



Marzo 2011

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE GUARDA Y CUIDADO

Autor: Lic. Antonio A. Salomón Salomón
Coautores: Lic. Yusleidys Arteaga González
Esp. Beatriz Figueraz González
Lic. Diosbel Fuentes Guilarte

Institución Filial Universitaria “Cándido González Horta”
Universidad Vladimir Ilich Lenin
Municipio. Colombia, Cuba

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Salomón Salomón, Arteaga González, Figueraz González y Fuentes Guilarte: *Algunas consideraciones sobre guarda y cuidado*, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, marzo 2011. www.eumed.net/rev/cccss/11/

Resumen

Desde comienzos del segundo tercio del pasado siglo, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos se ocuparon de reformar el derecho de familia. Las nuevas concepciones sociales sobre la familia estaban fuertemente inspiradas en el principio de igualdad acogido por la Organización de Naciones Unidas. La igualdad de los cónyuges y las relaciones de igualdad de los progenitores respecto a los hijos encontró un respaldo jurídico para fundamentar las reformas del derecho de familia en la igualdad de todos sus miembros.

En Cuba la constitución de 1940 fue el primer intento legal de respaldar el principio de igualdad en el ámbito social y en las relaciones familiares pero aún cuando se reconoció en esta época formalmente la igualdad de los cónyuges y de los hijos, no fue hasta 1975 en que se promulga el Código de Familia que estos derechos se hicieron legalmente efectivos. Las variantes de Guarda y custodia más comunes para la protección y asistencia de los hijos sujetos a la patria potestad son: guarda unilateral, guarda compartida o alternativa, guarda conjunta, guarda a cargo de tercero y dentro de esta, la especialidad de la guarda a los abuelos, que es el motivo de este artículo. Se tiene como móvil de este trabajo la existencia de situaciones excepcionales en las que se hace necesario, independientemente de que la patria potestad la tengan los progenitores por derecho, la guarda y custodia del menor de edad se le otorgue a un tercero, en este caso los abuelos, si reúnen las condiciones, con el objetivo de lograr un principio fundamental, el “Principio del interés superior del niño”.

Generalidades acerca de la guarda y cuidado: su regulación en la Jurisprudencia española.

La guarda y cuidado, como uno de los deberes de la patria potestad, comprende un conjunto de funciones como son el cuidado director del menor de edad, su aseo personal, su alimentación, el cuidado de su salud, su seguridad personal, su recreación, su educación, el amor y sobre todo la convivencia, como su eslabón fundamental, cuando se realiza a plenitud y sin afectar la estabilidad emocional del niño.

Antes de 1975 no había unanimidad de opiniones en cuanto a la guarda y cuidado de los hijos. El Decreto ley No. 206 del 10 de mayo de 1934 estableció, en su sección cuarta, que los hijos menores de cinco años quedarían al abrigo y cuidado de la madre, salvo que esta fuera declarada culpable de una de las causales del divorcio. Después de los cinco años de edad, los varones pasaban a la guarda y cuidado del padre y las hembras a la madre, no obligándose al juez a esta regla ante un conyugue culpable. De resultar ambos privados, se disponía la guarda y cuidado.

En 1975 cuando se produce la transformación del Derecho de Familia especialmente en cuanto a las relaciones paterno- filiales, se estableció una diferencia sustancial con el anterior sistema de atribución de la guarda y cuidado de los hijos menores de edad por los progenitores que no conviven, se eliminaron las causales de divorcio y se abandonó definitivamente el criterio de atribución, según la culpabilidad o no de los conyugues en el divorcio. La atribución de la guarda y cuidado de los hijos menores de edad y las relaciones paterno- filiales quedaron reguladas en el Código de Familia en el Capítulo II del Título II, titulado “De las relaciones entre progenitores e hijos” con dos secciones: la primera dedicada a la patria potestad y su ejercicio en cualquiera de las situaciones jurídicas en que se encuentren los progenitores, y la segunda, que regula de forma general la guarda y cuidado y comunicación entre progenitores e hijos.

Los artículos 57 y 58 de la sección cuarta del capítulo III del título I del Código de Familia establece una regulación especial referente a los hijos cuyos progenitores se encuentran en trámites de divorcio.

En esta materia de guarda y cuidado de los hijos menores de edad, nuestro Código de Familia le da preferencia a la madre frente al padre establecido ello en su artículo 89, independientemente de que el artículo 1 del citado código declara “la absoluta igualdad de derecho entre el hombre y la mujer” y la obligación de estos de cumplir eficazmente “ sus obligaciones con respecto a la protección, formación moral y educación de los hijos para que se desarrollen plenamente en todos los aspectos y como dignos ciudadanos de la sociedad socialista”.

Respecto a la guarda y cuidado de los hijos menores el artículo 88 del Código de Familia plantea que estos “estarán al acuerdo de los padres, cuando estos no convivieran juntos”.

El artículo 90 del Código de Familia plantea que “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 de edad conserve la comunicación escrita y de palabra con ellos...”.

A finales de 1977 se le agregaron tres artículos al Código Civil Español referente a la igualdad del padre y de la madre en cuanto al ejercicio de la patria potestad, sin esclarecer de qué forma se llevaría a cabo.

El 15 de Septiembre de 1978 en el boletín oficial de las cortes se publica como proyecto de Ley sobre reforma del Código Civil en materia de patria potestad las modificaciones propuestas por Díez- Picazo basadas en la igualdad del hombre y la mujer, con la eliminación- en el proyecto- de la preferencia del padre en el ejercicio de la patria potestad que estaba vigente, y que era una situación contraria a la posición asumida por el Derecho Comparado.

De acuerdo con el Derecho Español, en principio los progenitores pueden encargarle la guarda de sus hijos a un tercero cuando lo consideren conveniente, pero quedará siempre a criterio del Juez valorar si la medida se ajusta o no al interés del menor de edad, pues excepcionalmente el artículo 103.1 del Código Civil ha previsto que “los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de haberla, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez”.

Ejemplo de esto lo observamos en La audiencia Provincial de Granada quien emitió un razonamiento judicial que ratificó a favor de los abuelos paternos la guarda y custodia del menor de edad por voluntad de este, con el fundamento jurídico segundo por el que estima que:

(...) 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 artículo del Código Civil se desprende que no es preciso que lo ostentes los padres, ya que el término persona que se utiliza en los artículos 90 A) y 103, primer párrafo segundo del Código Civil, permite estimar que, a un cuando la regla general sea la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, excepcionalmente podrá ser conferida a otra persona o institución, si las circunstancias concurrentes así lo aconsejen. Solución a la que igualmente se llega ex artículo 158 del mismo texto legal. Con ello simplemente se esta revistiendo de legalidad a una situación que de facto ya existe.

La sentencia del Tribunal Supremo Español del 29 de Marzo de 2001, que declara sin lugar el recurso de casación que acusa como infringido el artículo 170 del Código Civil, admite la posibilidad de la guarda a un tercero como medida de carácter temporal, sin que esto conlleve a la suspensión o privación de la patria potestad.

La jurisprudencia menor Española atribuye la guarda y custodia a las personas más adecuadas para prestar los cuidados y atenciones que requieren los menores de edad en consideración de sus intereses sin que necesariamente los progenitores sean privados de la patria potestad.

Lagunas u omisiones del Código de Familia, algunas situaciones de hecho que hacen necesaria la modificación de este Código.

El artículo 85 del Código de Familia plantea que los padres dentro de sus deberes está el de “tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado...” ¿estarán siempre capacitados los padres para desempeñar y cumplir con este deber?

El artículo 88 del Código de Familia es bien claro cuando dice “respecto a la guarda y cuidado de los hijos, se estará al acuerdo de los de los padres...” no dando margen a otra cosa mucho menos al reclamo por un tercero, sin tener en cuenta el principio del interés del menor de edad, tampoco se valoran elementos tan importantes como la convivencia que es el elemento indispensable para la guarda y cuidado.

El artículo 89 del ya citado Código se refiere a algunos aspectos como son:

- 1- De no mediar acuerdos de las padres.
- 2- De ser esos acuerdos atentarlos a los intereses materiales o morales de los hijos.
- 3- Lo que resulte más beneficioso para los menores de edad.
- 4- En igualdad de condiciones.
- 5- Del padre en cuya compañía se hayan encontrado.
- 6- Prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos.
- 7- Salvo, en todo caso, que razones especiales aconsejen cualquier otra solución.

Miriam P. Velazco Mugarra, autora del libro “La guarda y cuidado de los menores sujetos a la Patria Potestad”, refiriéndose a este artículo pregunta ¿Cuáles son esas razones especiales? ¿Cuál es esa otra solución a la que se refiere el artículo? Y continúa diciendo.... “no hay siquiera una interpretación judicial pero se está ante la verdad de que el Tribunal no tiene conocimiento (como está establecido el procedimiento) de cuales serían esas razones

especiales que permitirían otorgar la guarda y cuidado a otra persona distinta a los progenitores.

Se concuerda con lo que plantea la autora pero se deberían analizar otros inconvenientes del artículo como son:

- 1- ¿Por qué el artículo plantea que la decisión será la que resulte más beneficiosa para el menor de edad? si solamente le da poder de decisión a los padres y si no se ponen de acuerdo entonces lo decidiría el tribunal y en ninguna de sus partes contempla la posibilidad de tener en cuenta la opinión del menor de edad que en este caso es el único afectado o beneficiado con esta decisión.

- 2- En 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 hallaban en compañía de ambos cosa esta que contradice el principio de igualdad y el enfoque de género que acoge el derecho.

En el artículo 90 del Código de Familia se dice, y cito, “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...” o sea que en ningún momento contempla la posibilidad de que se le de la guarda y cuidado a un tercero refiriéndonos de forma directa a los abuelos. Mas adelante dice “excepcionalmente, cuando las circunstancias lo requieran, podrán adoptarse disposiciones especiales que limiten la comunicación de uno o de ambos padres con el hijo e incluso que la prohíban por cierto tiempo o indefinidamente”.

Entonces cabe preguntar ¿Cuál sería la excepcionalidad?, ¿Cuáles serían estas circunstancias que lo requieran?, ¿Bajo el cuidado de quien estarían estos menores de edad que se les prohíbe la comunicación con ambos padres? Si en el Código de Familia no se estipula la guarda y cuidado a cargo de un tercero en ninguno de sus artículos.

Si nuestro país es firmante de todos los convenios internacionales en materia de los derechos de la niñez, la infancia y la juventud y teniendo como base el artículo 9 de la convención de los derechos del niño de 1989 ¿Por qué nuestro Código Civil no le da la facultad a los abuelos de reclamar la guarda y cuidado de los menores de edad frente a uno o ambos progenitores?

Si el artículo 103.2 dice, que para adoptar un menor de 16 años de edad se necesita que, “hayan sido abandonados intencionalmente por sus padres”, que en este caso el adoptante sería un tercero y si tenemos en cuenta los padres que abandonan el país en busca del sueño americano y dejan a los hijos al cuidado de un tercero, y digo al cuidado no abandonados, que casi siempre son los abuelos, y quienes ante esta situación de.... “al cuidado” no cumplirían con el requisito para dar lugar a esta institución de adopción, entonces por qué no darle forma legal a la guarda y cuidado a cargo de terceros si lo que estamos es legalizando una situación que de facto ya esta presente en nuestra sociedad .

Aun cuando se han dictado resoluciones para suplir este silencio como la 187 de 2008 existen deficiencias en su aplicación, además no le da al juez un poder de decisión fuera de lo ya establecido en el Código de Familia en sus artículos ya comentados, simplemente se limita a darle la posibilidad a las partes de ser escuchados y cuando “resulte racionalmente conveniente” escuchar a los abuelos en calidad de terceros, en ningún momento se habla de la posibilidad de que se les conceda a ellos la guarda y cuidado por un tercero. ¿Y cual sería esa situación racionalmente conveniente para el menor a la cual se refiere el legislador?

En el año 2005 tuvo lugar un proceso de guarda y cuidado de una menor de edad que dio lugar a diversidad de criterios técnicos relacionados con el tema de este trabajo, y que finalmente fue resuelto por el Tribunal Supremo Popular mediante la controvertida sentencia 862 del 30 de Diciembre del 2005 y que hoy tomamos como ejemplo.

En síntesis, el caso comienza cuando deciden separarse luego de un tiempo indeterminado de unión consensual un hombre y una mujer oriundos de Palma Soriano, Cuba, habiendo procreado una niña que nació el 12 de Junio de 1994, la cual quedó por consentimiento de los padres bajo la guarda y cuidado de la madre. Luego de un período caracterizado por las malas relaciones entre los

padres, en el cual la madre junto a la niña y otros familiares se trasladaron a vivir al municipio de Bolivia en la Provincia de Ciego de Ávila. El 5 de Junio de 1995 fallece la madre quedando la niña al cuidado de la abuela materna, quién se la entrega al señor Peña Parra, la cual a partir de esa fecha y hasta la actualidad la ha mantenido bajo su cuidado atendiéndola como hija propia. En el año 1997 fallece la abuela de la niña sin que tuviera ningún contacto con sus familiares en oriente. Durante todo ese tiempo el padre trató de encontrar a la niña sin éxito. Hasta que en el año 2005 dio con su paradero y trató de llevarla consigo a lo cual se opuso enérgicamente el señor Peña Parra. Ante esta situación el padre buscó amparo legal y mediante representación de un abogado estableció la correspondiente demanda pidiendo la guarda y cuidado de la menor por las vías del Proceso Sumario al estar en pleno ejercicio de la patria potestad y estar en condiciones de garantizar el desarrollo y educación de su hija legítima.

Mediante la sentencia No.40 del 28 de Abril de 2005 el Tribunal Municipal de Bolivia declaró sin lugar la demanda y estableció que debía tener la guarda y cuidado de la menor de edad el señor Peña Parra por ser lo más beneficioso en este caso para la niña, sin que ni siquiera se estableciera alguna forma para que el padre pudiera restablecer la relación con su hija y cumplir sus deberes paternos.

Ante esta sentencia se estableció un recurso de apelación ante la sala de lo civil y lo administrativo del Tribunal Provincial Popular de Ciego de Ávila el cual después de escuchar a las partes dictó la sentencia No.32 del 7 de Junio del 2005 declarando sin lugar el recurso de apelación y ratificando en todas sus partes la sentencia del Tribunal Municipal Popular de Bolivia.

Posteriormente se presentó dentro del término legal establecido el correspondiente recurso de casación ante el Tribunal Supremo Popular que el 30 de Diciembre del 2005 dictó la sentencia No. 862 en la que declaró con lugar el recurso de casación establecido. Alegando en sentencia que:

(...) el tribunal de primera instancia confirió indebidamente la guarda y cuidado de la menor de edad a quién no es su padre, habida cuenta que la guarda y cuidado forma parte de la patria potestad que comprende únicamente a los padres, de ahí que no puede conferirse a persona diferente a estos, ni en el caso que el padre

haya incurrido en grave incumplimiento de los deberes a que se refiere el artículo 85 del Código de Familia como en el caso que acontece, como tampoco debe 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 que la decisión de los órganos de justicia se atengan en todos los casos a lo que resulte mas beneficioso para el menor de edad, razones por las que procede acoger en parte el recurso de apelación establecido.

Considerando que esta sentencia lejos de corregir la sentencia del Tribunal de primera instancia, en cuanto a establecer alguna forma para que el padre pudiera restablecer la relación con su hija y cumplir sus deberes paternos sin tener que separar a la menor del abuelo con el cual llevaba 10 años de convivencia y al que conocía como su familiar más cercano, lo que hizo fue plantear inconvenientes como el de no determinar la situación jurídica de la menor de edad, que de hecho se encontraba bajo la guarda y cuidado del abuelo genético con la anuencia judicial, pero sin un reconocimiento legal, no resuelve la atribución de la guarda y cuidado de la menor de edad que no se le atribuye al padre pero tampoco al abuelo porque declara con lugar, en parte, el recurso de apelación establecido por el progenitor y revoca la sentencia de instancia, que atribuye la guarda al abuelo genético y , a la vez, declara sin lugar la demanda sobre determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación de la menor de edad, que había solicitado el padre. No resuelve la relación personal de la menor con su padre, no define la responsabilidad del guardador de hecho que, según la sentencia, es el abuelo genético. Por todas estas razones la sentencia es cuestionable pero además pone de manifiesto la ineficacia de la norma vigente.

Actualmente en nuestro municipio existen algunas circunstancias de hecho que ponen de manifiesto la necesidad de una modificación en el Código Civil vigente de las cuales pondremos algunos casos de ejemplo.

- 1- Una ciudadana Cubana residente en Italia que al marcharse dejó al hijo menor de edad bajo la guarda y cuidado del padre, al cabo de un tiempo este se lo entrega a una tía materna alegando que no podía con el niño, además de que también estaba solicitando salida del país, actualmente la tía que es la que mantiene la guarda y cuidado del niño, sin el amparo legal, está solicitando la salida del país pero plantea que si la dejan se lleva al menor con ella al cual quiere como si fuera propio.
- 2- Un menor de edad hijo de un matrimonio entre una cubana y un ciudadano extranjero, actualmente separados, la madre se marchó para Ciudad de La Habana y dejó al niño con el progenitor el mismo tuvo que marcharse para su país por asuntos de negocio pero antes de irse le dejó la vivienda, en la que residía, a un matrimonio con la condición de que le cuidaran al niño y un perro que tenían en la vivienda, el mismo les manda dinero todos los meses para satisfacer las necesidades del niño. Pero si la madre decidiera regresar y reclamar la guarda y cuidado de ese niño en pleno ejercicio de su derecho a ostentar la patria potestad entonces ¿Cómo quedaría la situación de ese matrimonio que de hecho es el que mantiene la guarda y cuidado del niño, sin amparo legal?
- 3- Una estudiante de derecho tiene una hija de 4 años de edad cuando cumplió el año y los 3 meses se separó del padre, quién se trasladó desde la ciudad de Las Tunas para el municipio perteneciente a esta provincia, Colombia, a residir con su hija y la abuela materna de la niña en todo este tiempo el padre nunca se ha ocupado ni preocupado por la alimentación de esa menor de edad. Entonces ella me decía... yo soy trabajadora social, casi nunca estoy en mi casa, mi hija quién la ha criado prácticamente ha sido mi madre, ¿si mañana yo no estoy mi madre tiene ningún derecho sobre mi hija frente a su padre, y todo este tiempo que se ha hecho cargo de ella no cuenta ante la Ley?
- 4- Una madre que abandonó ilegalmente el país dejando a su hija menor de edad al cuidado de su abuela materna con quien residía desde hacia 5 años, y cuyo padre se encuentra cumpliendo sanción pero que nunca ha residido con la menor, ni suspendido su derecho sobre la menor, si

este último al salir de prisión decide ejercer sus derechos de padre.
¿Quién ampara legalmente a la abuela si de hecho es quién mantiene la guarda y cuidado de esa menor?

Después de todos los análisis realizados se puede decir que:

- 1- Las Leyes existentes deben de regular todo el conjunto de relaciones que se derivan de la vida en la sociedad humana siempre cambiante y en ese sentido nos hemos percatado de la necesidad de reformas legales en cuanto a la guarda y cuidado de menores de edad. Adecuándolas a las nuevas realidades de nuestro país y a las tendencias internacionales actuales en materia de derechos de la niñez atendiendo al principio del interés del menor de edad por ser principio universal de derecho.
- 2- En Cuba, especialmente en el ámbito de la excepción plasmada por el artículo 89, pueden presentarse diversas situaciones de fácil apreciación por el juzgador desde la edad del niño hasta el hecho de que los progenitores se encuentren imposibilitados de atender a sus hijos menores de edad por causas justificadas o injustificadas, sin embargo el trabajo judicial necesita de las normas jurídicas necesarias para ejercer sus funciones pues en muchos casos se debe hacer interpretaciones extensivas de La Ley, algo que sin dudas dificulta la acción de la justicia.
- 3- La audiencia del menor de edad que se propone a partir de que el mismo haya cumplido los 7 años de edad debe aclarar y añadir que de acuerdo con su madurez psíquica y emocional para lo cual podrán requerir del dictamen de especialistas.
- 4- El Código de Familia debe de recoger la guarda y cuidado del menor de edad por un tercero, teniendo como base La Convención de los Derechos del Niño de 1989 y con esto le de carácter jurídico a un problema que está presente en la sociedad de hoy.

- 5- Debe de realizarse un estudio profiláctico con motivo de reconocer la guarda y cuidado del menor de edad por un tercero y las circunstancias para que tenga lugar la misma.

BIBLIOGRAFÍA

- 1- Código de Familia de la República de Cuba. LEY No. 1289.
- 2- Velazco Mugarra, Miriam: *La guarda y cuidado de los hijos menores de edad a cargo de tercero*. IV Conferencia Internacional del Derecho de Familia, 2006. Ciudad de La Habana, Cuba.
- 3- Velazco Mugarra, Miriam: *Criterios sobre la guarda y cuidado de los hijos menores de edad a cargo de tercero a propósito de la sentencia No.852/05 de la sala de lo civil y de lo administrativo del Tribunal Supremo Popular*. Boletín ONBC No. 24 Julio- Septiembre 2006, p. 21-27.
- 4- De La Fuente M, Linacero: *Custodia de menores. Conflicto entre el padre y los abuelos*. Poder judicial No. 30, Junio, 1993. p. 150.
- 5- De La Fuente López, J: *Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica*. Revista Cubana de Derecho, No. 36, Año XVIII, La Habana, 1989. p. 98.