

# PROBLEMAS SOCIALES DE LA CIENCIA.

**TÍTULO:** La determinación de guarda y cuidado de los hijos menores y el régimen de comunicación con estos. Su contribución al desarrollo social.

**AUTORA:**

MsC. Isabel Maria Ferrás Morales.

Las Tunas, 15 de marzo de 2010

## ÍNDICE

<b>Introducción</b>	1
<b>Capítulo I: LA GUARDA Y CUIDADO Y RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN COMO FUNCIONES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD.</b>	3
1.1 La Patria Potestad. Nociones Básicas.	3
1.2 La Guarda y Cuidado. Consideraciones Generales.	5
1.3 El Derecho a la Comunicación con el Progenitor no Custodio.	9
<b>Capítulo II: TRATAMIENTO JURÍDICO PROCESAL DE LA GUARDA Y CUIDADO DE LOS HIJOS MENORES Y LA COMUNICACIÓN CON ESTOS EN EL DERECHO COMPARADO.</b>	10
2.1 Medidas Provisionales.	11
2.2 De la Prueba Pericial.	13
2.3 De la Audiencia del Menor.	17
2.4 Participación de Fiscal.	18
<b>CAPITULO III: LA DETERMINACIÓN DE GUARDA Y CUIDADO Y RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL CUBANO. VALORACIÓN CRÍTICA.</b>	19
3.1 Análisis Exegético de la Norma.	20
3.2 Medidas Provisionales.	20
3.3 De la Prueba Pericial.	23
3.4 Audiencia del Menor.	25
3.5 Participación del Fiscal.	26
<b>Conclusiones</b>	27
<b>Recomendaciones</b>	29
<b>Bibliografía</b>	31

## RESUMEN

El objetivo del trabajo que a continuación presento, es el análisis de la determinación de la guarda y cuidado de los hijos menores y el régimen de comunicación con estos, como una de las funciones esenciales de la patria potestad, partiendo de esta como institución jurídica fundamento, concepto y contenido, así como otras cuestiones de interés relacionadas con la misma, desentrañando sus fundamentos teóricos y su regulación en el ordenamiento jurídico desde la óptica del Derecho Comparado y a la luz de las exigencias actuales respecto a obtener de los órganos de justicia una decisión que resulte más protectora a los derechos e intereses de los menores.

En la valoración de las normas adjetivas abogo por la necesidad de perfeccionar la norma jurídico procesal cubana, reguladora de los procesos donde se determina la guarda y cuidado de los hijos menores y el régimen de comunicación con estos, para garantizar una mayor protección a los derechos e intereses de los menores, al demostrar las principales insuficiencias que existen en sus preceptos.

Respondiendo a los objetivos propuestos la investigación fue organizada en capítulo, el primero aborda los fundamentos teóricos doctrinales de la guarda y cuidado y comunicación; en el segundo se hace un análisis de dicha figura jurídica en cuanto al tratamiento procesal en el Derecho Comparado y el último referido a la valoración técnico-jurídica de la situación actual que tiene nuestro ordenamiento jurídico procesal en relación a la temática abordada, en lo que respecta a medidas provisionales, prueba pericial, audiencia del menor y participación del Fiscal.

**DATOS DE LA AUTORA:** MsC. Isabel María Ferrás Morales. **CI:** 66111804290. **Dirección**

**Particular:** Carretera Central Oeste número 47 entre calle  
41y Ave. Roberto Reyes, reparto La Victoria. Las Tunas.

**Correo electrónico:** chavela@lt.tsp.cu

**Otros datos personales:** Juez titular Sala de lo Económico. Tribunal Provincial Popular. Las Tunas.

## INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de la Revolución Cubana y como parte de su política, el Estado se ha preocupado por la formación integral y multifacética de los niños, para ello se ha venido trabajando en la promulgación de cuerpos legales y programas para implementar el máximo de garantías a nuestra infancia.

En Cuba el Código de Familia promulgado el 14 de febrero de 1975, constituye un cuerpo normativo muy importante para los operadores del derecho que tienen el ineludible deber de impartir justicia, y hacerlo de manera racional donde prime el interés superior del niño que también contempla los preceptos constitucionales sobre la igualdad de todos los niños. Pero no basta con la existencia de un Código contentivo de normas de derecho sustantivo familiar donde prevalezca este principio, unido al de igualdad y titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, sino que se requiere de normas adjetivas que sirvan de instrumento adecuado para la actuación o ejecución de dicho derecho, para realizar el fin que el ordenamiento jurídico se propone.

La Familia es una institución básica en la vida económico-social. Es la forma histórica de organización de la vida en común de los seres humanos de los dos sexos, es remanso de paz donde se establecen los más delicados goces del espíritu y de las ideas, donde nacen y se forman valores, donde se establecen las relaciones paterno filiales y donde la guarda y cuidado tiene una especial connotación por ser la función más dinámica de la patria potestad a cargo de ambos padres, pero que bien puede ser asumida por el guardador cuando no hay convivencia de estos, quien a su vez tiene la obligación de colaborar para que el progenitor no custodio se comunique con su hijo; y es precisamente por ser un grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, que debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, tanto en el ámbito de las ideas como en el de su amparo legal.

En Cuba el Código de Familia promulgado el 14 de febrero de 1975, constituye un cuerpo normativo muy importante para los operadores del derecho que tienen el ineludible deber de impartir justicia, y hacerlo de manera racional donde prime el interés superior del niño que también contempla los preceptos constitucionales sobre la igualdad de todos los niños. Pero no basta con la existencia de un Código contentivo de normas de derecho sustantivo familiar donde prevalezca este principio, unido al de igualdad y titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, sino que se requiere de normas adjetivas que sirvan de instrumento adecuado para la actuación o ejecución de dicho derecho, para realizar el fin que el ordenamiento jurídico se propone.

Por consiguiente, a la luz de la toma de consideración de las diferentes ópticas que se aprecien en la solución de los asuntos donde se determina la guarda y cuidado de los hijos menores y el régimen de comunicación se precisa contar con una instrumentación jurídica que no solo la regule, sino que ayude a solucionar las contradicciones que en tal sentido se originen, de la manera más eficiente, justa y racional posible y que en la menor medida perjudique a los intereses de los infantes.

En correspondencia a ello, los conflictos que surjan con motivo del ejercicio de la patria potestad cuando la ejerzan ambos padres, son solucionados por los órganos del Estado que tienen la función correspondiente para ello, en Cuba, la función jurisdiccional civil es decir, por los Tribunales de la jurisdicción civil, mediante el procedimiento legalmente establecido en la Ley 7, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, de 19 de agosto de 1977, y de acuerdo a las normas jurídicas que regulan los intereses en cuestión, bien sea el proceso sumario en general o el especial de divorcio por justa causa.

Y si bien el proceso sumario concebido en nuestro ordenamiento procesal como uno de los procesos de conocimiento en cuya virtud se declaran derechos dudosos o controvertidos, lo que implica un conocimiento del Órgano Jurisdiccional respecto al fondo del asunto; caracterizado por su brevedad, sencillez, concentración procesal y menor solemnidad que obedece a la razón de que en estos procesos se ventilan reclamaciones de menor cuantía, o asuntos que por su naturaleza o características exigen una solución rápida, no resulta suficiente para los procesos de índole familiar, en el que el tribunal debe ejercer una indiscutible función tuitiva, al tratar asuntos de menores, como sujeto procesal velador de la buena marcha de las relaciones familiares, en búsqueda de la única verdad existente, utilizando fórmulas que eviten que el proceso familiar se convierta en un duelo entre partes, en aras del interés superior del niño cuyo alcance es de difícil interpretación, ya que requiere no sólo la perspectiva jurídica sino también psicológica, afectiva y social, lo que inexorablemente demuestra la importancia y utilidad del tema seleccionado.

Es por ello que legislaciones procesales foráneas, a pesar de utilizar el proceso sumario para la tramitación y solución de los conflictos familiares de la naturaleza estudiada, introducen fórmulas o particularidades procesales que sin duda permiten una mayor eficacia del procedimiento como instrumento adecuado para garantizar el principio del interés superior del niño.

Es así que esta investigación se concentra en los aspectos personales de la patria potestad vinculados íntimamente con la guarda y cuidado de los hijos menores y la comunicación entre estos con el progenitor no custodio y fundamentalmente en la necesidad de introducir aspectos novedosos en la norma procesal vigente, en correspondencia con las normas internacionales y tomando como referencia la doctrina y la norma sustantiva para el análisis de la institución, así como legislaciones procesales de otros países, para solucionar la situación jurídica existente.

A partir de estas valoraciones y en especial del significado ético y la función protectora de la patria potestad que impregna la concepción de la guarda y cuidado que se concede, en todo caso, de acuerdo con el principio del interés del menor, realizamos un estudio a nuestro derecho procesal civil particularizando en el procedimiento previsto en la legislación cubana para los procesos en los que se determina la guarda y cuidado de los hijos menores y la comunicación con estos, lo que a su vez nos motivó a desarrollar esta investigación, definiendo como:

**PROBLEMA CIENTÍFICO** de este trabajo de investigación el siguiente:

Insuficiencias legislativas en el ordenamiento jurídico procesal en cuanto a la regulación de los litigios donde se determina la guarda y cuidado de los hijos menores y el régimen de comunicación con estos en Cuba.

**OBJETIVO GENERAL:**

Proponer pautas para el perfeccionamiento de la norma jurídico procesal reguladora de los procesos donde se determina la guarda y cuidado de los hijos menores y el régimen de comunicación con estos para garantizar una mayor protección a los derechos e intereses de los menores.

## **CAPÍTULO I: LA GUARDA Y CUIDADO Y RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN COMO FUNCIONES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD.**

### **1.1 La Patria Potestad. Nociones Básicas**

La patria potestad es una institución natural que no necesita del Derecho positivo para actuarse; aunque no hubiera Estado, habría patria potestad, porque el hijo viene al mundo necesitado de protección y porque, por impulsos naturales innegables, los padres se sienten obligados e inclinados a actuar, con esa potestad, al mismo tiempo tuitiva y de mando; de mando para mejor actuar la protección del hijo. Por eso el Estado que se encuentra con la patria potestad, la convierte en un poder jurídico, regulándola en sus preceptos.<sup>1</sup>

La concepción actual de la patria potestad ha revolucionado su concepción tradicional y, en consecuencia, su fundamento; se destaca como función social, con especial interés público, aun cuando tenga justificación en el ordenamiento privado.<sup>2</sup>

“La patria potestad en la actualidad, se concibe específicamente en interés y beneficio del hijo”<sup>3</sup>. Así, el fundamento de la patria potestad aunque tenga sustrato natural tiene hoy una fuerte inspiración social y pública, configurada jurídicamente como función tuitiva para la asistencia y protección de los hijos.

Esta función tuitiva del ejercicio de la institución en interés del menor; implica la acomodación de la potestad paterna a las concretas circunstancias y necesidades del menor a fin de que este 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.

#### **Concepto**

No son frecuentes las definiciones legislativas de la patria potestad, pero en la doctrina, son varias las ofrecidas por distintos autores, siempre impregnados de la función tuitiva que caracteriza dicha institución.

PUIG PEÑA estima que la patria potestad “es aquella institución jurídica en cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida reclamada por las necesidades de estos”<sup>4</sup>. Por su parte, CASTÁN VÁZQUEZ considera que es “el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole”<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Serrano Serrano, I. “Comentario de la sentencia de 18 de octubre de 1947”. Anuario de Derecho Civil 1948, pág 1117.

<sup>2</sup> Díez Picazo, L “Las relaciones paterno filiales. La patria potestad”. Sistema de Derecho Civil. Editorial Tecnos, Madrid 1997, pág 288.

<sup>3</sup> Castillo Martínez, C. “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”. Revista SEPIN, no 25, septiembre, año 2003, pág 227.

<sup>4</sup> Puig Peña, F “Tratado de Derecho Civil español. Tomo II Vol I, Editorial Reus, Madrid, año 1947, pág 146.

<sup>5</sup> Castán Vázquez, J. M. “La reforma de la patria potestad en el derecho francés”. Anuario de Derecho Civil, Editorial Edersa Madrid. Año 1971, pág 974.

Coincido con VELAZCO MUGARRA al definir la patria potestad como: “el conjunto de derechos-deberes ejercidos por el padre y la madre en función del beneficio de los hijos menores de edad, no emancipados, de acuerdo con la personalidad de éstos”.<sup>6</sup>

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.

Algunos ordenamientos legales regulan la institución de acuerdo con los efectos de la patria potestad sobre la persona de los hijos (esfera personal) y a los efectos sobre los bienes (esfera patrimonial). Nuestro Código no realiza esa distinción nominalizada; se relacionan los derechos y deberes de los progenitores como una función unitaria del ejercicio de la patria potestad, sin separar el aspecto personal del patrimonial.

## **1.2 La Guarda y Cuidado. Consideraciones Generales.**

Durante la convivencia normal de los cónyuges estos ejercen conjuntamente la guarda y cuidado de sus hijos menores de edad. “La guarda integra las relaciones paterno-filiales de la patria potestad y comprende, respecto de padre y madre, la obligación de proteger a sus hijos, educarlos, vigilar su conducta y en su caso corregirlos y castigarlos adecuadamente, y respecto a los hijos la obligación de convivir en el hogar con sus padres o donde ellos determinen”.<sup>7</sup>

La guarda y cuidado tiene una especial connotación, es la función más dinámica de la patria potestad, especialmente cuando los progenitores no viven juntos. Esta función está íntimamente relacionada con otras funciones de la esfera personal de la patria potestad, tales como la educación, la formación integral, el derecho de corrección y la comunicación de los menores con el progenitor no guardador.

Es válido insistir que la guarda y cuidado requiere de la convivencia diaria con el niño, indispensable para su cuidado directo y debida protección. Estas condiciones constituyen elementos esenciales para el desarrollo de todas las funciones paterno filiales, especialmente aquellas vinculadas con la esfera personal.

La doctrina jurídica reconoce distintas denominaciones para referirse al cuidado directo de los hijos sujetos a la patria potestad, entre los que se pueden mencionar: “guarda y cuidado”, “guarda”, “tenencia”, “cuidado de los hijos” y “guarda y custodia”.

Se utiliza el término guarda y custodia, englobando una medida de carácter personal respecto de los hijos menores por la convivencia de estos con los dos o con uno de los progenitores.

---

<sup>6</sup> Velazco Mugarra, M. “La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad”. Ediciones ONBC La Habana 2008, pág 15.

<sup>7</sup> Zannoni, Eduardo. Derecho de Familia. Editorial Astica, Buenos Aires. Argentina. Tomo II ,1982,pág 14.1

Por su parte el término custodia es una expresión cuyo significado se relaciona con el carácter patrimonial del depósito, a los efectos de garantizar el cuidado de las cosas, previsto para las relaciones contractuales. El cuidado del niño sujeto a la patria potestad, es la finalidad que se pretende conseguir cuando se utiliza el término custodia de los hijos menores de edad, no responde al sentido ético, afectivo y humano que entraña, por lo que resulta despectivo hablar de custodia de los niños a favor de uno u otro progenitor.

El Código de Familia cubano utiliza la expresión guarda y cuidado como el primer derecho-deber de la patria potestad. Se establece una relación detallada de aspiraciones respecto al cuidado directo de los hijos menores de edad, por lo que se deduce que el legislador ha tratado de prever todos los deberes requeridos para el cumplimiento de esa función parental.

Lo esencial para desempeñar la función de la guarda y cuidado comprende una doble consideración; de una parte es derecho y de otra deber de los progenitores a tener consigo a su hijo menor bajo el mismo techo (convivencia) para cuidarlo con debida diligencia (aseo, alimentos, salud, seguridad personal, recreación), y controlar sus relaciones en el medio que le rodea, estos son derechos deberes paterno filiales que en principio deben ser compartidos por ambos progenitores.

De acuerdo con DíEZ-PICAZO, el cuidado comprende la convivencia con el hijo y su alimentación en especie mientras el otro padre se limita a la prestación económica Pero según este autor, más difícil de resolver es el problema de las facultades de la educación, instrucción y moderada corrección, “tan inseparables de la patria potestad como del hecho de tener a los hijos en compañía”; estima que “el problema es arduo y no se ve una solución clara como no sea considerar la patria potestad como poder preferente y remitir en todo caso los conflictos a la decisión judicial”.<sup>8</sup>

CASTÁN TOBEÑAS<sup>9</sup>, planteaba la necesidad de distinguir entre “quedar al cuidado” y “quedar bajo el poder y cuidado”, sin dejar aclarado el alcance de esta distinción.

GARCIA PASTOR procura aclarar el concepto de guarda, al considerar que la causa de su origen es “la ausencia de convivencia de los padres y la consiguiente imposibilidad de que ambos convivan con el niño”, de cuya reflexión concluye que se denomina “guarda a la posición que ocupa respecto del hijo el que con él convive”.<sup>10</sup>

De conformidad con el Código de Familia cubano también la guarda del hijo sometido a la patria potestad, va unida al cuidado, que es responsabilidad de ambos progenitores, pero al suceder la separación de la pareja, uno de los dos asumirá en exclusiva esa responsabilidad, debido a la falta de convivencia de ellos (artículos 85.1 y 89 del Código de Familia).

---

<sup>8</sup> Díez-Picazo, L, “La situación jurídica del matrimonio separado”. Revista de Derecho Notarial enero-marzo, 1961, pág 105.

<sup>9</sup> Castán Tobeñas, J., Derecho Civil español, común ,y foral Tomo V, Derecho de Familia, novena edición, Madrid , 1954, pág 899.

<sup>10</sup> García Pastor, M., “La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven”. Editorial Ciencias Jurídicas. Madrid, 1997, pág 69.

La guarda y cuidado es una de las funciones esenciales de la patria potestad, en virtud de la Ley vigente; significa el cuidado directo del hijo menor y, en su caso, por falta de convivencia de los progenitores, queda a cargo de uno de ellos.

Cuando la guarda y cuidado la ostenta uno de los progenitores, se amplía su contenido porque el guardador tiene, además, la obligación de cumplir con la función de colaborar con el régimen de comunicación establecido entre el hijo y el otro progenitor.

Para desarrollar las funciones de guarda y cuidado, se necesita el contacto constante de padre e hijo, lo que no es obstáculo para que el padre que no convive con él, pueda desarrollar en parte aquellas funciones que no necesitan la inmediatez de la relación con el hijo. En consecuencia, la guarda incluirá las funciones que requieran de tal urgencia, mientras que el no guardador participará en la medida que ostenta el ejercicio o la titularidad de la patria potestad.

La convivencia no es un atributo exclusivo del guardador, sino que es un derecho compartido con el otro padre, el cual, mientras no guardador, materializa dicha convivencia mediante el régimen de comunicación que haya quedado establecido al determinarse la atribución de la guarda y cuidado del hijo común.

### **1.3 El Derecho a la Comunicación con el Progenitor no Custodio.**

#### **Conceptualización**

El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores gozará del derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía; y es precisamente en ese tiempo determinado en el que tendrá la posibilidad de ejercer los atributos esenciales que la autoridad parental le confiere y que no puede efectuarlos cotidianamente.

VERDERA IZQUIERDO aclara que: “el derecho de visitas se refiere al hecho de tener al menor en compañía algunas horas”.<sup>11</sup>

A juicio de RIVERO HERNÁNDEZ el derecho de visitas se basa: “en la obligación y el deber natural que tiene el padre de mantener contacto con sus hijos y en el derecho de estos a relacionarse con sus progenitores, de esta forma se asegurará la persistencia de los vínculos afectivos entre ellos”<sup>12</sup>.

Comparto la opinión de GARCÍA PASTOR referente a que “el derecho a la comunicación es un derecho deber de rango superior, ya que entre las obligaciones de los padres y los derechos de los hijos que constituyen la relación paterno filial, hay elementos de carácter afectivo, y de naturaleza personal, como la obligación de velar por los hijos y tenerlos en su compañía educarlos, lo que implica una relación personal y directa entre unos y otros”<sup>13</sup>.

GARCIA CANTERO define el derecho de visitas como: “un derecho de contenido puramente afectivo que autoriza a su titular a expresar o manifestar sus sentimientos hacia otra persona,

---

<sup>11</sup> Verdera Izquierdo, B “Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados”, La Ley, año XXIII, No7.2002, pág 1570.

<sup>12</sup> Rivero Hernández, F “El derecho de visitas. Teoría y Praxis” Editorial Pamplona 1984, pág 32.

<sup>13</sup> García Pastor, M “La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven”. Editorial Ciencias Jurídicas. Madrid, 1997, pág 229.



exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin”.<sup>14</sup>Concepto con el que concuerdo plenamente.

## **CAPÍTULO II: TRATAMIENTO JURÍDICO PROCESAL DE LA GUARDA Y CUIDADO DE LOS HIJOS MENORES Y LA COMUNICACIÓN CON ESTOS EN EL DERECHO COMPARADO.**

Para conocer cual es la tendencia mundial en el tratamiento procesal a los litigios que surjan en torno a la guarda, cuidado y régimen de comunicación de los hijos menores utilizando el método jurídico comparado, escogí algunas legislaciones de países de Latino América como Venezuela, Perú, Chile, Bolivia, Colombia y Ecuador por su sistema de derecho romano-francés, y sus normas avanzadas respecto a la regulación procesal de los conflictos de familia y en especial a los de la materia estudiada, cuyas propuestas son las más adaptables a nuestro país y porque con esta área tenemos las máximas aspiraciones de integración.

Seleccioné también a España atendiendo a los lazos históricos legislativos y culturales que nos unen, además de darnos la posibilidad de conocer algunas tendencias en un área de tanto desarrollo en el orden legislativo, encontrándose su legislación familiar atemperada a las nuevas circunstancias y respondiendo de una forma u otra al resto de los países que integran la Unión Europea.

Encaminé el estudio de estas normas a conocer cual es el procedimiento para resolver los asuntos de la índole estudiada en los países escogidos y si los Códigos Procesales revisados propician un respaldo procesal efectivo a los derechos e intereses de los menores, dada la complejidad y características especiales de los asuntos en materia de familia, verificando en cada uno de ellos, la previsión en sus normas de actos procesales como prueba pericial y audiencia del menor.

### **2.1 De la Prueba Pericial.**

Para que el órgano jurisdiccional aplique una norma jurídica, es necesario que se hayan dado en el caso concreto los hechos que la ley en abstracto, ha establecido en la norma como requisitos para la producción de sus efectos; pues bien, si los hechos no están ya fijados en el proceso como dados, en virtud de la admisión de la parte a quien perjudiquen, hay que probarlos, y la prueba no es otra cosa que aquella actividad de los sujetos que intervienen en el proceso civil, dirigida a la comprobación objetiva de los hechos que han de servir de base al órgano jurisdiccional para resolver, con arreglo a derecho, el asunto sometido a su investigación y decisión.

Para llegar a la comprobación objetiva de los hechos sobre los que versa la controversia y de otras circunstancias que tienen importancia para la correcta decisión del órgano jurisdiccional, los sujetos que intervienen en el proceso utilizan el medio de prueba. Es así, que consistiendo la práctica de pruebas en una percepción sensorial de los jueces, el medio de prueba es el que posibilita o comunica tal percepción.

---

<sup>14</sup> García Cantero G, “En Torno al derecho de visitas”. Editorial Madrid 1982, pág 247.

Dentro de los medios de pruebas que pueden hacer uso las partes o el juzgador, encontramos la pericial en cuya virtud personas con conocimientos especializados (científicos, técnicos, artísticos o prácticos) son llamados al proceso para aportar experiencias que los funcionarios no poseen o no pueden poseer o para facilitar el conocimiento o apreciación de hechos de influencia en el proceso.

Cuando la apreciación de un hecho requiere de parte del observador una preparación especial obtenida por el estudio científico de la materia a que se refiere o simplemente la experiencia personal que proporciona el ejercicio de una profesión, surge en el proceso la necesidad de la pericia. Y es que la prueba pericial es, de todas las que el Derecho permite, la más técnica, y también la más profesional por cuanto representa la unión de la forma jurídica con otros aspectos de la realidad a que aquella se aplica.

En este sentido, el Código de Procedimiento Civil de Colombia establece en su artículo 439, que en los procesos de divorcio, separación de cuerpos y aquellos en que se susciten controversias entre padres o cónyuges respecto al ejercicio de la patria potestad, en caso de no lograrse la conciliación el juez decreta y practica las pruebas pedidas por las partes que considere necesarias; oír el dictamen de peritos del cual dará traslado inmediatamente a los litigantes para que puedan solicitar en la misma audiencia, aclaración y complementación, la que se practicará acto seguido. En caso que sea necesario la inspección judicial o una exhibición fuera del recinto del juzgado en la misma audiencia de práctica de pruebas se señalará para fecha y hora para el quinto día siguiente.

La legislación procesal de Chile faculta al juez para que de oficio ordene los medios probatorios que estime pertinentes; en cuanto a la inspección personal del Tribunal sólo se decretará cuando este lo estime necesario, designando día y hora para practicarla, con la debida autorización a fin de que puedan concurrir las partes con sus abogados, pudiendo solicitar estas que en el acto de reconocimiento se oigan informes de peritos y lo decretará el Tribunal si a su juicio esta medida es necesaria para el éxito de la inspección y ha sido interesada con la anticipación conveniente, no obstante para los casos regulación de la custodia y comunicación de menores por motivo de divorcio y separación de cuerpos, la prueba pericial es dispuesta de oficio en todo caso, siempre que no sea interesada por las partes (artículo 266 y 403 del Código Procesal Civil de Chile).

La referida norma procesal en el artículo 412 estipula que el reconocimiento de peritos podrá decretarse de oficio en cualquier estado del juicio, pero las partes sólo podrán solicitarlo dentro del término probatorio.

Perú, en este sentido establece en el artículo 194 de su Código Procesal Civil, que los jueces pueden ordenar la actuación de los medios de pruebas adicionales que considere conveniente cuando las pruebas ofrecidas por las partes sean insuficientes. Preceptuando más adelante que procede la inspección ocular cuando el juez debe apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos; estableciendo el mejor proveer también en cuanto a ordenar la asistencia de peritos y testigos.

La legislación procesal de Ecuador faculta a los jueces para ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia, exceptuando la prueba de testigos que no puede disponerse de oficio, pero sí el juez podrá repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de dictar sentencia o auto definitivo (artículo 122 del Código Procesal Civil de Ecuador).

En asuntos sobre guarda y comunicación de menores está determinado, que el juez ordena de oficio la prueba pericial sino la interesan las partes, señalando en la providencia la fecha y hora de la diligencia, previa designación de los peritos, pudiendo pedir aclaración del dictamen o designar otros peritos que cumplan estas funciones sin que esté obligado a atenerse al juicio de los mismos contra su convicción, según se recoge en el artículo 266 del mencionado texto procesal.

El Código Procesal Civil de Venezuela preceptúa que en los asuntos relativos al derecho de familia y al estado civil de las personas, el juez puede pedir que se amplíen las pruebas sobre los puntos que se encontraren deficientes o disponer de oficio las que entienda necesarias.

En Bolivia, el Código Procesal Civil vigente determina en su artículo 378 que el juez dentro del período probatorio o antes de dictar sentencia podrá ordenar de oficio declaraciones de testigos, dictámenes de peritos, inspecciones oculares y toda clase de prueba que juzgare necesarias y pertinentes. En este caso el plazo para dictar sentencia quedará suspendido por los días que requiere la producción de las pruebas.

Por otro lado España en la legislación procesal civil de su país, da importancia al dictamen pericial para resolver los litigios relacionados con la guarda, custodia y comunicación, tanto que si dicha prueba no es interesada por las partes el Tribunal solicita de oficio el diagnóstico del equipo multidisciplinario de atención familiar e infantil o sencillamente de un especialista con vista adoptar en definitiva un fallo que sea beneficioso a los intereses de los menores.

## **2.2 De la Audiencia del Menor.**

Para iniciar el análisis de este particular, merece detenerse primeramente en lo que significa o entraña la exploración del menor. El concepto gramatical explorar significa reconocer, inquirir o averiguar con diligencia una cosa, inquirir es indagar, averiguar, o examinar cuidadosamente una cosa, y examinar es investigar, inquirir, escudriñar; entonces no cabe dudas que la exploración debe procurar primero reconocer al sujeto con el que se pretende investigar algo y luego hacerlo con la mayor diligencia y cuidado posible para que ello lleve a la verdad inquirida.

Al explorar un niño cualquiera que sea su edad se debe buscar la manera de llegar a conocer lo que se desea sin que su sagacidad le permita percatarse que es ese el objetivo de quien lo explora, para ello nunca debe abordarse directamente el tema, se debe crear el ambiente necesario que le inspire confianza y ello requiere de paciencia, conocimiento elemental de los gustos, las motivaciones infantiles, lo que hará que el intercambio resulte ameno y poco a poco vayan disipándose dudas, reticencias que bloquean la comunicación. Se le debe dar posibilidades de que hable y con maniobras girar la conversación hacia donde interese al

explorador, sobre todo con preguntas generales que le permitan realizar una exposición, escuchándolo con atención sin interrumpir su relato, pues ello puede conducir al silencio.

La audiencia del menor es un derecho personalismo del niño o adolescente que asegura su condición protagónica. Por consiguiente, la palabra del niño debe ser escuchada, en lo posible, de modo personal y evitarse que la audiencia indirecta se convierta en regla, pues es necesario saber de su propia boca el tipo de relación que sostiene con cada uno de sus padres, los sentimientos que experimenta, sus preferencias, sin que ello signifique convertirlo en árbitro del conflicto.

La obligación de escuchar al niño y que se tome en cuenta su opinión en función de su edad y grado de madurez, surge de la aplicación del artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y es así por ejemplo que en Colombia, está previsto que en los casos de divorcio, separación de cuerpos y controversias que se susciten entre progenitores o cónyuges sobre el ejercicio de la patria potestad el juez podrá oír a los menores si lo considera necesario para adoptar no sólo la sentencia definitiva sino incluso las medidas provisionales, tal como consta en el artículo 444 apartado dos del Código Procesal Civil de Colombia.

En Perú la legislación procesal civil vigente recoge la facultad del juez para ordenar la comparecencia del menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial, en los procesos separación convencional y divorcio.

Por su parte el Código Procesal Civil de Venezuela en su artículo 257 norma la facultad del juez de oír al menor si lo considera conveniente en los asuntos relacionados con los derechos de familia.

España, por su parte tiene regulado que las medidas judiciales sobre el cuidado, la educación y el régimen de comunicación o visitas de los hijos menores serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran juicio suficiente y siempre a los mayores de doce años de edad.

### **CAPITULO III: LA DETERMINACIÓN DE GUARDA Y CUIDADO Y RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL CUBANO. VALORACIÓN CRÍTICA.**

#### **3.1 Análisis exegético de la norma.**

La determinación de la guarda y cuidado de los hijos menores y régimen de comunicación con estos, tiene su protección jurídica procesal en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico vigente en Cuba, en el proceso sumario de conocimiento para los casos de hijos habidos de relaciones no matrimoniales, de unión matrimonial no formalizada, de nulidad de matrimonio, o de padres separados de hecho de matrimonio formalizado, en cuya virtud se satisfacen pretensiones de las partes, mediante la investigación y solución de asuntos civiles y de familia, a través de un método preestablecido por la ley a fin de proteger el ordenamiento jurídico; concebido así en su momento por el legislador dado a que el proceso sumario del que se ocupa el Título III del Libro Segundo, de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico como ya hemos apuntado a través de nuestro análisis es un proceso de conocimiento que se caracteriza por la brevedad, sencillez y concentración

procesal, donde prima una menor solemnidad y una mayor rapidez por lo que a nuestro criterio es el idóneo para tramitar los asuntos de la índole estudiada aunque con la introducción preceptiva de cuestiones como el criterio de expertos durante la práctica de pruebas y la audiencia del menor por vía de exploración.

### **3.2 De la Prueba Pericial.**

En los procesos donde se determina la guarda, cuidado, comunicación y sus contradicciones surgen en los niños necesidades de afecto, de un ambiente estable, socialización, autonomía y todas estas necesidades se ven dañadas por este conflicto lo que hace que surjan síntomas como ansiedad, depresión, inadaptación, trastornos de aprendizaje, rechazo escolar, entre otros; que se pueden presentar uno o varios a la vez y cuya combinación conducen al niño a una enfermedad síquica, haciéndose necesaria la intervención en estos casos de especialistas en psicología, pues ayudaría en primer lugar a los padres a buscar la solución más acertada al conflicto para de esta manera modificar las causa que provocan los síntomas y en segundo lugar, porque realiza un tratamiento terapéutico al menor para atenuar los síntomas presentes y además previene los que puedan aparecer. Pudiendo además ser necesario consultar la opinión de especialistas en psiquiatría, pediatría, pedagogía, trabajo social u otras especialidades relacionadas con la atención familiar para así escuchar el criterio de personas ajenas al proceso que pueden ser muy útiles al juez, ya que lo ilustran sobre cuestiones de especialidad, que aquellos por ser diestros en la materia le pueden aportar.

En nuestra Ley procesal civil son varios los medios de prueba que se encuentran al alcance de las partes y de los que los jueces se pueden valer para una correcta solución de los conflictos, estando dentro de ella la prueba pericial regulada en el artículo 301 y siguientes, prueba que podrá emplearse cuando para conocer o apreciar algún hecho de influencia en el proceso, sea necesario oír el parecer de quienes tengan conocimientos especializados, científicos, técnicos, artísticos o prácticos, cuya recta interpretación de este artículo no condiciona la práctica de dicho medio de prueba a su solicitud a instancia de parte, con lo cual el legislador no olvida la posibilidad de que sea el propio juez, el que de oficio pueda disponerla en el período probatorio. Claro está que corresponde al juez la valoración de dicha prueba, sin que tenga que sujetarse al dictamen emitido, conforme regula el artículo 315 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo Laboral y Económico, la decisión que en definitiva se adopte.

En virtud a los antes expuesto, es opinión de esta autora que sería aconsejable incluir con carácter preceptivo en la norma procesal la prueba pericial dada la complejidad que entraña el litigio que se resuelve y las consecuencias que en el orden psicológico puedan acontecer para el menor cuya guarda y cuidado y régimen de comunicación se determina.

### **3.3 Audiencia del Menor.**

En nuestro ordenamiento sustantivo sólo está previsto explorar la voluntad del menor en los casos de adopción cuando este tenga siete o más años de edad (artículo 107 del Código de Familia).

La Ley procesal civil por la que se tramitan los procesos de familia, no regula la audiencia del menor en asuntos en que se adoptan decisiones que pudieran afectar al hijo menor de edad a causa del conflicto de sus progenitores en el ejercicio de la patria potestad, contrario a lo que observamos en los ordenamientos procesales de los países estudiados.

En los litigios donde se debe atribuir la guarda y cuidado del hijo menor y el régimen de comunicación con el padre no custodio, es el interés del hijo en el caso concreto, el principio rector para determinar su atribución y por consiguiente la opinión del niño o adolescente constituye un aporte esencial para el Tribunal que debe resolver el conflicto, toda vez que le permite conocer su personalidad, inclinaciones, dificultades, el tipo de relación que sostiene con cada padre, los sentimientos que experimenta y sus preferencias, de ahí que es criterio de esta autora, que en los procesos de la naturaleza estudiada, el Tribunal debiera con carácter preceptivo, oír al menor involucrado que cuente con siete años de edad o más, por vía de exploración, en un ambiente que le inspire confianza y con absoluta privacidad, fuera de la sede del órgano judicial, en un lugar con las condiciones apropiadas para ello, despojados de sus togas y solemnidades, auxiliándose, si fuera necesario de especialistas con conocimiento en atención familiar, dirigiéndole preguntas que en modo alguno lo coloquen en situación de ofrecer respuesta que implique el rechazo a uno de los progenitores, lo que requiere de paciencia y conocimiento elemental de los gustos y las motivaciones infantiles; todo lo que permitirá un intercambio ameno y que paulatinamente vaya creando un clima de confianza que permita disipar las dudas y reticencias que bloquean la comunicación

Es de tal importancia la audiencia del menor, que la máxima autoridad judicial en nuestro país, el Tribunal Supremo Popular, al implementar la Instrucción 187 de 20 de diciembre de 2007 dispone, entre otros aspectos, la indicación de oír al menor involucrado por vía de exploración que cuente con siete años de edad, recabando la cooperación de un equipo técnico asesor multidisciplinario, con el propósito de dotar a los jueces con determinadas herramientas procesales para una práctica judicial uniforme en los procesos de familia y atemperada a las condiciones actuales, que propicie una mayor racionalidad de las decisiones judiciales, con lo que permite aseverar y validar anticipadamente que pudiera incorporarse al ordenamiento procesal como aspecto novedoso.

## **CONCLUSIONES**

1-La guarda y cuidado tiene una especial connotación, es una de las funciones esenciales de la patria potestad que significa el cuidado directo del hijo menor, y en su caso por falta de convivencia de los progenitores queda a cargo de uno de ellos; está íntimamente relacionada con otras funciones de la esfera personal de la patria potestad tales como la educación, la formación integral, la corrección y la comunicación de los menores con el progenitor no custodio.

2- El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores gozará del derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía; teniendo así, la posibilidad de ejercer los atributos esenciales que la autoridad parental le confiere y que no puede efectuarlos cotidianamente.

3- Las figuras de la guarda, cuidado y comunicación en el derecho positivo de cada país han sido acogidas de diferentes formas, plasmándose en las leyes sustantivas de acuerdo al sistema social imperante no obstante existen aspectos comunes en su tratamiento procesal

como lo son la participación de expertos en asuntos familiares con conocimientos prácticos y especializados de lo que es el objeto de la litis, con la presencia de las partes, las que tienen todas las garantías requeridas al poder hacer uso de los diferentes medios de pruebas que tienen a su alcance así como la audiencia del infante siempre que se estime necesario.

4- El proceso sumario del que se ocupa el Título III del Libro Segundo, de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico vigente en Cuba, si bien es el idóneo para tramitar los asuntos de la índole estudiada por su brevedad, sencillez y concentración procesal, donde prima una menor solemnidad y una mayor rapidez, a diferencias de legislaciones procesales de otros países, carece particularidades procesales que pudieran contribuir a una mayor protección a los derechos e intereses de los menores.

5- Que resulta atinado regular en el procedimiento sumario para la solución de los procesos donde se determina la guarda y cuidado y régimen de comunicación de manera preceptiva particularidades procesales como el criterio de expertos en atención familiar durante la práctica de pruebas que pueden ser muy útiles al juez para ilustrarlo sobre cuestiones de especialidad, que aquellos por ser diestros en la materia le pueden aportar y la audiencia del menor por vía de exploración siempre que tenga siete o más años de edad, para escucharlo en correspondencia con las regulaciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.