



CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS

Premio Anual de la Academia de Ciencias de Cuba, 2020

La guarda y cuidado y el régimen de comunicación de los menores de edad en familias ensambladas. Una propuesta para Cuba

Iris María Méndez Trujillo ^{1*} <https://orcid.org/0000-0003-4537-5984>

Universidad de Matanzas. Matanzas, Cuba

*Autor para la correspondencia: iris.mendez@umcc.cu, irismt67@gmail.com

RESUMEN

Introducción. La guarda y cuidado es la función más dinámica dentro del ejercicio de la patria potestad. Mostrar la posibilidad de esta concesión a favor de los padres/madres afines atendiendo a la aplicación del principio del interés superior del niño y de la protección de las relaciones socioafectivas que surgen en las familias ensambladas, modalidad muy común en nuestra sociedad, y además valorar la posibilidad de que sobre ese mismo basamento se facilite la comunicación entre el hijo y el padre/madre afín al disolverse el enlace familiar ensamblado. **Métodos.** histórico-lógico; teórico-jurídico; exegético-analítico. **Resultados.** Las funciones de guardador del padre/madre afín y la posibilidad de comunicación de este con el hijo afín conforman el contenido personal de la relación de pareja que sostienen los adultos, sea esta formalizada o no, siendo el sustento esencial de estas decisiones la supremacía del afecto en la relación familiar, sentimiento que tiene como componente el compromiso, la dedicación y entrega en la crianza del niño, niña y adolescente y por consiguiente cuando con ella se está garantizando el beneficio que le proporciona a estos; se impone romper con los estigmas sociales que por tantos años han perseguido a los vínculos familiares que surgen en la familia ensamblada y ampliar el diapasón que conforma las relaciones parentales definiendo roles concretos en la figura del padre/madre afín cubano.

The custody and care and the communication regime of minors in assembled families. A proposal for Cuba

ABSTRACT

Introduction. Custody and care are the most dynamic function within the exercise of parental authority. The objective is to show the possibility of this concession in favor of step-parents according to the implementation of the principle of the child's fundamental interest and the protection of socio-affective relationships that emerge in assembled families, a very common type in our society; also to assess the possibility, on the same basis, that communication between child and step-parent would be facilitated when the assembled family bond is dissolved. **Methods.** Logical-historical, theoretical-juridical, exegetical-analytical. **Results.** The step-parent's custody function and the step-child-step-parent possibility of communica-

Palabras clave

guarda; cuidado; comunicación; niños; adolescentes

Keywords

custody; care; communication; children; adolescents



tion make up the personal content of the adult couple relationship, whether formal or not. The basic support for these decisions is the supremacy of affection in the family relationship. This feeling is based on commitment and devotion to the upbringing of the boy, girl, and adolescent, thus ensuring their benefit. The long-standing social bias against assembled families ought to be tackled, thus broadening the spectrum of parental relationships and defining specific roles for the Cuban step-parent.

INTRODUCCIÓN

La guarda y cuidado es la función más dinámica dentro del ejercicio de la patria potestad, está íntimamente relacionada con las funciones de educación, la formación integral, transmisión de valores, alimentación y cuidado inmediato de los hijos, 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”. (1)

Sin embargo, en los últimos años, y excepcionalmente se ha concedido esta función a favor de tercera persona, siendo el objetivo de esta investigación mostrar la posibilidad de esta concesión a favor de los padres/madres afines atendiendo a la aplicación del principio del interés superior del niño y de la protección de las relaciones socioafectivas que surgen en las familias ensambladas, modalidad muy común en nuestra sociedad, y además valorar la posibilidad sobre ese mismo basamento se facilite la comunicación entre el hijo y el padre/madre afín al disolverse el enlace familiar ensamblado.

MÉTODOS

Para la consecución de esta investigación se emplearon los siguientes métodos: el método histórico-lógico, que explica las transformaciones histórico-sociales en que han surgido las familias ensambladas y la revisión de términos familiaristas y actualizarlos con una visión contemporánea, tales como guarda y cuidado, régimen de comunicación y patria potestad indelegable.

El método teórico-jurídico para el análisis crítico de las 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 comunicación a favor del padre/madre afín para la protección de las relaciones familiares socioafectivas y el interés superior de los niños y adolescentes.

El método exegético-analítico, que apoyó la interpretación de la normativa foránea vigente sobre la guarda y cuidado y el régimen de comunicación a favor del padre/madre afín, estableciéndose puntos de similitudes y diferencias entre las legislaciones y haciendo uso del derecho comparado se justi-

preció la posición legal de los distintos países atemperándolas a la realidad familiar cubana.

La valoración de la condición de guardador en la familia ensamblada cubana

La familia ensamblada, vista como la unión formalizada o no de una pareja a la que traen hijos de uniones anteriores o incluso pueden procrear los suyos, es posible encontrarle en una pluralidad de supuestos dentro de la realidad social cubana.

Su diversidad y las carencias de pautas legales que regulen el rol de los padres/madres afines en cuanto a las funciones de guardador son los basamentos que conducen los criterios de selección para la búsqueda de las fuentes consultadas comprendiendo esta revisión un período de 2 años aproximadamente.

En el escenario familiar ensamblado surge la figura del padre/madre afín, que es la nueva pareja del progenitor guardador, de ahí que las tareas de cuidados, atención escolar, recreación y crianza en sentido general, atribuidas solo a los progenitores, en muchas ocasiones son ejercidas por otras personas que, dadas las relaciones afectivas que se han cultivado en el seno de la familia la asumen.

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 pero no excluyentes, permiten tomar una decisión donde siempre prime el beneficio de la persona menor de edad, la primera es la convivencia estable de los miembros de la familia ensamblada, coincidiendo la investigadora 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”. (2)

La convivencia en la familia ensamblada suele ser sumamente compleja, en tanto el decursar del tiempo puede crear lazos afectivos sólidos 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 la modalidad familiar, 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.

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 este. El niño en estos casos puede percibir como ese tercero ejerce funciones y tareas propias de un padre a pesar de no serlo. ⁽³⁾

Es aquí donde surge la disyuntiva en cuanto a establecer o no un período 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.

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, de ahí que otra premisa sea la presencia de afectividad trascendente entre los miembros de la familia ensamblada

La afectividad es el elemento nuclear de la familia ensamblada, en tanto con su aplicación 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, ⁽⁴⁾ en tal sentido se afirma que el afecto, como elemento esencial de cualquier modalidad familiar, deja a un lado el aspecto material, o sea, la arista patrimonial, para orientarse en cuanto a 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.

Para Vargas Simoes 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. ⁽⁵⁾

Todo ello permite afirmar 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, de ahí que se reputa como el elemento que rompe con los estereotipos familiares tradicionales donde solo los lazos biológicos han determinado la existencia de la familia.

Otro presupuesto a considerar es la participación del progenitor no guardador ante la toma de decisiones, en tanto 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 conciernen en relación con el cambio de domicilio, centro escolar, tipo de enseñanza o cuestiones relativas a la salud del menor". ⁽⁶⁾

En Cuba, ante la primacía de la guarda a favor de un progenitor se determina, un régimen de comunicación del menor de edad con el progenitor no guardador, pero en situaciones donde el asunto a resolver sea relativo a la guarda, considera la investigadora no se debe tomar una decisión a espaldas del progenitor no guardador, de ahí que este deberá ofrecer sus argumentos al respecto y mostrar su conformidad o no; velando porque responda al principio del interés superior del niño, como garantía que da prioridad a los derechos de estos sobre cualquier otro derecho concurrente, ⁽⁷⁾ 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.

Importante valorar también la asunción de responsabilidades por el progenitor afín, vista como la voluntad de asumir la responsabilidad parental pues 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". ⁽⁸⁾

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.

La última premisa es el derecho del menor a ser escuchado visto como sujeto de derecho y en atención al principio de capacidad progresiva, que implica la participación por los niños, niñas y adolescentes en las decisiones que le 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 ejercen en virtud de la evolución de sus facultades.

Para 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. ⁽⁹⁾

Si bien es trascendental conocer la opinión del niño en el asunto del que es el principal protagonista 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 en 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.

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, 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”. ⁽¹⁰⁾

A juicio de la autora, el derecho del menor a ser escuchado es una arista para aplicar el principio del interés superior del niño y se considera satisfecho cuando se entiende como un posicionamiento hacia estos 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, garantizando 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.

El derecho de comunicación del hijo con el padre/madre afín ante la disolución del ensamble

El derecho de comunicación se deriva de la disolución del matrimonio o unión de hecho, siendo regularmente un derecho concedido al progenitor no guardador, encaminado a sostener los vínculos afectivos y responsables entre los adultos y su descendencia.

En virtud de la actualidad de la familia ensamblada y del rol esencial que puede jugar el padre/madre afín en la crianza y desarrollo del hijo de su pareja, se puede valorar la posibili-

dad que el padre/madre afín puede tener de comunicarse con el hijo afín al extinguirse el ensamble, analizando el asunto desde las distintas aristas que abarcan la comunicación en la actualidad. En tal sentido 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, video conferencia y otros medios afines, todas ellas encaminadas a sostener los vínculos afectivos a través de estas vías.

Para arribar a decisiones de esta naturaleza se debe valorar la previa convivencia en familia como elemento esencial que no debe desaparecer radicalmente con la disolución de la pareja, pues ello afecta emocionalmente al niño

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 orientadoras: a) el interés superior del niño; b) el principio *favor debilis* o *pro minoris*, y c) la opinión del niño. ⁽¹¹⁾

Otro elemento importante a considerar para tomar una decisión de esta naturaleza es la presencia de hermano nacido en el seno familiar ensamblado, pues 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 afín ocupa su lugar y ello permite que en el seno familiar no surjan diferencias en la crianza de los niños.

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.

Es de extrema envergadura 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.

Bajo 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 verifica 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.

Conclusiones

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 y la protección de las relaciones socioafectivas que surgen en las familias ensambladas.

El padre/madre afín es un tercero cualificado y la atribución de la guarda y cuidado a su favor es una decisión que se toma en virtud de la probanza de presupuestos que demuestran que temporal y excepcionalmente es lo mejor para los hijos afines.

El derecho de comunicación a favor del padre/madre afín se sustenta en pautas que al ser valoradas facilitan la decisión demostrando un interés legítimo en pos del beneficio de los hijos afines.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Campo AL. Guarda y Custodia compartida, Diario La Ley, 29 de junio de 2009;XXX(7206):23.
2. Rivas AM, El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituida. Revista Portularia.2009;XII(2). [internet]2009 [Consultado 20 ene 2016] Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-85204/Portularia,%20El%20ejercicio%20de%20la%20parentalidad%20en%20las%20familias%20reconstituidas.pdf>.
3. Magnin AM, Derecho y obligaciones del progenitor afín. Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia. 2018;(4). [internet] 2018 [consultado 26 may 2019] Disponible en <http://cpdaush.org/wp-content/uploads/Derechos-y-obligaciones-del-progenitor-afin>.

4. Tartuce F, Simão, JF. Derecho Civil. Vol. 5, familia, 2ª Edición, actualizada e ampliada, Editora Método. 2017:24.
5. Vargas S, Thiago F. La familia afectiva- El afecto como formador de la familia. [internet] [consultado 4 may 2017] Disponible en: <http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a19>
6. Heras M, La autorregulación de las relaciones con los hijos de progenitores que no viven juntos. Revista La Ley Derecho de familia. enero 2015;5:17.
7. Callejo C. La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores. Revista Actualidad Civil. 2014;(3):292.
8. Fulchiron H. ¿Un estatuto para el progenitor afín? Revista de Derecho de Familia y de las personas, editorial Thomson Reuters, La Ley. 2016;VIII(1):37-50.
9. Madrigal C. Tensión y extensión de los derechos. A propósito de los derechos de los niños. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, España; 2018.
10. Navarro C. Guarda y custodia de adolescentes: Su voluntad como criterio decisor relevante. Diario La Ley. Editorial Wolters Kluwer. 8 de marzo de 2018;9154:1-12.
11. Guahnon S. Medidas cautelares y provisionales en los procesos de familia según el Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires, Argentina: Ediciones La Rocca; 2016.

Recibido: 02/06/2021

Aprobado: 24/10/2021

Conflicto de intereses

Sin conflictos de intereses en relación con la investigación presentada.

Financiación

Investigación sin fuente de financiamiento.

Cómo citar este artículo

Méndez Trujillo IM. La guarda y cuidado y el régimen de comunicación de los menores de edad en familias ensambladas. Una propuesta para Cuba. An Acad Cienc Cuba [internet] 2022 [citado en día, mes y año];12(2):e1064. Disponible en: <http://www.revistaccuba.cu/index.php/revacc/article/view/1064>

