

**INFLUENCIA EN EL AMBITO JUDICIAL
DE LA REGULACIÓN DE LA GUARDA
Y CUIDADO Y SUS NUEVAS TENDENCIAS CONTEMPORANEAS**

Lic: Lisandra Suárez Fernández

*Universidad de Matanzas “Camilo Cienfuegos”, Vía Blanca
Km.3, Matanzas, Cuba.*

Resumen.

La ponencia que se somete a su consideración se centrará especialmente en el tema de la guarda y cuidado y el régimen de comunicación en Cuba, una vez consolidado el divorcio entre los padres del menor. Se aportan elementos que a criterio de la autora servirán de apoyo al momento del ejercicio de la jurisdicción para quienes tiene a su cargo la labor tuitiva así como para los abogados en su desempeño de asesorar a sus clientes en la realización de sus

pretensiones, ateniéndonos en todo momento a las nuevas transformaciones que experimenta la familia cubana y en respeto pleno al interés superior del niño.

Palabras claves: Derecho, familia, guarda y cuidado, divorcio, patria potestad.

INTRODUCCION

A finales del siglo XIX y principios de XX las Ciencias Sociales en general comienzan a integrar el objeto familia en la necesaria explicación de la organización social, otorgándole una dimensión temporal y genealógica vertical a la vez que horizontal desde el punto de vista relacional entre los individuos de una comunidad. Esta concepción fue una de las aportaciones más notables de los últimos tiempos para las Ciencias Sociales, demostrando la

necesidad de una concepción interdisciplinaria del objeto familia aún y cuando experimenta una evolución propia desde cada ciencia.

El matrimonio como uno de los procesos familiares de formación trae como consecuencia lógica la existencia de otro proceso, que una vez extintas las motivaciones que la hicieron surgir, permita su disolución, que se logra clásica y legalmente por medio del divorcio. El sentido elemental de este proceso desde sus inicios es disolver un vínculo matrimonial anterior en el tiempo. Sin embargo este proceso se complejiza una vez que existe hijos menores comunes entre los cónyuges.

En Cuba, a razón de los cambios económicos –políticos y sociales después del año cincuenta se experimentaron cambios en la estructura y funcionamiento de las familias. Uno de los cambios más evidentes es el incremento de los divorcios y separaciones de parejas de hecho, que a consideración de la autora ha tenido repercusión en los menores de las últimas generaciones, que han sido protagonistas de una crianza con ausencia o poca identificación con la figura paterna.

Estas nuevas circunstancias trascienden evidentemente al Derecho, no solo al Derecho de Familia sino también al Derecho Procesal como rama que contiene un procedimiento que permite separa el vinculo conyugal pero que además exige un pronunciamiento sobre elementos que regularan en lo adelante las relaciones paterno – filiares.

Esta ponencia se centrará especialmente en el tema de la guarda y cuidado y el régimen de comunicación, aportando elementos que en criterio de la autora servirán de apoyo al momento del ejercicio de la jurisdicción por parte de quienes tiene a su cargo la labor tuitiva acorde a las nuevas transformaciones que experimenta la familia cubana y en respeto pleno al interés superior del niño.

DESARROLLO

Existen en Cuba dos vías para llevar a efecto el divorcio legalmente. Este puede materializarse bien mediante un proceso de divorcio por justa causa ante el órgano judicial o en sede notarial (Cfr. Artículo 1, Decreto –Ley Numero 154 Del Divorcio Notarial) en sustitución del procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo en el Tribunal)

Ambos procedimientos exigen un pronunciamiento sobre determinados extremos cuando existe hijo menor de edad, fruto de la unión que se pretende disolver, tales como: patria potestad, guarda y cuidado, régimen de comunicación y pensión alimenticia.

Tanto los escritos polémicos como la sentencia y escritura notarial de divorcio, regulados estos últimos como elementos que extinguen el vínculo matrimonial en el artículo 43.4 del Código de Familia, están conminados por ley a disponer como quedarán instituidas para los padres estas obligaciones.

La formulación de la demanda en el procedimiento especial del divorcio por justa causa debe contener las propuestas por otrosí de las medidas provisionales que a consideración del promovente, deben adoptarse en relación con los elementos señalados, quedando en expresión de la función tuitiva asegurada, la situación jurídica de los hijos menores, mediante las medidas provisionales que se acuerden por el Tribunal sin que puedan en ningún caso solicitarse de forma previa a la demanda.

Nuestro ordenamiento procesal no contiene procedimientos especiales propios que resuelvan sobre las relaciones paterno-filiales respecto a hijos menores cuyos progenitores no acceden al divorcio. En estos casos al igual que en el supuesto de reconocimiento de unión no formalizada o el matrimonio putativo estos elementos se establecen acudiendo a distintos procedimientos que sin ser propiamente dirigidos a este tipo de pretensión lo permiten legalmente, pudiéndose mencionar en con apoyo de los criterios de la Dra. Mugarra los siguientes : (Velazco, 2006):

- a) El juicio de alimentos provisionales (sumario especial).
- b) El juicio sumario previsto para las demandas cuyas cuantías no excedan de mil pesos y para otras cuestiones que no tienen especial tramitación aplicable a los conflictos en torno al ejercicio de la patria potestad (art. 358-2 LPCAL). Mediante este procedimiento se conocen y resuelven las pretensiones sobre guarda y cuidado y régimen de comunicación de los hijos menores cuyos progenitores no acceden al procedimiento de divorcio. No se pueden adoptar medidas previas, ni medidas provisionales con lo cual la situación jurídica del niño no se resuelve hasta la culminación del proceso.
- c) El juicio ordinario para la privación o suspensión de la patria potestad y en su caso para determinar la representación legal de los menores, guarda y cuidado, pensión alimenticia y régimen de comunicación entre padres e hijos (art. 97 CF).

- d) El procedimiento incidental se utiliza para solicitar la modificación de lo dispuesto por sentencia en un juicio principal únicamente en lo referido a guarda y cuidado, pensión alimenticia y régimen de comunicación.

Aun cuando legalmente están concebidos los mecanismos para mantener un vínculo de los padres con sus descendientes aun después de que no persista el vínculo conyugal y no vivan por regla general bajo el mismo techo no se ha logrado que se integren ambos progenitores al proceso de formación del menor.

En la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia la Dr. Olga Mesa Castillo refirió que aunque el Código de Familia cubano fue uno de los más avanzados de su época, cuando se promulgó en 1975 hoy, a 31 años de decretado se ha quedado a la zaga de una serie de corrientes de pensamiento y acontecimientos modernos, por lo que resulta incompleto, generando para la resolución de muchos procesos en materia de familia en la actualidad, que los jueces se remiten a lo legislado, incompleto al fin, o tratan de resolverlo con fórmulas que algunos han ido adaptando para suplir las desactualizaciones del Código de Familia vigente.

Según algunos especialistas entre otros inconvenientes que pudiéramos señalar al procedimiento civil aplicable a los litigios de familia, se destaca la ausencia de un mismo régimen jurídico para la tramitación de las discordias paternos filiales en cualquiera de las situaciones legales en que se encuentren los progenitores, según lo exige la naturaleza de esta materia en la cual priman el principio de igualdad de los hijos y el principio del interés del menor que se oponen al tratamiento diferenciado en vigor.

Nuestros Tribunales al momento de disolver el vínculo marital coinciden plenamente y salvo razón en contrario en reconocer la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad en apego al texto del Código de Familia y el Dictamen No 48 aprobado por el Acuerdo No 453 de 27 de diciembre de 1978 (Se pronuncia sobre la igualdad de derechos y deberes de ambos padres para mantener bajo su protección a los hijos, habidos en matrimonio legal o en unión matrimonial no formalizada).

El ejercicio de la misma contiene aspectos tanto personales como patrimoniales comprendiendo: la guarda y cuidado la educación, la formación la administración y el cuidado de los bienes, además de la representación en todos los actos y negocios jurídicos que correspondan (Velazco , 2008).

Esta concepción repercute en el ámbito procesal, pues aun cuando se asuma por la parte demandada una posición de allanamiento a las medidas provisionales que impliquen la cesión de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad el Tribunal debe dictar resolución judicial desestimando la posición adoptada por ser éste un derecho-deber de los progenitores conforme a Derecho.

Nuestro ordenamiento jurídico no es preciso en cuanto a las circunstancias para la validez de actos realizados por uno solo de los progenitores cuando existe proclamación conjunta de esta institución siendo esto lo que más acontece en la práctica dado la dinámica social y la separación en cuanto a distancia se refiere como consecuencia lógica y por regla general a razón de la separación del vínculo matrimonial. Por tanto queda a la pericia de los órganos jurisdiccionales el pronunciamiento si algún acto realizado en estas circunstancias es impugnado por el progenitor que no ha dado su consentimiento en determinado acto.

La guarda y cuidado es uno de los deberes y facultades de los progenitores entendido como el conjunto de funciones necesarias para el cuidado directo del niño implicando la convivencia y la debida diligencia en su cuidado y protección.

La guarda y cuidado como una de las funciones que comprende el ejercicio de la patria potestad será concedida a uno de los cónyuges según el acuerdo al momento de la disolución del vínculo. En caso de desacuerdo el artículo 89 del Código de Familia se inclina a mantenerla a favor del que viva con el menor en dicho momento.

Este pronunciamiento confía en manos de nuestros jueces una decisión que respondiendo a esta fórmula y a su vez respete el interés supremo del menor evada cualquier actitud impropia por parte de algunos de los padres para la su obtención arbitraria se de el supuesto de que ambos convivan con el menor en el momento señalado.

Si bien es importante delimitar juiciosamente la guarda y cuidado, atención no menos especial merece el régimen de comunicación que en lo adelante normará las relaciones del menor con el progenitor a quien no se ha otorgado la guarda. La medida con que los padres acuerden este extremo permitirá una interrelación favorable en pos de un intercambio de ambos cónyuges en los diferentes espacios de la vida del menor participando en su formación e integrándolo por tanto en sus diferentes aspiraciones futuras.

En materia estrictamente procesal la autora cree apropiado por la relación que mantiene con la guarda y cuidado acotar su apreciación sobre la redacción del artículo 379 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económica vigente que a su vez es

reafirmado por el Dictamen 237 contenido en el Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de 6 de agosto de 1985. Este dictamen estipula que en los procesos especiales de divorcio por mutuo acuerdo o por justa causa la sentencia que declare la disolución del vínculo matrimonial, en relación con la comunicación del padre o madre con los hijos que no queden a su abrigo, los tribunales se atenderán a las convenciones que hayan decidido de común acuerdo, siempre que no vayan contra los principios de la moral socialista, y únicamente fuera de este caso, se regulará dicha comunicación si así lo solicitara alguno de los padres del menor.

Es sabido que en materia de Derecho Procesal impera por regla general el principio dispositivo, es decir, la actuación a instancia de parte en defensa de sus intereses. Sin embargo este artículo confía a la voluntad de las partes el pronunciamiento sobre el régimen de comunicación entre el menor y el padre que no vivirá en lo adelante con él.

Se cree por la ponente que este elemento debe quedar delimitado claramente en la sentencia pudiendo ser discutido por las partes en el proceso pues aunque la redacción del mismo puede basarse en la confianza de una actuación posterior basada en el amor y la comunicación puede también entenderse que sólo si los padres tiene voluntad de una crianza en común se hará este tipo de pronunciamiento. Un acuerdo o discusión procesal de este extremo fomenta un entendimiento oportuno en este extremo dejando al campo posibles asperezas entre los cónyuges que perjudiquen las relaciones paterno filiales posteriores al divorcio.

Un régimen amplio de comunicación no siempre favorece al menor pues siendo este elemento constatado en la multiplicidad de procesos que por la vía de los incidentes aspiran a regular más detalladamente tal elemento.

Las modalidades de guarda y cuidado más comunes para la protección y asistencia de los hijos sujetos a la patria potestad son: guarda unilateral, guarda compartida o alternativa, guarda conjunta, guarda a favor de terceros, incluyendo esta última la que de manera especial se delega en los abuelos.

En Cuba solo cobra virtualidad práctica la primera de las formas señaladas. Aunque no existe prohibición que impida que pueda surgir otra variante del acuerdo de las partes nuestros tribunales no se encuentran en su ejercer cotidiano a este tipo de pedimento. Sin embargo nuestros jueces deben estar al tanto de las particularidades del resto de las tipicidades pues no

están exentos de la posibilidad de este tipo de manifestación de las partes conforme a la evolución de la familia y sus nuevas tendencias contemporáneas.

La guarda unilateral es la más común en principio y la que se solicita y resuelve respectivamente por regla general en nuestro sistema, tradicionalmente a favor de la madre. Este elemento propicia una asimilación casi total de responsabilidades sobre el menor a la madre, asociando la figura paterna al apoyo monetario y momentos de recreo del niño, no favoreciendo el intercambio profundo entre padre e hijo. Esto ha propiciado que los menores asocien la presencia de su padre a la permisibilidad y la madre como la figura impositiva en cuanto a las actividades que requiere hacer el niño. Estos elementos han sido el puntal en que se apoyan algunos especialistas para rebatir la utilización de esta modalidad argumentando la distancia progresiva en las relaciones paterno- filiales de este modelo.

Frente al tradicional modelo unipersonal de la guarda y cuidado de los hijos, predominante pero no privativo del sistema cubano se alza un nuevo modelo sustentado sobre el principio de la coparentalidad o reparto del tiempo de la convivencia, es decir una guarda y cuidado compartida por ambos padres del hijo común.

Se reconocen dos modalidades para esta nueva variante: por una parte, se concreta bajo la forma de una guarda alternada, o sea, cuando el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los padres, según la organización y posibilidades de la familia singular. En la otra modalidad, también conocida como guarda conjunta, el niño reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes al cuidado del hijo (Pérez , 2002).

Ambas modalidades tiene por objeto la participación activa de ambos padres en la formación educativa de los hijos tratando de que el menor se desarrolle bajo las circunstancias más similares a la familia unificada. De esta manera se permite a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes rompiendo con el estereotipo asociado que asigna a cada padre un rol particular en la formación de su prole.

Estas modalidades pueden ser propuestas por las partes o ser el resultado de una decisión jurisdiccional como órgano que pone fin a la litis, debiendo el Tribunal en ocasiones ante el conflicto de los padres en este extremo delimitar y hacer cumplir una decisión que recaerá afectando o favoreciendo el desarrollo de un menor. Debe aclararse que pueden variar las condiciones que dieron lugar a este pronunciamiento por lo que queda siempre la vía e los

incidentes para hacerlas modificar, recayendo únicamente en este caso la motivación de la acción sobre los padres.

Estos modelos permiten y deben ser formados en correspondencia a las condiciones propias de la familia. Teniendo en cuenta la edad del menor y las condiciones objetivas que enfrentan los padres para asumir esta alternativa, no existiendo esquemas repetidos, elemento este a tener en cuenta al momento de intervenir el jurista en su decisión judicial o en su papel de representante de las partes en el proceso de divorcio.

La propuesta de estas modalidades en el régimen de guarda y cuidado es expresión de una manifestación de igualdad entre hombre y mujer, extensivo a una de las instituciones del Derecho de Familia, amparado en el plano normativo internacionalmente en la Declaración de Langedac (Internacionalmente se apoyó esta alternativa en la Conferencia Internacional sobre la Igualdad Parental, celebrada en Langedac (Francia), entre el 25 y 31 de julio de 1999, suscribiéndose en la Conferencia un documento en que se establecen los principios básicos de la custodia compartida) y en el ámbito nacional en la Constitución de la República y el Código de Familia como norma especial en la materia.

Es claro que la guarda y cuidado compartida de los hijos una vez que se consolida el divorcio se presenta como un modelo con mayor coherencia que armoniza el principio igualitario entre los sexos y favorece a la madre eliminando una sobrecarga en su vida cotidiana, reconociéndose como aporte supremo la concepción que aporta al priorizar en primer orden una formación del niño con la acción de ambos progenitores.

Orientar desde la posibilidad que ofrece la ley hacia un actuar conjunto y mancomunado de los padres, entrelaza el interés social que aspira a la mejor formación de las nuevas generaciones y el interés individual de los que integran el núcleo familiar. Significa validar un modelo alternativo, frente a concepciones fuertemente arraigadas en cuanto a los roles al enfrentar la educación de los hijos.

Esta reflexión nos convoca como operadores de la norma a orientar a la sociedad bajo esta concepción traduciendo sus intereses en el proceso en pos de una guarda y cuidado y régimen de comunicación que consolide un intercambio propicio en las relaciones paterno-filiares.

La necesaria preparación en esta materia encuentra sólido fundamento en la ausencia de alguna prohibición expresa e este tipo de alternativas, posiciones totalmente posibles dada la libertad plena en la concepción de esta figura que ofrece nuestra ley pudiéndose invocar por los padres y aprobar en sentencia judicial.

Somos como juristas por tanto, responsables con nuestra intervención en la formación de generaciones, al ofrecer este tipo de alternativa, haciendo reflexionar o mostrando las oportunidades más consecuentes al futuro que se deposita bajo nuestra custodia como máximos exponentes y defensores de la justicia.

Puede decirse que del intercambio sobre el tema con algunos jueces y abogados de la localidad de Matanzas, se puede resumir que los juristas no tiene solidamente la concepción de este tipo de pronunciamiento, dejando a los padres la decisión total del asunto, viéndolo únicamente como un elemento más a tener en cuenta en la sentencia de divorcio conforme a lo que exige la ley.

Esto alerta sobre la necesidad de fomentar un cambio de pensamiento en nuestros estudiantes y letrados que serán los que en un futuro no muy lejano operarán nuestras normas y en especial las contenidas en el nuevo procedimiento familiar con una perspectiva más conciliadora y manteniendo como convicción constante el interés principal del menor.

Como es obvio, marcar los beneficios de la guarda y cuidado compartido no significa apostar a una propuesta fundamentalista pues la conveniencia de un régimen u otro depende de una serie de factores que es necesario tomar en cuenta en cada familia. Seguramente, un padre que durante la convivencia ha participado de manera activa al igual que la madre en el cuidado del hijo, buscará continuar, en tiempos alternados, las tareas propias de la crianza y educación. En otros casos, aún cuando la pareja piense que esta alternativa favorece en mejor medida la socialización del hijo, el sistema puede resultar impracticable, ya sea por la distancia geográfica, cuestiones laborales que imposibilitan asumir un cuidado compartido o falta de vivienda que permita albergar al niño. Aquí aparece la necesidad de apoyos estatales que faciliten la convivencia alternada con los hijos, como también de políticas que permitan conciliar el trabajo con las responsabilidades familiares.

La guarda y cuidado compartida no encuentra antecedentes positivos en materia jurisprudencial. Sin embargo se abre paso en la etapa presente, lo que puede argumentarse mencionando algunos modelos que lo han implementado en el ámbito del Derecho Comparado puede acudir al caso de España que en la reciente ley 15/2005, de 8 de julio, modificó artículo 92 Asimismo se establece que, aún cuando los padres no pidan el ejercicio compartido de la guarda de los hijos, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del

niño (inc.8). Es decir, admite el acuerdo sobre la guarda conjunta con control judicial, pero también el tribunal puede adoptar tal decisión, aún cuando no exista conformidad de ambas partes.

En América Latina, incluyendo el caso de Cuba no se prohíbe en la norma expresamente la guarda y el cuidado compartido de los menores del hijo sin embargo el respetado acuerdo de las partes se inclina a confiarla a la madre.

Otra de las modalidades posibles es la guarda a favor de terceros aun y cuando debe primar la concepción de mantener esta institución en los progenitores. Sin embargo esta opción contiene y permite la entrada de la figura de los abuelos u otro familiar cercano como protagonistas de esta variante. Nuestra ley positiva no permite esta alternativa salvo que circunstancias muy específicas se apliquen al caso.

La riqueza de la vida diaria debe prever este caso dado el papel preponderante que tienen los abuelos en nuestra sociedad incluso por encima de algunos padres. Nos se cuenta en la actualidad con un procedimiento que ampare tal tipo de litigio, situación que se aspira enmendar en la futura reforma del Código de Familia

Conclusiones

Las instituciones del Derecho de Familia en Cuba, no tiene total sustento en las normas de procedimiento vigente, debiendo implementar procedimientos para las diferentes modalidades en que se concibe la separación de la pareja cuando existe un hijo común menor.

Nuestros especialistas deben prepararse para operar con los cambios que se implementarán con el nuevo Código de Familia y con las nuevas modalidades de las instituciones de familia dada la innegable correlación entre el Derecho Material y Procesal.

Las nuevas variantes de la guarda y cuidado abordadas evidencian y fundamentan tal argumento, debiendo ser motivo de estudio para los que ejercen y ejercerán en lo sucesivo el Derecho.

Es apremiante aplicar un mismo régimen jurídico para resolver los conflictos sobre hijos menores en cualquiera de las situaciones legales en que se encuentren sus progenitores. Hasta tanto se modifique la Ley de procedimiento civil con una nueva concepción que facilite trámites en concordancia con la especialidad que exigen las normas jurídico familiares sobre todo aquellas relacionadas con el interés del menor, sería aconsejable flexibilizar la aplicación del procedimiento, con el objetivo de mejorar la intervención judicial en estos casos con la finalidad de atenuar el tratamiento diferenciado que en la vía judicial se da a los hijos menores según la situación jurídica de sus progenitores.

Culmino citando palabras de la distinguida Olga Mesa Castillo “De lo que se trata es que la pareja no se divorcie de sus hijos”, predica una verdad esencial: podrá truncarse la vida amorosa de los padres, pero su unidad como pareja de progenitores constituye un lazo perenne que se inscribe en la continuidad social. Esta idea debe signar nuestra labor abriendo paso a las nuevas modalidades consecuentemente en pos del interés superior del niño como máxima a seguir.

BIBLIOGRAFIA

- Grillo Longoria, R., 2004, *Derecho Procesal Civil, Proceso de Conocimiento y Proceso de Ejecución*, Tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana..
- Pérez Gallardo, L, 2002, *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, documento consultado en formato digital.
- Mesa Castillo, O, 2008, *La familia y el matrimonio en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana(Cuba).

- Velazco Mugarra, M, 2006, *Ineficacia procesal para determinar la situación jurídica de los hijos e hijas menores en la crisis de la pareja de sus progenitores*, IV Conferencia Internacional del Derecho de Familia, Ciudad de La Habana, (Cuba)
- Velazco Mugarra, M, 2008, *La guarda y Cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, Ediciones ONBC, La Habana.(Cuba)
- Vera, A, 2003, *La familia y las Ciencia Sociales*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.(Cuba)

TEXTOS LEGALES

- Constitución de la República de Cuba.
- CODIGO DE FAMILIA
- LPCAL
- Anteproyecto de Reforma del Código de Familia vigente.