

DOCTRINA

Familia cubana y migraciones internacionales: una mirada desde las relaciones paterno-filiales

Cuban family and international migrations: a parent-child relations approach

CLAUDIA LORENA MORFFI COLLADO*
GRISEL GALIANO MARITAN**

RESUMEN: La migración internacional, uno de los acontecimientos más importantes de nuestros tiempos, revela profundas raíces históricas en la evolución de la humanidad y la sociedad, de allí que sus efectos incidan de forma directa en la familia y, por ende, en las relaciones paterno-filiales, por las implicaciones jurídicas que el fenómeno representa. El estudio sobre la influencia de las regulaciones migratorias en la familia se complejiza cada vez más al aumentar el fenómeno migratorio en cada una de las latitudes, especialmente la cubana, en donde el país se ha visto obligado a tomar medidas para proteger los derechos de los padres y los hijos menores. El objetivo de la presente investigación es analizar la influencia de la migración en la familia cubana actual, especialmente en los conflictos paternos-filiales relacionados con el reconocimiento de los hijos y el ejercicio efectivo de la patria potestad.

PALABRAS CLAVES: migración, familia cubana, relaciones paterno-filiales, patria potestad, padres, hijos.

* Licenciada en Derecho. Profesora de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanística, Carrera de Derecho de la Universidad de Ciego de Ávila, Máximo Gómez Báez. Notaria habilitada.

** Profesora de Derecho Civil de la Carrera de Derecho. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil, Ecuador. Máster en Derecho Civil por la Universidad de la Habana. Máster en Ciencias de la Educación Superior por la Universidad de Ciego de Ávila y Licenciada en Derecho por la Universidad de Ciego de Ávila..

ABSTRACT: International migration is one of the major events nowadays and reveals deep historical roots in the evolution of humanity and society. Its effects and juridical implications impact directly in the family and in the parent-child relations. The study on the influence of migratory regulations in the family gets more complex as migration increases worldwide, especially in Cuba where the country has taken measures to protect the rights of the parents and minors. This article aims to analyze the influence of migration in the Cuban family, especially the parent-child conflicts related to the recognition of children and the actual exercise of parental rights and duties. .

KEY WORDS: migration, Cuban family, parent-child relations, parental rights and duties, parents, children.

INTRODUCCIÓN

La familia ha intentado adecuarse a las nuevas condiciones que impone la globalización y la migración internacional, sin embargo, este fenómeno repercute considerablemente en la formación estructural y emocional del núcleo familiar. Todo proceso migratorio supone un reto para la familia y sus miembros, ya sea por la salida de uno de sus componentes, o el traslado del lugar donde normalmente se desenvuelve; la repercusión socio jurídica que puede significar implanta un desafío ad cautelam para el Derecho y la regulación adecuada de las instituciones familiares.

El análisis del proceso migratorio y su influencia en la familia comprende un reto para el más avezado jurista, ergo, una aproximación a la migración debe considerar que en su origen encontramos una tendencia hacia la movilidad social y económica del mundo moderno. En la actualidad, este proceso incide de forma directa en los elevados índices de envejecimiento poblacional como resultado de un flujo cuasi-estacionario de su contenido neto. Particularizan este proceso la feminización de la migración, el consecuente número de nacimientos potencialmente perdidos que deberían rejuvenecer una población deprimida y un número cada vez mayor de jóvenes migrantes que utilizan el derecho a emigrar como proyecto de vida.

El mundo se encuentra inmerso en una nueva era de migraciones,¹ el cambio en los patrones migratorios encendió una luz de advertencia en el funcionamiento familiar, el cual ha sido transfigurado a una serie de situaciones disfuncionales y perjudiciales que influyen en su adecuado desarrollo. Los lazos parentales se han transmutado en una doble vía de contacto mediada por redes sociales y medios de comunicaciones modernos. Las largas distancias que separan a los miembros del núcleo familiar originan encuentros esporádicos que pueden verse prolongados por años consecutivos, en los cuales la identidad y valores creados por la familia se van deteriorando.

El derecho a migrar es atribuido a la persona como posibilidad de buscar un ambiente favorable para su desarrollo, encontrándose indisolublemente ligado al derecho de no migrar, que podía ser entendido como el derecho de las personas a no moverse de su hogar donde han creado un entorno confortable y seguro.²

Para analizar la influencia de la migración y sus distintas regulaciones, que varían de conformidad con el ordenamiento jurídico de cada país, se debe considerar que la familia constituye la organización social sobre la que inciden las

1. Por ejemplo, durante el año 2015 un total de 4,7 millones de personas emigraron a alguno de los estados miembros de la Unión Europea, de este total, 2,4 millones eran ciudadanos de terceros países que no pertenecían a la Unión Europea. El país que notificó el número más alto de inmigrantes fue Alemania, seguido Reino Unido, Francia, España e Italia. (acceso el 20 de diciembre de 2017. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/es). En el continente americano la población inmigrante ha aumentado de alrededor de 34 millones en 1990, a 61 millones en 2013, registrándose un incremento del 78%, siendo los principales países de destino Estados Unidos y Canadá. Sin embargo, en el contexto latinoamericano sobresalen como principales características de este proceso la feminización de la migración y su carácter intrarregional, todo ello según datos aportados por el Tercer Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI) del año 2015, acceso el 20 de diciembre de 2017. <http://www.oas.org/docs/publications/sicremi-spanish.pdf>. Según las Naciones Unidas en el año 2015 se contabilizó más de 240 millones de migraciones internacionales. Hans Van Loon, «El desafío global de la migración internacional», *REDI*, vol. 68 (2016): 2.

2. Amparo Micolta León, «Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales», Trabajo Social N° 7, *Revista del Departamento de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia*, (2005): 60-62.

consecuencias que se generan producto de la migración.³ Ello se debe, en gran medida, al estrecho vínculo que existe entre la familia y el fenómeno de la migración, la primera como base del proceso de formación del individuo como ser social, mientras que el segundo, como hecho que pone en tela de juicio la identidad y estructura familiar.

Sin embargo, como bien refiere Valido,⁴ es muy difícil determinar, al menos de forma clara y expresa, la relación que existe entre la migración internacional y la familia como fenómeno socio-jurídico, pues se matiza por la influencia de otras ciencias; y ello se debe en gran medida, a que nos encontramos en presencia de una relación multicausal y con múltiples aristas, en el que confluyen la desintegración familiar, el abandono por parte del emigrado, entre otros riesgos que implica el acto de migrar.

Sin embargo, pese al complejo carácter del fenómeno migratorio, se debe alegar que este no puede ser ajeno al Derecho, y en especial, al Derecho de Familia. Defendiendo la máxima *ubi societas, ibi jus*, donde hay sociedad, hay Derecho; por ello, las ciencias jurídicas afrontan la trascendental tarea de adaptar el ordenamiento jurídico a los cambios que puedan suscitarse a raíz del aumento del flujo migratorio, fenómeno que no se encuentra ajeno al Derecho de Familia como regulador por excelencia de las relaciones familiares.

En este sentido, a esta rama del Derecho no le puede ser indiferente la repercusión de la migración en la desestructuración familiar, lo cual ha alcanzado grados superlativos en la sociedad moderna. La migración ha devenido en un factor generador de conflictos familiares, a los cuales cada ordenamiento jurídico debe darle solución, teniendo en cuenta tanto las regulaciones propias del Derecho Migratorio y del Derecho de Familia, como la realidad en la que estas tienen lugar.

La transformación de la que es objeto el mundo moderno producto del empleo de nuevas tecnologías en función del hombre, así como el incremento del tránsito migratorio, hacen necesario el perfeccionamiento de los ordenamien-

3. Organización Internacional para las Migraciones, Migración y Familia, Sección 2.5, *Derecho Internacional y Reunificación de la Familia. Temas de Reunificación de la Familia, Fundamentos de Gestión de la Migración Volumen II: Desarrollo de Políticas sobre Migración*, 14.

4. Ana María Valido, «Migración Internacional y Derecho de Familia: Realidades y Retos», *Revista sobre Fronteras e Integración*, Año 11, N° 22/noviembre 2006-abril (2007): 79-88.

tos jurídicos en la búsqueda de mecanismos que protejan a las familias y a sus miembros más vulnerables. El acelerado ritmo del mundo globalizado impone a las nuevas generaciones grandes retos respecto a la búsqueda de soluciones efectivas que respondan a los problemas conflictuales que se presentan en el entorno socio familiar bajo las actuales condiciones sociodemográficas de cualquier país.

En base a lo dicho, los planes de acción deben dirigirse no solo a la búsqueda de soluciones jurídicas efectivas que desde la norma prevean y tutelen a las personas más vulnerables frente a estos cambios, sino que también, estos cambios normativos se encuentren acompañados y complementados con la elaboración de estrategias que tributen a la solución de los problemas actuales que fenómenos como la migración crean en las sociedades contemporáneas.

REFORMA MIGRATORIA EN CUBA: PRINCIPALES AVANCES

El tema de la migración es analizado generalmente desde la perspectiva del migrante, es decir, del respeto y desarrollo de sus derechos en el país para el cual va a residir, sin embargo, son muy pocos los estudios que se centran en el debate de los conflictos que se generan en el país que el migrante abandona. Aun cuando el fenómeno migratorio no se ha encontrado ajeno a los estudios jurídicos en Cuba, los enfoques sobre el tema de la migración para el Derecho interno cubano han sido esencialmente desde la óptica de la legislación civil e inmobiliaria cubana, con especial énfasis en lo relativo a la transmisión de inmuebles, ya sea por actos inter vivos o mortis causa, así como la temática de las parejas de hecho.⁵

Tal es así, que no es hasta la última reforma que tuvo lugar en el país en el año 2013, que se comenzó a entever en la sociedad cubana en general, y en la familia en particular, las principales incidencias de este fenómeno en estas formas de

5. Leonardo B. Pérez Gallardo, «Sucesión por causa de muerte, vivienda, migración y familia en el Derecho cubano: Un atinado giro copernicano», *Revista de Derecho, Universidad de Piura*, 14 (2007); Jorge Ordellin Font, «Uniones de hecho, derechos sucesorios y migración. ¿Buscando un vértice en la protección de la familia cubana actual?» *Revista Derecho de Familia y Persona, La Ley*, agosto, (2015): 66.

organización social⁶. De esta forma, se produce un desequilibrio en los índices demográficos del país⁷, mientras que por otro, tiene lugar un desfase entre las normas migratorias y el resto del ordenamiento jurídico, en especial el Código de Familia, que responde a una realidad totalmente distinta.

La actualización de la política migratoria cubana tiene lugar como parte del proceso de actualización económica y social que el país implementó desde el año 2011. En virtud de ello, y para hacer efectiva esta transformación, se promulga el Decreto Ley 302 del 11 de octubre del 2012, modificativo de la Ley 1312, Ley de Migración del 20 de septiembre de 1976, y los Decretos y resoluciones complementarias, regulaciones que entraron en vigor el 14 de enero del 2013.

Con la promulgación de este cuerpo normativo, Cuba da un paso de avance significativo que había tardado varios años en afianzarse como pertinente, cuyo principal objetivo fue que los movimientos migratorios se desarrollaran de forma legal y segura, modificaciones que respondieron a políticas del Estado cubano en el ejercicio de su soberanía y determinación. De esta forma, la norma promueve e incentiva el flujo migratorio siempre y cuando se cumplan los requisitos dispuestos por la normativa, eliminándose así una serie de condicionamientos materiales y jurídicos que limitaban el ejercicio del derecho a emigrar por parte de los ciudadanos cubanos.

La normalización de la política migratoria cubana persigue un flujo migratorio legal y normado, en búsqueda de vías y medios para facilitar el flujo de ciudadanos cubanos que decidan salir del país de forma segura. A pesar de que queda mucho por abundar respecto al tema, y varias son las interrogantes de

6. El fenómeno migratorio cubano comporta un crecimiento en la década de 1990, hecho que provocó un decrecimiento natural de la población, durante la década de los ochenta se produce una normalización del flujo, el cual permanece hasta 1993. Durante los años 1994 y 1995 el flujo migratorio aumenta en contraposición de las restricciones en las regulaciones migratorias. Ver: Juan Carlos Albizu-Campos, Dimitri Fazito y Almeida Rezende, «Dinámica demográfica cubana. Antecedentes para un análisis», *Revista Novedades en población*, N°6, junio, (2014): 23-31.

7. La aceleración de los procesos migratorios ha representado un creciente número de personas jóvenes que optan por la migración como medio de cambiar sus vidas dejando atrás una familia cada vez más envejecida. La migración constituye, además un componente conductor hacia montos negativos del saldo neto de crecimiento poblacional con una tasa de 0%, condicionando a la población cubana en un estado cuasi-estacionario de crecimiento. Ver: Juan Carlos Albizu-Campos, *Dinámica...*, 23.

la incidencia que podría representar un aumento de la población migrante en el índice poblacional y su ciclo de envejecimiento, la implementación de esta nueva política responde a un ejercicio de soberanía y autodeterminación del gobierno cubano.

La norma significa la entrada de Cuba en el contexto de países que reconocen el derecho a la libre circulación, conforme se reconoce en el artículo 13, apartado primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada el 10 de diciembre de 1984, «Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su lugar de residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país»; artículo que además tiene su respectivo correlato en el número 12 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos adoptado el 16 de diciembre de 1966.⁸ De esta forma, la ley cubana condiciona únicamente la entrada o salida del territorio nacional de los ciudadanos cubanos al hecho de poseer un pasaporte de la República de Cuba expedido a su nombre.⁹

Las nuevas implementaciones agilizan el proceso de solicitud de pasaporte corriente, exigiéndose solo el carné de identidad. Esto con la excepción de los menores de edad sometidos a la patria potestad y de los declarados incapaces, los cuales requieren autorización de su representante legal expedida por notario en escritura pública de autorización para la obtención de pasaporte y salida del territorio nacional.

El artículo 23 de la Ley de Migración y Extranjería establece que no podrán obtener pasaporte los ciudadanos cubanos que se encuentren sujetos a un proceso penal, tengan pendiente el cumplimiento de una sanción penal o medida de seguridad, excepto en los casos que se autorice expresamente por el tribunal; encontrarse sujetos al cumplimiento de las disposiciones sobre el servicio militar,

8. Sobre la migración como derecho Ver: Pedro Ojeda Paullada, Comentario sobre «Derechos humanos y migración», en: José Juan Olloqui (comp). *Estudios en torno a la migración*, (DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006), 145-163.

9. Artículo 1 Decreto Ley 302 Modificativo de la Ley 1312, Ley de Migración de 20 de septiembre de 1976. Anteriormente existía el requisito de formalizar mediante documento notarial la invitación extendida a favor de ciudadanos cubanos residentes en el territorio nacional, por familiares o amigos residentes en el extranjero, para viajar al exterior por asuntos personales y un impuesto sobre sobre documentos para los trámites migratorios relacionados con las solicitudes de permisos de entrada y salida del territorio nacional por asuntos particulares..

por razones de defensa y seguridad nacional; tener obligaciones con el Estado cubano o responsabilidad civil; carecer de la autorización requerida para preservar la fuerza de trabajo, por ser menor de edad o incapaz; y no tener la autorización ante notario cuando lo determinen las autoridades facultadas, o cuando incumpla con los requisitos exigidos por la Ley de Migración y Extranjería.

Otra de las transformaciones esenciales del Decreto Ley 302 modificativo de la Ley 1312 Ley de Migración, es la derogación de la Ley 989 de fecha 5 de diciembre de 1961 que disponía la nacionalización mediante confiscación a favor del Estado cubano de los bienes, derechos y acciones de los que se ausenten con carácter definitivo del país.¹⁰

La Ley 989/1961 fue una ley revolucionaria adoptada a principios del triunfo de la revolución cubana, sustentada en motivos eminentemente políticos que establecía en su artículo 2 que «todas las personas que abandonaran definitivamente el territorio nacional, todos sus bienes muebles, inmuebles o de cualquier otra clase, derechos, acciones y valores de cualquier tipo, se entenderán nacionalizados, mediante confiscación a favor de Estado cubano, los cuales se asignarán a los organismos correspondientes».¹¹

Tras estas modificaciones legislativas, y casi medio siglo después de su adopción, la norma había perdido la ratio de su adopción, por ello, su derogación fue un hito en el entramado jurídico del Derecho migratorio cubano al eliminar el carácter político del fenómeno migratorio y concederle un carácter marcadamente económico y personal.

Sumado a esta decisión, se debe agregar que dentro de los avances más destacables de este proceso de transformación en la materia, el hecho de que la propia norma migratoria determinara lo que se entendía por la categoría «persona que había abandonado definitivamente el territorio nacional», considerando como tal al «ciudadano cubano que ha emigrado, cuando viaja al exterior por asuntos particulares y permanece de forma ininterrumpida por un término superior a los 24 meses sin la autorización correspondiente, así como cuando se

10. Disposición final cuarta. Decreto Ley 302 Modificativo de la Ley 1312, Ley de Migración de 20 de septiembre de 1976.

11. Artículo 2 de la Ley 989/1961 de 5 de diciembre.

domicilia en el exterior sin cumplir las regulaciones migratorias vigentes»¹².

La condición de abandono definitivo del territorio nacional había constituido hasta este momento una figura jurídica utilizada en la práctica, sin regulación expresa dentro del ordenamiento jurídico cubano. Esta especial situación le confería más luces que sombras como categoría que permite definir cuando un ciudadano cubano había emigrado o no, y por ende, no residía en el territorio nacional.¹³

A su vez, la propia actualización de la política migratoria estableció la posibilidad de extender la permanencia en el exterior por un tiempo superior a 24 meses, cuando por causas justificadas los ciudadanos se vieran imposibilitados de regresar al país; y los ciudadanos cubanos emigrados no pudieran realizar el procedimiento para resolver las solicitudes de residencia en el territorio nacional.¹⁴

LOS CONFLICTOS PATERNO FILIALES EN CUBA Y SU RELACIÓN CON LAS REGULACIONES MIGRATORIAS

Las relaciones paterno filiales constituyen un vínculo directo entre padres e hijos, identificado en muchas ocasiones en la doctrina con el término filiación¹⁵. La relación paterno filial supone un conjunto de deberes, derechos y obligaciones de los progenitores respecto a sus hijos.¹⁶

Las transformaciones del fenómeno social acaecidas en el mundo moderno han conllevado a situaciones conflictivas que alcanzan al menor como eje central de desarrollo, mutatis mutandi, las relaciones entre los progenitores y sus hijos

12. Artículo 9.1 Decreto Ley 302 Modificativo de la Ley 1312, Ley de Migración de 20 de septiembre de 1976. El Decreto 305 modificativo del Decreto número 26 Reglamento de la Ley de Migración de 19 de julio de 1978, establece las causales en virtud de la cual los titulares de pasaporte corriente pueden extender su permanencia por un tiempo superior a 24 meses o solicitar la residencia en el exterior. Artículo 40 del Decreto 305/2012 de 11 de octubre de 2012, modificativo del Decreto 26 Reglamento de la Ley de Migración de 19 de julio de 1978.

13. Anteriormente el tiempo previsto para ser considerado como tal era de solo 11 meses.

14. Resolución 44 del Ministerio del Interior, 13 de octubre de 2012.

15. Carina Marti Ferrer, «La filiación: posturas jurisprudenciales actuales», *Revista de Derecho*, vLex octubre, (2017): 54.

16. Jorge Parra, *La filiación en Derecho de Familia*, (Bogotá: Leyer, 2008), 54.

se han transmutado sobre la base de escenarios diversos como la migración.¹⁷

Producto de la migración de uno o ambos padres, el cumplimiento de los deberes y obligaciones para con sus hijos como contenido de las relaciones paterno filiales puede verse afectada o no existir, por ende, los conflictos sobre el ejercicio de la patria potestad surgen ante el incumplimiento que muchas veces se ve determinado por la ausencia que provoca la migración.

Los conflictos más comunes en materia filiatoria promovidos por la migración se encuentran hoy en los actos del reconocimiento de hijos, concentración de la patria potestad, la autorización de viaje al exterior del menor, las medidas definitivas a adoptar sobre los menores durante la sustanciación del divorcio cuando uno de los padres ha abandonado definitivamente el territorio nacional, y lo concerniente a la suspensión y privación de la patria potestad.

El reconocimiento de filiación paterna o materna puede ser el resultado de un proceso ordinario ante el Tribunal Municipal Popular, de una declaración ante el Registrador del Estado Civil, o la presentación del documento público expresivo del mismo. En este último caso, y en virtud de lo establecido en el artículo 294 de la Ley 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, se considera «que los documentos otorgados con la intervención de funcionario público con las formalidades legales harán prueba plena entre las partes que ellos hayan figurado, respecto a las declaraciones que contengan o que de ellas inmediatamente se deriven. Harán prueba así mismo, aún respecto a terceros, en cuanto a su fecha y al motivo de su otorgamiento.»

El reconocimiento de la filiación es un acto jurídico familiar que en el ordenamiento jurídico cubano se configura como un acto jurídico individual, unilateral, puro, expreso, con efectos retroactivos y personalísimo.¹⁸ El artículo 86 del Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil¹⁹ autoriza a efectuar en el Registro del Estado Civil, en cualquier momento, el reconocimiento de los hijos de padres no unidos por vínculo matrimonial formalizado o reconocido judicial-

17. Luz María López y María Olga Loaiza, «Padres o madres migrantes internacionales y su familia: Oportunidad y nuevos desafíos», *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez, y juventud*, Vol. 7, N° 2, (2009): 844 y 845.

18. Leonardo Pérez Gallardo, «Luces y sombras en torno a la regulación jurídica de la filiación en Cuba», *122 Vniversitas*, (2011), 412.

19. Resolución 249 de 2015, Reglamento de la Ley del Registro Civil, Gaceta Oficial Extraordinaria, N° 38 jueves 3 de diciembre de 2015, año CXIII.

mente, siempre y cuando concurren las circunstancias que preceptúa el artículo 51 y 52 de la citada ley. Es decir, se requiere del consentimiento del que haya inscrito a la persona que se pretende reconocer, del que lo represente legalmente, o el consentimiento del reconocido si este fuera mayor de edad.

En consecuencia, la migración también ha significado que se le preste especial atención a la revisión de los reconocimientos de filiación efectuados por ciudadanos extranjeros o cubanos residentes con carácter permanente en el exterior. No son pocos los casos en que los reconocimientos filiatorios de hijos que no son biológicos han sido utilizados como un medio para fomentar la migración y así garantizar la salida del menor en compañía con el otro padre hacia el extranjero.

Ante la imposibilidad del padre de encontrarse en el territorio nacional en el momento del parto, o un tiempo después para formular su declaración de paternidad en documento indubitado, tal como refiere el artículo 75 del Código de Familia, la Dirección Nacional de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia es del criterio que todo reconocimiento contenido en documento público surte efectos legales.²⁰

No obstante, en el caso de que el hijo concebido por ambos padres antes de producirse la migración pudiera verse desamparado, dado que para que sea efectivo el reconocimiento no solo es necesario que tenga lugar el reconocimiento de la paternidad en escritura pública ante notario o el cónsul cubano del país donde se encuentre el progenitor, sino que aun siendo este un acto irrevocable, su eficacia queda supeditada al nacimiento con vida del concebido pero no nacido, así como al hecho de que la madre aporte la escritura al momento de realizarse la inscripción del nacimiento del menor.

La migración también puede traer a colación acciones de impugnación de la paternidad, considerándose con derecho el presunto padre que ha abandonado el país, a inscribir como suyo al hijo reconocido previamente por otra persona por considerarse su verdadero progenitor, y haberse encontrado impedido de reconocerlo como suyo en el momento de su inscripción, derecho que no le

20. Dictamen 3/1997 de 5 de marzo de 1997. Dirección de Registro y Notaría del Ministerio de Justicia de la República de Cuba.

puede ser negado tal y como lo dispone el artículo 81 del Código de Familia.²¹

Otro de los aspectos más polémicos dentro de la temática que tratamos es el ejercicio efectivo de la patria potestad. En este caso, el padre que migró solo podrá asumir los deberes de índole económico que le corresponden en el ejercicio de la patria potestad, encontrándose impedido físicamente de cumplir a cabalidad el resto de sus deberes relacionados con la guarda y cuidado del menor, cumplimiento que le corresponderá de hecho a la madre forma unilateral. Sin embargo, si se analiza desde la óptica jurídica supone múltiples limitaciones.

Por su parte, el contenido de la representación legal es amplio, versando sobre los más disímiles asuntos judiciales, extrajudiciales o administrativos, y de relaciones patrimoniales o extrapatrimoniales. Resulta clara la regulación que sobre el tema realiza el Código de Familia en sus artículos 85, apartado quinto y 87 respectivamente. La patria potestad comprende los siguientes derechos y deberes de los padres contenidos en el artículo 85, apartado quinto: «representar a sus hijos en todos los actos y negocios jurídicos en que tengan interés; completar su personalidad en aquellos para los que se requiera la plena capacidad de obrar; ejercitar oportuna y debidamente las acciones que en derecho correspondan a fin de defender sus intereses y bienes».

Sin embargo, este régimen de patria potestad y, por ende, de representación legal de los menores de edad, está llamado a ser transformado a partir del reconocimiento de nuevas figuras como la capacidad progresiva del menor y el interés superior de este,²² lo que trae consigo que la amplitud del mismo se vea modificada. La patria potestad por su esencia y naturaleza es indelegable, intransferible, irrenunciable y de ejercicio conjunto por ambos padres, salvos las

21. Reinerio Rodríguez Corría, «La filiación y sus acciones. Algunas reflexiones sobre su regulación y aplicación práctica», *Revista cubana de Derecho*, N° 34, julio-diciembre, (2009), 15.

22. El interés superior del menor es un principio defendido por el Estado y el ordenamiento jurídico cubano desde muy temprano según los principios y postulados de la Convención de los Derechos del Niño, firmando este Convenio Jurídico el 26 de enero de 1990 y ratificándola el 21 de agosto de 1991. La protección a la infancia y la adolescencia en Cuba se rige por el principio «No hay nada más importante que un niño o niña». Tesis defendida por Grisel Galiano Maritan, «La Convención de los derechos del niño como cuerpo jurídico protector de la infancia. Sentido y Alcance», en *Revista Jurídica del Ministerio de Justicia*, Tercera época, año 2, N°4, julio-diciembre, (La Habana, 2009), 35.

excepciones previstas en el Código de Familia.²³

Uno de los principales problemas en torno a este tema es la representación de los menores de edad en actos jurídicos que se formalizan ante notario, cuando uno de los progenitores no se encuentra en el territorio nacional. Estamos hablando concretamente de la denominada concentración de la patria potestad, figura que el Código de Familia prevé solo de manera muy limitada.²⁴

El artículo 83 del Código de Familia establece que el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres conjuntamente, salvo el fallecimiento de uno de los padres o porque se le haya suspendido o privado de su ejercicio. Durante mucho tiempo, la ausencia producto de la migración de uno de los padres fue sustituida en el ejercicio de los derechos por la presencia de los representantes de la Fiscalía General de la República. Los fiscales, al amparo del artículo 48 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, completaban la capacidad de los menores o actuaban como sus representantes de conjunto con el otro padre que se encontraba en el territorio nacional.

Sin embargo, en el año 2012, el Departamento de Protección de los Derechos Ciudadanos de la Fiscalía General de la República de Cuba determinó que, si no hay intereses contrapuestos entre el hijo y el progenitor, no existe posibilidad legal para que el fiscal firme un documento notarial en representación de alguna persona menor de edad sujeta a la patria potestad de sus padres. Según la propia Dirección, es aceptado que la ausencia del territorio nacional por cualquier motivo de alguno de los progenitores o de ambos, no puede suplirse con la presencia del fiscal, pues ello viola lo establecido y constituye una intromisión en las potestades, deberes y facultades que el Código de Familia confiere solo a los padres. A juicio de esta Dirección, el fiscal tampoco debe asistir conjuntamente

23. Sobre la capacidad progresiva de los menores y el contenido de la patria potestad pueden consultarse: Rodrigo Barcia, «La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez», *Revista Ius et Praxis*, Año 19, N° 2, (2013), 3-52; Ana Isabel Berrocal, «La patria potestad: modificación, suspensión, privación, Exclusión, recuperación y extinción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 723, (2011), 469-664; Sabrina Viola, «Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente», *Revista Cuestión de Derechos*, N° 3, segundo semestre, (2012), 93-97.

24. Nora Cedeño Guerra, «El ejercicio individual de la patria potestad, Realidad versus Legislación», *vLex International*, N° 22, julio, (2014), acceso el 20 de diciembre de 2017, <http://vlex.com/vid/individual-patria-potestad-realidad-versus-517263159>.

con uno de los progenitores para representar al hijo, pues es erróneo que se necesite de su presencia para completar la capacidad del menor.

Por ende, cuando se trate del ejercicio de acciones que en derecho correspondan para la defensa de sus intereses o completar su personalidad, el padre ausente debe comparecer ante el funcionario consular cubano en el país donde se encuentre, el que, en sus funciones de Notario, podrá autorizar el instrumento público idóneo para el logro de la pretensión.²⁵

La decisión adoptada no solo es poco viable desde un punto de vista técnico jurídico, sino que también incide de manera directa en el ejercicio de los derechos de los menores de edad que tienen uno o ambos padres fuera del territorio nacional. La interpretación ofrecida de la norma en relación al carácter insustituible e indelegable de la patria potestad, deja fuera el reconocimiento de otros valores y derechos como es el del interés superior del menor de edad.²⁶

La intervención de la Fiscalía al amparo de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico no se hacía con el fin de sustituir o menoscabar el derecho-deber de la patria potestad de los padres del menor que no se encuentran en el territorio nacional, todo lo contrario, significaba velar por el interés del menor en un acto en concreto en el cual el otro padre, por encontrarse fuera del territorio nacional no podía asistir.

El principio de interés superior del menor ha sido reconocido de forma expre-

25. Circular 3/2012 de 5 de abril de 2012 de la Dirección Nacional de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia de la República de Cuba.

26. El interés superior del niño es enarbolado en el artículo 3 de la Convención de los derechos del niño cuando expresa «debe dársele una consideración primordial y atención especial», sin embargo, aunque no define expresamente lo más conveniente para el menor, se puede perfilar el concepto indeterminado de ese interés superior a partir de lo expresado por Linacero, teniendo en cuenta las siguientes pautas: Primero, la noción del interés superior del menor, teniendo en cuenta su carácter abstracto, debe determinarse a partir de la relación de este principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención de 1989; segundo, evitar todo perjuicio para el bienestar espiritual y material del menor; y tercero, la protección de los derechos del niño plasmados en la legislación nacional e internacional. Vid. María Linacero de la Fuente, *Protección jurídica del menor. Comentario a la Ley 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor* (Madrid, Editorial Montecorvo, 2001), 59; y Grisel Galiano Maritan, Claudia Lorena Morffi Collado y Hanny Noa Pérez, «Una mirada a las instituciones de guarda y cuidado. Necesaria transformación en el ordenamiento jurídico cubano», *Revista Lecciones y Ensayos. Facultad de Derecho, UBA*, N°95: 67-98.

sa por la Instrucción 216 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de 17 de mayo de 2012. Dicha instrucción reconoce en su apartado segundo que «en cualquier proceso que involucre a niños, niñas y adolescentes, los tribunales tendrán en cuenta el interés superior de los menores frente a otros intereses igualmente legítimos; para ello, ponderarán los intereses sociales e individuales, y velarán por el necesario equilibrio entre los derechos y garantías de los infantes y sus deberes».²⁷

En este sentido, existe una ruptura entre la forma de interpretar el actual régimen jurídico de ejercicio de la patria potestad en el ordenamiento jurídico cubano, y la representación legal ejercida por los padres cuando uno de estos se encuentra fuera del territorio nacional. Procesos como adjudicaciones de herencias, donaciones, o compraventas de inmuebles a favores de menores, han quedado totalmente paralizados ante la imposibilidad material de que el padre que ha emigrado pueda acudir ante el consulado cubano en el extranjero a autorizar la correspondiente escritura de autorización, o simplemente correr con los gastos de dicho trámite.

Estrechamente interrelacionado con el ejercicio de la patria potestad cuando uno de los padres tiene la condición de emigrado, es la concesión de la autorización para que el menor pueda obtener su pasaporte y viajar al exterior. Los menores de edad que no cuenten con la autorización de los padres o representantes legales, formalizada ante notario público, y que sean ciudadanos cubanos residentes en el territorio nacional, no pueden obtener pasaporte, así como tampoco salir del país si le es revocada la referida autorización.²⁸

Los padres o representantes legales de los menores de edad o incapaces, cuando soliciten la actualización del pasaporte corriente de sus hijos o representados, deben presentar la autorización para este acto, formalizada ante notario público según corresponda. En los casos donde uno o ambos padres o represen-

27. La Instrucción 216 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de 17 de mayo de 2012 uniforma determinados aspectos de la práctica judicial en los procesos vinculados al Derecho de Familia, entre las que destacan las amplias posibilidades de interacción de los tribunales con las partes, mecanismos que se corresponden con las actuales tendencias del Derecho Procesal, y con los compromisos contraídos por la nación al ratificar en 1991 la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

28. Artículos 23 y 25 de la Ley 1312, Ley de Migración, de 20 de septiembre de 1976 adicionados por el artículo 2 del Decreto Ley 302.

tantes legales se encuentren en el exterior, se presenta la autorización formalizada ante el funcionario consular correspondiente, aportando la certificación de defunción cuando uno de los padres haya fallecido, o la resolución judicial cuando uno de los padres haya sido privado de la patria potestad o se le haya suspendido.²⁹

La autorización que emiten los padres o los representantes legales de los menores de 18 años de edad o incapaces se materializa en la escritura pública de autorización; y en el caso de que el menor de edad no se encuentre sujeto a tutela, la autorización es de ambos padres. Es común que los padres no se encuentren al unísono en el territorio nacional o residan en territorios diferentes en el país, en cuyos casos la autorización materna y paterna puede constar en escrituras públicas independientes.

Según la Instrucción número 1 del año 2013 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles, el objeto de la autorización de los padres o representantes legales de los menores de 18 años de edad o incapaces es únicamente «para la obtención de pasaporte y viaje al exterior»; no siendo necesario indicar el país, ni la condición migratoria, o cualquier otro trámite de esta naturaleza en la escritura pública.³⁰

Si el menor de 18 años de edad tuviera pasaporte, entonces es procedente que sus padres o representantes legales autoricen mediante escritura pública la actualización de este, que no es lo mismo que solicitar prórroga del pasaporte, pues son cuestiones totalmente distintas.³¹ En el supuesto de actualización del pasaporte es necesario consignar además el número de este.

Según nuestro criterio, esta práctica, si bien es posible, no debe limitarse de esta forma, pues siendo la escritura pública el instrumento público por el cual se autoriza la obtención del pasaporte y el viaje del menor, debe ser procedente que de alguna forma el padre o padres que realicen la consabida autorización, puedan limitar en algún sentido el viaje del menor a un país determinado por un período de tiempo, o con una persona en específico, pues que de lo contrario, es

29. Resuelvo segundo de la Resolución 43 de 13 de octubre de 2012, Ministro del Interior.

30. Instrucción 1/2013 de 14 de enero de 2013. Dirección Nacional de Registros y Notarías, Ministerio de Justicia de la República de Cuba.

31. La actualización no significa prórroga, para la prórroga no se requiere autorización, basta que opere lo dispuesto en el artículo 24 del RLM.

posible que el menor pueda viajar a cualquier lugar y permanecer el tiempo que le permita la legislación vigente.

Si bien es posible que el acto de autorización pueda ser revocado expresamente por quien otorgó la autorización, la autorización mantiene vigencia hasta tanto no sea revocada como reconocen las nuevas normativas migratorias, y específicamente la Instrucción in comento de la Dirección Nacional de Registro.

Cierto resulta que la efectividad de la revocación no siempre queda del todo clara, más si se tiene en cuenta que el padre o representante legal que revoque la autorización concedida está en la obligación de notificarlo al otro progenitor o representante legal, debiendo presentar copia autorizada del instrumento de revocación en la oficina de trámites o de la Dirección de Inmigración y Extranjería del territorio donde presentó su autorización. Lo anterior en ocasiones puede ser inviable, sobre todo en aquellos supuestos en los cuales el padre dio su autorización en un momento determinado en el cual se encontraba en el territorio nacional y reside permanentemente en el extranjero, o simplemente no cuenta con los recursos económicos para volverse a trasladar hacia el consulado más cercano a revocar dicha autorización.

Uno de las implicaciones que este nuevo régimen ha traído consigo es la situación en la que el progenitor o progenitora del menor de edad se encuentra bajo la patria potestad de sus padres, dado que no se han verificado ninguna de las causales para su extinción reguladas en el artículo 92 del Código de Familia (muerte de los padres o del hijo; por arribar el hijo a la mayoría de edad; por el matrimonio del hijo que no ha alcanzado la mayoría de edad; por la adopción del hijo). En este caso, teniendo en cuenta el régimen de patria potestad que aún mantiene la actual regulación familiar cubana, es necesario para que se pueda autorizar el acto, que la norma migratoria exija la comparecencia al acto notarial de los padres y su hija menor de edad y madre soltera, conjuntamente.

En este caso, los primeros lo harán no como representantes legales de la menor en ejercicio de la patria potestad, sino solo para asistirle y completar el ejercicio de su capacidad de obrar, mientras que la segunda, sí lo hará como representante legal de su hijo menor en ejercicio de la patria potestad que sobre él ostenta. A estos efectos, la Dirección de Notarías y Registros Civiles ha expuesto que deben los tres otorgar el acto para la obtención del pasaporte y viaje al ex-

terior que se formalizará también en escritura pública.³²

Como se colige de lo expuesto hasta aquí, la decisión, si bien poco criticable desde el punto de vista de la técnica jurídica empleada, sí debe serlo desde el punto de vista de su viabilidad fáctica, puesto que poco resuelve en aquellos casos en los cuales uno de los padres de la menor, que es madre soltera, se encuentre fuera del país. En este caso, la decisión encontrada servirá solo a los efectos de limitar el ejercicio de los derechos reconocidos sobre esta menor como titular de la patria potestad de su menor hijo.

Conforme al artículo 93 del Código de Familia cubano, la pérdida de la patria potestad puede aplicarse a ambos padres o a uno de ellos cuando se les imponga sanción por sentencia firme dictada en proceso penal, y cuando se atribuya a uno de ellos por escritura notarial de divorcio, por sentencia firme dictada en proceso de divorcio o nulidad de matrimonio, o se prive a ambos por resolución judicial, estableciéndose en el artículo 94 que la patria potestad puede ser privada a los padres mediante declaración judicial siempre que se pruebe la ausencia o incapacidad.

El procedimiento ordinario será la vía para sustanciar la suspensión o privación de la patria potestad, pues no es posible a través de los procesos sumarios. Por otra parte, el artículo 379 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, establece que la sentencia que declare el divorcio contendrá pronunciamientos que procedan respecto a la patria potestad, guarda y cuidado de los hijos y pensión alimenticia, pudiendo modificarse, ratificarse o sustituirse las medidas provisionales adoptadas; en tanto, el artículo 386 de la propia ley dispone que, en los casos de divorcio por justa causa, el tribunal se guiará y resolverá atendiendo a lo que resulte más beneficioso para el menor.

El Código de Familia regula en su artículo 57 que, mediante sentencia, el tribunal hará pronunciamiento respecto a la patria potestad, pudiendo diferirla a favor del padre que a su juicio deba ejercerla, recogiendo en su artículo 59 la obligación que recae en ambos padres de ocuparse del sostenimiento de sus hijos aun cuando no tengan la patria potestad o no estén bajo su guarda y cuidado, siendo atribución del tribunal fijar la cuantía de la pensión.

De igual forma, se regula en el artículo 121 del Código de Familia lo que se en-

32. Dictamen 4/2014 de 28 de marzo de 2014. Dirección de Notarías y Registros Civiles Ministerio de Justicia de la República de Cuba.

tiende por alimentos, que en el caso de los menores de edad también comprende los requerimientos para educación, recreación y desarrollo, comprendiendo el artículo 122 aquellos que podrán reclamar alimentos, dentro de los cuales se encuentran los hijos menores a sus padres.

El artículo 357 de la mencionada ley establece que se tramitará mediante proceso sumario las reclamaciones de alimentos, proceso regulado en los artículos 368 al 371 de la Ley de procedimiento Civil. El artículo 369 dispone los requisitos para formularse la demanda, atribuyendo al tribunal el deber de solicitar a los centros de trabajos, oficinas del Registro de Estado Civil u otras entidades, los elementos fundamentales de la prueba de la pretensión.

El artículo 370 establece que el tribunal citará a las partes a una comparecencia en un plazo de 10 días siguientes a la presentación de la demanda, pudiendo el demandado contestar verbalmente o por escrito, empero, ¿cómo se tramitaría un proceso sumario de reclamación de alimentos si la persona salió del país?, pero no con un carácter definitivo, sino por un término de 2 años tal y como se lo permite la ley, se presumiría su conformidad con los hechos al no acudir, o ¿qué cuantía tendría en cuenta el tribunal para fijar la pensión alimenticia?

La presencia cada vez mayor de estos casos en nuestros tribunales nos alerta que debemos ir adaptando nuestro derecho a un mundo abierto a la migración, donde un padre se puede encontrar ausente, incumpliendo sus deberes para con sus hijos, o cumpliéndolos de manera defectuosa e incompleta para el adecuado desarrollo del menor.

El artículo 95 del Código de Familia establece que los tribunales, atendiendo a las circunstancias del caso propuesto, podrán privar del ejercicio de la patria potestad a uno o ambos padres en los supuestos de los artículos 93 y 94 del citado cuerpo legal cuando incumplan gravemente los deberes previstos en el

artículo 85,³³ este último dispone los derechos y deberes de ambos padres, cumplimiento que se ve afectado cuando uno de ellos ha emigrado, pues no ejercerían la guarda y cuidado real de sus hijos. Así, se verían imposibilitados de velar porque tengan una habitación estable, una alimentación adecuada, el cuidado de su salud o velar por su buena conducta; supuestos todos que requieren una presencia física efectiva. De igual manera, no existiría para cumplir con el resto de los deberes, como atender la educación de los hijos, inculcándoles el amor al estudio, cuidar de su asistencia al centro educacional, o representarlos en todos los actos y negocios jurídicos en que tengan interés, además de complementar su capacidad jurídica, representación legal que no admite sustitución ni transferencia a terceros.

La solución de los conflictos paternos filiales en Cuba constituía un punto pendiente de nuestro derecho familiar que no había sido satisfecho hasta que

33. El Artículo 85 del Código de Familia establece que la patria potestad comprende los siguientes derechos y deberes de los padres: tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado; es esforzarse para que tengan una habitación estable y una alimentación adecuada; cuidar de su salud y aseo personal; proporcionarle los medios recreativos propios para su edad que estén dentro de sus posibilidades; darles la debida protección; velar por su buena conducta y cooperar con las autoridades correspondientes para superar cualquier situación o medio ambiental que influya o pueda influir desfavorablemente en su formación y desarrollo; atender la educación de sus hijos, inculcarles el amor al estudio; cuidar de su asistencia al centro educacional donde estuvieren matriculados; velar por su adecuada superación técnica, científica y cultural con arreglo a sus aptitudes y vocación y a los requerimientos del desarrollo del país y colaborar con las autoridades educacionales en los planes y actividades escolares; dirigir la formación de sus hijos para la vida social; inculcarles el amor a la patria, el respeto a sus símbolos y la debida estimación a sus valores, el espíritu internacionalista, las normas de la convivencia y de la moral socialista y el respeto a los bienes patrimoniales de la sociedad y a los bienes y derechos personales de los demás; inspirarles con su actitud y con su trato el respeto que les deben y enseñarles a respetar a las autoridades, a sus maestros y a las demás personas; administrar y cuidar los bienes de sus hijos con la mayor diligencia; velar porque sus hijos usen y disfruten adecuadamente los bienes que le pertenezcan; y no enajenar, permutar ni ceder dichos bienes, sino en interés de los propios menores y cumpliendo los requisitos que en este Código se establecen; representar a sus hijos en todos los actos y negocios jurídicos en que tengan interés; completar su personalidad en aquellos para los que se requiera la plena capacidad de obrar; ejercitar oportuna y debidamente las acciones que en derecho correspondan a fin de defender sus intereses y bienes.

se crearon las actuales salas de familia, pues la materia familiar sustantiva fue separada del Código Civil en un cuerpo normativo independiente, no obstante, los procesos familiares no encontraban igual independencia en el ámbito judicial.

En búsqueda de una solución efectiva a los conflictos paternos filiales ocasionados por la migración, se propone la implementación de cursos de preparación profesional para el juez encargado de impartir justicia en temas que tributen al conocimiento de las regulaciones migratorias y las posibles vías de solución que pueden establecerse, buscando en todo momento la protección del menor como centro de desarrollo del conflicto.

En igual medida, deben entablarse mecanismos que permitan preparaciones más completas del abogado defensor como representante de los intereses de las partes inmersas en los conflictos paterno filiales, a través de la implementación de cursos de postgrados o diplomados que tributen a la formación técnico profesional del abogado como operador del Derecho.

Otra vía conductual a un cambio en el índice negativo de la migración en la familia podría construirse a través de la implementación de centros especializados en los problemas que ocasiona la migración de uno o ambos padres en la formación psico-social del menor, brindando cursos de preparación al padre que ostenta la guarda, el cuidado y la atención psicológica del menor con especialistas preparados en la materia, examinando siempre los mecanismos que tributen a la normalización de las relaciones paterno filiales.

CONCLUSIONES

La migración constituye un fenómeno internacional, ningún país escapa a ella y sus consecuencias son múltiples y de la más variada naturaleza, afectando eslabones que abarcan desde los índices macro sociales de cualquier sociedad, hasta la célula básica de esta, la familia. Cuba no ha estado ajena a este proceso y a sus consecuencias, la actualización de la política migratoria a partir del año 2013 impactó a la sociedad cubana y sus dinámicas sociales.

En este contexto, las modificaciones legislativas realizadas se corresponden con la doctrina más moderna de reconocimiento de la migración como un derecho humano, sin embargo, estas modificaciones no han tenido su respectivo correlato en otras ramas del Derecho que continúan reguladas bajo una perspectiva migratoria diferente, como es el caso del Derecho de Familia, y especialmente

la regulación de las relaciones paterno filiales.

Resulta entonces necesario que la regulación de estas instituciones dentro del actual ordenamiento jurídico cubano sea realizado conforme a la actualización de la política migratoria nacional, pero también teniendo en cuenta las necesidades, realidades y aspiraciones de la familia cubana.

En este sentido, es necesario por un lado implementar acciones para que la migración internacional cubana se mueva desde una migración definitiva hacia un posible retorno, hecho que se ve reflejado en la nueva política migratoria cubana, resaltando las perspectivas y ventajas sociales de los cubanos en el contexto de la reestructuración del modelo económico cubano actual, pero también desde una nueva perspectiva del Derecho de Familia en el que se conjuguen las aspiraciones de los padres migrantes con el efectivo ejercicio de la patria potestad, utilizando para ello como punto neurálgico, el inquebrantable principio de interés superior del menor.