

LA FAMILIA EN CUBA A LA LUZ DE LA VIGENTE CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE 2019

The Family in Cuba in Light of the Current Constitution of the Republic of 2019

Lic. Yurima Hernández Sánchez

Jueza

Tribunal Municipal Popular Pinar del Río

Cuba

 0000-0003-1480-4774

yurimahs@gmail.com

Lic. Mirka Pérez Gómez

Presidenta

Tribunal Municipal Popular de Pinar del Río

Cuba

 0000-0002-2544-8069

mirkap@pr.tsp.gob.cu

RESUMEN

El presente estudio analiza el papel de la familia en la Constitución de la República de Cuba, a partir de las consideraciones históricas, teóricas y conceptuales de dicha institución. Se analiza el concepto de familia de acuerdo a las diferentes teorías existentes al respecto y su relación con el Derecho Constitucional, visualizando los diversos modelos familiares reconocidos en el derecho constitucional latinoamericano vigente. Así mismo se analiza la normativización constitucional de la familia en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y la progresividad de la jurisprudencia originada por los órganos de justicia supranacionales. Por último, se hace alusión a la posición adoptada por nuestro país respecto al pluralismo familiar y su manifestación en el nuevo texto constitucional.

Palabras clave: *convivencia familiar, pluralidad de modelos familiares, Constitución cubana de 2019, pareja homoafectiva.*

ABSTRACT

The present study analyzes the role of the family in the Constitution of the Republic of Cuba, based on the historical, theoretical and conceptual considerations of said institution. The concept of family is analyzed according to the different existing theories in this regard and its relationship with Constitutional Law, visualizing the various family models recognized in current Latin American constitutional law. Likewise, the constitutional standardization of the family is analyzed within the framework of International Human Rights Law, and the progressiveness of the jurisprudence originated by supranational justice bodies. Finally, reference is made to the position adopted by our country regarding family pluralism and its manifestation in the new constitutional text.

Keywords: *family coexistence, plurality of family models, Cuban Constitution of 2019, homo-affective couple.*

INTRODUCCIÓN

La familia como grupo social siempre está en constante evolución. Diversas ramas de las Ciencias Sociales se han dedicado a profundizar e investigar los diferentes alcances de este fenómeno. La misma va evolucionando, por lo que nuestro derecho y nuestras normas constitucionales no pueden dejar de aceptar estas nuevas formas de convivencia familiar, debiendo llevar al texto constitucional de cada país, las bases fundamentales de la organización de las familias en un capítulo especial en el que se cuide la sistematización, el orden, la evolución, el respeto, la idiosincrasia.

La dinámica de las estructuras familiares, como los paradigmas asociados al matrimonio a través de los tiempos, presentan un estado de constantes fluctuaciones, pero lo que diferencia nuestros tiempos de períodos pasados es la celeridad con que se modifican los roles al interior de la unidad familiar. Esto se manifiesta en los patrones que guían las relaciones de pareja y en la diversidad de estructuras familiares existentes. Este fenómeno se presentará como contrapunto, frente a las ideas reinantes en la doctrina del siglo pasado. Durante el último decenio, el tratamiento jurídico de la familia ha cambiado sus paradigmas. En primera línea, se observa un giro desde el ámbito público al resguardo del interés privado; se produjo una

reprivatización de los fenómenos familiares bajo una mirada mucho más inclusiva de las familias en la sociedad actual. Paralelamente, esta rama del Derecho desarrollará un proceso de constitucionalización; con ello se alude a la ordenación de la Constitución en materias históricamente reguladas por ley, materializando con ello el rol de jerarquía que ejerce la carta superior, e irradiando todo su efecto asociado a la injerencia de los derechos fundamentales de las personas a todas las áreas del Derecho.

Esta realidad no resulta ajena para el Derecho de familia en nuestros tiempos, en cuanto desde mediados del siglo XX mediante la inclusión de diversos tratados de protección de los derechos humanos y un enfoque pluralista que predomina en el Derecho, la regulación de la familia ha abandonado viejos cimientos para promover principios rectores como el de igualdad y libertad¹.

Entrado el siglo XXI, podemos señalar que este proceso de transformación de las conductas familiares encuentra su origen en la mutación de las características estructurales del modelo social. Esto es consecuencia del surgimiento de una sociedad globalizada y liberalizadora. Las causas que dan inicio a este fenómeno son multifactoriales: desde la incorporación de la mujer en términos de progresiva igualdad a la vida pública, el control y nuevas formas de

¹El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, reconoce el derecho de los hombres y de las mujeres a “casarse y fundar una familia”, sin distinción por motivos de raza, nacionalidad o religión. También la Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969, en su artículo 17 número 2, señala: “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas,

en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”. De la misma manera se pronuncia el artículo 23 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965.

reproducción humana, los cambios en los roles de hombre y mujer, hasta la pérdida de relevancia de la religión formal predominante. Una cuestión particular y novedosa dentro de este cambio estará marcada por la demanda de normatividad de la afectividad de las minorías y su voluntad de someterse al orden familiar establecido. Todas estas circunstancias conllevan la necesidad de incorporar en los ordenamientos normativos la regulación de nuevos modelos de uniones afectivas. De ahí que, durante esta transición, se irá descifrando que la crisis no se sitúa en las instituciones, sino en la fragmentación de un modelo de vida de una época. Con ello, lo que cambiará serán las costumbres existentes en la comunidad, las que cederán frente a la necesidad de una sociedad más justa, equitativa y democrática. Todo esto tutelado bajo la premisa que las familias son una herramienta primaria para la felicidad humana, fin último del derecho.

En esta orientación, la búsqueda de una ponderación para la fijación de un orden jurídico familiar se manifestará en el reconocimiento de una pluralidad de modelos familiares para las diversas formas que tienen las personas de alcanzar sus propios fines, transitando de la idea de un modelo único como el de antaño, a un modelo múltiple basado en el respeto y la tolerancia. Actualmente, esa pluralidad representa la posibilidad de acoger distintos fenómenos familiares, reconociendo expresiones minoritarias muy diferenciadas, que se extienden desde la familia homosexual,

familia de composición múltiple o poligámica, hasta la familia no matrimonial.

Por lo que hoy las familias en el Derecho, se proyecta desde un concepto abierto, cuya tutela jurídica se plasma como una noción móvil, desarrollada de la mano de cada grupo humano. Promueve el paradigma de un pluralismo jurídico en el contexto de la familia. Esta idea se fortalecerá con un reconocimiento cada vez mayor de la autonomía de la voluntad, y facilitará la posibilidad de autorregulación de las relaciones familiares por parte de la pareja, generando estructuras jurídicas cada vez más particularizadas. Frente a esta pluralidad, el Derecho se presenta imparcial, pues no caben preferencias de un modelo sobre otro. Así, cada individuo acude en un espacio cada vez más amplio a las herramientas jurídicas para lograr el desarrollo de su proyecto de vida. De esta manera, este siglo nos presentará un derecho de familia con bases renovadas. Su sustento resulta ser esencialmente liberalizador, como reflejo de una sociedad pluralista, tolerante e integradora.

En Cuba, la sociedad ha dejado atrás, de forma gradual, prejuicios y conceptos discriminatorios acerca de la homosexualidad y en ello ha jugado un papel fundamental el trabajo desarrollado por el Centro Nacional para la Educación Sexual (CENESEX),² el cual es expresión manifiesta de la intención estatal de educar a la sociedad en el respeto a las personas con una orientación sexual que rompe con los cánones heterosexistas, alcanzando cada vez una sociedad más inclusiva.

² El CENESEX es una institución creada en 1988 y subordinada al Ministerio de Salud. Su misión radica en contribuir al desarrollo de la educación de la sexualidad, la salud sexual y el reconocimiento y garantía de los derechos sexuales de la población, mediante la formación y

desarrollo de recursos humanos, la investigación científica, el desarrollo local-comunitario, los servicios científico-asistenciales, las estrategias de comunicación social y las acciones para contribuir a la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.

Así, se han desarrollado trabajos en relación a la transexualidad y sus retos en el Registro del Estado Civil, el derecho a la orientación sexual, a la libre expresión de la identidad de género en Cuba, los desafíos del matrimonio entre personas del mismo sexo para el notariado cubano, la protección jurídica de la pareja de un mismo sexo como modelo familiar en Cuba. También resaltan estudios desde otras áreas del saber social sobre el género y la sexualidad.

En el orden académico resaltan en Cuba los estudios teóricos acerca de las uniones de hecho, en su sentido más genérico, de los doctores en ciencias jurídicas de la alta casa de estudios de La Habana como Olga MESA CASTILLO,³ Leonardo Bernardino PÉREZ GALLARDO⁴ y Caridad del Carmen VALDÉS DÍAZ,⁵ resaltando especialmente en materia de uniones homosexuales las disquisiciones teóricas del también Dr. de la Universidad de La Habana Rafael ROSELLÓ MANZANO.⁶

En nuestro país, a partir de la nueva Constitución de la República, se define a la familia teniendo en cuenta un concepto amplio e inclusivo, donde no solo se toma en consideración al matrimonio como fuente principal de constitución de la familia,

reconociéndose, además el derecho de toda persona a fundar una familia. Por ello, el objetivo del presente trabajo está dirigido al análisis de la institución de la familia en la Constitución de la República de Cuba, tomando como base las consideraciones históricas, teóricas y conceptuales de dicha institución.

REFERENTES TEÓRICO-CONCEPTUALES SOBRE LAS FAMILIAS

Existen diversas teorías acerca del origen de la palabra familia. Una primera teoría señala que la palabra familia provendría del sánscrito: de los vocablos *dhá* (asentar) y *dhaman* (asiento, morada, casa), de acuerdo a esta teoría en un principio la palabra familia, designaba la casa doméstica y en un sentido más restringido, los bienes pertenecientes a esa casa. Una segunda postura se inclina por un origen osco de la palabra, dividiéndose las opiniones, para unos vendría del vocablo *fames* o *famel*, que quiere decir hambre, la conexión entre ambas palabras sería que en la familia se satisface dicha necesidad. Para otra vertiente el origen se encontraría en el término *famulus*, con el cual se designaban a los que moraban con el señor de la casa en especial a los esclavos. Por último, algunos autores vinculan el vocablo *famulus* con

³ Destacan entre otras “El tratamiento a la Unión de Hecho en Cuba”. Ponencia III Encuentro Internacional sobre protección a la familia y el menor en Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación, ISSN 1139-5168, No 11 (ABR); 2001. También “La Unión de hecho de buena fe. Perspectivas del Derecho de Familia en el S XXI”: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia/ coordinado por Carlos Lasarte Álvarez, Aracelio Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero, 2004, ISSN 84-609-3858-1.

⁴ Destacan entre otras “Las nuevas construcciones familiares en la jurisprudencia constitucional iberoamericana” en Derecho Familiar Constitucional. Leonardo Pérez Gallardo, Carlos Manuel Armengol y

German Molina. También “Las familias en la Constitución cubana de 2019. Especial referencia al matrimonio y a la unión de hecho”.

⁵ Destaca en este sentido su obra “Son legítimos los matrimonios homosexuales”. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nueva época, Año 1. Otoño/Invierno 2007.

⁶ Destaca entre sus obras “Necesidad de protección jurídica a la pareja homosexual constitutiva de familia en Cuba: razones para un cambio legislativo”, en El Derecho como saber cultural. Homenaje a Delio Carreras Cuevas, Matilla Correa, Andry (Coord.). Disponible en <https://www.researchgate.net/publication/344270770>.

el verbo *osco faamat*, que significa habitar y sostienen que este a su vez provendría del sánscrito *Vama* (hogar, habitación). Familia entonces según lo anterior significaría en sus orígenes, el hogar, comprendido por la mujer, los hijos, y los esclavos domésticos.

Por otra parte, desde una visión conservadora de la familia, encontramos posturas que tienen como fundamento de la familia exclusivamente al matrimonio. Así, uno de sus principales exponentes, el profesor Hernán CORRAL TALCIANI, postula que no es posible englobar en una sola noción todas las figuras y relaciones que son alcanzadas por el “fenómeno familiar”, proponiendo que para alcanzar una definición idónea, debemos entender las finalidades de la institución familiar: “la familia cumple tres misiones y cumple tres finalidades: una natural, la de vincular al hombre y la mujer y conservar así el género humano; otra económica, consistente en la obtención de alimentos para todos los familiares y techo para los que convivan; una tercera, moral y espiritual, es decir, el mutuo socorro de los familiares, la comunidad de vida entre ellos y el cuidado y educación de la prole”.⁷

Así el autor propone la siguiente definición de familia:

“Familia es aquella comunidad que, iniciada o basada en la asociación permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder

concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo y se hallan unidos por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente”.

Por su parte el constitucionalista Enrique EVANS, se basa en una interpretación literal de la voz familia, recurriendo al diccionario para definirla: así familia es aquel “grupo de personas emparentadas entre sí, que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas”.⁸

De cualquier forma, podemos entender la familia como el núcleo fundamental de la sociedad de la cual emanan los valores fundamentales que la caracterizan y que ha venido formándose de acuerdo a los cambios sufridos por la sociedad.

LAS FAMILIAS Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL: UNA RELACIÓN NECESARIA EN EL ESTUDIO

La conversión de la familia en objeto constitucional se produjo en el siglo XX con la expansión de los umbrales de la Constitución y la incorporación de nuevos contenidos. La normativización de la familia en las cartas magnas fue justificada por su trascendencia social, cuestión que legitima la acción tuitiva y de control del poder público. Desde una perspectiva contemporánea hay que visualizar este acontecimiento como parte del fenómeno de constitucionalización del Derecho civil.

⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán. Concepto y reconocimiento legal de la familia de hecho. Revista Chilena de Derecho. 17(s/n): p. 44, 1990.

⁸ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. 1999, pp. 117-118.

El Derecho constitucional de la primera mitad del siglo XX, identificado también como constitucionalismo de entreguerras⁹, es una fase en la que no se experimentan cambios sustanciales. Constituye un momento de transición en el que se autocorrigió el Estado liberal. La tenue reelaboración que se percibe en esta fase responde puntualmente a la necesidad de relegitimación política de la burguesía ante el auge del proletariado industrial, la politización de la lucha de clases y la inestabilidad institucional.

Fue en este lapso que la familia se convirtió en contenido constitucional, regulándose primeramente a través de pronunciamientos breves y generales (importancia de la familia, concepto del matrimonio, igualdad de filiación) y posteriormente mediante capítulos que dedican varias normas al tema. Esto contorneó lo que se ha identificado como Derecho constitucional familiar.

Como primer referente puede señalarse a la Constitución de Weimar de 1919, que estipuló por primera vez la importancia de la familia para la sociedad, estableció la noción de familia conyugal, la igualdad de los cónyuges y la protección que el Estado debía proveer a la maternidad y a la familia.

La progresista Constitución española de 1931 abordó el tema en un capítulo que denominó “Familia, economía y cultura”. En este, retomó los aspectos regulados por el texto citado e incorporó la igualdad de filiación, la obligación de los padres a la manutención y educación de los hijos, y la protección del Estado a la ancianidad.

Encontramos posteriormente la Constitución irlandesa de 1937 que distinguió a la familia también en un título. La enunció como institución natural; enclaustró a la mujer en un rol doméstico; no contempló la disolución matrimonial; y señaló a la familia como educador primario y natural del niño, privilegiando la educación religiosa y moral que esta proporciona. Resalta la mención que hizo de la familia como titular de derechos.

La postura predominante del constitucionalismo europeo respecto a la familia es su normativización escueta. Empero, a nivel infraconstitucional se ha ordenado la institución pormenorizadamente, regulándose varios temas conexos, algunos muy controvertidos desde la doctrina tradicional como el matrimonio entre personas del mismo sexo y transexuales, la adopción homoparental, la reproducción asistida y el aborto.

En el marco del Derecho constitucional latinoamericano, debemos puntualizar que la familia no ha sido conceptualizada expresamente en ninguna de las constituciones—tanto históricas como vigentes—ni en ninguno de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que integran el referido “bloque de constitucionalidad”. Se trata, en consecuencia, de una noción implícita que debe ser extraída de los datos suministrados por ese complejo de fuentes; operación esta que, muchas veces, cuando es llevada a cabo por los órganos encargados de efectuar el control de constitucionalidad, puede constituir una decisión política (o de política del derecho) en atención a

⁹ CORVERA, Francisco Javier, “El constitucionalismo de entreguerras: la racionalización del poder y sus límites”, en

Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruis Rico, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 55-79.

que, a partir de la interpretación y aplicación de plexos constitucionales similares, se arriba sin embargo a un concepto de familia en cada caso diferente (es decir: más amplio, en algunos ordenamientos, y más restringido, en otros).

El constitucionalismo latinoamericano adopta una postura expansionista sobre la familia. La mayoría de los textos normativizan la institución, algunos dedicándole un capítulo o sección (Brasil, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela) y desarrollándola con extensión. Solo la Constitución de Argentina no la regula, y los documentos de Chile y México realizan escuetas afirmaciones de que el matrimonio es núcleo fundamental de la sociedad y que el Estado protege a la familia.

Si revisamos algunas de las Constituciones latinoamericanas que regulan a la familia desde esa ley suprema, podemos encontrar dos formas de regulación; una donde lo más importante es la familia, y en donde pudiéramos decir que existe unidad normativa, sistematización legislativa, esto es, un capítulo especial que habla acerca de ella en su ley fundamental, tal es el caso específico de países como Bolivia, Brasil, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, y otro grupo en donde existe una dispersión normativa en la ley fundamental, ya que existe una gran cantidad de disposiciones dedicadas a la familia, pero sin que establezcan una unidad normativa, una

sistematización legislativa, tal es el caso de algunos países como México, Argentina, Chile, Honduras, Perú y Uruguay, entre otros.

Sobre esta idea, un primer aspecto por destacar es que la mayoría de los textos (a excepción de Argentina, Guatemala, Honduras, México y Panamá) definen a la familia, enunciándola como fundamento, núcleo o base de la sociedad. El documento de Venezuela acota que constituye espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Asimismo, junto a la protección genérica, algunas constituciones (Colombia, Ecuador, Guatemala, Panamá y Paraguay) estipulan la adopción de instituciones y programas que asistan a la familia y actúen en el enfrentamiento de las causas que propician la desintegración familiar.

Como novedad importante hay que señalar el pronunciamiento que realiza la Constitución de Ecuador en su artículo 67 donde se reconoce la familia en sus diversos tipos, lo cual brinda cobertura a los diferentes modelos.¹⁰

La citada Constitución de Ecuador de 2008 también es referente en la normativización detallada de la familia. Es un texto detallista en la regulación de varios aspectos, innovador al contemplar los diversos tipos de familia, y extenso en lo atinente a la protección de los menores, ancianos y discapacitados.

De las constituciones que despliegan regulaciones amplias acerca de la familia debe

¹⁰ Art.67.-Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

mencionarse al documento de Brasil de 1988, precursor del novísimo constitucionalismo latinoamericano. Esta Carta Magna conjunta las normas familiares en un capítulo y plantea varias cuestiones interesantes, entre ellas: la recepción del modelo de familia monoparental al declarar que es entidad familiar la comunidad formada por cualquiera de los padres y sus descendientes; la regulación del divorcio; la enfática protección a los menores que incluye la escritura de derechos y la estipulación de la obligación del Estado y la familia de proteger a los ancianos. Se plantea en las leyes fundamentales de: Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela. Esta última profundiza en el punto al estipular que la ejecución de los programas debe tener en cuenta las diferencias rurales, culturales y de género.

El “constitucionalismo social latinoamericano” no se limitó a imitar a su par europeo, sino que, incluso lo superó, al comprender expresamente dentro de la noción de familia a las “uniones de hecho”, cuyos efectos algunos textos constitucionales equipararon directamente a los del matrimonio civil, y a la filiación por adopción. El reconocimiento constitucional de la unión de hecho como vínculo creador de la familia lo contemplan la mayoría de los textos del área: Brasil, Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Panamá y Venezuela. Es interesante, en este sentido, el pronunciamiento de la Constitución de El Salvador de que la falta de matrimonio no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia. Esta idea rompe con la noción restringida del matrimonio como único acto constitutivo de la familia.

A partir de lo expuesto se puede decir que el modelo público de familia constitucionalizado en Latinoamérica es expansivo y tiene los siguientes rasgos principales: ruptura con la concepción del matrimonio como único acto constitutivo de la familia; enunciación de la trascendencia social de la familia; protección a los diversos tipos de familia; igualdad de filiación; énfasis en la obligación de los padres en el cuidado y educación de los hijos; reconocimiento del menor como sujeto de derechos; protección del Estado a la familia, el matrimonio, la maternidad y la infancia, al tiempo que se establecen políticas públicas y programas al respecto; responsabilidad del Estado y la familia en la protección del anciano y las personas con capacidades diferentes, con lo cual se delinea una noción de familia extensa; inclusión de otros contenidos de la institución familiar (divorcio, adopción, patrimonio familiar, sucesión); reconocimiento de derechos a la familia como grupo (igualdad de los cónyuges, contraer matrimonio, fundar familia, igualdad de sus miembros, intimidad, inviolabilidad del domicilio, vivienda, honor, decidir sobre la reproducción y número de hijos).

Como resultado de lo anterior se puede visualizar diversos modelos familiares reconocidos en el derecho constitucional latinoamericano vigente como, por ejemplo:

La familia matrimonial

La familia constituida sobre la base del matrimonio es, en principio, la que menos problemas presenta, pues al responder al denominado modelo familiar "tradicional" (identificado además con la heterosexualidad de los cónyuges) se encuentra reconocida expresa o implícitamente por todos los textos

constitucionales latinoamericanos vigentes, e incluso en muchos de ellos todavía se la sigue privilegiando; esto al afirmarse que el matrimonio es la "base esencial", el "fundamento" o "uno de los componentes fundamentales" de la familia o, directamente, que el Estado lo "protege" y/o que la Comunidad y el Estado lo "promueven".

Asimismo cabe señalar que casi la totalidad de las Constituciones de la región que regulan este modelo de familia otorgan efectos jurídicos solo al denominado "matrimonio civil" -no obstante reconocer todas ellas la libertad de culto o creencias, y muchas de las mismas las prácticas, costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas con las únicas excepciones de la Constitución de Brasil de 1988 (artículo 226.2), la Constitución de Colombia de 1991 (artículo 42 [8y10]), que admiten también expresamente el matrimonio religioso y al cual le reconocen efectos civiles en los términos que establezca la ley.

La familia convivencial

Siguiendo la tradición inaugurada por el constitucionalismo social latinoamericano, muchos textos constitucionales de la región reconocen expresamente la familia constituida mediante una unión convivencial, expresión utilizada para designar a esta tipología familiar en el nuevo Código civil y comercial de Argentina de 2014, "libre" o "de hecho" (siempre que la misma reúna ciertas condiciones, como la ausencia de impedimentos matrimoniales, la durabilidad, la singularidad y la estabilidad), a la que también algunas de ellas equiparan directamente al matrimonio civil.

El reconocimiento de efectos jurídicos a la unión convivencial comprende no solo lo que respecta a las relaciones personales y patrimoniales de la pareja, abarcando también todo lo concerniente a sus hijos naturales y/o adoptados, a quienes se reconocen -sin ningún tipo de discriminación- los mismos derechos que a los hijos concebidos dentro del matrimonio; garantizándoseles, además, que no se dejará constancia alguna de la naturaleza de la filiación en ningún documento oficial, así como tampoco del estado civil de los progenitores. Sin embargo, también con relación a este modelo familiar el punto más debatido es el que se relaciona con el reconocimiento de las uniones convivenciales entre personas del mismo género.

La familia homoparental

La familia homoparental es aquella constituida por una pareja formada por personas del mismo género y vinculadas entre sí mediante el matrimonio o una unión convivencial y solo está prevista expresamente por dos textos constitucionales latinoamericanos: I) uno, el artículo 112 de la Constitución de Honduras de 1982 (reformado por el Decreto 176/2004 y ratificado por el Decreto 36/2005), que refiere a ella directamente al disponer: "Se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Los matrimonios o uniones de hecho del mismo sexo celebrados bajo las leyes de otros países no tendrán validez en Honduras"; II) otro, en cambio, esto es, el artículo 68 de la Constitución de Ecuador de 2008, lo hace indirectamente, ya que luego de disponer que "La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las

condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio", aclara que "La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo", de lo que se deduciría -en sentido contrario- que las uniones convivenciales entre personas del mismo género también estarían reconocidas constitucionalmente pero con el único límite del derecho de adopción (el que corresponde solo a las parejas de diferente sexo, sea que estas constituyan una familia matrimonial o una convivencial).

Sin embargo, el reconocimiento de la familia homoparental (en cualquiera de sus modalidades) constituye en la práctica una cuestión de política del derecho, que no depende solo de la interpretación y aplicación de las disposiciones constitucionales sobre la familia, sino también de las que garantizan el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y la no discriminación (sobre todo aquella motivada en la "orientación" o "preferencia" sexual de la persona), al igual que de la aplicación del principio de reserva (según el cual todo lo que no está prohibido está permitido).

La familia monoparental

La familia monoparental es aquella constituida por uno solo de los progenitores y sus descendientes, a la que se puede acceder de manera originaria, en aquellos ordenamientos latinoamericanos que admiten el empleo de las técnicas de reproducción asistida y/o la adopción por parte de personas solteras, o en forma derivada, como resultado de la extinción de una

unión matrimonial o convivencial precedente, sin que el progenitor que se ha hecho cargo de los hijos haya vuelto a formar una nueva pareja.

Este otro modelo familiar ha merecido ya la atención explícita de algunas Cartas constitucionales latinoamericanas, las cuales se encargan de garantizar una protección especial para la misma dada su condición de vulnerabilidad¹¹, ya sea que limiten la tutela solo a aquellos casos más comunes en los cuales es la mujer la jefa de familia, o que la reconozcan en forma amplia y con independencia del género del o de la cabeza de familia.

La familia ensamblada

La familia ensamblada es aquella en la que uno o ambos integrantes de la pareja aportan al nuevo núcleo familiar hijos de otras uniones precedentes (matrimoniales o convivenciales) o de una familia monoparental originaria, de ahí la necesidad de regular las relaciones que se podrían establecer respectivamente entre cada uno de los cónyuges o convivientes y los hijos del otro. Se trata de un modelo familiar que ha comenzado a ser reconocido por algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, si bien la mayor parte de estos aún no ha abordado sistemáticamente su complejidad.

La familia ampliada

La familia ampliada, es decir la compuesta no solo por el núcleo familiar formado por los padres e hijos sino extendida también a los ascendientes e -incluso- a otros parientes o personas, ha sido reconocida también más o menos explícitamente por algunas

¹¹ ESBORRAZ, David Fabio, "El concepto constitucional de Familia en América Latina. Tendencias y

Proyecciones." Revista de Derecho Privado, No 29, julio-diciembre 2015. pp. 44.

Constituciones latinoamericanas al imponer a la familia (conjuntamente con el Estado y la Sociedad) el cuidado de los ancianos, así como también de las personas adultas con capacidad diferente.

Sin embargo, algunos ordenamientos latinoamericanos han comenzado a regular en sus respectivas legislaciones secundarias cuestiones de otra naturaleza, como es el caso del deber impuesto a los progenitores de respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo.

A este modelo familiar hace referencia también, expresamente, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 cuando en su artículo 5 impone a los Estados la obligación de respetar las responsabilidades, derechos y deberes que respecto del menor tengan no solo los padres sino también, entre otros, los miembros de la "familia ampliada".

LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA POR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La normativización constitucional de la familia hay que analizarla en paralelo a la multiplicación y especificación acontecida en el derecho internacional de los derechos humanos, y la progresividad de la jurisprudencia originada por los órganos de justicia supranacionales.

El núcleo rector de la normatividad internacional de los derechos humanos se integra por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 con sus dos protocolos facultativos (el segundo

de 1989 destinado a la abolición de la pena de muerte); y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) de 1966 y su protocolo facultativo. Estos documentos implementaron enunciados básicos sobre la institución en forma de derechos y mandatos al Estado.

La Declaración Universal consagró el derecho al matrimonio y a fundar una familia en condiciones de igualdad, y estipuló el respeto a la vida privada y familiar.

Definió a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos retomó los anteriores pronunciamientos, incorporó la obligación del Estado, la sociedad y la familia en la protección al menor, y refrendó el derecho de estos a ser inscritos y adquirir una nacionalidad.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 19 de diciembre de 1966, reguló la protección de Estado a la maternidad mediante el otorgamiento de licencia con remuneración o con prestaciones de seguridad social. Reiteró la protección a los niños y adolescentes, la igualdad de filiación, y la protección contra la explotación económica y social de los menores. De modo muy explícito, el artículo 10 de este propio cuerpo legal, afirma que "se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución, y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo".

En 1964 entró en vigor la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, y en 1965 la Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios. Estos documentos plantearon que es “conveniente propiciar el fortalecimiento del núcleo familiar por ser la célula fundamental de toda sociedad”, y ratifican que “no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por estos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio, y testigos”.¹²

En 1959 se había aprobado la Declaración de los Derechos del Niño, que identificó a los menores como grupo humano que requiere de especial protección para su adecuado desarrollo físico, mental y social. Les reconoció los derechos de igualdad, nombre y nacionalidad; alimentación, vivienda, atención médica, educación, tratamiento diferenciado y de calidad en caso de discapacidad; recreación, cuidado y amor de sus padres, y ser criados con comprensión, tolerancia y solidaridad. Este documento fue ampliado por la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 que identificó en la familia al “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”.

Por su parte, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, obliga a los Estados Partes a respetar “las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.¹³ Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

A los derechos mencionados incorporó los siguientes: no ser separado de sus padres; reunirse con su familia; ser escuchado en asuntos de su interés; salud; rehabilitación; seguridad social; nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; descanso y esparcimiento; participar en la vida cultural y artística; libertad de expresión; pensamiento; conciencia y religión. Planteó, además, la obligación del Estado de combatir la explotación laboral, la trata, el abuso sexual, los tratos crueles y la privación ilegal de la libertad. Estableció también que los poderes públicos debían cuidar en todo momento el interés superior del niño.

De este texto se desprende que, en principio, los padres con sus hijos constituyen la familia

¹² Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, Office of the High Commissioner for Human Rights. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAgeForMarriage.aspx>, consultada el 12/7/19.

¹³ Convención de los derechos del Niño, Office of the High Commissioner for Human Rights. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>, consultada el 12/7/19.

ordinaria, aunque los deberes sobre los menores puedan tener que ser ejercidos, si faltan los padres (o en otros supuestos análogos que las legislaciones contemplan, como su incapacidad), por la familia ampliada, que efectivamente prolonga el núcleo familiar básico a través de los correspondientes vínculos de consanguinidad, dependientes a la postre de la generación, hacia otros ascendientes o descendientes y parientes colaterales. En cualquier caso, confirma de nuevo la esencial relación de la familia con la necesaria atención a los niños o menores integrados en ella, precisamente por razón de la filiación que deriva de la generación. Por eso también el artículo 8 de la misma Convención incluye expresamente que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas”.

Este proceso evidencia que la estructura familiar se revuelve sobre sus más sólidos cimientos con la aparición de nuevas fórmulas convivenciales. La sexualidad y la afectividad fluyen y se sobreponen a aquellos esquemas ordenados con una interesada racionalidad y reclaman su espacio de libertad jurídicamente reconocido. No quieren insertarse en un esquema organizado. Se niegan a admitir como única finalidad del sexo la procreación, a que el matrimonio y la unión de hecho heterosexual sean las relaciones exclusivas para su práctica, a la predeterminación de roles en la conducta sexual y, aún más allá, se atreven a negar que la unión del hombre y la mujer, necesaria para la fecundación, lo sea también para ordenar la sociedad en familias. Se aboga por la salida de la

homosexualidad de lo patológico para ingresar en la normalidad, lo cual tiene su reflejo a partir, principalmente, de la segunda mitad del siglo XX donde ya no se incluye a la homosexualidad entre las enfermedades psíquicas y tampoco se la considera una aberración de la naturaleza.

Hoy, se comprueba que el aludido proceso continúa, no ha parado. Se afirma que el matrimonio y la convivencia heterosexual ya no identifican la familia sino un tipo concreto de familia, en cuanto significa una opción entre otras posibles; que el fin esencial de las uniones que constituyen el modelo constitucional de familia ya no se identifica con la procreación; y que la heterosexualidad no es exigencia para la convivencia paramatrimonial. No cabe duda de la recepción constitucional de la convivencia homosexual como un tipo de familia. Pero debe precisarse que es opción del legislador el reconocerla o no como matrimonio. Siendo así, los elementos del nuevo modelo constitucional de familia quedan referidos a un tipo de convivencia duradera, exclusiva y excluyente, en la que es indiferente el sexo de los convivientes y que se sustente en una comunidad de vida, de afectos, de responsabilidades, diferenciándose la convivencia heterosexual de la homosexual por la aptitud para la procreación.

La Convención americana sobre Derechos Humanos limita seriamente la posibilidad de establecer diferencias de trato basadas en la orientación sexual de las personas cuando está en juego el ejercicio de derechos civiles en el ámbito de la familia, como por ejemplo el derecho a casarse, a ejercer la tenencia de los hijos y el derecho a adoptar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que cualquier diferencia

de trato basada en la orientación sexual de las personas nace sospechada de ser ilegal y discriminatoria, y por lo tanto quien la invoca tiene el deber de mostrar razones de muchísimo peso para justificarla; en consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento interamericano que proscribire la discriminación en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.

El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño, según el caso, los daños o riesgos reales y probados y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.¹⁴

De ahí que resulte necesario garantizar el derecho prevalente de los niños a tener una

familia, ya sea convencional o de cualquiera de los diversos tipos que actualmente se presentan sin discriminación pues la orientación sexual no está asociada con la bondad, la inteligencia, ni la capacidad afectiva de las personas, que es a nuestra consideración de lo que depende la posibilidad de dar a un niño lo que necesita para desarrollarse como una persona de bien. No hay razón para pensar que las parejas heterosexuales tengan *per se* alguna ventaja (de hecho, hay múltiples ejemplos de lo disfuncionales que pueden ser). Este sería un paso correcto en dirección hacia una sociedad más equitativa y más saludable, en la que los prejuicios de algunos no sirvan para hacer injustificadamente más difícil la vida de otros.

De todo lo anterior se puede resumir que, en la actualidad, el orden jurídico familiar funciona sobre la base de una pluralidad de modelos familiares para las diversas formas que tienen las personas de alcanzar sus propios fines, con base en la igualdad y tolerancia. Todo esto se encuentra garantizado bajo estándares universales y de superioridad jerárquica dentro de la mayoría de los sistemas jurídicos del derecho.

ANÁLISIS DE LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA DE 2019

El actual reconocimiento de un pluralismo jurídico familiar permite incorporar en los ordenamientos distintas expresiones de cómo se estructura la familia desde una perspectiva amplia e inclusiva, otorgando una respuesta estatutaria para la regulación de cada modelo,

¹⁴ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex Fernando, “El modelo constitucional de familia, la orientación sexual de los padres y los derechos del hijo”.

favoreciendo con ello a la seguridad jurídica. De ahí que Cuba, al igual que el resto de los países debiendo atemperarse a las nuevas realidades del mundo contemporáneo, haya, como resultado de lo acontecido en el reciente proceso de reforma constitucional, reconocido expresamente el pluralismo familiar al que se ha hecho referencia con anterioridad.

La nueva Constitución de la República de Cuba, proclamada el 10 de abril de 2019, se erige en el pórtico de un nuevo Derecho de las familias, más democrático, inclusivo, pluralista, tuitivo de los distintos modelos familiares. Los retos para el legislador ordinario son múltiples y variados. Si quiere estar a tono con los principios, valores y reglas que la Constitución ha consagrado en sus normas, tendrá entonces que dar cabida a las distintas opciones de vida que una sociedad pluralista reclama, de manera que permita una convivencia armónica de esas diferentes visiones, compatibles en la sociedad cubana contemporánea.

En los tiempos actuales se hace necesario sentar las pautas de nuestro Estado de Derecho. Así, la supremacía constitucional¹⁵, como principio que sustenta e informa el Derecho, impone el respeto a la Constitución y la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de conformidad con sus principios, dada la jerarquía que la Constitución tiene y la importancia de su aplicación directa, ocupando

su lugar como norma suprema con vocación normativa y de obligatorio cumplimiento por los operadores del Derecho. La Constitución, como fiel reflejo de la sociedad cubana contemporánea, ha de expresar el Derecho que se defiende y se construye, de manera que las futuras normas infraconstitucionales -o normas jurídicas de desarrollo- deben responder a los principios, valores, derechos, deberes, garantías reconocidos en ella; en tanto aquellas ya vigentes han de ser interpretadas y aplicadas conforme con el espíritu que la letra constitucional encarna. Se trata de atemperar el dictado de sus normas a dichos principios, de modo que sus intérpretes, esencialmente los jueces, las apliquen con sentido evolutivo, con una visión sociológica del Derecho, para evitar su petrificación, por un lado, y superar la inconstitucionalidad sobreviniente, por el otro.

La Constitución cubana de 2019 es inclusiva, pluralista, en tanto refuerza el sentido y búsqueda de realización de la persona, de su felicidad -a partir del reconocimiento de la dignidad como valor supremo y fundamento del resto de los derechos constitucionales reconocidos en ella,¹⁶ entre estos el del libre desarrollo de la personalidad, con lo cual se busca también la autorrealización de cada persona, y de su propio proyecto de vida¹⁷. Ese libre desarrollo de la personalidad reconocido en la Constitución, lleva implícito, entre otras dimensiones, el derecho

¹⁵ Constitución cubana de 2019, Artículo 7: La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado. Todos están obligados a cumplirla. Las disposiciones y actos de los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados, así como de las organizaciones, las entidades y los individuos se ajustan a lo que esta dispone.

¹⁶ Constitución cubana de 2019, Artículo 40: La dignidad humana es el valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes.

¹⁷ Constitución cubana de 2019, Artículo 47: Las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y deben guardar entre sí una conducta de respeto, fraternidad y solidaridad.

que tiene toda persona a fundar una familia,¹⁸ adoptando para ello el modelo que considere a bien, según ese proyecto de vida que se autodiseña, conforme con sus pretensiones, aspiraciones y anhelos. Ello constituye reconocimiento y garantía de manera directa de un grupo de derechos consagrados a nivel internacional, como el derecho a formar una familia sin importar la configuración de estas, lo que a todas luces evidencia que esto no excluye a familias ensambladas, las familias monoparentales y las conformadas por parejas del mismo sexo.

Los artículos 1; 40; 41; 42; 81 y 82 guardan estrecha relación con el tema abordado. En el artículo 1 se regulan los principios fundamentales y se hace alusión a la igualdad; mientras que el artículo 40 contiene el fundamento utilizado en todos los contextos avanzados en temas de derechos sexuales, particularmente en cuestiones relativas al tema de la orientación sexual e identidad de género.¹⁹ En él, la Constitución reconoce como valor supremo la dignidad humana, para el

reconocimiento del ejercicio de los deberes y derechos consagrados en el texto.

Se declara en el texto el principio de progresividad de los derechos,²⁰ con lo que se deja sentado, la condición evolutiva de los mismos, es decir la tabla de derechos no es un catálogo cerrado, sino que estos se ensanchan y amplían con el desarrollo de la sociedad, quedando la Constitución abierta a la recepción de nuevos derechos y a la interpretación y actualización del contenido esencial de los mismos a tono con las nuevas demandas y exigencias de la sociedad, el desarrollo legislativo de los derechos y la creación por parte del Estado de las condiciones materiales necesarias para su real disfrute y ejercicio.

Por otro lado reconoce el principio de igualdad y no discriminación²¹ al incorporar nuevas figuras vulnerables o susceptibles de discriminación como la edad, la discapacidad, la orientación sexual, género, la identidad de género, origen étnico, origen territorial, ejemplo de lo cual lo constituye el hecho de que Cuba sea

¹⁸ Constitución cubana de 2019, Artículo 81. Toda persona tiene derecho a fundar una familia. El Estado reconoce y protege a las familias, cualquiera sea su forma de organización, como célula fundamental de la sociedad y crea las condiciones para garantizar que se favorezca integralmente la consecución de sus fines.

Se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho, de naturaleza afectiva, y se basan en la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de sus integrantes.

La protección jurídica de los diversos tipos de familias es regulada por la ley.

¹⁹ Constitución cubana de 2019, Artículo 40: “La dignidad humana es el valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes”.

²⁰ Constitución cubana de 2019, Artículo 41: “El Estado cubano reconoce y garantiza a la persona el goce y el ejercicio irrenunciable, imprescriptible, indivisible, universal e interdependiente de los derechos humanos, en

correspondencia con los principios de progresividad, igualdad y no discriminación. Su respeto y garantía es de obligatorio cumplimiento para todos”.

²¹ Constitución cubana de 2019, Artículo 42: “Todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana.

Todas tienen derecho a disfrutar de los mismos espacios públicos y establecimientos de servicios.

Asimismo, reciben igual salario por igual trabajo, sin discriminación alguna.

La violación del principio de igualdad está proscrita y es sancionada por la ley”.

firmante del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos del 28 de febrero del 2008, por mediación del Ministerio de Relaciones Exteriores de la nación y en consonancia con el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de 1994, que decidió que el motivo de discriminación por razón del sexo también comprendía la orientación sexual.

Por lo cual es posible afirmar que la Constitución cubana vigente se pronuncia sobre la orientación sexual en el principio de no discriminación y promueve la igualdad de las personas sin diferencias por la orientación sexual que proyecten. La no discriminación de los individuos por su orientación sexual es extensible al ámbito familiar y se aduce el respeto e igualdad jurídica que pudiera ser exigible a las familias de parejas homoafectivas en relación con los compañeros heterosexuales.

Otro de los elementos estrechamente vinculado al derecho a formar una familia es el reconocimiento y ejercicio de los derechos sexuales y que deben hallar una necesaria expresión en las leyes complementarias. En este sentido se incorpora un capítulo destinado a las Familias, en plural, y en el artículo 81 se reconoce el derecho de toda persona a fundar una familia, la protección que el Estado brinda a los diferentes tipos de familias existentes en la sociedad. Establece que todas las personas tienen derecho a crear una familia, las cuales se pueden constituir por vínculos jurídicos o de hecho, y se basan en la igualdad de derechos, deberes y oportunidades de sus integrantes.²² Este artículo

es reconocimiento y garantía de manera directa de un grupo de derechos sexuales consagrados a nivel internacional, como el derecho a formar una familia sin importar la configuración de estas, lo que a todas luces evidencia que esto no excluye a las familias homoafectivas, que están perfectamente capacitadas para dicha función, aunque no puedan procrear a través de los métodos tradicionales.

En este sentido, es válido tener en cuenta el criterio esgrimido por la profesora Patricia ARÉS,²³ quien concibe en la familia tres tipos de funciones fundamentales. La función económica, de manutención y satisfacción de necesidades materiales, en la cual la familia es vista como sustento económico de sus integrantes. Concibe también la función biológica-reproductora, encaminada a la procreación y al crecimiento demográfico de la sociedad. Finalmente menciona la función educativa o de satisfacción de necesidades afectivas y espirituales entre los miembros del grupo familiar.

Si bien es cierto que la pareja homoafectiva, tiene claras limitaciones para la segunda de las funciones, esto no significa rechazar de plano su condición de familia, y en este sentido el profesor ROSELLÓ MANZANO plantea: “Es perfectamente posible hablar de genuinas familias o tipos familiares que no las cumplen exhaustivamente todas (...). Por lógicas razones, la pareja homoafectiva constitutiva de familia tendría limitaciones importantes en el ejercicio de la función biológico-reproductora, pero lo mismo sucede con las parejas heterosexuales que no pueden tener hijos y nadie se atrevería a pensar

²² Constitución cubana de 2019, Artículo 81.

²³ ARÉS, Patricia: “Convivencia familiar”; Editorial Científico-Técnica; La Habana; 2004, p. 12.

que estas no pueden constituir una familia. En cuanto a la satisfacción de necesidades económicas, afectivo-espirituales y educativas, es totalmente indiferente la orientación sexual de los miembros de la pareja para su efectivo cumplimiento. Basados en el concepto de familia como célula fundamental de la sociedad, y considerando especialmente las funciones que esta cumple, podemos sostener que la pareja homosexual puede perfectamente constituir una familia.”

A tenor de esta consideración, la familia es vista como una comunidad de vida en la que media afectividad y relaciones de ayuda mutua y solidaridad. Todo ello fundamenta la necesidad de respaldo legal de este típico modelo familiar desde normas que acojan esta concepción al margen de todo viso de discriminación.

ARÉS,²⁴ señala que existen en la actualidad tres ejes de vinculación de relaciones familiares. El primero, por la afinidad o afecto de los miembros del grupo familiar, pues, se encuentran relacionados por la compañía, el amor y el cariño y por esta razón son llamadas familias de interacción o acogida. La segunda opción, es la familia consanguínea, que se distingue por sus vínculos de parentesco. Además, se encuentran las familias de convivencia, que son conformadas por las personas que cohabitan en el hogar familiar. Si bien anteriormente el parentesco determinaba los vínculos familiares, en la actualidad la convivencia y la afectividad entre las personas pueden ser componentes

determinantes para la formación de un grupo familiar. Este hecho ha ocasionado la transformación de la concepción de las relaciones familiares.

Nuestra Carta Magna, reconoce al matrimonio, en su artículo 82 como una institución social y jurídica, como una de las formas de organización de las familias basada en el libre consentimiento, igualdad de derechos y obligaciones y capacidad legal de los cónyuges, reservando a la ley la forma de constituirse y sus efectos, y reconoce además la unión estable y singular con aptitud legal, que forme de hecho un proyecto de vida en común, generando derechos y obligaciones.²⁵ De lo regulado en este artículo se aprecia un destierro de toda distinción o alusión al binarismo hombre-mujer en lo relativo a la relación jurídica matrimonial y habla solo de cónyuges. Reconoce además las uniones de hecho, estables, singulares, lo que constituye sin lugar a dudas algo novedoso que se ajusta a los tiempos y avances de todo el mundo en lo que a homosexualidad se refiere, toda vez que se reconocen las uniones que antes no estaban consagradas en el texto constitucional y habla de las uniones en términos generales.

Sin embargo, el gran desafío de la nueva Constitución es su propia aplicación, ya sea como norma suprema con eficacia directa, como cúspide de todo el ordenamiento jurídico -a partir de la supremacía constitucional (artículo 7), o a través de normas de desarrollo a partir de los postulados constitucionales como elementos

²⁴ ARÉS, Patricia, ídem op cit.

²⁵ Constitución cubana de 2019, Artículo 82: “El matrimonio es una institución social y jurídica. Es una de las formas de organización de las familias. Se funda en el libre consentimiento y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.

La ley determina la forma en que se constituyen y sus efectos.

Se reconoce, además la unión estable y singular con aptitud legal, que forme un proyecto de vida en común, que bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, genera los derechos y obligaciones que esta disponga”.

fundamentales de todo el sistema jurídico del Estado.

Las constituciones no contienen recetas e indicaciones para todo; sino que son los creadores y aplicadores del Derecho los que, interpretando las normas ordinarias conforme a ella, y con ese límite, podrán encontrar las respuestas necesarias. El desarrollo de los preceptos constitucionales, por su carácter supremo, es una necesidad a fin de posibilitar su instrumentación total; pero ante la ausencia o insuficiencia de la regulación ordinaria no debe impedirse la realización del texto primero, y menos debe limitarse el disfrute de los derechos constitucionales o legalmente fijados. De ahí que, al ser única norma primaria directamente emanada del poder constituyente, en ella, se encuentran los principios y valores que actúan como directrices jurídicas que deben guiar el actuar judicial, al dirimir los conflictos a los que cotidianamente se enfrentan, sobre la base de los principios constitucionales que orientan la aplicabilidad constitucional.

Esta aplicabilidad constituye uno de los medios jurídicos para la consecución de la eficacia de las normativas constitucionales, para que norma y realidad se identifiquen, su empleo como norma jurídico política de contraste o patrón respecto a otras disposiciones generales y particulares. Esta es de gran importancia para la conservación de la armonía del ordenamiento jurídico, especialmente de la supremacía jerárquica normativa y la fuerza derogatoria de sus normativas, como para la defensa de los postulados constitucionales, ya sean los relativos

a la organización del poder, a las formas de participación ciudadana o de los derechos y garantías consagrados en el texto.²⁶

El nuevo Código de las familias constituye reflejo de las normas de desarrollo que se vincula a los postulados constitucionales por lo que responde al mandato constitucional que se encuentra en su Disposición Transitoria Decimoprimera y constituye expresión de la alta importancia que el Estado brinda a la institución familiar y a la necesidad de transformar la legislación vigente en esta materia que ya no responde a la diversidad familiar de la sociedad cubana, ni brinda opciones para solucionar los innumerables conflictos existentes que no encuentran amparo en el Derecho.

Este Proyecto es reflejo de la realidad familiar cubana, constituye expresión de los nuevos tiempos, es decir, abierto, inclusivo, que recepciona los derechos, principios y valores enarbolados por la Constitución vigente y que desecha fundamentalismos, prejuicios y estereotipos; que además sitúa el afecto, el amor, la solidaridad y la responsabilidad en el pedestal de los valores jurídicos y familiares.

CONCLUSIONES

La ordenación constitucional de la familia se realiza en cuatro dimensiones fundamentales: definiéndola y estableciendo un determinado modelo de familia, estableciendo principios de su organización, regulando sus derechos, y describiendo la protección que le brinda el Estado.

²⁶ PRIETO VALDÉS, Martha: “En pos de La aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976 (un breve comentario)”. Disponible en

<https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/256/250>, consultado el 21 de diciembre de 2020.

El estudio comparado de las constituciones de Europa y América Latina expone la existencia de tres modelos de constitucionalización de la familia: el omiso, el minimalista y el expansivo. Cotejando ambos contextos se observa que el constitucionalismo latinoamericano tiende al tratamiento expansivo de la institución a partir de que la mayoría de las constituciones regulan a la familia, algunos textos en capítulos independientes y con una extensa normatividad.

El Derecho como ciencia social actúa sobre una realidad ya consolidada en cada tiempo, y se configura como respuesta a esa realidad respecto a asuntos para los cuales la sociedad reclama una determinada respuesta. Cada institución del derecho de familia deberá ajustarse a su tiempo, adecuando sus fines, encauzando debidamente sus reglas al desarrollo social desde un plano inclusivo con las diversas realidades.

Resulta fundamental la promoción de los derechos humanos y en particular aquellos que corresponden a la familia, lo que lleva implícito la protección del goce y ejercicio de los derechos de los integrantes de la misma en su interacción diaria.

La dinámica de las estructuras familiares, durante los últimos años, ha sido objeto de continuos cambios. Presenta una característica de inestabilidad, asociada con la modificación de las costumbres sociales respecto a la manera de conformar parejas y patrones familiares. La respuesta del derecho a estos continuos cambios ha implicado un cambio de paradigma en este sector.

Referencias bibliográficas

- ARÉS, Patricia, “Convivencia familiar”. Editorial Científico-Técnica, La Habana, 2004.
- Bolivia, Constitución de 2009. Disponible en <https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/>
- Brasil, Constitución Política de la República Federativa de Brasil. Disponible en https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017?lang=es
- CAMACHO MELÉNDEZ, Iris M., “Nuevas tendencias en Derecho Comparado de Derecho de Familia; concepto de familia e intervención estatal en Memorias del XII Congreso Internacional de Derecho de Familia: “El derecho de Familia ante los nuevos retos del milenio”, La Habana, 22-27 septiembre, 2002.
- Chile, Constitución de 1989. Disponible en <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Chile/chile89.html>
- Colombia, Constitución Política de 1991. Disponible en <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>
- Convención de los derechos del Niño, Office of the High Commissioner for Human Rights, en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>, fecha de consulta 12 de julio de 2019.
- Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, Office of the High Commissioner for Human Rights. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/MinimumAgeForMarriage.aspx>, fecha de consulta 12 de julio de 2019.
- CORVERA, Francisco Javier, “El constitucionalismo de entreguerras: la racionalización del poder y sus límites”, en *Estudios de Derecho Público*

en homenaje a Juan José Ruis Rico, Madrid, Tecnos, 1997.

Cuba, Constitución de la República de 19 de abril de 2019, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, No. 2, La Habana.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Office of the High Commissioner for Human Rights, en <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/UDHRIndex.aspx>, fecha de consulta 12 de julio de 2019.

Ecuador, Constitución de octubre de 2008. Disponible en <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>

ESBORRAZ, David Fabio, “El concepto constitucional de Familia en América Latina. Tendencias y Proyecciones”. *Revista de Derecho Privado, No 29, julio-diciembre 2015.*

México, Constitución de 5 de febrero de 1917. Disponible en <https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/or-denamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>

PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y Prieto Valdés, Martha, *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006. 31.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex Fernando, “El Modelo Constitucional de Familia, La

Orientación Sexual de los padres y los derechos del hijo”

PRIETO VALDÉS, Martha, “En pos de La aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976 (un breve comentario)”. Disponible en <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/256/250>, fecha de consulta 21 de diciembre de 2020.

Conflicto de intereses

Las autoras declaran que no existe conflicto de intereses.

Contribución de los autores

Yurima Hernández Sánchez: Conceptualización, metodología, redacción-revisión, edición y aprobación de la versión final.

Mirka Pérez Gómez: Conceptualización, metodología, redacción-revisión, edición y aprobación de la versión final.

Fecha de enviado: 25/11/2021

Fecha de aceptado: 25/12/2021