



UNIVERSIDAD  
**CIENFUEGOS**

Carlos Rafael Rodríguez

Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas

Tesis de grado en opción a la  
Licenciatura en Derecho

**Título:**

*La guarda y cuidado a favor de terceros.  
Una necesidad en el contexto cubano actual.*

**Autor:**

Carlos Manuel Alfonso Álvarez

**Tutor:**

Msc. María J. Morejón Fernández

**Consultante:**

Msc. Osvaldo Álvarez Torres

*Cienfuegos, junio de 2011.*

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Resumen.

---

“La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual” como propuesta de modificación del Código de Familia, constituye el tema del presente trabajo, después de un análisis desde la óptica de estos tiempos del Derecho de Familia y sus instituciones. En la Tesis se abordan aspectos relacionados con la situación jurídica de la familia, referidos a las condiciones de la guarda y cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad y el tratamiento dado a este tema a partir de su relación. La situación de la sociedad cubana actual, dado el cumplimiento de principios y valores sagrados de nuestra ideología, como el internacionalismo y solidaridad permanentes, ha creado condiciones que demandan una revisión y modificación de nuestras leyes en defensa del cuidado del menor. Unido a esto se encuentra el atrasado Código de Familia cubano, que no ha tenido cambios sustantivos en sus normas que adquieran actualidad, impidiendo regular aspectos como el estudiado en la investigación. Por ello en el trabajo se brindan una serie de propuestas sustantivas y adjetivas para dar solución a este problema legal. Luego de todo este análisis se pudo arribar a conclusiones y recomendaciones que ayudarán sin dudas junto a la investigación en su conjunto, a que la norma cubana sea cada vez más ajustada a su tiempo.

<b>INTRODUCCIÓN</b>		1
<b>CAPITULO I:</b>	La familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.	8
<b>I.1.</b>	Origen y evolución de la familia.	8
<b>I.2.</b>	Las relaciones Paterno – Filiales.	12
<b>I.3.</b>	Evolución histórica y comparada de la patria potestad como institución rectora de la guarda y cuidado.	16
<b>I.3.1</b>	Conceptualización.	18
<b>I.3.2</b>	Tratamiento en la actualidad.	21
<b>I.4</b>	Características de la patria potestad.	22
<b>I.5</b>	Derecho comparado moderno de la patria potestad.	24
<b>I.6</b>	La guarda y cuidado como elemento integrante de la patria potestad.	29
<b>I.7</b>	A modo de conclusiones parciales.	33
<b>CAPITULO II:</b>	El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.	35
<b>II.1.</b>	La regulación de la guarda y cuidado, su tratamiento en el Código de Familia en Cuba.	35
<b>II.2</b>	Clases de guarda y cuidado presentes en el Código de Familia.	40
<b>II.3</b>	Inserción de la guarda y cuidado a favor de terceros en la ley familiar cubana.	42
<b>II.4</b>	La autonomía de la voluntad como principio impulsor de la guarda y cuidado a favor de terceros.	45
<b>II.5</b>	Fundamento de la guarda y cuidado a favor de abuelos, otros parientes y personas con interés legítimo.	49
<b>II.6</b>	Ventajas de la guarda y cuidado a favor de terceros	54
<b>II.7</b>	La guarda y cuidado a favor de terceros, un proceso de jurisdicción voluntaria	56
<b>II.8</b>	Distinción y efectos de la jurisdicción voluntaria atribuibles a la guarda y cuidado a favor de terceros.	57
<b>II.8.1</b>	El hecho que se somete a jurisdicción del juez.	58
<b>II.8.2</b>	El conocimiento del juez al hecho que se le somete a consideración.	58
<b>II.8.3</b>	Características y consecuencias del pronunciamiento judicial.	59
<b>II.9</b>	El proceso de utilidad y necesidad equiparado a la guarda y cuidado a favor de terceros.	60
<b>II.10</b>	Tribunales de Familia para dirimir sobre la guarda y cuidado a favor de terceros.	62
<b>II.11</b>	A modo de conclusiones parciales.	65
<b>II.12</b>	Resultados de las entrevistas realizadas a familias y especialistas sobre el tema.	66
<b>II.12.1</b>	Familias.	66
<b>II.12.2</b>	Especialistas.	67

<b>CONCLUSIONES</b>		70
<b>RECOMENDACIONES</b>		71
<b>BIBLIOGRAFIA</b>		72
<b>ANEXOS</b>		

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Introducción.

---

El patrimonio principal de una nación es su cultura, en la que juegan un papel esencial los conocimientos jurídicos o como también pudiera llamarse la cultura jurídica, muy especialmente la relacionada con la importancia que se le confiere a la familia en la sociedad cubana y la formación y protección de la niñez y la adolescencia. Sin dudas, una de las grandes preocupaciones del mundo contemporáneo, constituye la protección legal que les brindan las distintas legislaciones a estas temáticas familiares. Además de la formación y desarrollo de los valores, tanto familiares como por la Humanidad y el Estado, en particular por las instituciones educacionales y los medios de comunicación social.

De acuerdo con Álvarez Torres, “por constituir la familia cubana ese remanso de paz donde se establecen los más delicados goces del espíritu, de las ideas, por ser ese el núcleo fundamental del género humano donde nacen y se forman valores, ideas y por sin la familia no podrá existir Patria, Revolución ni Socialismo, es que a esa sociedad en pequeño que es la familia, hay que protegerla, hay que dispensarle un tratamiento especial, tanto en el ámbito de las ideas como en el de su tutela legal”.<sup>1</sup>

Tomando como base estos pensamientos conceptuales, durante los últimos veinte años, se viene desarrollando un amplio trabajo dedicado al estudio del Derecho de Familia. En especial lo concerniente a las relaciones de pareja y los hijos, encabezados por la Doctora Olga Mesa Castillo, ilustre profesora de Derecho de Familia de la Universidad de la Habana.

Con estas investigaciones se han apreciado consecuencias que lesionan el interés de los hijos menores de edad. Como primera causa se encuentra la crisis de la pareja, casados o no, que trae aparejado que el menor se desvincule de unos de los padres, por obligación de uno de estos.

---

<sup>1</sup>Álvarez Torres, Osvaldo. Necesidad y Posibilidad de un Procedimiento y una Jurisdicción Especial de Familia en Cuba. Ponencia realizada en la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia.—La Habana:[s.n.], 2006.—[s.p.].

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Introducción.

---

Por otra parte se encuentra un particular cubano y es la gran cantidad de personas que están cumpliendo misiones en un lugar fuera del país. Esto provoca que el menor se halle bajo la custodia de un mayor no deseado por él, pero en correspondencia con las exigencias de los padres.

Esto conduce a profundizar en el estudio de la patria potestad, especialmente en cuanto al contenido y alcance de la guarda y cuidado a favor de terceros. Esto está condicionado por ser una realidad que las personas que se quedan al cuidado del menor lo hacen de hecho y no de derecho, por no encontrar estos terceros respaldo en la ley.

En Cuba se comenzaron a dar los primeros pasos con el Código de Familia de 1975. Él constituyó una transformación del Derecho Civil cubano, al separar las normas jurídicas familiares del Código Civil, motivado por la especial naturaleza del Derecho de Familia, cuya finalidad tuitiva y carácter eminentemente ético y personal ha marcado su diferencia con el Derecho Patrimonial.

Esta reforma introdujo importantes innovaciones en las regulaciones familiares que resultó un logro social en su tiempo. Dentro de estas se encuentran el reconocimiento de la igualdad del hombre y la mujer, la igualdad de los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, el reconocimiento de la unión de hecho y el establecimiento de la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores. Sobre esta última institución se concuerda con la profesora Velasco Mugarra que afirma, que “desde mucho antes, mediante la Ley No. 9 de 20 de diciembre de 1950, se establecía el ejercicio conjunto de la patria potestad en desarrollo del principio de igualdad absoluta entre cónyuges, reconocido por la Constitución de la República de Cuba de 1940”.<sup>2</sup>

El Código de Familia vigente se encuentra modificado por el Decreto-Ley No. 76 de 20 de enero, de 1984, dictado por el Consejo de Estado de la República de

---

<sup>2</sup>Velasco Mugarra, Miriam P. Guarda y Cuidado en Menores. Tomado De <http://web.uam.es/personalpdi/derecho/nbermejo/Docencia/FacDer/licderecho/materiales/>, 15 de enero de 2010.

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Introducción.

---

Cuba, regulador de los hogares de menores, las familias sustitutas y la adopción plena.

También la Ley No. 51 de 15 de julio de 1985, del Registro del Estado Civil, estableció modificaciones para el reconocimiento e inscripción de los hijos con la finalidad de mejorar los mecanismos registrales. De igual manera para actualizar e integrar las sucesivas modificaciones en un nuevo Código de Familia se han realizado varios Anteproyectos de Ley, cuya última versión se tiene en cuenta para este estudio.

La adhesión del Estado cubano a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño obliga a incluir nuevas disposiciones en el ordenamiento interno. No basta la previsión jurídica del principio de igualdad y de la titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores. La realidad ha demostrado que no son suficientes esas regulaciones, para solucionar los conflictos familiares en torno a estos derechos, indicando la necesidad de disponer de normas jurídicas que propicien más eficaz solución.

Dentro de esta gran gama de cambios que deben ser analizados esta la guarda y cuidado de los abuelos, u otros parientes o allegados, la cual es sin duda una variante de guarda a cargo de tercero. Pero merece una reflexión aparte, habida cuenta la aparición regular de conflictos sobre la guarda y custodia de menores en los que se enfrascan, además de los progenitores, otros familiares.

De acuerdo con la Ley positiva cubana, es imposible atribuir a otros parientes cercanos la guarda y cuidado de los hijos menores. La institución en cuestión, encuentra mucha relación y dependencia de la patria potestad. De esta forma se atribuye solo a los padres la guarda y cuidado por ser poseedores de la patria potestad. El Tribunal Supremo Popular en Cuba, a través de sus sentencias sostiene la idea de que no es factible cuando el progenitor que solicita la guarda y cuidado, no ha incumplido con los deberes de la patria potestad y desestima, en todo caso, la guarda y cuidado a favor de terceras personas.

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Introducción.

---

La opinión negativa que mantiene el Tribunal Supremo Popular cubano, respecto a la atribución de la guarda de los hijos menores a cargo de tercero, obedece a la carencia de su tratamiento expreso en la norma positiva. Aunque también se basa en su interpretación restrictiva contraria a la flexibilidad que se observa en el Derecho Comparado para acoger esta variante de guarda, en atención al principio universal del interés del menor.<sup>3</sup>

Análisis anteriores y posteriores a estas líneas tienen su respaldo en el concepto sostenido por la jurisprudencia española, y que ofrece el profesor Navarro, que contempla en determinados supuestos la posibilidad de atribuir la custodia de un menor a otros familiares, a pesar de existir uno de los progenitores no privado expresamente de la patria potestad, o ambos en ciertas ocasiones.<sup>4</sup>

Por lo expuesto, el interés de esta investigación se centra en los aspectos personales de la patria potestad, vinculados con la guarda y cuidado de los hijos menores de edad y en la necesidad de contar con un Código de Familia, a tono con las tendencias actuales. Por eso es que, el propósito de este trabajo de diploma está enmarcado en la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana.

De esta manera se ha determinado como **problema científico** el siguiente: En Cuba la institución de la guarda y cuidado está enfrascada en un concepto restringido de familia en relación con las transformaciones de las estructuras y dinámicas familiares que se producen cada vez con mayor frecuencia en la Cuba actual.

---

<sup>3</sup>Cuba. Tribunal Supremo Popular. Sentencia 692.—La Habana, 1999.—[s.p.]. “Pues de este solo se puede inferir que la menor no se encuentra en condiciones de determinar libremente en compañía de cual de los sujetos desea estar ,y como en definitiva es el Tribunal quien debe decidir de acuerdo con su función tuitiva, qué es lo que resulta más beneficioso para la menor, resulta atinada y ajustada la decisión que se discute, por avenirse al resultado de las pruebas existentes, sentado lo cual, se concluye que lo pretendido por la recurrente, no es otra cosa que imponer su criterio valorativo”.

<sup>4</sup>Navarro Castro, Manuel. Comentario a la Sentencia de 20 de septiembre de 2002, sobre el Derecho de visitas a los menores a favor de abuelos y otros parientes. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (Madrid), (62): 461, mayo-agosto de 2002.

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Introducción.

---

Por lo anterior se declara como **objeto** del presente trabajo la guarda y cuidado del menor dentro de la Ley de Familia.

Con la señalada premisa y apoyada en los estudios del Derecho de familia cubano y español, de la doctrina y jurisprudencia atinentes al tema, se plantea como **objetivo general**: Proponer que la guarda y cuidado de hijos menores sujetos a patria potestad sea viable admitirla a terceros en casos de conflictos que afecten a los mismos.

A partir de los expresados motivos, resultan **objetivos específicos** de este estudio los siguientes:

- Analizar la guarda y cuidado en la búsqueda de una construcción dogmática de la institución, basada en su nacimiento y evolución histórica.
- Valorar las consideraciones legales y doctrinales en cuanto a la concesión de la guarda y cuidado y el tratamiento dado por otros países a la mencionada institución.
- Criticar la concepción legal cubana de la guarda y cuidado de los menores para proponer ideas que propicien su reconocimiento a favor de terceros.

**La idea a defender que guía la investigación es:** La inclusión en los artículos del Código de Familia en cuanto a la guarda y cuidado a favor de terceros, logrará mayores alternativas de solución legal, para garantizar la protección del menor.

Para lograr el desarrollo exitoso de los objetivos se utilizaron los siguientes **métodos de investigación**:

- Teórico jurídico: Permitirá conocer la esencia del problema de investigación, así como medir los resultados obtenidos con la aplicación de otros métodos teóricos y empíricos.
- Histórico-lógico: Lleva a conocer la evolución y desarrollo histórico de la institución de la guarda y cuidado.

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Introducción.

---

- Jurídico Comparado: Por medio de este método se establecerán elementos teóricos comparativos con otras legislaciones precedentes, lo que permitirá, dar un concepto más acabado del tema en cuestión.
- El Análisis y síntesis: Se utiliza este método, porque es necesario descomponer los elementos de la guarda y cuidado y reintegrarlos, reestructurarlos y sistematizarlos en un todo único que permite una comprensión panorámica del tema.
- Exegético analítico: Permite el estudio de la norma, que posibilita reflexionar acerca de los preceptos de la misma y su relación con la realidad jurídica.
- El método de revisión bibliográfica: Permite se analicen básicamente libros de la materia civil, Trabajos de Diplomas, Cuerpos Legales y compilaciones en internet.
- El método de revisión de documentos: Propicia estudiar el contenido de algunos documentos como jurisprudencia española y Códigos de Familia de países como Argentina y España, que ayuden a establecer características y aspectos que permitan tener un mayor conocimiento del tema a investigar.

Para la validación del trabajo se aplicaron métodos del nivel empírico como la entrevista a familias y especialistas, para ello se seleccionó una muestra de ocho familias al azar y ocho especialistas en representación de cada uno de los órganos que componen el sistema jurídico. Ello permitió someter a consideración de estos la necesidad de realizar la propuesta y recibir sugerencias sobre la misma y su contenido demostrándose su necesidad como actualización a la legislación de familia actual.

La presente investigación está estructurada, con una introducción y dos capítulos. El primero destinado a tratar los elementos generales de la familia, y el desarrollo de las disímiles instituciones que la conforman como las relaciones paterno-filiales, la patria potestad y la guarda y cuidado, con sus elementos tipificadores

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Introducción.

---

necesarios y particulares, desde una perspectiva general, analizándose su evolución histórica, tratamiento doctrinal, legislativo y jurisprudencial.

El segundo capítulo está dedicado a argumentar la necesidad de entronizar la guarda y cuidado a favor de terceros, y su tratamiento en la legislación civil cubana, su apreciación en los tratadistas cubanos, así como las propuestas que se conciben, para el desarrollo de la institución en Cuba. Se incorporan también conclusiones, recomendaciones, bibliografía y anexos.

Este Trabajo de Diploma posee una novedad, sostenida en la necesidad de que pueda deferirse la guarda y cuidado de menores de edad sujetos a la patria potestad a favor de terceros como solución a conflictos que se dan en los senos familiares y de los cuales Cuba no es ajena. Para lograr este análisis se ha establecido, comparaciones y argumentos basados en los problemas sustantivos y adjetivos relacionados con la Ley de Familia en Cuba actualmente.

Se ha conjugado para este razonamiento, problemas tan presentes como la salida a misiones internacionalistas de los padres y otros hechos que anteriormente no se daban con tanta fuerza como en la actualidad. Brindando así soluciones jurídicas sobre la base de situaciones actuales.

Este análisis demuestra la importancia de este particular estudiado, que debe ser observado y acogido por los legisladores patrios con el fin de perfeccionar el ordenamiento jurídico, en aras de brindar mayor seguridad jurídica, lo que se revierte en bienestar de la familia y la sociedad.

# Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

## I.1 Origen y evolución de la familia.

Dícese de la familia que es la institución más antigua del mundo con fuertes raíces en lo natural. Cuando se habla de su situación actual y de las varias aristas que la rondan, este precepto aumenta, por tener su valor formador en cada país y nación.

La atracción sexual y el amor, origen del vínculo matrimonial, encuentran en la familia el cauce institucional por el que los individuos se integran en la sociedad. La procreación, dentro de la estructura familiar, adquiere un carácter afectivo que hace posible la crianza y el desarrollo intelectual de los seres humanos. La familia, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16.3 “es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.<sup>5</sup>

No hay consenso sobre la definición de la familia. Jurídicamente está precisada por algunas leyes, y esta ilustración suele darse en función de lo que cada una establece tomando como punto mediador al matrimonio. Por su difusión, se considera que la familia nuclear derivada del matrimonio heterosexual es la familia básica. Sin embargo las formas de vida familiar son muy diversas, dependiendo de factores sociales, culturales, económicos y afectivos.

Tal es el caso, según expone Claude Lévi-Strauss, la familia tiene su origen en el establecimiento de una alianza entre dos o más grupos de descendencia a través del enlace matrimonial entre dos de sus miembros. “La familia está constituida por los parientes, es decir, aquellas personas que por cuestiones de consanguinidad,

---

<sup>5</sup>Estados Unidos. Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos.—Nueva York, 1948.—[s.p.].

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

afinidad, adopción u otras razones diversas, hayan sido acogidas como miembros de esa colectividad”.<sup>6</sup>

En su evolución histórica, la familia ha pasado por diferentes etapas, desde la promiscua, pasando por la monogámica patriarcal hasta llegar a la monogámica que se va reduciendo a su forma más elemental, es decir un grupo familiar que consta de un hombre con una mujer y sus hijos socialmente reconocidos.

Para llegar a los conceptos que se manejan en la actualidad por los estudiosos y Códigos de Familia, se han tenido que descubrir elementos históricos que ilustran como ha sido la transformación hasta nuestros días. Tomando como referencia en primer lugar a la familia romana,<sup>7</sup> la cual era una institución, presente en el ámbito social y jurídico, que estaba compuesta por todos los que vivían bajo la autoridad del cabeza de familia o pater familias,<sup>8</sup> incluidos naturalmente los esclavos.<sup>9</sup> Aquí se observa un primer rasgo que se fue difuminando a través de los años y era el poder patriarcal, que fue cambiando a raíz de las transformaciones de estructuras sobre todo sociales, en la humanidad.

Siguiendo en la línea de la evolución conceptual es importante precisar lo expuesto por los colonizadores españoles, los cuales ya en la época medieval iban a reafirmar la idea antes expuesta. Para la época de la edad media, la familia fue cambiando su tónica y aunque persistía el poder del padre, se fueron

---

<sup>6</sup>Lévi-Strauss, Claude. Los Nayar y la definición del matrimonio, El origen de la familia. Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia.—Barcelona:[s.n.], 1974. —p. 45.

<sup>7</sup>Fernández Montoya, Miguel. La Familia Romana. Tomado De <http://www.elergonomista.com/derechoromano/familia.htm>, 16 de febrero de 2011. “Familia es una palabra emparentada con famuli "los criados" y por lo tanto, los comprende a ellos también. En el derecho romano se tenían cuatro acepciones para la familia: agnaticia, cognaticia, gentilicia y por afinidad”.

<sup>8</sup>Nicoliello, Nelson. Diccionario del Latín Jurídico.—Montevideo: Editorial Euros, 2004.—p.26. “Padre de familia”.

<sup>9</sup>Bel Bravo, María Antonia. La Familia en la Historia. Tomado De <http://books.google.es/books?id=E8svsw-pkwC>, 16 de febrero de 2011.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

modificando aspectos como la patria potestad y los deberes y derechos de la esposa con respecto a los intereses familiares.

Esto se refuerza con lo esgrimido por Castillo Sevilla, Callejón Ros y Vera Casares que plantean, que “la autoridad sobre la mujer es ahora una especie de poder de tutela, que proporciona al marido una situación eminente, especialmente en los aspectos patrimoniales, pero sin anular la personalidad de la esposa”; y continúan diciendo “la patria potestad, por su parte, se transforma en un poder de protección, que corresponde al padre, pero del cual no está absolutamente excluida la madre, y que, sin disminuir la autoridad de los cónyuges, teóricamente ha dejado de ser un poder arbitrario, y se concibe ya en beneficio del hijo”.<sup>10</sup>

Hasta 1931 en España los cambios en cuanto a las concepciones familiares no variaron. No es hasta la segunda República, que se realizan transformaciones sustanciales que en opinión de este autor fueron demasiado drásticas para la época. Es cuando se proclama en la constitución, entre otros principios de derecho familiar, la igualdad de derechos para ambos sexos como fundamento del matrimonio; la disolución del mismo mediante divorcio, artículo 43; iguales deberes de los padres frente a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio y el artículo 25 que afirmaba que la filiación no daría en ningún caso lugar a un privilegio jurídico, y la reglamentación de la investigación de la paternidad.<sup>11</sup>

Seguidor de la doctrina y legislación española, el Código de Familia cubano no dista mucho de lo expuesto anteriormente, en cuanto al desarrollo de la institución se refiere, por lo que recoge en su tercer Por Cuanto, que “el concepto socialista de la familia parte de la consideración fundamental de que constituye una entidad en que están presentes e íntimamente entrelazados, el interés social y el interés personal, puesto que, en tanto célula elemental de la sociedad, contribuye a su

---

<sup>10</sup>Evolución Histórica de la Institución Matrimonial en España/ Castillo Sevilla Felipe...[et.al.]. IV Conferencia de Derecho de Familia.—La Habana:[s.n.], 2006.—p. 3.

<sup>11</sup>Ibídem, p.4.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

desarrollo y cumple importantes funciones en la formación de las nuevas generaciones, y en cuanto centro de relaciones de la vida en común de mujer y hombre entre estos y sus hijos y de todos sus parientes, satisface hondos intereses humanos, afectivos y sociales, de la persona”.<sup>12</sup> Concepto que asume el autor del presente trabajo.

En este concepto se permite afirmar que el código cubano en la actualidad recoge de manera acertada, los preceptos establecidos a través de los años. De esta forma se recogen las variaciones expuestas como la disminución del poder del padre y la nivelación con la mujer, el reconocimiento del matrimonio como institución inherente a la familia y que constituye la pieza angular en desarrollo de la sociedad.

Como se ha expuesto, la familia, como cualquier institución social, tiende a adaptarse al contexto de una sociedad. Esto explica, por ejemplo, el alto número de familias extensas en las sociedades tradicionales, el aumento de familias monoparentales en las sociedades industrializadas y el reconocimiento legal de las familias homoparentales en aquellas sociedades cuya legislación ha reconocido el matrimonio homosexual.<sup>13</sup>

No obstante, pese a la transformación real y profunda de los esquemas familiares, la estructura esencial de la familia sigue manteniendo vigencia. Por tanto constituye, en sus diferentes formas, el fundamento de toda sociedad humana y es en su seno donde se crean los lazos afectivos imprescindibles para transmitir la cultura y los valores ideológicos y morales de unas generaciones a otras.

---

<sup>12</sup>Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley 1289: Código de Familia.—La Habana, 1975.—p.5.

<sup>13</sup>Gómez Taboada, Jesús. Alteraciones Recientes en El Derecho de Familia Español: Algunas Consideraciones Críticas. IV Conferencia de Derecho de Familia.—La Habana:[s.n.], 2006.—p.1. “La modificación operada en el Código Civil español, por la Ley de 8 de julio de 2005, autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo”.

# Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

Es esta marcada amplitud y diversidad la que hace que existan instituciones básicas que tienen su desarrollo alrededor de la familia. Las relaciones paterno-filiales, la patria potestad, el divorcio, de conjunto con el matrimonio hacen que, entre otros aspectos, la familia adquiera además de su carácter natural, una secuencia jurídica reguladora de si misma.

## **I.2 Las Relaciones Paterno-Filiales.**

Las relaciones paterno-filiales y las distintas instituciones que lo rodean, tienen su nacimiento y evolución a partir del Derecho Romano, en el mismo se trataba esta institución al considerar los efectos del matrimonio con relación a los hijos y consideraba hijos legítimos a los nacidos en justas nupcias, que pasan a formar parte de la familia civil del padre a título de agnados y toman también su nombre y condición social. En estos casos entre los hijos y las madres sólo existía una relación de parentesco natural, de cognación, en el primer grado.<sup>14</sup>

Las relaciones de filiación específicamente es un concepto que constituye una de las bases para todo debate en el campo del Derecho de Familia. El mismo es un generador de cuestiones tan importantes como el matrimonio y el divorcio, los cuales generan otras aristas como la patria potestad y la guarda y cuidado de menores, puntos esenciales en la investigación de este trabajo.

Plantea el ilustre exprofesor de la Universidad de Madrid Diego Espín Cánovas, que los primeros estudios sobre relaciones de filiación se concentraban en determinar que existía una clasificación de estas relaciones en legítimas e ilegítimas, según procedieran de la concepción en matrimonio o fuera del mismo. A su vez la filiación ilegítima se subdividía en natural o no natural, según pudiesen contraer matrimonio los padres o les estuviese prohibido.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup>Martín López, Enrique. Familia y Sociedad. —Buenos Aires: Editorial Rialp, 2000.—p.45.

<sup>15</sup>Espín Cánovas, Diego. Manual de Derecho Civil Español. —Madrid:[s.n], 1988. —p.109.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

Se da por sentado y totalmente de acuerdo que desde los primeros estudios de filiación, este concepto estuvo ligado al de paternidad. La relación de estas dos concepciones es la que se da entre padres e hijos, o sea entre generantes y generados. Está, pues, fundada en el vínculo de la generación real o supuesta, que puede, en efecto, derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción).<sup>16</sup>

En relación con la madre, Planiol-Ripert establece que “la filiación era objetiva pues se simplificaba por el hecho mismo del embarazo y del parto que constituyen hechos materiales. En cambio la paternidad carecía de estos índices directos y sólo podía determinarse presuntivamente en cuanto a que el padre del hijo nacido de la esposa es su marido”.<sup>17</sup>

A criterio de este autor esta presunción no opera de manera absoluta y cesa cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio o si por ausencia o enfermedad del marido ha sido imposible toda cohabitación con la mujer durante el período de la concepción, que admitía prueba en contrario. Para facilitar estas cuestiones el Derecho Romano fijó los límites si el nacimiento ocurría entre los 300 y 180 días después de las nupcias.<sup>18</sup>

En estos inicios es evidente que era fundamental la concepción dentro del matrimonio, y en caso fuera de este, el reconocimiento voluntario o forzoso del hijo por los progenitores, reconocimiento solo posible para los hijos naturales. De esta forma los no naturales no podían ser reconocidos por la aludida contravención a las prohibiciones matrimoniales de sus padres.<sup>19</sup>

Es de suponer que los diferentes tipos de filiación originaban situaciones jurídicas muy distintas en cuanto a los derechos que conferían a los hijos respecto al

---

<sup>16</sup>Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español, Común y Foral.—Madrid:[s.n], 1944.—p. 3.

<sup>17</sup>Planiol, Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. —Paris:[s.n],1948. —p.484.

<sup>18</sup>Ibídem, p.480.

<sup>19</sup>Ibídem, p.110.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

nombre, alimentos y derechos sucesorios. Pues como expresa Gómez de Liaño, en una interpretación que le hace a la Constitución española en 1975, frente a la plenitud de derechos de los hijos legítimos, los naturales tenían derechos más reducidos y los no naturales solo alcanzaban un derecho de alimentos restringido.<sup>20</sup>

Además es dable expresar que en los casos de hijos habidos de relaciones no matrimoniales no prohibidas por la ley, la filiación era natural y si estaba prohibida por la ley los hijos podían ser incestuosos, adulterinos o sacrílegos.<sup>21</sup> Si resultaba de la adopción, se daba la filiación legal adoptiva. Estas tres fórmulas conformaron la trilogía que por muchos años ha imperado en materia de filiación: legítima, natural y adoptiva.

Es evidente que la doctrina jurídica ha empleado diversas calificaciones para ubicar la clasificación de la filiación. Acota Diego Espín que al hijo de una unión matrimonial se le califica como legítimo en razón del vínculo jurídico que une a los padres. En el otro extremo se ubican los hijos naturales, a quienes se atribuye su concepción y nacimiento de una relación ausente del vínculo matrimonial entre sus padres. Finalmente se le atribuye a la filiación adoptiva el carácter de civil, que aun cuando es artificial y producto de una ficción, otorga el vínculo legal entre el adoptante y el adoptado.<sup>22</sup>

Se tiene que reconocer que si en la unión matrimonial, los hijos son el resultado de los actos que la naturaleza tiene previstos para la procreación, los hijos legítimos

---

<sup>20</sup>Gómez de Liaño, Javier. *Los Hijos Ilegítimos y Adoptivos. Su problemática actual.*— Madrid:[s.n],1972.—p.14."Incluso los no naturales para alcanzar este limitado derecho de alimentos, tenían que poder probar el hecho de la filiación, y solo en los casos en que resultaba de una sentencia penal, por violación, estupro o rapto, por sentencia civil o de reconocimiento en documento indubitado, se podía probar la paternidad restrictivamente, pues estaba rigurosamente prohibida la investigación de la paternidad respecto a los hijos ilegítimos en que no concurrían la condición de naturales".

<sup>21</sup>Ibídem, p.16.

<sup>22</sup>Espín Cánovas, Diego. *Ob.Cit.*—p.334.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

también lo son naturales; y si el timbre de legitimación le toca al reconocimiento que le otorga la ley, hay que concluir que los hijos naturales que han sido reconocidos por sus padres, legalmente son hijos de quienes hicieron ese reconocimiento por estar protegidos por la ley. Finalmente, si la filiación adoptiva es resultado de una visión civil de la unión entre padres e hijos, se comprobará que la filiación legítima y la natural son tan civiles como la que caracteriza la misma adopción.

Siguiendo en el proceso evolutivo de las relaciones paterno-filiales existe un momento que es imprudente dejarlo fuera de análisis. Significa que es necesario referirse a la Constitución española de 1978, la cual será referencia para exponer el principio de igualdad en las relaciones de filiación.

El principio de igualdad<sup>23</sup> de los españoles, por razón de su nacimiento recibe especial aplicación en orden a la filiación en un doble aspecto: la protección de los poderes públicos y los deberes de los padres. Según el texto constitucional en su artículo 38, los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

La ley posibilitará la investigación de la paternidad. Es necesario dilucidar que este artículo de conjunto con otras normas especiales que le continuaron, resalta la idea de igualdad como clave en las reformas de las relaciones conyugales, y de la autoridad sobre los hijos, por parte de ambos cónyuges, y en cuanto a la filiación. Señalar que ha partir de estas reformas españolas la idea de equiparar en derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, nacidos dentro o fuera del matrimonio, fue extendido a otras naciones, incluso se extiende

---

<sup>23</sup>España. Ministerio de Gracia y Justicia. Constitución.—Madrid, 1978.—[s.p.]. Artículo 14 “El principio de igualdad en España, implica la no discriminación, por razón de su nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

el horizonte y se comienza a pensar en igualar no solo en atributos sino en obligaciones.

El reflejo de estos cambios y evolución que ha alcanzado las relaciones de filiación o paterno-filiales, se encuentra en nuestro país. La isla, fiel precursora de la doctrina y legislación española ha ido a la par de las transformaciones que se han explicado hasta llegar a nuestros días, es así que el Código de Familia, establece la plena igualdad de todos los hijos que disfrutarán de iguales derechos y deberes con respecto a sus padres cualquiera que sea el estado civil de estos, y acoge la adopción plena.<sup>24</sup> Además establece una serie de artículos que recogen los aspectos cercanos a la institución estudiada que va desde la presunción de la filiación hasta la impugnación del reconocimiento.<sup>25</sup>

### **I.3 Evolución histórica y comparada de la patria potestad como institución rectora de la guarda y cuidado.**

Las relaciones paterno-filiales, tienen entre sus principales contenidos, el acogimiento de la patria potestad. Su concepto ha sufrido una completa evolución desde la época del Derecho Romano, hasta llegar a su esencia en la actualidad, caracterizada por los principios de la especialidad a la que pertenece, a saber: carácter ético y finalidad tuitiva, subordinación de las relaciones patrimoniales a las personales y el interés social sobre el individual lo cual impone la presencia de derechos y deberes que destacan el interés de orden público en su regulación y el carácter imperativo, de *ius cogens*,<sup>26</sup> de las normas que configuran el llamado orden público familiar.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup>Cuba. Código de Familia. Artículo 65.

<sup>25</sup>Ibídem, artículos del 74 al 81.

<sup>26</sup>Nicoliello Nelson. Ob. Cit, p. 32. "Derecho de Familia".

<sup>27</sup>Velazco Mugarra Miriam P. La Guarda y cuidado de los menores sujetos a la Patria Potestad.—La Habana: Editorial ONBC, 2008.—p.7

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

Para comenzar el largo camino evolutivo, es preciso señalar que la patria potestad en la Roma antigua era una institución del derecho civil, que significó el poder del jefe de familia varón vivo más antiguo de la familia, por vía masculina, que importaba un conjunto de derechos sobre la persona y bienes de los filius, con pocas obligaciones. Se entendía por filius no solo los hijos del pater sino también los nietos o bisnietos bajo su autoridad. Sólo podía ejercerla un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano.<sup>28</sup>

Es de entender que esta cultura concentró en el cabeza de familia todo el poder. En los primeros tiempos, su facultad era tan amplia que podía disponer totalmente de la persona y bienes de sus filius. Esta potestad fue moderándose muy paulatinamente en la República limitándose particularmente en la Roma imperial, y sobre todo bajo la influencia cristiana. Esclarece Albaladejo que a fines del siglo II, el pater sólo podía ejercer una facultad correctiva. Todo padre que diera muerte a un hijo, a partir del emperador Constantino, fue considerado parricida.<sup>29</sup>

Continua exponiendo Albaladejo que la posibilidad del padre, otorgada por la Ley de las XII Tablas,<sup>30</sup> de vender al hijo, fue declarada ilícita por el emperador Caracalla, salvo por motivos de pobreza extrema. Dioclesiano y luego Constantino, lo prohibieron en cualquier caso, aunque este último emperador realizó una salvedad. Podía enajenarse el hijo si fuera recién nacido, en caso de padre indigente, pero reservándose la facultad de poder readquirirlo. Hasta el Bajo Imperio era facultad del pater abandonar al filius, que podía vivir junto al que lo

---

<sup>28</sup>García Torales, Marta. Roma y la Familia. Tomado De <http://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/patria-potestad>, 19 de febrero de 2011.

<sup>29</sup>Albaladejo García, Manuel. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.—Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 198?.—p.105.

<sup>30</sup>Manual de Derecho Romano. Julio Fernández Bulté...[et.al.].—La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 2000.—p.239. Esta facultad se otorgaba al padre en la tabla IV, apartado dos.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

recogiera, como hijo o esclavo<sup>31</sup>. Con Justiniano el hijo abandonado, adquiría la condición de libre y sui iuris.<sup>32</sup>

En la edad media la influencia de la iglesia y la evolución de las costumbres determinaron una modificación en la naturaleza de la patria potestad, que adquirió definitivamente un carácter temporal para la menor edad del hijo, la reacción contra el sistema romano llegó hasta el punto de que algunos autores y legislaciones rechazaban rotundamente la patria potestad.<sup>33</sup>

El desenvolvimiento de la patria potestad se traduce en el proceso paulatino de debilitamiento de la autoridad paterna que ha convertido la antigua patria potestad despótica y perpetua en una autoridad moderada y temporal. En las más primitivas sociedades, en que la institución familiar tenía un fuerte contenido religioso, el representante de la familia, el sacerdote único, el heredero del hogar, el continuador de los ascendientes y raíz de los descendientes era el padre.

La patria potestad, ha experimentado una evolución que ha determinado la modificación de su naturaleza jurídica en el ordenamiento actual. Esta ha pasado de ser un derecho absoluto del padre, tal y como se concebía en el derecho romano primitivo y en la redacción original de nuestro Código Civil, a configurarse como un conjunto de poderes dirigidos a cumplir unos deberes y obligaciones que la ley impone a los padres.

### **I.3.1 Conceptualizaciones.**

A continuación se ofrecen una serie de conceptos establecidos por los estudiosos modernos que ilustrarán la asimilación de la institución de la patria potestad.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup>Albaladejo García, Manuel. Ob. Cit, p.106.

<sup>32</sup>Nicoliello Nelson. Ob. Cit, p. 32. “De derecho propio. Persona con autonomía jurídica. Legalmente capaz. Dotado de derecho propio”.

<sup>33</sup>Castán Tobeñas, José. Ob. Cit. p.37.

<sup>34</sup>Alvarez Tabio, Ana María. Evolución Histórica de la Patria Potestad.—La Habana:[s.n.], 2008.—[s.p.].

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

- Planiol: Conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales. El resumen de esas obligaciones lo encuentra en una sola frase: la educación del hijo. En opinión de este autor lo que corresponde a los padres es más bien una tutela, es decir, una carga, más que una potestad.
- Bonnecase: Le da una extensión de mayor relieve a la patria potestad, y la define expresando que “es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto de los hijos menores considerados tanto en sus personas, como en sus patrimonios. Se trata de una obligación en el sentido verdadero del término, a cargo de los padres cuyo objeto es la educación de estos.
- Los hermanos Mazeaud ubican la patria potestad dentro de las relaciones jurídicas entre padre e hijo y las califican como vínculos de autoridad sobre las personas de ellos que se ejerce en interés común del matrimonio y de los hijos.
- Colin y Capitant explican que la patria potestad constituye un poder de protección, y las prerrogativas que confieren a los padres sobre la personalidad y los bienes de su hijo no son más que el reverso de los deberes y de la responsabilidad que les impone el hecho de la procreación. Así a los derechos de guarda y de corrección sobre la persona del hijo corresponden los deberes de alimentación y de educación.
- Puig Peña: Aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida reclamada por las necesidades de éstos. Es el reconocimiento de una

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

facultad natural que corresponde a los padres y a nadie más que a ellos; no al Estado.

- Eduardo E. Busso señala como tendencias modernas que la nota característica del derecho moderno está dada por una acentuación cada vez más intensa del control del poder público sobre las facultades paternas.
- Sara Montero Duhalt: Es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad.

España siguiendo estas conceptualizaciones ha evidenciado su acogimiento a las antes mencionadas. Según establece Miriam Velasco, la Sentencia de 25 de junio de 1994, del Tribunal Supremo español, señala que según las orientaciones doctrinales más modernas y la tendencia de los ordenamientos contemporáneos, se configura la patria potestad “como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos”. Completa esa definición el pronunciamiento de una anterior sentencia, de ese propio Tribunal, al dejar sentado, además, que, la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo a su personalidad.<sup>35</sup>

Indudablemente la profesora Mugarra hace una acotación muy pertinente en lo que se concuerda. El expresado concepto no se corresponde con la noción que de la mencionada institución establece el Código de Familia en Cuba, que no incluye en su regulación un elemento importante, y es que la patria potestad debe ser ejercida según la personalidad del hijo, lo que hoy es una verdadera exigencia social. En tanto el fundamento de la institución descansa en la función tuitiva de su

---

<sup>35</sup>Velasco Mugarra, Miriam P. Ob. Cit. p.7.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

ejercicio en interés del menor; lo que implica la acomodación de la potestad paterna a las concretas circunstancias y necesidades del menor a fin que éste pueda cumplir con el pleno desarrollo de su personalidad, para lo cual requiere, salvo en situaciones de carácter excepcional, tanto de la figura del padre como de la madre.<sup>36</sup>

Se considera a raíz de lo expuesto en las diferentes definiciones que el nombre que recibe este conjunto de derecho y obligaciones responde a la fuerza de la tradición pero no al espíritu de esta institución. En sus orígenes significó el poder del padre, en que la organización familiar se sustentaba sobre el mismo, ejercitado no sólo con respecto a sus descendientes, sino sobre todo el grupo familiar, habitualmente extenso. Actualmente ya no es patria, por no ser exclusiva del padre, tampoco potestad, que significa poder, sino una serie de facultades de quien la ejerce en relación directa con los deberes que debe cumplir con respecto a sus hijos.

Es por tanto que la historia de esta institución muestra, en efecto, un doble proceso muy interesante. De una parte la patria potestad poder (derecho), a la patria potestad función (deber), y de la patria potestad como poder exclusivo del padre a la patria potestad como autoridad conjunta del padre y la madre.<sup>37</sup>

### **I.3.2 Tratamiento en la actualidad.**

Se está de acuerdo con Castán Tobeñas, que la relación paterno-filial caracterizada fundamentalmente por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con los hijos, necesita como elemento auxiliar un principio de autoridad en los padres, que recibe tradicionalmente el nombre de patria potestad. Aunque esta denominación es en el derecho moderno, muy impropia, porque la institución de que se trata no es ya una potestad absorbente como la

---

<sup>36</sup>Ibídem, p.19.

<sup>37</sup>Castán Tobeñas, José. Ob. Cit. p. 38.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

patria potestad romana, sino una autoridad tuitiva, y no corresponde exclusivamente al padre, puesto que la ejerce también la madre.<sup>38</sup> Como elemento adicional se expuso por algunas legislaciones, con objeto de que la delicada función de la patria potestad no esté abandonada al arbitrio y posibles abusos de los padres, someterla a la inspección del Estado, ejercida por una autoridad pupilar especial.<sup>39</sup>

Con los distintos cambios y con la entrada de los elementos antes expuestos el fundamento de esta institución ha cambiado. En sus inicios como la mayoría de las cuestiones pertenecientes al Derecho Civil, tenían un carácter natural. De tal manera esto ha quedado atrás y la patria potestad ha tomado una función social y jurídica, a partir de un conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley les impone a los progenitores.

Cabe señalar que al decir de Diez-Picazo, “esos poderes no conforman en sentido técnico un derecho subjetivo, porque el derecho subjetivo es de libre ejercicio y se da en interés de quien lo ostenta, mientras que aquellos son instrumentales, enderezados al interés de otro y estrechamente ligados con el cumplimiento de deberes de sus titulares”. Además, se pone especial énfasis en que el ejercicio de la patria potestad, se encuentra siempre funcionalizado, no se ejerce en interés del padre, sino en beneficio del hijo.<sup>40</sup>

### **I.4 Características de la patria potestad.**

Las transformaciones de la patria potestad, han posibilitado que las características de la institución hayan tomado un matiz abarcador, en cuanto genera derechos y

---

<sup>38</sup>Ibídem, p.36.

<sup>39</sup>España. Tribunal Supremo. Sentencia 9/6.—Madrid, 1960.—[s.p.] “Recoge en parte las orientaciones modernas acerca de la patria potestad, admitiendo que puede la madre, ejercer ciertos de los derechos derivados de la patria potestad, si perjuicio de que el padre, conserve esta para otros efectos”.

<sup>40</sup>Diez-Picazo, Luis. Sistema de Derecho Civil/ Luis Diez-Picazo, Antonio Gullón.—Madrid: Editorial Tecnos, 199?.—p.261.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

deberes para todos los involucrados. Por una parte los padres y de la otra los hijos, con intervención del Estado cuando, así lo requieran. En la misma línea de concordancia se esta con Mazerovsky Portillo, el cual establece las características de la patria potestad.<sup>41</sup>

- La patria potestad se aplica exclusivamente como un régimen de protección a menores no emancipados.
- Es obligatoria, pues los padres tienen la patria potestad a no ser que la misma ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio.
- Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio.
- La patria potestad es un régimen de protección que ofrece las mayores garantías a los menores no emancipados porque cuenta con el concurso de los protectores naturales de éstos.
- Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita. Es importante señalar que los cónyuges pueden disponer sobre la guarda del hijo en el escrito de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, pero este es un caso en que la ley lo permite.
- La patria potestad es irrenunciable y en todas las cuestiones relacionadas con el estado civil y el derecho de familia, sólo son válidas las convenciones expresamente autorizadas por la ley, de manera que las que no se amparan en las normas jurídicas conducentes, son nulas. Esto significa que en tales casos, no existe ni funciona el principio de la autonomía de la voluntad, que opera en el derecho patrimonial.

---

<sup>41</sup>Portillo, Mazerovsky. La Patria Potestad en la Legislación Venezolana. Tomado De [www.elscritor.com](http://www.elscritor.com), 20 de febrero de 2011.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

- Constituye una labor gratuita, porque es un deber natural de los padres.

### **I.5 Derecho comparado moderno de la patria potestad.**

En la modernidad varios son los Códigos, que reflejan en sus normas varias de estas características o conceptos establecidos. Es de suponer que varían en correspondencia con los factores sociales y culturales de las naciones.

Durante el pasado siglo los ordenamientos jurídicos comenzaron su actualización esgrimiendo las características presentes. Es por esto que los nuevos principios informantes de esta institución van a estar dirigidos en primer lugar al principio del interés del menor y en segundo lugar el principio de la autonomía de la voluntad para decidir sobre la situación jurídica de los hijos, aunque existen diversas formas e instituciones novedosas que son recogidos en las normativas que van mas allá de los principios expuestos.

Como hasta el momento se ha realizado, España es el país de primera referencia, para debatir y ejemplificar cualquier cuestión relacionada con el tema. La madre patria con sus antecedentes históricos fue de las primeras en recoger la institución estudiada. En el Código Civil se deja ver en todo el Título VII las distintas normas que regulan la patria potestad.

Entre la cuestiones ha resaltar se tiene que fue de las primeras naciones en ubicar dentro de su código el principio del interés del menor. Así lo describe en el artículo 154 segundo párrafo que plantea, “la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad”.<sup>42</sup>

Los legisladores españoles no se quedaron en este mero precepto y ubicaron en otro artículo la importancia del menor en estos procesos. De esta manera el artículo 161 del mismo cuerpo civil establece. “Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y

---

<sup>42</sup>España. Ministerio de Gracia y Justicia. Código Civil.—Madrid, 1889.—[s.p.].

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor”.<sup>43</sup>

Este aspecto en específico y su regulación dentro del Código Civil español,<sup>44</sup> apoyando a escuchar al menor ha sido muy cuestionado. La respuesta a estas críticas la ofrece la antes citada Miriam Mugarra, que establece, “no llevan la razón de las críticas señaladas, pues dicho principio tiene carácter orientador, para los padres pero en ningún caso carácter imperativo. El principio del interés del menor ha sido considerado como criterio hermenéutico de primer orden para descubrir su real significado”.<sup>45</sup>

La propia ley española establece fórmulas con las cuales garantizar o servir el interés del menor, entre las que se encuentran la audiencia de los menores, si tuvieran suficiente juicio, y preceptivamente si alcanzaron los doce años.<sup>46</sup> Es necesario explicar que en todo este proceso, la figura del juez y el fiscal juegan un papel preponderante, por ser los veladores legales.

La legislación de familia en Cuba tiene entre sus artículos el reconocimiento a este principio que se recoge fielmente en España. El artículo 57 en su segundo párrafo establece, “no obstante el tribunal podrá deferir la patria potestad a favor de aquel que a su juicio deba ejercerla, cuando así lo exija el interés de los hijos menores,

---

<sup>43</sup>Ibídem, Artículo 161.

<sup>44</sup>México. Asamblea del Distrito Federal. Código Civil Federal.—Distrito Federal, 2004.—[s.p.]. Artículo 411. “En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición”.

<sup>45</sup>Velasco Mugarra, Miriam P. Ob. Cit. —p. 96.

<sup>46</sup>Ibídem, p.97. En apoyo a este planteamiento es necesario acoger lo estipulado en el artículo 92.2 que establece. “El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”. De esta misma manera el artículo 154.3 plantea. “Si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten”. Por último el artículo 156.2 establece, “en caso de desacuerdo. cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre”.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

consignando las razones por las cuales priva de ellas al otro.<sup>47</sup> De la misma manera el tercer párrafo del citado artículo se pronuncia en razón de que igualmente el tribunal podrá determinar, fundándola, la privación de la patria potestad a ambos padres, cuando esto sea necesario en interés de los hijos menores, en cuyo supuesto constituirá a los hijos en tutela.

La legislación en Cuba no se queda atrás en los cambios estructurales modernos en cuanto a la institución, pronunciándose en este sentido. No puede obviarse que la legislación cubana civil y familiar es un reflejo en gran medida de lo preceptuado en estos aspectos en España, por lo que va a existir muchas coincidencias en los puntos que se abordan en este trabajo.

En los alrededores del área geográfica, existen países que no han regulado de la misma manera el principio específico antes expuesto, aunque si establecen preceptos modernos muy defendidos en la actualidad. El legislador chileno, es uno que tomo la delantera. En su legislación recogen claramente los aspectos de patria potestad en el Título VIII. Llama la atención en cuanto a que reconocen la figura del nasciturus, en lo concerniente a la patria potestad. De esta manera el artículo 243, establece en su segundo párrafo, “la patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que esta por nacer”.<sup>48</sup>

Otros de los aspectos que se adelantaba que iba a ser analizado es lo concerniente a la situación de la autonomía de la voluntad de los padres en las decisiones sobre la situación jurídica de los menores. Visiblemente después de lo expuesto a raíz del análisis del principio del interés del menor, se puede comenzar afirmando que la autonomía de la voluntad de los padres, tiene una marcada

---

<sup>47</sup>Cuba. Código de Familia. Artículo 57.

<sup>48</sup>Chile. Consejo de Estado. Código Civil.—Santiago de Chile, 1857.—[s.p.]. Artículo 243 establece en su totalidad. “La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer”.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

ambigüedad. Es innegable que al analizar las legislaciones civiles se está en presencia de artículos que limitan el principio que se plantea y otros que lo apoyan.

Es necesario tener en cuenta que aunque se ha establecido que el Derecho Civil y de Familia es un derecho personalísimo, se ha tenido en cuenta por las codificaciones una intervención por parte del Estado cuando el interés del menor se vea afectado. Esto provoca una reducción en el ámbito de la toma de decisiones de los padres e impone límites a los poderes de los mismos.

Para ilustrar esta situación, es necesario referirse en primer orden al artículo 94 del ya mencionado Código Civil español, es cual establece, “el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”. “Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos”, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.<sup>49</sup>

De la misma manera el legislador boliviano, en el artículo 146 del Código de Familia, en su segundo párrafo advierte que “el padre o la madre que no ha obtenido la guarda tiene derecho de visita en las condiciones que fije el juez y el de supervigilar la educación y el mantenimiento de los hijos”, con arreglo al artículo 257.<sup>50</sup> Se entiende por tanto que todas las potestades reconocidas a los progenitores, en relación con sus hijos menores de edad, están sometidas a un

---

<sup>49</sup>España. Código Civil. Artículo 160.

<sup>50</sup>Bolivia. Asamblea Legislativa. Ley 996: Código de Familia.—La Paz, 1988.—[s.p.]. Artículos 146 y 257.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

control mediante la intervención judicial, que actuará con el límite del interés de éstos como principio, que constituye también el límite de la actuación de los progenitores.<sup>51</sup>

No obstante este principio de la autonomía de la voluntad no ha sido del todo opacado. El mismo ha tenido un cierto reconocimiento en varios puntos, permitiendo que la patria potestad, siga contando con la participación de este principio de carácter irrenunciable, para su buen desenvolvimiento. Ejemplo de esto lo constituye los artículos que a continuación se explican, todos pertenecientes a la norma civil de mayor importancia en España.

En lo relativo al principio, la legislación comienza permitiendo no sólo los consentimientos entre los conyugues,<sup>52</sup> sino incluso, al menos en ciertos momentos, el pacto entre los cónyuges en orden a la determinación de sus deberes y facultades en materia de patria potestad. Así ocurre en las medidas provisionales y también definitivas en las que los artículos 103 y 90 autorizan los pactos sobre el ejercicio de la patria potestad y también el régimen de visitas, e incluso la mayor amplitud reconocida tras la reforma a los capítulos matrimoniales ya que si en la redacción de 1975 se limita su contenido a las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros del matrimonio en la ley de reforma permite capitular lo relativo a los bienes y futuros del matrimonio cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo.

Se esta de acuerdo con Prada González que esta frase es tan amplia que parece alcanzar también a determinados aspectos de la propia patria potestad. Aunque sea dentro de los límites que establece el artículo 1.328 de no ser contrario el pacto a las leyes, las buenas costumbres o limitativo de la igualdad de derechos

---

<sup>51</sup>Velasco Mugarra Miriam P. Ob. Cit.—p.106.

<sup>52</sup>España. Código Civil. Artículo 156.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

que corresponda a cada cónyuge.<sup>53</sup>

Para ir cerrando este apartado de la investigación es preciso apuntar que ninguna de las vacuidades o contraposiciones que puedan ofrecer las leyes estudiadas van a afectar el contenido<sup>54</sup> de la patria potestad. En los aspectos esenciales que se recogen en la estructura de la institución, se reflejan aspectos materiales, pasando por lo social y por ende con una mirada jurídica, los cuales se mantienen inalterables. Esto sin dudas demuestra que el desarrollo de la institución ha ido paulatinamente diversificando a raíz también de cambios estructurales en la familia y sus relaciones sociales y jurídicas.

### **I.6 La guarda y cuidado como elemento integrante de la patria potestad.**

La evolución y desarrollo que se han experimentado alrededor de las disímiles cuestiones que encierran a la familia, y específicamente de la patria potestad, va más allá de una simple retórica. Como el tema es tan abarcador y encierra cuestiones que afectan al menor, las líneas y disquisiciones teóricas pueden ser diversas e inacabables. Relacionado con el tema ampliamente abordado de la patria potestad, se encuentra otro que aunque se subsume al primero no deja de tener importancia, la guarda y cuidado de los menores.

Cuando se analizan las instituciones más bonitas del derecho de Familia, una de ellas es el matrimonio, se encuentran asociadas a este, otras cuestiones no tan agradables, el divorcio. Al ocurrir el fatídico suceso es necesario, tomar decisiones

---

<sup>53</sup>Prada González, José María. Intervención Judicial en el Ejercicio de la Patria Potestad a Través del Procedimiento de la Disposición Transitoria Décima de La Ley 11/1981. Curso para Jueces.— Madrid:[s.n.], 2002.—[s.p.].

<sup>54</sup>Velasco Mugarra, Miriam P. Ob. Cit.—p. 20. “En el contenido de la patria potestad se consideran dos aspectos esenciales: el personal y el patrimonial. La esfera personal comprende los deberes y facultades de los progenitores en relación con el cuidado y protección de la persona del hijo, mientras que en lo patrimonial se encuentran los actos de administración y disposición de sus bienes”.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

en cuanto a algunos temas, entre ellos los concernientes a quien se va hacer cargo del menor y que va hacer la otra parte para ayudar a su desarrollo integral.

La guarda y cuidado es la institución que recoge todo lo referente a estos asuntos de la protección del menor. La misma funge como derecho-deber de la patria potestad que además recoge lo referente a la tutela, la obligación de dar alimentos y la adopción.

Como bien establece la profesora García Pastor, “la facultad de guarda en general y su incidencia en los procesos matrimoniales, no fue desarrollada por la doctrina española, sino que ha sido tratada mediante la reproducción de la normativa legal, lo cual puede ser la causa por la que se utilizan indistintamente las expresiones de guarda, guarda y custodia, y cuidado de los hijos”.<sup>55</sup> Esto va a traer consigo que no existan muchos estudios dedicados a la esencia y evolución de la institución.

“El concepto de la guarda y cuidado no ha fluctuado de manera brusca, incluso por los motivos antes expuestos, por lo que se puede afirmar que la misma esta referida al conjunto de funciones necesarias para el cuidado directo del niño”,<sup>56</sup> en lo que se concuerda totalmente. De esta manera ha sido tratada indistintamente por varios Códigos Civiles y de Familia, recogiendo además su contenido y diversas especificaciones, por la falta de evidencia que se plantaba en el desarrollo de la institución, por lo que el estudio comparado, será de gran ayuda para construir las disquisiciones teóricas que se necesitan del tema.

El primer referente siempre va a estar ubicado en España. Su código civil advierte que la guarda y cuidado encuentra situaciones especiales, al establecer como se había adelantado, concepciones distintas al resto de los ordenamientos a estudiar.

---

<sup>55</sup>García Pastor, Milagros. La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales.—Madrid: Editorial Ciencias Jurídicas, 2000.—p.73.

<sup>56</sup>Velasco Mugarra, Miriam P. Ob. Cit.—p.156.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

El artículo 159 de la norma civil española,<sup>57</sup> ofrece la forma en que es recogida la guarda, lo que se ubica dentro de los artículos concernientes a la patria potestad, por ser la primera una de las funciones principales de la última. Es necesario señalar que por la forma de ubicación y reconocimiento dentro del Código Civil comentado, los legisladores españoles han diferenciado una y otra institución aunque como se argumenta está subsumida una dentro de la otra.

Continuando el análisis en el mismo cuerpo legal, salta a la vista una diferencia en cuanto a terminología se refiere, y es que en la norma civil, utilizan indistintamente el término de cuidado de los hijos y no guarda como se conoce en Cuba. En la lectura de los artículos 90 y 92,<sup>58</sup> se encuentra el fundamento.

La respuesta a esta situación la brinda la doctora Velasco, la cual establece, que la razón pudiera estar en el hecho de que la guarda se empleaba en el Derecho tradicional español para designar las instituciones que aseguran el cuidado de los menores e incapacitados en defecto de sus padres, es decir como sinónimo de tutela o curatela principalmente, así lo recogían las Partidas.<sup>59</sup>

Otro de los Códigos que van a ayudar a desentrañar lo referente a la guarda y cuidado es el de la nación panameña. En el mismo se puede apreciar una cierta uniformidad que no presentan otros códigos.<sup>60</sup> La norma familiar panameña se refiere en sus artículos desde el 326 hasta el 331, todo lo relacionado con la institución en cuestión. Esta muestra el contenido de la guarda y cuidado que ha sido acogido por la doctrina y muchos códigos en todas partes del mundo.

---

<sup>57</sup> España. Código Civil. Artículo 159. “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

<sup>58</sup> *Ibidem*, artículos 90 y 92.

<sup>59</sup> Velasco Mugarra Miriam P. Ob. Cit. —p.152.

<sup>60</sup> Costa Rica. Asamblea Legislativa. Código de Familia.—San José, 1973.—[s.p.]. No refleja organización alguna específicamente para la guarda y cuidado. En el artículo 56 de la norma lo recoge como una de las cuestiones a resolver resultado del divorcio.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

Es importante señalar que el contenido encierra deberes y derechos, de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarles y procurarles una formación integral.<sup>61</sup> Esto trae consigo que sea necesario determinar quien se queda con el menor, para definir entonces cuales derechos y deberes le serán atribuidos a uno u a otro cónyuge. En el Código de Familia de la República de Panamá, establece en su artículo 328, “en igualdad de condiciones, se tendrá, como regla general, que los hijos o hijas queden al cuidado del progenitor en cuya compañía se hayan encontrado hasta el momento de producirse el desacuerdo, prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos, y salvo, en todo caso, que por razones especiales se indique otra solución”.<sup>62</sup>

Claramente queda establecido que a partir de esta disposición las responsabilidades para con el menor cambian de parte de sus progenitores. Por un segmento se encuentra al responsable directo de la guarda el cual tiene un requisito infalible, la convivencia. Por otra parte el no guardador, carece de convivencia, pero tiene grandes responsabilidades en la educación del menor.

Este ha sido aceptado por la doctrina y la práctica como indispensable, porque ha partir de él se desarrollan derechos deberes distintos, por el sentido de inmediatez que logra este sujeto con el menor, al que no es guardador, el cual logra cumplir sus obligaciones a través del régimen de comunicación que haya quedado establecido al determinarse la atribución de la guarda y cuidado del hijo en común. Se está de acuerdo con la profesora García Pastor que establece que la concesión de la guarda y cuidado, impone al guardador la obligación de encargarse personalmente del cuidado del hijo, y que solo podrá renunciar a tal cuidado a favor del otro progenitor.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup>Velasco Mugarra, Miriam P, Ob. Cit. —p.157.

<sup>62</sup>Panamá. Asamblea Legislativa. Ley 3: Código de Familia.—Panamá, 1994.—[s.p.].

<sup>63</sup>García Pastor, Milagros. Ob. Cit.—p. 82.

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

Es un problema fundamental en varias legislaciones foráneas no atender esta institución de forma especializada. En diversas de las normas confrontadas, se da la situación que se encuentran dentro de las causales del divorcio, como ya se expuso anteriormente en la citada norma costarricense.

En esa misma línea de pensamiento se encuentra la legislación nicaragüense la cual en su artículo 178 plantea. “Si los cónyuges insisten en su solicitud, el Juez, dentro de tercero día, proveerá que procedan, dentro de ocho, a otorgar una escritura pública en la que dispondrán de común acuerdo quién es el que debe quedar con la guarda de los hijos comunes, y la división de los bienes sociales, si existe sociedad o de los que tengan en común. Esta escritura se inscribirá en los competentes Registros de Propiedad”.<sup>64</sup> Esta es otra de las muestras que respaldan nuestra afirmación que la guarda y cuidado carece de una uniformidad al ser reconocidas en las distintas legislaciones. Contados los países que ofrecen una acertada guía conductual en cuanto al tema, entre ellos nuestro país, tema que será analizado posteriormente en nuestra investigación.

### **I.7 A modo de conclusiones parciales.**

La familia como núcleo fundamental de la sociedad, a través del tiempo ha ido evolucionando generando cambios en las instituciones que le son afines como la patria potestad y la guarda y cuidado de menores. La situación real que presenta la guarda y cuidado es su poca especialización por estar recogida, en otras instituciones más amplias como la patria potestad y el divorcio, en esta última específicamente como uno de sus efectos. Es por la misma causa que parcialmente se puede concluir que la guarda y cuidado ha sido poco tratada desde el punto de vista doctrinal y legislativo, en su lugar se ha desarrollado la patria potestad como institución englobadora de derechos y deberes, para con los hijos. Por ello, la misma tiene una línea evolutiva más amplia, organizada y

---

<sup>64</sup>Nicaragua. Ministerio de Justicia. Código Civil.—Managua, 198?.—[s.p.].

## Capítulo I: La Familia y la patria potestad, su preponderancia en la guarda y cuidado del menor.

---

diversificada por muchas legislaciones, convirtiéndose así en punto medio de las relaciones paterno-filiales y la guarda y cuidado.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

### II.1 La regulación de la guarda y cuidado, su tratamiento en el Código de Familia en Cuba.

En todo lo concerniente a la guarda y cuidado, hay un aspecto que nunca se debe dejar de tener en cuenta, su fin. Este elemento tan sencillo encierra una serie de factores, que son reconocidos por la ley de familia. El mismo produce una satisfacción de ese fin, lo cual es la seguridad del menor, posibilitando su desarrollo integral en un ambiente favorable.

La protección del hijo menor se realiza por los progenitores como parte del contenido de la guarda y cuidado. Consiste en la obligación de los progenitores de actuar con diligencia en el desempeño de sus funciones paterno-filiales para apartar al niño de cualquier peligro, sea físico, psíquico o social.

51

El Estado cubano reconoce a sus niños como la joya más preciada.<sup>52</sup> Por esta razón su protección ha ido más allá de los marcos legales específicos como el mencionado Código de Familia, para proporcionarle una protección constitucional, lo que demuestra el interés marcadamente importante que tiene el Estado en ese sector tan vulnerable de la sociedad. En nuestra Carta Magna se establece en el artículo 38 que “los padres tienen el deber de dar alimentos a sus hijos y asistirlos en la defensa de sus legítimos intereses y en la realización de sus justas aspiraciones; así como el de contribuir activamente a su educación y formación

---

<sup>51</sup>Diez-Picazo, Luis. Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de Patria Potestad. Anuario de Derecho Civil (Madrid), fascículo I (2):15, enero-marzo de 1957.

<sup>52</sup>Castro Ruz, Fidel. Los niños y la Revolución/ Fidel Castro Ruz.—La Habana: [s.n.], 1991.—p.11. Discurso pronunciado en la clausura del Primer Congreso de los pioneros. La Habana, 1 de noviembre de 1991. “Solo en el socialismo los niños y los adolescentes tienen las oportunidades que tienen nuestros niños y adolescentes. Ni soñarlo siquiera en cualquier otro país en que hay todo tipo de escuelas diferentes, desde escuelas de millonarios hasta escuelas de pordioseros y, desde luego, casi todos los pordioseros sin escuelas, y casi todos los hijos de los trabajadores y campesinos más humildes sin escuelas, y donde el 50% no llega al sexto grado”.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

integral como ciudadanos útiles y preparados para la vida en la sociedad socialista”.<sup>53</sup>

Este apoyo constitucional que se le brinda a la institución en cuestión, constituye el mayor respaldo a lo expresado en el Código de Familia de la isla grande del caribe, que al igual que en otras legislaciones estudiadas, se ha establecido para apartado destinado a la regulación de la guarda y cuidado, como una institución que responde a la total protección del menor, y por ende regula los distintos derechos y deberes de los padres. Además el país reconoce en sus artículos, que la mencionada institución está ligada a la patria potestad, de hecho, se da por sentado que es precedente inmediato de la misma.

Según el Código de Familia cubano la regulación de la guarda y cuidado está establecida en la Sección Segunda del Título II de las relaciones paternofiliales. A partir del artículo 88 y hasta el 91 se encuentran una serie de apartados que tienen como título, de la Guarda y Cuidado y de la Comunicación entre los Padres e Hijos. Es importante hacer esta disquisición, por la gran trascendencia que presenta el título antes mencionado, estableciendo determinados elementos típicos que se dan en nuestra legislación en cuanto al tema.

Del análisis del articulado cubano se deduce que el mismo persigue la total protección del menor. Esto incluye velar por la buena conducta del hijo sujeto a la patria potestad y cooperar con las autoridades correspondientes, para superar cualquier situación que influya, o pueda influir, desfavorablemente en su formación y desarrollo.<sup>54</sup>

La determinación de la responsabilidad de los cónyuges es variable, por tanto cuando ocurre el divorcio matrimonial resulta necesario determinar, al abrigo de

---

<sup>53</sup>Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Constitución de la República.—La Habana, 2002.—p.31.

<sup>54</sup>Mugarra Velasco, Miriam P. Ob. Cit.—p.161.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

quien se va a quedar el menor, como una de las consecuencias de esa separación. Es acertada esta afirmación por cuanto el ejercicio de la guarda y cuidado corresponde a ambos cónyuges cuando estos viven juntos, como derecho deber inherente de la patria potestad. Este aspecto se recoge en el artículo 88 de la ley de familia,<sup>55</sup> “respecto a la guarda y cuidado de los hijos, se estará al acuerdo de los padres cuando estos no vivieren juntos”.

De lo establecido en el precitado artículo, aparecen en relación a los padres dos nuevas situaciones personales. Uno de los cónyuges se convertirá en guardador y el otro en no guardador. Alrededor de los derechos y deberes de uno y otro sujeto se establece una motivada discusión doctrinal.<sup>56</sup>

Se entiende por la doctrina y la legislación española moderna que debe observarse con especial atención el derecho deber de vela.<sup>57</sup> El mismo se manifiesta en el derecho del no guardador a vigilar el desempeño que el guardador hace de su función.<sup>58</sup> En el derecho cubano, este principio no está recogido taxativamente, puesto que los derechos y deberes están apartados en el artículo 85 sobre la patria potestad.

Es así que se puede establecer en cuanto a que estos derechos y deberes son de igual cumplimiento para ambos padres. Estos no están relacionados

---

<sup>55</sup>Cuba. Código de Familia. Artículo 88.

<sup>56</sup>Ponce Rodríguez, José Manuel. La Protección del Menor. Tomado De <http://www.iin.oea.org/elmenor/Conclusiones4.htm>, 22 de febrero de 2011. “El guardador es aquella persona, sobre la cual va a recaer la guarda y cuidado. De esta forma su relación con el menor va a contar con el principio de inmediatez, de lo que va a carecer el no guardador. Por su parte el no guardador es aquel progenitor que no va a convivir con el menor, aunque sigue teniendo participación en la guarda y cuidado de forma indirecta, a través del régimen de comunicación establecido”.

<sup>57</sup>Mugarra Velasco, Miriam P. Ob. Cit.—p.161. “La doctrina española ha sostenido diversas opiniones en relación con el deber y el derecho de velar por el hijo, considerando que es un deber general de aplicación a las restantes funciones de los progenitores, que deben cumplirlas con especial diligencia”.

<sup>58</sup>Clemente Meoro, Marcos. De las relaciones paterno-filiales: la patria potestad.—Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1998.—p.347.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

específicamente con la guarda y cuidado sino que están determinados sobre la base de la patria potestad, que es una institución común e igual para ambos cónyuges y que no varía, de no ser por circunstancias graves, que pueden llegar a extinguirla o modificarla.

Al considerar en el ordenamiento legal el deber específico antes expuesto, se hace necesario determinar deberes y derecho distintos para los cónyuges, que sean reconocidos dentro del capítulo de la guarda y cuidado y que respondan a situaciones específicas que se dan después del divorcio, como pueden ser incompatibilidad entre parejas e inconformidad de uno de los cónyuges, con el proceso. Toda vez que uno es guardador, por tanto tiene inmediatez directa con el menor y el otro es no guardador, el cual no posee la guarda del mismo, por lo que sus deberes derechos deben ser diferentes.

Esto no significaría que se reconociera un derecho deber que pusiera a un padre con preferencias con respecto al otro. Es por esto que se desestima en todo punto lo expuesto por la profesora Mugarra que se hace eco de la doctrina española al reconocer que el sujeto guardador deba velar por las acciones del no guardador, cuando en realidad ambos cónyuges son cotitulares de la guarda y cuidado lo que desde distintos puntos de vista.<sup>59</sup>

Se entiende pertinente que en este sentido es necesario que exista un velador de las actuaciones de la institución. Esto tiene un reflejo inexacto en nuestro Código de Familia aunque con una incidencia más o menos relevante.

Tomando como base que ambos cónyuges vienen para que se le otorgue la guarda y cuidado en iguales condiciones, se hace necesario entonces, una institución u órgano determinador de este asunto. Ejemplo de esta participación se encuentra en el artículo 89 del Código que familia, que le da el poder de decisión

---

<sup>59</sup>Mugarra Velasco, Miriam P. Ob. Cit.—p.146.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

de atribución de la guarda y cuidado al tribunal competente,<sup>60</sup> de la misma forma se dispone en el artículo 90 la participación del tribunal.<sup>61</sup>

Por esta misma línea de pensamiento es que se hace necesario que haya un velador establecido de las actuaciones de los padres en cuanto a la guarda y cuidado, una vez que se haya perpetuado estos derechos deberes enunciados en párrafos anteriores. La ley de procedimiento, civil, administrativo y laboral en Cuba, a través de su articulado,<sup>62</sup> refuerza la presencia de este sujeto a través de la figura del fiscal, logrando un complemento y unidad en todo el ordenamiento jurídico, evacuando abstracciones de los operadores del derecho, alcanzando así más exactitud en las sanciones.

Es importante significar que estas acotaciones a la norma de familia no significarían un cambio en el fundamento de la guarda y cuidado.<sup>63</sup> Por cuanto en cualquiera de las situaciones de la pareja, ya sea porque estén divorciados o no, la protección del menor va a seguir estando presente ya que es deber de los progenitores, pero con distintos patrones.

---

<sup>60</sup>Cuba. Código de Familia. Artículo 89. “De no mediar acuerdo de los padres o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos, la cuestión se decidirá por el tribunal competente, que se guiara para resolverla, únicamente por lo que resulte más beneficioso para los menores”

<sup>61</sup>Ibídem, artículo 90. “En el caso del artículo anterior, el tribunal dispondrá lo conveniente para que aquel de los padres al que no se le confiera la guarda y cuidado de los hijos menores conserve la comunicación escrita y de palabra con ellos regulándola con la periodicidad que el caso requiera y siempre en beneficio de los intereses de los menores”.

<sup>62</sup>Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley 7: Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral.—La Habana, 1977.—[s.p.]. Artículo 47. “El fiscal es parte en los procesos concernientes al estado civil y capacidad de las personas y en todos aquellos en que la ley así lo prevenga. Puede además mostrarse parte en cualquier otro asunto en que alegue un interés social”.

<sup>63</sup>Mugarra Velasco, Miriam P. Ob. Cit.— p.172. “El fundamento de la guarda y cuidado de los hijos se precisa e los postulados de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la cual fue ratificada por Cuba el 21 de agosto de 1990. Se consigna en el preámbulo de esta Convención que la familia es el grupo fundamental de la sociedad, y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

En los supuestos que la pareja no convivan juntos, el guardador debe compartir con el otro progenitor el poder de decisión en la esfera jurídica del niño. Salvo cuando requiera tomar decisiones urgentes para desarrollar su función, acordes con las exigencias que impone la convivencia constante.<sup>64</sup>

### **II.2 Clases de guarda y cuidado presente en el Código de Familia.**

Existen temas muy debatidos y cuestionados que convergen a la guarda y cuidado. Dentro de estos, el más importante es el concerniente a los tipos de guarda que surgen en el proceso de separación de los cónyuges.

Por la doctrina y la práctica jurídica se reconocen varios tipos de guarda entre los que tenemos: la guarda unilateral, la compartida o alternativa, la guarda conjunta y la guarda a cargo de un tercero.<sup>65</sup> Es importante discernir en la importancia y posible inclusión en el Código de Familia en la isla, de la última enunciada en pos de lograr regular aspectos que en la actualidad cobran fuerza.

En ley de familia cubana se deja claramente establecido que el modelo rector es el de guarda unilateral. En el momento de su promulgación y en la actualidad los defensores del mismo se basan en que a través de esta guarda el menor va a tener una estabilidad en su entorno social y familiar, el cual ya ha sido dañado con la ruptura de la unión matrimonial.<sup>66</sup>

La práctica jurídica indica que al ocurrir el divorcio, la pareja en ciertas ocasiones entran en una contradicción en varios aspectos entre ellos quien se queda con el menor. Lo que provoca que la decisión del juez, hacia uno u otro conyuge, haga mella en los sentimientos de los padres, agudizando las diferencias ya existentes.

El complemento que encuentra el legislador, al derecho que les brinda a los padres el detentar la paternidad de los hijos y la patria potestad y que se

---

<sup>64</sup>Ibídem, p.173.

<sup>65</sup>García Pastor, Milagros. Ob. Cit.—p.205.

<sup>66</sup>Cuba. Código de Familia. Artículo 89.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

encuentra muy acertada es el régimen de comunicación y visita que se establezca para cierto y determinado caso.<sup>67</sup> Ahora, lo importante en este sentido es establecer en qué sentido será este régimen y bajo que circunstancias. En la medida en que el régimen sea amplio o reducido, así serán las menores o mayores afectaciones psicológicas del menor. En ninguno de los casos es prudente alejar al menor de sus padres, a no ser cuando uno de ellos haya incurrido en un delito grave, especialmente los relacionados con los delitos sexuales.

En la sentencia del Tribunal Supremo Popular número 396 de 28 de junio de 2002, se encuentra un respaldo importante a lo establecido anteriormente. “Tratándose de un menor que quedará al abrigo y cuidado de su padre, como de hecho se encuentra desde que tiene cuatro años de edad y contando con once años de edad, resulta necesario para su estabilidad síquica y emocional así como para su desarrollo personal en todas las esferas de la vida mantener una adecuada comunicación con su madre, la que necesariamente debe ser tan amplia como lo permiten las circunstancias, la edad de la niña y la propia valoración que necesariamente ella realizará sobre la conducta de sus padres, sus gustos, ideas y opciones personales”.<sup>68</sup>

Es así que se da por sentado que el régimen de comunicación, constituye la posibilidad que brinda el legislador para darle solución a las diferencias que surgen de la atribución de la guarda del menor a uno de los cónyuges. Esta debe seguir siendo por voluntad y consenso de las partes con una intromisión de la fuerza de la ley, preferiblemente mínima.

---

<sup>67</sup>Cuba. Código de Familia. Artículo 90.

<sup>68</sup>Mugarra Velasco, Miriam P, Ob. Cit.—p.175

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

### **II.3 Inserción de la guarda y cuidado a favor de terceros en la ley familiar cubana.**

Existen otras variantes de la guarda y cuidado que deben ser analizadas por los operadores del derecho para su posible inclusión en la vida jurídica actual. Dentro de estas es importante resaltar la referida a la guarda a cargo de terceros la cual resultaría muy conveniente implementar o recoger en el Código de Familia.

Es negada rotundamente por la práctica jurídica cubana este tipo de guarda y cuidado, apoyando así, a sus detractores que plantean que de conformidad con el Código de Familia cubano la guarda del hijo, es responsabilidad únicamente de los padres por poseer estos la patria potestad. De esta manera se demuestra una subordinación total de la institución a la patria potestad.

Por otra parte para desarrollar las funciones de guarda y cuidado, se necesita el contacto constante de padre e hijo. Lo que es obstáculo para que las personas que no conviven con él, pueda desarrollar en parte aquellas funciones que necesitan la inmediatez de la relación con el menor.<sup>69</sup>

El Tribunal Supremo Popular cubano, ha emitido en varias ocasiones disímiles sentencias que demuestran lo anteriormente explicado. En el caso a seguir se ha demostrado la preferencia del padre, “el cual tiene condiciones necesarias para asumir la guarda y cuidado de la menor por haber abandonado el país su madre, pues resulta obligado en primer lugar dejar sentado que, en cuanto a la guarda y cuidado de los menores, y de acuerdo con nuestra legislación sustantiva vigente ésta corresponde a los padres, y en caso quien litiga como tercero no ha podido

---

<sup>69</sup>Ferrás Morales, Isabel María. Determinación de guarda y cuidado de los hijos menores en Cuba, contribución al desarrollo social. Tomado De <http://leyes.tv/foro/8335-tema-1-8-las-familias-juridicas-en-el-mundo-contemporaneo-parte-i>, 7 de marzo de 2011.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

demostrar ningún aspecto en la conducta del padre que lo haga desmerecer el cumplimiento de la obligación que plausiblemente ha reclamado”.<sup>70</sup>

Para apoyar lo que hasta ahora se ha defendido con jurisprudencia, es necesario tomar en cuenta lo que establece el Código de Familia, que encuentra relación con este aspecto. La ley familiar efectivamente sí recoge en su articulado que pueda ser reconocida la guarda y cuidado a personas diferentes de los padres.<sup>71</sup> Ahora esta situación solo se alcanza cuando los padres pierden o son privados por alguna razón de la patria potestad, lo que indica el tratamiento reducido y el poco reconocimiento que existe en la legislación cubana del tema de la guarda y cuidado.

Incluso se puede afirmar que existe poca independencia recogida taxativamente en el Código, para la primera, de esta manera la institución en cuestión pierde presencia en la legislación, ante la preponderancia de la patria potestad. Es necesario acabar de tomar en cuenta que esta institución es especial, por lo que necesariamente se hace impostergable su autonomía en ciertos asuntos, como la separación de los derechos y deberes de los reconocidos para la patria potestad.

El artículo 89 de la ley de familia es otro ejemplo de la posibilidad de guarda y cuidado a favor de terceros. El mismo establece en sus últimas líneas, “en

---

<sup>70</sup>Cuba. Tribunal Supremo Popular. Sentencia 1022. La Habana, 2001.—[s.p.]. “pues es de estimar que la causa que colocó a la menor ante la situación de cambiar de núcleo familiar, no la puso precisamente el padre, y en todo caso, en su momento debió preverse que ante la ausencia de la madre sería el padre quien debería ejercer la guarda y cuidado de la misma, máxime cuando se trata de una persona honesta y trabajadora, respecto al cual la niña genera sentimientos afectivos, que la hacen sentirse bien en su compañía, pese a las discrepancias familiares que esta situación ha suscitado, y que han de ser superadas en aras precisamente del mejor desenvolvimiento de la menor, de modo que esta pueda con la ayuda familiar superar el efecto negativo que pueda ocasionarle la ausencia repentina de la figura más cercana e importante en esta etapa de la vida”.

<sup>71</sup>Cuba. Código de Familia. Artículo 97. “En las sentencias dictadas por los tribunales de lo civil, por las cuales se prive a ambos padres, o uno de ellos, de la patria potestad, o se le suspenda su ejercicio, se proveerá, según proceda sobre la representación legal de los menores, su guarda y cuidado, la pensión alimenticia y régimen de comunicación entre padres e hijos”.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

igualdad de condiciones, se atenderá, como regla general, a que los hijos queden al cuidado del padre en cuya compañía se hayan encontrado hasta el momento de producirse el desacuerdo, prefiriendo a la madre si se hallaba en compañía de ambos y salvo, en todo caso que razones especiales aconsejen cualquier otra solución”.<sup>72</sup>

En la actualidad en Cuba se han tratado de dar pasos de avances en la ley de familia. Esto no ha tocado de cerca al acogimiento de la institución en cuestión. Al analizar el Anteproyecto del Código de Familia, salta a la vista lo omiso que sigue siendo el tratamiento de la guarda y cuidado del menor, en cuanto al reconocimiento de terceros.

Tomando como ejemplo el artículo 136, se ilustra que no existe mención alguna en cuanto a la guarda y cuidado cuando no existan o estén incapacitados los padres para ejercer esta función.<sup>73</sup> Aludiendo este artículo solo lo relacionado con el régimen de comunicación. El resto de los artículos que convergen a la institución antes mencionada se mantienen inalterables, con amplias regulaciones al régimen de comunicación y poco al respecto de la guarda y cuidado.

Estos preceptos reafirman la idea planteada de la necesidad de mejor regulación de normas que tiene la institución. Esto trae consigo que los operadores del derecho tengan que hacer abstracciones que en determinados asuntos, conllevan a errores judiciales. No significa esto que se tengan que encuadrar en límites

---

<sup>72</sup>Ibídem, Artículo 89.

<sup>73</sup>Cuba. Ministerio de Justicia. Anteproyecto del Código de Familia.—La Habana:[s.n.], 2010.—[s.p.]. Artículo 136. “En los casos de padres o madres declarados ausentes, o incapaces, o suspendidos o privados de la patria potestad, o que hayan fallecido, el tribunal a petición del fiscal o de persona con interés legítimo, puede regular la comunicación del menor de edad con los abuelos, abuelas y otros parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad”. “Aunque no se den los supuestos antes señalados, los parientes a que alude el párrafo anterior están legitimados para establecer ante el tribunal competente, las promociones conducentes a garantizar la comunicación y el derecho de visitas a los menores de edad, fundamentando dicha necesidad en lo que resulte más beneficioso para aquellos”.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

rígidos el actuar legal, pero si establecer elementos que permitan una mejor toma de decisiones.

Se asume que la posición adoptada por el Código Civil Cubano está en contradicción con el criterio de Rivero Hernández. El profesor afirma que “se justifica la guarda a cargo de terceros 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 ellos concurrente con una de las otras circunstancias mencionadas”.<sup>74</sup>

### **II.4 La autonomía de la voluntad como principio impulsor de la guarda y cuidado a favor de terceros.**

Entre los principales obstáculos que atentan contra el reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros destaca el insuficiente reconocimiento que tiene en el ordenamiento civil cubano el principio de autonomía de la voluntad. Ciertamente en el artículo 88,<sup>75</sup> se plantea que, respecto a la guarda y cuidado de los hijos, se estará al acuerdo de los padres, cuando éstos no vivieren juntos.

Hay que asumir de esto que la voluntad en este sentido tiene límites, puesto que la decisión ronda alrededor de que algunos de los padres es el que tiene que quedarse como guardador y el otro como no guardador. Quedando fuera el caso de que ambos por cuestiones necesarias le puedan dejar la guarda y cuidado a una tercera persona.

No se debe perder de vista que se está en presencia de una institución que regula cuestiones de carácter personalísimos. Es prudente que la ley se haga sentir en

---

<sup>74</sup>Rivero Hernández, Francisco. El derecho de visita. Teoría y Praxis, en el derecho de visita.—Pamplona: Editorial Universidad de Navarra, 2006.—p.93.

<sup>75</sup>Cuba. Código de Familia. Artículo 88.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

este aspecto y deje al libre albedrío de los padres decisiones que solo ellos son capaces de discernir, con una participación del tribunal, dándole fuerza legal a las decisiones parentales. Sin obviar el interés del menor que es otra manera de observar la autonomía de la voluntad.

Se concuerda con la profesora Cecilia Grossman que actualmente se considera que escuchar al niño o adolescente es una obligación del tribunal y no una mera facultad del juez.<sup>76</sup> La autora se refiere a que de esa forma se ha decidido en diversos fallos en su país.<sup>77</sup> Un pronunciamiento de la Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires anuló la sentencia dictada en relación con la tenencia y al régimen de visitas que se había dispuesto pues no surgía de las actuaciones que se hubiera recabado la opinión de los hijos del matrimonio.<sup>78</sup>

El legislador cubano en los casos específicos en que se debe atribuir la guarda y el cuidado del hijo, como también el régimen de comunicación, ha sostenido que la opinión del niño o adolescente constituye un aporte esencial para determinar cuál es la decisión que mejor lo favorece. De esta forma permite conocer su personalidad, necesidades, inclinaciones y dificultades.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup>Nuevos Perfiles del Derecho de Familia/ Leonardo Bernardino Pérez Gallardo...[et.al.].— Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006.—p. 105.

<sup>77</sup>Argentina. Suprema Corte de Justicia. Sentencias 22/98 y 25/98.—Buenos Aires, 1998.—[s.p.].

<sup>78</sup>Ibidem. Sentencia 2/5/2003. 2003

<sup>79</sup>Mugarra Velasco, Miriam P. Ob. Cit.—p.187. “En la sentencia número 2002/5322, le da la guarda y custodia a los abuelos por voluntad del menor. Frente a ello no cabe oponer la infracción de los preceptos inherentes a la patria potestad, pues en lo atinente a la guarda y custodia, del articulado del Código Civil se desprende que no es preciso que la ostenten los padres, ya que el termino persona que se utiliza en los artículos 90 A) y 103,1 párrafo segundo del Código Civil, permite estimar que, aun cuando la regla general sea la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, excepcionalmente podrá ser conferidas a otra persona o institución, si las circunstancias concurrentes así lo aconsejan. Solución a la que igualmente llega el artículo 158 del mismo texto legal. Con ello simplemente se está revistiendo de legalidad a una situación que de facto ya existe”.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

En relación con este aspecto, queda establecido en la instrucción 187 del Tribunal Supremo Popular en su apartado dos, la forma de ser escuchado el menor.<sup>80</sup> El mismo plantea además la edad mínima del menor establecido en siete años, con lo cual se está de acuerdo en este trabajo. Apoyando a este razonamiento con respecto a la edad mínima, y específicamente para la adjudicación de la guarda y cuidado, se encuentra el Anteproyecto del Código de Familia en la Sección Segunda de la Guarda y Cuidado y del Régimen de Comunicación en su artículo 132.<sup>81</sup> Así se constata que existe un consenso generalizado en que a esta edad planteada el menor esta en condiciones de decidir sobre ciertas cuestiones, siendo de vital importancia su escucha.

En suma, se observa el interés del hijo en el caso concreto, principio importante relacionado a la autonomía de la voluntad de uno de los sujetos actuantes, para otorgar la guarda y el cuidado del hijo a favor de un tercero. En razón de que esta valoración debe realizarse en todas las instancias judiciales, se sostiene atinadamente que el niño debe ser oído tanto por el juez, como por el tribunal de alzada, en caso de apelación.<sup>82</sup>

Es importante señalar que la guarda y cuidado a favor de terceros no significa un modelo de existencia exclusiva, sino la posibilidad de brindar una nueva variante de la guarda y cuidado, pues la conveniencia de un régimen u otro depende de una serie de factores que es necesario tomar en cuenta en cada familia.

---

<sup>80</sup>Cuba. Tribunal Supremo Popular. Instrucción 187/07: Sobre el proceder de los Tribunales, en cuestiones de familia, especialmente en cuanto a guarda y cuidado y régimen de comunicación.—La Habana, 2008.—p.28.

<sup>81</sup>Cuba. Anteproyecto del Código de Familia. Artículo 132. “De no mediar acuerdo entre la madre y el padre o ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos e hijas, la cuestión se decide por el tribunal competente, que se guía para resolverla, únicamente, por lo que resulte más beneficioso para los menores de edad, escuchada previamente la voluntad de éstos si han arribado a la edad de 7 años”.

<sup>82</sup>Schneider, Mariel. Un fallo sobre tenencia compartida.—Madrid: Editorial Tecnos, 2001.—p.1443.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

Seguramente, un padre que durante la convivencia ha participado de manera activa al igual que la madre en el cuidado del hijo, quiere como es lógico que en caso de que él falte por algunas cuestiones necesarias su hijo sea dado a personas que estén recogidas en la ley. Justificadas incluso por un orden de prelación, pero dispuestas por él en primera instancia.

Aún más, aunque el legislador piense que este tipo de guarda y cuidado no es efectivo y así lo ha dado a conocer en sus sentencias, deben ser escuchadas otras posiciones de estudiosos que consideran esta institución como una buena variante. El Estado, debe tener presente que existen circunstancias actuales, que necesitan un respaldo jurídico. Ejemplo de esto lo encontramos en los ciudadanos cubanos que marchan a cumplir misión internacionalista y los niños que son ubicados en el hogar sin amparo filial.

Además, es permitir la existencia de una variante que permita solucionar una serie de problemas que pudieran darse y que de hecho se dan, en ejemplos como los mencionados, sin tener que caer en abstracciones y el criterio absoluto del tribunal. Criterio que también debiera permanecer como última variante pues no todas los familiares, son personas confiables y seguras, para adjudicarle esta institución.

De esta forma dejaría a un lado las posiciones contrarias que plantean que es necesario haber tenido convivencia permanente con el menor, que irían a un entorno distinto al que hasta ese momento tenía y además que no se pueda separar de la patria potestad como institución rectora. De la misma manera se reconocería en el Código de Familia, siempre sobre la base de la autonomía de la voluntad de los padres y la exploración del menor de otras formas de atender la institución tan debatida de la guarda y cuidado.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

### **II.5 Fundamento de la guarda y cuidado a favor de los abuelos u otros parientes y personas con intereses legítimos.**

El concepto establecido para la familia por cada uno de los códigos de esta clase de derecho, es la base para el desarrollo de las distintas instituciones que ellos regulan. En Cuba el concepto de familia dado por el código, tiene un contenido restringido e inexacto, en declarar claramente los miembros de la misma.<sup>83</sup>

De esta forma la institución de la guarda y cuidado a favor de terceros, encuentra un freno a su reconocimiento, al tener una base conceptual de familia poco estructurada. Esta deficiencia lo resuelve el Anteproyecto del Código de Familia el cual articula en su apartado 2, un nuevo concepto de la misma. Señalando claramente la relación permanente entre ascendientes, descendientes, colaterales, cónyuges y afines. De esta forma el fundamento de la guarda y cuidado a favor de terceros adquiere un respaldo para ser reconocida como forma viable, al ser ampliado este concepto.

La solución más acertada y a la vez debatida en torno a la guarda y cuidado a favor de terceros ha sido, la posibilidad que se brinda a los abuelos para desarrollarla. Esta preponderancia que han adquirido los mismos está determinado por los lazos de consanguinidad que alcanzan con el menor, en un alto porcentaje superior a otros miembros de la familia por la cercanía y relación que incluso le viene con los padres. Aunque en distintos foros y estudios jurisprudenciales se han observado tesis de defensa, a los demás miembros de la familia, incluso a otras personas que hayan estado a cargo del menor.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup>Cuba. Código de Familia. Segundo Por Cuanto.

<sup>84</sup>Cuba. Tribunal Supremo Popular. Sentencia 862/05. "Que en otro orden de cosas, el tribunal de primera instancia confirió indebidamente la guarda y cuidado de la menor a quien no es su padre, habida cuenta que la guarda y cuidado forma parte del ejercicio de la patria potestad que corresponde únicamente a los padres, de ahí que no puede conferirse a persona diferente a estos, ni en el caso que el padre haya incurrido en grave incumplimiento de los deberes a que se refiere el artículo ochenta y cinco del Código de Familia, como en el caso acontece, como tampoco debe

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

Estas aportaciones demuestran que se hace necesario establecer en la legislación de familia en Cuba un orden de prelación de las personas naturales o jurídicas que puedan ser posibles acogedores de la guarda y cuidado. Se impedirían así interpretaciones erróneas del artículo 89 del Código de Familia, que aconsejan una solución diferente a la guarda y cuidado para los padres en situaciones especiales.<sup>85</sup>

Ciertamente la legislación española fue la primera en reconocer la guarda y cuidado a favor de terceros y es especial de los abuelos.<sup>86</sup> Se está de acuerdo con la profesora Mugarra que establece que los artículos 103.1 y 158, ambos del Código Civil español, facultan excepcionalmente al juez para encomendar a los hijos menores a otra persona distinta de los progenitores.

De no haberla, se encomendaría a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.<sup>87</sup> Estas fórmulas deben ser analizados por la legislación cubana para una posible inclusión bajo nuestras características y sobre la base de un proceso de jurisdicción voluntaria.

La atribución de la guarda y cuidado a los abuelos u otros parientes, incluso a personas cercanas al menor, tiene su fundamento en la actualidad cubana por causas especiales como padres en el exterior cumpliendo misión internacionalista,

---

conferírsele al padre, de manera simplista, en estricto apego a la ley, por no habersele suspendido o privado de la Patria Potestad, pues ello violentaría el carácter público de las normas que atañen a la familia como célula fundamental de la sociedad, y que debe protegerse por los órganos que la estructuran, carácter que refrenda enfáticamente las normas del tantas veces citado Código de Familia, al referirse a que la decisión de los órganos de justicia se atengan en todos los casos a lo que resulte más beneficioso para el menor, razones todas por las que procede acoger en parte el Recurso de Apelación establecido". En esta sentencia se establece la guarda y cuidado a una persona que no tenía relaciones paterno-filiales con la menor, pero el mantenimiento de relación era más conveniente para ella.

<sup>85</sup>Cuba. Código de Familia. Artículo 89.

<sup>86</sup>Mugarra Velasco, Miriam P. Ob. Cit.—p.188. En la sentencia del 14 de octubre de 1995, se priva al padre de la patria potestad a instancia de la abuela y se concede a ésta la custodia de sus nietas bajo el argumento de constituir la actuación del padre un abuso de autoridad dañoso,

<sup>87</sup>Ibídem, p.191.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

entre otras mencionadas. En estos casos la práctica jurídica indica que los menores se quedan de hecho y no de derecho al amparo de los abuelos o parientes y hasta vecinos y amigos, pudiendo generar situaciones engorrosas, cuando de representación directa se hablara.

Los abuelos poseen la delantera en el orden de prelación que se tiene que establecer en nuestra ley familiar. Como expresara Ferrer Riba, “los abuelos desempeñan su papel tradicional de ayuda a los progenitores y de transmisión generacional de valores y también los roles sustitutivos de los parentales que pueden servir de importante factor de cohesión y estabilidad”,<sup>88</sup> sin olvidar a los otros parientes.

Este trabajo acoge como fórmula más adecuada para el orden de prelación que debe quedar establecido para estos casos, el seguido para establecer la tutela de los mayores de edad, acogido en el Capítulo II del Título IV del Código de Familia. Por ende no debe ser el mismo tratamiento, solo hacer especial énfasis en determinados pronunciamientos del artículo 145.

El apartado 2 del mencionado apartado refiere en su final un orden a seguir, con los abuelos en primer lugar, a los hermanos después y más tarde a un tío. Se debe acoger además lo establecido por el apartado tres para los casos excepcionales, en que el tribunal pueda amparar a otra persona que aunque no tenga relaciones de parentesco con el menor, pueda tener su guarda y cuidado.<sup>89</sup>

Todos los aspectos hasta ahora planteados deben tener una relación exacta con lo establecido en el artículo 146, el cual establece los requerimientos para ser designado tutor, ajustándose entonces a la guarda y cuidado. Este orden debe ser seguido en correspondencia con el apartado uno del ya mencionado artículo que

---

<sup>88</sup>Ferrer, Riba. Comentario a la Sentencia de 29 de marzo de 2001, Atribución judicial de la guarda y custodia de una menor a sus abuelos maternos. *CCJC* (Madrid) 20(50). enero-marzo.—p.79.

<sup>89</sup>Cuba. Código de Familia. Artículos 145.2 y 145.3.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

se pronuncia a favor de la preferencia del menor, aunque con cautela, porque debe ser examinado cuidadosamente.<sup>90</sup>

Con esta fórmula establecida se da cobertura a una de las dificultades que aún persisten en el Anteproyecto del Código de Familia que se arrastra del Código actual, y que está relacionada con legitimar quienes serían los sujetos con capacidad legal para asumir la guarda del menor. En el artículo 128 del precitado Anteproyecto se plantea la idea de la posibilidad de que en caso de que los padres falten a sus responsabilidades de la patria potestad, existan familiares, que asuman la guarda del menor. En su defecto el fiscal dispondrá su internamiento en un centro de asistencia social.<sup>91</sup>

Al analizar este artículo cabría preguntar ¿Quiénes son estos familiares?, ¿en que orden vendrían? A esto le da respuesta la fórmula de este trabajo. Incluso va más allá al responder también quienes serían las personas legítimas para impugnar las resoluciones que se dicten a favor o en contra de la guarda del menor en caso de incumplimiento de las responsabilidades de la patria potestad y que tanto se mencionan en los artículos del Anteproyecto.<sup>92</sup>

De la misma manera sería una mejor variante que la expresada por el artículo 152 del proyecto de norma citado que refleja una nueva institución que intenta suplantar a los padres cuando estos no estén temporal o definitivamente. La

---

<sup>90</sup>Ibidem, artículo 145.1. Establece la preferencia manifestadas por el menor y la opinión mayoritaria de los mencionados parientes en cuanto resulte aceptable, a juicio del tribunal.

<sup>91</sup>Cuba. Anteproyecto del Código de Familia. Artículo 128. “Cuando el incumplimiento de los deberes a que se refiere al artículo anterior coloque al niño o niña en estado de riesgo y no existan familiares que asuman la responsabilidad de su atención, el fiscal dispone por resolución fundada y a solicitud de uno o varios de los órganos de prevención y atención social, según proceda, su internamiento en un Centro de Asistencia Social de los dedicados a estos fines de la Red Nacional”.

<sup>92</sup>Cuba. Anteproyecto del Código de Familia. Artículo 130. “Las resoluciones dictadas conforme a lo establecido en los artículos anteriores, pueden ser impugnadas, mediante proceso sumario ante el Tribunal Municipal Popular correspondiente por la madre o el padre del menor de edad, sus ascendientes o cualquier otra persona que demuestre interés legítimo”.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

Familia Sustituta es aquella que, de modo voluntario, se vincula a los Centros de Asistencia Social de la Red Nacional, en la labor de alojar, cuidar y atender a los menores de edad, allí acogidos, los fines de semana, las vacaciones y otros períodos; brindándoles la atención y el afecto que requieren.<sup>93</sup>

Este aspecto, no posee en su contenido solución alguna para que el menor no se sienta afectado con la no presencia de sus padres. Desarrollándose en un medio que no es el conocido, lejos de personas igualmente ajenas hasta este momento.

Es válido razonar que en la ausencia de los padres, el menor debe permanecer por regla general con un familiar que posea lazos legales de parentesco. Esto ayudaría en su conjunto al sistema de derecho porque serían menos engorrosos los procesos legales, porque por solo mencionar un ejemplo estarían tanto el menor como su pariente incluidos en una línea sucesoria.

Es conveniente reconocer así la guarda y cuidado a favor de terceros, antes de la familia sustituta. Mas cuando esta funciona en estrecha relación con los Centros de Asistencia Social.

Significaría entonces que decrezcan los niños en estos centros, donde se encuentran menores que en ocasiones tienen familiares que pueden asumirlos. De esta forma se estaría aliviando al Estado de cuestiones que le pueden ser ajenas y que por las circunstancias deben ser resueltas por la familia.

Las necesidades de guarda y cuidado de los menores se deciden dentro de la familia para bien de ellos, aspecto a lograr no sólo con la ayuda de las leyes, sino también con el desarrollo de campañas educativas y el fomento real del papel de la familia en la sociedad, incluyendo el ejercicio efectivo de sus derechos y la exigencia de sus deberes. Preponderando el artículo 2 del ya mencionado

---

<sup>93</sup>Cuba. Consejo de Estado. Decreto-Ley 76.—La Habana, 1984.—[s.p.]. La Familia Sustituta tiene sus antecedentes en disposiciones contenidas en esta legislación.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

Anteproyecto, que menciona en su primer párrafo, “que la familia se crea sobre las bases de una relación permanente entre ascendientes, descendientes, colaterales, cónyuges y afines”.<sup>94</sup>

Por todo lo recogido en el acápite, este proceso debe ser seguido de acuerdo a las peculiaridades de la institución, la que indudablemente ganaría en organización y certeza. Brindaría un espectro más grande de acuerdo a circunstancias actuales, fijando espacios legales donde la familia pueda encontrar seguridad jurídica.

### **II.6 Ventajas de la guarda y cuidado a favor de terceros.**

Los beneficios de la guarda y cuidado a favor de terceros son indudables. Se reconoce dentro del derecho personalísimo, dándole más participación a los sujetos intervinientes. Se logra una apertura en el Código de Familia a nuevas variantes, logrando sanciones acordes a derecho, a partir de nuevas circunstancias que existen en Cuba. Estos beneficios se concretan de la siguiente manera.

1. Al convivir el hijo con una persona que reconoce y que le es afín, éstos continuarán con una estabilidad psíquica y emocional, quedando equiparados en cuanto a la organización de su tiempo y vida personal.
2. Existen menos problemas de reconocimiento entre ambos sujetos, el guardador y el menor guardado, circunstancias éstas que favorecen el interés del hijo.
3. Cuando el niño queda al cuidado de una tercera persona afín, se garantiza la permanencia de los cuidados, aunque en diferente medida de los cuidados parentales y, por tanto, el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas.

---

<sup>94</sup>Cuba. Anteproyecto del Código de Familia. Artículo 2.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

4. Los contactos continuos y significativos que tenía este tercer sujeto que se hace cargo del menor, disminuyen el impacto traumático de no contar por un tiempo determinado o para siempre con sus progenitores alejando así el sentimiento de abandono; garantiza el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y normativas.
5. El sistema reconoce al nuevo guardador el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, posibilidades y características personales, las responsabilidades y deberes para con los hijos, por estar relacionado anteriormente con la educación que venía recibiendo el menor.
6. Los terceros guardadores tienen el fundamento de plantear su propio proyecto pues son, en principio, quienes en mejores condiciones de saber si podrán llevar a cabo el régimen que venían desarrollando los menores y qué es lo más beneficioso para los hijos de acuerdo con el específico funcionamiento familiar.
7. Al venir colaborando el tercero que asumirá la guarda y cuidado en las actividades que nacen del cuidado del niño se facilita la inserción del mismo por ende, aumentan las posibilidades de su adaptación en lo económico, debido a la manutención que significa el nuevo individuo.
8. Al ser considerada una institución temporal en determinados casos, ninguno de los padres se siente excluido en el proceso de crianza del niño, se legaliza el tener temporal del menor en caso de que ocurra un hecho de representación inmediata.
9. La participación activa de los terceros guardadores en la vida del menor los estimula a proveer a sus necesidades.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

10. Debe aceptarse la guarda y cuidado a favor de terceros, si constituye una opción que más respeta el interés del menor de estar facultado para decidir, por encima de otros elementos concurrentes.

### **II.7 La guarda y cuidado a favor de terceros, un proceso de jurisdicción voluntaria.**

Al quedar establecidos los principales aspectos sustantivos de la guarda y cuidado a favor de terceros, es necesario un breve análisis a partir de cuestiones procesales que traen consigo el tema. La determinación bajo este punto de vista, se hace prudente por ser el aporte procesalista el complemento y a la vez el apoyo fundamental de cómo se va a desarrollar lo que particularmente se ha reflejado en la norma sustantiva.

El campo procesal es muy amplio, lo que conlleva al análisis casuístico de cada uno de los espacios con que cuenta, para así estimar como se puede resolver la situación que entraña la guarda y cuidado. Lo primero a estimar que un proceso de este tipo con sus características peculiares, ofrece la duda de la jurisdicción a la cual puede ser sometida. Esta determinación es sumamente importante porque muestra la manera de proceder el tribunal.

Por tanto es importante comenzar afirmando que la jurisdicción propiamente dicha es potestad para administrar justicia atribuida a los jueces, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas a los casos concretos que deben decidir. Es la actividad del Estado encaminada a la actuación del Derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto. Su instrumento específico es el poder judicial.<sup>95</sup>

Sin embargo, existen casos que son sometidos a competencia judicial y que no tienen como fundamento la cuestión o litigio entre partes; sino, un acuerdo de

---

<sup>95</sup>China Guevara, Josefina. Jurisdicción voluntaria y función notarial. Tomado De [www.elconsultorlatino.es.4578469-597-h54df56](http://www.elconsultorlatino.es.4578469-597-h54df56), 16 de marzo de 2011.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

partes o sencillamente la ausencia de contradicción. Es aquí donde aparece la distinción objeto de estudio de la jurisdicción, que da respuesta al tipo de proceso en que ser incluido lo concerniente a la guarda y cuidado a favor de terceros.

La clasificación establecida por la doctrina esta referida a que existe jurisdicción contenciosa y voluntaria. La primera esta devenida según se ejerza en causa de que exista contradicción de partes, o en que la intervención del juez sólo tenga por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad, en el caso de la segunda.<sup>96</sup>

De esta forma se observa el contenido o fundamento de la jurisdicción voluntaria relacionada con la ya mencionada institución de la guarda y cuidado a favor de terceros, que esta determinada en la presencia judicial para determinar actos totalmente voluntarios. De esta manera se evitaría el litigio, aspecto que ha sido demostrado que afecta la regularidad de las relaciones ex conyugales con los hijos.

### **II.8 Distinción y efectos de la jurisdicción voluntaria atribuibles a la guarda y cuidado a favor de terceros.**

A la jurisdicción voluntaria se le atribuye un amplio contenido, por lo que dentro de sus contornos conceptuales permite incluir elementos reconocibles a la guarda y cuidado. De esta manera se fundamenta el reconocimiento de la institución a la jurisdicción voluntaria, brindando una amplia cobertura y respaldo a lo establecido en la parte sustantiva del Código de Familia.

Para distinguir las particularidades que se reconocen dentro de la jurisdicción voluntaria y que permiten la relación con la guarda y cuidado habrá que partir en todo momento de una serie de aspectos a comparar entre ellos. El profesor mexicano Vicente de Armas plantea que los aspectos son: “el hecho que se

---

<sup>96</sup>Calderón, Oscar. Procesos no Contenciosos.—Perú: Editorial Americana S.R.L, 1997.—p.56.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

somete a jurisdicción del juez, el conocimiento del juez respecto al hecho que se promueve, características y consecuencias del pronunciamiento judicial”.<sup>97</sup>

### **II.8.1 El hecho que se somete a jurisdicción del juez.**

En la jurisdicción voluntaria el hecho que se somete a consideración del juez es un pedido de realización de acto que la ley considera necesario para dar vida a una nueva relación jurídica o producir un determinado efecto jurídico.<sup>98</sup> Es por esto que se practica entre personas que se encuentren de acuerdo sobre el acto que se ejecuta, puede darse también a solicitud de una sola persona a quien le importa la práctica de algún acto.

En esas condiciones se puede encontrar unos padres que se van de misión y les interesa que sus hijos queden legalmente a la guarda de su abuela materna. Para de esta forma darle fuerza legal a la representación que ejerce la misma ante situaciones excepcionales y repentinas que se pueden dar en ausencia de los padres.<sup>99</sup> En la situación se cumple uno de los requisitos y es que no hay conflicto de intereses y la intervención del juez sólo tiene por objeto satisfacer exigencias de orden público.

### **II.8.2 El conocimiento del juez respecto al hecho que se le somete a consideración.**

En este apartado la relación se observa a través de la diferencia con la jurisdicción contenciosa. En esta, el juez procede con conocimiento legítimo; es decir procede de acuerdo con el resultado de una investigación personal. Por su parte en la

---

<sup>97</sup>Vicente de Armas, Fernando. El Derecho Procesal Mexicano ¿Estabilidad y Cambio?. Tomado De [www.demexico.com.mx/1547r784r58f548](http://www.demexico.com.mx/1547r784r58f548), 16 de marzo de 2011.

<sup>98</sup>China Guevara, Josefina. Ob. Cit.—p.165.

<sup>99</sup>Estas situaciones pueden ser tan simples como representar al menor ante los profesores de la escuela, y un poco más complejas como representarlos ante un proceso penal donde el menor sea responsable.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

jurisdicción voluntaria, se procede con conocimiento informativo, por lo que el juez decidirá de acuerdo al fundamento establecido de los informes de los interesados.

En este aspecto se reconoce los principios abordados del interés del menor y la autonomía de la voluntad establecidos para la guarda y cuidado. Esto brinda mayor protagonismo de las partes, reforzando el fundamento de la institución como derecho personalísimo. Además para los casos en que se cuente con la presencia del fiscal, este será oído como la parte veladora ya establecida en la ley de procedimiento.

### **II.8.3 Características y consecuencias del pronunciamiento judicial.**

Este elemento por ser el último aglutina y refleja los antes mencionados. En la jurisdicción voluntaria, el pronunciamiento sólo tiene por objeto dar autenticidad a un acto, que además ha sido expuesto por las partes y que no ha sido investigado por el tribunal, y en otra instancia puede también certificar el cumplimiento de un requisito de forma.

Esta característica revela que el fallo en cuando a procesos de guarda y cuidado a favor de terceros existan la ausencia de lo contencioso. Por su parte sobresale la función de garante de la observancia del ordenamiento en negocios privados que cumple el magistrado, de testigo calificado o de persona autorizada para otorgar validez al acto.

El carácter temporal que le brinda la doctrina a la guarda y cuidado, tiene mucha relación con el último de las características de la jurisdicción voluntaria que son los efectos del fallo. Mientras que en las sentencias de jurisdicción contenciosa produce efecto de cosa juzgada, en la voluntaria no es de este modo, lo que significa que las partes podrán en el futuro someter nuevamente a decisión judicial la cuestión ya resuelta.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

Se concuerda con el profesor que la decisión adoptada por el juez en la jurisdicción voluntaria no produce efecto de cosa juzgada y el acto puede ser revisado nuevamente. Aquí no se activa la presunción de veracidad, ni el principio de regularidad, ni se agota la jurisdicción con la decisión adoptada.<sup>100</sup>

Todos estos factores encuentran claramente relación con la institución debatida, propiciando en gran medida que se desarrolle la misma con sus características de derecho personal. No se puede perder de vista que en todos los actos de este tipo va a estar presente la figura del fiscal, que no va a permitir que por ser un proceso voluntario se violen principios que afecten al menor, tampoco la presencia de sí, va a entorpecer el desenvolvimiento voluntario que se quiere.

### **II.9 El proceso de utilidad y necesidad, equiparado a la guarda y cuidado a favor de terceros.**

En el ámbito procesal existen unas diligencias que pueden ser efectivas, para la determinación de la guarda y cuidado a favor de terceros. Estas diligencias llamadas de utilidad y necesidad está recogida en el artículo 87 del Código de Familia, referidas especialmente a los bienes propiedad del menor, sujeto a la patria potestad de los padres.<sup>101</sup>

El proceso de utilidad y necesidad, está dentro del marco de las actividades judiciales no contenciosas, apoyando de esta forma lo que ya se estableció en cuanto a que los procesos de guarda y cuidado son constituidos en la jurisdicción voluntaria. En el escrito de formulación de este tipo de trámites el o los titulares de la patria potestad, debe informar de la diligencia que desea hacer, enunciar la conveniencia del menor y solicitar la debida autorización. De esta forma llega la

---

<sup>100</sup>Barreto, Augusto. Derecho Notarial y Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos.—Lima: Editorial Fecat E.I.R.L, 1998.—p.105.

<sup>101</sup>Cuba. Código de Familia. Artículo 87. “Los padres podrán, en interés de los hijos bajo su patria potestad, disponer de los bienes de los mismos, cederlos, permutarlos o enajenarlos por causa justificada de utilidad o necesidad, previa la autorización del tribunal competente, con la audiencia del fiscal”.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

información a manos del juez que la verifica, oyendo como establece la ley al fiscal.

Estas diligencias de utilidad y necesidad,<sup>102</sup> son aplicables factiblemente a un proceso de guarda y cuidado a favor de terceros. De esta manera será conveniente reseñar quien deberá promover el proceso para que sea este pariente el encargado de estas actividades. De tal forma en primera instancia estarán los padres cuando sea por mutuo acuerdo en caso de que exista una de las circunstancias especiales ya mencionadas. Estos promoverán el proceso a favor de la tercera persona, por lo que se convierten en los responsables de demostrar la utilidad y necesidad.

Un tanto distinto ocurre cuando exista la ausencia de los padres o haya un proceso demostrando que no son los pertinentes para la guarda y cuidado del menor. De esta manera promoverá el proceso la tercera persona que se sienta en el derecho y cumpla con el orden de prelación establecido por la ley, para demostrar que el menor es necesario y útil que se quede con ella.

Es indudable que con este tratamiento el proceso de guarda y cuidado cobra fuerza y seguridad. Representa además un complemento para el legislador contemplar esta institución. No se está debatiendo de una nueva institución sino de una que ha demostrado ser eficaz para otras cuestiones, solo faltaría adaptarla a los procesos de guarda y cuidado.

---

<sup>102</sup>Informe de Investigación CIJUL. Tomado De <http://cijulenlinea.ucr.ac.rc/condición.htm>, 1 de abril de 2011. Existen Códigos procesales en Latinoamérica que recogen específicamente el proceso de diligencias de utilidad y necesidad, un ejemplo de ello lo constituye el Código Procesal Civil de la República de Costa Rica. En su artículo, 877, establece la regulación de la mencionada diligencia.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

### **II.10 Tribunales de Familia, para dirimir conflictos sobre la guarda y cuidado a favor de terceros.**

Luego de este breve análisis de los principales elementos sustantivos y procesales relacionados a la guarda y cuidado a favor de terceros, se hace prudente analizar una institución de nueva creación que se está abriendo paso en el mundo jurídico. Los Tribunales de Familia, según el profesor Osvaldo Álvarez, “posibilitan la existencia de una tutela judicial efectiva a través de una jurisdicción especial de familia, por la capital importancia que para las sociedades tiene la institución familiar, indiscutible pilar para cualquier género de desarrollo en los países de Iberoamérica”.<sup>103</sup>

Cuba no se ha quedado al margen del desarrollo previsto para la parte procesal del apartado de familia. Para apoyar esto, desde febrero de 2008, vio la luz en Guanabacoa el primer Tribunal de Familia en la isla.<sup>104</sup> Desde el momento hasta la actualidad se han expandido y ya se cuenta al menos con uno en cada provincia del país.<sup>105</sup>

Lo establecido por Enrique Valdés en su trabajo los Tribunales de Familia en Cuba, fortalece en gran medida lo defendido en esta tesis a favor de la guarda y cuidado a favor de terceros, y su relación con los Tribunales de Familia. Aunque es un procedimiento practicado en buena parte del mundo, el cubano tiene como novedoso la introducción de la figura de los abuelos en calidad de terceros, la

---

<sup>103</sup>Álvarez Torres, Osvaldo. Ob. Cit.—p.1

<sup>104</sup>Ibídem, p.11. El Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba a través de su Instrucción 187/07, ha implementado, experimentalmente. “Algunas modificaciones en determinados aspectos de la práctica judicial en los procesos vinculados al Derecho de Familia que, sin contravenir las normas vigentes, permitan comprobar y validar anticipadamente aspectos novedosos que pudieran incorporarse al ordenamiento procesal en vigor, y que por razones obvias se pondrán en práctica en un primer momento solo en aquellos tribunales que resulten designados al efecto”.

<sup>105</sup>Valdés, Enrique. Tribunales de Familia en Cuba. Tomado De [www.tsp.cu](http://www.tsp.cu), 3 de diciembre de 2010. “Cuba es el único país que incluye en su proyecto un equipo multidisciplinario no subordinado administrativamente al Tribunal”.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

activa participación del fiscal en todos los procesos, y la labor conciliatoria entre las partes, lo cual facilita la labor pues muchas veces, tras las conversaciones con las partes, se logran acuerdos que viabilizan el proceso, evitan impugnaciones y liman fisuras emocionales.<sup>106</sup>

Este órgano por las características que tiene es el más apropiado para conocer de las situaciones que se originan en torno a la guarda y cuidado del menor. Máxime cuando se ha establecido que la misma debe ser conocido en proceso de jurisdicción voluntaria. El proceder por tanto se hace más flexible y allegado a los involucrados, posibilitando grandes ventajas.

- Justicia especializada en materia de familia, más cercana, humana y eficiente.
- Los juicios serán ahora más rápidos y a diferencia del sistema vigente, preponderantemente escrito que ronda el Derecho Civil, la nueva justicia de Familia usará procedimientos orales.
- En los nuevos juzgados de familia los conflictos serán abordados de manera integral e interdisciplinaria. Para que el juez tome las mejores decisiones contará con la asesoría de profesionales especializados en temas de familia, pudiendo ser asistentes sociales, psicólogos u otros.
- Aumentan las herramientas para asegurar la protección de las familias, niños, niñas y adolescentes.
- En los juzgados de familia se promoverá que las personas voluntariamente solucionen sus conflictos por la vía de acuerdos pacíficos, en especial a través de la mediación. Así, antes de iniciar un juicio, al momento de interponer una demanda o cuando una causa ya se haya iniciado las personas podrán acceder a la mediación.

---

<sup>106</sup>Ibídem, p.3.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

- El objetivo es aminorar los costos emocionales del conflicto y comprometer a las partes a la solución de sus problemas
- Se busca también que, a pesar del conflicto, se establezca entre las partes una relación pacífica en el futuro.

Esta proyección de la importancia del uso de estos tribunales para estos casos, se contrapone a lo establecido por el profesor Osvaldo Álvarez. Él plantea que “se debe mantener incólume la composición y estructura actual de los tribunales de justicia y la preponderancia de lo judicial en la dilucidación de los asuntos de familia y abogar por el activo rol de equipos asesores multidisciplinarios integrados por psicólogos, sociólogos, psiquiatras, pedagogos, trabajadores sociales, entre otros profesionales”.<sup>107</sup>

A esta idea se opone este trabajo por quedar demostrado que las actuaciones desde los Tribunales de Familia logran desarrollarse en muchos de los casos la conciliación y el acuerdo. De esta forma se logra eficazmente el propósito final de un proceso de guarda y cuidado a favor de terceros, que se mantenga el equilibrio familiar que hasta el momento existía alrededor del menor, y por que no, también del resto de la familia.

Todas estas cuestiones ventajosas ilustran que ha través de los Tribunales de Familia, se afianzan los principios de autonomía de la voluntad y del interés del menor, tan debatidos en la guarda y cuidado. Los propios elementos de ser tribunales específicos, logra mayor precisión en las sentencias dictadas. Además estos tribunales logran que el proceso sea más tranquilo y asequible por no contar con togas y una serie de formalidades, que no se despreocupan pero que no se acentúan en demasía.

---

<sup>107</sup>Álvarez Torres, Osvaldo. Ob. Cit.—p.1.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

Estos órganos constituyen la afirmación de que el Ordenamiento Jurídico cubano no desconoce de soluciones alternativas, tratando de evitar el litigio en los asuntos de familia. Estas pueden ser implementadas extrajudicialmente, teniendo presente que en este marco se toman decisiones que además de solucionar la litis, se resuelven problemas familiares de fondo que pueda generar la guarda y cuidado. Serían asuntos no solamente jurídicos.<sup>108</sup> Aunque en casos como estos las decisiones deben ser con la intervención del juez por la materia de que se trata y el bien que se tutela.

De esta manera, se está fortaleciendo, los asuntos de familia, y dentro de el proceso de guarda y cuidado, contando así con un nivel de especialización de los operadores del Derecho en estos asuntos. De esta forma se intenta separar los procesos civiles de esta materia familiar.

### **II.11 A modo de conclusiones parciales.**

El principio de la autonomía de la voluntad conjuntamente con el de interés de los menores, tienen una evolución y desarrollo primordial dentro de la guarda y cuidado a favor de terceros. Esto posibilita que de acuerdo al sentir de los interesados se le de participación a un determinado número de personas, que puedan contribuir con sus conocimientos del tema. Para darle una solución efectiva al asunto; no serían tratados como testigos, sino participantes en la mesa de conversaciones, tratando de evitar posibles confrontaciones futuras.

Establecido está, que el ser reconocido el proceso de guarda y cuidado a favor de terceros dentro del proceso de jurisdicción voluntaria, se está evitando el litigio. De

---

<sup>108</sup>Hernández Pérez, Misalys. La Mediación Familiar: Una visión desde el Derecho Positivo Cubano. Congreso Internacional de Derecho Procesal.—La Habana, 2009.—[s.p.] “La Instrucción 187 del Tribunal Supremo Popular faculta al tribunal a la luz del art 40 de la LPCALE para que de manera excepcional pueda crear una solución fuera del marco de la ley y adoptar las medidas necesarias para restablecer la equidad procesal”.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

esta forma el análisis de las comparecencias, contribuye a resolver los conflictos que generan la guarda y cuidado a un tercero, con mayor urgencia y sensibilidad.

Existe una carencia considerable en cuanto al tratamiento de la ley sustantiva a la guarda y cuidado. En estos asuntos, es necesario establecer un orden de prelación de atribución de la institución a favor de terceros, demostrando su utilidad y necesidad, con especial preponderancia para los abuelos que ayude a eliminar las interpretaciones extensivas de la norma.

Siendo conveniente la presencia del fiscal para oír su parecer; porque el continúa siendo el velador de la situación estable del menor, como principio constitucional. Por su parte, el Tribunal de Familia, buscará información de un equipo técnico asesor multidisciplinario, compuesto por sociólogos, psicólogos y otros especialistas que posibilite el conocimiento exacto de la situación, cerrando así un complejo proceso que envuelve la guarda y cuidado a favor de terceros.

Concretamente es de significar que se aboga en este trabajo y después de lo demostrado que la guarda y cuidado a favor de terceros este establecida, pero con presencia incólume de la autonomía de la voluntad y la participación del menor. Los análisis y revisiones bibliográficas así lo demuestran.

### **II.12 Resultados de las entrevistas realizadas a familias y especialistas sobre el tema. Inferencias. (Ver anexos 1, 2, 3 y 4)**

#### **II.12.1 Familias:**

Se entrevistaron 10 familias. Ver Anexo 3

#### **Inferencias:**

1. El 100% de las familias entrevistadas considera que deben incluirse otras personas con derecho sobre la guarda y cuidado de menores antecediendo al Estado, lo que implica modificar el Código de Familia vigente.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

2. El 100% de las familias está de acuerdo con que sus hijos se queden bajo la guarda y cuidado de otras personas en caso de ausencia de ellos por cualquier razón.
3. El orden que establecen para otorgar la guarda y cuidado es el siguiente:
  - 1.- Abuelos (el 80% entre el 1er y 2do lugar)
  - 2.- Hermanos mayores y Tíos (con un 60% en 1er y 2do lugar)
  - 3.- Primos (con un 20% en 3er lugar)
  - 4.- Otros familiares (con un 10% en 4to lugar)
  - 5.- Amigos (con un 40% en 5to lugar)
  - 6.- El Estado (con un 80% en 7mo lugar)

Lo anterior evidencia el grado de preferencia de las familias acerca de quien debe asumir la guarda y cuidado de sus hijos en caso de ausencia.

Es de señalar que no obstante la votación, un 60% de las familias entrevistadas prefiere no establecer un orden de prioridad, sino señalar por Ley quienes tienen derecho a la guarda y cuidado a favor de terceros y que sea el Tribunal competente, asesorado por el equipo multidisciplinario que valore el caso teniendo presente lo mejor para el menor, respetando además la voluntad expresa de los padres y que a partir de que el menor cumpla los siete (7) años, sea escuchado el interés del mismo para tomar decisión final.

### **II.12.2 Especialistas:**

Se entrevistaron 8 Especialistas.

1. El 100% de los entrevistados coincide en la necesidad de incorporar la institución de la guarda y cuidado a favor de terceros en el cuerpo de la Ley vigente con una nueva redacción.
2. El 80% considera que es necesario separar la guarda y cuidado a favor de terceros de la institución de la patria potestad.

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

3. El 100% considera que los Tribunales de Familia sean los encargados de conocer y resolver los problemas que en este tema se presenten, teniendo los mismos un margen de acción a la hora de tomar las decisiones en bien del menor.

### **De lo anterior se infiere:**

1. Se considera necesaria la inclusión de la guarda y cuidado a favor de terceros en la Ley pues ello propiciará el desarrollo del menor guiado por personas afines y fortalecerá el carácter de obligatoriedad y garantía de la institución, además, la Ley Sustantiva daría las orientaciones precisas para facilitar la toma de decisiones por el Tribunal.
2. Se recomienda separar la guarda y cuidado a favor de terceros de la patria potestad, sugiriéndose la modificación de la Ley en cuanto a su alcance evitando la limitación de acción de la guarda y cuidados a favor de terceros por los postulados de la patria potestad.
3. Se considera tener en cuenta las variantes ofrecidas por códigos foráneos como consulta sobre el tema, pero adecuando los mismos a nuestra realidad, cuidando además la redacción de la Ley para evitar acercarnos a la familia sustituta a no ser que sea imprescindible.
4. Se está de acuerdo con un orden de prelación, pero manteniendo un margen de decisión a favor del Tribunal en bien del menor cuando el caso lo amerite teniendo en cuenta las condiciones reinantes en ese momento.
5. Se considera que los Tribunales de Familia son los competentes para conocer y solucionar causas por la guarda y cuidados a favor de terceros dadas las propias funciones inherentes a este Tribunal como otorgador de autorización judicial en aspectos relacionados con el menor y la especialización de su equipo de trabajo dado por su composición, lo que

## Capítulo II: El reconocimiento de la guarda y cuidado a favor de terceros en la legislación cubana actual.

---

brinda una mayor certeza y justeza a la hora de tomar decisión final por esta entidad.

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Conclusiones

---

1. La subordinación de la guarda y cuidado de menores a la patria potestad desde su concepción en la antigua Roma, ha limitado su papel en la solución de conflictos familiares, situación que dificulta su desarrollo como institución.
2. La guarda y cuidado a favor de terceros debe estar incluida dentro del Código de Familia con autonomía, que favorezca su aplicación.
3. El Código de Familia debe establecer un orden de prelación que facilite al Tribunal la concesión de la guarda y cuidado a favor de terceros, teniendo en cuenta las condiciones reales, la voluntad de los padres y el interés del menor con derecho a expresión.
4. El Tribunal de Familia debe ser el encargado de dirimir los conflictos de la guarda y cuidado a favor de terceros con un margen de potestad para fallar en beneficio del menor.

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Recomendaciones

---

1. Canalizar a los niveles competentes la sugerencia de modificar el Código de Familia en los apartados de guarda y cuidado para introducir la modalidad a favor de terceros.
2. Continuar profundizando en el estudio del tema en aras de actualizar y facilitar la aplicación de la Ley en nuestra sociedad, contribuyendo a elevar la calidad de vida de la población.

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Bibliografía

---

- Albaladejo García, Manuel. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales/ Manuel Albaladejo García.—Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 198?.—507p.
- Alvarez Tabio, Ana María. Evolución Histórica de la Patria Potestad/ Ana María Alvarez Tabio.—La Habana: Universidad de la Habana, 2008.—[s.p.].
- Álvarez Torres, Osvaldo. Necesidad y Posibilidad de un Procedimiento y una Jurisdicción Especial de Familia en Cuba/Osvaldo Álvarez Torres.—Ponencia realizada en la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia. La Habana:[s.n.], 2006.—[s.p.].
- Argentina. Suprema Corte de Justicia. Sentencia 2/5: Sobre la decisión del régimen de comunicación, al ocurrir el divorcio de los cónyuges.—Buenos Aires, 2003.—[s.p.].
- Argentina. Suprema Corte de Justicia. Sentencia 22/98: Sobre la decisión del régimen de comunicación, al ocurrir el divorcio de los cónyuges.—Buenos Aires, 1998.—[s.p.].
- Argentina. Suprema Corte de Justicia. Sentencia 25/98. Sobre la decisión del régimen de comunicación, al ocurrir el divorcio de los cónyuges.—Buenos Aires, 1998.—[s.p.].
- Barreto, Augusto. Derecho Notarial y Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos/ Augusto Barreto.—Lima: Editorial Fecat E.I.R.L, 1998.—296p.
- Bel Bravo, María Antonia. La Familia en la Historia. Tomado De <http://books.google.es/books?id=E8svsw- pkwC>, 16 de febrero de 2011.
- Bolivia. Asamblea Legislativa. Ley 996: Código de Familia.—La Paz, 1988.—[s.p.].
- Calderón, Oscar. Procesos no Contenciosos/ Oscar Calderón.—Perú: Editorial Americana S.R.L, 1997.—345p.

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Bibliografía

---

- Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español, Común y Foral/ José Castán Tobeñas.—Madrid:[s.n.], 1944.—402p.
- Castro Ruz, Fidel. Los niños y la Revolución/ Fidel Castro Ruz.—La Habana: [s.n.], 1991.—21p. Discurso pronunciado en la clausura del Primer Congreso de los pioneros. La Habana, 1 de noviembre de 1991.
- Chile. Consejo de Estado. Código Civil.—Santiago de Chile, 1857.—[s.p.].
- China Guevara, Josefina. Jurisdicción voluntaria y función notarial. Tomado De [www.elconsultorlatino.es.4578469-597-h54df56](http://www.elconsultorlatino.es.4578469-597-h54df56), 16 de marzo de 2011.
- Clemente Meoro, Marcos. De las relaciones paterno-filiales: la patria potestad/ Marcos Clemente Meoro.—Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1998.—423p.
- Costa Rica. Asamblea Legislativa. Código de Familia.—San José, 1973.—[s.p.].
- Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Constitución de la República.—La Habana, 2002.—75p.
- Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley 1289: Código de Familia.—La Habana, 1975. —23p.
- Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley 7: Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral.—La Habana, 1977.—[s.p.].
- Cuba. Consejo de Estado. Decreto-Ley 76: Sobre la familia sustituta.—La Habana, 1984.—[s.p.].
- Cuba. Ministerio de Justicia. Anteproyecto del Código de Familia.—La Habana:[s.n.], 2010.—[s.p.].
- Cuba. Tribunal Supremo Popular. Sentencia 862/05: Sobre guarda y custodia de menores.—La Habana, 2005.—[s.p.].
- Cuba. Tribunal Supremo Popular. Instrucción 187/07: Sobre el proceder de los Tribunales, en cuestiones de familia, especialmente en cuanto a guarda y cuidado y régimen de comunicación.—La Habana, 2008. 28p.

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Bibliografía

---

- Cuba. Tribunal Supremo Popular. Sentencia 1022: Sobre la atribución de la guarda y cuidado al padre. La Habana, 2001.—[s.p.].
- Cuba. Tribunal Supremo Popular. Sentencia 692: Sobre guarda y custodia de menores.—La Habana, 1999.—[s.p.].
- Díaz Pairó, Antonio. El divorcio en Cuba/Antonio Díaz Pairó.—La Habana: Editorial Lex, 1935.—361p.
- Diez-Picazo, Luis. Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de Patria Potestad. Anuario de Derecho Civil (Madrid), fascículo I (2): 15, enero-marzo de 1957.
- Diez-Picazo, Luis. Sistema de Derecho Civil/ Luis Diez-Picazo, Antonio Gullón.—Madrid: Editorial Tecnos, 1997.— 456p.
- España. Ministerio de Gracia y Justicia. Código Civil.—Madrid, 1889.—[s.p.].
- España. Tribunal Supremo. Sentencia 9/6: Sobre el ejercicio de la patria potestad.—Madrid, 1960.—[s.p.]
- Espín Cánovas, Diego. Manual de Derecho Civil Español/ Diego Espín Cánovas.—Madrid:[s.n], 1988.—494p.
- Estados Unidos. Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. —Nueva York: ONU, 1948. —[s.p.].
- Estados Unidos. Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración de los Derechos del Niño.—Nueva York: ONU, 1959.—[s.p.].
- Evolución histórica de la institución matrimonial en España/ Castillo Sevilla Felipe...[et.al.]. IV Conferencia de Derecho de Familia.—La Habana:[s.n.], 2006.—28p.
- Fariñas Rodríguez, Gilda. Guarda y Cuidado De Los Hijos, ¿A Quién Corresponde En Caso De Divorcio?. Tomado De <http://www.ministeriodejusticia.54rtf.juridic8iuj.com>, 19 de abril de 2011.

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Bibliografía

---

- Fernández del Pozo, Francisco. La Patria Potestad en Roma. Tomado De <http://www.iin.oea.org/PatriaPotestad/Conclusiones4.htm>, 16 de marzo de 2011.
- Fernández Montoya, Miguel. La Familia Romana. Tomado De <http://www.elergonomista.com/derechoromano/familia.htm>, 16 de febrero de 2011.
- Ferrás Morales, Isabel María. Determinación de guarda y cuidado de los hijos menores en Cuba, contribución al desarrollo social. Tomado De <http://leyes.tv/foro/8335-tema-1-8-las-familias-juridicas-en-el-mundo-contemporaneo-parte-i>, 7 de marzo de 2011.
- Ferrer I, Riba, Javier. Comentario a la Sentencia de 29 de marzo de 2001, Atribución judicial de la guarda y custodia de una menor a sus abuelos maternos. CCJC (Madrid) 20,(50), enero-marzo de 2001.—321p.
- García Pastor, Milagros. La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales/ Milagros García Pastor.—Madrid: Editorial Ciencias Jurídicas, 2000.—389p.
- García Torales, Marta. Roma y la Familia. Tomado De <http://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/patria-potestad>, 19 de febrero de 2011.
- García-Trevijano, Antonio. El Principio de Mediación. Tomado De <http://malvasia.blogspot.com>, 15 de abril de 2011.
- Gómez de Liaño, Javier. Los Hijos Ilegítimos y Adoptivos. Su problemática actual/ Javier Gómez de Liaño.—Madrid:[s.n], 1972.—392p.
- Gómez Taboada, Jesús. Alteraciones Recientes en El Derecho de Familia Español: Algunas Consideraciones Críticas. IV Conferencia de Derecho de Familia.—La Habana:[s.n.], 2006.—34p.
- González Espinoza, Marcos. La Familia. Tomado De [www.elconsultorarg.juri4rtfl.com](http://www.elconsultorarg.juri4rtfl.com), 2 de abril de 2011.

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Bibliografía

---

- Hernández Pérez, Misalys. La Mediación Familiar: Una visión desde el Derecho Positivo Cubano. Congreso Internacional de Derecho Procesal.—La Habana: [s.n.], 2009.—[s.p.].
- Hernández Pérez, Misalys. El derecho de familia en su perspectiva social: visión desde Cuba. Tomado De [www.eumed.net/rev/cccss/06/mhp2.htm](http://www.eumed.net/rev/cccss/06/mhp2.htm), 21 de marzo de 2011.
- Informe de Investigación CIJUL. Tomado De <http://cijulenlinea.ucr.ac.rc/condición.htm>, 1 de abril de 2011.
- Lévi-Strauss, Claude. Los Nayar y la definición del matrimonio. El origen de la familia. Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia/ Claude Lévi-Strauss.—Barcelona: [s.n.], 1974.—467p.
- Manual de Derecho Romano/Julio Fernández Bulté...[et.al.].—La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 2000.—262p.
- Martín López, Enrique. Familia y Sociedad/ Enrique Martín López.—Buenos Aires: Editorial Rialp, 2000. —145p.
- México. Asamblea del Distrito Federal. Código Civil Federal.—Distrito Federal, 2004.—[s.p.].
- Navarro Castro, Manuel. Comentario a la Sentencia de 20 de septiembre de 2002, sobre el Derecho de visitas a los menores a favor de abuelos y otros parientes. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (Madrid), (62): 461, mayo-agosto de 2002.
- Nicaragua. Ministerio de Justicia. Código Civil.—Managua, 198?.—[s.p.].
- Nicoliello, Nelson. Diccionario del Latín Jurídico.—Montevideo: Editorial Euros, 2004.—547p.
- Nuevos Perfiles del Derecho de Familia/ Leonardo Bernardino Pérez Gallardo...[et.al.].—Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006.—424p.

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Bibliografía

---

Núñez Travieso, Belkis Caridad. Disquisiciones Teóricas Acerca del Instituto de La Patria Potestad en Cuba Tomado De: <http://www.nbc.cunja%likju9lorgia.com>, 24 de abril de 2011.

Ortuño Muñoz, Pascual. Criterios Sobre La Distribución de Funciones en el Ejercicio de la Patria Potestad Conjunta en las Crisis Matrimoniales. Tomado De: <http://www.elegisladorespañol.12edre2.huuimlot.com>, 3 de abril de 2011.

Panamá. Asamblea Legislativa. Ley 3: Código de Familia.—Panamá, 1994.—[s.p.].

Peña Bernaldo de Quiróz Manuel. Derecho de Familia/ Manuel Peña Bernaldo de Quiróz.—Madrid: Editorial Universidad Complutense, 1989.—563p.

Peñaranda Quintero, Héctor Ramón. La Patria Potestad. Tomado De: [hpen21\[arroba\]telcel.net.ve](http://hpen21[arroba]telcel.net.ve), 10 de marzo de 2011.

Pimentel Rueda, Caridad Katywska/ Protección a las niñas y niños en el ordenamiento jurídico cubano. Práctica judicial actual en materia familiar. Caridad Katywska Pimentel Rueda; Eremis Marilyn Tamayo Pérez. Tomado De: [www.tsp.cu](http://www.tsp.cu), 21 de febrero de 2011.

Planiol, Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil/ Ripert Planiol.—Paris:[s.n],1948.—496p.

Ponce Rodríguez, José Manuel. La Protección del Menor. Tomado De: <http://www.iin.oea.org/elmenor/Conclusiones4.htm>, 22 de febrero de 2011.

Portillo, Mazerosky. La Patria Potestad en la Legislación Venezolana. Tomado De: [www.elescritor.com](http://www.elescritor.com), 20 de febrero de 2011.

Prada González, José María. Intervención Judicial en el Ejercicio de la Patria Potestad a Través del Procedimiento de la Disposición Transitoria Décima de La Ley 11/1981/ José María Prada González. Curso para Jueces.— Madrid:[s.n.], 2002.—[s.p.].

## La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el contexto cubano actual. Bibliografía

---

- Rivero Hernández, Francisco. El derecho de visita. Teoría y Praxis, en el derecho de visita/ Francisco Rivero Hernández—Pamplona: Editorial Universidad de Navarra, 2006.—393p.
- Sánchez Roca, Mariano. Leyes Civiles de Cuba y su Jurisprudencia/ Mariano Sánchez Roca.—La Habana: Editorial Lex, 1951.—394p.
- Schneider, Mariel. Un fallo sobre tenencia compartida./ Mariel Schneider —Madrid: Editorial Tecnos, 2001.—496p.
- Serralta Massonnier, Andrés. Patria Potestad. El Origen Histórico: El Derecho Romano y Evolución de este. Tomado De: [www.andser@adinet.com.uy](mailto:www.andser@adinet.com.uy), 26 de marzo de 2011.
- Sugranyes Ramos, Carmen. Convención sobre los derechos del niño: Garantías para el futuro. Tomado De: <http://www.venceremos.co.cu>, 28 de abril de 2011.
- Valdés, Enrique. Tribunales de Familia en Cuba. Tomado De: [www.tsp.cu](http://www.tsp.cu), 3 de diciembre de 2010.
- Vega Umattino, Pedro Alejandro. Juzgados de Familia. Tomado De: <http://bloglegal.bcl.bn/profile-umattino.html>, 15 de abril de 2011.
- Velasco Mugarra, Miriam P. La Guarda y cuidado de los menores sujetos a la Patria Potestad/ Miriam P Velazco Mugarra.—La Habana: Editorial ONBC, 2008.—412p.
- Velasco Mugarra, Miriam. Guarda y Cuidado en Menores. Tomado De: <http://web.uam.es/personalpdi/derecho/nbermejo/Docencia/FacDer/licderecho/materiales/>, 15 de enero de 2010.
- Venezuela. Congreso de la República. Código Civil.—Caracas, 1982.—[s.p.].
- Vicente de Armas, Fernando. El Derecho Procesal Mexicano ¿Estabilidad y Cambio?. Tomado De: [www.demexico.com.mx1547r784r58f548](http://www.demexico.com.mx1547r784r58f548), 16 de marzo de 2011.
- Y Duque de Estrada, Francisco Varona. Comentarios al Código de Familia. Revista

La guarda y cuidado a favor de terceros. Una necesidad en el  
contexto cubano actual. Bibliografía

---

Cubana de Derecho (La Habana) 24,(19):53.

## **Anexo 1**

**Con el objetivo de validar la importancia de la inclusión de una modificación en el Código de Familia en Cuba, que reconozca la guarda y cuidado a favor de terceros, realizamos esta entrevista para contar con sus valiosos criterios.**

### **ESPECIALISTAS:**

1. Considera usted pertinente que en la actualidad, la institución de la guarda y cuidado a favor de terceros, pueda estar recogida en la Ley. Argumente.
2. Apoya la variante ofrecida por los Códigos Foráneos como el español, de poder atribuir la guarda y cuidado a favor terceros, a los abuelos, tíos, hermanos mayores de edad u otras personas con las condiciones para hacerlo determinadas previamente por la ley. Argumente.
3. Esta de acuerdo con establecer un orden de prelación, sobre la base de lo establecido para los casos de tutela en nuestra Ley de Familia. Justifica.
4. Es pertinente separar la guarda y cuidado de la institución de la patria potestad o modificar esta en cuanto a su alcance, para eliminar el freno que constituye esta última con el fin de atribuir la guarda y cuidado a personas distintas de los padres.
5. Si los Tribunales de Familias solucionasen los casos de Guarda y Cuidado con estas nuevas propuestas de modificación de la Ley. Estaría usted a favor o en contra. Argumente.

## Anexo 2

**Con el objetivo de validar la importancia de la inclusión de una modificación en el Código de Familia en Cuba sobre la guarda y cuidados a favor de terceros, se pone a su consideración esta entrevista para contar con sus valiosos criterios.**

### FAMILIAS

1. Según se establece hoy en la Ley, la guarda y cuidado de menores está determinada por la Patria Potestad, al faltar los padres, el Estado asume esta tarea suplantando el vínculo familiar, ¿está usted de acuerdo con ello o sugiere incluir otras personas con derechos.
2. En caso de ausencia suya por cualquier razón insoluble, estaría de acuerdo que su o sus hijos se quedaran bajo la guarda y cuidado de los abuelos u otros parientes o amigos con las condiciones requeridas para hacerlo.
3. ¿Qué orden del 1 al 7 le otorgaría a las siguientes personas o entidades para asumir esta guarda y cuidado de sus hijos de ser necesaria:

\_\_\_ Tíos.

\_\_\_ Amigos.

\_\_\_ Abuelos.

\_\_\_ Hermanos mayores.

\_\_\_ Primos.

\_\_\_ Otros familiares.

\_\_\_ El Estado.

### Anexo No 3

Lugar	Tíos	Amigos	Abuelos	Hermanos mayores	Primos	Otros familiares	Estado
1ro	10 %		50%	40%			
2do	50%		30%	20%			
3ro	40%		20%	20%	20%		
4to				20%	70%	10%	
5to		40%			10%	30%	20%
6to		60%				40%	
7mo						20%	80%

#### **Anexo 4 (Especialistas entrevistados)**

<b>ESPECIALISTAS</b>	<b>No</b>
FISCALES	1
ABOGADOS	4
JUECES	2
NOTARIOS	1
<b>TOTAL</b>	<b>8</b>