Habana, 2010, p.13.

⁶⁴ *Apud.* GOLDBERG, B., *Tuyos, míos, nuestros...*, cit., p. 57.

⁶⁵ Coincide esta postulante con DA CUNHA PEREIRA cuando afirma que “Elevada la afectividad a condición de categoría jurídica, han sido establecidos nuevos paradigmas en la identificación de las entidades familiares y de los vínculos de filiación. [...] la familia no es base natural, y sí cultural de la sociedad, edificación psíquica sin que exista necesidad de vínculo biológico”. Vid. DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo, *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*, 2ª edición, Editorial Del Rey, Belo Horizonte, 1999, disponible en <http://cidp.pt>, consultada el 12 de julio de 2018.

⁶⁶ Vid.LÔBO, Paulo,*Familias (Direito civil) ...*, cit., p. 212.

la que es construida sin dependencia alguna del aspecto genético. Es la adhesión voluntaria de una persona a un proyecto familiar, independientemente de la sangre”.⁶⁷

Apunta OLIVEIRA, criterio con el que coincide la autora, que “la persona (por lo general el esposo o compañero) invierte en un compromiso familiar, alcanzando la posición social de padre”.⁶⁸ El afecto, respeto, consideración, que construyen una relación, incrustada en un verdadero marco de amor, sirven, sin duda, para formar un enlace cuya fuerza resultante, en última instancia, expresa una nueva arquitectura de la filiación, donde la base deja de ser el elemento genético y tendrá en cuenta la fuerza del sentimiento, como una forma de establecimiento del

⁶⁷En confirmación de este argumento encontramos la solución que se le brindó a este caso. El Juzgado de Familia no. 4 de Córdoba, en fecha 28 de junio de 2010 dictó resolución frente a la negativa de la madre biológica M. V. S. de que su expareja, la Sra. S. G. A., pudiera ver al hijo biológico de aquella y del Sr. H. D. B., solicitó a través de una medida urgente el establecimiento de un régimen de contacto con V., a quien consideraba su hijo. Fijado el trámite, las partes – ambos progenitores biológicos y la accionante– llegaron a un acuerdo de régimen comunicacional provisorio a ser revisado en el plazo de dos meses. Transcurrido dicho lapso, en la nueva audiencia fue notorio que la situación entre ambas mujeres era de total enfrentamiento. Y no logrando arribar a una solución consensuada, la actora ratificó su petición. M. V. S. y H. D. B. se opusieron argumentando que no existía vínculo biológico alguno entre la actora y su hijo, por lo que no se encontraba legitimada para solicitar el régimen de encuentros que pretendía. Expresaron que desde 2004 a 2007, M. V. S. mantuvo una relación afectiva con S. G. A., periodo en el que concibió, junto con el Sr. B., a su hijo V. A. Que cuando conocieron a A., ellos ya tenían la decisión de ser padres, pero que nunca se les ocurrió compartir su paternidad con sus respectivas parejas. Que si bien no eran una pareja sexual ni convencional, se configuraban como una pareja en términos de padre y madre de V., basada en una honda relación de amistad de más de quince años. Y que siempre tuvieron presente que ellos y su hijo conformaban una familia y que sus respectivas parejas solo acompañaban. La jueza trató la cuestión desde dos ejes: a) la procedencia del contacto del niño con la actora y b) la calificación de los encuentros desde la óptica maternal o familiar de la actora para con el niño. Respecto del primero, ponderó que de acuerdo con la prueba aportada, surgía que V. reconocía como figura relevante a la actora. Que en la constitución de la pareja entre S. G. A. y M. V. S. fue determinante el deseo mutuo de ser madres, tanto al elegirse como en la consolidación del vínculo. Así como que la aparición de S. G. A. en la vida de M. V. S. hizo posible la concreción de ser padres de M. y D., así como también en el segundo nombre del niño. Particular importancia adjudicó al contacto que tuvo la actora con V. en sus primeros años de vida, resaltando que todo lo antedicho fue acordado entre ambas partes. Por lo que la actual actitud adoptada por la madre y el padre biológico era inadmisibles y contradictoria con su anterior conducta, que fue la que dio origen a la concepción y a la llegada al mundo del niño. Hizo hincapié en que no se estaba en presencia de una conducta autorreferente de aquellos, pues había un tercero involucrado, sujeto de derecho de esa historia y no de otra, la existencia de una doble maternidad para el niño. Incursionando en el terreno sociológico y psicológico, trajo a escena que nuestra cultura tiene incorporado los roles cuasi parentales, como “madre de crianza”, “hermano de leche”, “familia de hecho”, “tíos postizos”, “papá o mamá del corazón”. Y, en ese orden, afirmó que esta especie de cuasi parentesco no tiene su origen en la naturaleza sino en las funciones que se cumplen. Disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultada el 26 de febrero de 2016.

⁶⁸ Vid. DEOLIVEIRA, Guilherme, *Critério jurídico da paternidade*, reimpresión, Almedina, Coimbra, 2003, p. 352.

vínculo paterno-filial, en un verdadero proceso de construcción de la paternidad en un sentido más amplio, donde lo afectivo es efectivo.⁶⁹

La filiación socioafectiva se construye desde el respeto mutuo, de un tratamiento recíproco –de ida y vuelta– como padre e hijo,⁷⁰ firmes y conscientes ambos en el conocimiento de que realmente son parientes en primer grado entre sí. Se muestra, pues, el criterio socioafectivo para la determinación del estatus del hijo como una excepción a la regla de la genética, lo que representa una verdadera “desbiologización” de la filiación, haciendo que la relación paterno-filial no sea atrapada solo en la transmisión de genes⁷¹ cuando existe una vida de relación y un afecto entre las partes. Esto equivale a decir que la personalidad del niño se formó alrededor del enlace emocional, incluso si en ese mismo momento ya no existe.

En su esencia natural, la relación paterno-filial trasciende las imposiciones legales y se fundamenta en una relación afectiva que debe tomar en cuenta la norma para su determinación y establecimiento. Define MONTAGNA la filiación socioafectiva como aquella que resulta, no de la biología, sino del vínculo afectivo. Implica el ser tratado efectivamente como hijo, incluso en lo que se refiere a las obligaciones frente a la sociedad,⁷² las relaciones sostenidas con aquel que, sin ser un hijo biológico es un hijo del afecto, sirven, sin dudas, para la definición de la filiación socioafectiva, donde la posesión de la condición demostrada es eficiente para la afirmación acerca de la filiación y la paternidad.

⁶⁹ Comparten este pensamiento: DA SILVA PEREIRA, Tânia y Antônio Carlos M. COLTRO, “A socioafetividade e o cuidado: o direito de crescer o nome do padrasto”, en Maria Berenice Dias (org.), *Direito das Famílias - Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 347.

⁷⁰ Al decir de MIZRAHI, al hacer un análisis de la posesión de estado de hijo como base de la filiación socioafectiva “[...] sucede pues que en los casos de posesiones de estado consolidadas no tiene por qué prevalecer el elemento biológico, afectando una identidad filiatoria que no es su correlato. Es inadmisibles una equivocada identificación entre padre y progenitor biológico, padre no es el progenitor biológico, sino aquel que cumple una función como representante de una ley ordenadora de las relaciones familiares afectivas. Por eso bien se ha dicho que la paternidad anuda un vínculo predominantemente social y cultural”. *Vid.* MIZRAHI, Mauricio Luis, “La posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica”, en *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de familia*, coordinado por Carlos Lasarte Álvarez, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz y Fátima Yáñez Vivero, 2004, disponible en <http://www.urjc.es/DACN/chechipp.php?/docview>, consultado el 12 de julio de 2019.

⁷¹ *Vid.* CHAVES DE FARIAS, Cristiano y Nelson ROSENVALD, *Direito das Famílias*, 2ª edición revisada, ampliada y actualizada, Editora Lumen Juris, Río de Janeiro, 2010, pp. 589 y 590.

⁷² *Vid.* MONTAGNA, P., “Parentalidad socio-afectiva...”, *cit.*, p. 224.

Las familias multiparentales surgen en virtud de dos tendencias, la primera es la filiación socioafectiva, mientras que la segunda es la voluntad procreacional.⁷³ En el primer caso estaríamos ante una multiparentalidad sobrevenida, en el segundo, ante una multiparentalidad primigenia.⁷⁴

Cuando, como resultado del ensamble familiar, el hijo es criado por el padre/madre afín, junto o no a los padres biológicos, surge una filiación derivada de la socioafectividad,⁷⁵ que no interfiere en su filiación biológica; de igual manera puede suceder que una vez acordada la parentalidad socioafectiva, se demuestre la paternidad biológica.⁷⁶

Al valorar la existencia de la paternidad socioafectiva, concomitante con la paternidad biológica, se facilita la posibilidad jurídica de la pluralidad de vínculos familiares y ello trae consigo el reconocimiento de la multiparentalidad, la que se tipifica siempre y cuando se cumplan los tres componentes que siguen: a) reconocimiento jurídico de la afectividad necesaria para la existencia de una verdadera posesión de estado de hijo; b) vínculo socioafectivo y biológico en igual grado de jerarquía jurídica y c) posibilidad jurídica de este reconocimiento a fin

⁷³ Vid. MAICÁ, Juan J. y Esteban MARMETO, “El carácter constitucional-convencional de la pluriparentalidad en el sistema jurídico argentino”, cita: MJ-DOC-13549-AR | MJD13549, disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/01/08/el-caracter-constitucional-convencional-de-la-pluriparentalidad-en-el-sistema-juridico-argentino/>, consultada el 21 de julio de 2019.

⁷⁴ En Sentencia de 24 de noviembre de 2017 del Juzgado de Familia no. 2 de Mar del Plata, la jurisprudencia argentina ha distinguido que “*las familias pluriparentales se caracterizan por la primacía de la voluntad y el afecto; conceptos de índole fáctico que encuentran cauce jurídico en las ideas de voluntad procreacional y socioafectividad. La primera refiere al acto volitivo, decisorial y autónomo encaminado por el deseo de ser progenitor, causa fuente de la filiación por TRHA, mientras que la segunda alude a la conjunción de lo social y lo afectivo, la cual emerge de la libre voluntad de asumir las funciones parentales*”. Disponible en *La LeyOnline*, cita online: AR/JUR/103023/2017, consultado el 15 de julio de 2019.

⁷⁵ A consideración de la postulante, es oportuno dejar sentada la pauta relativa a que la posición de igualdad que posee el progenitor/a socioafectivo, en relación con los progenitores biológicos en los casos de declaración de la filiación socioafectiva que tiene como origen un ensamble familiar, trae consigo el reconocimiento por igual de los deberes-derechos contenidos en la patria potestad, como institución que rige las relaciones paterno-filiares; por tanto, no es necesario valorar la posibilidad de conceder la guarda y cuidado y el derecho de comunicación con el menor de edad por su condición de padre/madre afín, extremos que son el objeto de esta investigación.

⁷⁶ Apunta el profesor PÉREZ GALLARDO que “[...] el Derecho brasileiro incluye aquí los supuestos de “adopción a la brasilera”, en la que, si bien no existe propiamente dicho una adopción, el hijo criado por el padre o madre afín, más comúnmente con el padre afín es reconocido como hijo suyo por este, a sabiendas de que no lo es. El fenómeno descrito es relativamente común en Cuba también. Son casos en que no existe coincidencia entre la verdad registral y la verdad biológica, pero con pleno conocimiento de la madre biológica y de su pareja o esposo. Este supuesto tiene de peculiaridad que los lazos afectivos se van afianzando después del reconocimiento. El padre legal sabe que no es su hijo, pero se comporta como tal, le atiende, le alimenta, le educa, le protege y le inculca valores”. Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El nuevo desafío de la filiación...”, *cit.*, p. 9.

realmente de verificar que la mejor solución para el conflicto sería la familia multiparental.⁷⁷

Para que la paternidad socioafectiva sea socialmente representativa debe existir la posesión de estado de hijo, esto requiere que exista un comportamiento aparente de parientes, con mayor claridad, o sea, que la persona es tratada por los padres ostensiblemente como hijo y goza de una imagen social y reputación, siendo reconocido como hijo de la familia por la comunidad y por las autoridades.⁷⁸

En conjunto, estos componentes se revelan por la convivencia familiar, por el efectivo cumplimiento de los deberes de custodia, educación y sustento del hijo, por el relacionamiento afectivo, en fin, por el comportamiento que adoptan los padres e hijos en la comunidad en que viven; determinado el rol de padre respecto de una persona que no ha transmitido los rasgos biológicos a otra, es evidente que tenemos una hipótesis de filiación socioafectiva.⁷⁹

Ante este escenario, las antropólogas VALDÉS y PIELLA VILA consideran que “[...] la parentalidad sería entendida como un proceso y como un conjunto de relaciones que, partiendo de la procreación y la crianza y todo lo que ello conlleva, se va construyendo a lo largo del tiempo y acaba convirtiéndose en el componente generador de parentesco. En consecuencia, son los procesos parentales los que constituirían relaciones de parentesco. En esta construcción no debemos dejar de lado el hecho de que la parentalidad está atravesada por relaciones de apego

⁷⁷ Sobre la base de estos argumentos, la jurisprudencia brasilera ha señalado que *“No son parentalidades excluyentes, ni exclusivas, sino pueden ser concomitantes, si ello es lo mejor para el interés del niño o del adolescente[...] tanto de los vínculos construidos por la relación afectiva entre los envueltos, como de aquellos originados en la ascendencia biológica, sin que sea necesario decidir entre uno u otro vínculo, en cuanto el mejor interés del descendiente es el reconocimiento jurídico de ambos”*. Vid. Sentencia de 12 de marzo de 2019, Quinta Cámara de Derecho Civil, disponible en <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia>, consultado el 21 de julio de 2019.

⁷⁸ Sostiene la Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-12907/2017 de 25 de agosto, que *“[...] debe estudiarse cada caso en particular para verificar si prevalecen los afectos y el trato social, así como el consentimiento del padre sobre lo puramente biológico para que, aun conociendo la veracidad de la prueba científica, se dé prioridad a los afectos y se permita al hijo accionado mantener el statu quo civil en la forma en que lo ha sustentado durante toda su vida, impidiendo que razones ajenas a intereses puramente familiares permitan despojarlo de una filiación que ha detentado con la aquiescencia de aquel que la ha tratado siempre como su padre. Son casos en que la certeza jurídica o social debe primar sobre la verdad biológica”*. Disponible en <http://corteconstitucional.gov.co>, consultado el 15 de julio de 2019.

⁷⁹ Vid. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y Marianna CHAVES, “Paternidad socioafectiva - La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologicismo a la consagración del afecto”, en *Actualidad Jurídica*, no. 200, 2010, p. 58.

resultantes de procesos evolutivos y psíquico-afectivos que atañen a los vínculos parentales expresados socioculturalmente”.⁸⁰

En línea con estudios de antropología, la profesora RIVAS RIVAS afirma que “si el rol de padre/madre es un rol socialmente asignado a aquellas personas que se responsabilizan de cumplir las tareas de parentalidad necesarias para el desarrollo pleno y el bienestar de los niños, no tenemos por qué dar por supuesto ni por evidente que los progenitores han de asumir estas funciones, ni tampoco tenemos por qué desechar la idea de que otras personas no vinculadas biológicamente con los niños puedan asumirlas, como es el caso de las nuevas parejas de los progenitores, el padrastro y la madrastra. Lo que nos lleva a preguntarnos: ¿de qué depende entonces ser reconocido como padre/madre?, ¿qué es un padrastro o una madrastra?, ¿pueden estos últimos ejercer las funciones parentales solo en los casos que los progenitores renuncien al ejercicio de la parentalidad o pueden compartirlas con los progenitores que no lo renuncian, dando lugar a situaciones de pluriparentalidad?”.⁸¹

Al decir de la profesora SOTOMAYOR, “la paternidad es la función paterna realizada por un “padre” que es decisivo y responsable por el desarrollo de los sujetos, [...] es aquel que cría al niño, aquel que le da su apellido, aquel que lo reconoce, aquel que lo reconoce ritualmente, aquel que lo adopta. En fin, quien detenta la calidad paterna es aquel que desempeña un papel-función como padre”,⁸² de ahí la trascendencia de la paternidad socioafectiva dentro de la familia en estudio.

Ante tantas interrogantes, se precisa dejar claro que reglamentar el rol del padre/madre afín no es una tarea sencilla, por la notable resistencia que ofrecen estas realidades familiares ensambladas a la hora de ser regladas en una norma legal, ante la dinámica interna heterogénea que se evidencia en cada una de ellas.

⁸⁰ Vid. VALDÉS, María y Anna PIELLA VILA, “La parentalidad desde el parentesco. Un concepto antropológico e interdisciplinar”, *Quaderns-c*, Institut Català d'Antropologia, no. 21(2), año 2016, p. 8.

⁸¹ Vid. RIVAS RIVAS, Ana María, “El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas”, en *Portularia*, volumen XII, no. 2, año 2009, disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-85204/Portularia,%20El%20ejercicio%20de%20la%20parentalidad%20en%20las%20familias%20reconstituidas.pdf>, consultado el 20 de enero de 2016.

⁸² Vid. SOTOMAYOR, Maria Clara, “Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afetiva”, en *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação “Proteção de Menores - Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 50.

1.2.3. Perspectivas del padre/madre afín

Afirma GROSMAN que la nueva pareja del progenitor no ocupa el lugar del padre o la madre. No se trata de una figura sustituta capaz de lesionar la autoridad e identidad parental, sino que tiene su lugar propio y debe ser considerada como una figura de referencia distinta, la pareja debe seguir cumpliendo su función de cuidado de los hijos dentro de un esquema de responsabilidad compartida.⁸³

Es evidente que en el interior de la familia se crean situaciones convivenciales, que obligan al padre/madre afín asumir conductas y tomar decisiones que inciden directamente en la crianza y beneficio de los hijos afines, de ahí que ejerza derechos y deberes de la autoridad paterna, que por siempre se consideraron exclusivos de la filiación natural.⁸⁴

Por todo ello, no es posible que existan reglas rígidas conductuales que aten al padre/madre afín que convive en la familia ensamblada, pues no es esta modalidad un esquema que no admite transformaciones, cada realidad familiar tiene su propia impronta, pero es común en todas que el éxito de su funcionalidad debe atender directamente a la protección de los intereses de los menores que en ella conviven.

Sostiene TAMAYO HAYA, con un perspicaz concepto, que la construcción de un conjunto de reglas para el padre afín corre el riesgo de chocar con dos peligros: la diversidad de las familias recompuestas, que se conjuga mal con encerrar a aquel en un estatuto jurídico rígido y fuertemente limitado; y la disparidad de las voluntades de implicación de los padres afines, ya que una regulación no permitiría distinguir según la voluntad y el grado de intervención de los padrastros, cuando la realidad nos demuestra que las aspiraciones de estos pueden variar.⁸⁵

⁸³ Vid. GROSMAN, Cecilia, "Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el Mercosur y países asociados", en *Hacia una armonización del Derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 114.

⁸⁴ Siguiendo a AGUILAR LLANOS, estamos ante un deber de asistencia o apoyo conyugal, o sea, una vez conformada la familia ensamblada, ambos adultos asumen responsabilidades y obligaciones en la crianza de los menores con quienes conviven, cada uno desde su posición parental, pero con incidencias directas. Vid. AGUILAR LLANOS, Benjamín, *La familia en el Código Civil peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008, p. 457.

⁸⁵ TAMAYO HAYA, Silvia, *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas*, Colección Scientia Iuridica, Editorial Reus, Madrid, 2009, pp. 113 y 114.

Catalogar en un patrón único el rol del cónyuge o conviviente respecto a los hijos propios del otro es inadmisibile, en esa línea vale considerar que son muchos los factores que contribuyen a definir su cometido en cada caso concreto.

Es imposible encuadrar un modelo de padre o madre afín, pues existen múltiples factores que inciden en la conformación de la modalidad familiar, en tanto si bien cada Estado asume una determinada postura en cuanto al lugar que estos ocupan dentro de la modalidad familiar en estudio, sí es coincidente que en todos los sistemas jurídicos existen dificultades para ubicarlo jurídicamente, teniendo en cuenta sus fundamentos tradicionales, lo que origina una diversidad de alternativas, donde es primordial velar por las nuevas relaciones que estas generan.⁸⁶

De este modo, cuando sucede la ausencia por abandono o muerte del progenitor/a no conviviente, se ubica una postura lógica de reemplazo de funciones, es decir, la crianza de estos menores de edad queda a merced del progenitor/a junto a su nueva pareja, que puede asumir la función de guardador/a; sin embargo, si ambos progenitores participan activamente en la formación y educación del hijo, pese a la ruptura, la pareja del guardador/a cumple una labor complementaria, cuya dimensión queda sujeta a las particularidades de cada familia.

Se coincide con CASTRO PÉREZ-TREVIÑO cuando afirma que esa “pluripaternidad” puede generar ambigüedades en los roles, pues los roles de los padres biológicos

⁸⁶ *Ibidem*, p. 36. Tal y como alega LAUROBA LACASA, el reconocimiento de las familias reconstituidas no altera los vínculos con el otro progenitor. Esta aproximación legal presenta directamente uno de los principales problemas jurídicos que plantean las familias reconstituidas: puede existir el otro progenitor de los hijos no comunes, y si existe, el vínculo de filiación con todos sus efectos legales se mantiene, dejando claro que el padrastro o madrastra ni expulsa al progenitor biológico ni reduce sus facultades. *Vid.* LAUROBA LACASA, María Elena, en Esther Farnós i Amorós (coordinadora), *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya*, Editorial Atelier, Barcelona, 2014, p. 855. Es evidente que la figura del padre/madre afín no asume una postura sucesora del progenitor biológico, no existe un modelo ideal que defina el rol que este desempeña en la familia ensamblada donde reside, todo ello depende de una multiplicidad de factores que contribuyen a determinar su función. Pueden darse distintas situaciones que vayan de la máxima cooperación, compromiso en la crianza y educación, lo que conlleva a una relación más profunda con el hijo afín; o pueden darse otras situaciones donde la responsabilidad que se asuma sea mucho menor, en tanto no se le da participación directa en la crianza del menor, de ahí que en muchas ocasiones no se fortalecen los vínculos entre estos. Finalmente, otra opción es mantenerse al margen de cualquier función de cuidado o formación de los hijos afines, lo que origina que no se cree lazo alguno entre estos, situación que interfiere en el éxito de la tipología familiar en estudio.

son claros; en cambio, no hay lineamientos institucionales que legitimen las acciones del padre o madre afín.⁸⁷

El ejercicio del rol significa la máxima cooperación y coordinación de esfuerzos con el padre conviviente. Esta decisión implica una relación más profunda con el hijo afín y, a la vez, un compromiso mayor porque requiere una voluntad conjunta y puntos de vista comunes acerca de la crianza y educación. Además, el progenitor debe estar dispuesto a compartir la función, lo cual representa aceptar cierto control y límites en sus acciones.⁸⁸

El padre/madre afín no tiene un rol absoluto o un único modelo a seguir, sino que hay diversos factores que influyen en cada función que desempeñen. Como regla se puede casi asegurar que lo mejor es que no haya una sustitución de roles, la nueva pareja no sucede al progenitor biológico, sino que su función es complementaria, colaborativa, ser responsables pero sin usurpar lugares,⁸⁹ sin olvidar que en el medio de estas rivalidades se encuentra en juego el bienestar del menor. En cuanto a los progenitores biológicos, se les facilitaría ceder si cambiaran la creencia de que la función de cuidado de los hijos es exclusiva y que no se puede compartir, idea que favorece los conflictos e impide el crecimiento y la adaptación del núcleo.⁹⁰

Considera PARRA LUCÁN que la ausencia de una regulación expresa y atendiendo al principio de la autonomía de la voluntad familiar, el ejercicio de hecho de funciones por parte de la pareja del padre o de la madre del menor puede ser entendido como un caso de delegación puntual del titular de la función en la

⁸⁷ Vid. CASTRO PÉREZ-TREVIÑO, Olga María, *El derecho de los niños, niñas y adolescentes en las familias reconstituidas. Una mirada desde el Tribunal Constitucional*, en Ius (Jurisprudencia), Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 30.

⁸⁸ *Apud* GROSMAN, Cecilia P. e Irene MARTÍNEZ ALCORTA, *Familias ensambladas...*, cit., p. 167.

⁸⁹ En conferencia titulada "Hacia una nueva noción de la maternidad y la paternidad. Nuevos escenarios a propósito del debate constitucional", dictada por la profesora Ana María ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, en el marco del Seminario hispano-cubano de Derecho Civil y Familiar, en fecha 10 de enero de 2019 en La Habana, al referenciar el rol que desempeña el padre/madre afín en la familia ensamblada enarbola como principio esencial que "la colaboración del afín no afecta la participación de los titulares de la patria potestad".

⁹⁰ Vid. GROSMAN, Cecilia P. y Marisa HERRERA, "Relaciones de hecho en las familias ensambladas", *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, no. 46, Abeledo-Perrot, julio-agosto 2010, p. 77.

pareja, no sería diferente de la guarda que puede ejercer momentáneamente un centro educativo, una cuidadora o una empleada doméstica.⁹¹

Si bien es trascendental que se aplique el principio de autonomía de la voluntad familiar para la toma de decisiones cotidianas en el bregar diario, es criterio de la autora que los contextos convivenciales que se suscitan en la familia ensamblada requieren de una protección legal donde se perfile la posición que el padre/madre afín debe adoptar dentro de su medio, pues es evidente que el protagonismo de este garantiza el éxito de la tipología familiar en estudio, por tal razón, se debe reflexionar al respecto.

1.2.4. Situaciones conflictuales que trascienden al marco del Derecho

Al decir de FERRANDO, nos encontramos ante una familia que requiere mirar lo que acontece al interior de ella y fuera de la misma; de una familia que se forma a partir de la pareja, pero que tiene una vocación inclusiva en la medida que pretende integrar al hijo o a los hijos de uno o de los dos cónyuges o convivientes, sin desconocer los vínculos biológicos con los padres que no viven con aquellos descendientes que pasan a ser parte de la familia recompuesta.⁹²

Para RIVAS RIVAS conviene no perder de vista que la construcción de la paternidad y maternidad en la familia ensamblada se canaliza por medio de tres tipos de estrategias: sustitución, duplicación y evitación, de acuerdo con las prácticas desarrolladas por el padre o madre afín y su pareja en relación con los hijos en cuanto al desempeño o no de las funciones parentales (tareas relativas a los cuidados y atenciones cotidianas, apoyo escolar, transmisión de hábitos y modales, entretenimientos, salud, enfermedad, educación), y reconocimiento o denegación de las posiciones de parentesco.⁹³

La participación del padre/madre afín en las dinámicas de la vida cotidiana del menor lo implican y comprometen en su formación, por eso surgen entre ellos lazos afectivos sólidos, que le permitan a este asumir las obligaciones de guarda ante disímiles situaciones que le imposibilitan a los progenitores

⁹¹ Vid. PARRA LUCÁN, María Ángeles, "Autonomía de la voluntad y Derecho de familia", en Lorenzo Prats Albertosa (coordinador), *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, tomo I, *Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General del Notariado, España, 2012, p. 404.

⁹² Vid. FERRANDO, Gilda, "Familias recompuestas y padres nuevos", en *Derecho & Sociedad*, Año XVIII, no. 28, 2007, p.310.

⁹³ Vid. RIVAS RIVAS, Ana M., "Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas", en *Cuadernos de relaciones laborales*, no. 1, 2008, p. 183.

cumplimentarlas,⁹⁴ desde otra arista puede representar a su hijo afín en ciertos actos de la vida civil mientras que este último no haya adquirido la capacidad de ejercicio, siempre y cuando dicha representación sea en beneficio de la vida familiar ensamblada y en respeto de su autonomía.⁹⁵

La obligación alimentaria⁹⁶ es una carga familiar de suministrar a ciertos allegados lo que necesitan para mantener una vida humana digna y decorosa, conforme con

⁹⁴ En Estados Unidos, especialmente en el Estado de Vermont, se decidió que los progenitores afines pueden dar asistencia a los hijos afines si existe convivencia entre estos y los recursos de sus padres son insuficientes, *Vid.* WALDLINGTON, Waltery Raymond C. O'BRIEN, *Family Law in perspective*, Foundation Press, New York, 2001, p. 142. En igual sentido se pronuncia el Código Civil y Comercial argentino en su artículo 674, cuando admite la delegación a favor del progenitor afín del ejercicio de la responsabilidad parental ante circunstancias concretas y siempre en beneficio del menor (*vid.* artículo 674); en la misma línea se encuentra el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay en su artículo 45, cuando dispone el deber de asistencia familiar, constituido por los deberes a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos; de igual forma el artículo 51 facilita la asunción de la condición de deudor solidario del progenitor afín a favor del hijo de su pareja; mientras que el artículo 38 concede la posibilidad del progenitor afín a interesar un régimen de comunicación con el hijo afín al romperse la relación que sostenía con el progenitor (cfr. artículos 38, 45 y 51 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay).

⁹⁵ Facultades de representación han sido concedidas por distintas legislaciones europeas. En tal sentido el artículo 236-14 del Libro II del Código Civil catalán concibe esta legitimación como un “*derecho a participar en los asuntos de la vida diaria del menor*”; sin embargo, a criterio de la profesora NAVAS NAVARRO, esta expresión, en sí, es incorrecta, porque el derecho (*rectius*, facultad) es a participar en el ejercicio de la patria potestad y en el mismo se pueden tomar decisiones que afecten a la vida diaria del menor. El legislador catalán no ha hecho una referencia expresa a este último extremo. Probablemente porque el Derecho extranjero que ha tenido especialmente en cuenta, esto es, el Derecho alemán, tampoco la hace. Sin embargo, la doctrina que ha estudiado ese Derecho sostiene que aunque no lo haya previsto explícitamente la ley, ese ejercicio de facultades inherentes a la potestad parental va acompañado de la representación legal del menor, en relación con los asuntos de la vida diaria del mismo que impliquen la celebración de negocios jurídicos. Por eso, en relación con esta representación legal, se han referido especialmente a la esfera patrimonial del menor. Los preceptos del Derecho suizo que regulan esta cuestión (artículo 299 ZGB y artículo 27 PartG) hacen una mención expresa a la posibilidad de que el cónyuge o pareja “represente”, cuando sea necesario, al titular de la potestad parental. *Vid.* NAVAS NAVARRO, Susana, “Los derechos del menor en las familias reconstituidas (A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del Libro II del CCC, relativo a la persona y la familia)”, en Orellana Reyes Barrada, Martín Garrido Melero y Sergio Nasarre Aznar (coordinadores), *El nuevo Derecho de las personas y de la familia, Libro Segundo del Código Civil catalán*, Portularia, volumen XII, no. 2, 2012, pp. 650 y 651.

⁹⁶ La cámara de apelaciones de Río Grande - Sala Civil, Comercial y del Trabajo, en fecha 30 de julio de 2013, dictó resolución rechazando el recurso interpuesto por el padre de las menores contra la resolución que otorgó la tenencia de las mismas a la madre, alegando que “[...] a pesar de que ambos progenitores detentan las mismas aptitudes para ejercer razonablemente la patria potestad, las niñas manifestaron su deseo de convivir con su madre, la que se encuentra habilitada a requerir alimentos al recurrente, de modo que la carencia de recursos deberá ser cubierta con los aportes del progenitor alimentante, en el mismo orden el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario en fecha 10 de mayo de 2012 condenó al demandado a realizar el pago de una cuota alimentaria a favor de la hija adoptiva de su ex esposa, ya que se acreditó que el hombre se retiró del hogar que compartía con la actora desentendiéndose de las funciones que había asumido como guardador, y si bien no es el padre adoptivo de la menor, puede encuadrarse como padre solidario o progenitor afín”. En igual sentido, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, en fecha 29 de noviembre de 2016 dispuso: “[...]quien fue guardadora de un menor debe abonar a este una cuota alimentaria por el mismo plazo por el que

el estado de familia, la condición social y las necesidades y recursos del alimentista y del obligado. Los alimentos tienen una naturaleza asistencial y constituyen un derivado del derecho a la vida, debiendo buscarse sus fundamentos en las relaciones de familia, en términos de solidaridad humana.⁹⁷

Dada esta conceptualización, con la que coincide plenamente la investigadora, nada obsta para que el padre/madre afín asuma la responsabilidad de ofrecer alimentos al menor hijo de su pareja, con quien establemente convive, pues al asumir el aspecto material de la crianza del niño aporta lo necesario para garantizar la cobertura integral de sus requerimientos como complemento de la responsabilidad de los progenitores, no debe interrumpir esa prestación alimentaria en forma abrupta por el cese de la convivencia, pues una decisión de ese tipo alteraría notablemente la estabilidad que hasta ese momento le ha sido brindada por el alimentante.⁹⁸

El derecho de visita o comunicación admite importantes funciones educativas y de formación; satisface los afectos humanos más elevados, desinteresados y permanentes, como son los nacidos de la paternidad por consanguinidad y los que surgen por vínculos de afinidad, teniendo como finalidad impedir la desintegración del núcleo familiar que ha sido agredido por la separación.

ejerció su guarda, [...], por lo que deber considerada como una 'madre solidaria' o 'progenitora afín'"; mientras que la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial de Neuquén, en fecha 12 de octubre de 2017, rechazó el recurso interpuesto por el recurrente y reitera la obligación de este a abonar las cuotas alimentarias que fueron establecidas y que deberá pagar a favor de una menor y su madre, en el carácter de hija afín y de ex conviviente. Disponibles en <http://www.csjn.gov.ar>, consultadas el 26 de febrero de 2016.

⁹⁷ Vid. YUBA, Gabriela, "Cuantificación de la prestación alimentaria. Valoración judicial", en *Llitoral*, febrero, 2013, p. 13.

⁹⁸ Vid. PITRAU, Osvaldo F., "El derecho alimentario familiar en el Proyecto de Reforma", en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, no. 57, noviembre 2012, p. 230; y "La prestación alimentaria en la familia ensamblada", en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, no. 25, p. 105. Esta posición doctrinal se confirma con la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo, San Francisco, Córdoba, 13/12/2012, G. S. C. c/ L. D. s/ alimentos, cita: MJ-JU-M-76432-AR / MJJ76432 | MJJ76432. El caso era el siguiente: una madre, en nombre y representación de sus dos hijas menores de edad, promueve una demanda por alimentos contra el demandado, padre biológico de la primera y padre de crianza de la segunda niña, bajo estas premisas, el pronunciamiento considera que el "mejor interés" de la niña "exige que se le reconozca el derecho a percibir alimentos del demandado tal como si se tratara de una hija biológica". En Estados Unidos, en virtud de la doctrina "in loco parentis", se considera, en algunos Estados, que el stepparent está obligado a mantener al hijo no común mientras la relación con su progenitor subsiste. Solo 10 Estados imponen esta obligación; en otros 8 Estados, solo si el menor no tiene otra forma de obtener financiación de sus necesidades, y en el resto de los Estados no existe esa obligación. Vid. MAHONEY, Margaret M., "Stepfamilies from a Legal Perspective", en *Marriage & Family Review*, California, 1998, p. 236.

Ante la disolución de la familia ensamblada, los menores que han convivido en ella reinciden en el sufrimiento por la separación de los adultos. En muchas ocasiones se ha creado un vínculo afectivo sólido entre el menor y el conviviente o excónyuge del progenitor guardador, razón que obliga a establecer un régimen de comunicación que les permita sostener las relaciones afectivas existentes, siempre que esta decisión se tome en beneficio de los intereses del menor, debido a que aflora generalmente en la toma de decisiones el criterio de los adultos, sin considerar las razones del menor para sostener los vínculos afectivos, criterio que confirma la profesora NAVAS NAVARRO, cuando alega que “una verdadera participación del menor reclama que se involucre en las decisiones que se adopten (y que le van a afectar) y que participe, verdaderamente, en la construcción del sistema jurídico con el que convive (y va a convivir) el menor”.⁹⁹

Los miembros de una familia ensamblada también tienen derecho a estar amparados por las leyes de seguridad social cuando sucede alguna contingencia que disminuya su posibilidad de subsistencia o de un adecuado nivel de vida, el cual debe estar garantizado por el Estado al tener como fundamento la existencia previa de la tipología familiar.

En cuanto a las uniones de hecho, según propone la autora, es razonable acudir a los principios que amparan la seguridad social y al carácter sustitutivo del beneficio de pensión de la obligación alimentaria, y si se tiene en cuenta que en la convivencia diaria el padre afín contribuye al sostén del hogar en el que vive el hijo de su conviviente y que se establece un vínculo familiar sólido, aunque no reconocido por la legislación, sería viable que en estos casos también pueda darse lugar al otorgamiento del beneficio de pensión.

En materia sucesoria considera PÉREZ GALLARDO que el reconocimiento de las familias ensambladas en la sucesión intestada requiere dejar a un lado el principio de la consanguinidad y adoptar un criterio que reconozca los vínculos generados en el marco de la vida familiar moderna.¹⁰⁰

En tal sentido, consideran VAQUER ALOY e IBARZ LÓPEZ que los hijastros e hijastras y los padrastros y madrastras sucederían *ab intestato* siempre que: se trate de hijos del cónyuge o de la pareja de hecho, que hubieren convivido, habiéndose iniciado la convivencia en la minoría de edad del hijastro o hijastra y el padrastro o

⁹⁹ Vid. NAVAS NAVARRO, Susana, “Los derechos del menor...”, *cit.*, p. 662.

¹⁰⁰ Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Familias ensambladas, parentesco...”, *cit.*, p. 72.

la madrastra hayan asumido la posición de progenitores de ese hijastro como si fuera su propio hijo o hija, lo que justifica la preferencia a los parientes más distantes o incluso el trato equiparado al de un hijo o hija.¹⁰¹

Por todo ello, desde el punto de vista del Derecho, se debe legislar y establecer normas que determinen eventuales derechos, especiales deberes y responsabilidades para la protección de los hijos afines y evitar así cualquier afectación a su identidad y actos discriminatorios. Es decir, el propósito de crear lineamientos legales tiene que ser para “adicionar” y no “reemplazar”.¹⁰²

Correctamente se ha dicho que la autoridad que se ejerce en interés de los hijos no se agota en una función, sino que conlleva un complejo de derechos subjetivos de los adultos, en la medida que permite el ejercicio *erga omnes* del poder, oponiendo su titularidad a quienes pretendieran desconocer su ejercicio. Se trata de derechos-deberes que significan, simultáneamente, una facultad de actuar que por estar referida a la satisfacción de un interés ajeno, el beneficio de los hijos, es también un deber de procurar esa satisfacción.¹⁰³

1.2.5. Reconocimiento legislativo y jurisprudencial de la familia ensamblada en el Derecho comparado

Las insuficientes legislaciones sobre las familias ensambladas a nivel mundial demuestran la inseguridad de los Estados en cuanto al tratamiento de este fenómeno sociológico; evidentemente, se trata de romper con los paradigmas del modelo de familia nuclear que históricamente ha primado, y ofrecer seguridad legal a los miembros de la modalidad en estudio.

Al decir de RUIZ-RICO RUIZ, cada Estado adopta su propia respuesta a la cuestión del lugar que puede ocupar el padrastro en una familia recompuesta, todos los sistemas jurídicos encuentran dificultades a la hora de organizar jurídicamente,

¹⁰¹ Vid. VAQUER ALOY, Antoni y Noelia IBARZ LÓPEZ, “Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal”, en *Revista de Derecho Civil*, volumen IV, no. 4 (octubre-diciembre, 2017), p. 228.

¹⁰² Vid. BRIOZZO, María Soledad, “La figura del progenitor afín en la reforma proyectada: ¿superó la falta de lineamientos institucionales que determinan sus acciones?”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Giola*, año VIII, no. 12, 2014, p. 31.

¹⁰³ Vid. ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de familia*, tomo II, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 683. Como precedente, la Corte Constitucional de Colombia al dictar la Sentencia C-145/10 de 3 de marzo de 2010 aseveró que esta clase de derechos son instrumentales, cuyo ejercicio solo será legítimo en la medida en que sirva al logro del bienestar del niño, siempre a favor de los intereses de los hijos. Disponible en <http://corteconstitucional.gov>. consultada el 26 de febrero de 2016.

sobre la base de sus fundamentos tradicionales, las nuevas relaciones que estas segundas familias originan.¹⁰⁴

En la Comunidad Europea, la legislación belga e italiana no hacen referencias a las familias ensambladas, igualmente en el caso del estatuto de España tampoco existen precisiones en relación con el tema desde el punto de vista familiar, sin embargo, con una arista social, hay pronunciamientos en el orden normativo que evidencian beneficios entre los parientes de naturaleza afín, aunque con el calificativo de familia reconstituida; entre ellos encontramos la concesión de beneficios en cuanto a pensión por orfandad a favor de los hijos del cónyuge superviviente, con exigencias de requisitos relativos a la legalidad de la unión del causante y el cónyuge *superstite* dos años antes del deceso y la convivencia con el causante.¹⁰⁵

De igual manera, en relación con la integración social, se facilita la concesión de derechos y libertades a extranjeros en España y se concede la posibilidad de reagrupación a los hijos de familias reconstituidas, con la salvedad de que debe tratarse de hijos de uno solo de los cónyuges, teniendo como requisitos además, que este ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y que en efecto la ejercite.¹⁰⁶

También desde la arista social se protegen las familias numerosas, y se considera para su acreditación la existencia de hijos no comunes como miembros de una unidad familiar, siempre que se tipifique el requisito de convivencia.¹⁰⁷ Por otra parte, el hijo afín recibe los beneficios del asegurado por la asistencia sanitaria con cargo a los fondos públicos por medio del Sistema Nacional de Salud.¹⁰⁸

El Código Civil español (en lo adelante CC) no examina básicamente responsabilidades precisas para el padrastro.¹⁰⁹ En tal sentido, considera que solo

¹⁰⁴ Vid. RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y María José GARCÍA ALGUACIL, *La representación legal de menores e incapaces: contenido y límites de la actividad representativa*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 174.

¹⁰⁵ Vid. artículo 24 y siguientes del Real Decreto Legislativo no. 8 de 30 de octubre del 2015, que facilita la aprobación de la Ley General de la Seguridad Social.

¹⁰⁶ Vid. artículo 17.1.b de la Ley Orgánica no. 4 de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹⁰⁷ Vid. artículo 2 de la Ley no. 40 de 18 de noviembre de 2003, que regula la protección estatal de las familias numerosas.

¹⁰⁸ Vid. artículo 2 del Real Decreto no. 1192 de 3 de agosto de 2012, relativo al procedimiento para la concesión de la asistencia sanitaria en España, a cuenta de los fondos públicos y en virtud del Sistema Nacional de Salud.

¹⁰⁹ De manera indirecta y sin referenciar con precisión derechos a favor de los hijastros, el artículo 155.2 del CC preceptúa que los hijos, mientras convivan con sus padres, deben contribuir por

los progenitores son los responsables del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos¹¹⁰ y concede la posibilidad de adoptar al hijo del otro miembro de la pareja como suyo.¹¹¹

Una mirada distinta nos brinda el Derecho de familia catalán cuando admite la existencia de la familia reconstituida, donde el requisito exigible para su reconocimiento es la convivencia en el mismo núcleo familiar¹¹² de la descendencia de la pareja.

Dicho cuerpo legal establece regulaciones precisas, que permiten al padre afín, para ellos padrastro, un protagonismo en el ejercicio de la patria potestad en cuanto a la educación, atención a las necesidades ordinarias y demás aspectos que afectan al menor,¹¹³ e incluso prevé el tratamiento que se le concede a la guarda una vez fallecido el padre que la ostenta de manera exclusiva, pues ante el desinterés del otro progenitor, el padrastro es merecedor de la misma, con la asunción de otras responsabilidades parentales¹¹⁴ que le permiten desempeñar un papel protagónico en la crianza del menor, decisiones que logran un amparo judicial, siempre que se haya escuchado al padre sobreviviente y al menor y, por consiguiente, respondan a la protección y beneficio de este.

De igual manera, se contempla la posibilidad de que el padre/madre afín sea llamado a ocupar el cargo de tutor por decisión judicial,¹¹⁵ incorporado a un orden de prelación familiar que demuestra su posición dentro de la familia reconstituida, donde se exige la convivencia en el momento de la delación.

igual ante las cargas familiares. En otro orden, el artículo 1.362, en su apartado 1, segundo párrafo, asume como carga de la sociedad de gananciales los gastos en que se incurren en cuanto a alimentación y educación de los hijos del cónyuge cuando convivan. De la simple lectura del artículo 68 del CC se infiere el deber de los esposos en cuanto a atención y cuidado de los hijos, sin precisar si son o no comunes, pero en sentido general las referencias en todos los casos tienen un carácter secundario.

¹¹⁰ Vid. artículos del 154 al 180 del CC, en cuanto regula las relaciones paterno-filiales, haciendo un uso exclusivo de la patria potestad a favor de los progenitores, sin concederle a otros parientes participación en la formación y crianza de los hijos.

¹¹¹ Vid. artículo 175.4 del CC. Con la decisión asumida en virtud del artículo antes señalado, el hijo deja de ser hijo afín para convertirse en hijo adoptivo, con todos los efectos legales que esta condición entraña acerca del ejercicio de la patria potestad.

¹¹² Vid. artículo 231.1 del Código Civil de Catalunya (en lo adelante CCC). Es meritorio señalar que de la lectura del precepto se infiere que con el reconocimiento de la modalidad familiar en estudio, no se extinguen los vínculos de filiación del otro progenitor no conviviente.

¹¹³ Vid. artículo 236.14 del CCC.

¹¹⁴ Vid. artículo 236.15 del CCC.

¹¹⁵ Vid. artículo 222-10.d) del CCC.

En virtud de los pronunciamientos legales antes enunciados, merece reflexionarse en el sentido de que no es igual ser titular de un derecho que de una facultad que forma parte del contenido de ese derecho; de ahí que se coincida con NAVAS NAVARRO en que el legislador ha empleado la voz “derecho”, no en el sentido de “derecho subjetivo”, sino en el sentido de facultad a participar (en singular y no en plural, como reza en el título del precepto) en el ejercicio de la potestad parental que ostenta el otro progenitor.¹¹⁶

Ante esta concesión del legislador a favor del cónyuge o conviviente del progenitor, es consideración de la autora que lo legitima para que ejecute actos que son propios del titular de la patria potestad, por ello esta institución pierde el carácter indelegable que históricamente ha tenido.

El Código Foral de Aragón, en su artículo 85,¹¹⁷ sobre “Autoridad familiar del padrastro o la madrastra”, distingue en la persona del cónyuge¹¹⁸ del único titular de la autoridad familiar la posibilidad de compartir el ejercicio de esta, siempre que prime la convivencia, de lo que se infiere que si ambos padres poseen la autoridad familiar, el padre/madre afín no tiene ningún protagonismo en la familia reconstituida, aunque asuma con total entrega la crianza, educación y formación del hijo afín, por lo que esta condición se le ofrece de manera inmediata al cónyuge del padre titular,¹¹⁹ incluso cuando ocurre el fallecimiento del único titular de la autoridad familiar.

En Francia no existe disposición legal que regule específicamente el estatuto del padre afín (*beau-parent*), a pesar de los múltiples debates que se han suscitado

¹¹⁶ Vid. NAVAS NAVARRO, Susana, “Los derechos del menor...”, *cit.*, p. 648.

¹¹⁷ Vid. artículo 85 del Código Foral de Aragón.

¹¹⁸ La limitación de la autoridad familiar solo a la persona del cónyuge del padre titular de esta deja a un lado a quienes sostienen una relación de pareja de hecho, sin importar las funciones que este tercero realiza en la crianza y formación del menor. De manera muy atinada lo regula el artículo 672 del Código Civil y Comercial argentino cuando reconoce como progenitor afín no solo al cónyuge de la persona que tiene a su cargo el cuidado del hijo sujeto a guarda, sino también al conviviente que es pareja de este y convive con ambos. Coincide también el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay en sus artículos 45, 46 y 51 al concederle la condición de progenitor afín tanto a los esposos como a los concubinos.

¹¹⁹ El tratamiento que el Código Foral aragonés le concede a la autoridad parental dista mucho de los lineamientos que la legislación familiar cubana le ofrece a la patria potestad en su artículo 83, en tanto esta es indelegable y de conjunto de ambos padres, salvo fallecimiento de uno de ellos o aplicación de las causales de suspensión o privación de esta, siendo consideración de la autora que comparativamente existe una confusión en cuanto a las atribuciones de guarda y cuidado a favor de uno de los padres y la concesión de la autoridad parental en la legislación que cuestionamos.

sobre ese tema. Algunos autores¹²⁰ consideran que el sistema de Derecho francés, tal y como está concebido, soluciona los conflictos que pueden surgir en la familia reconstituida (*familles recomposées*),¹²¹ de ahí que existan dos disposiciones que le permiten al padrastro ejercer total o parcialmente la patria potestad sobre el menor (*délégation volontaire*), y otra que le permite participar junto a uno de los progenitores o incluso junto a los dos (*délégation-partage*).¹²² La *Cour de Cassation* francesa, sala civil primera, en Resolución de 24 de febrero del año 2006, autorizó la delegación parcial de la patria potestad a favor de la mujer pareja de la madre, con quien se encontraba unida de hecho, todo ello amparado en el mencionado artículo 377, que no se opone a que la madre, única titular de la patria potestad, delegue su ejercicio en todo o en parte en su pareja femenina, con quien convive en unión estable, cuando las circunstancias y el interés del menor así lo aconsejen,¹²³ pues se evidencia que la ley ha flexibilizado las condiciones de la delegación voluntaria y ha creado la posibilidad de un

¹²⁰Atendiendo a ello, *vid.* GOUTTENOIRE-CORNUT, Adeline y Pierre MURAT, “L’intervention d’un tiers dans la vie de l’enfant”, *Droit de la famille*, janvier 2003, p. 4; GOUTTENOIRE-CORNUT, Adeline, “La loi du 4 mars 2002 relative à l’autorité parentale”, Dossier, *Actualité Juridique Famille*, abril 2002, p. 124; FULCHIRON, Hugues, “Le droit français face au phénomène des recompositions familiales”, en *Quels repères pour les familles recomposées*, París, 1995.

¹²¹La Ley no. 2002-305 de 4 de marzo de 2002, relativa a la patria potestad, figura en el artículo 377.1 del *Code Civil*, en tanto posibilita que el juez pueda establecer la partición de la patria potestad entre el o los padres y el tercero delegatario para las necesidades educativas del menor, nótese que el pronunciamiento legal es a favor de un tercero, que puede ser cualquier persona, por lo que no se particulariza en el estatuto del padre/madre afín.

¹²²En relación con estos argumentos, *vid.* CADOLLE, Sylvie, “La beau-parentalité: le point de vue des enfants”, en *La Lien Familial*, Comprendre no. 2, París, 2001, *passim*; GRANET, Frédérique, “L’exercice de l’autorité parentale dans les législations européennes”, en *Rapport au Haut Conseil de la population et de la famille*, juillet, 2003, *passim*; FULCHIRON, Hugues, “Autorité parentale la familles recomposées”, en AA.VV., *Mélanges à la mémoire de D. Hult-Weiller: Droit des personnes et de la famille, liber amicorum*, París 1994, *passim*; FULCHIRON, Hugues, “La autorité parentale-rénovée”, en *Defrénois*, no.15, 37580, 2002, *passim*.

¹²³Caso “Christine X. vs. Sophie”: Era Christine la madre de dos niñas sin filiación paterna establecida (Camile nacida el 12/5/1999 y Lou, el 19/3/2002). La madre de las niñas desempeñaba un trabajo que le exigía viajar permanentemente y pasar cierto tiempo fuera del hogar que ha formado con sus dos hijas y Sophie. Mientras esto ocurre, Sophie era quien se hacía cargo de la crianza, atención y educación de Camile y Lou. Por ello, y para que ella pueda ejercer todas aquellas atribuciones que surgen de la autoridad parental, Christine solicitó se apruebe la delegación de esta última en aquella persona que de hecho la ejerce en su ausencia, con un doble objetivo: que tenga todos los derechos y obligaciones que emanan de esta figura jurídica sobre las dos niñas y, para el hipotético caso de que le ocurriese algo en sus viajes, sus dos hijas queden al cuidado de Sophie. Disponible en <http://www.lexisnexis.com/fr/droit>, consultado el 27 de septiembre de 2016.

reparto del ejercicio de la autoridad parental,¹²⁴ a pesar de muchos estudios y conciliaciones sobre el tema en las dos últimas décadas.¹²⁵

No existe en Francia un estatuto legal que regule la postura del *beau-parent* en las *familles recomposées*, algunos consideran que la concesión a este de determinados derechos en la educación y crianza del menor desestabiliza a los niños, que estarán pendientes por la sucesión de los progenitores afines que pueden tener.¹²⁶ Otros creen que una medida con ese nivel de participación de los terceros en la crianza de los menores desplaza al progenitor no conviviente y atenta contra la conservación de los lazos afectivos de estos con sus dos progenitores en caso de separación o divorcio. Un sector es del criterio que lo más adecuado es la adopción del menor para asumir las responsabilidades parentales de manera absoluta,¹²⁷ mientras que otro apela a que estas concesiones se le pueden otorgar al padrastro/madrastra cuando se trata de la negativa de los padres a escolarizar al menor o intervenirlo quirúrgicamente de urgencia, e incluso otorgarle la guarda, todo ello partiendo de la primacía del principio del interés superior del niño.¹²⁸

El tratamiento que el Reino Unido le concede al tema en estudio surge con la Ley no. 1989, "Children Act 1989", que entró en vigor en el año 1991. El padrastro, para ellos *stepfather*, puede, al igual que cualquier tercero, dirigirse al juez a

¹²⁴ *Apud.* MARRAUD DES GROTTES, "Reconnaissance juridique des beaux-parents: 'statut ou statu quo'?", en *Revue Droit Civil*, 2007, no. 43, p. 11; FULCHIRON, Hugues, "Autorité parentale...", *cit.*, p. 48.

¹²⁵ En el *Rapport Annuel du Défenseur des Enfants* de 2006 se trató particularmente este asunto y se propuso crear un acuerdo de participación en el ejercicio de la patria potestad con un tercero, judicialmente homologado. En el año 2008 se elaboró un anteproyecto de Ley relativo a la patria potestad y los derechos de los terceros miembros de la familia, nótese que todavía no se distingue la figura esencial del *beau-parent* dentro de la tipología familiar en estudio, conforme la *Réponse del Ministro de Justicia (JO Sénat de 12 de marzo del año 2009)*, que distingue la participación en el ejercicio de la patria potestad de la delegación de la misma y prevé que esta debe ser aprobada por el juez de familia atendiendo al principio del interés superior del niño, principio que no alcanza la efectividad que impone en el tráfico jurídico.

¹²⁶ Considera la autora que las concesiones que se le otorguen a padrastrros/madrastras en relación con el hijo de su pareja deben venir acompañadas de requisitos de permanencia y estabilidad en la relación conyugal y por consiguiente con una estrecha participación en la crianza de los niños. Ello no puede establecerse solo por hecho de ser pareja del progenitor guardador, pues es el tiempo de convivencia el que solidifica la relación familiar.

¹²⁷ En virtud de ese criterio la familia ensamblada o reconstituida dejaría de existir, es consideración de la autora que no es esa la solución que se le debe ofrecer a las realidades familiares actuales, en tanto cada miembro adulto debe asumir la responsabilidad de participar en la crianza de los menores con quienes convive, aunque estos no hayan sido procreados o adoptados por él.

¹²⁸ *Apud.* MATEO Y VILLA, Iñigo, "Estatuto del cónyuge del progenitor", en Carlos Lasarte Álvarez (director), *Legislación Europea, Relaciones Paterno-Filiales*, Congreso IDADFE 2011 8, Editorial Tecnos, Madrid, 2014, pp. 131 y 132.

solicitar le adjudiquen junto a los padres la responsabilidad parental (*parental responsibility*) sobre el menor, mediante declaración de que la vivienda del padrastro es la habitual del menor. Esta atribución es automática y puede beneficiar al padrastro/madrastra con independencia del estatus jurídico y la orientación sexual de la familia reconstituida.¹²⁹

Desde la *The Adoption and Children Act 2002 (Commencement número 9, Order 2005)*, el padrastro/madrastra puede adquirir la patria potestad sobre el menor en caso de parejas reconstituidas del mismo sexo, siempre que estén inscriptas, ya sea como matrimonio formalizado o en Registro de parejas de hecho, y se ejerce la patria potestad por los tres adultos de manera simultánea, previa consulta al menor para valorar su postura ante la trascendencia de esta decisión, en virtud siempre al alcance de su madurez.

En el caso de Alemania, Dinamarca y los Países Bajos, existe una norma que consiente el ejercicio de la patria potestad por el padrastro, siempre que esta solo sea ejercida por uno de los progenitores. Se distingue Dinamarca por excluir en estas situaciones a las parejas reconstituidas del mismo sexo, donde el padrastro no asume legalmente ninguna función relacionada con los hijos de su pareja; mientras que en el caso de Suiza,¹³⁰ no se le concede a los padrastros ningún derecho independiente en relación con los hijos de su pareja, salvo sea extremadamente inexcusable individualizar las funciones.

Más de la mitad de la población actual de Estados Unidos ha sido, será o es miembro de una familia ensamblada en una o más oportunidades. Uno de cada tres estadounidenses es miembro de una familia ensamblada. Se estima que alrededor de la mitad de los matrimonios representan un segundo matrimonio para, al menos, uno de los dos esposos. Aproximadamente el 65 % de los

¹²⁹En línea con TAMAYO HAYA, “[...] la responsabilidad puede ser compartida por el tercero que obtiene una orden de residencia, lo que supone reconocer al padrastro las mismas responsabilidades parentales que las atribuidas a los padres: sería titular de la autoridad y se beneficiaría de poderes autónomos. Este reparto de la autoridad parental lleva al reconocimiento de una pluriparentalidad: la autoridad sería objeto de un ejercicio concurrente donde cada uno de los padres podría actuar a favor del niño”. Vid. TAMAYO HAYA, Silvia, *El estatuto jurídico...*, cit., p. 132.

¹³⁰ Vid. artículo 299 del Código Civil suizo.

segundos matrimonios tienen hijos de relaciones anteriores, formando así una familia reconstituida.¹³¹

Según estudios sociodemográficos realizados en la población norteamericana, el 60 % de los primeros matrimonios acaban divorciándose, por lo que la posibilidad de formación de la tipología familiar en estudio va en aumento.¹³² *Stepfathers of América*, organización que nuclea en Estados Unidos a segundas parejas con hijos, calcula que dentro de 10 años esta será la forma más común de organización familiar en Estados Unidos. Las cortes judiciales ante las reclamaciones que se presentan, tratan de darle una solución al caso atendiendo al precedente judicial como fuente de Derecho,¹³³ pues no obra una legislación que uniforme el tratamiento del asunto en cuestión.

En Latinoamérica la legislación de avanzada en la materia es el CC y C de Argentina, que logra un reconocimiento efectivo de la modalidad familiar en estudio, define al padrastro como progenitor afín, tal como ya se ha explicado, y señala la posición y responsabilidades que asume en la familia ensamblada; preceptos que le conceden seguridad jurídica a las soluciones judiciales que surgen en la dinámica diaria.¹³⁴

Del estudio de dicha normativa se concluyen dos posiciones del padre/madre afín

¹³¹ Vid. ENGEL, Margorie, "Familias ensambladas en todo el mundo: análisis comparativo de los enfoques legales en países seleccionados", 2004, p. 8, disponible en www.familias21internacional.com, consultado el 5 de febrero de 2016.

¹³² Vid. ESPINAR FELLMANN, Isabel *et al.*, "Familias reconstituidas: Un estudio sobre las nuevas estructuras familiares", en *Clínica y Salud*, volumen 14, no. 3, 2003, p. 303.

¹³³ Por primera vez en el año 1959 la Corte Suprema de Ohio atendió al término hijo afín, en un caso en que se cuestionaba la legitimidad de este solo porque lo incluía como posible heredero cuando el causante no tenía otros herederos, sin distinguir entre los hijos ilegítimos y los hijos afines, aclarando la Corte que eran parientes por afinidad y la relación de afinidad no se había extinguido cuando la madre había premuerto y a pesar de ellos sostuvieron sus vínculos familiares. Obviamente, la Corte amplió el concepto de afinidad interpretándolo extensivamente para llegar a esa conclusión. En California, la Corte intentó resolver una situación sobre herencia intestada, concediéndole derechos sucesorios a los hijos afines del causante, siempre que estos demostraran que no fueron adoptados por este por razones ajenas a su voluntad, tales como la negativa del otro padre para consentir la adopción, dejando sentado que refuta extender el análisis a casos donde el hijo afín es adulto y concluyendo que los beneficios de la herencia intestada a favor de estos debe regularse atendiendo a que el progenitor afín fallecido y el progenitor guardador hayan convivido establemente por dos años o más o tengan hijos comunes. Vid. GRANT BOWMAN, Cynthia, "The new illegitimacy: Children of cohabiting couples and stepchildren", en *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, article 3, 2012, pp. 446 y 447, disponible en http://digitalcommons.wcl.american.edu/jgspl/vol20?utm_source=digitalcommons.wcl.american.edu%2fjgsp%2Fvol20%2Fiss3%2F3&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages, consultado el 21 de octubre de 2018.

¹³⁴ Vid. artículos del 672 al 676 del CC y C de Argentina, sobre deberes y derechos de los progenitores e hijos afines, incorporados al Título VII, sobre responsabilidad parental.

dentro de la familia ensamblada: cuando asume de conjunto con el progenitor guardador las obligaciones que devienen de la responsabilidad parental, o cuando le son delegadas por razones de viaje, enfermedad e incapacidad transitoria del progenitor guardador, valorando siempre que el otro progenitor no tenga la posibilidad plena de cumplir estas funciones y siempre que esta decisión sea la más conveniente a los intereses de los menores,¹³⁵ y sea homologada judicialmente.

El rol complementario del padre o madre afín se apoya en la pluripaternidad jerarquizada, que adhiere a un modelo de duplicación de las funciones parentales, en el que estas son compartidas entre los progenitores titulares de la responsabilidad parental y el padre/madre afín, aunque instaurándose una regla de prioridad en favor de los primeros, dado que de la lectura del artículo 673 se desprende que en caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente, prevalece el criterio del progenitor.¹³⁶

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

¹³⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en fecha 28 de agosto de 2002, según opinión consultiva OC-17/2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, LL 2003-B-313, ha señalado que *“los niños –entendiendo por tales a toda persona que no haya cumplido los 18 años de edad– son titulares de derechos y no sólo objeto de protección”*. Por su parte, la expresión “interés superior del niño” implica que *“el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida de éste”*.

¹³⁶ La prevalencia del criterio del progenitor viene dada precisamente por su carácter de titular de la responsabilidad parental, sin embargo, en consideración de la autora, la supremacía del interés superior del niño, vista como la garantía de la protección de este ante cualquier situación que pudiera perjudicarlo o poner en peligro su bienestar, prevalece como principio que condiciona la solución de los conflictos que se presenten en la dinámica diaria de los menores de edad. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la supramencionada Opinión Consultiva no. 17 de agosto de 2002 ha señalado que el niño tiene los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos, más un “plus” de derechos específicos, justificados por su condición de persona en desarrollo, y en tal sentido dispone que los niños no deben ser considerados objeto de protección segregativa, sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo.

La legislación familiar de Uruguay no asume con total precisión el reconocimiento de la tipología familiar en estudio, sin embargo, puede el padre/madre afín asumir responsabilidades y obligaciones en virtud del Código de la Niñez y la Adolescencia, aunque sea considerado como “tercero” dentro de la familia.

El artículo 36¹³⁷ de la señalada disposición legal le concede la posibilidad al padre/madre afín, de interesar la tenencia de un menor o adolescente, dada su posición de tercero,¹³⁸ se puede interpretar entonces que asume los deberes que dispone el artículo 16 de dicha norma jurídica. También el propio cuerpo legal¹³⁹ reconoce que el padre/madre afín, de manera secundaria, presta alimentos a los hijos del otro cónyuge mientras perdure la convivencia entre ellos, requisito que condiciona esta obligación y ratifica la obligación principal que tienen los progenitores como titulares de la responsabilidad parental.¹⁴⁰

En Perú se han realizado estudios de naturaleza familiar, que demuestran la preponderancia de la familia ensamblada¹⁴¹ y ante la carencia de legislación

¹³⁷ Vid. artículo 36 en relación con el artículo 16, ambos del Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay.

¹³⁸ La posición de tercero es valorada en relación con el menor y sus progenitores biológicos, sin embargo, considera la autora que no es el padre/madre afín un tercero cualquiera, por lo que se requiere precisar con intencionalidad los deberes, los derechos y las obligaciones que este asume cuando es miembro de la familia ensamblada que ha constituido. Ante esta situación, advierte RAMOS CABANELLAS que: “[...] debemos considerar que, si a la nueva pareja del progenitor conviviente se le ha otorgado judicialmente la tenencia del niño o adolescente, podrá ser considerado responsable de ellos en los términos del artículo 16 del CNA, teniendo los deberes que la norma establece, así como los derechos que le permitan cumplir con tales deberes teniendo en cuenta el caso concreto”. Vid. RAMOS CABANELLAS, Beatriz, “Regulación legal de la denominada familia ensamblada”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, Montevideo, 2006, p. 205.

¹³⁹ Vid. artículo 51 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay.

¹⁴⁰ Esta disposición legal queda avalada por Sentencia de recurso de casación no.152/2014, de fecha 24 de marzo de 2014, recaída en la ficha: 2-5766/2009 del Tribunal Supremo de Uruguay, sobre pensión alimenticia, en la que un padre, debido a que había concertado un segundo matrimonio donde convivía junto a su nueva pareja y dos hijos menores de esta, interesó que la pensión alimenticia a que estaba obligado para su hijo fuera disminuida, recurso que fue desestimado atendiendo a varios extremos que resultaron probados y admitiendo la existencia de la modalidad en estudio en la sociedad uruguaya. Disponible en <http://www.tsupremo.gov.co>, consultado el 26 de febrero de 2016.

¹⁴¹ Apud. CUZMA CÁCERES, Gissele, *Familia ensamblada...*, cit., p. 38; REYNA URQUIZA, Henry Alan, “Familias ensambladas: su problemática jurídica en el Perú”, consultado en <http://halanreyna.blogspot.com/2013/03/familias-ensambladas-suproblemativa.html>, el día 6 de abril del 2016, *passim*; FERRANDO, Gilda, “Familias recompuestas y padres nuevos”, en *Revista Derecho y Sociedad*, no. 28, Año XVIII, Lima, 2007; ARELLANO RODRÍGUEZ, Perla Lucía, “La categoría jurídica del hijo afín a la luz del nuevo modelo de familia en el ordenamiento jurídico peruano”, en *Revista de Investigación Jurídica, IUS*, Año IV, no. 08, agosto - diciembre 2014, *passim*; GONZÁLEZ LUNA, María Alejandra, “Los retos del Derecho ante las nuevas formas de familia”, en *Comentarios a la jurisprudencia, Palestra del Tribunal Constitucional*, Año 3, no. 03, Lima, 2008, *passim*; GONZÁLEZ LUNA, María Alejandra, *El Tribunal Constitucional y las nuevas formas de familia*, disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2008/febrero/14/tc.htm>,

expresa que estipule el estatuto del padre/madre afín dentro de esta, el Tribunal Constitucional, al tener como referencia la doctrina extranjera ha admitido su existencia jurídica¹⁴² y en tal virtud apunta con ello que es deber del Estado reconocer el vacío legal que existe en ese sentido y exhorta a la jurisdicción ordinaria a resolver controversias, para lo que aplica los principios constitucionales, ya que el juzgador no puede dejar de administrar justicia frente a vacíos o deficiencias de la ley.¹⁴³

De igual manera, Colombia admite, según jurisprudencia constitucional, la existencia de diversidad familiar, donde se incluye la modalidad en estudio,¹⁴⁴ y hace pronunciamientos que protegen marcadamente los intereses de los hijos afines;¹⁴⁵ sin embargo, no obra regulación expresa que sistematice los deberes, los derechos y las obligaciones de los miembros de la familia ensamblada.

consultado el 25 de noviembre del 2015, *passim*; VEGA MERE, Yuri, “La familia por venir, entre lo público y lo privado, entre la tradición y la modernidad (o postmodernidad)”, en *Las nuevas fronteras del Derecho de familia*, 2ª edición, Colegio de Abogados de La Libertad, 2005, *passim*; “La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho”, en *Jus Constitucional*, no. 06, *Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Grijley, Lima, junio 2008, o en *Jurisprudencia Casatoria, Derecho Civil y procesal civil*, tomo III, Editorial Motivensa, Lima, 2009, *passim*; PLÁCIDO, Alex, “Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio”, en AA.VV., *La constitución comentada*, Gaceta Judicial, Lima 2005, *passim*; “Familia, matrimonio, convivencia y constitución”, en *Jus Constitucional*, no. 06, *Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Grijley, Lima, junio 2008, *passim*; ESQUIBEL AGUILAR, José Karlo, “La necesidad de un marco legal sobre los hijos afines menores de edad dentro de una familia ensamblada en el Perú”, *Tesis para optar el Título Profesional de Abogado*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Escuela Profesional de Derecho, Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo-Perú, 2017, *passim*.

¹⁴²El Tribunal Constitucional de Perú, ante distintas situaciones de la dinámica familiar, se ha pronunciado reconociendo la existencia de la familia ensamblada. En tal sentido se han dictado disposiciones judiciales en el expediente no. 09332-2006-PA/TC, expediente no. 04493-2008-PA/TC y expediente no.02478-2008-PA/TC. Sentencias disponibles en <http://www.pj.gob.pe>, consultadas el 25 de noviembre de 2015.

¹⁴³CUZMA CÁCERES, Gissele, *Familia ensamblada...*, *cit.*, p. 147.

¹⁴⁴En Sentencias C-271 de 2003 y C-577 de 2011, la Corte ha dicho que se entiende por familia, “aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”. Igualmente, en Sentencias T-572 de 2009 y C-577 de 2011, dicho órgano ha afirmado que la protección a los diferentes tipos de familia debe ser entendida en concordancia con el principio del pluralismo, por lo que no es plausible identificar a la familia únicamente como aquella institución surgida con el carácter de familia nuclear. Sentencias disponibles en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultadas el 26 de febrero de 2016.

¹⁴⁵ Sentencia T-070-15, dictada por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, de fecha 18 de febrero de 2015, que ratificó la Sentencia de 16 de junio de 2014, dictada por el Juzgado 13 Civil Municipal de Bogotá D.C., que tuteló los intereses del menor que convive en familia ensamblada y considera que por esa razón debe recibir los beneficios que recibe el padre/madre afín como trabajador, sobre auxilios de guardería y primaria. En Sentencia

Nicaragua, en consideración de la autora, ofrece la posibilidad legal¹⁴⁶ de que ante la falta de los progenitores, otro familiar,¹⁴⁷ que nada obsta que sea el padre/madre afín, sea quien asuma la autoridad parental, siempre con la condición de que encabece la familia; empero, no quiere ello decir que exista una regulación concreta que proteja los roles de los miembros de las familias ensambladas.

Coincidentemente con otras legislaciones,¹⁴⁸ la legislación familiar nicaragüense¹⁴⁹ dispone que la manutención y educación de los hijos o hijas de solo uno de los cónyuges o conviviente es una carga de la comunidad de bienes.

En sentido general, considera la autora que es coincidente en todos los ordenamientos jurídicos de los países estudiados que el estatus del padre/madre afín en la formación diaria del hijo afín depende de la autonomía de la voluntad de los miembros de la familia ensamblada, siempre que esta no atente contra el orden público y asuma los principios de responsabilidad, solidaridad familiar y protección de los intereses de los menores de edad que con ellos conviven.

En todos los casos prevalece el criterio de los padres, es la postura del padre/madre afín en ocasiones subsidiaria¹⁵⁰ y en otras de complemento,¹⁵¹ con

T-586 de 1999 estudió un caso en el cual la Caja de Compensación de Fenalco, del Tolima “Comfenalco”, se negó a reconocer el pago del subsidio familiar a Malka, menor de edad, quien era hija biológica del actor, el cual vivía en unión libre con su compañera permanente y conformaban entre los tres una familia. En esa oportunidad se concedió la protección constitucional y se ordenó reconocer y pagar el subsidio familiar en dinero. Pronunciamientos similares encontramos en las Sentencias T-403 de 2011 y T-606 de 2013, que favorecen el derecho de igualdad entre los hijos biológicos, adoptados y aportados, estos últimos son los que identificamos como hijos afines. Sentencias disponibles en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultadas el 26 de febrero de 2016.

¹⁴⁶ Vid. artículo 267 del Código de Familia de Nicaragua.

¹⁴⁷ Cuando se refiere el artículo 267, antes señalado, a que otro familiar que encabece la familia puede asumir la autoridad parental en ausencia de los progenitores, podría coincidir con la persona del padre/madre afín, en virtud de una interpretación extensiva de la disposición legal, en tanto este puede resultar un pariente por afinidad, y en ese sentido el precepto que se analiza no especifica el tipo de parentesco a considerar para conceder la condición de titular de la autoridad parental.

¹⁴⁸ Se referencian algunas legislaciones que asumen como cargas del matrimonio los gastos en que se incurra en relación con la formación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges, pudiéndose señalar el artículo 118 del Código de Familia de Bolivia; el artículo 71 del Código de Familia de Honduras y el artículo 194, inciso a, del Código Civil de Paraguay.

¹⁴⁹ Vid. artículo 124 del Código de Familia de Nicaragua.

¹⁵⁰ Cuando de carácter subsidiario se trata, se está en presencia de la posibilidad real de delegar a favor del padre/madre afín el ejercicio de la responsabilidad parental cuando los titulares de esta no pueden cumplir cabalmente con sus funciones por razones de orden superior, tales como enfermedades, viajes, etc., o sea, temporalmente responde por la atención y crianza del hijo afín.

¹⁵¹ El carácter complementario de la responsabilidad del padre/madre afín se muestra con la cooperación directa que este tiene en la crianza y formación de los hijos de la pareja, el deber del

carácter temporal y dadas circunstancias excepcionales, en apoyo siempre a la posición del padre custodio pues no puede confundirse el estatus paterno en la vida hogareña con la patria potestad, porque en ningún caso se le otorga a los padres/madres afines la patria potestad automática al contraer matrimonio o unirse de hecho con el guardador.

Ante lo concluido, se impone el análisis de la modalidad familiar en estudio en la realidad cubana, en virtud de los factores que inciden en su formación, sus antecedentes legales y las exiguas muestras de protección legal que existen al respecto, hasta la vigencia de la nueva Constitución.

1.3. La familia ensamblada en Cuba

Las familias ensambladas existieron siempre, pero con una diferencia notable: ayer, resultaban de la viudez; en la actualidad, se originan principalmente por la separación de la pareja. LE GALL subraya que a diferencia de la viudez, en la que el padrastro o la madrastra vienen a ocupar un lugar 'vacante', la desunión hace de este último un actor suplementario del reparto familiar. El papel de padrastro o madrastra, por lo tanto, no se puede desempeñar únicamente en el modo de la sustitución. La recomposición de la familia tras una separación con hijos de la unión anterior requiere que se vuelva a considerar la organización familiar según modelos de comportamiento inéditos, en particular, en lo que se refiere a los deberes y obligaciones de los actores, tanto en el hogar recompuesto como en la constelación familiar.¹⁵²

Se coincide con la profesora ARÉS MUZIO, para quien “[...] (l)a familia se ha diversificado en su composición, estructura y tipología, la familia cubana ha tenido que accionar en un escenario de grandes transformaciones sociales, por lo que sus características estructurales, evolutivas y dinámicas han cambiado a tenor de los cambios sociales, no es posible hablar de una única familia cubana, muy por el contrario, los cambios estructurales y evolutivos [...], así como las dificultades con

cónyuge o conviviente de un progenitor a cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, participar en la realización de los actos cotidianos de estos niños, tales como: reuniones escolares, participación en eventos deportivos, en actividades recreativas, cuestiones de enfermedad, destacándose que esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental, que solo tienen los progenitores.

¹⁵² Vid. LE GALL, Didier, “La evolución de la familia en Francia. De la aparición del pluralismo familiar a la cuestión de la pluriparentalidad”, disponible en http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-00062008000400005&lng=es&nrm=i, consultado el día 14 de mayo de 2016.

la vivienda, han generado diversas formas de familia. Así encontramos familias extensas (de varias generaciones), familias de convivencia múltiple, monoparentales, familias de segundas y terceras nupcias”.¹⁵³

Ello trae consigo el análisis de los factores de carácter psicosocial que inciden en la formación de la familia ensamblada cubana, así como sus antecedentes legales y los destellos de reconocimiento en las normas constitucionales, leyes familiares o de otro orden.

1.3.1. Factores que condicionan la existencia de la familia ensamblada cubana

La socióloga Reina FLEITAS destaca que por mucho tiempo se propagó la idea de la crisis y desaparición de la familia, inferidas de los cambios estructurales y funcionales que se produjeron en la sociedad y en la institución familiar con el advenimiento de la modernidad. Existen cambios a nivel mundial que remueven los conceptos ancestrales de la familia y Cuba no vive al margen de estos acontecimientos.¹⁵⁴

Entre los factores que más incidencia tienen en la sociedad cubana actual se relacionan los que siguen:

a) Empoderamiento de la mujer:

El artículo 43 de la Constitución cubana¹⁵⁵ refrenda que el hombre y la mujer gozan de iguales derechos en lo económico, político, cultural, laboral, social, familiar y en cualquier otro ámbito; este artículo preceptúa el deber del Estado de garantizarle tales derechos. También en el Código de Familia¹⁵⁶ se expresa la igualdad absoluta de los cónyuges en el matrimonio. Todo esto ha llevado, junto con el tratamiento diferenciador que le ha concedido el proceso revolucionario, a que las mujeres cubanas sean artífices de su propia vida, que tengan la posibilidad real de imponerse, satisfacer sus intereses y ser las promotoras de su desarrollo y enriquecimiento personal.

¹⁵³ Vid. ARÉS MUZIO, Patricia, *Psicología de familia. Una aproximación a su estudio*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p. 38.

¹⁵⁴ Vid. FLEITAS, Reina, “El pensamiento sociológico sobre la familia, el parentesco y el matrimonio”, en Ana Vera Estrada (compiladora), *La familia y las Ciencias Sociales*, Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, La Habana, 2003, p. 64.

¹⁵⁵ Vid. artículo 44 de la Constitución de la República de Cuba.

¹⁵⁶ Vid. artículo 24 del Código de Familia de Cuba.

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

Actualmente, la mayoría de las mujeres cubanas tienen su propia autonomía e ingresos, que van desde el salario hasta las remesas familiares. Las mujeres ya no ven el matrimonio como modo de vida para que las mantengan, han ganado en independencia, en autoestima, en planes de vida propios y maternidad independiente en algunos casos.¹⁵⁷

Las estadísticas¹⁵⁸ demuestran que en el año 2015, las mujeres graduadas de la educación superior representaron el 60.3 %; por su parte, los hombres ascendían a 39.7 %. El porcentaje de mujeres ocupadas profesional y técnicamente era de 66.3, mientras que los hombres sumaban 33.7 %, donde el 47.2 % de las mujeres¹⁵⁹ son dirigentes y el 52.8 % son hombres, y un total de 53.22 % de las mujeres se desempeñan como diputadas a la Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba.¹⁶⁰

El empoderamiento de las mujeres en Cuba es sinónimo de emancipación e independencia, o sea, es la posibilidad real de poder tomar decisiones y dar un sentido a su propia vida, tener capacidad para satisfacer sus necesidades e intereses y ser principal promotora de su desarrollo y enriquecimiento personal.

Independientemente de los resultados alcanzados, existen brechas de géneros y retos, a los que las mujeres cubanas se enfrentan con sabiduría y perspicacia, lo cual les brinda la oportunidad de asumir roles trascendentales dentro de la sociedad cubana.

¹⁵⁷ Vid. FERNÁNDEZ RUIZ, Lourdes E., "La familia: retos de hoy", revista *Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, disponible en <http://www.dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com>, consultado el 20 de junio de 2016.

¹⁵⁸ *Anuario estadístico de Cuba 2015*, edición 2016, publicado por la Oficina Nacional de Estadísticas, consultado en www.one.cu, el 15 de marzo de 2017.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ *Idem*.

b) Valoración temporal del matrimonio y aumento de la unión de hecho:

Las familias en Cuba se conforman aunque no medie un vínculo legal, pues se reconocen socialmente con igualdad de condiciones las uniones libres y las legales. De este modo, conviven hijos de matrimonios o uniones anteriores, creándose situaciones convivenciales muy complejas.

En el llamado periodo especial, los matrimonios se formalizaban con el objetivo de obtener determinados beneficios que solo se conseguían con la condición de cónyuges. Esto conllevó que la esencia de la institución se desvirtuara y que los cubanos comenzaran a considerar como una mejor opción las uniones convivenciales o de hecho, máxime cuando la legislación familiar vigente concede la oportunidad de reconocer judicialmente las uniones matrimoniales no formalizadas al ocurrir la separación de la pareja o por el fallecimiento de uno de sus miembros, si se tipifican los requisitos legales para ello,¹⁶¹ proceso que evidentemente tiene un carácter patrimonial y es propenso a la extinción, dado el reconocimiento que el artículo 82¹⁶² de la Ley de leyes le concede a la unión de hecho como forma de organización familiar, con sus propios efectos jurídicos, que serán señalados oportunamente por la ley.

En la actualidad, cerca del 35 % de la población cubana es casada y existe una alta tasa de uniones consensuales, pero el promedio de duración marital es solo de 10 a 15 años. Esta es la otra arista del patrón de nupcialidad: el incremento de la divorcialidad.¹⁶³

c) Elevado índice de divorcialidad:

El divorcio en Cuba ha transitado por varios periodos, sin embargo, su data de instauración se ubica a partir del año 1918, pues el Código Civil español de 1889 no contemplaba la disolución del vínculo matrimonial; solo estipulaba la suspensión de la vida en común de los esposos, es decir, la separación de los cuerpos, la posibilidad de acceso al divorcio se encontraba vinculada a normas religiosas.

¹⁶¹ Vid. artículo 18 del Código de Familia de Cuba.

¹⁶² Vid. artículo 82 de la Constitución de la República de Cuba.

¹⁶³ Vid. FERNÁNDEZ RUIZ, Lourdes E., "La familia...", *cit.*, revista *Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, disponible en <http://www.dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com>, consultado el 25 de febrero 2016.

En el año 1918 se promulga la ley que establece el divorcio con disolución del vínculo matrimonial, libera a los cónyuges para contraer nuevas nupcias, reconoce ocho nuevas causales de divorcio y se distancia de las condicionantes religiosas. Esta ley es ampliada y modificada en años posteriores (1927, 1928, 1930 y 1933). En el año 1934 se aprueba una ley que sustituye la legislación anterior y reconoce dos tipos de causales que pueden conducir al divorcio: las *culposas* y las *sin culpa*; además, introduce un tipo de divorcio que fue acuñado como recíproco disenso.¹⁶⁴

Con la promulgación de la Constitución de la República en 1940 adquiere reconocimiento legal el divorcio vincular, adoptándose normas que atribuyen equidad al matrimonio y al divorcio, pero solo en el plano formal, pues la práctica continuaba alejada de estas regulaciones, ya que existían desigualdades propias que favorecían los intereses de las clases con mejor posición social y ubicaban a la mujer en una situación desventajosa y con marcada dependencia económica del esposo, provocándole rechazos y discriminación dentro de la sociedad.

Con la entrada en vigor del Código de Familia cubano (en 1975), la institución familiar en estudio adquiere un tratamiento diferenciado, por tal razón quedan soslayadas las posiciones y normativas contrarias a los principios de igualdad de derechos entre los esposos.

Al regular el divorcio el Código de Familia no enuncia taxativamente sus causas; este se contempla como una de las vías de extinción del matrimonio. En la actualidad cubana se logra la disolución del vínculo matrimonial en virtud del divorcio de carácter judicial,¹⁶⁵ que puede ser de mutuo acuerdo o cuando el tribunal compruebe que existen causas que demuestran que el matrimonio ha perdido el sentido para la familia y la sociedad en sentido general, así como por vía notarial,¹⁶⁶ que ocurre cuando existe un total acuerdo entre los cónyuges sobre la disolución del matrimonio, las convenciones sobre hijos e hijas, menores de edad, y sobre la vivienda, si esta fue adquirida en mano común y, por consiguiente, se tramita en tiempo muy breve y libre de todo carácter litigioso.

¹⁶⁴ Vid. VALDÉS JIMÉNEZ, Yohanka, "El divorcio en Cuba. Características generales y efectos para la familia", en David Robichaux (compilador), *Familia y diversidad en América Latina. Estudios de casos*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Editorial CLACSO, Buenos Aires, 2007, pp. 215 y 216.

¹⁶⁵ Vid. artículo 51 del Código de Familia de Cuba.

¹⁶⁶ Vid. Decreto-Ley no. 154/1994, de 6 de septiembre, que regula el divorcio notarial en Cuba.

Tanto por una vía como por la otra no se complejiza el proceso de divorcio, de ahí que a los cónyuges les resulte relativamente fácil lograr su pretensión disolutiva. Todo ello motiva que las tasas de divorcialidad hayan aumentado considerablemente.

Estudios demográficos publicados en el año 2016 demuestran que en el año 2015 se formalizaron un total de 61902 matrimonios¹⁶⁷ y, a su vez, en ese propio año se disolvieron 33174¹⁶⁸, de ellos la tasa de divorcio más alta ocurre en matrimonios que han tenido 15 o más años de duración, que ascienden a 10954,¹⁶⁹ cifra que evidencia la inestabilidad de los vínculos, junto a una mayor autenticidad y autonomía en el amor, cierta fragilidad de las parejas de hoy, así como que por el tiempo de duración se presume la existencia de descendencia, lo que consecuentemente propicia la constitución de ensambles familiares.

El divorcio en Cuba no necesariamente se concibe como un asunto traumático y aunque las separaciones se incrementan, también lo hace el número de personas que deciden volver a casarse o unirse luego de un primer y hasta de un segundo rompimiento. Quienes se divorcian, por lo general, no mantienen su soltería, sino establecen nuevas relaciones e incluso retoman un nuevo matrimonio como alternativa.

El divorcio no es linealmente perjudicial a la educación de los hijos, porque no necesariamente supone la extinción de la familia, sino un cambio cualitativo, un reordenamiento y una redimensión de las relaciones afectivas, lo cual, con una perspectiva de género inclusiva, promovería relaciones equitativas de colaboración, implicación y participación de ambos padres en la educación y entrega de afecto a los hijos.¹⁷⁰

d) Intensificación del flujo migratorio:

El fenómeno migratorio, reconocido como uno de los problemas globales más graves, es un acontecimiento con marcada incidencia en el desarrollo de la familia cubana de los últimos años.

Se estima que la cifra general de personas emigradas en Cuba oscila entre 1 600.000 y 1 700.000, con una alta concentración regional en Norteamérica (81 %) y

¹⁶⁷ *Anuario estadístico de Cuba 2015*, edición de 2016.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ *Vid.* FERNÁNDEZ RUIZ, Lourdes E., "La familia...", *cit.*, p.14.

los mayores asentamientos en Estados Unidos, España, Venezuela y México.¹⁷¹

Los flujos migratorios desde Cuba se caracterizan por la multiplicidad de causas, que lo explican al vincularse con factores internos de la sociedad, tales como las transformaciones políticas y económicas, las contradicciones socioclasistas, las cadenas migratorias que se establecen y el desarrollo de redes sociales.

A partir de 1959, el contexto abarca estas dinámicas, con particular incidencia en las relaciones familiares y en la subjetividad de las personas. Los rasgos del flujo migratorio externo desde la década de los 90 del pasado siglo hasta la fecha ha tenido cambios en cuanto a su naturaleza, ha aumentado la emigración legal definitiva y temporal, así como las salidas ilegales del territorio nacional y las visitas de emigrados cubanos a su país, en calidad de retorno, asumiendo ello como opción de vida.

Las modificaciones que se impusieron con la Ley Migratoria,¹⁷² vigentes desde el año 2014, que no le resta derechos a los ciudadanos cubanos que retornen al país antes del término de 2 años, incidieron marcadamente en el carácter de la migración cubana actual. Son muchos los nacionales que deciden separarse de su familia para probar fortuna en otro sitio del mundo, con la expectativa de retornar en término o llevarse consigo después a los suyos, sin percatarse que la distancia de la pareja atenta contra la estabilidad de la unión, sea esta consensual o se trate de un matrimonio, lo que en muchas ocasiones provoca la separación definitiva de la pareja y, por consiguiente, la posibilidad de reconstituir la familia en segundas uniones, siempre que exista descendencia de la familia separada.

e) Pérdida de valores familiares:

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

¹⁷¹ Vid. AJA DÍAZ, Antonio, "Cuba: país de emigración a inicios del siglo XXI", en *Anuario Digital CEMI*, Universidad de La Habana, 2006, disponible en <http://www.uh.cu/centros/ceMI/index.htm>, consultado el 27 de junio de 2017.

¹⁷² Vid. artículo 9.2 de la Ley no.1312, "Ley de Migración" (edición actualizada), *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, no.41, de 18 de diciembre de 2015, Ministerio de Justicia, disponible en <http://juriscuba.com/wp-content/uploads/2015/12/Ley-migracion.reglamento-actualizada-2012pdf>, consultado el 3 de marzo de 2018.

económico, unido a factores de insolvencia económica de la propia sociedad cubana.

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

Todo ello se ha acompañado de un alto costo y un gran impacto en el tejido social, por lo abrupto, inesperado y diferente de la nueva realidad no inscrita hasta ese momento en el imaginario social vigente, las alternativas de solución para la crisis han tenido un impacto directo en la familia cubana, que han provocado un efecto diferenciador en la microeconomía familiar.

En los años 90 la familia se vio precisada a asumir retos de supervivencia, por lo que desarrolló, en consecuencia, una cultura de resistencia y estrategia de vida que evidencian el impacto de la crisis económica, tales como la desconexión entre la redistribución laboral y las aspiraciones individuales, familiares, de desarrollo profesional y bienestar material y espiritual, la pérdida de valores y la inserción inevitable de la cultura del mercado en nuestra economía. Todo ello generó una ética desligada de la solidaridad, la fraternidad y la justicia social.

Con menor o mayor incidencia, todos estos factores contribuyen a que en las últimas décadas se origine una pluralidad de modalidades familiares, donde resalta considerablemente la familia ensamblada.

1.3.2. Antecedentes legales de la familia ensamblada en Cuba

La familia ensamblada en Cuba tiene, al igual que en el resto de Latinoamérica, una data antiquísima y su primer vestigio de regulación se sitúa en el Código Civil español de 1889, hecho extensivo a Cuba en virtud del Real Decreto de 31 de julio de igual año, el que entró en vigor después de tres meses de promulgado y ratificada su vigencia en virtud de la Transitoria Séptima de la Constitución del año 1901.¹⁷³

¹⁷³ Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Tras las huellas del legislador del Código Civil de los cubanos", en AndryMatilla Correa, *Estudios sobre Historia del Derecho en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2009, pp. 233 y 234.

Admite dicha disposición legal la existencia de la familia ensamblada cuando dispone que sujeta a reserva¹⁷⁴ a favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio los bienes que el viudo o viuda adquirió de este por vía sucesoria, contrato de donación o cualquier título lucrativo,¹⁷⁵ e igualmente los adquiridos de los hijos de su primer matrimonio o de los parientes del difunto en virtud de este,¹⁷⁶ hechos que en consideración de la autora estaban encaminados a la protección patrimonial de la descendencia¹⁷⁷ ante la llegada de un “extraño” o “extraña” a la familia, que muchas veces asumía las nupcias valorando el patrimonio que podía aportar su nueva pareja.

Evidentemente, disponía también la legislación que cesaría la obligación de reserva cuando los beneficiados renunciaren a ella o cuando lo entregado al padre o madre se hubiera hecho a sabiendas que contrajo segundas nupcias.¹⁷⁸ Estos pronunciamientos legales, además de la demostración ya anunciada, de la posibilidad de admitir la existencia de la familia ensamblada desde hace más de un siglo, evidencian un tratamiento diferenciado entre los hijos del primer matrimonio y los del segundo, suprimiéndose la reserva troncal o lineal en virtud del artículo 1 del Decreto 553 de 28 de mayo de 1908.

En otro orden, el derogado Código Civil también deja sentadas las bases de la existencia de la modalidad familiar en estudio, cuando dispone la pérdida de la patria potestad que la madre ejerce sobre los hijos si contrae segundas nupcias, salvo que lo haya admitido el padre en disposición testamentaria;¹⁷⁹ además, en los casos de tutela testamentaria, si tiene a su abrigo un hijo menor o mayor incapacitado de su primer matrimonio, no puede ejercerla al contraer el segundo, salvo que sea aprobado por el consejo familiar.¹⁸⁰

¹⁷⁴ La Sentencia 019 de 2017, dictada por la Audiencia Provincial, Sección no. 5, de Palma de Mallorca, considera la reserva *“como una variedad, de características propias, de las limitaciones de la autonomía de la voluntad en las sucesiones mortis causa, o sea, de aquéllas en las que el legislador ha señalado un orden de suceder de obligado acatamiento, de tipo de las legítimas, aunque diferenciada de ellas, porque su contenido no se marca por una cuota de parte, sino que se concreta a determinado bienes, teñidos por su origen y cuya calidad de reservables depende de una complejidad de circunstancias”*. Disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultada el 28 de octubre de 2018.

¹⁷⁵ Vid. artículo 968 del derogado Código Civil español de 1889.

¹⁷⁶ Vid. artículo 969 del derogado Código Civil español de 1889.

¹⁷⁷ Vid. artículo 971 del derogado Código Civil español de 1889.

¹⁷⁸ Vid. artículo 970 del derogado Código Civil español de 1889.

¹⁷⁹ Vid. artículo 168 del derogado Código Civil español de 1889.

¹⁸⁰ Vid. artículo 206 del derogado Código Civil español de 1889.

Son estos los fundamentos esenciales que nos permiten argumentar que la familia ensamblada tiene orígenes antiguos en la legislación vigente en la Cuba colonial. Aunque en aquel entonces su única razón era el fallecimiento del cónyuge, hoy prevalece esa causa, sin embargo, la que le imprime cotidianidad es el divorcio como forma de extinción del matrimonio, por lo que procede valorar la protección que desde la Ley de leyes se le ofrece a la institución en cuestión.

1.3.3. Amparo constitucional de esta modalidad familiar

Es la familia la única institución social que se manifiesta en todas las civilizaciones; se reconoce como la unidad básica de cualquier sociedad que se encuentra sujeta a un proceso de profundos cambios en las distintas aristas de la vida cotidiana, por lo cual posee distintas formas de organización y no existan reglas concretas que impongan su tipicidad.

La pareja ha atravesado por diferentes etapas a lo largo de su desarrollo, que constituyen un reflejo de su formación e inclusión en un contexto socio histórico, determinado por pautas o normas legales, económicas y culturales. Por tanto, al definir esta forma de unión, es necesario considerar sus cambios fundamentales en función de contextos y espacios socioculturales, que imprimen un sello particular al desarrollo de las más variadas formas de relación.¹⁸¹

Al decir de DURÁN: “En sentido estricto, la familia no existe, es una sustantivización o abstracción conceptual [...] lo que conocemos son formas muy variadas y cambiantes de relaciones interpersonales en torno a dos ejes de vinculación: los de afinidad y los consanguíneos. La familia es una continuidad simbólica que trasciende a cada individuo y a cada generación, que engarza el tiempo pasado y el tiempo futuro [...] siempre hay un núcleo de familiares reconocidos que viven en hogares separados y, no obstante, forman parte de un ‘nosotros’ psicosociológico de identidad colectiva [...] Los hogares son acotaciones del espacio y del tiempo [...] son configuraciones de símbolos y la coincidencia en el mismo espacio proporciona también cierta identidad de grupo”.¹⁸²

¹⁸¹ Vid. VALDÉS JIMÉNEZ, Y., “El divorcio en Cuba. Características generales...”, *cit.*, p. 222.

¹⁸² Vid. DURÁN, María de los Ángeles, “La Red iberoamericana para la integración de la producción de los hogares en los Sistemas de Contabilidad Nacional”, en V Conferencia Iberoamericana sobre Familia, Madrid, 2000, disponible en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/robichaux/10>, consultado 27 de octubre de 2018.

En igual línea de pensamiento que DÍAZ TENORIO, VALDÉS JIMÉNEZ y DURÁN GONDAR, considera la autora que la diversidad de familias existentes posee determinados recursos materiales, intelectuales y afectivos. Cada familia es una individualidad específica, pero todas, de alguna manera, sufren cambios, no solo determinados por su propia evolución como grupo primario, sino por las condiciones cambiantes de un medio social que ha alcanzado un nivel de desarrollo económico y político que garantiza –y aún lo hace hoy, pese a las dificultades– una estabilidad ciudadana.¹⁸³

La familia posee un carácter maleable o dúctil, por consiguiente, cada persona al construir su propia biografía se percata que en el transcurso de su vida ha transitado por distintos modelos de familia, razón por la que se ratifica en lo dispuesto en el precepto 24 de los Principios de Yogyakarta,¹⁸⁴ cuando estipula el derecho que tienen los ciudadanos a “formar una familia”. De su texto se infiere la ratificación del derecho que toda persona tiene de formar libremente una familia, con sus propios rasgos y con independencia de su orientación sexual o identidad de género.

Al decir de la profesora PRIETO VALDÉS: “No es el Derecho el que determina que uno u otro derecho sea fundamental, sino que su consideración como tal es resultado del nivel de desarrollo y reconocimiento que hace cada sociedad en correspondencia con aspiraciones y reclamos; aunque tampoco podemos negar la importancia y utilidad del Derecho, a fin de hacerlos efectivos y permitir su defensa frente a terceros”.¹⁸⁵

Coincide la suscrita con KELSEN cuando realza la posición legal que tiene la Constitución como Ley de leyes, al exponer: “La Constitución es la razón por la cual las leyes son normas válidas. En este sentido, la Constitución es una norma de mayor jerarquía que las normas representadas por las demás leyes. Las leyes escritas y consuetudinarias se basan en la Constitución en el mismo sentido en

¹⁸³ Vid. DÍAZ TENORIO, Mareelén, Yohanka VALDÉS JIMÉNEZ y Alberta DURÁN GONDAR, “Consideraciones teórico-metodológicas para el abordaje socio psicológico de la familia en la realidad cubana”, en David Robichaux (compilador), *Familia y diversidad en América Latina. Estudios de casos*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO, Buenos Aires, septiembre 2007, p. 138.

¹⁸⁴ Vid. artículo 24 de los Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, disponible en <http://www.lexisnexis.com/fr/droit>, consultado el 23 de agosto de 2017.

¹⁸⁵ Vid. PRIETO VALDÉS, Martha, “Una mirada desde y para el orden jurídico cubano: en defensa de los derechos”, revista *Anales de la Academia de Ciencias de Cuba*, volumen 3, no. 2, 2013, p.2.

que las decisiones de los tribunales, es decir, las normas individuales que los tribunales establecen se basan sobre leyes. Que una norma jurídica se basa en otra significa que la última es la razón por lo que otra es válida”.¹⁸⁶

La familia de hoy se ubica como eje central del Derecho privado y a su vez del Derecho público, de ahí que el Derecho constitucional de familia se encarga de proteger las políticas relativas al lugar que esta ocupa en la sociedad, es un fenómeno social que requiere un orden normativo de carácter complejo, que engloba los retos de articulación entre disímiles arquetipos familiares.

Argumentan ZÚÑIGA y TURNER que “El Derecho constitucional de la familia apunta a las políticas de la familia en un sentido amplio. En otras palabras, busca responder a las grandes preguntas relativas al lugar de la familia y su rol en el Estado y la sociedad [...] la constitucionalización de la familia es un fenómeno normativo extremadamente complejo, que se desenvuelve en varias dimensiones regulativas (yuxtapuestas y disímiles), cumple diversas funciones normativas e involucra desafíos de articulación entre diferentes paradigmas”.¹⁸⁷

Tal y como refiere VILLABELLA ARMENGOL: “[...] el modelo público de familia constitucionalizado en Latinoamérica es expansivo y tiene los siguientes rasgos principales: ruptura con la concepción del matrimonio como único acto constitutivo de la familia; enunciación de la trascendencia social de la familia; protección a los diversos tipos de familia; igualdad de filiación; énfasis en la obligación de los padres en el cuidado y educación de los hijos; reconocimiento del menor como sujeto de derechos; protección del Estado a la familia, el matrimonio, la maternidad y la infancia, al paralelo que se establecen políticas públicas y programas al respecto; responsabilidad del Estado y la familia en la protección del anciano y las personas con capacidades diferentes, con lo cual se delinea una noción de familia extensa; inclusión de otros contenidos de la institución familiar (divorcio, adopción, patrimonio familiar, sucesión); reconocimiento de derechos a la familia como grupo (igualdad de los cónyuges, contraer matrimonio, fundar

¹⁸⁶ Vid. KELSEN, Hans, *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946, p. 244.

¹⁸⁷ Vid. ZÚÑIGA, Yanira y Susan TURNER, “Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, no. 20-2, julio 2013, p. 278.

familia, igualdad de sus miembros, intimidad, inviolabilidad del domicilio, vivienda, honor, decidir sobre la reproducción y número de hijos)”.¹⁸⁸

Cuba no escapa del tránsito inevitable, el nuevo texto constitucional se muestra a tono con la actualidad constitucional latinoamericana, pues en su artículo 81¹⁸⁹ admite el reconocimiento por parte del Estado de disímiles formas de organización familiar. Con esa argumentación consiente que la sociedad cubana actual posee pluralidad de modalidades familiares y todas, sin distinción, encuentran en este precepto la protección legal sobre la base del principio de igualdad de derechos, deberes y oportunidades de todos sus miembros.

Además, es ratificada la condición de la familia como célula básica en la que se asienta cualquier sociedad para la formación de las nuevas generaciones, por ello la autora coincide con PÉREZ GALLARDO cuando afirma: “La realidad social cubana ofrece hoy día un variopinto panorama de las diversas formas familiares elegidas por las personas para desarrollar su proyecto de vida”.¹⁹⁰

Se trata de un texto constitucional de avanzada, que refleja la realidad cubana de estos tiempos, pues no es solo un texto jurídico, sino expresión de un estado de desarrollo educativo y didáctico del patrimonio del pueblo.

Asume el nuevo texto constitucional las argumentaciones ofrecidas por la profesora ÁLVAREZ-TABÍO ALBO cuando afirma: “La primera tarea le corresponde al Derecho Constitucional, dejando el camino abonado para que el Derecho de familia regule los nuevos modelos familiares: las familias monoparentales, las familias recompuestas, reconstituidas o ensambladas, las fundadas en relaciones de parejas no casadas de heterosexuales o del mismo sexo, e incluso otras relaciones de convivencia en las que, faltando la *affectio maritalis* típica de las

¹⁸⁸ Vid. VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, “El derecho constitucional familiar en Europa y América Latina”, en Leonardo, B. Pérez Gallardo, Carlos Manuel Villabella Armengol y Germán Molina Carrillo (coordinadores), *Derecho familiar constitucional*, Editorial Mariel, Puebla, 2016, pp. 20 y 21.

¹⁸⁹ Vid. artículo 81 de la Constitución de la República de Cuba. Apunta el profesor PÉREZ GALLARDO: “[...] que es trascendente la formulación del artículo 81 constitucional cuando sustenta que los vínculos nacidos de las distintas construcciones familiares pueden ser jurídicos, o de hecho, pero en todo caso, o sea, los unos y los otros, de naturaleza *afectiva*. O sea, cualesquiera sean estos, lo

que les distingue y les caracteriza es la afectividad. Ese vínculo afectivo afianza el comprometimiento mutuo en el proyecto de vida en común que construye cualquiera de los modelos familiares”. Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El nuevo desafío de la filiación...”, *cit.*, p. 4.

¹⁹⁰ Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Familias ensambladas...”, *cit.*, p. 78.

relaciones matrimoniales o de pareja, se fundamentan solamente en la ayuda mutua o la prestación de asistencia”.¹⁹¹

La admisión constitucional de la existencia de familias en nuestra sociedad consolida lo que sabiamente argumentó el profesor PÉREZ GALLARDO cuando dijo: “Se trata de una interpretación que desborda el contenido normativo de los preceptos constitucionales dedicados a la regulación de la familia, para dar cobija a otras construcciones familiares que requieren igual protección porque forman parte también de ese concepto flexible y contemporáneo de familia”.¹⁹²

Los pronunciamientos recogidos en el Capítulo III, del Título V, de la Constitución de 2019, relativos a las familias, demuestran la integralidad y coherencia que existe en dicho cuerpo normativo, en tal sentido se encuentra reflejada la protección familiar en las distintas aristas que son tratadas en este, sin que se muestre discriminación de un modelo familiar sobre otro, pues se encuentran todos en posición horizontal, sea cual sea el hecho fundante.

Si se intenta ahora describir patrones o tipos de familia en la sociedad cubana actual, ha de partirse en todo caso de considerar el profundo proceso de homogenización que se ha producido en las últimas décadas y los retos que enfrenta la familia cubana de hoy; entre ellos los planteados por la situación económica actual, el incremento del turismo, la existencia de diferentes formas de organización de la economía, el aumento de las personas de la tercera edad, la intensificación y revitalización de las redes de parentesco con familiares emigrados; todos han incidido en las transformaciones que han sufrido las relaciones familiares y directamente en los roles que desempeñan sus miembros.

Muy a tono con nuestra realidad social, en especial con el desinterés que por décadas los jóvenes cubanos muestran por la formalización del matrimonio, el texto constitucional cubano en su artículo 82¹⁹³ reconoce la unión de hecho y el matrimonio como hechos que originan distintas formas de organización familiar.

En lo que compete al tema objeto de esta investigación, resulta muy atinado además lo preceptuado en el artículo 84¹⁹⁴ del texto constitucional al admitir la

¹⁹¹ Vid. ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, “Retos del Derecho de familia. Autonomía y unidad”, en Leonardo, B. Pérez Gallardo, Carlos Manuel Villabella Armengol, Germán Molina Carrillo (coordinadores), *Derecho familiar constitucional*, Editorial Mariel, Puebla, 2016, p. 498.

¹⁹² Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Las nuevas construcciones...”, *cit.*, p. 536.

¹⁹³ Vid. artículo 82 de la Constitución de la República de Cuba.

¹⁹⁴ Vid. artículo 84 de la Constitución de la República de Cuba.

posibilidad de que parientes afines cumplan funciones de guarda y cuidado de los niños, las niñas y los adolescentes, entre los que se pueden incluir el padre/madre afín, lo que permite la aplicación inmediata del texto constitucional, por su carácter imperativo mientras el legislador ejecuta el desarrollo legislativo especial.

En virtud de la interpretación de las normas constitucionales para su aplicación inmediata, el artículo 8¹⁹⁵ refiere la obligatoriedad de la implementación de los tratados internacionales que están en vigor para la República de Cuba, en tanto forman parte o se integran, según proceda, al ordenamiento jurídico nacional; no obstante, prima la Constitución sobre ellos y en tal sentido la permisibilidad efectiva de la aplicación de la Convención de los derechos del niño (en lo adelante CDN) y de las normas constitucionales que aluden la existencia de la familia ensamblada.

Consecuente con la posición jurisprudencial que ha asumido Cuba al aplicar el texto constitucional en las decisiones judiciales donde se cuestionan los derechos de los menores de edad, contempla en el artículo 86¹⁹⁶ el principio del interés superior del niño, la niña y el adolescente.

Dicho precepto ampara la decisión estatal de aplicar la CDN, de la que Cuba es signataria desde el 26 de enero de 1990 y la ratificó en 1991, y esta decisión considera lo más conveniente al niño, la niña y el adolescente, a través de determinaciones que así lo indiquen, además de considerar los deseos y sentimientos de estos –de acuerdo con su edad y madurez– y de sus necesidades físicas, emocionales y educativas, lo cual implica que poseen un derecho preferente a ser protegidos sobre cualquier otro sujeto implicado, como pueden ser su propio padre o madre, terceras personas o la administración pública; por ello, se dice que el interés del sujeto menor prevalece sobre los intereses de otros sujetos, los cuales pasan a segundo plano y el respaldo constitucional exalta su aplicación.

1.3.4. Reflejos de la familia ensamblada en el ordenamiento cubano

Examinado el ordenamiento cubano desde sus distintas aristas, se pueden hallar indirectas muestras de tratamiento legal de la familia ensamblada, cuando en el

¹⁹⁵ Vid. artículo 8 de la Constitución de la República de Cuba.

¹⁹⁶ Vid. artículo 86 de la Constitución de la República de Cuba.

Código de Familia, en su artículo 33,¹⁹⁷ considera que es una carga del matrimonio¹⁹⁸ el sufragio de los gastos del hijo de la pareja o de uno solo de los cónyuges.

En tal sentido, consideró el profesor PERAL COLLADO que esta posición del legislador podía considerarse extraordinaria, en virtud precisamente de la existencia de la familia ensamblada, o sea, de la posibilidad real de convivencia del padre/madre afín con el padre o madre guardador.¹⁹⁹

Empero, coincide la autora con lo argumentado por la profesora MESA CASTILLO, cuando expresa: “Como el Código de Familia no distingue, no debemos distinguir nosotros y tanto conviva o no el hijo de uno solo de los cónyuges con el matrimonio, los gastos en su educación y formación representará una carga para la comunidad matrimonial de bienes, que será soportada por el caudal común sin derecho a reembolso”, o sea, el legislador cubano abrió el diapasón del marco de protección de los hijos afines e incluye dentro de las cargas matrimoniales su sostenimiento, aun cuando estos no formen parte de la familia reconstituida, en el sentido de que no convivan con ellos.²⁰⁰

Insatisfactoriamente, la legislación sustantiva familiar cubana no regula la modalidad en estudio, sino que solo se hallan referencias oblicuas de esta a través de figuras propias de la institución matrimonial.

Un vestigio de reconocimiento de la existencia de la familia ensamblada en la sociedad cubana de estos tiempos lo constituye la Resolución 857 de 31 de agosto de 2015,²⁰¹ esencialmente el artículo 3, cuando dispone que están

¹⁹⁷ Vid. artículo 33 del Código de Familia de Cuba.

¹⁹⁸ Entendidas como la obligación de los cónyuges de contribuir a las necesidades del hogar, a la asistencia mutua y la de los hijos y a la de responder por las deudas contraídas por cualquiera de ellos para atender tales requerimientos con sus bienes o ingresos. Vid. GONZÁLEZ FERRER, Yamila y Osvaldo Manuel ÁLVAREZ TORRES (compiladores), *La familia y el matrimonio en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008, p. 34; BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de familia*, tomo I, 7ª edición, actualizada y ampliada, 1ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 265; MONJE BALMASEDA, Oscar y Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *El nuevo Derecho matrimonial. Comentarios a las Leyes 13 de 2005, de primero de julio y 15 de 2005, de 8 de julio*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 54.

¹⁹⁹ Vid. PERAL COLLADO, Daniel, *Derecho de familia*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Editorial ENPES, La Habana, 1978, p. 87, nota (14).

²⁰⁰ Vid. MESA CASTILLO, Olga, *Derecho de familia*, Módulo 2, Tema II, *El matrimonio* (V Parte) (Régimen económico del matrimonio), Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p. 37.

²⁰¹ Vid. Resolución no. 857 de 31 de agosto de 2015, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, no. 33, de 17 de septiembre de 2015. Vid. también PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial”, en *Revista Ius*, no. 36, julio-diciembre 2015, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, pp. 179-202.

legitimados para disponer y recibir órganos y tejidos humanos, entre sí, los hijos de un cónyuge con respecto al otro cónyuge, pronunciamiento que en consideración de la postulante es incompleto en tanto no le concede esta oportunidad a las parejas unidas de hecho, a pesar de que se pueden profesar tanto afecto como los matrimonios formalizados.

1.3.5. Ideas conclusivas

La existencia de la familia ensamblada es una realidad inexcusable que puede originarse o no del matrimonio, pero que de cualquier manera precisa de protección estatal, en tanto toda persona tiene derecho a formar una familia para alcanzar, respecto de sus miembros, el desarrollo integral de sus potencialidades, concretar su identidad y lograr su autonomía.

No existe para el padre/madre afín un rol con carácter absoluto, pues son muchos los factores que inciden en las funciones que este puede desempeñar. Debe quedar sentado que no se trata de sustituir los roles de los padres, titulares de la responsabilidad parental, sino de asumir una función complementaria, colaborativa e incluso, en ocasiones, de carácter subsidiario, todo ello en virtud de la protección de los intereses y el bienestar de los niños, siendo esta la base para crear un estatuto para el padre/madre afín que le permita ser miembro activo de esta nueva constelación familiar.

Si bien existen posiciones legislativas de avanzada en países como Argentina, Uruguay o algunas normas autonómicas españolas, es posible afirmar categóricamente que el tratamiento que se le ha ofrecido a la familia ensamblada es aún exiguo, en tanto su mera alusión, incluso a través de figuras jurídicas adyacentes o conexas, no es suficiente para considerar su reconocimiento legal, así como los derechos, los deberes y las obligaciones de las relaciones que surgen entre sus integrantes.

De modo particular, en Cuba encuentra reconocimiento la tipología familiar en estudio en los artículos 81 y 84, ambos de la Constitución de la República, que reconoce la pluralidad de modelos familiares existentes en nuestra sociedad, así como la posibilidad de la concesión de la guarda y cuidado a favor de parientes consanguíneos o afines, extremo este a tono con esta investigación y de aplicación inmediata.

En el mismo orden subsisten vestigios normativos que pueden asociarse con la modalidad familiar en estudio, en tal sentido, el artículo 33 del Código de Familia, sin que se refieran explícitamente a esta, sino en ocasión de regular las cargas matrimoniales, norma sustantiva sujeta a modificación dada la implementación de la norma constitucional.

Capítulo 2. Guarda y cuidado y régimen de comunicación de los menores de edad en familias ensambladas, a favor de los padres/madres afines. Particular referencia al Derecho cubano

En este capítulo se analiza el desarrollo doctrinal, legal y jurisprudencial de la guarda y cuidado de los menores de edad desde el Derecho comparado.

Con tal fin, en la primera parte del capítulo se realiza un análisis sobre los presupuestos que facilitan la concesión de la guarda y cuidado a favor del padre/madre afín, su alcance y los límites de su ejercicio, mientras que en la segunda parte se examina el derecho de relación del menor en el marco de la parentalidad afín, ambas propuestas razonadas sobre las bases teórico-jurídicas de protección de las relaciones socioafectivas surgidas en el ensamble cubano y la aplicación del principio del interés superior del niño, todo lo cual conduce a canalizar el logro del objetivo general y el tercer objetivo específico que se ha planteado en el presente informe de investigación.

2.1. Criterios doctrinales, legales y jurisprudenciales en torno a la determinación de la guarda y cuidado y el régimen de comunicación

La guarda y cuidado, tal como la concibe VELAZCO MUGARRA, “es la función más dinámica, especialmente cuando los progenitores no viven juntos. Esta función está íntimamente relacionada con otras funciones de la esfera personal 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 guardador”.²⁰²

Comprende todos aquellos aspectos derivados del quehacer diario, es decir, alimentación, cuidado inmediato, establecimiento de normas de disciplina, transmisión de valores, apoyo sentimental, estudio, extremos que imponen la convivencia con el menor de edad para lograr su cumplimiento; de ahí que, al decir de BERMÚDEZ BALLESTEROS, es quizás la más importante y trascendente en la vida presente y futura de los menores,²⁰³ teniendo en cuenta que el niño es una

²⁰² Vid. VELAZCO MUGARRA, Miriam, *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, Ediciones ONBC, La Habana, 2008, p.151. En este sentido, es meritorio señalar que en la actualidad la corrección no se asume como derecho de los padres, sino como un deber de acompañamiento, establecimiento de límites y formación de conducta.

²⁰³ Vid. BERMÚDEZ BALLESTEROS, María del Sagrario, “Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica civil”, en *Aranzadi Civil*, no. 2, 2001, p.1160.

persona en continuo desarrollo, que poco a poco va forjando su propia identidad.²⁰⁴

GARCÍA PASTOR ha considerado la guarda y custodia como “el conjunto de funciones parentales que requieren el contacto constante entre el adulto y el niño”,²⁰⁵ mientras que UREÑA CARAZO considera que la guarda y custodia suele confundirse en su ejercicio con la patria potestad²⁰⁶ y cobra especial relieve en los supuestos de separación y divorcio.²⁰⁷

Para CAMPO IZQUIERDO 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”.²⁰⁸

En esa misma línea, MORERA VILLAR afirma que “la guarda y custodia es el cuidado cotidiano del menor, la atención diaria de los niños en todos sus

²⁰⁴ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, p. 111.

²⁰⁵ Vid. GARCÍA PASTOR, Milagros, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, 1ª edición, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 74.

²⁰⁶ Para AGUILERA RODERO existe una estrecha conexión entre el deber de velar por los hijos, ejerciendo la patria potestad y la guarda, que no debe llevar a la errónea conclusión de afirmar que son equivalentes (*vid.* AGUILERA RODERO, Juan, “Análisis sobre el contenido personal de la patria potestad en el progenitor”, en *Actualidad Civil*, no. 12, tomo 1, 2008, p.1231); mientras que GETE-ALONSO Y CALERA considera que velar es cuidar o vigilar para asegurar el crecimiento del menor [*vid.* GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, “Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las convenciones sanitarias y libertad ideológica (a propósito de la STS, sala de lo penal de 27 de junio de 1997)”, en *Notaría*, no. 11-12, noviembre 1998]. Sin embargo, RIVERO HERNÁNDEZ sostiene que supone atender diligentemente y adecuadamente a su persona, su salud física y psíquica y su equilibrio afectivo (*vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al 110”, en *Comentario al Código Civil*, tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p.1096). Nada de ello contradice el criterio que sostiene AGUILERA RODERO cuando plantea que el progenitor no custodio también asume el deber de velar por los hijos cuando asume la observancia de tres obligaciones esenciales: la vigilancia del derecho y el desenvolvimiento del menor, para conocer y atender en cada momento las necesidades que el mismo requiera y que incluye también comprobar que el progenitor custodio cumpla correctamente con sus funciones, cooperar con el progenitor custodio en el cuidado y desarrollo del menor, asumiendo sus obligaciones y, por último, informando al progenitor custodio y recabando información del mismo sobre los acontecimientos importantes que afecten al menor (*vid.* AGUILERA RODERO, Juan, “El progenitor no custodio ante el ejercicio de la patria potestad”, en *Revista La Ley*, no. 7826, 2012, p. 15). Todo ello obliga a coincidir con la profesora NAVAS NAVARRO cuando afirma que si el contenido de la patria potestad sigue existiendo para ambos padres, a pesar de la crisis matrimonial, quiere ello decir que el ejercicio de la patria potestad, que era conjunto antes de la crisis matrimonial, sigue siéndolo durante y después de esta, cuando la relación conyugal o convivencial se haya extinguido (*vid.* NAVAS NAVARRO, Susana, “Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al Derecho catalán)”, en *Revista de Derecho de Familia*, no. 54, 2012, p.3).

²⁰⁷ Vid. UREÑA CARAZO, Belén, “Hacia una corresponsabilidad parental. La superación de la distinción de la patria potestad y la guarda y custodia”, en *Revista de Derecho de Familia*, no. 69, septiembre-diciembre 2015, p.57.

²⁰⁸ Vid. CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, “Guarda y custodia compartida”, diario *La Ley*, 29 de junio de 2009, Año XXX, no. 7206, p.23.

aspectos, llevarlos y recogerlos del colegio, asistir a las tutorías y realizar el seguimiento escolar necesario, hacer los deberes. En definitiva: cuidar y custodiar a los menores en todos aquellos aspectos ordinarios de su vida”.²⁰⁹

La doctrina recoge también como sinónimo de la función de guarda y cuidado las terminologías de “guarda y custodia” y “tenencia”, al considerar que estos vocablos tienen un significado similar y que vienen referidos al cuidado, atención diaria, educación y formación integral de los hijos,²¹⁰ por lo cual que se usan indistintamente, pero con la precisión de que, de una u otra forma, esta función deviene del ejercicio de la patria potestad que ostentan los progenitores.²¹¹

No obstante, en los últimos años, y de manera excepcional, se ha concedido esta función a favor de tercera persona, atendiendo a la aplicación del principio del interés superior del niño.²¹²

²⁰⁹ Vid. MORERA VILLAR, Beatriz, “Guarda y custodia compartida impuesta”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, no. 9, agosto 2018, p. 423.

²¹⁰ Vid. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, “La guarda y custodia de los hijos”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, no. 15, enero-diciembre 2001, p. 282; mientras que ECHARTE FELIÚ considera la guarda y custodia como sinónimos, cuando afirma que la guarda o cuidado “no es más que la convivencia física habitual con el menor”, perteneciendo siempre a ambos progenitores el deber de tener a sus hijos en su compañía, sin perjuicio de que el no guardador los tenga durante menos tiempo que el que convive habitualmente con ellos (vid. ECHARTE FELIÚ, Ana María, *Patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales*, Editorial Comares, Granada 2000, p. 64). En igual sentido, es digno de resaltar el criterio de VIÑAS MAESTRE Dolores, “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, en *Revista para el Análisis del Derecho, InDret* 3/2012, Barcelona, 2012, p. 8 y LÓPEZ AZCONA, Aurora, “El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida”, en *Revista Boliviana de Derecho*, no. 19, enero 2015, p. 15.

²¹¹ En Sentencia no. 87 de 15 de diciembre de 2009, de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de La Habana, se dispuso que “[...] la patria potestad no es más que aquella institución del Derecho de Familia derivada de la filiación que hace referencia a todo un conjunto de deberes relativos a la debida protección, manutención y educación de acuerdo a las normas sociales que rigen nuestra sociedad que recaen sobre ambos progenitores con relación a la persona y bienes de sus hijos menores de edad debido a su carencia de plena capacidad jurídica para dirigir su conducta, tomar decisiones sobre sus asuntos y administrar debidamente sus bienes, derechos y acciones”. En Sentencia dictada por el TSP de Cuba, en fecha 31 de diciembre de 2003, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo dispuso el rechazo de la guarda y cuidado a favor de la abuela materna, atendiendo a que “la guarda y cuidado de los hijos menores deviene del ejercicio de la patria potestad, y por tanto corresponde a los padres”. El propio órgano judicial, en fecha 30 de diciembre de 2005, dictó la Sentencia no. 862, en la que declaró con lugar el recurso de casación establecido, alegando que: “[...] el tribunal de primera instancia confirió indebidamente la guarda y cuidado de la menor de edad a quien no es su padre, habida cuenta que la guarda y cuidado forma parte de la patria potestad que comprende únicamente a los padres, de ahí que no puede conferirse a persona diferente a estos”. Sentencias disponibles en Boletines del Tribunal Supremo Popular de los años 2009, 2003 y 2005, respectivamente, pp. 165; 115 y 201.

²¹² Resoluciones judiciales del TSE confirman estos argumentos. Vid. Sentencia del TSE no. 3154, de fecha 14 de septiembre de 2018, que consideró como precedente para resolver este caso lo dispuesto en la Sentencia 679/2013, de 20 de noviembre, que entre sus argumentos expone que “[...] atribuye la guarda y custodia de una niña a quien impugnó la paternidad [...] y en tal sentido

Al ocurrir la separación física de los progenitores se impone acoger una opción de guarda de los hijos comunes, por lo cual son varios los regímenes relacionales que surgen como posibles soluciones ante este escenario, ellos son la guarda compartida, la guarda unilateral o concedida en exclusivo a favor de un progenitor y la guarda a favor de tercero.

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 pareja.²¹³

Para CRUZ GALLARDO la custodia compartida es un modelo de custodia que no consiste en un simple reparto de periodos de tiempo de convivencia de los hijos; implica un proyecto educativo común, reflejado en la participación de ambos progenitores en el cuidado y atención del hijo menor de edad (principios de

valora en este caso que *la menor, en definitiva, ha tenido, y sigue teniendo, un entorno estable y seguro con su tía [...] estando los derechos del padre debidamente protegidos con las visitas y comunicaciones, a partir del régimen progresivo establecido en la sentencia del Juzgado*". En similar línea la Sentencia del TSE no. 47, de 13 de febrero de 2015, admite la posibilidad de "[...] atribuir la guarda y custodia de un menor a personas distintas de sus progenitores (la tía paterna), por las especiales circunstancias que han rodeado la vida y crecimiento del niño, cuya madre asesinó a su padre. Lo que debe primar, se dice, es el interés del menor en el marco de unas relaciones familiares complejas"; mientras que la Sentencia del TSE no. 582, de 27 de octubre de 2014, sobreguarda de hecho, interpretada bajo el principio del superior interés del menor, deja sentado que: "cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección". Sentencias disponibles en <https://www.supremo.vlex.es>, consultadas el 10 de enero de 2019. Decisiones de esta naturaleza encuentran respaldo en la CDN, adoptada unánimemente por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que recoge uno de los cuatro principios fundamentales que deben valorarse en todos los asuntos relativos a los niños y las niñas. En este sentido, dispone el artículo 3, inciso 1, que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (vid. PAJA BURGOA, José, *La Convención de los derechos del niño*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 10). En virtud de la referida Convención, la Sentencia no. 941, de 26 de diciembre de 2014, del TSP de Cuba, atempera el mencionado principio a la realidad práctica de los niños, las niñas y los adolescentes. Disponible en *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, de 2014, disponible en <http://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/boletin-2014.pdf>, consultado el 17 de noviembre de 2018.

²¹³ Vid. GUILARTE MARTIN-CALERO, Cristina, "Custodia compartida y protección de menores", *Cuaderno de Derecho Judicial II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p.13. El artículo 3 de la Ley no. 5/2011, de 1 de abril, "De relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven", publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, no. 98, 25/04/2011, dictada por la Generalitat de la Comunidad Autónoma Valenciana, define expresamente el régimen de convivencia compartida.

igualdad y responsabilidad material), poniendo fin a la figura del progenitor no custodio, mero receptor de los hijos en el domicilio los fines de semana y en los periodos de vacaciones.²¹⁴

En línea con estas consideraciones, otros autores²¹⁵ reflexionan en el sentido de 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, y en caso de desacuerdo, solucionar el conflicto de forma cordial y pacífica, al extremo de que aunque los progenitores sostengan relaciones adversas, prevalezca la guarda compartida.²¹⁶ Además, en cuanto a la convivencia, en lo que a residencia se refiere, los niños deberán vivir con cada padre en lapsos sucesivos más o menos determinados.²¹⁷

²¹⁴ Vid. CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en la crisis matrimoniales*, Editorial La Ley, Madrid, 2012, p.424.

²¹⁵ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas*, Madrid, 2010, p. 88; y ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, 1ª edición, Editorial Aranzadi Civil, Madrid, 2006.

²¹⁶ La Sentencia del TSE no. 22, de fecha 17 de enero de 2018, dispone que *“el sistema de guarda y custodia compartida del hijo menor debe prevalecer a pesar del enfrentamiento personal que sostienen los progenitores en tanto una decisión contraria perjudica el interés del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores; sistema que debe ser normal y deseable”*. Sentencia disponible en <https://supremo.vlex.es>, consultado el 15 de octubre de 2018. En ese sentido, ZABALGO argumenta que en la actualidad el régimen de custodia compartida se establece con mayor asiduidad por nuestros juzgados y tribunales, ante la clara apuesta por el Tribunal Supremo por este tipo de régimen, sin perjuicio de que aún al día de hoy, y aun a pesar de una doctrina jurisprudencial cada vez más precisa, sigan existiendo resoluciones judiciales dictadas por el Juzgado de Primera Instancia o por la audiencias provinciales, que no acogen dicha doctrina, continuando el Tribunal Supremo corrigiendo y pidiendo a los Juzgados y Audiencias que respeten la doctrina jurisprudencial dictada. Vid. ZABALGO, Paloma, *“La custodia compartida en la jurisprudencia actual dictada por el Tribunal Supremo”*, en diario *La Ley*, no. 9088, Editorial Wolters Kluwer, 24 de noviembre de 2017, p. 5.

²¹⁷ La jurisprudencia española se ha pronunciado favorablemente sobre la aplicación de la guarda y custodia compartida. En tal sentido, la Sentencia del TSE de 9 de septiembre de 2015, dictada ante la interposición del recurso de casación 545/2014, señala que *“[...]con la custodia compartida se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, se evita el sentimiento de pérdida, no se cuestiona la idoneidad de los progenitores y se estimula la cooperación de los padres en beneficio de los menores que ya se ha venido desarrollando con eficiencia”*. Dichos argumentos también son sostenidos por la Sentencia del TSE de 17 de marzo de 2016. Las decisiones judiciales a favor de la custodia compartida se fundamentan a través de la doctrina jurisprudencial, que señala que *“la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto y permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”*. Vid. Sentencias del TSE de 26 de junio de 2015, en recurso de casación no. 469/2014; de 15 de julio de 2015, en recurso de casación no. 530/2014; de 30 de diciembre de 2015, en recurso de casación no. 415/2015; de 11 de febrero de 2016, en recurso de casación no. 270/2015; de 11 de febrero de 2016, en recurso de casación no. 326/2015; o de 4 de marzo de 2016, en recurso de casación no. 1/2015; de 17 de marzo de 2016, en recurso de casación no. 1136/2015; y de 12 de abril de 2016, en recurso de casación no. 1225/2015 (disponibles en <https://supremo.vlex.es>, consultadas el 15 de octubre de 2018).

Señala DE LA TORRE LASO que el criterio necesario para una custodia compartida tiene que ver, sobre todo, con los aspectos relacionales entre los padres, ya que deben ser suficientes para permitir una adecuada y fluida comunicación, deben permitir la participación de ambos padres en los cuidados y atenciones de los menores y se deben dar las condiciones emocionales y actitudinales en ellos para poder resolver sus discrepancias;²¹⁸ mientras que en ese orden señala DE DIOS PÉREZ que la custodia compartida o la custodia individual no son sino dos encuadres de partida para dinamizar las relaciones de las familias tras la separación, a tal punto que incluso la organización familiar previa ha de ser considerada a la luz de la nueva implementación que del ejercicio parental quiere hacerse desde la declarada corresponsabilidad de crianza.²¹⁹

Son varias las legislaciones²²⁰ que regulan la guarda compartida, en tanto se considera, en el ámbito jurídico, que fomenta el principio de igualdad que debe regir entre los progenitores, que ostentan la titularidad y gozan del ejercicio de la patria potestad, todo ello en respuesta, siempre, al beneficio que una decisión de esta naturaleza debe producir en el disfrute de sus derechos por parte de niños, niñas y adolescentes.

En tal sentido, se estima por la autora que a pesar de los beneficios que para la familia en sentido general puede propiciar el régimen de guarda compartida, es elemental una regulación que ofrezca distintas modalidades de custodia, en virtud de la heterogeneidad de situaciones de crisis familiares que convergen en la

²¹⁸ Vid. DE LA TORRE LASO, Jesús, “¿Se puede obligar a ejercer de padre? Comentarios a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2018”, en revista *La Ley Derecho de Familia*, no. 18, abril-junio 2018, p. 5.

²¹⁹ Vid. DE DIOS PÉREZ, Juan Francisco, “El impacto en los hijos de la separación de la pareja y su relación con la modalidad individual o compartida de custodia”, en revista *La Ley Derecho de familia*, no. 10, abril-junio 2016, p. 4.

²²⁰ Vid. Ley no. 603, Código de las familias y del proceso familiar en Bolivia, en el artículo 217; Ley no. 20680/2013 en Chile, en su artículo 225; CC y C en Argentina, en sus artículos 651, 655 y 656; Ley no. 29269/2008 de Perú, en su artículo 81; Ley no. 15/2005 en España, en sus artículos 90, 92, 4,5. Entre las legislaciones autonómicas españolas se encuentran el Código Foral de Aragón, Real Decreto Legislativo no.1/2011, de 22 de marzo, “Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo”, en los artículos 75 a 84; Ley no. 25/2010, de 29 de julio, “Del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia”; Ley no. 5/2011, de 1ro. de abril, Valencia, “Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”; Ley Foral no. 3/2011, de 17 de marzo, Navarra, “Ley sobre custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra”; Ley no. 7/2015, del País Vasco, “De las relaciones familiares en supuestos de separación o rupturas de los progenitores”.

sociedad contemporánea, para ofrecer la posibilidad de acoger la mejor alternativa en interés del menor y del asunto en concreto.²²¹

La guarda y cuidado unilateral o concedida en exclusivo a favor de un progenitor es la más común al ocurrir la separación de los padres. Por regla general los menores de edad residen con la madre, sobre todo cuando son muy pequeños, opción que se contempla como derecho preferente en diversas legislaciones,²²² mientras que en otras se sostiene la igualdad entre los progenitores y se decide en virtud de la aplicación del principio del interés superior del niño y de la propia opinión de este,²²³ elección que, en consideración de la que suscribe, es la más

²²¹ Estas consideraciones encuentran sustento en la Sentencia del TSE no. 4, de 10 de enero de 2018, que recoge como precedente judicial lo que se dispuso en la Sentencia no. 748 de 21 de diciembre de 2016, con base en el argumento de que *“el hecho de que esta sala se haya manifestado reiteradamente a favor de establecer el régimen de custodia compartida –por ser el más adecuado para el interés del menor– no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen si se considera desfavorable”*(disponible en <https://supremo.vlex.es>, consultada el 15 de octubre de 2018). Desde la doctrina, con igual pensamiento, afirma CASADO CASADO que la custodia compartida se impone como medida de salvaguarda del interés del menor, pero también es un mecanismo que ampara intereses de los progenitores. Una custodia compartida generalizada solo sería oportuna cuando vaya destinada a salvaguardar los intereses del menor, que son los que prevalecen en todo caso; no resulta idónea cuando con la idea de proteger al menor se estén amparando también intereses personales de los progenitores. *Vid.* CASADO CASADO, Belén, “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial”, en diario *La Ley*, no. 9177, Editorial Wolters Kluwer, 13 de abril de 2018, p. 16.

²²² *Vid.* el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay, en sus artículos 34 y 35, apartados 1, 2 y 3; en la República de Paraguay la Ley no. 1.680/01, Código de la Niñez y la Adolescencia de la Nación, en su artículo 93; el Código de la Niñez y Adolescencia de la República de Ecuador, en su artículo 118 y 106; en Cuba el Código de Familia, en su artículo 89. Decisiones judiciales que razonan sobre este argumento son la Sentencia no. 119 de la Audiencia Pública de Navarra, Civil, de 13 de abril de 2015, que consideró como niños muy pequeños a los de 3 y 5 años y por tanto necesitados de contacto continuo con la madre, de ahí que le concede la custodia de sus hijos; la Sentencia no. 1241 de la AP de Navarra, Civil, de 10 de diciembre de 2012; y la Sentencia no. 210 de la AP de Navarra, Civil, de 21 de enero de 2016, donde se argumenta que *“la edad del menor resulta un criterio determinante cuando se trate de menores de muy corta edad, pues entiende que son vulnerables y que precisan en esa edad “más que nunca del afecto y cercanía de la madre”*(disponible en <https://supremo.vlex.es>, consultada el 15 de octubre de 2018). El TSP de Cuba deja sentado en Sentencia no. 162, de 28 de junio de 2010, cuándo se debe apreciar este derecho y en tal sentido considera: *“[...] el legislador cubano no establece privilegio alguno a favor de la figura materna por el solo hecho de encontrarse en el país y en tal sentido el artículo ochenta y nueve del Código de familia solo sugiere preferencia a favor de la madre cuando de conceder la guarda y cuidado de los hijos se trata en el supuesto de que estos hubieran estado al cuidado de ambos padres al producirse el desacuerdo”*. *Vid.* *Boletín del Tribunal Supremo de Popular* de 2010, p. 48.

²²³ El Código de Familia de Costa Rica, en su artículo 56; el Código de las Familias y del Proceso familiar del Estado Plurinacional de Bolivia, en su artículo 212; el Código de Familia de Nicaragua lo dispone en su artículo 275; el Código de Familia de la República El Salvador lo dispone en su artículo 216. El TSJ de Cataluña ha afirmado que aunque de *lege ferenda* pueda construirse la custodia compartida como solución preferencial, los juzgadores han de tener en cuenta determinadas circunstancias que *“esta Sala ha valorado como criterios relevantes”* para resolver la cuestión relativa a la guarda y custodia en razón del superior el interés del menor, tales como, las actitudes previas de padre y la madre en relación con el cuidado de los hijos, la dinámica del

acertada en tanto no se encuentra enmarcada en criterios discriminatorios de preferencia legal, pues coloca a los progenitores en una posición de igualdad familiar.

Otra posibilidad de concesión de guarda y cuidado es la que ocurre a favor de un tercero, que desde el interior de la familia puede estar personalizado en parientes consanguíneos o afines que desempeñan un papel esencial en la crianza de los menores de edad.

Para RIVERO HERNÁNDEZ, “se justifica la guarda a cargo de un tercero en situaciones en que los padres no pueden proveer el cuidado de los hijos, ni garantizar el cumplimiento de las responsabilidades 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 concurrentes con una de las otras circunstancias mencionadas en el otro”.²²⁴

Sin embargo, ECHEVARRÍA GUEVARA opina que los terceros guardadores no pueden ejercer la guarda y custodia del niño con carácter propio, en tanto 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 temporal.²²⁵

Ha expresado esta investigadora anteriormente que no coincide con el criterio de dicha autora, porque ello significaría 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 que no existen allegados lo suficientemente comprensivos y desinteresados para asumir

sistema de guarda que se venga siguiendo, los acuerdos habidos entre los litigantes y la opinión de los menores, criterios, entre otros, recogidos en el artículo 233.11 del Libro II del Código Civil de Cataluña y en tal sentido se pronuncian en la Sentencia de la AP de Barcelona, Civil, de 6 de abril de 2016; Sentencias del TSJ de Cataluña, Civil, de 6 de febrero de 2012 y de 23 de febrero de 2012. Para la Sentencia de la AP de Girona, de 3 octubre de 2014, no admitió una modificación del régimen de custodia, atendiendo a que la hija menor tenía “16 años de edad, suficiente para decidir lo que ella prefiera, sin que sea pertinente un cambio radical de la guarda sin oírlo”. En el mismo sentido, la Sentencia de la AP de Barcelona, Civil, 26 marzo de 2015; Sentencia de la AP de Lérida, Civil, 16 de marzo de 2016; y Sentencia de la AP de Tarragona, Civil, 8 de abril de 2016 (disponibles en <https://supremo.vlex.es>, consultadas el 15 de octubre de 2018).

²²⁴ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., citado por VELAZCO MUGARRA, M., *La guarda y cuidado...*, cit., p.186.

²²⁵ Vid. ECHEVARRÍA 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.

con responsabilidad y de forma temporal el cuidado de un ser querido que verdaderamente lo necesita.²²⁶

Ante la dinámica familiar, los menores de edad pueden quedar a cargo de terceros, ya sean parientes o amigos, que asumen la condición de guardadores, función que carece de interés material y que en Cuba solo encuentra respaldo legal en el artículo 86 de la nueva Constitución de 2019, al disponer la primacía de los intereses de los niños, las niñas y los adolescentes ante las disímiles situaciones de toda índole que se presentan, considerándolos plenos sujetos de derechos.

Son los abuelos los más propensos a ese desempeño y, en tal sentido, alegan GROSAN y HERRERA que la custodia o cuidado representa un protagonismo más intenso de los abuelos en la vida de los nietos cuando estos se encuentran a su cargo, por diferentes razones o situaciones fácticas, en los casos en que los padres –principales responsables de los hijos–no pueden o no quieren hacerse cargo de ellos.²²⁷

Puede suceder que la guarda y cuidado sea asumida por parientes afines que ante determinadas situaciones se ocupan de los menores de edad. En esa posición encontramos a los padres/madres afines, quienes, se considera por la

²²⁶ Vid. MÉNDEZ TRUJILLO, Iris M., “Consideraciones sobre la guarda y cuidado en la familia ensamblada cubana”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, no. 13, La Ley, Uruguay, 2016, p.779.

²²⁷ Vid. GROSAN, Cecilia y HERRERA, Marisa, “Una intersección compleja: ancianidad, abuelidad y Derecho de familia”, en *Oñati Socio-Legal Series*, volumen 1, no. 8, 2011, p. 12, disponible en <http://opo.iisj.net>, consultado el 27 de marzo de 2018. La jurisprudencia cubana se ha pronunciado en ese sentido, dictando resoluciones judiciales que le conceden la guarda a los abuelos ante situaciones de excepcionalidad, dada la aplicación de la CDN y en especial el principio del interés superior del niño, v.gr., en Sentencia no. 214 de 31 de marzo de 2017 del TSP de Cuba, que dispone “[...] consistente en el desempeño de su guarda a cargo de la abuela materna, figura familiar con la que han convivido desde el nacimiento de cada una, y que ha permanecido estable en la dinámica de vida de las infantes, ante la inconstancia que la ausencia de sus progenitores te etapa de la vida en la que se encuentran”. En la misma línea de valoración se dictó la Sentencia no. 541, de 19 de octubre de 2017, del TMP de Boyeros, La Habana, que en aplicación de la CDN, reconoció la existencia de la familia extendida comprendida también por abuelos y tíos, quedando demostrado “[...] que la abuela materna ostenta de hecho la guarda y cuidado de sus tres nietos, junto a la madrina de estos, logrando con su actuar solventar las necesidades materiales y espirituales que demanda el desarrollo de los pequeños que ya sufren de estar huérfanos de madres y sumando a ello poseen un padre, que a pesar de estar vivo y ejercer la patria potestad [...] es un padre ausente y desentendido de todo lo que atañe y respecta a sus hijos [...] en cambio la promovente ha hecho frente a la crianza de sus nietos ante la falta de la madre y la ausencia del padre, por ello al estar dadas las circunstancias especiales y excepcionales que previo el legislador en el artículo 89 del Código de Familia y procurando siempre proteger el interés superior de estos menores se le concede a la abuela la guarda y cuidado de sus tres menores nietos”. Al respecto, Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Guarda y cuidado de los menores a favor de la abuela: la justa solución judicial”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, 2018-IV, agosto 2018, *passim*.

autora, son terceros cualificados, o sea, personas que han llegado a la vida de los menores de edad en virtud de la unión matrimonial o de hecho que sostienen con el progenitor guardador y en consecuencia pueden participar activamente en la crianza de la descendencia de este, siempre y cuando esta decisión sea la más factible para no afectar el desarrollo y la estabilidad emocional de los niños, las niñas y los adolescentes.

Contextos de esta naturaleza encuentran respaldo legal en escasas legislaciones,²²⁸ aunque sucede que algunos códigos²²⁹ dejan abierta una mínima brecha que puede llevar a tomar la decisión a favor de persona distinta a los padres, siendo muy común en estos tiempos que los hijos menores de edad convivan en familia ensamblada o reconstituida y ello ha obligado a la jurisprudencia²³⁰ a asumir la responsabilidad de ofrecerle solución a los asuntos de esta naturaleza sometidos a su consideración.

Tal y como se señaló antes, el padre/madre afín es un tercero con carácter cualificado en el seno familiar ensamblado, por lo que, ante la concesión de la

²²⁸ El CC y C de Argentina reconoce la figura del progenitor afín y dispone las circunstancias que facilitan la concesión de la condición de guardador de este (*vid.* artículos del 672 al 676). El CC y C, Libro II, en su artículo 236-14 otorga al cónyuge o conviviente del progenitor que ostenta la custodia del menor la legitimación legal extraordinaria, vista como la facultad concedida para participar en el ejercicio de la patria potestad que ostenta su pareja, sujetando su criterio siempre a la decisión del progenitor en la toma de decisiones que afecten la vida del menor. De igual manera, el Código de Derecho Foral de Aragón, en su artículo 85, reconoce la autoridad familiar del padrastro dentro del seno familiar.

²²⁹ La Ley no. 42 de 21 de noviembre de 2003 modificó el artículo 103 del CC de España, consignando en su tercer párrafo que “[...] *excepcionalmente los hijos podrán ser encomendados a abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieran*”. Las dos últimas líneas del artículo 89 del Código de Familia de Cuba facilitan la concesión de la guarda a favor de un tercero cuando dispone “[...] *salvo, en todo caso, que razones especiales aconsejen cualquier otra solución*”. El Código del Niño, Niña y Adolescente boliviano de 1999 define muy acertadamente el contenido de la guarda en su artículo 42; mientras que el Código Civil de Colombia dispone en su artículo 254 en qué circunstancias se le concede el cuidado de los hijos por terceras personas.

²³⁰ Según Sentencia dictada por el Juzgado de Familia no. 9 de Bariloche (Argentina), de 1 de julio de 2015, dado el vínculo afectivo que existía entre una joven y la expareja de su madre, dispone: “[...] *que el progenitor afín en forma provisoria por el plazo de 6 (seis) meses asuma los cuidados cotidianos de esta, sin perjuicio de mantener supervisión del caso y que tanto la menor como sus padres biológicos deberán trabajar en el restablecimiento de los vínculos afectivos entre ellos*”. En el mismo orden, la Sala VI del Tribunal de Familia de Jujuy (San Salvador), en fecha 27 de mayo de 2013, dictó sentencia donde dispuso otorgar la guarda de la menor a la pareja de la progenitora, quien está económicamente a cargo de la niña; mientras que la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza (Argentina), en fecha 10 de abril de 2017, resolvió un asunto sobre otorgamiento de la guarda judicial de la niña a su madre afín, razonando que: “[...] *Cabe confirmar la sentencia que otorgó la guarda judicial de la niña a su progenitora afín, disponiéndose que ella detendrá el cuidado personal de la adolescente y estará facultada para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, ya que desde que la menor tenía cuatro años asumió el rol de madre y se ha desempeñado como tal hasta la actualidad*. Sentencias disponibles en <http://www.csjn.gov.ar>, consultadas el 12 de octubre de 2017.

función de guarda a su favor, a criterio de la autora, se precisa analizar el cumplimiento de postulados fácticos que permitan valorar que en su persona se reúnen las condiciones necesarias para la asunción de esta función, extremo que se razona seguidamente.

2.2. Postulados fácticos para la valoración de la concesión de la guarda y cuidado a favor del padre/madre afín

Para valorar la concesión de la guarda y cuidado a favor del padre/madre afín se impone el análisis de una serie de premisas fácticas que entrelazadas –aunque no excluyentes– permiten tomar una decisión donde siempre prime el beneficio de la persona menor de edad. En tal sentido, ya se apuntaba que los tribunales cubanos han resuelto en situaciones excepcionales la concesión de guarda a favor de abuelos y nada obsta para que esta decisión sea atribuida al padre/madre afín que cumplimente en su actuar los postulados que seguidamente se analizan.

2.2.1. Convivencia estable de los miembros de la familia ensamblada

No es ocioso preguntarse si los vínculos por afinidad que se establecen dentro de la familia ensamblada puedan conformarse sin compartir una misma residencia, o mejor, sin una convivencia estable entre sus miembros.

A juicio de la investigadora, la configuración del padre/madre afín, desde la posición de cónyuge o conviviente de quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño, impone un presupuesto de convivencia de la pareja con el hijo, lo que la obliga a coincidir con RIVAS RIVAS cuando afirma que: “[...]la convivencia con la nueva pareja del padre o de la madre favorece la construcción de un nuevo rol y un nuevo vínculo familiar que podría denominarse ‘padrinazgo amistoso’, una relación que oscila entre el parentesco y la amistad”.²³¹

A través de una convivencia familiar estable, se comparten ideales, se transmiten valores, se complementan las aspiraciones y se satisfacen necesidades que, individualmente, resultan difíciles de conseguir, puede provocar relaciones afectivas sólidas que implican a la familia en un proyecto de vida en común, siempre en virtud del origen de la recomposición familiar.²³²

²³¹ Vid. RIVAS RIVAS, A. M., “El ejercicio de la parentalidad...”, *cit.*, p. 41.

²³² En esta línea de reflexión, considera TAMAYO HAYA que las situaciones que originan la familia reconstituida son demasiado diversas, en tanto las necesidades de intervención del Derecho

El contenido del vínculo paterno-filial aún implica el establecimiento de deberes y derechos subjetivos correlativos, que son sustancialmente análogos a los de la relación de guarda, va de suyo que la convivencia del niño o adolescente con el adulto es un requisito sustancial de la figura. No puede ser de otra manera, pues la convivencia es una de las propiedades relevantes de la guarda, y estriba en que los sujetos de ella residan o compartan teniendo un proyecto conjunto.²³³

Se considera por la investigadora que la convivencia en la familia ensamblada suele ser sumamente compleja, en tanto el decurso del tiempo puede crear lazos afectivos sólidos,²³⁴ que al estar acompañados de un grado de responsabilidad son conducentes a la estabilidad y afectividad, imprescindibles para una estimación favorable hacia la existencia de una familia ensamblada, por cuanto se impone que el menor sienta protección y seguridad en la relación que sostiene con los adultos que se encargan de su crianza.²³⁵

Afirma MAGNIN que los niños se ven incluidos en una gran familia, de la cual forman parte varios personajes, que incluso pueden no ser parientes entre sí, como por ejemplo, el conviviente de uno de los progenitores del niño y los hijos de

divergen, según que la recomposición familiar haya derivado de un fallecimiento, de una separación de hecho, de un divorcio o de la ruptura de una pareja de hecho; que la pareja haya vivido largo tiempo o no con el niño; que existan o no medio o “casi” hermanos o hermanas, etc. Vid. TAMAYO HAYA, S., *El estatuto jurídico...*, cit., p. 113.

²³³ Vid. DEL VALLE ARIZA, Graciela, *La guarda*, Editorial Alveroni, Córdoba, 2007, pp. 41 y 42. Al considerar la convivencia como elemento esencial que facilita el éxito en la familia ensamblada ALESÍ afirma que “las nociones de ‘padrastro’ y ‘progenitor afín’ no son sinónimos o términos intercambiables, pues para que una persona sea considerada ‘padrastro’ de un niño es suficiente que haya contraído matrimonio con su madre, mientras que será ‘progenitor afín’ cuando conviva con ambos”. Vid. ALESÍ, Martín B., “Deberes y derechos de los padres e hijos afines (Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada)”, en *Suplemento Especial. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: filiación y responsabilidad parental*, 20/05/2015, disponible en AR/DOC/1305/2015, consultado el 14 de febrero de 2019.

²³⁴ Señalan DE LORENZI y VARAS que: “[...] el afecto ha ido convirtiéndose progresivamente en el elemento clave y determinante de la relación paterno-filial. Así lo entiende la psicología y lo receptan la realidad social y el derecho. El vínculo, como el afecto, no es único ni unívoco. Muchas son las formas de querer y, por tanto, múltiples los modos de ahijar y de ser familia”. Vid. DE LORENZI, Mariana A. y María VARAS, “Familias y pluriparentalidades. ¿Un puzzle por armar?”, en *Revista de Derecho de Familia*, no. 87, 09/11/2018, 245, cita online: AP/DOC/794/2018, consultado el 25 julio de 2019.

²³⁵ Aunque estatalmente no se ofrece un dato estadístico certero sobre la cantidad de familias ensambladas que existen en Cuba, la autora se atreve a afirmar que son muchos más los menores que conviven en familias ensambladas en unión de su progenitora y el padre afín que los que lo hacen en compañía del progenitor y la madre afín, pues para la decisión de asuntos de esta naturaleza la legislación sustantiva familiar, en su artículo 89, ha permitido valorar la concesión de esa función con un derecho preferente a la madre. Vid. artículo 89 del Código de Familia de Cuba.

este. El niño en estos casos puede percibir cómo ese tercero ejerce funciones y tareas propias de un padre a pesar de no serlo.²³⁶

Al decir de LÁZARO PALAU, “mientras que las relaciones de los padres con sus hijos, en un marco de normalidad, generan afecto por su propia naturaleza, con independencia de la atribución de guarda, la relación del tercero con el menor, a falta de vínculos biológicos, se asienta únicamente en la afección que haya podido surgir de su relación continuada durante la convivencia diaria”.²³⁷

Es aquí donde surge la disyuntiva en cuanto a establecer o no un periodo de tiempo mínimo de convivencia entre el padre/madre afín y el hijo menor de edad, pues ciertamente las relaciones responsables y afectivas no siempre dependen del transcurso de un periodo de tiempo preestablecido, ni serán uniformes las circunstancias que habrán de tipificarse para que el menor deje de ver al nuevo miembro de su núcleo familiar como un extraño y lo considere partícipe de su proyecto de vida.

No obstante, a juicio de la autora, la existencia de un tiempo de convivencia es fundamental para lograr verdaderos lazos de confianza y confidencialidad, en coincidencia con la postura ofrecida por los informantes claves que oportunamente fueron entrevistados, en cuanto a que los deberes del padre/madre afín para con su hijo afín se tienen desde el primer minuto; sin embargo, para la concesión de la custodia se requiere del transcurso de un periodo de tiempo de convivencia estable dentro del seno familiar, con la salvedad de la excepcionalidad si el caso lo amerita, en tanto no es este el único presupuesto a valorar para tomar una decisión de esta envergadura.²³⁸

²³⁶ Vid. MAGNIN, Andrea M., “Derecho y obligaciones del progenitor afín”, en *Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia*, no. 4, 2018, PDF disponible en <http://cpdaush.org/wp-content/uploads/Derechos-y-obligaciones-del-progenitor-afin>, consultado el 13 de febrero de 2019.

²³⁷ Vid. LÁZARO PALAU, Carmen María, “A fondo. Reflexiones sobre la situación jurídica del tercero”, *Actualidad Civil*, no. 6, junio 2016, p.19. A partir de la importancia que tiene la convivencia como requisito esencial en la conformación familiar, la Sentencia del TSE de 12 de mayo de 2011 sostiene: “*El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tiene la consideración de familia aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales*”. En Sentencia del propio TSE de 20 de noviembre de 2013 se decide conceder la custodia al padre afín ante el fallecimiento de la madre de la menor, dada la convivencia estable del núcleo familiar, que además está conformado por los hijos comunes de la pareja. Sentencias disponibles en <http://www.poderjudicial.es>, consultadas el 27 de octubre de 2018.

²³⁸ Vid. Anexos 10, 11 y 12 de esta investigación, sobre entrevista, guía de entrevista y resumen de las opiniones aportadas por los informantes claves.

Evidentemente, los lazos que surgen entre el padre/madre y su hijo afín se derivan de la comunión afectiva, empero, de no ser parientes consanguíneos originarios. Esto se logra por el requisito *sine qua non* de la convivencia familiar estable, en virtud del efectivo cumplimiento de los deberes de formación, educación y sustento del hijo por el relacionamiento afectivo.²³⁹

2.2.2. Presencia de afectividad trascendente entre los miembros de la familia ensamblada

Asevera PALACIO VALENCIA que “la familia es el mundo por excelencia de la diversidad de sentimientos, de las emociones más profundas, de los afectos más pertinaces, de la confianza y la certeza más próxima; asuntos que se forman y entrelazan en la obligatoriedad legal, moral y económica que impone el tejido parental”.²⁴⁰

En línea con la reflexión que antecede, VEGA MERE señala que la familia es “un medio de realización de las personas, un ambiente de solidaridad, de afectos, uno de los varios escenarios de concreción de los concurrentes proyectos de vida que todos construimos a lo largo de nuestros años [...]es un ambiente de recogimiento, de experiencias domésticas que deliberadamente se esconden de la mirada de los demás”.²⁴¹

Y ciertamente, tras los muros de la privacidad del hogar, nadie sabe qué pasa. Esta idea la comparte WELSTEAD y EDWARDS al referir que “el Derecho de familia es tal vez la más multifacética de las áreas del Derecho al incluir cada aspecto de la intervención legal en las vidas privadas o domésticas de aquellos que están

²³⁹ En fecha 30 de noviembre de 2007 el Tribunal Constitucional de Perú dictó Sentencia donde admite la existencia de la familia ensamblada al señalar que “[...] queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante, la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar [...] la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento”. Disponible en <http://www.pj.gob.pe>., consultado el 20 de diciembre de 2018.

²⁴⁰ Vid. PALACIO VALENCIA, María Cristina, “Los cambios y transformaciones en la familia. Una paradoja entre lo sólido y lo líquido”, *Revista Latinoamericana de Estudios familiares*, volumen 1, enero - diciembre, 2009, pp. 47 y 48.

²⁴¹ Vid. VEGA MERE, Yuri, *Las nuevas fronteras del Derecho de familia*, 3ª edición, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009, p. 3.

relacionados en virtud de la sangre o la afinidad o, que tienen o han tenido, lazos emocionales entre sí”.²⁴²

La afectividad es el elemento nuclear de la familia, con el cual la persona se encuentra y confraterniza con los demás en tanto afianza la solidaridad. En su interior se desarrollan un conjunto de enérgicas fuerzas afectivas que trascienden la interioridad de las relaciones, impactando en la sociedad,²⁴³ no obstante, considera la autora que la alta significación jurídica y social de la familia como institución trae consigo su necesaria protección.

En tal sentido, es dable apuntar que el afecto, como elemento esencial de cualquier modalidad familiar, deja a un lado el aspecto material, o sea, la arista patrimonial, para orientarse hacia los lazos de cariño, espiritualidad y comprensión que deben primar en el seno de la familia, siempre que sean fuertes y traigan consigo los vínculos por el sentimiento que se profesan.

A juicio de VARSÍ ROSPIGLIOSI, “no es la familia *per se* a quien la ley brinda especial atención, sino a sus integrantes, a los sujetos que la componen. Antes que ella, en su composición y por sobre encima, está la persona representada en el cónyuge, el padre, la madre, el hijo, cada uno de los parientes, siendo la familia el *locus* irremplazable de realización y desenvolvimiento del sujeto; (...) sobre el punto de vista de mejor interés de la persona no puede fomentarse una sola entidad familiar, como la matrimonial, ni protegerse otras, como las concubinarias, ignorándose las demás. La interacción humana es tan rica que no es dable circunscribirla; por el contrario, es preciso encontrar sus líneas directrices”.²⁴⁴

La afectividad constituye la relación espiritual que une a las personas, es invaluable, incuantificable, su dimensión no es material, sino sentimental, por ello las relaciones afectivas que surgen entre el padre/madre afín con el hijo de su pareja contribuyen esencialmente al éxito de la familia ensamblada y, por consiguiente, a la valoración de la posibilidad de concesión de responsabilidades parentales a favor del afín dentro del seno familiar.

²⁴² Vid. WELSTEAD, Mary y Susan EDWARDS, *Family Law*, Oxford University Press, New York, 2006, p. 1.

²⁴³ Vid. TARTUCE, Flávio y José Fernando SIMÃO, *Direito Civil*, Volumen 5, *Família*, 2ª edição, atualizada e ampliada, Editora Método, 2007, p. 24.

²⁴⁴ Vid. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *La nueva teoría institucional y jurídica de la familia. Tratado de Derecho de familia*, tomo I, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, octubre 2011, p. 46.

Esta línea de razonamiento encuentra respaldo en los argumentos de HERRERA, cuando considera que la socioafectividad es la combinación de dos elementos que la componen y que hacen que lo fáctico sea lo fundamental: lo social y lo afectivo; cómo lo afectivo ha conquistado un lugar destacado en lo social y cómo lo social se ve inspirado e influenciado por ciertos afectos. Estas dos realidades terminan por interactuar en simbiosis constante. Este criterio socioafectivo se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, en un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental y se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana.²⁴⁵

Coincide esta investigadora con DE OLIVEIRA y TEIXEIRA DE CASTRO SANTANA cuando afirman que “[...]la caracterización de padre/madre, sólo puede ser reconocida, efectivamente, en aquel que desempeña el papel de protector, de educador, de compañero del hijo; o sea, no es el vínculo biológico por presunción legal quien torna a alguien padre o madre, más sí, la asunción de tal papel por quien pretende ser reconocido”.²⁴⁶

Ello nos conduce a considerar que la paternidad se puede mostrar de dos maneras: la biológica, que es la relativa a conocer por quién ha sido engendrado, y la socioafectiva,²⁴⁷ que está relacionada con las vivencias del sujeto en el entorno familiar, ambas perduran de manera independiente, pues no son excluyentes.

Se ha identificado casi siempre la paternidad con la verdad biológica, pero el parentesco ha dejado de mantener, necesariamente, correspondencia con el vínculo consanguíneo. Si aquel que procrea no es quien desempeña las funciones paternas, surge la figura del padre distinta de la persona del procreador; en este

²⁴⁵ Vid. HERRERA, Marisa, “Socioafectividad e infancia. De lo clásico a lo extravagante”, en obra colectiva, *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*, tomo I, dirigida por S. Fernández, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 977; y “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del Derecho de familia contemporáneo”, disponible en Abeledo-Perrot no. 3AP/DOC/1066/2014. En similar sentido, vid. GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela, “Guarda de hecho y adopción”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-1*, Derecho de familia - I, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 328.

²⁴⁶ Vid. PAVAN DE OLIVEIRA, Eliana Maria y Ana Cristina TEIXEIRA DE CASTRO SANTANA, “Paternidade socioafetiva e seus efeitos no Direito sucessório”, en *Revista Jurídica UNIARAXÁ*, Araxá, volumen 21, no. 20, agosto 2017, p. 95.

²⁴⁷ Según PÉREZ GALLARDO, el parentesco socioafectivo es “[...] la razón que puede justificar el estatuto de los padres y madres afines, resultado del mosaico o ensamble a que conduce las familias reconstituidas o ensambladas cuando el ensamble opera con motivo de una nueva relación de pareja, basada en el afecto y en la convivencia”. Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El Derecho familiar cubano y los nuevos tiempos: el brío jurisprudencial”, en *Revista de Derecho Privado*, no. 4, julio-agosto, 2018, p.107.

supuesto es posible investigar la parentalidad más allá de la realidad natural, en tanto la paternidad no es meramente un acto físico, sino un hecho de opción, que sobrepasa lo relativo a los aspectos biológicos para adentrarse con fuerza en el área afectiva.

Conceptualiza HERRERA la socioafectividad como “la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. A la vez, ambas ideas interactúan entre sí”.²⁴⁸

Se acoge por la investigadora la definición de paternidad socioafectiva que ofrece SILVA, cuando dice que “es el tratamiento dispensado a una persona en calidad de hijo y se encuentra sustentada en el sentimiento de cariño y amor, independientemente de la imposición legal o vínculo sanguíneo”.²⁴⁹

De esta ilustración se colige que la socioafectividad proyecta una constancia social de los vínculos entre padres e hijos, que caracterizan una paternidad no por el hecho biológico o por la presunción legal, sino como consecuencia de los sólidos lazos afectuosos que se generan con la convivencia de la familia, prevalece el afecto sobre la realidad legal, en tanto la relación diaria de las personas tiende a tornarse más fuerte, incluso, que la misma sangre y genes que puedan llegar a compartir.

Expone SIMÕES que “la idea de paternidad y maternidad socioafectiva, considerada por la doctrina y la jurisprudencia como un despertar del Derecho de las relaciones familiares, en especial de las relaciones filiales, donde ausentes los vínculos biológicos, se tornan los sentimientos el móvil a través del cual algunos individuos dedican a otros una verdadera afección materna o paterna, externalizada en actitudes compatibles con las esperadas de un padre o de una madre, estableciéndose la reciprocidad fraterna y amorosa entre un padre o una madre de afecto y sus hijos afectivos”.²⁵⁰

²⁴⁸ Vid. HERRERA, Marisa, “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del Derecho de familia contemporáneo”, cita online: AP/DOC/1066/2014, consultada el 25 de julio de 2019.

²⁴⁹ Vid. SILVA, Luana Babuska, “A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar”, *Jus Navigandi, Teresina*, año 8, no. 364, disponible en: <http://jus.uol.com.br>, consultado el 4 de mayo de 2017.

²⁵⁰ Vid. FERREIRA DA SILVA SIMÕES, Melrian, “A multiparentalidade nas famílias recompostas ou tentaculares: um novo paradigma no Direito de família”, dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação *stricto sensu* em Direito da Fundação de Ensino - Eurípides Soares

Estas afirmaciones encuentran sustento en el criterio que sostiene ALBUQUERQUE JÚNIOR, cuando alega que no puede confundirse padre con progenitor, debiendo prevalecer siempre el vínculo de filiación construido a través de la convivencia y el afecto sobre aquel meramente biológico.²⁵¹

En esta misma línea de pensamiento, explica ALESI que una de las causas de las diferentes parentalidades, como nuevos escenarios convivenciales, se subraya agudamente en la disociación entre pareja conyugal, pareja parental y pareja progenitora, como consecuencia de separar lo que hasta ahora iba unido (sexualidad, procreación, alianza y filiación); cuestiona el modelo biparental padre/madre dominante en la visión cultural del parentesco occidental y sin llegar a desaparecer, lo coloca como uno más junto con los modelos de homoparentalidad, pluriparentalidad y monoparentalidad/monomarentalidad.²⁵²

Similar análisis realiza VARGAS SIMÕES al alegar: “los padres y los hijos no están unidos apenas por lazos de sangre, sino también por amor, cariño, afectividad, respeto, cuidados y sentimientos de prosperidad, toda vez que la responsabilidad es función de esos verdaderos padres afectivos, tan importante, nada los vincula o los obliga a la crianza y al desenvolvimiento del amor por esos hijos, mas apenas lo hacen por ser esta una voluntad que surge del afecto, del amor”.²⁵³

Todo ello permite concluir que la socioafectividad es el sustento de las relaciones familiares que soportan la familia ensamblada. Esta germina por actos de cariño, consideración, entrega y dedicación, que demuestran una estrecha relación entre sus miembros, por esa razón se reputa como el elemento que rompe con los estereotipos familiares tradicionales, donde solo los lazos biológicos han determinado la existencia de la familia.

2.2.3. Participación del progenitor no guardador ante la toma de decisiones

Entre los derechos-deberes que integran la patria potestad se encuentra el deber de guardar y convivir con los hijos sujetos a esta; sin embargo, al producirse la

da Rocha, Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Brasil, 2016, disponible en <https://aberto.univem.edu.br/handle/11077/1690>, consultada el 25 de julio de 2019.

²⁵¹ Vid. DE ALBUQUERQUE Jr., Roberto Paulino, *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de suades constituição posterior*, en *Jus Navigandi*, Teresina, año 11, no. 1547, 26 de septiembre, disponible en: <http://jus.uol.com.br/>, 2007, consultada el 4 de mayo de 2017.

²⁵² Vid. ALESI, Martín B., “Deberes y derechos de los padres...”, *cit.*, p. 2.

²⁵³ Vid. VARGAS SIMÕES, Thiago Felipe, “La familia afectiva. El afecto como formador de la familia”, disponible en <http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a19>, consultado el 4 de mayo de 2017.

ruptura de la pareja es cuando los deberes de convivencia y de guarda cobran vida de forma autónoma e independiente, en tanto ocurre una disociación de la patria potestad, al atribuirse a uno de los progenitores la guarda de los hijos menores,²⁵⁴ produciéndose, en la práctica, en muchos casos, una confusión entre las funciones de custodia y la patria potestad, por asumir el progenitor guardador todas aquellas responsabilidades dimanantes del ejercicio de esta institución; de ahí que se entremezclen ambos deberes al momento de la ruptura.

Tal como señala RODRÍGUEZ LLAMAS, “se tiende a identificar guarda y custodia de los menores y ejercicio de la patria potestad, debido a que en estos casos en los que los progenitores no viven juntos, puede otorgarse el ejercicio de la patria potestad de forma exclusiva al guardador”.²⁵⁵

A juicio de esta investigadora, las posibilidades de intervención del progenitor no guardador dependen en gran medida del nivel de responsabilidad que tenga sobre las cuestiones relativas a sus hijos, pues, si bien es cierto que las situaciones que se suscitan intempestivamente requieren una solución inmediata, es su obligación mantenerse implicado en la vida cotidiana de estos.

Para HERAS HERNÁNDEZ, “se impone el deber de compartir la información relativa a los hijos, en relación con su salud, educación y bienestar general de los mismos, así como los criterios para adoptar las decisiones relevantes que les concierne en relación con el cambio de domicilio, centro escolar, tipo de enseñanza o cuestiones relativas a la salud del menor”.²⁵⁶

En Cuba, ante la primacía de la guarda unilateral o a favor de un progenitor, se determina, tanto notarial²⁵⁷ como judicialmente²⁵⁸ un régimen de comunicación del

²⁵⁴ Esta situación está salvada cuando se reconoce legalmente el cuidado compartido, el que según ABOUD CASTILLO, “trata de distribuir funciones en el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, lo que también implica ordenar la cohabitación. Distribuir debe entenderse no como forma de disgregar o escindir, sino de compartir e integrar, a la manera que se organiza un trabajo de equipos, porque educar y formar a los hijos y las hijas debe ser una labor de ese equipo que integran madre y padre”. Vid. ABOUD CASTILLO, N. L., “El cuidado compartido...”, *cit.*, pp. 40 y 41.

²⁵⁵ Vid. RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, “La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor. Comentario a la STS núm. 679/2013, de 20 de noviembre de 2013”, en *Revista Boliviana de Derecho*, no. 19, enero 2015, p.567.

²⁵⁶ Vid. HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, “La autorregulación de las relaciones con los hijos de progenitores que no viven juntos”, en *Revista La Ley Derecho de familia*, no. 5, enero 2015, p.17.

²⁵⁷ El Decreto-Ley no. 154/94, del divorcio notarial, dispone la tramitación ante notario de la disolución del vínculo matrimonial y las consecuentes medidas encaminadas a la regulación de la patria potestad, guarda y cuidado, pensión alimenticia y régimen de comunicación de los hijos nacidos en el matrimonio. También en sede notarial y ante el nacimiento de un menor, se puede disponer en escritura pública sobre la determinación de convenciones derivadas del ejercicio de la patria potestad en caso de que los padres no hayan contraído matrimonio.

menor de edad con el progenitor no guardador. No obstante, en situaciones donde el asunto a resolver sea relativo a la guarda, es consideración de quien suscribe que no se debe tomar una decisión a espaldas del progenitor no guardador;²⁵⁹ por lo cual resulta polémico decidir si exigir para la toma de decisiones su consenso, consulta o participación.

El término correcto a emplear, en criterio de la autora de esta tesis, es participación,²⁶⁰ en tanto se coincide con QUESADA acerca de que jurídicamente hablando, la atribución del cuidado exclusivo de un menor a uno de sus progenitores en convenio o resolución judicial, con el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre el mismo, no autoriza al progenitor guardador la facultad de decidir unilateralmente.²⁶¹

No caben dudas de que un asunto relativo a determinar la concesión de guarda y cuidado del menor de edad no debe resolverse a espaldas del progenitor no guardador, quien ante la convocatoria para su participación puede ofrecer sus argumentos al respecto y mostrar su conformidad o no; e incluso adoptar una postura de absoluta rebeldía,²⁶² que puede estar originada por su desapego y total

²⁵⁸La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico regula en el Capítulo I del Título IV el proceso de divorcio de mutuo acuerdo y el proceso de divorcio por justa causa, donde se dispone lo relativo a la patria potestad, guarda y cuidado, pensión alimenticia y régimen de comunicación de los hijos nacidos en el matrimonio.

²⁵⁹Es importante señalar que la legislación cubana no distingue entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, de lo que se infiere que ambos padres ostentan ambas categorías aunque no convivan con el menor. Al decir de VELAZCO MUGARRA, si se tiene en cuenta que con titularidad y ejercicio conjunto, por decisión judicial se atribuye la guarda y cuidado a uno solo de los progenitores cuando no conviven, el ejercicio del no guardador pierde parte de su contenido, ya que el cuidado directo del menor es realizado por el guardador. Vid. VELAZCO MUGARRA, M., *La guarda y cuidado...*, cit., p.34.

²⁶⁰El *Cervantes. Diccionario Manual de la Lengua Española* define la palabra 'participación' en su primera acepción como acción y efecto de participar, mientras que 'participar' en su segunda acepción es tener parte en una cosa. Vid. versión electrónica del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española de 2018*, disponible en <https://dle.rae.es/?w=diccionario>, consultado el 15 de enero de 2019.

²⁶¹Vid. QUESADA, Mariola H., "Ejercicio de la patria potestad por el progenitor custodio", en diario *La Ley*, no. 9043, Sección "Tribuna", 18 de septiembre de 2017, p. 1. En el ámbito europeo, la Recomendación 84 sobre las responsabilidades parentales elaborada por la Comisión Internacional del Estado Civil establece entre sus principios que: "1. La responsabilidad parental no se ve afectada ni por la disolución o la anulación del matrimonio u otra unión formalizada, ni por la separación legal o de hecho de los padres" (Principio 3:10); "2. Los padres que detentan la responsabilidad parental, tienen en el ejercicio de la misma, iguales derechos y deberes. En la medida de lo posible la ejercen conjuntamente" (Principio 3:11). Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y Judith SOLÉ RESINA, *Filiación y potestad parental*, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 2014, pp. 159 y 160.

²⁶²La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico contempla en los distintos tipos de procesos donde se pueden ventilar asuntos que involucren a los menores de edad, la conducta a seguir en caso de declararse rebelde el demandado, que tienen como punto de partida los preceptos generales establecidos en el Capítulo VII, de las notificaciones, citaciones,

desinterés con la crianza del menor; sin embargo, no quiere esto decir que sea su posición la única razón a considerar para arribar a una decisión definitiva.

En tal sentido, se impone aplicar el principio del interés superior del niño, como la garantía que da prioridad a los derechos de estos sobre cualquier otro derecho concurrente,²⁶³ visto su bienestar como el conjunto de condiciones necesarias para proveerle de un marco vital suficiente en el que pueda desarrollar sus capacidades y cualidades psíquicas, personales, sociales y afectivas necesarias para su progresivo crecimiento en armonía con la realidad que le rodea.²⁶⁴

emplazamientos y requerimientos, que contempla los artículos del 158 al 172, tanto en el proceso ordinario (artículo 231), en el proceso de divorcio por justa causa (artículo 383 en relación con el artículo 231) y en el proceso sumario (artículo 364), al ser declarado rebelde el demandado se le tiene por conforme con los hechos de la demanda. Vid. Ley no. 7 de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de 19 de agosto de 1977, modificado por el Decreto-Ley no. 241 de 26 de septiembre de 2006, disponible en <http://www.parlamentocubano.cu/wp-content/uploads/2016/05/LEY-NO.-7-DE-PROCEDIMIENTO-CIVIL-ADMINISTRATIVO-Y-LABORAL.pdf>, consultado el 21 de octubre de 2018.

²⁶³ En función del principio del *favor filii*, que según CALLEJO RODRÍGUEZ, “da valor prioritario al interés de los menores en todas las medidas que se adopten en relación con ellos, frente a cualquier derecho o pretensión, por legítima que sea”. Vid. CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, “La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores”, en *Actualidad Civil* (3), marzo de 2014, p. 292. Coincide esta postulante con MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA cuando afirma que “Los derechos de los niños y en concreto, el derecho de todo niño a que su interés superior sea la consideración primordial en toda situación de conflicto y en toda decisión que le concierna, consagran las prerrogativas de la fragilidad, o dicho con otras palabras, sitúan la fragilidad humana en la génesis y fundamento mismo de los derechos [...], la prioridad del interés superior ha supuesto una reordenación de relaciones familiares tradicionales, marcadas por las potestades paternas o patriarcales y por los intereses económicos, las primeras han perdido su fundamento de autoridad al venir ahora ordenadas ‘a’ y exclusivamente fundadas ‘en’ la garantía del interés del hijo en la subsistencia, el desarrollo de la personalidad y la adquisición progresiva de autonomía. En cuanto a los segundos, no sólo han de referirse también al propio hijo, sino en tal referencia, pasan a un segundo plano respecto de bienes y derechos de la personalidad que configuran el bienestar moral o emocional del niño”. Vid. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo, *Tensión y extensión de los derechos. A propósito de los derechos de los niños*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2018, p. 214. En igual sentido, vid. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio Luis, “El niño y los derechos humanos”, en Ignacio Campoy Cervera (coordinador), *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Editorial Dykinson, 2007; “El niño y los derechos humanos”, en *Lex Universidad Autónoma de Madrid*, 2016, *passim*; y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas”, en diario *La Ley*, no. 6197, año XXV, 24 febrero 2005.

²⁶⁴ En Cuba, sabiamente el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular aprobó la Instrucción no. 216 de 17 de mayo de 2012, “Disposición sobre procedimiento familiar”, en aras de garantizar la protección integral de la familia y en especial los intereses de los menores de edad. En tal virtud, establece el modo de proceder respecto a la comparecencia de los implicados en el asunto, el llamamiento al proceso de terceros con interés legítimo, el modo de proceder para la escucha del menor, la participación del Ministerio Fiscal en estos procesos, la constitución y funcionamiento del equipo multidisciplinario, la necesidad de mecanismos que aseguren el ulterior cumplimiento de las obligaciones declaradas por resoluciones firmes, mediante un sistema cautelar propio que incluya la actuación oficiosa de los tribunales y la solicitud a instancia de las partes involucradas, además la posibilidad de adopción de tutelas urgentes, dada la connotación de los intereses que se protegen. Vid. Instrucción no. 216 de 17 de mayo de 2012, en DÍAZ TENREIRO, Carlos Manuel y Yanet ALFARO GUILLÉN, *Compilación de Disposiciones del CGTSP*

Estos argumentos encuentran confirmación en las alegaciones hechas por DE TORRES PEREA, cuando dice que “lo importante será, a la hora de tomar decisiones, descender al caso concreto para determinar cuál de las distintas alternativas posibles se adecua mejor con el interés del menor”.²⁶⁵

2.2.4. Asunción de responsabilidades por el padre/madre afín

Le corresponde al padre/madre afín desempeñar un papel esencial en la crianza del hijo de su pareja. El valor responsabilidad, unido al afecto,²⁶⁶ es trascendental en cuanto el niño/a se identifica con su presencia, en la medida en que este asume las responsabilidades que le son propias a un progenitor/a.

Tal como se ha explicado, desde la familia ensamblada, el padre/madre afín es un tercero cualificado, en tal sentido refiere FULCHIRON que “es padre afín en sentido jurídico aquel que desea asumir las obligaciones de la vida familiar y una parte de la carga financiera de los hijos de su esposo, conviviente o concubino”.²⁶⁷

Son varias las situaciones de hecho²⁶⁸ que facilitan o entorpecen la postura del tercero afín en la crianza de los niños, ello depende, en primer orden, de la

(Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular) 1974-2015, Ediciones ONBC, La Habana, 2017.

²⁶⁵ Vid. DE TORRES PEREA José Manuel, *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Editorial Lustel, Málaga, 2008, p. 30; mientras que desde la arista jurisprudencial, en Sentencia del TSE no. 569/2016, de 28 de septiembre, el Alto Foro afirma que esta materia se rija por un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual debe tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor. Disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 18 de octubre de 2018.

²⁶⁶ Al decir de KEMELMAJER DE CARLUCCI, “[...] la afectividad familiar es un elemento apreciable y apreciado, pues, al contribuir al desarrollo personal del niño sirviendo así a su interés superior, presenta un valor jurídico que ni el derecho ni sus operadores pueden ignorar”. Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Capítulo introductorio”, en Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora, Lloveras (directoras), *Tratado de Derecho de familia (según el Código Civil y Comercial de 2014)*, tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, pp. 453 y 454.

²⁶⁷ Vid. FULCHIRON, H., “¿Un estatuto para ...”, *cit.*, p.42.

²⁶⁸ En entrevista con la profesora ARÉS MUZIO, esta afirma que para el éxito del desempeño del progenitor afín en la familia ensamblada, un factor que contribuye es que el padre biológico se encuentre totalmente ausente, esto le permite al afín asumir al hijo como propio, es cuando no hay una copaternidad o una corresponsabilidad, porque cuando el padre está muy presente y es muy afectivo, el afín toma una posición de repliegue, que tiende a compartir pero no se asume responsablemente, depende entonces esencialmente de la presencia del progenitor no guardador, o sea, tiene mayores posibilidades de éxito familiar si este es fallecido o está totalmente ausente y no se ocupa de su hijo. Para la psicología son injertos míticos como la orquídea, que no tiene nada que ver con el tronco pero crece a base de ese tronco, pues aunque el tronco no es originario de la orquídea, si esta no está pegada a él no florece, esos padres ofrecen como una especie de tronco para que florezca el hijo afín en la crianza, es como un injerto mítico. Otro factor es cuando las madres guardadoras aceptan esa paternidad, es una paternidad confirmada por parte de la madre, pues ocurre que la madre en ocasiones desconfirma esa paternidad, cuando en presencia de los niños dice: ella es mi hija pero no es tu hija, es un juego de proximidad y distancia, esencialmente cuando el reensamblaje se ha hecho con hijos mayores, de 7-8 años en adelante, y viene de una

posición del progenitor/a guardador/a en cuanto a permitirle a su pareja involucrarse en la crianza de su descendencia; en segundo orden se encuentra la posición del progenitor/a no guardador/a, en tanto si este es constante en las atenciones con su hijo, el afín, generalmente muestra una postura secundaria o de colaboración, sin embargo, cuando su posición es de desinterés, total ausencia o ha fallecido, el tercero cualificado puede asumir una postura de sustitución afectiva y responsable, o sea, deviene condición de padre/madre socioafectivo, razón que le facilita la concesión de la guarda y cuidado del hijo afín, aun cuando se extinga el vínculo con el progenitor/a guardador/a, ya sea por separación de la pareja o por fallecimiento de quien ostenta la guarda, siempre que la decisión que se tome responda al interés superior del niño.

Influye también en este análisis la edad que tiene el menor cuando ocurre el ensamble familiar, pues mientras más pequeños sean los niños, con mayor naturalidad asumen la presencia del padre/madre afín en tanto crecen con esta figura incorporada en su vida, como alguien con responsabilidades y compromisos dentro del seno de la familia.²⁶⁹

Para lograr el éxito en este arduo empeño el padre/madre afín debe pasar más tiempo con el hijo de su pareja, de forma individual; debe colaborarle en sus proyectos escolares, en sus juegos y en todas las labores cotidianas permisibles, debe apoyar a los progenitores en lugar de disciplinar directamente al hijo afín, se precisa crear una fuerte relación de pareja y nuevas tradiciones familiares que impulsen a todos los miembros de la familia a formar una sólida segunda familia.

Ante tanta diversidad de situaciones que convergen en el desempeño del padre/madre afín en la familia ensamblada, coincide la autora con CALOIERO cuando argumenta que “se procura establecer normas claras, que establezcan cuáles son los derechos y deberes de aquellos que ocupasen ese rol,

estructura de familia monoparental que ha sido larga en el tiempo, no admite intromisión de una tercera persona en una estructura familiar fosilizada, y ahí ese tercero no sabe cómo actuar. Es difícil para los padrastros esta posición donde la madre le pone un coto, y dice si me meto es malo y si no me meto es malo, no sabe qué hacer, es una posición muy ambivalente, son situaciones de triangulación que se trabajan mucho en terapia familiar. *Vid.* Anexo 13 de entrevista a informante clave realizada a la Doctora en Psicología Patricia ARÉS MUZIO.

²⁶⁹ Muy a tono con esta reflexión, refiere CHAVES que la verdadera paternidad exige una concreta relación paterno-filial, padre e hijo que se traten como tal, de donde emerge la verdad socioafectiva. *Vid.* CHAVES, Marianna. “A criança e o adolescente e o parentesco por afinidade nas famílias reconstituídas”, en Maria Berenice Dias (org.), *Direito das famílias, Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, p. 488.

procurándose de esta manera lograr una mayor protección de los niños, niñas y adolescentes sin de ningún modo excluir o reemplazar la participación de sus progenitores. Bajo este panorama, parece atinado recordar que, en última instancia, toda decisión en la materia deberá regirse por un principio fundamental: el interés superior del niño”.²⁷⁰

2.2.5. El derecho del menor a ser escuchado

En pos de la aplicación del principio del interés superior del niño, la niña y el adolescente ante la decisión acerca de la guarda del hijo a favor del padre/madre afín, se impone el análisis del presupuesto encauzado al derecho del menor de edad a ser escuchado,²⁷¹ así como su reconocimiento en tanto sujeto de derecho y en atención al principio de capacidad progresiva,²⁷² que implica la participación por los niños, las niñas y los adolescentes en las decisiones que les atañen, conforme a su desarrollo y grado de madurez.

Al interpretar los preceptos en cuestión, se revela que los derechos de los niños no se encuentran en expectativa hasta que estos alcancen la mayoría de edad y puedan ejercerlos, sino que, por el contrario, son derechos que se practican en virtud de la evolución de sus facultades.

Concuera la autora con SILLERO CROVETTO, cuando afirma que “la Convención, en este tema deja bastante margen de interpretación, garantiza el artículo 12 a los niños, el poder expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les

²⁷⁰ Vid. CALOIERO Yamila, “De los hechos al Derecho: El reconocimiento legal de la figura del progenitor afín”, *Diario DPI. Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, no. 14, 5 de julio de 2016. p. 4.

²⁷¹ Vid. artículo 12 de la Convención de los derechos del niño. Al referirse a este artículo, la Observación General no. 4 del Comité de los derechos del niño dispone en su artículo 8 que para que los adolescentes puedan ejercer debidamente y con seguridad este derecho, las autoridades públicas, los padres y cualesquiera otros adultos que trabajen con los niños o en favor de estos necesitan crear un entorno basado en la confianza, la compartición de información, la capacidad de escuchar toda opinión razonable que lleve a participar a los adolescentes en condiciones de igualdad, inclusive la adopción de decisiones. Vid. Observación General no. 4, Centro de Investigaciones Innocenti de la UNICEF, Florencia, 2002, p. 2.

²⁷² Vid. artículo 5 de la CDN. Al referirse a este artículo la Observación General no. 4 del Comité de los derechos del niño dispone en su artículo 7 que el Comité cree que los padres o cualesquiera otras personas legalmente responsables del niño están obligadas a cumplir cuidadosamente con sus derechos y obligaciones de proporcionar dirección y orientación al niño en el ejercicio por estos últimos de sus derechos. Tienen la obligación de tener en cuenta las opiniones de los adolescentes, de acuerdo con su edad y madurez, y proporcionarles un entorno seguro y propicio en el que el adolescente pueda desarrollarse. Los adolescentes necesitan que los miembros de su entorno familiar les reconozcan como titulares activos de derecho, que tienen capacidad para convertirse en ciudadanos responsables y de pleno derecho cuando se les facilita la orientación y dirección adecuadas. *Ibidem*, p. 3.

afecten y que, en el momento de tomar decisiones, sus opiniones sean debidamente tomadas en cuenta. Sin embargo, el mismo precepto condiciona el ejercicio de este derecho, en cuanto exige “que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio y de que se tomen en consideración sus puntos de vista en función de su edad y grado de madurez”. Se incluyen restricciones que dependen de la interpretación discrecional de los que tienen el poder correspondiente”.²⁷³

En esa misma línea de reflexión, MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA expresa que el derecho del niño a ser escuchado tiene su contrafaz en el deber de padres, tutores, profesionales de la educación o del Derecho, de escuchar lo que el niño tiene que decir sobre sus deseos, anhelos, o preferencias.²⁷⁴

En el proceso de la escucha se distinguen dos momentos: el acto de oír y el de escuchar, pues, aunque ambos son imprescindibles, ha de darse al segundo todo su sentido. Una escucha atenta que conecte con el niño concreto que se expresa y cuyo interés está en juego y que permita superar el prejuicio, los eslóganes, las ideologías y lenguajes supuestamente técnicos del adulto llamado a decidir o apoyar la decisión.²⁷⁵

²⁷³ Vid. SILLERO CROVETTO, Blanca, “Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: Criterios relevantes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, no. 6, febrero 2017, pp. 13 y 14. Por violentar el derecho del menor a ser escuchado, el Estado español fue inculcado por el TEDH al dictar la Sentencia de 11 de octubre de 2016, en el asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España, a indemnizar a la madre de dos hijas menores por vulneración por la justicia española ante el rechazo del juez de oír personalmente a la hija mayor de doce años y la ausencia de toda motivación por parte de aquel para rechazar tal petición. La madre demandante y sus hijas se quejaban del rechazo de los tribunales a oír personalmente a las menores, de forma que solo se conocía la relación que mantenían con su padre por terceras personas (disponible en <http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=home>, consultado el 27 de octubre de 2018). La doctrina del Tribunal Constitucional español ha establecido con claridad la nulidad de aquellas resoluciones judiciales relativas a hijos menores de edad, dictadas por el Juez en procesos de familia sin haberse practicado la exploración de los menores. En tal sentido, en Sentencia de 20 de octubre de 2013, analiza el derecho del menor a ser oído, recoge la normativa aplicable y considera necesaria la práctica de la audiencia de los menores, de forma que procede declarar la nulidad de la sentencia y la retroacción de actuaciones para que, antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se les oiga en la forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo y cuidando de preservar su intimidad. Disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 25 de octubre de 2018.

²⁷⁴ Vid. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., “Tensión y extensión de los derechos...”, *cit.*, p.110.

²⁷⁵ *Ibidem*, pp.110 y 111. En la antes referenciada Instrucción no. 216 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular se han establecido las reglas mínimas para la escucha de menores de edad en la tramitación de los procesos de naturaleza familiar y en especial para que prevalezca el interés superior del niño. Vid. Instrucción no. 216/2012, aprobada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria, no. 21, de 22 de junio de 2012.

Si bien es trascendental conocer la opinión del niño en el asunto del que es el principal protagonista, ello no significa hacer necesariamente lo que diga, se impone valorar su opinión con el resto de los argumentos del caso, a fin de que no devenga árbitro de cuestiones que están más allá de su responsabilidad, pues a pesar de alcanzar una madurez y desarrollo adecuados, existe la probabilidad de que su interés superior tenga coincidencia con sus opiniones y deseos; por supuesto, en tanto estos se hayan expresado en un marco de auténtica libertad.²⁷⁶

En cuanto a la edad a partir de la que es ineludible escuchar a los niños, KEMELMAJER DE CARLUCCI, luego de reconocer que la Convención de los derechos del niño no establece una edad mínima, consideró que bien podría el Derecho interno establecerla, siempre que utilizara pautas razonables.²⁷⁷

En total coincidencia con la argumentación que antecede, apunta la investigadora que los Estados están obligados a garantizar el derecho del niño a expresar sus opiniones sin limitaciones, con absoluta libertad, en tanto el artículo 12 de la CDN protege la opción que tienen estos a formarse un juicio propio, a ser escuchados y a que su opinión sea tenida en cuenta en los asuntos que le conciernan, todo ello en virtud de su capacidad progresiva y de la aplicación del principio del interés superior del niño de manera íntegra.²⁷⁸

²⁷⁶ Sentencias firmes del TMP de Matanzas evidencian el tratamiento que se le concede a la escucha de los menores de edad que se encuentran vinculados a los procesos de guarda y cuidado y su valoración, unidos al resto de medios probatorios que se aporten al proceso. *Vid.* Sentencia 193 de 30 de mayo de 2017, que considera: “[...] hecho manifestado por los niños durante la escucha que les fue realizada, [...] en el presente asunto, resulta beneficioso mantener el estado actual de convivencia y cercanía entre A y B con su padre”; Sentencia 354 de 20 de noviembre de 2017, que dispone: “[...] la escucha realizada a la infante, que demostró al plenario el temor que la misma siente hacia la figura materna, y a permanecer con ella lejos de la presencia de otro adulto”; Sentencia 317 de 31 de octubre del 2017, que considera: “[...] a esto se adiciona, el resultado de la escucha a la menor, [...] que evidencia el temor de la menor a regresar al hogar materno”. Consultadas en legajos judiciales en la sede del Tribunal Municipal Popular de Matanzas, en fecha 12 de marzo de 2019.

²⁷⁷ *Vid.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho constitucional del menor a ser oído”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario en la Reforma Constitucional*, no.7, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 25.

²⁷⁸ El TSP de Cuba, en Sentencia no. 941 de 26 de diciembre de 2014, atendiendo al principio del interés superior del niño, señala que: “ese interés superior en lo que a su persona se refiere, es todo lo que contribuye a mejorar o evitar un perjuicio en su esfera psicológica y biopsicosocial, tomando como base su edad, y su estado de desarrollo físico e intelectual; en ese sentido, se pueden distinguir dos aspectos en el desarrollo intelectual del niño; por una parte, lo que se puede llamar el aspecto psicosocial, es decir, todo lo que el niño recibe desde afuera, aprende por transmisión familia, escolar o educativa en general; y además, existe el desarrollo espontáneo; a saber, psicológico, que es el desarrollo de la inteligencia propiamente dicha; lo que el niño aprende o piensa que no se le ha enseñado, pero que descubre por sí solo; así el límite más importante al ejercicio de la patria potestad está fundado en el respeto a los intereses del menor”. *Vid. Boletín del Tribunal Supremo Popular*, de 2014, disponible en

NAVARRO GONZÁLEZ, en esta propia línea de razonamiento, asegura: “Tal es la relevancia que se le otorga a las manifestaciones del menor que el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 2014 (*La Ley* 149445/2014), acuerda la nulidad de oficio de la Sentencia recurrida en casación y ordena retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a los mismos”.²⁷⁹

De todo lo antes expuesto, a juicio de quien suscribe, el derecho del menor a ser escuchado es una arista esencial en la aplicación del principio del interés superior del niño y se considera satisfecho cuando se entiende como un posicionamiento hacia los niños, las niñas o los adolescentes, más que un único momento de escucha, que le facilita el conocimiento sobre el proceso en el que están inmersos, los pasos que lo componen, las repercusiones que puede tener en su vida, los momentos en los que puede intervenir, las posibilidades ante una inconformidad con la decisión tomada. En virtud de ello se debe garantizar la escucha en condiciones adecuadas, que sea especialmente tenido en cuenta en la decisión, que se trate de un elemento de peso a la hora de determinar el interés superior del niño. En tal sentido, adquiere más peso a medida que el niño posee más madurez que se argumente en la resolución judicial o instrumento notarial la valoración de la escucha, especialmente cuando lo decidido se aparte de lo expresado por el niño, la niña y el adolescente, en tanto si se cumplen estos requisitos, se ha disfrutado de este derecho, aunque no se muestren satisfechos con la decisión.

2.3. Alcance de la guarda y cuidado atribuida al padre/madre afín

Resulta factible la valoración concreta del alcance de la guarda y cuidado del menor de edad a favor del padre/madre afín, entendida esta como la dimensión de dicha función ante la concurrencia de los postulados analizados con vistas al logro del bienestar de los niños, las niñas y los adolescentes bajo la cobertura que brinda la CDN, y esencialmente con la aplicación del principio del interés superior del niño. Esta afirmación es coherente con los criterios de NÚÑEZ NÚÑEZ, cuando

<http://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/boletin-2014.pdf>, consultado el 17 de noviembre de 2018.

²⁷⁹Vid. NAVARRO GONZÁLEZ, Carolina, “Guarda y custodia de adolescentes: Su voluntad como criterio decisor relevante”, diario *La Ley*, no.9154, Editorial Wolters Kluwer, 8 de marzo de 2018, p.1.

afirma que las decisiones que tome el juez en interés del menor siempre deberán ir dirigidas a buscar evitar las carencias del menor, tanto en el plano afectivo como formativo, de forma que se favorezca el desarrollo íntegro de su personalidad.²⁸⁰

2.3.1. De las atribuciones

El sostenimiento de vínculos afectivos con los hijos de la pareja le facilita al padre/madre afín que se intensifique el instituto del cuidado personal, con marcada incidencia en la formación y educación de estos, dispuesto a participar colaborativamente en los actos cotidianos del menor de edad, con la finalidad de procurarle un bienestar psico-afectivo sistemático.

Considera CAGLIERO que dentro de los deberes del padre o madre afín se encuentran los siguientes: cooperar en la crianza y educación; realizar los actos cotidianos relativos a la formación del hijo en el ámbito doméstico; adoptar decisiones ante situaciones de urgencia y aportar alimentos, en forma subsidiaria.²⁸¹

Para DíEZ-PICAZO, el cuidado comprende la convivencia con el hijo y su alimentación en especie;²⁸² sin embargo, a criterio de la autora, las atribuciones propias de la responsabilidad de guarda y cuidado del padre/madre afín son coincidentes con el deber de los progenitores a tener consigo a su hijo menor de edad, pero con la nota complementaria y de auxilio de quien no ostenta la titularidad de la patria potestad.

Visto de esa manera, las atribuciones del padre/madre afín guardador inciden en todas las aristas de la vida del menor que se encuentra bajo su custodia, sin embargo, para lograr la admisión satisfactoria de estas facultades por parte de este se requiere que prime el respeto y el cariño entre ellos, de ahí que coincida con CURTI cuando apunta que “el afecto no siempre sigue los postulados del parentesco y, por lo tanto, la ley debe admitir que, en ciertos supuestos fácticos en el que el afecto está muy presente, se esté legitimado para reclamar el respeto

²⁸⁰ Vid. NÚÑEZ NÚÑEZ, María, “La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores por sus progenitores: su concesión a abuelos u otros familiares”, en *La Ley - Derecho de familia*, no.3, julio 2014, p.89.

²⁸¹ Vid. CAGLIERO, Yamila S., “La figura del progenitor afín en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *DJ 03/12/2014*, 8, cita online: AR/DOC/4001/2014, consultado el 23 de junio de 2017.

²⁸² Vid. DíEZ-PICAZO, Luis, “La situación jurídica del matrimonio separado”, en *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, Año IX, no.31, enero-marzo 1961, p.105.

de este vínculo fáctico que pretende tener su lugar en el campo jurídico”.²⁸³

Es evidente que las atribuciones de guarda otorgadas al padre/madre afín tienen un alcance limitado y no integran la esfera de disposición del patrimonio del menor. Según LINACERO DE LA FUENTE, el guardador del hijo menor decidirá sobre actos usuales que requiere el cuidado del menor y en el aspecto patrimonial se pudieran considerar los actos de administración ordinaria de bienes del menor (gestiones bancarias de rutina, inventario de bienes, reparaciones necesarias o de conservación).²⁸⁴ En la misma línea de análisis, FERRER I RIBA considera que hay que entender que corresponden al guardador las facultades relacionadas con el deber de ocuparse del menor en todo aquello que afecta la convivencia y a las atenciones personales;²⁸⁵ mientras CALLEJO RODRÍGUEZ califica estas atribuciones como “ejercicio de la custodia ordinaria, lo que implica solamente la posibilidad de que los menores convivan en el domicilio con los terceros, ejerciendo las responsabilidades de su guarda. Entonces, los progenitores mantendrán el ejercicio de la patria potestad, entendida como la facultad de tomar en nombre de los menores cuantas decisiones afecten a su salud, formación y educación[...] quedando los terceros facultados para tomar las decisiones más secundarias que afecten la vida ordinaria de los menores”.²⁸⁶

En virtud de la dinámica en que se desarrolla la familia ensamblada, se considera que el padre/madre afín que tiene voluntad y afecto sostenido por la descendencia de su pareja tiene la oportunidad de asumir las responsabilidades que inciden en el día a día de los hijos, tales como alimentación, atenciones médicas, educativas, transmisión de valores, en fin, es la prerrogativa que le asiste al desarrollar una convivencia estable con su hijo afín.

²⁸³ Vid. CURTI, Patricio Jesús, “La figura del progenitor afín”, en Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo II, 1ª edición, Editorial Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 271.

²⁸⁴ Vid. LINACERO DE LA FUENTE, María, “Custodia de menores. Conflicto entre el padre y los abuelos”, en *Poder Judicial*, no. 30, junio 1993, p.150.

²⁸⁵ Vid. FERRER I RIBA, Josep, “Comentario a la Sentencia de 29 de marzo de 2001 (Atribución judicial de la guarda y custodia de una menor a sus abuelos maternos)”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, no. 50, enero-marzo 2002, p.83.

²⁸⁶ Vid. CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, “La atribución de la guarda y custodia...”, *cit.*, p.299.

2.3.2. La temporalidad y excepcionalidad

Con alcance general, la decisión de otorgamiento de la guarda y cuidado de los menores de edad sujetos a patria potestad tiene un carácter temporal,²⁸⁷ en tanto si las circunstancias que originan la decisión adoptada al ocurrir el divorcio o separación de los padres varían, pues con este cambio de situación también se puede modificar la medida que inicialmente se adoptó. De manera que se considera que las decisiones concernientes a esta determinación tienen un efecto jurídico de carácter relativo.

Al cumplimentarse los postulados que antes fueron expuestos para valorar la concesión de la guarda y cuidado a favor del padre/madre afín, este asume las atribuciones de esta función unido al progenitor guardador o ante la imposibilidad de este de continuar con tal desempeño; visto así, queda definido su carácter secundario.

La concesión de la guarda y cuidado a favor del padre/madre afín se sujeta además a la excepcionalidad de esa condición, en tanto este no es titular de la patria potestad, pero puede ejercer funciones propias de esta, dada la concurrencia de las circunstancias que originan dicha decisión, razón que permite afirmar que la atribución de la guarda y cuidado a favor de una persona distinta a los progenitores, solo halla su fundamento en la protección del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes y el desarrollo de un vínculo socioafectivo sólido entre los miembros afines del núcleo familiar.

La posibilidad de atribución de la guarda a favor de un tercero encuentra protección jurídica en el párrafo 3 del artículo 9 de la CDN, cuando dispone que los tribunales pueden determinar que un hijo sea separado de sus padres cuando sea necesario para garantizar el interés superior de los niños, las niñas y los

²⁸⁷ La temporalidad de las decisiones relativas a la guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad encuentran su respaldo en las siguientes resoluciones judiciales del TMP de Matanzas: Sentencia no. 73 de 31 de marzo de 2016, que modifica la guarda y cuidado del menor que ostentaba la madre a favor del padre, que considera, entre otras razones, que “[...] *Jen la actualidad el menor encuentra mayor estabilidad en el hogar paterno pues allí posee su propia habitación, conserva el medio afectivo con el que se identifica plenamente*”; igualmente la Sentencia no. 193 de 30 de mayo de 2017, la cual modificó la guarda y cuidado de los menores a favor del padre en tanto “[...] *se han modificado las circunstancias entorno a los menores, lo que propicia la necesidad de modificar el régimen de guarda y cuidado que previamente les fue determinado mediante resolución judicial*”. Sentencias consultadas en legajos judiciales en la sede del Tribunal Municipal Popular de Matanzas, en fecha 12 de marzo de 2019.

adolescentes,²⁸⁸ en virtud del derecho de estos a convivir en familia y preservar las relaciones familiares.

Afirma ALBERRUCHE que esta excepcionalidad se justifica en la similitud que esta medida posee frente a la privación de la patria potestad, que no solo despoja a los padres del cuidado personal de los hijos, sino del resto de las funciones parentales que involucra dicho instituto, que pasan a ser ejercidas por el tercero guardador con carácter tutelar.²⁸⁹ En línea similar de reflexión, DE LOS MOZOS y HERRERO GARCÍA apuntan que el juzgador adoptará esa solución en circunstancias excepcionales, porque esta modalidad de guarda priva a los progenitores de la convivencia del hijo al asumir el tercero esas funciones, debido a lo cual se ha considerado por la doctrina que solo podría justificarse tal decisión ante la presencia de las mismas causas que conducirían a privar a los progenitores de la patria potestad.²⁹⁰

No coincide plenamente la autora con esta última afirmación, en tanto la función de guardador del padre/madre aún no trae consigo la privación de la patria potestad de los progenitores, pues esta puede ser complementaria o de delegación subsidiaria, dada la imposibilidad de desempeño del progenitor/a guardador/a.

En semejante línea de razonamiento, se considera por la autora que tanto la temporalidad como la excepcionalidad de esta función concedida al tercero cualificado, o sea, en carácter de padre/madre aún, deviene de la posición que ocupa en el seno familiar ensamblado, sobre la base de una relación marital,

²⁸⁸ Vid. artículo 9, tercer párrafo, de la CDN. El TSE se ha pronunciado en cuanto al otorgamiento de la custodia a un tercero. En tal sentido ha dictado la Sentencia no. 679 de 20 de noviembre de 2013, que otorga la custodia a un tercero que no tenía vínculo de parentesco alguno pero que había convivido con la menor como si fuese su padre, señalando el Alto Foro que uno de los motivos por los que se otorgó la guarda y custodia a persona distinta a los progenitores lo ha sido las especiales relaciones que ha tenido con este, que ponen de manifiesto los lazos afectivos que les unen, de ahí que el interés de la menor va a quedar plenamente protegido con esta decisión. También la Sentencia no. 47 de 13 de febrero 2015 admite la posibilidad de atribuir la guarda y custodia de un menor a persona distinta de sus progenitores, por las especiales circunstancias que han rodeado la vida y crecimiento del niño, en consideración a que debe primar en las relaciones familiares el interés del menor. Disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 20 de octubre de 2018.

²⁸⁹ Vid. ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María M., "Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores", en *La Ley Derecho de familia*, no.3, julio 2014, p.74.

²⁹⁰ Vid. DE LOS MOZOS, José Luis y María José HERRERO GARCÍA, "Comentario al artículo 103", en José Luis La Cruz Berdejo (coordinador), *Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, p. 858.

formalizada o no,²⁹¹ preexistente con el progenitor/a guardador/a, de la imposibilidad del desempeño de la condición de guardador que es preferente de los padres y de la tipicidad de los postulados, que anteriormente fueron razonados, por lo cual se concluye entonces que, en razón de la realidad cubana, el estatuto del padre/madre afín debe prevalecer en tanto sea esta decisión la que proteja los intereses de los menores de edad que conviven en la modalidad familiar ensamblada.

2.3.3. El carácter de la concesión de guarda y cuidado

La figura del padre/madre afín y su consecuente condición de guardador tienen su origen en los sólidos vínculos afectivos²⁹² que se establecen entre este y el hijo de su pareja, formalizada o no; en tal orden se impone reconocer legalmente una relación afectiva que ya existe en la sociedad.²⁹³

Por su parte, GROSMAN y MARTÍNEZ ALCORTA consideran que el “padre afín” evita convertirse en una figura sustitutiva y cumple una labor más o menos auxiliar.²⁹⁴

El cónyuge o conviviente en el ejercicio de su rol diario con el hijo afín, en virtud de la convivencia estable que sostienen, puede decidir ante escenarios que lo exigen al estar involucrado afectivamente con el menor. Una actuación contraria

²⁹¹ Sobre este particular, parece conveniente señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Átala Riffo y Niñas vs. Chile*, del 24 de febrero de 2012, interpretó que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>, consultado el 11 de octubre de 2018.

²⁹² En ese sentido, SILVA afirma que el interés superior del niño está en que se reconozca su realidad familiar, cualquiera esta sea; en tanto lo importante es sumar referentes afectivos a su favor, debiendo brindarse un cabal reconocimiento a la función parental que todos los implicados efectivamente desempeñan. *Vid.* SILVA, Sabrina, “La triple filiación instalada en el escenario jurídico. Sobre cómo interpretar sus efectos jurídicos en el campo de la responsabilidad parental”, en *Letra Derecho Civil y Comercial*, 2, año I, 2016, p.110.

²⁹³ La Corte Suprema de Justicia de Colombia dictó la Sentencia de fecha 9 de mayo de 2018, donde dispuso que “*era necesario ir más allá de las concepciones tradicionales, el grupo familiar no solo se constituye por el vínculo biológico o jurídico, sino también a partir de las relaciones de hecho o crianza, edificadas en la solidaridad, el amor, la protección, el respeto, en fin, en cada una de las manifestaciones inequívocas del significado ontológico de una familia y reconoció la necesidad de brindar protección a la nacida de la afectividad*”. El referido órgano judicial, en Sentencia de fecha 19 de octubre de 2017 enfatizó que “[...]la ruptura de los lazos afectivos creados durante años de convivencia familiar entre un menor y quien de forma voluntaria reconoció la paternidad respecto suyo, se ocupó de su crianza y los integró a su familia, genera en el primero una afectación psicológica como consecuencia de verse truncados dichos lazos afectivos”. También la referida Corte dispuso en Sentencia de 23 de octubre de 2015 que “[...]la familia de crianza como aquella en las que priman vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia, desarrollados durante un periodo de tiempo suficiente para el desarrollo de sentimientos familiares”. Sentencias disponibles en <http://www.cortesuprema.gov.co>, consultado el 18 de octubre de 2018.

²⁹⁴ *Vid.* GROSMAN, Cecilia P. e Irene MARTÍNEZ ALCORTA, *Familias ensambladas...*, cit., p.89.

implicaría dar la espalda a la dinámica familiar diaria, ello con independencia del cumplimiento o no por el padre no guardador de los deberes que emanan de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, lo que denota que con ello no se pretende la sustitución de aquel, sino la consolidación del vínculo familiar y el otorgamiento al afín de una participación activa en el desarrollo y la crianza del hijo de su pareja.

En referencia al tratamiento que el CC y C argentino le ofrece a esta temática, BASSET apunta tres clasificaciones a las posibles situaciones descritas, al tiempo que brinda varios ejemplos en cuanto a regulación sustitutiva, la adopción del hijo del cónyuge o de integración.²⁹⁵ El ejemplo de regulación complementaria sería el estatuto del padre/madre afín en el nuevo Derecho argentino.²⁹⁶ Finalmente, un ejemplo intermediario entre ambos es el de la delegación de la responsabilidad parental en el nuevo Derecho argentino, que desplaza sustitutivamente el ejercicio de la responsabilidad parental, pero lo hace temporáneamente: combina elementos sustitutivos y complementarios.²⁹⁷

La realidad cubana impone un análisis de la concesión de estas facultades, desde la perspectiva de precisar el momento y la situación familiar que la motivan, en tanto ante la presencia de un matrimonio o unión convivencial ensamblado, el

²⁹⁵ Se trata de una solución legal de carácter definitivo, en tanto la adopción, al menos en la legislación cubana, tiene un carácter pleno y ante ella el padre adoptivo asume los deberes, los derechos y las obligaciones que emanan de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad y el menor adoptado rompe los vínculos legales con su familia biológica. La Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia T-606/13, al resolver un asunto relativo a otorgar a la hija de la conviviente de uno de sus trabajadores iguales derechos que los que goza la hija biológica de este, indicó que no es válido el razonamiento realizado, “[...]pues exigir vínculos jurídicos o naturales no toma en cuenta la segregación que podría generarse en familias ensambladas. Asimismo, manifestó que también resulta lesivo exigir como requisito la adopción de la menor pues esto implicaría que renuncie a la filiación con la familia de su fallecido padre biológico”.

²⁹⁶ Como apoyatura a esta afirmación se alega lo dispuesto por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que en 3 de febrero de 2015 dictó resolución estimando la acción de amparo interpuesta y declaró la inconstitucionalidad del artículo del Reglamento de Afiliaciones de una obra social ordenando que procediese a afiliar al menor, hijo de la mujer con la que el actor se encuentra unido civilmente. En esta misma línea de reflexión, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario no. 14 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en fecha 24 de noviembre de 2016 conoció de la interposición de una acción de amparo de una empleada de planta permanente de la legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, a fin de exigir el pago de asignaciones familiares respecto de la hija de su esposo que formaba parte del grupo familiar. La cámara, al confirmar la sentencia, también hizo hincapié en que *“la familia no se limita, en forma exclusiva, a los individuos que son parientes ni a los cónyuges, sino que incluye otras formas de relaciones humanas en las cuales sus miembros se encuentran unidos por lazos de solidaridad, convivencia, respeto y afecto”*. Sentencias disponibles en <http://www.ijudicial.gob.ar.>, consultado el 14 de octubre de 2018.

²⁹⁷ Vid. BASSET, Úrsula C., “La responsabilidad parental frente a la figura del progenitor afín”, en *Revista Código Civil y Comercial*, agosto de 2015, p.103.

padre/madre afín complementa las responsabilidades del progenitor guardador al ejecutarlas de conjunto con este, en tanto es el colaborador en las actividades que desarrolla el hijo en la cotidianidad y participa en la organización del hogar, en la transmisión de valores y modelos de conducta, convirtiéndose además en colaborador en cuanto al sostenimiento económico de los hijos afines, función que le viene dada precisamente porque son obligaciones resultantes de la unión de la pareja, sea formalizada o convivencial.²⁹⁸

Pueden también delegarse las facultades del progenitor guardador en el padre/madre afín con carácter subsidiario cuando existe la imposibilidad temporal de este para desempeñar sus deberes parentales (puede ser en el supuesto de viaje, discapacidad o capacidad restringida) y el progenitor no guardador no muestre interés en asumir el ejercicio, o incluso le resulta imposible hacerlo. Ello impone un respaldo legal en tanto son situaciones enmarcadas en la cotidianidad cubana.

Afirma LUJÁN que “será el juez, quien, como director del proceso deba establecer el grado preciso de certeza para justificar que a un no-pariente pueda permitírsele el rol de guardador, tomando para ello los recaudos necesarios a fin de disponer con carácter cautelar y de manera urgente una modificación del régimen de cuidado que ejercían los progenitores [...]bajo los principios de inmediatez, tutela judicial efectiva, oficiosidad, oralidad, activa participación en el proceso de los niños y adolescentes y ser resueltos conforme a su interés superior [...]siempre existirá un control judicial para valorar si los hechos acaecidos pueden o no ser inmersos en el texto legal, impidiendo el abuso y la delegación impropia de los deberes parentales”.²⁹⁹

²⁹⁸ Vid. MÉNDEZ TRUJILLO, Iris M., “El progenitor afín en la familia ensamblada cubana”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, no.14, La Ley, Uruguay, 2017, p. 1226.

²⁹⁹ Vid. LUJÁN Daniel, “Guarda a un tercero”, disponible en <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397>, consultado en 13 de febrero de 2019. En este sentido, a consideración de la investigadora, una decisión de esta naturaleza, siempre que se suscite en una situación de conflicto familiar, debe ser tomada por el órgano jurisdiccional competente, que arribará a una decisión en virtud de la aplicación en el caso concreto de los presupuestos fácticos expuestos, sin que estos sean interpretados de manera absoluta y respondan al interés superior del niño. Sin embargo, de no primar conflictos y todas las personas implicadas en el asunto mostrar su conformidad con una decisión al supuesto específico de que se trate, puede instrumentarse ante funcionario fedante, siempre que además concurra el Fiscal para dictaminar el asunto en cuestión y asuma el control legal del acuerdo parental que se defina.

El hecho de regular la postura de guardador del padre/madre afín en la familia ensamblada cubana rompe con el análisis arcaico de considerar que la crianza de los menores de edad es solo responsabilidad de sus progenitores, pues el alcance de esta modalidad familiar comprende a todos los adultos que en ella conviven, de ahí la necesidad de crear un estatuto legal donde se regule el rol que le corresponde al tercero cualificado en relación con el hijo de su nueva pareja. En tal sentido, ejerce una autoridad que deviene de su incorporación al núcleo familiar, es partícipe de la que le corresponde al progenitor guardador, salvo que este último esté imposibilitado de ejercerla y en virtud de la protección de los intereses del menor sea esa la decisión más conveniente.

Define la investigadora que la guarda con carácter complementario del padre/madre afín se evidencia cuando este participa en las actividades cotidianas que imbrican a la familia en su totalidad—o sea, los adultos sean o no progenitores—, desempeña responsablemente las funciones encaminadas a garantizar la protección y el beneficio de los menores de edad, tales como actividades escolares, vistas como reuniones de padres, limpieza de la escuela, preparación de festivales infantiles o cualquier otra que se desarrolle en este medio, de igual manera sucede cuando ante enfermedades de estos se asume su cuidado o la responsabilidad de brindar alimentos (dígase ropas, calzados, utensilios escolares, comida, o cualquier otro bien), tendentes a satisfacer las necesidades del niño, la niña o el adolescente, en fin, todas las responsabilidades que emanan de la convivencia estable y afectuosa de la familia.

A juicio de la autora, la delegación subsidiaria se ejemplifica cuando por razones de trabajo, enfermedad e incluso de índole personal, el progenitor guardador se ausenta temporalmente del hogar, o encontrándose presente, por razones de discapacidad no puede asumir íntegramente el rol familiar que desempeña y delega en el padre/madre afín sus responsabilidades de carácter personal derivadas del ejercicio de la patria potestad.

Todo ello sucede porque le resulta imposible al progenitor no guardador asumir la guarda y cuidado dado que ha fallecido, se ha mostrado siempre ausente a la crianza de su hijo y no tiene interés, reside fuera del país, o incluso no se opone a que sea el padre/madre afín quien se responsabilice legalmente con esta función.

En este orden de análisis, solo resta agregar que cada situación que de esta naturaleza se presente debe llevar un análisis concreto al caso en cuestión, pero todas deben enarbolar como paradigma que permite solucionarlas, la aplicación del principio del interés superior del niño, unido a la protección de las relaciones afectivas que surgen en el seno familiar ensamblado.

2.3.4. La guarda y cuidado compartidos en familia ensamblada

La opción por la custodia compartida implica reconocer que cada progenitor tiene los mismos derechos y los mismos deberes ante sus hijos y en ese sentido la define HERNANDO RAMOS como “la asunción compartida de autoridad y responsabilidad de derechos y obligaciones entre los padres separados, en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes”.³⁰⁰

La guarda compartida ha cobrado auge en los últimos años, de esa manera ha sido acogida como modalidad preferente en virtud del principio de corresponsabilidad parental, pues su aplicación les facilita a los hijos sostener vínculos afectivos con ambos padres en igualdad de condiciones.

El escenario familiar que posibilita la asunción de la guarda compartida como opción preferente debe ser, según se analiza, de relaciones armónicas y equilibradas entre los progenitores, ajeno a vínculos de conflictividad que generalmente subsisten después del rompimiento del matrimonio o la unión de hecho.

El artículo 650³⁰¹ del CC y C de Argentina clasifica el cuidado compartido en condiciones de carácter alternado cuando las decisiones que se precisan de la convivencia se toman por el progenitor que tiene al menor de edad a su abrigo en el momento en cuestión; y de carácter indistinto cuando pueden tomar decisiones relativas a la crianza del hijo cualquiera de los dos progenitores, independientemente de donde se encuentre el menor de edad. Sin embargo, todo ello obliga a manifestar que las decisiones diarias sobre la vida, salud y educación de los hijos no se comparten, sino que se cumplen por quien desempeña la función de guarda, es decir, estará a cargo del progenitor a quien le corresponda la custodia en ese momento, de acuerdo con lo convenido por los padres en el

³⁰⁰ Vid. HERNANDO RAMOS, Susana, “El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida”, en diario *La Ley*, no. 7206, Sección “Tribuna”, 29 de junio de 2009, ref. D-232 (La Ley12953/2009).

³⁰¹ Vid. artículo 650 del CC y C de Argentina.

acto de disolución del matrimonio o contenido en escritura notarial sobre determinación de convenciones derivadas del ejercicio de la patria potestad; no obstante, la expresión que comúnmente se usa es “guarda compartida”.

El principio de corresponsabilidad parental enarbola la guarda compartida como esencial función de guarda y cuidado. Ello exige especial predisposición psicológica, puesto que se impone un importante grado de consenso, respeto y colaboración, porque debe primar la actitud de cada uno en cuanto al respeto de los derechos del otro, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos y con sus familias extensas, lo que, sin duda, evidencia la absoluta necesidad de un elevado nivel de comunicación fluida, madurez y comprensión recíprocos entre los progenitores.

En este sentido se ha pronunciado el TSE: el interés del menor exige un *“compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar”*, y añade que para la adopción del sistema de custodia compartida se requiere un mínimo de capacidad de diálogo entre los progenitores ya que sin este se abocaría a una situación que perjudicaría el interés del menor. Reitera el Alto Tribunal, como se ha visto, que este sistema de guarda *“requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos”*.³⁰²

Sobre la pertinencia de la guarda y cuidado compartida en el contexto familiar ensamblado, es opinión de la investigadora que mientras los padres asuman las responsabilidades de esta modalidad de guarda con respeto y colaboración, y a su vez acojan la reconstitución familiar que cada uno de ellos realiza, puede lograrse con éxito la posibilidad de complementar la función del guardador por el padre/madre afín, con el objetivo de crearle a los hijos menores de edad un ambiente donde prime la armonía y la equitativa comunicación entre los adultos, donde se distribuya además, de forma responsable y proporcional, la atención de sus necesidades materiales, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro.

De la interpretación del artículo 88 del Código de Familia vigente en Cuba, e incluso tomando también como referente el artículo 130 de la última versión del

³⁰² Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, no. 4082, de 19 julio de 2013; no. 2650 de 2 julio de 2014, y no. 1159, de 9 marzo de 2016, disponibles en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 15 de octubre 2018.

Anteproyecto del Código de Familia de fecha 26 de mayo de 2011, la guarda compartida puede asumirse en virtud de la voluntad de los padres cuando estos no convivan, lo que evidentemente en sede de familia ensamblada propicia que el menor pueda estar sujeto a la existencia de la familia ensamblada materna y de la paterna, de manera indistinta, las que se obligan a trazar pautas para, de manera armónica, participar en la crianza de los hijos.

Ante esta situación, el padre/madre afín, en ambos extremos familiares, puede asumir la función de guarda complementaria siempre que en él se tipifiquen los postulados fácticos que posibilitan esta concesión. Empero, de existir impedimentos para que alguno de los progenitores pueda ejercer la función compartida de guarda, se impone el análisis de la situación para la variación del tipo elegido antes de valorar la delegación subsidiaria a favor del padre/madre afín, dado el derecho preferente que tiene el progenitor como titular de la patria potestad, salvo que la modificación del tipo de guarda contravenga el interés superior de los menores de edad.³⁰³

2.3.5. Límites en el desempeño de la función del padre/madre afín ante esta concesión

Dada la naturaleza auxiliar de las responsabilidades que por la condición de guardador ejecuta el padre/madre afín, es lógico que el primer límite que encuentra la función que desempeña es el criterio de los progenitores del menor de edad, esencialmente el que ostenta su guarda y cuidado, salvo que estos atenten contra el bienestar de su propia descendencia.

El análisis que se haga sobre el asunto debe estar permeado de racionalidad y equilibrio, pues es muy frecuente en la realidad cubana que el progenitor no guardador se desentienda de los actos cotidianos de su hijo y solo con el ánimo de provocar conflictos en la familia que ha creado su anterior pareja, se oponga a

³⁰³ En ese sentido, afirman LOPES y PIETRA que “la guarda de un niño –instituto de protección del derecho de menores– a diferencia de otros pertenecientes al derecho civil, busca, por su carácter genuinamente tuitivo, el interés del menor por sobre toda otra consideración. Dicha guarda no procura dar una solución definitiva al problema del menor, ya que se halla afectada por la transitoriedad de su vigencia, aunque intenta dar satisfacción a las necesidades de amor, sostén y comprensión que tiene el niño”. *Vid.*, LOPES, Cecilia y María Luciana PIETRA, “Algunas reflexiones en torno a la guarda”, en *Revista de Derecho de Familia*, 2014-III, disponible en AP/DOC/670/2014, consultado el 20 de diciembre de 2018.

las funciones del padre/madre afín, sin valorar los perjuicios emocionales que le crea a sus hijos con conductas de esa naturaleza.

El artículo 673³⁰⁴ del CC y C de Argentina deja claro, al regular los deberes del progenitor afín, que en caso de discordia entre el progenitor y el padre/madre afín predomina el criterio del progenitor, presupuesto que da por sentado que el criterio del progenitor debe ser siempre más beneficioso a los intereses del menor de edad; sin embargo, en el caso cubano, sugiere esta postulante que la condición de titular de la patria potestad no debe primar ante la aplicación del principio del interés superior del niño y, consecuentemente, ante situaciones discrepantes entre los adultos, solo el órgano judicial puede resolver el asunto en virtud del mencionado principio.

Desde esta perspectiva, GROSMAN afirma que “se confiere un lugar propio al cónyuge o compañero/a del progenitor que convive con el hijo, con la admisión de su papel diferente, de apoyo a la función de los padres, ahuyenta el fantasma de la competencia y evita los conflictos que nacen de un silencio legal”.³⁰⁵

Coincidente con la postura que antecede, los actos que realiza el padre/madre afín ante terceros deben concordar necesariamente con las facultades parentales que se le confieran, que solo alcanzan el contenido personal de la función de guarda y cuidado y no los actos de disposición de los bienes propiedad del menor de edad, y tendrán plena eficacia en tanto beneficie y proteja los intereses de este.

Sostiene ALESI que “ante la separación de la pareja, es posible que se presenten casos en los que sea aconsejable otorgar el cuidado personal del niño a su progenitor afín para preservar su estabilidad emocional, como ocurre cuando éste se ha ocupado de su atención diaria con mayor dedicación de tiempo en comparación con el padre o madre, desarrollándose un fuerte vínculo parental

³⁰⁴ Vid. artículo 673 del CC y C de Argentina.

³⁰⁵ Vid. GROSMAN, Cecilia, “Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la reforma del Código Civil”, disponible en <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina466.pdf>, p.94, consultado el 26 de enero de 2015. En virtud de esta concesión a favor del padre/madre afín, quedó sentado un precedente judicial con el pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana, cuando en Sentencia C-145/10 de 3 de marzo de 2010 aseveró que esta clase de derechos son instrumentales, cuyo ejercicio solo será legítimo en la medida en que sirva al logro del bienestar del niño, de forma tal que no quedan a la voluntad y disposición de sus titulares, en razón de que no son reconocidos en favor de los sujetos a quienes se les confieren, sino a favor de los intereses de los hijos. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultado el 20 de octubre de 2018.

[...]el mismo criterio será utilizado ante el fallecimiento del progenitor, al ser improcedente la atribución *ipso iure* del cuidado personal del hijo al padre o madre sobreviviente”.³⁰⁶En similar sentido, GROSMAN y MARTÍNEZ ALCORTA consideran que “cuando el niño ha permanecido durante largos años con el cónyuge o conviviente del progenitor, quien se ha hecho cargo cotidianamente de su cuidado, y si por añadidura, han nacido nuevos hermanos de la unión, cambiar la guarda significaría separar al niño del grupo familiar al que puede sentir como su único hogar, máxime si el contacto con el restante progenitor ha sido deficiente”.³⁰⁷

La disolución del vínculo matrimonial o de la unión de hecho existente entre el progenitor guardador y el padre/madre afín facilita la posibilidad de que el afín sostenga una comunicación estable con el menor de edad, si demuestra que su actuar protege los intereses de aquel, en tanto que al decir de CALOIERO, “difícil será considerar que una persona que ha contribuido en la crianza y educación del niño y con la cual este ha creado un vínculo afectivo carezca de un interés legítimo que habilite un régimen de comunicación en beneficio de ambos”.³⁰⁸

Similar situación se presenta cuando ocurre el deceso del progenitor guardador y el otro progenitor no sostiene vínculos con el menor, ha fallecido o no muestra interés en asumir la guarda de su descendencia. En ese caso, nada obsta para que el menor de edad se mantenga bajo la guarda y cuidado del tercero cualificado, en tanto esa decisión responda a la protección de sus intereses y a sólidas relaciones afectivas.³⁰⁹

2.4. El derecho de relación en el marco de la parentalidad afín

La ruptura de la convivencia conyugal en la familia ensamblada origina el derecho de relación entre el miembro de la familia que ha asumido las funciones de guardador junto al progenitor y el menor que constituye su hijo afín.

Para la preservación de los profundos lazos afectivos que pueden surgir en la familia ensamblada se extiende el derecho de comunicación de los menores de

³⁰⁶ Vid. ALESI, M. B., “Deberes y derechos de los padres...”, *cit.*, pp. 15 y 16.

³⁰⁷ Vid. GROSMAN, Cecilia P. e Irene MARTÍNEZ ALCORTA, *Familias ensambladas...*, *cit.*, p.196.

³⁰⁸ Vid. CALOIERO, Y., “De los hechos al Derecho: El reconocimiento...”, *cit.*, p.3.

³⁰⁹ Afirma ese criterio DIAS, cuando alega: “[...] la guarda puede ser conferida a una tercera persona que *no* sean los padres, considerando no el grado de parentesco, sino las relaciones de afinidad y afectividad”. Vid. DIAS, Maria Berenice, “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”, en UCES. *Revista Jurídica Derecho Privado*, disponible en <https://www.dpafecto.com/sitio/wp-content/afinidad/2016>, consultado el 25 de julio de 2019.

edad con quienes justifiquen un interés legítimo. Visto así, queda sentado que surge dada la prevalencia del afecto dentro de la modalidad familiar en estudio, en tanto no todo el que ha convivido bajo su paradigma debe recibir el beneficio de este régimen relacional cuando se ha disuelto esta. En última instancia, será la autoridad judicial quien concrete su contenido, frecuencia y extinción, valorando una serie de pautas que se deben tipificar para que el tercero cualificado, e incluso sus familiares, sean merecedores del derecho a comunicarse con el hijo de quien fue su pareja, formalizada o no.

Entre las circunstancias concurrentes, se considera por la autora que es relevante valorar la previa convivencia familiar afectiva, la presencia de hermanos nacidos en el seno familiar ensamblado y, por consiguiente, la protección del interés de los menores de edad.

2.4.1. Pautas que facilitan el derecho de comunicación a favor del padre/madre afín

Se coincide con VELAZCO MUGARRA cuando afirma que “el derecho de comunicación o visita se concibe como un medio para proteger las relaciones afectivas, estables, de los menores en la crisis de la pareja de los progenitores, a los fines de cubrir sus necesidades emotivas y educacionales, indispensables para su correcto desarrollo y formación”.³¹⁰

En criterio de esta postulante, el derecho de comunicación no es un propio y verdadero derecho, sino un complejo derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los adultos, sino cubrir las necesidades afectivas y emotivas de los menores de edad, en aras de un desarrollo equilibrado de estos; en tanto su decisión no tiene fuerza de cosa juzgada, debido a su clara provisionalidad y de variar las circunstancias que originan la decisión relativa a la organización de un régimen de comunicación, se modificaría la referida medida.

Se considera relevante destacar que las decisiones que al respecto se tomen en el orden judicial³¹¹ deben enarbolar el principio de buena fe, la natural

³¹⁰ Vid. VELAZCO MUGARRA, M., *La guarda y cuidado de los menores...*, cit., p.309.

³¹¹ Es criterio de la investigadora que al existir la oposición del progenitorguardador para que el menor sostenga una comunicación, de cualquier naturaleza, con el padre/madre afín o cualquiera de los parientes afines con los que ha mantenido sólidos vínculos afectivos, es posible que estos interesen, en proceso judicial de naturaleza familiar, que se regule la misma, a donde se traerán

colaboración de los progenitores y el padre/madre afín, y se dicten además en virtud de la edad del menor, sus propias manifestaciones, su salud, las razones de escolaridad y todos aquellos factores que se consideren beneficiosos para este. Conforme con lo anteriormente expuesto, se proponen como pautas esenciales que inciden en la toma de una decisión de esta naturaleza las que siguen: previa convivencia en familia y el hecho de que exista al menos un hermano nacido en el seno familiar ensamblado, esencialmente cuando hayan convivido, pues al existir un hijo de los miembros adultos de la familia ensamblada, el pronunciamiento judicial o notarial en relación con ellos deviene imperativo por aplicación de Ley. Evidentemente, la comunicación puede ser valorada desde diferentes aristas. Puede tratarse de un intercambio personal en horarios y días precisos o del uso del teléfono fijo o móvil –dado el auge de las telecomunicaciones–, o en virtud de correo electrónico, videoconferencia y otros medios afines, todas ellas encaminadas a sostener los vínculos afectivos a través de estas vías. A tenor de lo cual, visto el concepto amplio de régimen de comunicación, se distinguen las visitas en sentido estricto; el derecho de estancia, referido a permanecer días prefijados en la vivienda del padre/madre afín, preferiblemente fines de semana o etapas vacacionales, y la comunicación telefónica como uno de los medios más normales de ponerse en contacto las personas en la sociedad actual.³¹²

2.4.1.1. Previa convivencia familiar afectiva

Con un análisis lógico visto desde la realidad familiar ensamblada, ante la disolución de esta, donde uno de los adultos no es el progenitor del menor, solo los vínculos afectivos que han surgido y se han desarrollado en el seno de una convivencia en familia y el beneficio emocional que esta decisión puede provocar en el niño, brindan justificación para defender la idea de regular desde el Derecho la posibilidad de contemplar al padre/madre afín como persona legitimada por interesar un régimen de comunicación con su hijo afín.

las consideraciones del progenitor no guardador, dada la titularidad que ostenta sobre la patria potestad, en tanto se cuestionan situaciones en las que el centro de atención es su hijo. No obstante, el prisma que debe contemplar la decisión que en su día se dicte tiene como puntal el interés superior del niño, la niña y el adolescente sobre el que verse el asunto en cuestión.

³¹² La práctica judicial cubana es muy parca en cuanto a la regulación de la comunicación de los hijos con el padre no guardador y otros parientes, consanguíneos o afines. Evidentemente, el origen de esta deficiencia se remonta a los escritos polémicos de las partes en el proceso y, por consiguiente, no debe el órgano juzgador ir más allá de lo pretendido.

Existen situaciones que inciden en la aceptación de una concesión de esta naturaleza. Generalmente, la disolución del matrimonio o la separación de la unión de hecho atraviesa por momentos extremos de incompatibilidad de los adultos y los menores de edad sufren las consecuencias de estos conflictos; de ahí que la pareja no debe incidir negativamente en la relación afectiva que han sostenido estos, de manera estable, con el padre/madre afín.

En entrevista realizada a la profesora ARÉS MUZIO, sobre la actualidad de la familia ensamblada en Cuba y el comportamiento de sus miembros, esta nos revela que “es frecuente encontrar testimonios de personas que expresan: “él no es mi padre biológico, pero fue la persona que me crio, por lo tanto es mi padre porque fue la persona que me lo dio todo, eso puede darse también cuando el menor es muy pequeño, el padre afín o esposo de la mamá lo ha criado y la madre ha confirmado esa paternidad”.³¹³

Para contribuir al adecuado desarrollo de los menores de edad es determinante que los adultos sostengan una relación estable que le proporcionen contacto, seguridad y afecto; necesidades que son relativamente independientes y que alcanzan para la subsistencia del ensamble un alto nivel, por lo que el cuidado afectivo tiene una gran importancia en el desarrollo de la infancia y evidencia el derecho que tiene el niño a la vida familiar, reconocido este como un derecho humano que armoniza con el resto de los derechos, tales como la igualdad, la dignidad y la solidaridad familiar.

Después de haber convivido rodeado de afecto en el seno de la familia ensamblada, no es merecedor el niño de ser separado abruptamente de quien le ha prodigado cariño en condición de padre/madre afín, en muchas ocasiones con más muestras de amor que el propio progenitor no guardador, pues el menor de edad no es el responsable de las decisiones de los adultos cuando de rompimiento familiar se trata.

Según GUAHNON, “[...]teniendo en cuenta las particularidades del caso para decidir respecto del sistema de comunicación en favor de los hijos menores de edad, deben tenerse en cuenta –fundamentalmente– las siguientes líneas

³¹³ *Vid.*, Anexo 13 de entrevista a informante clave, realizada a la doctora en psicología Patricia ARÉS MUZIO.

orientadoras: a) el interés superior del niño; b) el principio *favor debilis* o *pro minoris*, y c) la opinión del niño [...]”³¹⁴

La jurisprudencia española,³¹⁵ sin adentrarse en la existencia de la familia reconstituida y en atención al equilibrio emocional de los menores de edad, ha generado debate en cuanto al derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a mantener contacto y comunicación con otras personas diferentes de sus padres y la posible oposición de estos últimos.

No debemos olvidar que conforme con el espíritu de la Convención, el cuidado y desarrollo de los niños no es una cuestión que requiera solamente de la intervención de los padres, sino también de la familia ampliada, de la comunidad y del Estado, y en esta misma línea, la posibilidad del niño, la niña y el adolescente de establecer vínculos afectivos significativos, ya sea con sus familiares o con otras personas, genera mejores condiciones para su desarrollo integral y realización personal.

2.4.1.2. Presencia de hermano nacido en el seno familiar ensamblado

Cuando en el ensamble ha nacido un niño que se cría junto a su hermano de un solo vínculo, la familia se solidifica; y si además el progenitor no guardador del menor que originó el ensamble falleció o no asume sus responsabilidades parentales y se muestra totalmente ausente a la crianza de su hijo, el padre/madre aún ocupa su lugar y ello permite que en el seno familiar no surjan diferencias en la crianza de los niños.

La palabra hermano tiene dos significados, uno proviene del latín, *germanus* y es la persona que con respecto a otra tiene los mismos padres. Empero, al mismo tiempo, tiene una significación simbólica nacida de una elección, o sea, la persona que cobra parte de una cofradía o hermandad. El lazo que une a los “hermanos

³¹⁴ Vid. GUAHNON, Silvia V., *Medidas cautelares y provisionales en los procesos de familia según el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2016, pp. 216 y 217.

³¹⁵ Vid. Sentencia de la Audiencia Pública de Valencia, no. 345/04, de primero de junio, que regula la comunicación del menor con su abuela paterna; Sentencia de la AP de Lleida, no. 24/04, de 3 de marzo, que regula la comunicación de la menor con su abuela materna tras el fallecimiento de la madre; Sentencia de la AP de Alicante, no. 279/03, de 28 de mayo, que regula la comunicación de los menores con sus abuelos paternos; Sentencia de la AP de Sevilla, no. 131/03, de 11 de marzo, que regula la comunicación de los menores con su abuela paterna; y Sentencia de la AP de Zaragoza, no. 151/03, de 18 de marzo, que sienta doctrina jurisprudencial en cuanto a los fundamentos y límites para el sometimiento de estas decisiones al principio del interés superior del niño. Sentencias disponibles en <http://www.poderjudicial.es>, consultadas el 15 de octubre de 2018.

afines” tendría esta connotación espiritual derivada del amor y la unión de sus padres y de la cotidianidad compartida.³¹⁶

Este hecho de naturaleza familiar debe tenerse en cuenta cuando el padre/madre afín muestra interés en sostener con quien fue su hijo afín hasta hace poco tiempo una comunicación en cualquiera de sus variantes, pues le unen a él lazos afectivos sólidos y es lo más conveniente para los menores de edad que hasta ese momento no han sentido diferencias en el tratamiento familiar; por ello una decisión de esa naturaleza atiende debidamente al principio del *favor filii* o interés superior del niño.

La existencia de hermanos de un solo vínculo en el ensamble familiar se ha convertido en una razón de peso para considerar la fijación de un régimen de comunicación entre el padre/madre afín y el menor con quien ha convivido establemente y quien por demás es el hermano de su hijo. Sin embargo, no debe esta ser una regla absoluta, al imponerse la valoración de un conjunto de factores que deben existir en el caso concreto, tales como la actitud anterior del padre/madre afín en relación con el hijo afín, los deseos manifestados por este último, el número de hijos –comunes o no– que existan en el seno familiar y el cumplimiento por parte del adulto afín de sus deberes en relación con el menor de edad, hijo de su expareja.

El TSE ha considerado también la existencia de hermanos de un solo vínculo como una razón que se debe valorar para considerar la regulación de un régimen de visitas con el padre/madre afín, y así se ha pronunciado al dictar la Sentencia no. 126 de 1 de marzo de 2019,³¹⁷ en tanto la madre de una menor ha pretendido privar a su pequeña hija de la comunicación con quien ha fungido hasta sus 6 años de edad como su padre, después de haberse divorciado de este y haber tramitado proceso de paternidad donde resultó probado que este no era su padre biológico. El órgano juzgador ha considerado: “*no cabe duda que los vínculos existentes entre el Sr. Ismael y la menor Flora, son los propios de la relación paterno filial, aunque, obviamente, una vez firme la sentencia dictada en el procedimiento de paternidad no puede ser considerado como progenitor [...] no puede olvidarse que Flora tiene una hermana, Elisa, que sí es hija biológica del*

³¹⁶ Vid. GROSAN, Cecilia P. e Irene MARTÍNEZ ALCORTA, *Familias ensambladas...*, cit., p.257.

³¹⁷ Disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 3 de abril de 2019.

apelante, siendo estrecha la relación existente entre las dos hermanas, de modo que es muy beneficiosa para Flora la convivencia con su hermana y con el Sr. Ismael, al menos los días y periodos que Elisa estará con su padre”.

Coincide la autora con el razonamiento que sobre tal extremo hace la resolución judicial que antecede, porque es muy beneficioso para el menor de edad que se fije un régimen de comunicación coincidente con el que se acuerde para el hijo legítimo de este, para de esta manera alterar lo menos posible el entorno en que se han criado, a los fines de que la afectación psicológica sea ínfima cuando ocurre la separación de los adultos.

2.4.1.3. El interés legítimo como facilitador de un régimen de comunicación en la familia ensamblada

Son varias las legislaciones³¹⁸ que extienden el derecho de comunicación de los menores de edad a favor de las personas que demuestran un interés legítimo, en cuanto han trazado un vínculo afectivo significativo en la historia de vida del niño, la niña y el adolescente y solo surtirá efectos favorecedores a los intereses de estos; extremos que pueden encontrar sustento en las familias ensambladas fundadas en una unión convivencial afectiva, que representan vivencias emocionales, profundas y significativas para la vida de sus miembros.

Ante este análisis, queda sentado que la legitimación activa para pretender el derecho de comunicación no se determina por el grado de parentesco que se sostenga con el menor; queda habilitado para que toda persona que demuestre un sólido lazo afectivo preexistente pueda peticionar al respecto, de ahí que quien solicita el resguardo de comunicación tiene la carga de probar que esta es beneficiosa para el menor de edad.

La inclusión del afecto en el proceso de familia es uno de los fundamentos para ampliar la legitimación activa para entablar un régimen de comunicación. A este fundamento se le suman otros, como el interés legítimo, la incorporación de las normas operativas de la CDN, la preservación de los lazos familiares y el respeto a la vida familiar.

³¹⁸En ese sentido se relacionan los artículos 555 y 556 del CC y C de Argentina; el artículo 160 del CC de España; el artículo 217, tercer párrafo, del Código de Familia de El Salvador; el artículo 90 del Código de los Niños y Adolescentes de Perú; y el artículo 95 del Código de la Niñez y Adolescencia del Paraguay.

Es de extrema importancia escuchar el criterio que tiene el menor de edad sobre la concesión del régimen relacional que se pretende, siempre a tenor de su capacidad progresiva, según su edad y las circunstancias que lo rodean, para ofrecer sus opiniones, que deben ser espontáneas y exentas de la manipulación de los adultos, por lo que requieren un ámbito familiar sin riesgos ni situaciones traumáticas en el orden físico, psicológico y moral; todo ello encaminado a contribuir a la formación y desarrollo adecuado de los menores de edad.

El consentimiento del progenitor a la continuación del vínculo de su expareja con su hijo/a es un elemento clave, pero no decisivo para admitir la comunicación regular entre ellos, dado que no es justo ni conforme a Derecho que la decisión arbitraria de un adulto vulnere el derecho de un niño a mantener contacto con un referente de su educación y crecimiento.

El mantenimiento de un régimen de comunicación con el padre/madre afín puede representar la conservación de vínculos frente a un régimen de rupturas; sin embargo, si existen vínculos fraternales, este se muestra como un mecanismo de cohesión familiar entre los hijos comunes del tercero con el progenitor y los hijos que son solo de este último.

El TEDH se ha encargado también de refrendar el cumplimiento del principio del interés superior del niño, cuando dispuso en el año 2015 –al conocer y resolver el caso *Nazarenko vs. Russia*– el restablecimiento de la comunicación entre el promovente y un niño, a pesar de haberse demostrado la ausencia de vínculo biológico entre ellos, pero sí se acreditó la relación afectiva a la manera de padre e hijo, lo que fue suficiente para justificar el régimen de visitas y los contactos físicos que el solicitante pedía tener para con quien había creído, por años, que era su hijo.³¹⁹

No solo el padre/madre afín puede optar por el régimen de comunicación con el hijo afín, otros parientes, que pueden ser consanguíneos o afines, deben beneficiarse con ese régimen, siempre que esta decisión contribuya al bienestar del menor.

³¹⁹El asunto trató de un matrimonio que al divorciarse acuerdan un cuidado compartido sobre el hijo común. Tiempo después, se conoce que no existe relación biológica entre quienes creían ser padre e hijo. Este suceso desató una pérdida de todo derecho entre estas personas, que incluyó cambios a la partida de nacimiento del hijo menor de edad hasta llegar a suprimirse, por disposiciones judiciales, todo tipo de relación personal entre ellos, lo que se fundó en la ausencia de vínculo biológico. Disponible en <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>, consultado el 4 de febrero de 2019.

Es elemental velar porque los niños sostengan relaciones afectivas y trato personal que favorezcan el normal desarrollo de su personalidad,³²⁰ salvo que judicialmente se estimen contrarios al interés superior del hijo o la hija. En este contexto, los menores de edad también tienen el derecho de comunicación con los abuelos, parientes y otras personas, siempre que demuestren estar legitimados para ello y cuando tal comunicación no resulte perjudicial para su salud física y mental.

Considera VERDERA IZQUIERDO que “el derecho de comunicación con parientes distintos del progenitor plantea la necesidad de precisar la extensión de su contenido a efectos de su equiparación o no al derecho reconocido a los progenitores. Aunque el contenido es el mismo, o sea, visitas periódicas, comunicaciones o relaciones entre los abuelos y los menores y similar la finalidad de estas relaciones como es estrechar los lazos afectivos y educacionales de los hijos, la extensión no es la misma, no se puede conceder a los abuelos igual régimen de visitas que se le otorgaría a uno de los progenitores, entre otros motivos porque estos ostentan la patria potestad”.³²¹

Ciertamente, el alcance del régimen comunicacional que se establece entre los menores de edad y sus progenitores deviene de la patria potestad que ostentan los últimos. Sin embargo, nada obsta para que en ocasiones sea beneficioso para el niño, la niña o el adolescente intercambiar afectuosamente con un pariente consanguíneo o afín con quien sostiene un sólido vínculo afectivo al margen del deber a que están obligados los progenitores.

En determinadas ocasiones, la vida diaria, durante la convivencia, los ha llevado a crear, intensificar y vivificar situaciones que los ponen a ambos en un nuevo rol

³²⁰El Tribunal Colegiado de Familia no. 4 de Rosario, en 29 de marzo de 2012, dispuso el otorgamiento provisorio de un régimen de visitas a favor de un menor de un padre afín y a su vez valora que el padre afín tiene dos hijos propios, quienes lo reconocen como su hermano, provocando la actitud de la demandada una profunda tristeza en su familia. Disponible en <http://www.csjn.gov.ar>, consultado el 2 de noviembre de 2018.

³²¹*Vid.* VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, “Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados”, en *La Ley*, año XXIII, no. 7, 2002, p.1574. En resolución judicial, dictada el 13 de junio de 2017 por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, se dispuso ordenar “[...]la ampliación del régimen de comunicación dispuesto cautelarmente—manteniendo dicho carácter— y en forma progresiva entre los hermanos A. y M. hasta el dictado de sentencia definitiva[...]y consecuentemente declarar que el señor R.N.M.C se encuentra ‘prima facie’ legitimado para requerir un régimen comunicacional en relación al niño M. F.H.S, ello en virtud de la invocación de beneficiario como ‘abuelo en el afecto’ conforme lo normado por el art. 556 del CCyC; debiéndose efectuar una completa evaluación interdisciplinaria a su respecto a fin de evaluar la procedencia y en su caso modalidad y oportunidad del régimen de contacto”. Disponible en <http://www.csjn.gov.ar>, consultada el 2 de noviembre de 2018.

mutuo, un rol de padres/madres e hijos por afinidad. Por ello, la ruptura del vínculo adulto no puede dejar vacía esa relación que todos han logrado y de la que todos han sido partícipes.

Teniendo en cuenta las reflexiones que anteceden, considera la investigadora que es posible la fijación de un régimen de comunicación a favor de un padre/madre afín en los casos que se verifique que la relación que ha sostenido con el hijo afín es sólida, extendida por varios años, y que además le ofrece beneficios emocionales a este, dados los vínculos afectivos estables y profundos que han surgido entre ellos.

2.5. Bases teórico-jurídicas de la guarda y cuidado y la comunicación a favor del padre/madre afín

La valoración de la concesión de la guarda y cuidado y el régimen de comunicación a favor del padre/madre afín evidencia la actualidad de la familia ensamblada en la sociedad contemporánea. Dicha modalidad no es de carácter homogéneo, ya que es posible encontrarla en una pluralidad de supuestos, aunque ante la carencia de una regulación no se logra una estabilidad legal en el desempeño de los roles de cada uno de sus miembros.

Estas familias representan un desafío a los modelos sociales y culturales, por tanto, se precisan reglas de carácter social a las cuales hacer referencia; pautas de conducta comúnmente aceptadas, que definan los papeles de los protagonistas del seno familiar, en tanto no hay definición unitaria de esta tipología de familia y en su lugar cada uno de los partícipes tiene su propia definición sobre quién forma parte o no de su familia.

Es en este escenario que aparecen nuevas figuras en torno a los menores de edad –como puede ser la nueva pareja del progenitor guardador e incluso, los familiares de este–, de forma que las tareas de cuidados, crianza, socialización y educación, atribuidas socialmente solo a aquellas personas con las que los niños mantienen vínculos biológicos, pueden ser ejercidas por otras personas que solo por las relaciones afectivas que se han cultivado en el seno de la familia asumen esa responsabilidad; ello es, consecuentemente, una parentalidad social de carácter afectivo.³²²

³²² Esta afirmación encuentra sustento en los argumentos que expone CARBONERA cuando alega: “[...] la existencia de la familia afectiva, evidencia que la verdadera paternidad resulta más del

Se impone dejar sentados como cimientos esenciales que facilitan el sustento de las decisiones judiciales y acuerdos notariales encaminados a conceder las funciones de guarda y cuidado y comunicación de los hijos afines en el ensamble cubano, el principio de protección de las relaciones familiares socioafectivas y la aplicación del interés superior del niño.

2.5.1. El principio de protección de las relaciones familiares socioafectivas en el ensamble cubano

Las relaciones familiares ensambladas tienen un sustento socioafectivo que precisa de protección legal para identificar la función que en el seno familiar juegan el padre/madre afín. Ello indica que no todas las segundas uniones devienen espacios familiares donde se les reconozca un rol esencial.

Los fundamentos jurídicos que sustentan las relaciones afectivas de carácter mutuo que surgen en el modelo ensamblado son el principio de igualdad de los hijos,³²³ la posesión constante de estado surgida entre los padres e hijos afines y el principio de solidaridad familiar. Todos ellos inciden directamente en el principio de protección del interés superior del niño, pues unidos de manera indisoluble, son pilares imprescindibles que generan la concesión de la guarda y cuidado y el régimen de comunicación del padre/madre con el hijo, la hija o el adolescente afín.

La igualdad de los hijos se refleja en el tratamiento afectivo que el adulto afín le prodiga al hijo de su pareja, sin distinción en cuanto a su propia descendencia consanguínea; el padre/madre afín ocupa en la vida de este una verdadera presencia, a través del cumplimiento de los deberes, los derechos y las obligaciones que devienen de su postura dentro del seno familiar, marcados por una serie de actos de cariño, de entrega y consideración, que demuestran

amar y servir que de suministrar material genético". Vid. CARBONERA, Silvana Maria, "O papel jurídico do afeto nas relações de família", en Luiz Edson Fachin (coordinador), *Repensando fundamentos do Direito*, Editorial Renovar, Civil Brasileiro Contemporâneo, Río de Janeiro, 1998, p. 296.

³²³Al decir de la profesora ÁLVAREZ TABÍO-ALBO, "[...] en el ámbito de la filiación y de las relaciones paterno-filiales el principio rector que se refleja es la absoluta igualdad entre los hijos, cualquiera que sea el estado civil conyugal de sus padres". Vid.ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, "Visión general de la legislación cubana en materia de Derecho de familia", en *Florida Journal of International Law*, volume 29, Issue 1, article 34, 2017, p.24 y ss., disponible en <https://scholarship.law.ufl.edu/fjil/vol29/iss1/34>, consultado el 17 de junio de 2019. En ese sentido, considera esta investigadora que dicha reflexión es pertinente para los hijos afines, que son el núcleo central de la familia ensamblada.

claramente la existencia de un vínculo socioafectivo, que es muestra de la convivencia respetuosa, pública y firmemente establecida de la familia.³²⁴

La posesión constante de estado de hijo³²⁵ se concibe como el goce de hecho de determinado estado de familia, o sea, en este caso de la familia ensamblada, y se presenta cuando alguien se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman a su vez ser los padres.³²⁶ Esta situación fáctica resulta de vital importancia dentro de una familia ensamblada para que se genere la obligación de guarda entre los padres e hijos afines, puesto que los mismos deben haber vivido dentro del hogar ensamblado, de una manera tal que dicha situación sea pública ante la sociedad; es imprescindible el surgimiento de este supuesto de hecho para diferenciarlas del resto, ya que ese es uno de sus rasgos esenciales.³²⁷

Además de la convivencia estable, se impone compartir una vida en familia con publicidad y reconocimiento, que muestre relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección familiar, donde los menores de edad reciban el trato de hijo, de ahí que la posesión de estado de hijo sea la atribución de la calidad de hijo a una persona, otorgado por su padre/madre afín, quien

³²⁴ Vid. Anexos 10, 11 y 12. La autora coincide íntegramente con los criterios ofrecidos por los informantes claves, que oportunamente fueron entrevistados en cuanto a que el éxito del ensamble estriba en mantener una convivencia afectiva, idónea y duradera con el menor de edad, involucrándose el adulto afín de forma efectiva en la prestación de cuidados, atención y educación del hijo afín. Desempeña además un papel esencial en la estabilidad emocional y afectiva del menor de edad, atender a la efectiva convivencia, marcada por el afecto que surge entre los miembros de la familia en estudio.

³²⁵ Considera ALVENTOSA DEL RÍO que: “La posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico y que en la práctica [...] constituye la voluntad libre y manifestada de quienes muestran el deseo de ser progenitores”. Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, “Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 diciembre (rj 2013, 7566)”, en *Revista boliviana de Derecho*, no. 18, julio 2014, p. 383.

³²⁶ Considera FLORES RODRÍGUEZ que la posesión de estado no es otra cosa que una apariencia de vínculo de filiación entre dos personas, que se manifiesta por tres signos (*nomen, fama, tractatus*). La ley trata de dar respaldo a estas apariencias, a veces incluso por encima de la realidad biológica. Por eso, en la medida en que existan estas condiciones, cualquier sujeto con interés puede reclamar que se declare esa filiación socioafectiva. Vid. FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, “Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida”, en *La Ley digital*, 2/11/2018, disponible en <https://www.frvnnd-evntf.com/wp-content/uploads/2016/06/>, consultado el 25 de julio de 2019.

³²⁷ Se requiere que dichos actos manifiesten una relación filial duradera y continua en el tiempo para otorgar seriedad a la institución y no sea mal utilizada para que simples actos de humanidad sean usados con el objetivo de exigir la determinación de la filiación vía posesión notoria de estado civil de hijo, sobre todo por la importancia que conlleva dejar establecida la filiación entre dos personas y, en consecuencia, las obligaciones que derivan de ello. Vid. FAMA, María Victoria, *La filiación*, 2ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 231.

asume la responsabilidad de alimentarlo, educarlo y protegerlo, con una representatividad social y familiar.

La solidaridad familiar³²⁸ explica el deber de los padres, de la familia ampliada y la comunidad, de orientar y responder al pleno ejercicio por parte del niño, la niña o el adolescente de sus derechos reconocidos socialmente y reflejados en la Convención. Dicho principio impone el deber de ayudar a quien sufre necesidades –mucho más si es un pariente, como los padres afines–, ya que los obligados a responder por los derechos fundamentales del menor no solo se reducen al padre/madre afín, sino a la familia ampliada y a la sociedad en sentido general.

La cimentación y confirmación de la identidad de la familia ensamblada se logra solo con el transcurso del tiempo; es todo un proceso que requiere del acomodo de sus particularidades, donde cada miembro de la familia busca su espacio. Al decir de GROSMAN, “la relación entre un cónyuge y los hijos del otro nace por alianza, falta el soporte biológico; por consiguiente, la conformación de la relación afectiva requiere tiempo, no se puede exigir un amor súbito. Ni el nuevo cónyuge eligió a los hijos del otro, ni los hijos eligieron a la nueva compañía del padre o la madre. La profundización de la relación constituye un aprendizaje basado en el respeto hacia el espacio personal del otro y la responsabilidad”.³²⁹

Considera la investigadora que son los menores de edad la esencia de la familia ensamblada y por esa razón todos los fundamentos de la tipología familiar deben tributar a la protección de los intereses de estos; los adultos que en ella residen deben conducirse de manera tal que sea posible evitar situaciones conflictuales de los hijos con aquellos.

Coincide la autora con BOSCH cuando alega: “El interés superior protegido constitucionalmente es el de constituir, mantener, y desarrollar una familia. Esto es también aplicable a una segunda familia integrada por miembros de primeras o anteriores familias. ¿Se puede hablar de interés de la familia reconstituida? Evidentemente, es un interés constitucionalmente protegible y distinto del interés de los miembros que la integran. La familia reconstituida tiene un interés común.

³²⁸ En línea con esos argumentos, LÔBO define que: “[...] la familia necesita ser prestigiada como expresión del amor, del afecto y de la solidaridad, en afirmación del derecho a la convivencia familiar e independe de la existencia o no de vínculo por consanguinidad. *Vid.* LÔBO, Paulo, “Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem Genética, uma distinção necessária”, *Revista Brasileira de Direito de Família*, IBDFAM/Síntese, año V, no. 19, Porto Alegre, agosto-setembro 2003, p. 142, disponible en <http://cidp.pt>, consultada el 12 de julio de 2018.

³²⁹ *Vid.* GROSMAN, Cecilia P., “Las familias monoparentales...”, *cít.*, p.113.

¿En qué se manifiesta? En la protección de los elementos fundamentales de la familia: los hijos comunes y no comunes, la protección de la pareja y la protección del hogar”.³³⁰

2.5.2. El interés superior del niño, la niña y el adolescente

Los niños son personas que tienen necesidades propias y capacidad para decidir sobre muchos aspectos de su vida diaria y para participar progresivamente, en dependencia de su edad y grado de madurez, en la determinación de sus intereses.

En esa línea de razonamiento, VANRELL afirma que: “La Convención Internacional de los Derechos del Niño establece un cambio de paradigma respecto a los niños, niñas y adolescentes concibiéndolos como sujetos de derecho y no como simples destinatarios de acciones de asistencia o control por parte del Estado, ordenando las relaciones entre el niño, la familia y el Estado, reconociendo derechos y deberes recíprocos”.³³¹

Con el propósito de ordenar estas relaciones, contiene principios generales que deben ser respetados y que actúan como reguladores de esa relación. Son derechos en sí mismos, a la vez que sirven como herramientas para el ejercicio de los demás derechos.³³²

SUSIN CARRASCO sostiene que el primer y más evidente logro de la Convención de los derechos del niño es la consagración jurídica de los derechos de los niños en una doble consideración: la de derechos reconocidos a todo ser humano por el mero hecho de serlo, y la consideración del niño como titular del derecho y no como sujeto vulnerable o mero objeto pasivo de la protección de los poderes públicos en razón de su vulnerabilidad y dependencia de terceros. Esta doble

³³⁰ Vid. BOSCH, Antonio, “Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial”, Ponència a les XIII Jornades de dret català a Tossa, disponible en http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/ab.htm#_Toc82580830, consultada el 22 de marzo de 2019.

³³¹ Vid. VANRELL, Ivana B., “Derecho del niño a ser oído en el ámbito de la mediación familiar”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, no. 01, febrero 2019, Año XI, p. 39.

³³² Vid. VIOLA, Sabrina, “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”, en *Revista electrónica Cuestión de Derechos*, no. 3, segundo semestre 2012, p.84, disponible en <http://www.cuestiondederechos.org.ar>, consultado el 23 de marzo de 2017.

consideración transforma las necesidades de los niños en derechos y sitúa en primer plano su tutela y garantía jurídica, política y social.³³³

El “interés superior del niño” se define, según el *Diccionario de la Real Academia Española*,³³⁴ en virtud de los tres conceptos que abarca:

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

El principio del interés superior del niño, uno de los más estudiados doctrinalmente,³³⁵ siempre radica en el niño concreto como titular del interés y del derecho; sin embargo, su evolución normativa nos permite concluir que si bien el interés de cada niño en concreto es un bien de naturaleza privada, su prevalencia en cualquier conflicto inherente al niño mismo forma parte del interés público tutelado por la ley y obliga entonces a todos los interrelacionados con el caso en cuestión a cumplimentar las decisiones que se acuerden.

³³³ Vid. SUSIN CARRASCO, Esther, *Análisis a nivel internacional del derecho de participación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos de familia*, Editoriales Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2018, p.27.

³³⁴ Vid. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* del año 2018, disponible en <https://dle.rae.es/?w=diccionario>, consultado el 15 de enero de 2019.

³³⁵ Es amplísima la doctrina estudiosa del principio del interés superior del niño. En tal sentido se refiere CABELL, Thomas Draper, “Derechos del niño en tanto que persona, niño, joven, futuro adulto”, en Isabel Fanlo, *Derechos del niño: una contribución teórica*, Fontamara, México, 2004, *passim*; CAMPOY CERVERA, Ignacio, “La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad”, en *Derechos y Libertades*, no. 37, VLex, junio de 2017, *passim*; CARDONA LLORENS, Jorge, “La Convención sobre los Derechos del niño: significado, alcance y nuevos retos”, en *Educatio Siglo XXI*, volumen 30, no. 2, 2012, *passim*; DÁVILA BALSERA, Paulín y Luis María NAYA GARMENDIA, *La infancia en Europa: una aproximación desde la Convención de los derechos del niño*, monográfico, y además, “La Infancia y sus derechos”, en *Revista Española de Educación comparada*, no. 9, 2003, *passim*; Díez-PICAZO, Luis y María del Carmen GARCÍA GARNICA, *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Editorial Thomson Aranzadi, 2004, p. 125; CILLERO BRUÑOL, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño*, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997, *passim*; DELAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor*, Editorial tirant lo blanch, Barcelona, 2006, *passim*; SALANOVA VILLANUEVA, Marta, “Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Aranzadi Civil*, no. 4/2003, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2003, *passim*; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, “Derechos de la infancia y la adolescencia. Hacia un sistema legal”, en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, no. 49, Universidad de Barcelona, 2015, *passim*.

Indiscutiblemente, el niño es persona, pero este principio pretende recalcar su especial situación dada su vulnerabilidad, ya que no está en condiciones de conocer y hacer valer sus derechos, careciendo por sí solo de influencia social.³³⁶

Afirma GIRAUD BILLOUD: “que [...] reconociendo el ‘interés superior del niño’ como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones –no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, sino porque los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida a su respecto se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”.³³⁷

Su naturaleza jurídica se enarbola como estándar jurídico en virtud de que encierra referencias morales, con un marcado criterio ético para resolver situaciones fácticas de carácter extremo, que produce con su aplicación una humanización del Derecho. De ahí que devenga en concepto jurídico indeterminado, que se concreta en la valoración jurídica desde la óptica que la ley le ha concedido. Afirma KEMELMAJER DE CARLUCCI que se trata de un concepto jurídico indeterminado, de una cláusula general y, por lo tanto, de un mandato del constituyente al juez, quien debe darle contenido específico, conforme las circunstancias del caso.³³⁸

Funciona también el principio como criterio exegético, dado su carácter supremo para la solución de los conflictos donde el eje central son los menores de edad, por eso agrupa valores y aspiraciones enarbolados por la comunidad en su conjunto.

RODRÍGUEZ PALOMO apunta que para el legislador el interés del menor supone también un límite, en el sentido de que toda norma debe orientarse al mejor desarrollo y efectividad del interés superior del niño.³³⁹ De trascendental

³³⁶ Vid. BAEZA CONCHA, Gloria, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena*, volumen 2, no. 2, 2001, p.356.

³³⁷ Vid. GIRAUD BILLOUD, Michel A., “El ejercicio de la responsabilidad parental desde una perspectiva de género”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, no. 01, febrero 2019, Año XI, pp. 70 y 71.

³³⁸ Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El nuevo Derecho de familia, visión doctrinal y jurisprudencial*, Grupo Editorial Ibáñez, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2010, p.450.

³³⁹ Vid. RODRÍGUEZ PALOMO, Carlos, “Autonomía del niño en las decisiones sobre su propio cuerpo”, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones, 2004, p.204.

importancia resulta la Observación General 14³⁴⁰ (aprobada el 29 de mayo de 2013) del Comité de derechos del niño, cuando considera que el objetivo del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.³⁴¹

El principio de interés superior del niño y del adolescente no se trata de simple recomendación ética, sino de una directriz determinante que representa un importante cambio en las relaciones, pues el hijo deja de ser considerado objeto para ser alzado a sujeto de derecho.³⁴²

Este es un concepto que está en constante desarrollo, que ha sido identificado en distintas situaciones y en diversas épocas, que se integra dentro de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados y abstractos”, junto con otros tantos como pueden ser, la buena fe y la diligencia de un buen padre de familia.³⁴³

Sin pretender resumir, se considera por la investigadora que la determinación y contenido concreto de este principio deberán ser conformados por los propios jueces, en dependencia de dos pautas: una, de las circunstancias del caso concreto que se plantea, y otra, de las directrices que la legislación, doctrina y jurisprudencia consideran adecuadas para su identificación, en uso para ello de valores racionales y de justicia, lo que nos obliga a afirmar que una sentencia que invoque de forma abstracta o dogmática el principio en estudio es plausible de ser impugnada por arbitrariedad; su invocación debe nutrirse del análisis de los elementos concretos que han sido considerados, con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.

La decisión sobre el interés superior del niño requiere de una motivación, en tanto debe contener las razones que se tuvieron en cuenta para entender que esa

³⁴⁰ Observación General no. 14, publicada en http://www.20hch.org.English/bodies/cros/docs/gGC/CRC.C.GC.14_sp.pdf, consultada el 21 de octubre del 2018.

³⁴¹ Aunque la referida Observación no define sobre lo que haya de entenderse por bien o interés superior del menor, recoge en su contenido el deber general de concretar el derecho del niño dadas las circunstancias del caso específico; sin embargo, la referida concreción no puede sujetarse solo a la discrecionalidad del poder público en cuestión, sino se exige que su contenido y las medidas que la acompañen deben siempre respetar plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus protocolos facultativos.

³⁴² Vid. LÔBO, Paulo, “Socioefectividad no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental”, en Maria Berenice Dias, Eliene Ferreira Bastos, Naime Márcio Martins Moraes (coordinadores), *Afetos e estruturas familiares*, Editorial Del Rey/ Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, 2010, p. 7, disponible en <http://cidp.pt>, consultada el 25 de abril de 2018.

³⁴³ Vid. CRUZ GALLARDO, B., “La guarda y custodia...”, *cit.*, p.169.

solución es la más beneficiosa para este; en tal sentido, es ineludiblemente la escucha del menor, para conocer su opinión y la influencia de esta en la toma de la decisión definitiva, lo que propicia las razones existentes tanto para considerarla como para apartarse de ella. Es relevante además el factor tiempo en sus tres momentos (antes, durante y después de la toma de decisión), para garantizar la efectividad en la determinación del interés superior del niño.³⁴⁴

Coincide quien suscribe con CILLERO BRUÑOL, cuando afirma que “el principio del interés superior del niño es una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no ‘constituye’ soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”.³⁴⁵

De todo lo anterior, la autora colige que la aplicación del principio del interés superior del niño constituye el punto de preferencia y a su vez el límite para la

³⁴⁴ Vid. PANATTI, Marcela Virginia y María Soledad PENNISE IANTORNO DE MACHADO, “Determinación del interés superior del niño, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Editorial Thomson Reuters - La Ley, año VIII, no.1, febrero 2016, p.21.

³⁴⁵ Vid. CILLERO BRUÑOL, M., *El interés superior...*, cit., p.9. Son varios los pronunciamientos judiciales dictados por el Tribunal Supremo de Cuba, aplicando la Convención de los derechos del niño y en especial el principio del interés superior del niño en distintas situaciones de la dinámica del país. En tal sentido se pronuncia la Sentencia no. 502 de 19 de agosto de 2015, donde se accede a que el menor hijo pueda visitar a su madre que reside en Estados Unidos, a pesar de la oposición del padre (disponible en *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, de 2015, en <http://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/boletin-2015.pdf>, consultado el 17 de noviembre de 2018). La Sentencia no. 332, de 24 de agosto de 2012, consiente la comunicación del menor con su padre residente en el exterior, a quien se le impide visitar a su hijo en el territorio nacional (disponible en *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, de 2015, en <http://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/boletin-2012.pdf>, consultado el 17 de noviembre de 2018). En Sentencia no. 210 de 31 de mayo de 2011, el Alto Foro define la patria potestad atendiendo a la aplicación del principio del interés superior del niño, cuando considera que: “la patria potestad es el conjunto de derechos-deberes ejercidos por los progenitores en beneficio de los hijos menores de edad no emancipados, de acuerdo con la personalidad de estos; [...] lo que implica indefectiblemente el acomodar la potestad de padre y madre a las concretas circunstancias y necesidades de este, a fin de que pueda cumplir con el pleno desarrollo de su personalidad, para lo cual requiere, salvo en situaciones excepcionales tanto de la figura del padre como de la madre, de ahí que la evolución social ha conducido a la transformación de la patria potestad de un poder absoluto de carácter privado –en beneficio de los progenitores–, en una función tuitiva de carácter social y de orden público –en beneficio de los menores–, con el control del ejercicio” (disponible en *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, de 2011, en <http://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/boletin-2011.pdf>, consultado el 17 de noviembre de 2018).

precisión de la función de guarda, en virtud esencialmente de su propia operatividad y eficacia,³⁴⁶ condición que puede ostentar el padre/madre afín, como figura que en el seno de la familia ensamblada desempeña un rol preciso dado el carácter distintivo de su posición familiar.

2.6. Acuerdos de parentalidad en la familia ensamblada

Las responsabilidades parentales son aquellas socialmente asignadas a los progenitores por la posición que ocupan en la estructura y sistema de relaciones genealógicas; sin embargo, las familias ensambladas desafían esta conceptualización, elementalmente por la disociación entre las relaciones conyugales y las relaciones filiales.

A partir del ensamble familiar, tanto en los matrimonios como en las uniones de hecho, no existe coincidencia con la pareja progenitora –padre biológico, madre biológica–, es decir, el progenitor no tiene por qué ser ya el esposo de la madre, ni la progenitora la esposa del padre; no obstante, el fallecimiento, el divorcio y la separación son motivos de extinción del vínculo conyugal de los adultos, pero no ocurre así con los lazos filiales entre padres e hijos.

El funcionamiento de las familias ensambladas genera modos particulares de establecer relaciones y conexiones, cuya naturaleza no se identifica con el sujeto definido como pariente al nacer. Se trata de un trabajo simbólico de parentesco en el que la voluntad y la elección desplazan al azar y a la biología para que devenga familia elegida, donde debe primar el respeto mutuo entre todos sus integrantes e incluso del progenitor no guardador que no integra el núcleo, pues las reglas de pertenencia a una familia donde uno de sus miembros adultos no tiene vínculos

³⁴⁶ Decisiones judiciales que razonan sobre la base de este argumento son las Sentencias de la Audiencia Pública de Valencia no. 4135, de 19 de octubre de 2015 y no. 4142, de 21 de octubre de 2015, que apuntan: “[...]Es por ello, que el interés superior del menor constituye, como hemos afirmado, el límite y punto de referencia último de ambos regímenes de custodia (individual o compartida) y que se ha de integrar en cada caso concreto, dando contenido específico a ese concepto jurídico indeterminado” (Sentencias disponibles en <http://www.poderjudicial.es>, consultadas el 28 de octubre de 2018). En esa línea de razonamiento, el TS español argumenta: “[...]esta Sala ha venido repitiendo que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse [...] si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre”. Al respecto, véanse las Sentencias del Tribunal Supremo español no. 5241, de 9 de marzo de 2012; no. 5676, de 22 de julio de 2011; no. 5438, 21 de julio de 2011; y no. 6105, de 27 de abril de 2012 (Sentencias disponibles en <http://www.poderjudicial.es>, consultadas el 28 de octubre de 2018).

consanguíneos con el niño, la niña o el adolescente tienen un origen socioafectivo.³⁴⁷

Se impone ubicar, en el seno de la constelación familiar donde el menor de edad es el centro de atención, la posición que cada miembro adulto tiene, que debe estar permeada de responsabilidad y encaminada a satisfacer las necesidades afectivas y emocionales de este.

En ese orden, las distintas legislaciones lo recogen de manera diversa; por ejemplo, España³⁴⁸ considera que estas cuestiones deben plasmarse en un convenio regulador; mientras que Argentina³⁴⁹ lo regula como plan de parentalidad, y en el caso de Nicaragua,³⁵⁰ Colombia,³⁵¹ El Salvador,³⁵² Chile³⁵³ y Cuba³⁵⁴, esta última en cuanto al divorcio notarial, lo consideran acuerdos o convenciones.

Para seguir la línea que se establece en la tramitación del divorcio notarial cubano, es meritorio acoger el término acuerdo o convención y solo agregar a este el carácter parental que posee; por eso se razona que son parentales los acuerdos cuando se organiza la crianza del niño, la niña o el adolescente que reside en la familia ensamblada.³⁵⁵

³⁴⁷ En la misma línea, argumenta GROSMAN que “[...] aunque parezca paradójico, para lograr el ‘nosotros’ es necesario considerar el ámbito personal de cada uno de los integrantes de la familia, valorar y respetar sus compromisos y relaciones”. *Vid.* GROSMAN, Cecilia P., “Las familias monoparentales...”, *cit.*, p.113.

³⁴⁸ Artículos 90 y 92 del CCE, vigentes tras la modificación que hizo la Ley no. 15, de 8 de julio de 2005.

³⁴⁹ Artículo 655 del CC y C de Argentina.

³⁵⁰ Artículos 433, 434, 524, 577 c), del CFN.

³⁵¹ Artículo 34, de la Ley no. 962, de 8 de julio de 2005, publicada en el *Diario Oficial*, no. 46023, de 6 de septiembre de 2005, y el Decreto no. 4436 de 28 de noviembre de 2005, del Ministerio de Justicia e Interior, “Sobre el divorcio ante notario y la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, complementario del artículo 34 de la Ley anterior”.

³⁵² Artículo 207, tercer párrafo, del Código de Familia de la República de El Salvador; Decreto no. 677, publicado en el *Diario Oficial*, no. 231, tomo 321, de 13 de diciembre de 1993.

³⁵³ Artículo 55.2, de la Ley del Matrimonio Civil; y artículo 225 del Código Civil, tras la reforma que introdujo la Ley.

³⁵⁴ Los artículos 1, 4, 5 y 6 del Decreto-Ley no. 154/1994, de 6 de septiembre, “Del divorcio notarial”, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria, no.13, de 19 de septiembre de 1994, y su Reglamento, contenido en la Resolución no.182/1994, de 10 de noviembre, del Ministro de Justicia.

³⁵⁵ La autora coincide con ABOUD CASTILLO cuando afirma que “los acuerdos sobre cuidado personal de los niños y niñas se amoldan mediante relaciones jurídicas de familia[...] es organizar el cuidado de los hijos e hijas después del divorcio o separaciones, en cuyo caso, todo pacto puntual ha de girar en la procura de una relación permanente, responsable y significativa entre ambos padres con sus hijos e hijas, que abone en los afectos, en la satisfacción de sus necesidades materiales de vida y en la estabilidad emocional de todos los miembros de esta familia más reducida o nuclear”. *Vid.* ABOUD CASTILLO, N. L., “El cuidado compartido...”, *cit.*, pp.98 y 99.

En virtud de las propuestas de concesión de la guarda y cuidado a favor del padre/madre afín que se analizan anteriormente, considera la investigadora que tanto cuando la decisión de guarda es a favor de uno solo de los progenitores como cuando se trata de guarda compartida, el padre/madre afín asume la función de complementar al progenitor guardador, dadas las circunstancias que surgen en la dinámica diaria. Queda entonces esta situación sujeta al control de este último en caso de divergencias de criterios y no requiere convenir acuerdos parentales, pues cada adulto debe conocer su posición dentro de la familia en que convive.

Empero, cuando se trata de valorar la delegación subsidiaria de la guarda y cuidado a favor del padre/madre afín, se impone la implementación de los acuerdos parentales, para dejar sentadas las bases que evidencian un equilibrio en la crianza de los menores de edad.

Ante las decisiones de guarda compartida, se reitera que en caso de que uno de los progenitores se encuentre impedido por cualquier razón para su desempeño, se debe valorar la modificación del tipo de guarda antes de delegarla subsidiariamente al padre/madre afín pareja del progenitor impedido, salvo que esta decisión atienda a beneficios demostrados a favor de los menores de edad sujetos a ella.

Con la separación de la pareja ensamblada suman más las personas que muestran interés en sostener relaciones afectivas con los menores de edad con los que han convivido en esa modalidad familiar. Ello impone la formulación de acuerdos de parentalidad destinados a organizar un régimen de comunicación en cualquiera de sus variantes, siempre que se demuestre el interés legítimo de quien fungió como padre/madre afín y, en criterio propio, se debe considerar la opinión del menor de edad, atendiendo a su capacidad progresiva, en tanto la decisión por tomar es solo en su beneficio personal.

Las vías de instrumentación de los acuerdos parentales en la realidad cubana pueden ser ante notario público, cuando de común acuerdo progenitores y padre/madre afín dejen plasmado en escritura notarial los acuerdos parentales a los que han arribado en relación con la guarda y cuidado o el régimen de comunicación de los menores de edad, apoyado el fedatario, además, en la

presencia del fiscal, dada la función que preceptúa el artículo 156³⁵⁶ del texto constitucional, en tanto velador del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales, protegida además su participación por el artículo 8,³⁵⁷ inciso g), de la Ley de la Fiscalía, que dispone la obligación del fiscal de representar los intereses de los menores de edad; y el artículo 25³⁵⁸ del propio cuerpo normativo, que refleja la obligación de este de velar por el control y preservación de la legalidad, en relación con asuntos donde se ventilen los intereses del menor.

Sin embargo, cuando existan contrariedades para decidir al respecto, se impone la diligencia por vía jurisdiccional, en virtud de la tramitación de procesos de naturaleza familiar, con todas las garantías que para ellos ha instrumentado el alto foro de justicia.

En ese sentido, PÉREZ GALLARDO considera que “la sensibilidad de los asuntos familiares conlleva a que los jueces a la hora de solventar las *litis* entabladas, vayan más allá del dictado de la norma legal, y busquen en el afecto y la solidaridad humana la posible solución”,³⁵⁹ por lo que oportunamente debe velarse por los controles de legalidad que permitan examinar el cumplimiento de las decisiones acordadas por ambas vías.

2.7. Ideas conclusivas

Las exposiciones desplegadas en este capítulo le permiten a la autora considerar que la guarda y cuidado es, en cualquiera de sus regímenes relacionales, la función más activa de la patria potestad, imbuida de un carácter de temporalidad en tanto se encuentra sujeta a modificación, siempre que las causas que la originan sufren transformaciones.

La concesión de la guarda y cuidado tiene como basamento el beneficio que les reporta a los menores de edad, en virtud de la aplicación del principio del interés superior del niño como paradigma internacional, el cual enarbola la jurisprudencia cubana para solucionar los asuntos relativos a los niños, las niñas y los adolescentes.

³⁵⁶ Vid. artículo 156 de la Constitución de la República de Cuba.

³⁵⁷ Vid. artículo 8 de la Ley no. 83 de 1 de enero de 1998, “De la Fiscalía General de la República”.

³⁵⁸ Vid. artículo 25 de la Ley no. 83 de 1 de enero de 1998, “De la Fiscalía General de la República”.

³⁵⁹ Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El Derecho familiar cubano y los nuevos...”, *cit.*, p.106.

Respecto a esta concesión, se impone el análisis de postulados fácticos que subsisten dentro de las familias ensambladas, encaminados a valorar el carácter estable y afectivo de la convivencia, las consideraciones que sobre esta particular decisión tiene el progenitor no guardador, la asunción del padre/madre afín en cuanto a las responsabilidades personales de la guarda y el criterio que tiene el menor (analizado sobre la base de su edad y madurez), en virtud del derecho que tiene a ser escuchado cuando las decisiones son relativas a su persona.

Esta realidad compele a encontrar soluciones legales que definen el alcance de esta función, en virtud de precisar sus atribuciones y el carácter que ostentan, unas veces complementaria, otras de delegación subsidiaria, todo ello en virtud del caso en cuestión y del momento en que se impone la decisión, tanto en los casos en que los progenitores ostentan la guarda y cuidado compartida o solo a favor de uno de ellos.

La función de guardador del padre/madre afín tiene como límite de la función que desempeña el criterio de los progenitores del menor de edad, esencialmente el que ostenta su guarda y cuidado, salvo que estos atenten contra el bienestar de su propia descendencia.

El derecho de relación, tratado por la legislación y la jurisprudencia cubana como derecho de comunicación, es una función que deviene de la titularidad de la patria potestad; sin embargo, en la última década ha sido concedido a favor de terceras personas.

El derecho de comunicación a favor del padre/madre afín y sus familiares se sustenta en pautas que al ser valoradas facilitan la decisión, tales como la previa convivencia en familia, la presencia de hermano nacido en el seno familiar ensamblado y la demostración de un interés legítimo como facilitador del régimen de comunicación en la familia ensamblada.

Puede el padre/madre afín comunicarse con el hijo de su expareja cuando han compartido una convivencia estable, afectuosa y de comprometimiento en la crianza del menor de edad, extremos estos que le conceden legitimación activa para disfrutar este derecho en virtud de un interés genuino.

El régimen de guarda y cuidado y de comunicación a favor del padre/madre afín se sustenta en dos sólidas bases teórico-jurídicas: el principio de protección de las relaciones familiares socioafectivas y el interés superior del niño, entendido este

como el disfrute pleno y efectivo de la mayor cantidad posible de derechos que se preceptúan en la Convención de la que Cuba es signataria.

Para concluir, cabe apuntar que las decisiones que en relación con la delegación subsidiaria de la guarda y cuidado a favor del padre/madre afín, así como el régimen de comunicación de este con el hijo afín, deben legalizarse como acuerdos de parentalidad a través de la instrumentación en sede notarial (al primar el consenso entre todos los intervinientes y se compruebe que no deriva en perjuicios a terceros) o por vía judicial (si se verificaran contradicciones al respecto), pero en todo caso habrá de velar el funcionario interviniente por que la decisión que se adopte tribute directamente al beneficio de los menores de edad.

Conclusiones

1. La guarda y cuidado a favor del padre/madre afín no tiene reconocimiento legal expreso en el vigente Código de Familia de Cuba; sin embargo, los pronunciamientos de la nueva Constitución promulgada en el presente año obligan a la reformulación de la norma sustantiva de carácter familiar.
2. El desarrollo doctrinal y legislativo de la guarda y cuidado como concepto enraizado del Derecho de familia admite la delegación de estas facultades a favor de terceros, que, consanguíneos o afines, ofrezcan con esta asunción, beneficios a los intereses del niño, la niña y el adolescente.
3. No posee el padre/madre afín un rol definido en el seno de la familia ensamblada, sin embargo, su posición no persigue reemplazar o sustituir a los progenitores, sino adicionar afectos o vínculos significativos en la vida de los niños y los adolescentes. Esta perspectiva elimina la idea de que son intrusos y usurpadores de un rol, percepción que afecta su inclusión en las funciones de crianza.
4. Es pertinente favorecer los acuerdos de concesión de guarda a favor del padre/madre afín ante la tipicidad de postulados fácticos que no tienen carácter excluyente, siempre que las circunstancias que rodean el entorno familiar lo faciliten y en virtud del interés superior del niño.
5. Los postulados fácticos antes referenciados son esencialmente: la convivencia estable y afectiva de los miembros de la familia ensamblada, las consideraciones que sobre este particular tiene el progenitor no guardador, la asunción del padre/madre afín en cuanto a las responsabilidades personales de la guarda y el derecho del niño, la niña y el adolescente a ser escuchado en consideración a su edad y madurez, en cuanto las decisiones son relativas a su persona.
6. La función de guardador que se le atribuye al padre/madre afín tiene un alcance personal y carácter complementario, siempre que esté encaminada a cooperar de manera directa en la crianza y formación de los hijos de la pareja, dada su participación en los actos cotidianos de estos, sin afectar los derechos titulares de la patria potestad que tienen los progenitores; mientras que puede tener un carácter de delegación subsidiaria cuando el progenitor guardador se encuentra impedido de cumplir cabalmente con sus funciones de contenido personal por

razones concretas y delega en el padre/madre afín sus responsabilidades familiares de contenido personal, siempre que la decisión responda al beneficio de los niños, las niñas y los adolescentes.

7. El límite al alcance de la función de guardador del padre/madre afín es el criterio de los progenitores del menor de edad, esencialmente el que ostenta su guarda y cuidado, salvo que estos atenten contra el bienestar de su propia descendencia.

8. El derecho de comunicación o relación debe ser visto, además, como un deber o función que puede concederse a favor de terceras personas, entre las que se encuentran el padre/madre afín y sus familiares, siempre que esta decisión se sustente en la aplicación del principio del interés superior del niño, la niña o el adolescente, para lo que debieran valorarse pautas tales como la previa convivencia en familia, la presencia de hermano nacido en el seno familiar ensamblado y el interés legítimo para solicitarlo.

9. Los acuerdos parentales a los que arriben los adultos miembros de la familia ensamblada y el progenitor no guardador para organizar el cuidado personal de los menores de edad, así como el régimen de comunicación con el padre/madre afín y sus familiares, al disolverse la familia ensamblada deben responder a las bases teórico-jurídicas, relativas a la protección de las relaciones familiares socioafectivas y el interés superior del niño, la niña y el adolescente.

10. Los acuerdos de parentalidad se instrumentarán en virtud de las decisiones legislativas que se tomen al respecto (en sede notarial, al primar consenso entre todos los intervinientes; o por vía judicial, al ser inexistente aquel) y en tal sentido deben exigirse controles de autoridad tendientes a garantizar el respeto al interés superior del niño, la niña y el adolescente y el cumplimiento de las normas familiares imperativas de orden público que a tales efectos se dicten.

Recomendaciones

1. A la Comisión de asuntos constitucionales y jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular:

Ante las inminentes reformas del Código de Familia cubano, se impone valorar la concesión de guarda y cuidado de los menores de edad a favor del padre/madre afín, en virtud con lo estipulado en el artículo 81 de la Constitución de la República de Cuba y los postulados que enarbola la Convención de los derechos del niño, de la que Cuba es signataria, con especial consideración en los aspectos siguientes:

- Introducir la regulación de la guarda y cuidado a favor del padre/madre afín en la familia ensamblada cubana, en virtud de la valoración de los postulados que se proponen, esencialmente la convivencia estable y afectiva de los miembros de la familia ensamblada, las consideraciones que sobre este particular tiene el progenitor no guardador, la asunción del padre/madre afín en cuanto a las responsabilidades personales de la guarda y el derecho del niño, la niña y el adolescente a ser escuchado.

- Establecer el régimen de comunicación a favor del padre/madre afín y sus familiares cuando se extingue la familia ensamblada, siempre que se demuestre el interés legítimo de estos, así como la convivencia familiar previa a la disolución y la existencia de hermano en el seno ensamblado, todo ello a tono con el interés superior del niño, la niña y el adolescente.

Para las futuras modificaciones del Código de Familia cubano:

- Introducir la guarda y cuidado a favor del padre/madre afín, en virtud de la aplicación del principio del interés superior del niño y la protección de las relaciones familiares socioafectivas.

- Regular el régimen de comunicación a favor del padre/madre afín y sus familiares, siempre que demuestren interés legítimo para la concesión de este derecho de carácter familiar.

2. A los operadores del Derecho:

A notarios y abogados:

- En su labor asesora, explicar a las personas que acudan a solicitar sus servicios la posibilidad de la concesión efectiva de la guarda y cuidado a favor del padre/madre afín, en virtud de la interpretación de las normas constitucionales, siempre que se cumplan los postulados relativos a la convivencia estable y

afectiva de los miembros de la familia ensamblada, las consideraciones que sobre este particular tiene el progenitor no guardador, la asunción del padre/madre afín en cuanto a las responsabilidades personales de la guarda y el derecho del niño, la niña y el adolescente a ser escuchado.

- Paralelamente, que conozcan la posibilidad de interesar un régimen de comunicación a favor del padre/madre afín después de disuelta la unión de hecho o matrimonio y previa demostración de un interés legítimo.

- Advertir a las personas que estas concesiones se reconocen solo en virtud del interés superior del niño.

3. A los jueces:

- Que sean valorados los postulados fácticos que se deben demostrar para decidir sobre la posibilidad de concesión a favor del padre/madre afín de la guarda y cuidado, los que a continuación se relacionan: la convivencia estable y afectiva de la familia ensamblada, las consideraciones que sobre este particular tiene el progenitor no guardador, la asunción del padre/madre afín en cuanto a las responsabilidades personales de la guarda y el derecho del niño, la niña y el adolescente a ser escuchado.

- Que de igual manera se valoren las pautas que se proponen para regular un régimen de comunicación con el menor de edad con quien se ha convivido en condición de padre/madre afín.

- Que las decisiones tomadas en este sentido se atemperen a la dinámica de la guarda y cuidado como función parental.

- Que todas las decisiones que se tomen en relación con estas propuestas enarbolem la protección de las relaciones familiares socioafectivas y la aplicación del principio del interés superior del niño.

4. Al Ministerio de Justicia, a través de la Dirección de Notarías:

- Diseñar cursos de capacitación dirigidos a los notarios públicos en cuanto a la instrumentación de los acuerdos de parentalidad y otras figuras jurídicas afines que se tipifican en las familias ensambladas cubanas.

- Orientar a través de dictamen la instrumentación de la concesión de la guarda y cuidado a favor del padre/madre afín, así como el régimen de comunicación, tras la extinción del matrimonio o de la unión de hecho en que se sustentó la familia ensamblada.

5. A las Facultades y Departamentos de Derecho de todas las universidades del país:

- Incluir líneas de investigación científicas de los profesionales y estudiantes de Derecho relacionadas con la protección de las familias ensambladas desde las distintas aristas del Derecho.
- El estudio de los roles del padre/madre afín en el ensamble cubano.
- El estudio de la aplicación de la Convención de los derechos del niño en los casos relativos a los niños, las niñas y los adolescentes de manera íntegra.

6. A los medios de comunicación social tradicional (radio, televisión, prensa escrita) y a los insertados dentro de las nuevas tecnologías de la información:

- Se hace necesaria su indubitada contribución a la visibilidad de las familias ensambladas en el entorno cubano en los distintos medios de comunicación, incluidas las redes sociales, los roles de sus miembros y la protección de sus derechos, en especial de los niños, las niñas y los adolescentes que en ella conviven.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales:

ABBOUD CASTILLO, Neylia Lidia del, "Cuidar de los hijos y las hijas: ¿derecho irrenunciable e indelegable? Una reflexión a propósito del cuidado compartido", en *Revista Cubana de Derecho*, IV Época, no. 47, enero-junio 2016, pp.124-139.

_____, *El cuidado compartido. Una propuesta viable*, Editorial Olejnik, Madrid, 2018.

AGUILAR LLANOS, Benjamín, *La familia en el Código Civil peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2008.

AGUILERA RODERO, Juan, "Análisis sobre el contenido personal de la patria potestad en el progenitor", en *Actualidad Civil*, no. 12, junio 2008, pp. 1229-1252.

_____, "El progenitor no custodio ante el ejercicio de la patria potestad", en *Revista La Ley*, no. 7826, 2012, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3872033>, consultado el 25 de febrero de 2016.

AJA DÍAZ, Antonio, "Cuba: país de emigración a inicios del siglo XXI", *Anuario Digital CEMI*, Universidad de La Habana, 2006, disponible en <http://www.uh.cu/centros/cemi/index.htm>, consultado en fecha 27 de junio de 2017.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María M., "Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores", en *La Ley Derecho de familia*, no. 3, julio 2014, pp. 71-79.

ALESÍ, Martín B., "Deberes y derechos de los padres e hijos afines (Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada)", en *Suplemento Especial. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015*, disponible en AR/DOC/1305/2015, consultado el 14 de febrero de 2019.

ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, "Visión general de la legislación cubana en materia de Derecho de familia", *Florida Journal of International Law*, vol. 29, Iss. 1, Article 34, 2017, disponible en

<https://scholarship.law.ufl.edu/fjil/vol29/iss1/34>, consultado el 17 de junio de 2019.

_____, “Retos del Derecho de familia. Autonomía y unidad”, en Leonardo, B. Pérez Gallardo, Carlos Manuel Villabella Armengol, Germán Molina Carrillo (coordinadores), *Derecho familiar constitucional*, Editorial Mariel, Puebla, 2016, pp.486-504.

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, “Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 diciembre (rj 2013, 7566)”, en *Revista boliviana de Derecho*, no. 18, julio 2014, pp. 378-399.

Anuario estadístico de Cuba 2015, edición 2016, publicado por la Oficina Nacional de Estadísticas, disponible en [http:// www.one.cu](http://www.one.cu), consultado el 15 de marzo de 2017.

ARBOLEDA Natalia y Stephanie CAMACHO, “El concepto de familia en la corte constitucional colombiana entre 1992 y 2015”, disponible en <http://blogspot.com/2015/05/familias-ensambladas-corte-colombiana.html>, consultado el día 26 de mayo del 2016.

ARELLANO RODRÍGUEZ, Perla Lucía, “La categoría jurídica del hijo afín a la luz del nuevo modelo de familia en el ordenamiento jurídico peruano”, en *Revista de Investigación Jurídica*, IUS, Año IV, no. 08, agosto-diciembre 2014, pp. 101-123.

ARÉS MUZIO, Patricia, *Psicología de familia. Una aproximación a su estudio*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

_____, *La familia. Una mirada desde la Psicología*, Editorial Científico-Técnica, La Habana, 2010.

ARQUEROS, Claudio, “Nociones fundamentales para el debate sobre uniones civiles homosexuales”, en *Parejas homosexuales ¿Unión civil o matrimonial?*, 1ª edición, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, pp. 7-30.

BAEZA CONCHA, Gloria, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena*, volumen 2, no.2, 2001, pp.355-362.

- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Facultades y derechos compartidos respecto de los hijos: Una mirada desde el Derecho comparado", *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, Coquimbo, Chile, volumen 20, no. 1, 2013, pp. 21-60, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041327002>, consultado el 26 de junio de 2018.
- BASSET, Úrsula C, "La responsabilidad parental frente a la figura del progenitor afín", en *Revista Código Civil y Comercial*, La Ley, agosto de 2015, pp. 103-116.
- BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de familia*, tomo I, 7ª edición, actualizada y ampliada, 1ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- BERMÚDEZ BALLESTEROS, María del Sagrario, "Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica civil", en *Aranzadi Civil*, no. 2, 2001, pp.1859-1894.
- BLANCO ÁLVAREZ, Tatiana, "Parentalidades en familias diversas", *Revista de Ciencias Sociales*, volumen II, no. 148, Universidad de Costa Rica, 2015, pp. 39-48, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15342284004>, consultado el 22 de enero de 2019.
- BOSCH, Antonio, "Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial", *Ponència a les XIII Jornades de dret català a Tossa*, disponible en http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/3/ab.htm#_Toc82580830, consultada el 22 de marzo de 2019.
- BRIOZZO, Maria Soledad, "La figura del progenitor afín en la reforma proyectada: ¿superó la falta de lineamientos institucionales que determinan sus acciones?", en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, año VIII, no. 12, 2014, pp.26-46, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/>, consultada el 22 de marzo de 2019.
- CADOLLE, Sylvie, "La beau-parentalité: le point de vue des enfants", en *La Lien Familial*, Comprendre no.2, París, 2001, pp.19-33.

CAGLIERO, Yamila S., “La figura del progenitor afín en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *DJ* 03/12/2014, 8, cita online: AR/DOC/4001/2014, consultado el 23 de junio de 2017.

CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo, *La familia ensamblada en el Perú. Superando el vacío legal*, 1a edición, Adrus D&L Editores, 2014.

CALOIERO Yamila, “De los hechos al Derecho: El reconocimiento legal de la figura del progenitor afín”, *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, no. 14, disponible en http://dpicuantico.com/area_diario/columna-de-opinion1-suplemento-dpi-derecho-civil-bioetica-y-derechos-humanos-nro-14-05-07-2016/, consultado el 26 de mayo de 2017.

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, “La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores”, en *Actualidad Civil* (3), marzo de 2014, pp. 292-299.

CAMBELL, Thomas Draper, “Derechos del niño en tanto que persona, niño, joven, futuro adulto”, disponible en <https://www.pdhre.org/rights/children-sp.html>, consultado el 26 de mayo de 2017.

CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, “Guarda y custodia compartida”, en diario *La Ley*, 29 de junio de 2009, Año XXX, no. 7206, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3000066>, consultado el 26 de mayo de 2017.

CAMPOY CERVERA, Ignacio, “La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad”, *Derechos y Libertades*, no. 37, VLex, junio de 2017, pp. 131-165.

_____, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Editorial Dykinson, Madrid, 2006.

CARDONA LLORENS, Jorge, “La Convención sobre los derechos del niño: significado, alcance y nuevos retos”, *Educatio Siglo XXI*, volumen 30, no. 2, 2012, pp. 47-68.

CARBONERA, Silvana Maria, “O papel jurídico do afeto nas relações de família”, em Luiz Edson Fachin (coordinador), *Repensando fundamentos do Direito civil brasileiro contemporâneo*, Renovar, Río de Janeiro, 1998.

- CASADO CASADO, Belén, “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial”, en diario *La Ley*, no. 9177, Editorial Wolters Kluwer, 13 de abril de 2018, pp.1-18.
- CASTRO PÉREZ TREVIÑO, Olga María, *El derecho de los niños, niñas y adolescentes en las familias reconstituidas. Una mirada desde el Tribunal Constitucional*, Ius (Jurisprudencia), Editorial Grijley, Lima, 2008.
- CASTRO RIVADENEIRA, Juan Carlos, “Los daños: alcances y limitaciones en las relaciones de las familias ensambladas, reconstruidas o familiastras”, en *Libro de Especialización en Derecho de familia*, Fondo editorial del poder judicial, Lima, 2012, pp.89-108.
- CATALÁN, Marcos, “La multiparentalidad bajo el lente de los tribunales brasileños: Hoy, tal vez, la elección de Sofía habría sido otra”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, no. 238, año LXXXIII, julio-diciembre 2015, pp. 207-226.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño*, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997.
- CINTRÓN BOU, Francheska N., Kattia Z. WALTERS-PACHECO e Irma SERRANO-GARCÍA, “Cambios... ¿cómo Influyen en los y las adolescentes de familias reconstituidas?”, *Interamerican Journal of Psychology*, volumen 42, no. 1, abril, 2008, pp. 91-100, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28442110>, consultado el 22 de enero de 2019.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana M., “El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (A propósito de la STC, Sala 2da núm. 138/2014, de 8 de septiembre)”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, no.29, enero-diciembre 2015, pp.133-185.
- CONTRERAS, Verónica, “Ensamblados hasta que la muerte nos separe”, en *Portularia*, no. 12,2006, Universidad de Huelva, disponible en <https://docplayer.es/40310898-Ensamblados-hasta-que-la-muerte-nos-separe.html>, consultado en consultado en 22 de enero de 2017.

- CORRAL TALCIANI, Hernán, “La familia en los 150 años del Código Civil Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 32, no. 3, 2005, pp.429-438.
- CRIPPA, María Cecilia y Eliana M. PRACH, “La subsidiariedad de la obligación alimentaria del progenitor afín”, en *Revista de Derecho de Familia y persona*, 2018, cita online: AR/DOC/3340/2017, consultada el 2 de febrero de 2019.
- CRUZ GALLARDO, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Editorial La Ley, Madrid, 2012.
- CURTI, Patricio Jesús, “La figura del progenitor afín” en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (Directores) tomo II, primera edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, disponible en <https://docplayer.es/55152690-La-figura-del-progenitor-afin-por-patricio-jesus-curti-1.html> consultada el 2 de febrero de 2019.
- CUZMA CÁCERES, Gissele, *Familiasensambladas*, 1ª edición, Lima, 2013.
- CHAVES DE FARIAS, Cristiano y Nelson ROSENVALD, *Direito das Famílias*, 2ª edición, revisada, ampliada y actualizada, Editora Lumen Juris, Río de Janeiro, 2010.
- CHAVES, Marianna, “A criança ao adolescente e o parentesco por afinidade nas famílias reconstituídas”, en *Direito das famílias*, Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice DIAS (org.), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, disponible en <http://www.ibdfam.org.br/login>, consultado el 2 de febrero de 2019.
- CHECHILE, Ana María, “Derecho del hijo a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación”, en *Hacia una armonización del Derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp.293-312.
- 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*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp.281-290.

_____, *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*, 2ª edición, Editorial Del Rey, Belo Horizonte, 1999, disponible en <http://cidp.pt>, consultado el 12 de julio del 2018

_____, *Diccionário de Direito de Família e Sucessões* ilustrado, 100 años saraiva, São Paulo, 2015.

DA SILVA PEREIRA, Tânia y Antônio Carlos M. COLTRO, “A socioafetividade e o cuidado: o direito de crescer o nome do padrasto”, en Maria Berenice Dias (org.), *Direito das Famílias - Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira*, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009, disponible en <http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/livros/detalhes/321/Direito%20das%20Fam%C3%ADlias%20-%20Contributo%20do%20IBDFAM%20em%20homenagem%20a%20Rodrigo%20da%20Cunha%20Pereira>, consultado el 3 de febrero de 2019.

DAZA CORONADO, Sandra Milena, *Derecho de familia. Apuntes sobre la estructura básica de las relaciones jurídico-familiares en Colombia*, 1ª edición, Universidad Católica de Colombia, Bogotá D.C., junio 2015.

DE ALBUQUERQUE Jr., Roberto Paulino, *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de suades constituição posterior*, Jus Navigandi, año 11, no. 1547, Teresina, 26 set, disponible en <http://jus.uol.com.br/>, 2007, consultada el 4 de mayo de 2017.

DE ANDRADE SARAIVA, Camille, Lídia LEVY y Andrea SEIXAS MAGALHÃES, “O Lugar do padrasto em famílias recompostas”, *Revista Jurídica Pontifícia Universidade Católica*, no.41, jul/dez 2014, Barbarói, Santa Cruz do Sul, disponible en <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/viewFile/3734/3825>, consultado el 4 de mayo de 2017.

DE ARMAS ALONSO, Mercedes *et al.*, *Metodología e investigación al servicio del Derecho*, Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, 2012.

DE DIOS PÉREZ, Juan Francisco, “El impacto en los hijos de la separación de la pareja y su relación con la modalidad individual o compartida de custodia”, en *La Ley Derecho de familia*, no.11, 2016, disponible en

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5656038>, consultado el 27 de junio de 2018.

DE LA TORRE LASO, Jesús, “¿Se puede obligar a ejercer de padre? Comentarios a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2018”, en *Revista La Ley Derecho de Familia*, no. 18, 2018, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6475039>, consultado el 27 de junio de 2018.

DE LA TORRE, Natalia y Sabrina A. SILVA, “Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología”, en *Revista de Derecho de familia*, 2017-VI, 310, cita online:AP/DOC/1018/2017, consultado el 27 de junio de 2018.

DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor*, Editorial tirant lo blanch, Barcelona, 2006.

DE LOS MOZOS, José Luis y María José HERRERO GARCÍA, “Comentario al artículo 103”, en José Luis la Cruz Berdejo (coordinador), *Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, pp. 456-478.

DE LORENZI, Mariana A. y María VARAS, “Familias y pluriparentalidades. ¿Un puzle por armar?”, en *Revista de Derecho de familia*, no. 87, 09/11/2018, 245, cita online: AP/DOC/794/2018, consultado el 25 julio de 2019.

DE OLIVEIRA, Guilherme, *Crítério jurídico da paternidade*, Editorial Almedina, 2003.

DE TORRES PEREA José Manuel, *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Editorial Iustel, Málaga, 2008, disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 18 de octubre de 2018.

DE YZAGUIRRE GARCÍA, Fernando, *Guía de familias reconstituidas*, Unión de Asociaciones Familiares (UNAF), 2014.

DEL VALLE ARIZA, Graciela, *La guarda*, Editorial Alveroni, Córdoba, 2007.

DÍAZ TENORIO, Mareelén, Yohanka VALDÉS JIMÉNEZ y Alberta DURÁN GONDAR, “Consideraciones teórico-metodológicas para el abordaje socio psicológico de la familia en la realidad cubana”, en David Robichaux (compilador), *Familia y diversidad en América Latina. Estudios de casos*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO, Buenos Aires, septiembre 2007, pp.133-165.

DIAS, María Berenice, *Manual de Direito das Familias*, 9ª edición revisada, actualizada y ampliada, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

_____, “Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales”, en UCES, *Revista Jurídica Derecho Privado*, disponible en <https://www.dpafecto.com/sitio/wp-content/afinidad/2016>, consultado el 25 de julio de 2019.

DÍAZ TENREIRO, Carlos Manuel y Yanet ALFARO GUILLÉN, *Compilación de Disposiciones del CGTSP (Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular) 1974-2015*, Ediciones ONBC, La Habana, 2017.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, “La situación jurídica del matrimonio separado”, en *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, Año IX, no.31, enero-marzo 1961, pp. 5-110.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española del año 2018, disponible en <https://dle.rae.es/?w=diccionario>, consultado el 15 de enero de 2019.

DUPLÁ 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 persona”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, no. 717, 2009, pp.61-91.

DURÁN ACUÑA, Luis David, “Deberes y derechos entre padrastros e hijastros (propuesta normativa)”, en *Revista de Derecho Privado*, no. 6, julio-diciembre 2000, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3253435>, consultado el 27 de octubre de 2018.

DURÁN, María de los Ángeles, “La red iberoamericana para la integración de la producción de los hogares en los sistemas de contabilidad nacional”, en V Conferencia Iberoamericana sobre Familia, Madrid, 2000, disponible en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/robichaux/10>, consultado el 27 de octubre de 2018.

ECHARTE FELIÚ, Ana María, *Patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales*. Editorial Comares, Granada, 2000.

ECHEVARRÍA 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, disponible en

- <https://hera.ugr.es/tesisugr/20702863.pdf>, consultado el 27 de octubre de 2018.
- EEKELAAR, John, "The importance of thinking that children have rights", en *International Journal of Law and the family*, 6 (1992), pp.221-235.
- ELIN, Elizabeth, *Pan y afectos. La transformación de la familia*, 2ª edición, Editorial Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010.
- Enciclopedia Jurídica*, edición 2014, disponible en <http://www.encyclopedi juridica.biz14.com/d/parentesco-por-afinidad/parentesco-por-afinidad.htm>, consultado el 25 de julio de 2019.
- ENGEL, Margorie, "Familias ensambladas en todo el mundo: análisis comparativo de los enfoques legales en países seleccionados", 2004, disponible en www.familias21internacional.com, consultado el 5 de febrero de 2016.
- ESPINAR FELLMANN, Isabel, "Familias reconstituidas: Un estudio sobre las nuevas estructuras familiares", en *Clínica y Salud*, volumen 14, no. 3, 2003, pp. 301 y 332.
- ESQUIBEL AGUILAR, José Karlo, "La necesidad de un marco legal sobre los hijos afines menores de edad dentro de una familia ensamblada en el Perú," *Tesis para optar el Título Profesional de Abogado*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Escuela Profesional de Derecho, Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo-Perú, 2017, disponible en http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/2876/1/RE_DERE_JOSE_ESQUIBEL_NECESIDAD.DE.UN.MARCO.LEGAL_DATOS.pdf, consultado el 25 de febrero de 2018.
- FAMA, María Victoria, *La filiación*, 2ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.
- FANLO, Isabel, *Derechos del niño: una contribución teórica*, Editorial Fontamara, México, 2004.
- FERNÁNDEZ CORDÓN, Juan A. y Constanza TOBÍO SOLER, "La familia monoparental en España", en *Reis*, no. 83, julio-septiembre 1998, disponible en http://ih-vm-cisreis.c.mad.interhost.com/REIS/PDF/REIS_083_04.pdf, consultado el 25 de octubre de 2018.
- FERNÁNDEZ RUIS, Lourdes E., "La familia: retos de hoy", en revista *Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, disponible en

<http://www.dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com>,
consultado el 20 de junio de 2016.

FERRANDO, Gilda, "Familias recompuestas y padres nuevos", en *Revista Derecho y Sociedad*, no.28, Año XVIII, Lima, 2007, pp.311-319.

FERRER I RIBA, Josep, "Comentario a la Sentencia de 29 de marzo de 2001 (Atribución judicial de la guarda y custodia de una menor a sus abuelos maternos)", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, no. 58, 2002, pp.71-90.

FERREIRA DA SILVA SIMÕES, Melrian, "A multiparentalidade nas famílias recompostas ou tentaculares: um novo paradigma no Direito de família", dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação *stricto sensu* em Direito da Fundação de Ensino - Eurípedes Soares da Rocha, Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM, Brasil, 2016, disponible en <https://aberto.univem.edu.br/handle/11077/1690>, consultado el 25 de julio de 2019.

FERRER VANRELL, María Pilar, "Las nuevas situaciones convivenciales como fuente de relaciones de carácter familiar. El concepto de familia", *Separata de Revista Jurídica del Notariado*, no. 55, julio-septiembre 2005, pp.45-71.

FLEITAS, Reina, "El pensamiento sociológico sobre la familia, el parentesco y el matrimonio", en Ana Vera Estrada (compiladora), *La familia y las ciencias sociales*, Editorial Juan Marinello, Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana, La Habana, 2003, disponible en https://www.academia.edu/6568681/La_familia_en_el_pensamiento_sociologico, consultado el 19 de octubre de 2018.

FULCHIRON, Hugues, "¿Un estatuto para el progenitor afín?", en *Revista de Derecho de familia y de las personas*, Editorial Thomson Reuters, La Ley, año VIII, no. 1, febrero 2016, pp.37-50.

_____, "Autorité parentale et familles recomposées", en AA.VV., *Mélanges à la mémoire de D. Hult-Weiller: Droit des personnes et de la famille, liber amicorum*, París 1994, pp.745-747.

_____, "La autorité parentale-rénovée", *Defrénois*, no.15, 37580, 2002, disponible en https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1987_num_39_3_2756, consultado el 21 de octubre de 2018

_____, “Le droit français face au phénomène des recompositions familiales”, *Quels repères pour les familles recomposées*, París, 1995, disponible en http://www.enpjj.justice.fr/mediatheque/modules/webportal/results.php?op=seealso&idbase=14&search_mode=&fields=Auteur&value=FULCHIRON%20Hugues, consultado el 21 de octubre de 2018.

FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, “Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida”, en *La Ley digital* 2/11/2018, disponible en <https://www.frvnnd-evntf.com/wp-content/uploads/2016/06>, consultado el 25 de julio de 2019.

GARCÍA GARCÍA, Carmen J. y Aurora GONZÁLEZ ECHEVARRÍA, “Diálogo interdisciplinar: aproximación biosocial a la parentalidad”, Primera parte, en *Quaderns-e, Institut Català d’ Antropologia*, no. 21 (2), año 2016, pp.135-153.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, “El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado (especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen)”, Editoriales Thomson Reuters/ Aranzadi, 2004, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=252981>, consultado en 10 de febrero de 2018.

GARCÍA LÓPEZ, María Cristina, “Distintos modelos familiares y su incidencia en el desarrollo de la humanidad”, disponible en http://es.slideshare.net/upload?from_source=logg edin_newsfeed, consultado el 10 de febrero de 2018.

GARCÍA PASTOR, Milagros, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, 1ª edición, Editorial McGraw Hill, Madrid, 1997.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, “Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las convenciones sanitarias y libertad ideológica (a propósito de la STS, sala de lo penal de 27 de junio de 1997)”, en *Notaría*, no. 11-12, noviembre 1998, pp.15-68.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y Judith SOLÉ RESINA, *Filiación y potestad parental*, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 2014.

- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, María YSÁS SOLANES y Judith SOLÉ RESINA, *Derecho de familia vigente en Cataluña*, Editorial tirant lo blanch, 3ª edición, 2013.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El concepto constitucional de familia”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, no. 15, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 34-53.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, María Victoria FAMÁ y Marisa HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- GIRAUD BILLOUD, Michel A., “El ejercicio de la responsabilidad parental desde una perspectiva de género”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, no. 01, febrero 2019, Año XI, pp. 62-78.
- GOLDBERG, Beatriz, *Tuyos, míos, nuestros. Cómo rearmar y disfrutar la familia después del divorcio*, Editorial Grijalbo, Buenos Aires, 2000.
- GÓMEZ-ORTIZ, Olga, Lourdes MARTÍN y Rosario ORTEGA-RUIZ, “Conflictividad parental, divorcio y ansiedad infantil”, en *Pensamiento Psicológico*, volumen 15, no. 2, julio-diciembre, 2017, Pontificia Universidad Javeriana, Cali, Colombia, pp. 67-78, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80152474006>, consultada el 25 de enero de 2019.
- GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela, “Guarda de hecho y adopción”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-1*, Derecho de familia - I, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, pp. 325-352.
- GONZÁLEZ FERRER, Yamila y Osvaldo Manuel ÁLVAREZ TORRES (compiladores), *La familia y el matrimonio en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008.
- GONZÁLEZ LUNA, María Alejandra, “Los retos del Derecho ante las nuevas formas de familia”, en *Comentarios a la Jurisprudencia, Palestra del Tribunal Constitucional*, Año 3, no. 03, Lima, 2008, pp.94-103.
- _____, *El Tribunal Constitucional y las nuevas formas de familia*, disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2008/febrero/14/tc.htm>, consultado el 25 de noviembre del 2016.
- GOUTTENOIRE-CORNUT, Adeline, “La loi du 4 mars 2002 relative à l’ autorité parentale”, Dossier, *Actualité Juridique Famille*, abril 2002, pp. 120-143.

- GOUTTENOIRE-CORNUT, Adeline y Pierre MURAT, "L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant", *Droit de la famille*, janvier 2003, pp.95-100.
- GRANET, Frédérique, "L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes", *Rapport au Haut Conseil de la population et de la famille*, juillet, 2003, disponible en https://www.cairn.info/revue-le-journal-des-psychologues-2014-9-page-36.htm?try_download=1, consultado el 26 de octubre de 2018.
- GRANT BOWMAN, Cynthia, "The new illegitimacy: Children of cohabiting couples and stepchildren", *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, article 3, 2012, pp. 446 y 447, disponible en http://digitalcommons.wcl.american.edu/jgspl/vol20?utm_source=digitalcommons.wcl.american.edu%2Fjgspl%2Fvol20%2Fiss3%2F3&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages, consultado el 21 de octubre de 2018.
- GRIECO MATTHEWS, Sara, "El cuerpo, apariencia y sexualidad", en Duby-Perrot (dir.), *Historia de las mujeres. Del Renacimiento a la Edad Moderna: Los trabajos y los días*, Editorial Taurus, Madrid, 1993, pp.67-110.
- GROSMAN, Cecilia P., "Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el Mercosur y países asociados", en *Hacia una armonización del Derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp.85-121.
- _____, "Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la reforma del Código Civil", disponible en <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina466.pdf>, p.94, consultado el 26 de enero de 2015.
- GROSMAN, Cecilia P. y Silvia MESTERMAN, "Organización y estructura de la familia ensamblada. Sus aspectos psicosociales y el ordenamiento legal. Derecho de familia", en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, no. 2, 1989, pp.24-41.
- GROSMAN, Cecilia P. e Irene MARTÍNEZ ALCORTA, *Familias ensambladas, Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales*, Editorial Universo, Buenos Aires, 2000.
- GROSMAN, Cecilia P. y Marisa HERRERA, "Relaciones de hecho en las familias ensambladas", en *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*,

no.46, Editorial Abeledo-Perrot, julio/agosto 2010, disponible en <http://www.biblioteca.udep.edu.pe/alertbip-piura/derecho-de-familia-revista-interdisciplinaria-de-doctrina-y-jurisprudencia-argentina>, consultado el 27 de marzo de 2018.

_____, “Una intersección compleja: ancianidad, abuelidad y Derecho de familia”, *Oñati Socio-Legal Series*, volumen 1, no. 8, 2011, disponible en <http://www.opo.iisj.net>, consultado el 27 de marzo de 2018.

GUAHNON, Silvia V., *Medidas cautelares y provisionales en los procesos de familia según el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2016.

GUILARTE MARTIN-CALERO, Cristina, “Criterios de atribución de custodia compartida”, en *Revista para el Análisis del Derecho*, no. 3, 2010, disponible en http://www.indret.com/pdf/753_es, consultado el 18 de octubre de 2018.

_____, “El derecho de los nietos a mantener relaciones personales con sus abuelos (a propósito de la sentencia del tribunal supremo de 20 de octubre de 2011)”, en *Revista de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, no. 56, 2012, pp. 45-60.

HART, Roger, *La participación de los niños. De la participación simbólica a la participación auténtica*, en Ensayos Innocenti, UNICEF, Florencia, 1993.

HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, “La autorregulación de las relaciones con los hijos de progenitores que no viven juntos”, en *Revista La Ley Derecho de Familia*, no. 5, enero 2015, pp.14-23.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, Carlos FERNÁNDEZ COLLADO y Pilar BAPTISTA LUCIO, *Metodología de la Investigación*, 4^a. edición, Editorial McGraw-Hill Interamericana, México, 2006.

HERNANDO RAMOS, Susana, “El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida”, en diario *La Ley*, no. 7206, 2009, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3000056>, consultado el 24 de enero de 2018.

HERRERA, Marisa, “El derecho de los niños a vivir en familia. La responsabilidad del Estado en la función de crianza y educación de los hijos”, en *Hacia una*

armonización del Derecho de familia en el Mercosur y países asociados, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp.465-527.

_____, “Socioafectividad e infancia. De lo clásico a lo extravagante”, en obra colectiva, *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*, tomo I, dirigida por Silvia Eugenia Fernández, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, pp. 971-1011.

_____, *Manual del Derecho de las familias*, 1ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015.

_____, “El nuevo Código y las diversas realidades familiares”, febrero 2015, disponible en <http://www.mj-DOC-7087-AR/MJD7087>, consultado el 8 de junio de 2018.

_____, “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del Derecho de familia contemporáneo”, cita online: AP/DOC/1066/2014, consultado el 25 de julio de 2019.

HERRERA, Marisa y Fabiola LATHROP, “Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva latinoamericana, en *Revista de Derecho Privado*, no. 32, enero-junio 2017, pp.143-173.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio Luis, “El niño y los derechos humanos”, en Ignacio Campoy Cervera (coordinador), *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

_____, “El niño y los derechos humanos”, en *Lex Universidad Autónoma de Madrid*, 2016, disponible en <https://www.torrossa.com/resources>, consultado el 25 de julio de 2019.

JOCILES RUBIO, María Isabel y Fernando VILLAMIL PÉREZ, “La duplicación de funciones y posiciones como estrategia para la construcción de la paternidad/maternidad en las familias reconstituidas”, en *Anthropologica*, Año XXVI, no. 26, diciembre de 2008, pp. 63-85.

_____, “Estrategias para evitar u obstaculizar la paternidad de los padrastros en las familias reconstituidas”, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas*, cuestiones contemporáneas, 2009, pp.103-120.

JOCILES RUBIO, María Isabel, Fernando, VILLAMIL PÉREZ, Ana María RIVAS RIVAS, et al., *La protección social ante los nuevos modelos de familia: el caso de los*

- hogares reconstituidos*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Fondo de la Investigación de la Protección Social (FIPROS), Madrid, 2007.
- KELSEN, Hans, *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, Editorial Losada s.a., Buenos Aires, 1946.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho constitucional del menor a ser oído”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario en la Reforma Constitucional*, no.7, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pp. 157-183.
- _____, “El Derecho de las familias en la jurisprudencia argentina”, en *El nuevo Derecho de familia*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010, pp.101-131.
- _____, *El nuevo Derecho de familia –visión doctrinal y jurisprudencial–*, Grupo Editorial Ibáñez, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2010.
- _____, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, *Revista Jurídica La Ley*, no. 190, Buenos Aires, 2014, disponible en <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>, consultado el 15 de marzo de 2017.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (directora), Marisa HERRERA (coordinadora), *La familia en el nuevo Derecho*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Capítulo introductorio”, en Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras (directoras), *Tratado de Derecho de familia (según el Código Civil y Comercial de 2014)*, tomo 1, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Compendio de Derecho de familia*, Editorial Dykinson, 2017.
- _____, *De los principios del Derecho Civil*, tomo VI, *Derecho de familia*, Editorial Marcial Pons, 2018.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, “Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas”, en diario *La Ley*, no. 7206, 2009, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3000048>, consultado el 8 de octubre de 2018.

- LAUFER-UKELES, Pamela y Argelet BLAZER-PRIGAT, "Between function and form: towards a differentiated model of functional parenthood", en *George Mason Law Review*, 2013, pp. 419-432.
- LAUROBA LACASA, María Elena, "Ejercicio de la guarda y la responsabilidad parental. La propuesta del Código Civil catalán", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2011, volumen I, no. 2, pp.313-344.
- _____, en Esther Farnós i Amorós (coordinadora), *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya*, Editorial Atelier, Barcelona, 2014.
- LÁZARO PALAU, Carmen María, "A fondo. Reflexiones sobre la situación jurídica del tercero", en *Actualidad Civil*, no. 6, junio 2016, pp.12-21.
- LE GALL, Didier, "La evolución de la familia en Francia. De la aparición del pluralismo familiar a la cuestión de la pluriparentalidad", en http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-00062008000400005&lng=es&nrm=i, consultado el día 14 de mayo de 2016.
- LEPIN MOLINA, Cristián, "Los nuevos principios del Derecho de familia", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, no. 23, diciembre, 2014, Universidad Diego Portales, Chile, pp. 9-55, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838894001>, consultado el 25 de enero de 2019.
- LINACERO DE LA FUENTE, María, "Custodia de menores. Conflicto entre el padre y los abuelos", en *Poder Judicial*, no. 30, junio 1993, pp.145-158.
- LÔBO, Paulo, "Socioefetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental", en Maria Berenice Dias, Eliene Ferreira Bastos, Naime Márcio Martins Moraes (coordinadores), *Afetos e estruturas familiares*, Editorial Del Rey/ Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, 2010, p. 7, disponible en <http://cidp.pt>, consultada el 25 de abril de 2018.
- _____, "Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula no. 301/STJ", en Rodrigo da Cunha Pereira (coordinador), *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, IOB Thomson, São Paulo, 2005, disponible en http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/37.pdf, consultado el 25 de abril de 2018.

- _____, “Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem Genética uma distinção necessária”, em *Revista Brasileira de Direito de Família*, IBDFAM/Síntese, año V, no. 19, pp. 133-156, Porto Alegre, ago.-sep., 2003, disponible en <http://cidp.pt>, consultada el 12 de julio de 2018.
- LOPES, Cecilia y María Luciana PIETRA, “Algunas reflexiones en torno a la guarda”, en *Revista de Derecho de Familia*, 2014-III, disponible en AP/DOC/670/2014, consultado el 20 de diciembre de 2018.
- LÓPEZ AZCONA, Aurora, “El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida”, en *Revista Boliviana de Derecho*, no. 19, enero 2015, pp.206-235.
- LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel, “Custodia compartida e interés superior del menor”, en diario *La Ley*, no. 8556, 2015, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5094494>, consultado el 21 de enero de 2018.
- LÓPEZ-CONTRERAS, Rony Eulalio, “Interés superior de los niños y las niñas. Definición y contenido”, en *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13 (1), pp. 51-70
- LUJÁN Daniel, “Guarda a un tercero”, disponible en <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2397>, consultado en 13 de febrero de 2019.
- LLOVERAS, Nora, “El Derecho de familia y el Derecho de identidad en el Mercosur”, en *Hacia una armonización del Derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp.211-250.
- LLOVERAS, Nora y Marcelo SALOMÓN, *El Derecho de familia desde la Constitución nacional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009.
- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo, *Tensión y extensión de los derechos. A propósito de los derechos de los niños*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2018.
- MAGNIN, Andrea M., “Derecho y obligaciones del progenitor afín”, en *Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia*, no.4, 2018, pdf, disponible en <http://cpdaush.org/wp-content/uploads/Derechos-y-obligaciones-del-progenitor-afin>, consultado el 13 de febrero de 2019.

- MAHONEY, Margaret M., "Stepfamilies from a legal perspective", en *Marriage & Family Review*, volumen 26, California, 1998, pp. 231-247.
- MAICÁ, Juan J. y Esteban MARMETO, "El carácter constitucional-convencional de la pluriparentalidad en el sistema jurídico argentino", cita: MJ-DOC-13549-AR | MJD13549, disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/01/08/el-caracter-constitucional-convencional-de-la-pluriparentalidad-en-el-sistema-juridico-argentino/>, consultada el 21 de julio de 2019.
- MANRESA, José María, *Comentarios al Código Civil español*, tomo VII, 7ª edición, Editorial Reus, 1955.
- MATEO Y VILLA, Iñigo, "Estatuto del cónyuge del progenitor", *Legislación Europea, Relaciones Paterno-Filiales*, Congreso IDADFE 2011 8, Carlos Lasarte Álvarez (director), Editorial Tecnos, Madrid, 2014, pp.81-94.
- MESA CASTILLO, Olga, *Derecho de familia*, módulo 2, Tema II, *El matrimonio* (V Parte, "Régimen económico del matrimonio"), Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- _____, *Derecho de familia*, módulo 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- MEULDEURS-KLEIN, Marie Thérèse, "Les dilemmes du droit face aux recompositions familiales", en Meuldeurs-Klein y Théry (dir.) *Quels repères pour les familles recomposées?*, LGDJ/Droit et Société, París, 1995, pp.202-234.
- MINYERSKY, Nelly, "Capacidad progresiva de los niños en el marco de la convención sobre los derechos del niño", en *Hacia una armonización del Derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp.251-275.
- MIZRAHI, Mauricio Luis, "La posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica", en *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de familia*, coordinado por Carlos Lasarte Álvarez, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero, 2004, disponible en <http://www.urjc.es/DACN/chechipp.php?/docview>, consultado el 12 de julio de 2019.

- MONJE BALMASEDA, Oscar y Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *El nuevo Derecho matrimonial. Comentarios a las leyes 13 de 2005 de primero de julio y 15 de 2005, de 8 de julio*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.
- MONTAGNA, Plinio, "Parentalidad socio-afectiva y las familias actuales", en *Revista de la Facultad de Derecho*, no. 77, 2016, pp.219-235.
- MORERA VILLAR, Beatriz, "Guarda y custodia compartida impuesta", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, no. 9, agosto 2018, pp.418-436.
- NAVARRO GONZÁLEZ, Carolina, "Guarda y custodia de adolescentes: su voluntad como criterio decisor relevante", diario *La Ley*, no. 9154, Editorial Wolters Kluwer, 8 de marzo de 2018, pp.1-12.
- NAVAS NAVARRO, Susana, "Child's life, step-family and decision-making process", en *Beijing Law Review*, volumen 4, no.2, 2013, pp. 61-70.
- _____, "Los derechos del menor en las familias reconstituidas", en Orellana, Reyes Barrada, Martín Garrido Melero y Sergio Nasarre Aznar(coordinadores), *El nuevo Derecho de las personas y de la familia, Libro Segundo del Código Civil catalán, Portularia*, volumen XII, no. 2, 2012, disponible en <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/6231>, consultado el 21 de octubre de 2018.
- _____, "Menores, guarda compartida y plan de parentalidad, en *Revista de Derecho de Familia*, no. 54, 2012, pp.23-56.
- NAYA GARMENDIA, Luis M, "La infancia en Europa: una aproximación a partir de la Convención de los Derechos del Niño", disponible en https://www.researchgate.net/publication/28241511_La_infancia_en_Europa_una_aproximacion_a_partir_de_la_Convencion_de_los_Derechos_delNino, consultado el 21 de octubre de 2018.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, María, "La imposibilidad del ejercicio de la guarda y custodia de los menores por sus progenitores: su concesión a abuelos u otros familiares", en *La Ley - Derecho de familia*, no.3, julio 2014, pp.87-93.
- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, 1ªedición, Editorial Aranzadi Civil, 2006.
- PAGANO, Luz M., "Participación de los niños en los procesos de régimen de comunicación promovidos por sus progenitores afines", en *Revista de Derecho de Familia*, 2013, pp. 62-105, cita online: AP/DOC/2065/2013
- PAJA BURGOA, José, *La Convención de los derechos del niño*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

- PALACIO VALENCIA, María Cristina, “Los cambios y transformaciones en la familia. Una paradoja entre lo sólido y lo líquido”, en *Revista Latinoamericana de Estudios familiares*, volumen 1, enero - diciembre, 2009, pp.46-60.
- PANATTI, Marcela Virginia y María Soledad PENNISE IANTORNO DE MACHADO, “Determinación del interés superior del niño, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Thomson Reuters La Ley, febrero 2016, año VIII, no.1, pp.9-30.
- PARRA BOLÍVAR, Hesley A., *Relaciones que dan origen a la familia*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, 2005.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles, “Autonomía de la voluntad y Derecho de familia”, en Lorenzo Prats Albentosa (coordinador), *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, tomo I, *Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 97-254.
- PAVAN DE OLIVEIRA, Eliana Maria y Ana Cristina TEIXEIRA DE CASTRO SANTANA, “Paternidades socioafectivas e seus efeitos no Direito sucessório”, en *Revista Jurídica UNIARAXÁ*, volumen 21, no. 20, Araxá, agosto 2017, pp. 87-115.
- PERAL COLLADO, Daniel, *Derecho de familia*, Editorial ENPES, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1978.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Tras las huellas del legislador del Código Civil de los cubanos”, en Andry Matilla Correa, *Estudios sobre Historia del Derecho en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2009, pp. 233-270.
- _____, “Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión abintestato: ¿una ecuación lineal?”, en *Revista de Derecho Privado*, año 95, mes 3, 2011, pp.63-82.
- _____, “Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial”, en revista *Ius*, no. 36, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, julio-diciembre 2015, pp. 179-202.
- _____, “El Derecho familiar cubano y los nuevos tiempos: el brío jurisprudencial”, en *Revista de Derecho Privado*, Editorial Reus, julio-agosto, 2018, pp.93-125.

_____, “Guarda y cuidado de los menores a favor de la abuela: la justa solución judicial”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, 2018-IV, agosto 2018, pp.325-340.

_____, “El nuevo desafío de la filiación para el Derecho de sucesiones: la multiparentalidad”, en *La Ley Derecho de Familia*, no. 22, año 6, Editorial Wolters Kluwer, abril-junio 2019, p.9, disponible en <http://smarteca.es>, consultado el 20 de agosto de 2019.

PITRAU, Osvaldo F., “Alimentos para los hijos: el camino desde la Convención de los derechos del niño hasta el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en Marisa Graham y Marisa Herrera (directoras), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, 1ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, pp.389-412.

_____, “El derecho alimentario familiar en el Proyecto de Reforma”, disponible en <http://thomsonreuterslatam.com/2013/02/doctrina-del-dia-el-derecho-alimentario-familiar-en-el-proyecto-de-reforma-decreto-1912011/>, consultado el 2 de marzo de 2018.

PUNTES GÓMEZ, Anabel, “Las familias ensambladas, un acercamiento desde el Derecho de familia”, en *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, no. 6, pp. 58-82.

PLÁCIDO, Alex, “Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio”, en AA.VV., *La Constitución comentada*, Editorial Gaceta Judicial, Lima, 2005, pp.147-151.

_____, “Familia, matrimonio, convivencia y constitución”, en *Jus Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Grijley, no. 06, Lima, junio 2008, pp.357-412

PRIETO VALDÉS, Martha, “Una mirada desde y para el orden jurídico cubano: en defensa de los derechos”, en *Revista Anales de la Academia de Ciencias de Cuba*, volumen 3, no. 2, 2013, pp.1-10.

QUESADA, Mariola H., “Ejercicio de la patria potestad por el progenitor custodio”, en diario *La Ley*, no. 9043, Sección “Tribuna”, 18 de septiembre de 2017, pp.1-3.

- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia de los hijos", en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, no. 15, enero-diciembre 2001, pp. 282-295.
- RAMOS CABANELLAS, Beatriz, "Regulación legal de la denominada familia ensamblada", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, Montevideo, 2006, pp.191-207.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique, "Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional", en *Revista Derecho Privado y Constitución*, volumen 3, no. 7, Año 1995, pp.167-229
- REYNA URQUIZA, Henry Alan, "Familias ensambladas: su problemática jurídica en el Perú", disponible en <http://halanreyna.blogspot.com/2013/03/familias-ensambladas-suproblematika.html>, consultado el día 6 de abril de 2016.
- RIVAS RIVAS, Ana M., "Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas", *Cuadernos de relaciones laborales*, no. 1, 2008, pp.179-202, disponible en <http://www.ucm.es/BUCM/checkip.php?/docview/213513374?accountid=14514>, consultado el 6 de abril de 2016.
- _____, "El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas", *Portularia*, volumen XII, no. 2, año 2009, disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-85204/Portularia,%20El%20ejercicio%20de%20la%20parentalidad%20en%20las%20familias%20reconstituidas.pdf>, consultado el 20 de enero de 2016.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El derecho de visita*, Editorial J. Bosch, Barcelona, 1997.
- _____, "Comentario al artículo 110", en *Comentario al Código Civil*, tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.
- _____, *El interés del menor*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.
- _____, "De la relación fáctica a la categoría jurídica: la figura del padrastro y la madrastra", en *Revista del magíster y doctorado en derecho*, no.4, 2011, pp. 164-188.
- ROCA TRÍAS, Encarna, *Libertad y familia. Discurso leído el 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número (Real*

Academia de Jurisprudencia y Legislación), Editorial tirant lo blanch, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas”, en diario *La Ley*, no. 6197, año XXV, 24 febrero 2005.

ROIGÉ, Xavier, “Las familias reconstituidas. Composición familiar tras el divorcio”, en Xavier Roigé (coordinador), *Familias de ayer, familias de hoy. Continuidades y cambio en Cataluña*, Editorial Icaria-Institut Català d’Antropologia, Barcelona, 2006, pp. 471-501.

RODRÍGUEZ LIAMAS, Sonia, “La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor. Comentario a la STS no. 679/2013, de 20 de noviembre de 2013”, en *Revista Boliviana de Derecho*, no. 19, enero 2015, pp.562-575.

RODRÍGUEZ PALOMO, Carlos, *Autonomía del niño en las decisiones sobre su propio cuerpo*, Universidad Complutense de Madrid, 2004.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y María José GARCÍA ALGUACIL, *La representación legal de menores e incapaces: contenido y límites de la actividad representativa*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2004.

SALANOVA VILLANUEVA, Marta, *Tutela y protección de menores en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2003.

SILVA, Luana Babuska, “A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar”, *Jus Navigandi, Teresina*, año 8, no. 364, disponible en <http://jus.uol.com.br>, consultado el 4 de mayo de 2017.

SILVA, Sabrina, “La triple filiación instalada en el escenario jurídico. Sobre cómo interpretar sus efectos jurídicos en el campo de la responsabilidad parental”, en *Letra Derecho Civil y Comercial*, no. 2, año I, 2016, pp.108-135.

SILVERINO BRAVO, Paula, *Apuntes a la Sentencia del TC sobre Familias Ensambladas. Una Lectura Posible de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Shols Pérez*, Editorial Grijley, Lima, 2008.

- SILLERO CROVETTO, Blanca, “Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: Criterios relevantes”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, no. 6, IDIBE, febrero 2017, pp.11-40.
- SOLARI, Néstor E, “La figura del progenitor afín”, en *Revista de Derecho de familia y persona*, octubre 2017, disponible en AR/DOC/2147/2017, consultado el 21 de octubre de 2018.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afetiva”, em *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação “Proteção de Menores - Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”*, Coimbra Editora, 2009, pp.50-74.
- SUSIN CARRASCO, Esther, *Análisis a nivel internacional del derecho de participación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos de familia*, Editoriales Thomson Reuters- Aranzadi, Navarra, 2018.
- TAMAYO HAYA, Silvia, *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas*, Colección Scientia Iuridica, Editorial Reus, Madrid, 2009.
- TARTUCE, Flávio y José Fernando SIMÃO, *Direito Civil*, volumen 5, *Familia*, 2ª edición, actualizada e ampliada, Editora Método, 2007.
- TORRES VELÁZQUEZ, Laura Evelia, Patricia ORTEGA SILVA, Adriana Guadalupe REYES LUNAY Adriana GARRIDO GARDUÑO, “Paternidad y ruptura familiar”, en *Enseñanza e Investigación en Psicología*, volumen 16, no. 2, julio-diciembre, México, 2011, pp. 277-293, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=29222521005>, consultado el 25 de enero de 2019.
- UREÑA CARAZO, Belén, “Hacia una corresponsabilidad parental. La superación de la distinción de la patria potestad y la guarda y custodia”, en *Revista de Derecho de Familia*, no. 54, septiembre-diciembre 2012, pp.49-69.
- VALDÉS JIMÉNEZ, Yohanka, “El divorcio en Cuba. Características generales y efectos para la familia”, en David Robichaux (compilador), *Familia y diversidad en América Latina. Estudios de casos*, Editorial CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2007, pp.213-236.

- VALDÉS María y Anna PIELLA Vila, “La parentalidad desde el parentesco. Un concepto antropológico e interdisciplinar”, en *Quaderns-e, Institut Català d’Antropologia*, no. 21(2), 2016, pp.4-20.
- VALDIVIA SÁNCHEZ, Carmen, “La familia: concepto, cambios y nuevos modelos,” en *La Revue du Redif*, Universidad de Deusto, volumen 1, 2008, pp.15-22, disponible en www.redif.org, consultado 15 de febrero de 2015.
- VANRELL, Ivana B., “Derecho del niño a ser oído en el ámbito de la mediación familiar”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, no. 01, febrero 2019, Año XI, pp. 32-40.
- VAQUER ALOY, Antoni y Noelia IBARZ LÓPEZ, “Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal”, en *Revista de Derecho Civil*, volumen IV, no. 4, octubre-diciembre, 2017, pp. 211-235.
- VARGAS SIMÕES, Thiago Felipe, “La familia afectiva. El afecto como formador de la familia”, disponible en <http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a19>, consultado el 4 de mayo 2017.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho de las familias. La nueva teoría institucional, jurídica y principista de la familia*. Proyecto de investigación inédito, auspiciado por el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima, 2009.
- _____, *La nueva teoría institucional y jurídica de la familia, Tratado de Derecho de familia*, tomo I, 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, octubre 2011.
- _____, “Paternidad socioafectiva”, disponible en https://works.bepress.com/enrique_varsi/16/, consultado el 25 de febrero de 2019.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y Marianna CHAVES, “La multiparentalidad. La pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico”, disponible en <http://portularia/20ejercicio/20 de /2010>, consultado el 8 de agosto de 2018.
- _____, “Paternidad socioafectiva - La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto”, en *Actualidad Jurídica*, no. 200, 2010, pp. 57-64.

- VEGA MERE, Yuri, “La Familia por venir, entre lo público y lo privado, entre la tradición y la modernidad (o postmodernidad)”, en *Las nuevas fronteras del Derecho de familia*, 2ª edición, Colegio de Abogados de La Libertad, 2005.
- _____, “La ampliación del concepto de familia por obra del Tribunal Constitucional. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho”, en *Jurisprudencia Casatoria*, tomo III, *Derecho civil y procesal civil*, Motivensa Editora Jurídica, Lima, 2009, pp.33-44.
- _____, *Las nuevas fronteras del Derecho de familia*, 3ª edición, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2009.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio, *Las familias monoparentales. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Editorial Comares, Granada, 2005.
- VELAZCO MUGARRA, Miriam, *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, Ediciones ONBC, La Habana, 2008.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, “Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados”, en *La Ley*, año XXIII, no. 7, 2002, pp.1569-1577.
- VERDERA SERVER, Rafael, “Ser padre”, en *Derecho privado y constitucional*, 30, 2016, pp.530-559.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, “El Derecho constitucional familiar en Europa y América Latina”, en Leonardo B. Pérez Gallardo, Carlos Manuel Villabella Armengol, Germán Molina Carrillo (coordinadores), *Derecho familiar constitucional*, Editorial Mariel, Puebla, 2016, pp. 1-30.
- _____, “Constitución y familia. Un estudio comparado”, *Díkaion*, volumen 25, no. 1, junio, 2016, pp. 100-131, Universidad de La Sabana, Cundinamarca, Colombia, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72047555005>, consultada el 25 de enero de 2019.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, “Derechos de la infancia y la adolescencia. Hacia un sistema legal”, en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, no. 49, Universidad de Barcelona, 2015, pp.17-41.
- VIÑAS MAESTRE, Dolores, “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, en *Revista para el Análisis del*

- Derecho*, *InDret* 3/2012, Barcelona, 2012, pp. 2-55, disponible en <http://www.indret.org.ar/=267658>, consultado el 25 de febrero de 2019.
- VIOLA DEMESTRE, Isabel, "La titularidad y el ejercicio de la potestad parental en el Derecho Civil de Cataluña", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, edición no.1, Editorial La Ley, 2015, pp.1-15.
- VIOLA, Sabrina, "Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente", en revista electrónica *Cuestión de Derechos*, no. 3, segundo semestre 2012, p.84, disponible en www.cuestiondederechos.org.ar, consultado el 23 de marzo de 2017.
- WALDLINGTON, Waltery y Raymond C. O'BRIEN, *Family Law in perspective*, Foundation Press, New York, 2001.
- WALTERS PACHECO, Kattia Z, Franchesca N., CINTRÓN BOU e Irma SERRANO-GARCÍA, "Familia reconstituida. El significado de 'familia' en la familia reconstituida", *Psicología Iberoamericana*, volumen 14, no. 2, diciembre 2006, pp. 16-27, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=133920321003>, consultado el 25 de enero de 2019.
- WELSTEAD, Mary y Susan EDWARDS, *Family Law*, Oxford University Press, New York, 2006.
- YÁRNOZ-YABEN, Sagrario, "Hacia la coparentalidad post-divorcio: percepción del apoyo de la ex pareja en progenitores divorciados españoles", en *International Journal of Clinical and Health Psychology*, volumen 10, no. 2, 2010, pp. 295-307, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33712250006>, consultado el 25 de enero de 2019.
- YUBA, Gabriela, "Cuantificación de la prestación alimentaria. Valoración judicial", en revista *ELitoral*, febrero 2013, pp.13-27.
- ZABALGO, Paloma, "La custodia compartida en la jurisprudencia actual dictada por el Tribunal Supremo", en diario *La Ley*, no. 9088, Editorial Wolters Kluwer, 24 de noviembre de 2017, pp.1-6.
- ZANNONI, Eduardo, *Derecho civil. Derecho de familia*, tomo II, 3ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.

ZÚÑIGA, Yanira y Susan TURNER, “Sistematización comparativa de la regulación de la familia en las constituciones latinoamericanas”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, no. 20-2, julio 2013, pp.269-301.

II. Fuentes legales:

Declaración universal de derechos humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución no. 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, disponible en http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf, consultado el 12 de septiembre de 2018.

Convención europea de los derechos humanos, adoptada el 4 de noviembre de 1950, disponible en <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>, consultada el 4 de febrero del 2019.

Convención internacional de los derechos del niño de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigencia desde 1990, disponible en <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, consultada el 21 de enero de 2016.

Observaciones generales del Comité de los derechos del niño, disponible en <http://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>, consultado el 21 de octubre del 2018.

Opinión consultiva no. 17/2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf, consultado el 21 de octubre de 2016.

Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, disponible en <http://www.lexisnexis.com/fr/droit>, consultado el 23 de agosto del año 2017.

Constitución de la República de Cuba, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, no.5, de 10 de abril de 2019, disponible

en <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Nueva%20Constituci%C3%B3n%20240%20KB-1.pdf>, consultada el 2 de mayo de 2019.

Código Civil de Catalunya, disponible en <https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=150&modo=1¬a=0&tab>, consultado el 21 de octubre de 2018.

Código Civil de España (edición actualizada), Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2016.

Código Civil de España de 1889, aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, no. 206, de 25 de julio de 1889, disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>, consultado el 21 de octubre de 2018.

Código Civil de Guatemala, aprobado por el Decreto-Ley no. 106, disponible en <https://www.monografias.com/trabajos95/codigo-civil-guatemala/codigo-civil-guatemala.shtml>, consultado el 2 de marzo de 2017.

Código Civil de Paraguay, aprobado por Ley no. 1183, de fecha 18 de diciembre de 1985, disponible en <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/5293/codigo-civil>, consultado el 26 de enero de 2018.

Código Civil de Suiza, disponible en <https://vlex.es/tags/codigo-civil-suizo-824572>, consultado el 21 de octubre de 2018.

Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley no. 26.994, promulgado según Decreto no. 1795/2014, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2ª edición, julio de 2016, disponible en http://www.saij.gob.ar/docsf/código/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf, consultado el 6 de septiembre de 2016.

Código de Familia de Costa Rica, San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2000, disponible en <http://www.sidalc.net/cgi-bin/wxis.exe/?IsisScript=earth.xis&method=post&formato=2&cantidad=1&expresion=mfn=041165>, consultado el 23 de febrero de 2017.

Código de Familia de Cuba, disponible en http://files.sld.cu/prevemi/files/2013/03/ley_1289_codigo_familia_1975.pdf, consultada el 6 de mayo de 2017.

Código de Familia de Honduras, aprobado por Decreto no. 76 de 16 de agosto de 1984, actualizado por Decreto no. 35/2013, disponible en <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/normativas/129/decreto-ndeg-761984-codigo-de-familia>, consultado el 26 de enero de 2018.

Código de Familia de la República de El Salvador, aprobado por el Decreto no. 677 de 11 de enero de 2005, publicado en el *Diario Oficial*, no.231, tomo 321, de 13 de diciembre de 1993, y a su vez reformado por el Decreto no.605 de 21 de febrero de 2017, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_Familia_El_Salvador.pdf, consultado el 23 de febrero de 2019.

Código de Familia de Nicaragua, aprobado por la Ley no. 870 de 24 de junio de 2014, publicada en la *Gaceta*, no. 190, de 8 de octubre de 2014, disponible en <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/nic138841.pdf>, consultado el 6 de septiembre de 2016.

Código de Familia de Panamá, aprobado por la Ley no. 3 de 17 de mayo de 1994, publicado en la *Gaceta Oficial*, no. 22.591, de 1 de agosto de 1994, disponible en <https://www.scribd.com/doc/26968028/Codigo-de-Familia-de-la-Republica-de-Panama>, consultado el 2 de marzo de 2017.

Código de la Niñez y Adolescencia de la República de Ecuador, Ley no.100, publicado en *Registro Oficial*, no. 737, de 3 de enero de 2003, y reformada el 31 de mayo de 2017, disponible en <http://www.lexis.com.ec/wp-content/uploads/2017/09/CODIGO-DE-LA-NIN%CC%83EZ-Y-ADOLESCENCIA.pdf>, consultado el 23 de febrero de 2017.

Código de la Niñez y la Adolescencia de la República de Paraguay, aprobado por la Ley no. 1680/01, disponible en <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/nic138841.pdf>, consultado el 6 de septiembre de 2016.

Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay, aprobado por la Ley no. 178, disponible en

https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Ninez_Adolescencia_Uruguay.pdf,
consultado el 6 de septiembre de 2016.

Código de las Familias y del Proceso familiar del Estado Plurinacional de Bolivia, Ley no.603 de 19 de noviembre de 2014, disponible en <https://www.migracion.gob.bo/upload/marcoLegal/leyes/ley-603.pdf>, consultado el 23 de febrero de 2017.

Ley Orgánica no. 4 de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicado en *Boletín Oficial del Estado*, no.10, de 12 de enero de 2000, referencia: BOE-A-2000-544, consultado el 21 de octubre de 2018, disponible en <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAlCiudadano/InformacionParaExtranjeros/Documents/LEY%20ORG%C3%81NICA%2042000%20DE%2011%20DE%20ENERO.pdf>, consultado el 21 de octubre de 2018.

Ley no. 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las familias numerosas, publicado en *Boletín Oficial del Estado*, no.277, de 19 de noviembre de 2003, que entró en vigor el 9 de diciembre de 2003, referencia BOE-A-2003-21052, disponible en <https://www.boe.es//buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21052>, consultado el 21 de octubre de 2018.

Ley no. 42/2003, de 21 de noviembre, que modificó el artículo 103 del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de España en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, publicado en *Boletín Oficial del Estado*, no. 280, de 22 de noviembre de 2003, disponible en <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/21/42>, consultado el 21 de octubre de 2018.

Ley no.15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de España en materia de separación y divorcio, publicada en *Boletín Oficial del Estado*, no. 163, de 9 de julio de 2005, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>, consultado el 21 de octubre de 2018.

Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo no. 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, publicado en *Boletín Oficial del Estado*, no. 67, de 29 de marzo de 2011, disponible en

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOA-d-2011-90007>, consultado el 21 de octubre de 2018.

Ley Foral no. 3/2011, de 17 de marzo, “Ley sobre custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra”, Comunidad Foral de Navarra, publicado en *Boletín Oficial del Estado*, no. 87, de 12 de abril de 2011, disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-6554-consolidado.pdf>, consultado el 21 de octubre de 2018.

Ley no. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunidad Valenciana, publicada en *Boletín Oficial del Estado*, no. 98, de 25 de abril de 2011, disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-7329-consolidado.pdf>, consultado el 21 de octubre de 2018.

Real Decreto no. 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, publicado en *Boletín Oficial del Estado*, no. 186, de 4 de agosto de 2012, referencia: BOE-A-2012-10477, disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-10477-consolidado.pdf>, consultado el 21 de octubre de 2018.

Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo no. 8, de 30 de octubre de 2015, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>, consultado el 21 de octubre de 2018.

Ley no. 7/2015, del País Vasco, “De las relaciones familiares en supuestos de separación o rupturas de los progenitores”, Comunidad Foral del País Vasco, publicado en *Boletín Oficial del Estado*, no.176, de 24 de julio de 2015, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-8275>, consultado el 21 de octubre de 2018.

Ley no. 7 de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, de 19 de agosto de 1977, de Cuba, modificado por el Decreto-Ley no. 241 de 26 de septiembre de 2006, disponible en <http://www.parlamentocubano.cu/wp-content/uploads/2016/05/LEY-NO.-7-DE-PROCEDIMIENTO-CIVIL-ADMINISTRATIVO-Y-LABORAL.pdf>, consultado el 21 de octubre de 2018.

Ley no. 50/1984, de 28 de diciembre, De las notarías estatales, en Leonardo B. Pérez Gallardo, Julliett Almaguer Montero, Nancy C. Ojeda Rodríguez (compiladores), *Compilación de Derecho Notarial*, diciembre de 2005, pp. 10-24, disponible en http://www.academianotarialamericana.org/base/leyes/cuba/ley-notarial_leyes_cuba.pdf, consultado el 21 de noviembre de 2017.

Decreto-Ley no. 154/1994, de 6 de septiembre, “Del divorcio notarial”, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria, no.13, de 19 de septiembre de 1994, y su Reglamento, contenido en la Resolución no.182/1994, de 10 de noviembre, del Ministro de Justicia, disponible en <http://juriscuba.com/wp-content/uploads/2015/10/Decreto-Ley-No.-154.pdf>, consultado el 21 de septiembre de 2018.

Ley no. 83 de 11 de julio de 1997, “De la Fiscalía General de la República de Cuba”, disponible en <http://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/ley-de-la-fiscalia-general-de-la-republica/>, consultado el 21 de febrero de 2019.

Ley no.1312, “Ley de Migración” (edición actualizada), en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, no.41, de 18 de diciembre de 2015, Ministerio de Justicia, disponible en <http://juriscuba.com/wp-content/uploads/2015/12/Ley-migracion.reglamento-actualizada-2012pdf>, consultada el 3 de marzo de 2018.

Instrucción no. 216/2012, aprobada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria, no. 21, de 22 de junio de 2012.

Resolución no. 857 de 31 de agosto de 2015, reguladora de la dación de órganos y tejidos entre vivos, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, no. 33, de 17 de septiembre de 2015.

Ley no. 20680 de 21 de junio de 2013, de Chile, que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, disponible en <https://legislacion-oficial.vlex.cl/vid/proteger-integridad-vivan-separados-442285934>, consultado el 24 de abril de 2017.

Ley no. 27337, Código de los niños y adolescentes, de 21 de junio de 2000, de Perú, disponible en <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>, consultado el 21 de octubre de 2018.

Ley no. 29269/2008, de Perú, de 16 de octubre de 2008, Ley de la tenencia compartida, que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los niños y adolescentes, disponible en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/2011/01/27/ley-n-29269-ley-de-la-tenencia-compartida/>, consultado el 24 de abril de 2017.

III. Fuentes jurisprudenciales:

Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Átala Riffo y Niñas vs. Chile*, del 24 de febrero de 2012, disponible en <http://www.corteidh.or.cr>, consultado el 11 de octubre de 2018.

Sentencia T-572 de 2009, de la Corte Constitucional de Colombia, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia C-145/10 de 3 de marzo, de la Corte Constitucional de Colombia, disponible en <http://corteconstitucional.gov.co>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional de Colombia, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia T-403 de 2011 de la Corte Constitucional de Colombia, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia T-606 de 2013 de la Corte Constitucional de Colombia, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia C-271 de 2013 de la Corte Constitucional de Colombia, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia C-071/15 de 18 de febrero de la Corte Constitucional de Colombia, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultado el 23 de febrero de 2016.

Sentencia T-070 de 2015 de la Corte Constitucional de Colombia, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia de 11 de octubre de 2016 del Tribunal europeo de derechos humanos, disponible en <http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=home>, consultado el 27 de octubre de 2018.

Sentencia C 12907 de 2017, de fecha 25 de agosto, de la Corte Constitucional de Colombia, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultado el 15 de julio de 2019.

Sentencia C-280/18, de 20 de febrero de la Corte Constitucional de Colombia, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultado el 15 de julio de 2019.

Sentencia C-6009/18, de 9 de mayo, de la Corte Constitucional de Colombia, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co>, consultado el 15 de julio de 2019.

Sentencia dictada en expediente no. 09332-2006-PA/TC, de 2 de diciembre, del Tribunal Constitucional de Perú, disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/pdf>, consultado el 25 de noviembre de 2015.

Sentencia dictada en expediente no. 05672-2007-PA/TC, de 30 de noviembre, del Tribunal Constitucional de Perú, disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/>, consultado el 25 de noviembre de 2015.

Sentencia dictada en el expediente no. 04493-2008-PA/TC, de 23 de septiembre, del Tribunal Constitucional de Perú, disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/pdf>, consultado el 25 de noviembre de 2015.

Sentencia dictada en el expediente no. 02478-2008-PA/TC de 11 de mayo del Tribunal Constitucional de Perú, disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/pdf>, consultado el 26 de febrero del 2016.

Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de Brasil, de 15 de octubre de 2013, disponibles las resoluciones judiciales en <http://portal.stj.jus.br>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de Brasil, de 3 de noviembre de 2014, disponible las resoluciones judiciales en <http://portal.stj.jus.br>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia de 23 de octubre de 2015, de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co>, consultado el 18 de octubre de 2018.

Sentencia de fecha 19 de octubre de 2017, de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co>, consultado el 18 de octubre de 2018.

Sentencia de fecha 9 de mayo de 2018, de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co>, consultado el 18 de octubre de 2018.

Sentencia del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, de 31 diciembre de 2003, en *Boletín del Tribunal Supremo Popular* del año 2003, disponible en <http://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/boletin-2003.pdf>, consultado el 17 de noviembre de 2018.

Sentencia no. 862 del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, de 30 diciembre de 2005, en *Boletín del Tribunal Supremo Popular* del año 2005, disponible en <http://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/boletin-2005.pdf>, consultado el 17 de noviembre de 2018.

Sentencia no. 162 del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, de 28 de junio de 2010, en *Boletín del Tribunal Supremo Popular* del año 2010, disponible en <http://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/boletin-2010.pdf>, consultado el 17 de noviembre de 2018.

Sentencia no. 210 del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, de 31 de mayo de 2011, en *Boletín del Tribunal Supremo Popular* del año 2011, disponible en <http://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/boletin-2011.pdf>, consultado el 17 de noviembre de 2018.

Sentencia no. 332 del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, de 24 de agosto de 2012, en *Boletín del Tribunal Supremo Popular* del año 2012, disponible en <http://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/boletin-2012.pdf>, consultado el 17 de noviembre de 2018.

Sentencia no. 941 del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, de 26 de diciembre de 2014, en *Boletín del Tribunal Supremo Popular* del año 2014, disponible en <http://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/boletin-2014.pdf>, consultado el 17 de noviembre de 2018.

Sentencia no. 502 del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, de 19 de agosto de 2015, en *Boletín del Tribunal Supremo Popular* del año 2015, disponible en <http://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/boletin-2015.pdf>, consultado el 17 de noviembre de 2018.

Sentencia no. 214 del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, de 31 de marzo de 2017, versión digital proporcionada a la investigadora por Kenia María Valdés Rosabal, jueza del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Sentencia no. 3154 del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, de 14 de septiembre de 2018, versión digital proporcionada a la investigadora por Kenia María Valdés Rosabal, jueza del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Sentencia no. 87 de 15 de diciembre de 2009, del Tribunal Provincial de La Habana, consultada en legajo de la sede judicial el 14 de enero de 2018.

Sentencia no.73 de 31 de marzo de 2016, del Tribunal Municipal Popular de Matanzas, consultada en legajos judiciales en la sede del Tribunal Municipal Popular de Matanzas el 12 de marzo de 2019.

Sentencia no.193 de 30 de mayo de 2017, del Tribunal Municipal Popular de Matanzas, consultada en legajos judiciales en la sede del Tribunal Municipal Popular de Matanzas el 12 de marzo de 2019.

Sentencia no. 317 de 31 de octubre de 2017, del Tribunal Municipal Popular de Matanzas, consultada en legajos judiciales en la sede del Tribunal Municipal Popular de Matanzas el 12 de marzo de 2019.

Sentencia no. 354 de 20 de noviembre de 2017, del Tribunal Municipal Popular de Matanzas, consultada en legajos judiciales en la sede del Tribunal Municipal Popular de Matanzas el 12 de marzo de 2019.

Sentencia de 21 de julio de 2011, del Tribunal Supremo español, disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 28 de octubre de 2018.

Sentencia de 22 de julio de 2011, del Tribunal Supremo español, disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 28 de octubre de 2018.

Sentencia de 6 de febrero de 2012, del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña, disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 23 de febrero de 2012, del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña, disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 9 de marzo de 2012, del Tribunal Supremo español, disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 28 de octubre de 2018.

Sentencia de 27 de abril de 2012, del Tribunal Supremo español, disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 28 de octubre de 2018.

Sentencia de 14 de mayo de 2013, del Tribunal de Justicia de Santa Catarina, disponible en <http://portal.stj.jus.br>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia de 11 de julio de 2013, del Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro, disponible en <http://portal.stj.jus.br>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia de 19 de julio de 2013, del Tribunal Supremo español, disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado en fecha 15 de octubre 2018.

Sentencia de 20 de noviembre de 2013, del Tribunal Supremo español, disponible en <https://www.supremo.vlex.es>, consultado el 10 de enero de 2019.

Sentencia de 2 de julio de 2014, del Tribunal Supremo español, disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado en fecha 15 de octubre 2018.

Sentencia no. 582 de 27 de octubre de 2014, del Tribunal Supremo español, disponible en <https://www.supremo.vlex.es>, consultado el 10 de enero de 2019.

Sentencia de 13 de febrero 2015, del Tribunal Supremo español, disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 20 de octubre de 2018.

Sentencia de 26 de junio de 2015, del Tribunal Supremo español, disponible en <https://www.supremo.vlex.es>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 15 de julio de 2015, del Tribunal Supremo español, disponible en <https://www.supremo.vlex.es>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 9 de septiembre de 2015, del Tribunal Supremo español, disponible en <https://supremo.vlex.es>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 30 de diciembre de 2015, del Tribunal Supremo español, disponible en: <https://www.supremo.vlex.es>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 11 de febrero del 2016, del Tribunal Supremo español, disponible en <https://www.supremo.vlex.es>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 4 de marzo de 2016, del Tribunal Supremo español, disponible en <https://www.supremo.vlex.es>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 9 de marzo de 2016, del Tribunal Supremo español, disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 15 de octubre 2018.

Sentencia de 17 de marzo de 2016, del Tribunal Supremo español, disponible en <https://www.supremo.vlex.es>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 12 de abril de 2016, del Tribunal Supremo español, disponible en <https://www.supremo.vlex.es>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 21 de diciembre de 2016, del Tribunal Supremo español, disponible en <https://supremo.vlex.es>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 10 de enero de 2018, del Tribunal Supremo español, disponible en <https://www.supremo.vlex.es>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 17 de enero de 2018, del Tribunal Supremo español, disponible en <https://supremo.vlex.es>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia no. 3154, de 14 de septiembre de 2018, del Tribunal Supremo español, disponible en <https://www.supremo.vlex.es>, consultado el 10 de enero de 2019.

Sentencia de 11 de marzo de 2003, de la Audiencia Pública de Sevilla, disponible en <http://laadministraciondial.inap.es/>, consultado el 15 de octubre del año 2018.

Sentencia de 18 de marzo de 2003, de la Audiencia Pública de Zaragoza, disponible en <http://laadministraciondial.inap.es/>, consultado el 15 de octubre del año 2018.

Sentencia de 28 de mayo de 2003, de la Audiencia Pública de Alicante, disponible en <http://laadministraciondial.inap.es/>, consultado el 15 de octubre del año 2018.

Sentencia de 3 de marzo de 2004, de la Audiencia Pública de Valencia, disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultado el 15 de octubre del año 2018.

Sentencia de 1 de junio de 2004, de la Audiencia Pública de Lleida, disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultado el 15 de octubre del año 2018.

Sentencia de 31 de mayo del 2012, de la Audiencia Pública Lleida, disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultado el 15 de octubre del año 2018.

Sentencia de 10 de diciembre de 2012, de la Audiencia Pública de Navarra, disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 19 de octubre de 2013, de la Audiencia Pública Coruña, disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultado el 15 de octubre del año 2018.

Sentencia de 3 de octubre de 2014, de la Audiencia Pública de Girona, disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 26 de marzo de 2015, de la Audiencia Pública de Barcelona, disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultada el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 13 de abril de 2015, de la Audiencia Pública de Navarra, disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 21 de octubre de 2015, de la Audiencia Pública de Valencia, disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultado el 28 de octubre de 2018.

Sentencia de 24 de octubre de 2015, de la Audiencia Pública de Valencia, disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultado el 28 de octubre de 2018.

Sentencia de 21 de enero de 2016, de la Audiencia Pública de Navarra, disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 16 de marzo de 2016, de la Audiencia Pública de Lérida, disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 6 de abril del año 2016, de la Audiencia Pública de Barcelona, disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 8 de abril de 2016, de la Audiencia Pública Tarragona, disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultado el 15 de octubre de 2018.

Sentencia de 5 de octubre de 2017, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, disponible en <http://laadministracionaldia.inap.es/>, consultado el 28 de octubre de 2018.

Sentencia de 28 de junio de 2010, del Juzgado de Familia no. 4 de Córdoba, disponible en <http://www.poderjudicial.es>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia de 29 de marzo de 2012, del Tribunal Colegiado de Familia no. 4 de Rosario, Argentina, disponible en <http://www.csjn.gov.ar>, consultado el 12 de octubre de 2017.

Sentencia de 26 de mayo de 2013, del Tribunal Colegiado de Familia no. 4 de Rosario, Argentina, disponible en <http://www.csjn.gov.ar>, consultado el 2 de noviembre de 2018.

Sentencia de 30 de julio de 2013, de la Cámara de Apelaciones de Río Grande - Sala Civil, Comercial y del Trabajo, disponible en <http://www.csjn.gov.ar>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia de 1 de julio de 2015, del Juzgado de Familia de Bariloche, Argentina, disponible en <http://www.csjn.gov.ar>, consultado el 12 de octubre de 2017.

Sentencia de 29 de noviembre de 2016, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, disponible en <http://www.csjn.gov.ar>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia de 10 de abril de 2017, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Argentina, disponible en <http://www.csjn.gov.ar>, consultado el 12 de octubre de 2017.

Sentencia de 13 de junio de 2017, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Argentina, disponible en <http://www.csjn.gov.ar>, consultado el 2 de noviembre de 2018.

Auto de 9 de agosto del año 2017, del Juzgado de primera instancia en lo civil, comercial y de familia de primera nominación en la ciudad de Río Tercero, publicado en *Boletín digital judicial*, no. 31, de 20 de octubre del año 2017, sobre jurisprudencia actualizada en materia de familias, disponible en https://www.imprentanacional.go.cr/pub-boletin/2017/02/bol_20_02_2017.pdf, consultado el 25 de febrero de 2019.

Sentencia de 12 de octubre de 2017, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial de Neuquén, disponible en <http://www.csjn.gov.ar>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia de 24 de noviembre de 2017, del Juzgado de Familia no. 2 de Mar del Plata, Argentina, disponible en *La Ley Online*, cita online: AR/JUR/103023/2017, consultado el 15 de julio de 2019.

Sentencia de 12 de marzo de 2019, Quinta Cámara de Derecho Civil, disponible en <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia>, consultado el 21 de julio de 2019.

Sentencia de 4 de julio de 2014, del Tribunal de Justicia de Minas de Gerais, disponible en <http://portal.stj.jus.br>, consultado el 26 de febrero de 2016.

Sentencia de 27 de mayo de 2013, de la Sala VI del Tribunal de Familia de Jujuy (San Salvador), disponible en <https://es.slideshare.net/ninanor2003/impugnacion-depaternidadsentencia-tribunal-de-familia-san-salvador-de-jujuy-jujuy-28-de-mayo-de-2015>, consultado el 12 de octubre de 2017.

Producción científica de la autora:

MÉNDEZ TRUJILLO, Iris M., "Visión sociojurídica de la familia ensamblada en Cuba", en *Revista Crítica de Derecho Privado*, no. 12, volumen 2, La Ley, Uruguay, 2015, pp. 799-814.

_____, “Consideraciones sobre la guarda y cuidado en la familia ensamblada cubana”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, no. 13, La Ley, Uruguay, 2016, pp.769-796.

_____, “El progenitor afín en la familia ensamblada cubana”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, no.14, La Ley, Uruguay, 2017, pp. 1219-1235.

_____, “De la patria potestad a la responsabilidad parental”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, no. 15, La Ley, Uruguay, 2018, pp.975-992.

_____, “La familia ensamblada en Cuba: especial referencia a la guarda y cuidado de los menores”, en *Revista de Derecho de familia y de las personas*, año XI, no. 05, junio 2019, Thomson Reuters La Ley, pp.27-42.

ANEXOS

Anexo 1. Guía para el análisis de documentos

UNIDADES DE MEDIDA	CATEGORIAS
Guarda y cuidado	<ul style="list-style-type: none">• Convivencia familiar• Relaciones afectivas• Participación del padre/madre afín en la crianza del menor de edad• Participación del progenitor no guardador• Criterios del menor en relación con sus vínculos con el padre/madre afín
Régimen de comunicación	<ul style="list-style-type: none">• Convivencia familiar• Presencia de hermanos nacidos en el seno familiar

En la revisión documental que realiza la investigadora, en ocasiones es elemental organizarlo en virtud de la aplicación de determinados criterios, que constituyen la base sociojurídica en que se sustentan las categorías antes relacionadas y, por consiguiente, ofrecen una concreción en cuanto a la unidad de medida señalada.

Para responder al problema científico y los objetivos generales y específicos de la investigación, ha sido esencial revisar y analizar la protección que desde los distintos órganos judiciales se le ha ofrecido al ensamble familiar como modalidad frecuente en la sociedad contemporánea, así como las decisiones que en materia de aplicación de la Convención de los derechos del niño se han adoptado; todo ello para responder a tres objetivos fundamentales: por una parte, demostrar que la actuación del padre/madre afín en el seno familiar ensamblado no sustituye a los progenitores, sino que su función se deriva de su condición de cónyuge o pareja de hecho del progenitor guardador, de ahí que al asumir la guarda y cuidado esta tenga un carácter complementario o de delegación subsidiaria; por otra parte, para demostrar que es beneficioso para los niños, las niñas y los adolescentes sostener comunicación con quien ha sido su padre/madre afín al extinguirse la familia ensamblada en que ha convivido.

Se determinó como universo documental todos a los que esta investigadora tuviese acceso, aplicándose la técnica de revisión a los que han constituido una fuente primaria de información, y en tal sentido abordan la tipicidad de la familia ensamblada y la función del padre/madre afín, los que en relación con nuestro

tópico, serán aquellos trabajos relativos directamente al tema, ya sea desde la esfera jurídica, sociológica, antropológica o psicológica.

En segundo lugar, se han analizado la función de la guarda y cuidado y el régimen de comunicación en el seno familiar ensamblado y la posibilidad de la concesión al padre/madre afín, en virtud del cumplimiento de determinadas categorías que han sido antes señaladas, las cuales inciden directamente en estas funciones como criterios de medida y que no poseen un carácter excluyente.

En tercer y último lugar, se ha realizado un análisis documental encaminado a estudiar la valoración de la socioafectividad como eje esencial del éxito familiar ensamblado y la aplicación del principio del interés superior del niño ante el arribo de decisiones judiciales y notariales de esta naturaleza.

Anexo 2. Encuesta a familias ensambladas

Califica como encuesta semiestructurada o mixta. Se encuestaron a los miembros de las 92 familias encontradas, aplicando la técnica de bola de nieve y por consiguiente con disposición de participar en la investigación. En este caso, 90 comprendieron a progenitores guardadores femeninos (97.8%) que conviven en una familia ensamblada y 2 a progenitores guardadores masculinos (2.2%); el tiempo de convivencia comprendió un rango de 3 a 27 años.

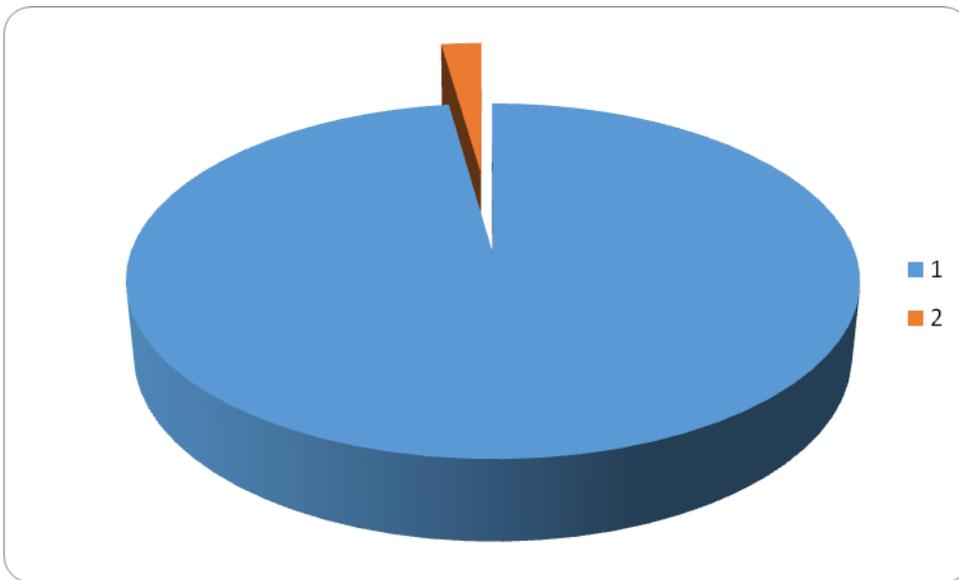


Grafico 1. Representación porcentual de la distribución de las familias en atención a los progenitores guardadores.

Leyenda: 1-Progenitora guardadora
2- Progenitor guardador

Anexo 3. Cuestionario a progenitores biológicos que conviven en una familia ensamblada (90 madres y dos padres)

Rol parental que desempeña: madre ___ padre___

Tiempo de convivencia entre usted y su actual cónyuge_____

Guía de preguntas:

1. ¿Cómo se desarrollan las relaciones afectivas entre ustedes como familia, incluyendo a su pareja actual?
2. ¿Cómo contribuye su pareja en la educación, manutención, disciplina y cuidados cotidianos de su hijo?
3. ¿En qué medida su pareja apoya o 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? ¿Por qué?
5. ¿En caso de necesidad, Ud. confió o confiaría el cuidado de su hijo a su pareja? ¿Por qué?

Anexo 4. Cuestionario a padre/madre afín (90 padres y 2 madres)

Rol parental que desempeña: madre afín ___ padre afín ___

Tiempo de convivencia entre usted y su actual cónyuge_____

Guía de preguntas:

1. ¿Cómo se desarrollan sus relaciones con su hijo afín (hijastro-a)?
2. ¿Cómo lo consideras con respecto a las relaciones que sostienen entre Uds.?
3. ¿Existe un clima de confianza y respeto entre Uds. y cuánto tardó en sentir que existe ese clima?
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? ¿Cuáles?
6. ¿Cómo se siente Ud. 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?

Anexo 5. Cuestionario a los hijos afines (67 familias con 1 hijo, 24 con 2 hijos y 1 con 3 hijos para un total de 118)

Convive con su: ___ Madre y esposo (padre afín) ___ padre y esposa (madre afín)

Guía de preguntas:

1. ¿Cómo considera que son sus relaciones cotidianas con su madre/ padre afín? ¿Por qué?
2. ¿Cómo considera a su padre/madre afín?
___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 habitualmente?
4. ¿Cómo has vivido la relación de tu mamá/papá con su nuevo esposo?
5. Cuando estoy con mamá o papá y su pareja, ¿cómo te sientes?:
___feliz, en familia
___neutral, ni muy triste ni muy contento
___que no encajo bien
___que me falta alguien
___extraño, incómodo, estresado o rechazado.

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

Anexo 6. Tabulación de las respuestas ofrecidas por los miembros de las familias

Respuestas de los progenitores guardadores en familia ensamblada

Preg.	opcional		Ponderación
	sí	no	
1	-	-	En general, predominan las buenas relaciones afectivas y solo un 18.5 % (17 casos) reconoce la existencia de algún tipo de diferencias.
2	-	-	El 100% asegura es positiva y el 32.6% (30) le da igual valor que al biológico.
3	-	-	Los calificativos son de bien-excelente en el 100%.
4	100%	-	Ello lo asocian a las buenas relaciones, el afecto, el respeto, la comprensión, la armonía y la unidad.
5	88.1%	11.9%	Hay que resaltar que exactamente se expresa dudas en los 11 casos y ello concuerda con hijas hembras con periodos de convivencia entre 3 y 7 años.

Respuestas de los padre/madre afines

Preg.	opcional		Ponderación
	sí	no	
1	-	-	En general, predominan las buenas relaciones (55.5% las califican de bien, 11.1% de muy buena y 22.2 % de excelente).
2	-	-	Los calificativos son todos positivos (padre-hijo, familiares, excepcionales, etcétera).
3	100%	-	Todos los casos reconocen un clima de confianza y respeto; pero hay discrepancias en la temporalidad, a lo que refieren el día a día, así como la llegada a la familia en la primera infancia de los hijos afines y solo 22.2 % considera haberlo resuelto pasados 3-5 años de convivencia.
4	-	-	En todos los casos se refieren a la alimentación, vestimenta y calzado, acompañamiento en las actividades académicas y de descanso, etcétera.
5		100%	Ninguno reconoce el establecimiento de límites o medidas por los padres biológicos en las relaciones con los hijos afines.
6	-	-	El 88% reconoce el sentido de pertenencia a su familia, 78.3% que existen verdaderos lazos de unión sentimental, el 50% reconoce el respeto de ambos y como otros sentimientos se expresan la seguridad, el apoyo y sentirse acompañado.

Respuestas de los hijos afines

Preg.	opcional		Ponderación
	sí	no	
1	-	-	Predominan los calificativos de bien y muy bien, incluso un caso como las mejores. Un solo caso reconoce la existencia de diferencias no antagónicas.
2	-	-	El 66.7% le considera como segundo padre y el 33.3% como un miembro querido de la familia.
3	-	-	Hay coincidencia de colaboración en todas la funciones que se requieren (manutención, salud, atención escolar, etcétera).
4			Aseguran haber vivido la relación con el padre/madre afín en el 55.65% de los casos como un padre o madre, el 11.1% le califica como satisfactoria y el 22.2% distingue que en el inicio hubo dificultad.
5			El 100% concuerda en que se sienten felices, en familia. Ellos agregan el deseo de su sostenimiento, que sea eterna, exclusiva, que siga mejorando, con más confianza, etcétera.

Anexo 7. Discusión en grupos de enfoque con operadores del Derecho

Desde la década de 1980, su uso se extendió a la salud, la familia, la educación, la conducta sexual, etc. Es un marco para captar las representaciones de diferente tipo, dominantes en un determinado estrato, clase, etcétera.

Conversación, discusión semiestructurada conducida por un moderador que se apoya en un guion o manual flexible de preguntas y tópicos, sobre un determinado tema, en un grupo homogéneo y pequeño de personas. Está soportado en el principio de la complementariedad y la validación del conocimiento se alcanza a través de la construcción del consenso.

Fases del grupo focal o entrevista colectiva

1. Diseño: El muestreo es de utilidad. En este caso, los segmentos de los operadores del Derecho con mayor información sobre el problema objeto de estudio.
2. La formación del grupo: En atención a los grupos de población informados sobre el tema y cuya participación resulta significativa para el problema investigado. Se considera la heterogeneidad entre los grupos, ya que aporta la necesaria diferencia de perspectivas; pero la homogeneidad entre los miembros de cada uno de ellos asegura la interacción y la simetría de la comunicación.

En atención a ello, se consideraron grupos con visiones distintas sobre el problema (guarda y cuidado, régimen de comunicación). También se tuvo en cuenta la disposición a colaborar, el grado de compromiso con la tarea, la experiencia acumulada y facilidad de comunicación.

El número adecuado de participantes por grupo varía de un autor a otro y en este caso se consideró oportuna una composición desde 5 a 12 participantes, por ser la más socorrida en estos casos, con un grupo por operadores del Derecho civil y de familia (notarios, abogados, fiscales y jueces), resultando un total de cuatro grupos e igual número de entrevistas grupales.

3. El funcionamiento del grupo: Se consideraron espacios confortables y el horario de la mañana para la actividad. Cada discusión comprendió tres momentos: introducción o apertura, discusión de los temas y cierre. La conducción estuvo a cargo de un equipo de investigadores que comprendió a una coordinadora o moderadora (la autora) y un relator. Se realizó una sesión de trabajo con cada grupo (4).
4. El análisis o interpretación del discurso del grupo: El primer análisis se orientó al interior de cada grupo, para después identificar los elementos comunes y las diferencias entre los discursos de ambos grupos de igual

tipo y elaborar los informes por clases, a saber: notarios, abogados, fiscales y jueces. Al analizar los contenidos se realizó la categorización y codificación, en congruencia con los objetivos de estudio y la contextualización de los tipos de discursos. Finalmente, se elabora un informe que contiene las similitudes; al tiempo que las diversas posiciones respecto a los tópicos estudiados y el consenso logrado en determinados temas.

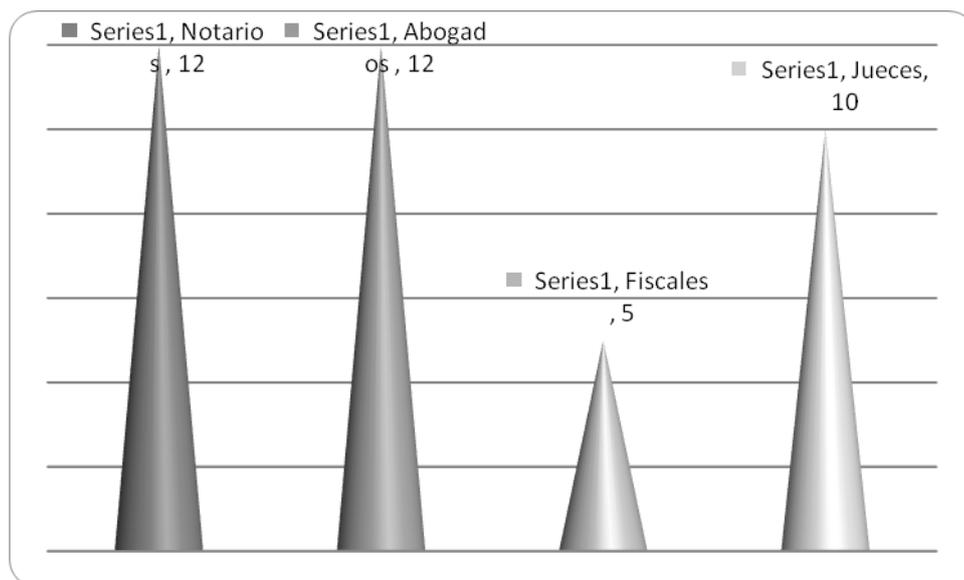


Gráfico 2. Composición numérica por grupos de enfoque.

Anexo 8. Guion de tópicos para el trabajo con los grupos de enfoque (operadores del Derecho civil y de familia)

- Existencia de la familia ensamblada en la sociedad cubana actual.
- Protección constitucional de la tipología familiar en estudio.
- Posición del padre/madre afín en el seno familiar ensamblado.
- Función de guardador del padre/madre afín.
- Postulados fácticos para la valoración de la concesión de la función de guardado del padre/madre afín.
- Valorar término de convivencia familiar en el ensamble para asumir la postura de guardador.
- Posibilidad de comunicación del menor de edad con quien fue padre/madre afín al extinguirse el ensamble.
- Instrumentación de los acuerdos parentales por vía judicial y notarial.
- Participación del fiscal en ambas vías de instrumentación.

Anexo 9. Consenso de los grupos de enfoque

Tópicos	Consenso de notarios, abogados, fiscales y jueces
Existencia de la familia ensamblada en la sociedad cubana actual	La familia ensamblada es muy común en la sociedad cubana actual, ello viene dado por el alto índice de divorcialidad que existe, la independencia económica de la mujer y la constante migración la población cubana.
Protección constitucional de la tipología familiar en estudio	Según el nuevo texto constitucional, cualquier modalidad familiar tiene protección legal, de ahí que consideren real este amparo.
Posición del padre/madre afín en el seno familiar ensamblado	De complemento, de colaboración, de auxilio, de apoyo; abarca el contenido personal de la patria potestad, pero no la representación legal del menor de edad.
Función de guardador del padre/madre afín	El padre/madre afín puede asumir la función de guardador de manera temporal y excepcionalmente.
Postulados fácticos para la valoración de la concesión de la función de guardado del padre/madre afín	Se impone una convivencia estable de carácter afectiva, siempre que el padre/madre afín participe en la crianza del menor y los progenitores estén imposibilitados de asumir temporalmente la función de guarda; además, el menor de edad debe manifestar su criterio al respecto.
Valorar término de convivencia familiar en el ensamble para asumir la postura de guardador	Se impone no fijar un término de convivencia familiar en tanto cada familia tiene sus propias particularidades y sujetaría la decisión a un momento concreto.
Posibilidad de comunicación del menor de edad con quien fue padre/madre afín al extinguirse el ensamble	Siempre que se demuestre un interés legítimo y usando las distintas variantes que existen en la actualidad para que las personas se comuniquen.
Instrumentación de los acuerdos parentales por vía judicial y notarial.	Se pueden utilizar ambas vías en virtud del caso en concreto y de la protección que la decisión que en su día se asuma le brinde a los intereses de los menores sobre los que versa el asunto.
Participación del fiscal en ambas vías de instrumentación	El fiscal está obligado a participar en asuntos de esta naturaleza en las dos vías dada su función social.

Anexo 10. Entrevista a informantes claves

El muestreo en este caso es de tipo no probabilístico, por conveniencia, y ello comprendió la selección por parte de la autora y su tutor de las personas que disponen de información pertinente y relevante, con posibilidades de poder acceder a ellos y con disposición para hacerlo.

Nº	Nombre y apellidos	Generales
1	Patricia Arés Muzio	Doctora en Ciencias Psicológicas, Profesora Titular de la Facultad de Psicología de la UH, coordina consulta de psicología familiar.
2	Ana María Álvarez-Tabío Albo	Doctora en Ciencias Jurídicas, Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la UH, asesora jurídica.
3	Silvia Díaz Alabart	Doctora en Ciencias Jurídicas, Profesora Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, España.
4	María Patricia Represa Polo	Doctora en Ciencias Jurídicas, Profesora contratada de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, España.
5	Gloria Díaz Pardo	Doctora en Ciencias Jurídicas, Profesora Titular interna de Derecho Civil de la Universidad del Rey Juan Carlos de Madrid, España.
6	María del Mar Heras Hernández	Doctora en Ciencias Jurídicas, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad del Rey Juan Carlos de Madrid, España.
7	Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla	Doctor en Ciencias Jurídicas, Profesor Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla, España.
8	Esther Farnós i Amorós	Doctora en Ciencias Jurídicas, Profesora Lectora a tiempo completo de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España.
9	Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Mendoza, Argentina. Profesora Emérita de la Universidad de Mendoza, Argentina y <i>Honoris Causa</i> por varias universidades de América y de Europa.

Anexo 11. Guía de entrevista a informantes claves de la esfera jurídica

1. Posición del padre/madre afín en el seno familiar ensamblado.
2. Función de guardador del padre/madre afín.
3. Postulados fácticos para la valoración de la concesión de la función de guardado del padre/madre afín.
4. ¿Se deben configurar todos los presupuestos para decidir sobre la concesión de la custodia a favor del padre/madre afín?
5. Valorar término mínimo de convivencia familiar en el ensamble para que el padre/madre afín asuma la postura de guardador.
6. Ante la negativa infundada del progenitor no guardador, ¿podría el tribunal decidir a favor de la concesión de guarda al padre/madre afín?
7. ¿Cómo apreciar una extralimitación de las facultades de guardador concedidas al padre/madre afín?
8. Valorar la concesión de la guarda del menor de edad al padre/madre afín que conviven en unión de hecho, a pesar de que en Cuba no obra regulación legal de la misma.
9. Ante la concesión de la guarda a favor del padre/madre afín, ¿puede este representar legalmente al menor?
10. Posibilidad de comunicación del menor de edad con quien fue padre/madre afín al extinguirse el ensamble.
11. Instrumentación de los acuerdos parentales por vía judicial y notarial.
12. Participación del fiscal en ambas vías de instrumentación.

Anexo 12. Resumen de las opiniones aportadas por los informantes claves

Nº	Tópicos	Resumen de las consideraciones
1	Posición del padre/madre afín en el seno familiar ensamblado	El padre/madre afín desempeña un papel fundamental en el bienestar y protección del menor en el seno de la nueva familia, siempre que mantenga una convivencia afectiva, idónea y duradera con el menor de edad y esté involucrado de forma efectiva en la prestación de cuidados, atención y educación de este. Desempeña, además, un papel esencial en la estabilidad emocional y afectiva del menor de edad.
2	Función de guardador del padre/madre afín	El padre/madre afín puede asumir la función de guardador de manera temporal y excepcionalmente. Puede ser de carácter complementario, compartida con el progenitor custodio del menor de edad con quien convive, fundamentada en el principio de corresponsabilidad en relación con las personas que tienen a su cargo, extensible a sus respectivas parejas. Puede ser colaborativa o de apoyo y sustitutiva o en defecto de la ejercida por el progenitor custodio. Podrá ser temporal ante la imposibilidad momentánea de la prestación de cuidados por parte de la madre o el padre que presta los cuidados al menor. La atribución de la funciones de guarda a favor del padre/madre afín en estos casos puede considerarse como un mecanismo legal necesario para prevenir situaciones de riesgo o desprotección del menor.
3	Postulados fácticos para la valoración de la concesión de la función de guardado del padre/madre afín	<ul style="list-style-type: none"> -Convivencia estable, idónea y efectiva con el padre/madre afín, incluidos los hermanos del menor, de padre o madre, en la que se fundamenta la existencia de un vínculo pseudo-parental que legitima dicha atribución, en interés exclusivo del menor. -Atribución <i>ex voluntate</i> o por acuerdo entre todos los miembros de la familia responsables del bienestar del menor. Se trataría de custodias atribuidas a favor del "padre/madre afín", en las que concurre el consentimiento de ambos progenitores; del padre/madre afín y del menor con suficiente juicio. -El bienestar y la protección del menor en virtud del principio de su interés. -El criterio del menor haciendo uso de su capacidad progresiva. -El consentimiento del progenitor no guardador. -El cumplimiento por el padre/madre afín de las funciones habituales atribuidas al padre. El cumplimiento de <i>facto</i> de estas funciones es un presupuesto determinante para valorar la atribución legal de las funciones de atención y cuidados hacia el menor con quien convive. Tal circunstancia demostraría tanto la idoneidad para el ejercicio de estas funciones como su voluntad de involucrarse en la vida del menor. -La relación que el menor mantiene con los hijos del padre/madre afín o con sus propios "hermanastros", como elemento que demuestra el nivel de integración del menor con otros miembros de la familia ensamblada. -El que el menor no quede en situación de desamparo o en situación de riesgo ante la imposibilidad fáctica de la prestación de cuidados por parte de la madre o del padre y ante la dejación o imposibilidad de prestación de cuidados por parte del progenitor no custodio.
4	¿Se deben configurar todos los presupuestos para decidir sobre la concesión de la custodia a favor del padre/madre afín?	De manera general se concluye que los presupuestos no son excluyentes, la valoración de ellos depende del caso en concreto que se resuelva.

5	Valorar término mínimo de convivencia familiar en el ensamble para que el padre/madre afín asuma la postura de guardador.	No es necesario fijar legalmente un plazo mínimo de convivencia, –a modo de <i>conditio iuris</i> – para atribuir facultades de guarda sobre el menor de edad.
6	Ante la negativa infundada del progenitor no guardador, ¿podría el tribunal decidir a favor de la concesión de guarda al padre/madre afín?	Todos los profesionales respondieron afirmativamente. La negativa infundada a ocuparse de un hijo no debería ser un criterio determinante o exclusivo para atribuir la guarda al padre/madre afín, sino que deberían concurrir otros elementos, valoradas las circunstancias concretas del menor y el contexto socioafectivo en el que vive. Además, puede pensarse que este tipo de resoluciones pueden promover la dejación de los deberes paterno-filiales, de manera fraudulenta, delegando la guarda de los hijos a favor de la pareja del padre o la madre.
7	¿Cómo apreciar una extralimitación de las facultades de guardador concedidas al padre/madre afín?	Las funciones del padre/madre afín deberían ceñirse legalmente al ámbito personal del menor, nunca a la esfera patrimonial, salvo que la intervención tenga poca relevancia económica. Tampoco puede tomar decisiones relevantes a nivel personal o familiar del menor, reservadas, exclusivamente, a los padres, de forma conjunta o individual. Cualquier actividad fuera de este contexto tendría la consideración de una extralimitación. Pues bien, una vez delimitadas legalmente las facultades y ámbito de actuación del padre/madre afín, la extralimitación debería ser apreciada judicialmente, correspondiendo poner en conocimiento del órgano judicial a cualquiera de los progenitores y al propio menor.
8	Valorar la concesión de la guarda del menor de edad al padre/madre afín que conviven en unión de hecho a pesar de que en Cuba no obra regulación legal de la misma	El hecho de que la familia ensamblada conviva en unión de hecho no incide en la posibilidad de concederle al padre/madre afín la guarda del menor de edad, siempre que concurren los presupuestos alegados y la decisión que se tome responda al principio del interés superior del niño.
9	Ante la concesión de la guarda a favor del padre/madre afín, ¿puede este representar legalmente al menor?	No pueden atribuírsele la representación legal, ni tampoco la administración legal de los bienes del menor, correspondiendo exclusivamente a los titulares de la patria potestad. Las funciones del “padre/madre afín” deberán ceñirse al ámbito estrictamente personal: prestación de cuidados, asistencia, atención y cuestiones relativas a su educación. Tampoco puede tomar decisiones relevantes, salvo las urgentes.
10	Posibilidad de comunicación del menor de edad con quien fue padre/madre afín al extinguirse el ensamble	Siempre que se demuestre un interés legítimo y usando las distintas variantes que existen en la actualidad para que las personas se comuniquen.
11	Instrumentación de los acuerdos parentales por vía judicial y notarial	Se pueden utilizar ambas vías en virtud del caso en concreto y de la protección que la decisión que en su día se asuma le brinde a los intereses de los menores sobre los que versa el asunto.
12	Participación del fiscal en ambas vías de instrumentación	El fiscal está obligado a participar en asuntos de esta naturaleza en las dos vías dada su función social.

Anexo 13. Guía de entrevista a informante clave de la esfera psicológica

1. ¿Cuáles son los elementos que evidencian la existencia de los lazos socioafectivos entre el padre/madre afín y el menor en la familia ensamblada?
2. ¿Se requiere algún término para la formación de esos lazos afectivos?
3. Dada su experiencia laboral, ¿ha tenido casos en que han surgido trastornos en los menores de edad al ocurrir la separación del padre/madre afín?
4. ¿Considera Ud. que la existencia de hermanos en el seno familiar ensamblado fortalece las relaciones familiares?