

LAS PROBLEMÁTICAS ACTUALES DE LA ADOPCIÓN EN CUBA. HACIA UNA REFORMULACIÓN DE SU CONTENIDO

The Current Adoption Issues. Towards a Reformulation of its Content

Yeney Valido Andrés

Estudiante, Facultad de Derecho
Universidad de La Habana
Cuba



0000-0003-4128-2019

yeneyvalido@yahoo.com

Jennifer Rodríguez Vilches

Estudiante, Facultad de Derecho
Universidad de La Habana
Cuba



0000-0001-6779-0076

jenvilcheslex@gmail.com

RESUMEN

En la Constitución cubana de 2019 se realiza un reconocimiento expreso al derecho que posee toda persona a formar una familia, cuestión que tiene un reflejo directo en el proyecto del Código de las Familias. En tal sentido, en la actualidad se hace imprescindible un cambio de mentalidad para lograr facilitar el otorgamiento de la adopción, puesto que la cantidad de niños en estado de abandono no se hacen corresponder con la cifra de adopciones otorgadas por los Tribunales Municipales Populares. De esta manera, la presente investigación traza las pautas fundamentales para facilitar el acceso a la adopción analizando sus problemáticas actuales y los nuevos retos que se imponen a la luz del proyecto del Código de las Familias.

Palabras clave: *adopción, derecho a formar una familia, Código de las Familias.*

ABSTRACT

In the Cuban Constitution of 2019 it's recognized the right of every person to make a family, a matter that is reflected on the Project of the Families Code. In this sense, in this precise moment is extremely necessary a change of mind in order to facilitate the procedure of the adoption, giving the fact that the number of children in a state of abandonment does not correspond with the number of adoptions authorized by the Court. According to that, the objective officinal this research is to establish the fundamental guidelines with the purpose of facilitate the access to adoption by the analysis of the current problems and the new challenges that propose the Project of the Families Code.

Keywords: *adoption, right to form a family, Families Code.*

INTRODUCCIÓN

La adopción como institución de Derecho ha evolucionado notablemente a lo largo de la historia. En un principio era una forma de garantizar que las personas que no podían tener hijos propios tuvieran descendencia, y muchas veces, más que por motivos afectivos, se adoptaba para lograr la sucesión. No eran raras las ocasiones en las que un padre adoptaba a su propio hijo ilegítimo. Con el paso de las guerras y sus consecuencias para la humanidad, esta institución pasó a ser una forma de protección para aquellos niños que se encontraban en una situación de abandono.

De esta forma, la adopción es una institución que se sustenta en el interés superior del niño, niña o adolescente; sin embargo, cabe destacar que en Cuba existe un desequilibrio entre el número de personas que solicitan adoptar y el bajo índice de autorizaciones que conceden los Tribunales Municipales Populares, pues en los últimos tiempos solo ha sido autorizada una cifra ínfima de los procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que se solicita la adopción.

Así, que el objetivo de este trabajo es argumentar las causales que inciden en el bajo índice de autorizaciones concedidas por los Tribunales Municipales Populares cubanos.

Los métodos que permitieron darle carácter científico a esta investigación son:

El **teórico-doctrinal** que permitió realizar el basamento teórico de esta investigación, es decir, conceptualizar la institución central de la misma que es la adopción.

Análisis-síntesis: se valoró la bibliografía correspondiente a la adopción para poder

descomponer el objeto de estudio de esta investigación en los elementos que la componen, lo cual permitió sustentar una visión propia sobre el porqué de su poco uso en nuestro país a pesar de que tantos niños se encuentran institucionalizados.

Exegético-analítico: para poder analizar la legislación sustantiva familiar vigente, así como la proyectada para de esta forma arribar a los principales retos que se nos impone en materia de adopciones.

Como **método empírico** se destaca el **análisis de contenido** para poder cotejar los diferentes documentos que fueron tomados como bibliografía de manera objetiva, coherente y sistemática.

Así, se destaca la **técnica de fichaje** a través de las fichas bibliográficas y de trabajo que fueron realizadas en la etapa de mesa. Esta técnica permitió establecer un orden entre la bibliografía que se dispuso de acuerdo a la incidencia que tenía la misma para fundamentar este trabajo.

Los **límites** de esta investigación datan de analizar el fenómeno de la adopción, pero centrándonos en sus problemáticas y en las posibles soluciones a las mismas.

En consecuencia, para dar respuesta a la problemática que constituye el sustento de esta investigación se partirá realizando una conceptualización de la figura de la adopción para con posterioridad analizar las causales que inciden en el bajo índice de autorizaciones concedidas en sede judicial pautando el debate en dos momentos fundamentales: la adopción que tenemos y la adopción que nos proponemos tener a la luz del nuevo Proyecto de Códigos de las

Familias que constituye un cambio de paradigma no solo en este tema, sino en todas las cuestiones que inciden directamente en las familias.

1. LA ADOPCIÓN. UN ACERCAMIENTO A SU DEFINICIÓN

En sus inicios la adopción fue considerada por el Derecho Romano como una imitación de la naturaleza, de aquí la aparición del aforismo romano *adoptio imitatur naturam*.

Sin embargo, va a cambiar su concepción durante la Primera Guerra Mundial, pues si bien en principio la adopción estaba destinada para favorecer a aquellas personas que no podían concebir hijos propios, con esta guerra y la enorme cantidad de niños huérfanos que trajo consigo ocurre un cambio de visión de la misma al empezar a considerarse como una forma de protección para aquellos niños que se encontraban en una situación de desamparo. Asimismo, se debe tener en cuenta que el Derecho de las Familias de tiempos actuales ya no sigue un criterio biologicista, sino que reconoce los afectos por encima del vínculo consanguíneo.

En tal sentido, se tiene como definición propia de las autoras de la adopción a aquel acto jurídico mediante el cual el adoptante y adoptado establecen un vínculo de parentesco similar al de la paternidad o la maternidad, siendo la propia legislación quien fije las condiciones y requisitos para quienes desean convertirse en padres adoptivos bajo el sustento de dos principios fundamentales que constituyen el sustento de dicha institución: el interés superior del menor y el derecho de toda persona a formar una familia.

Tipos de adopción

En algunas legislaciones es posible identificar dos tipos de adopciones fundamentales: la adopción simple y adopción plena, donde la diferencia entre una y otra radica en los efectos que producen para el adoptante y el adoptado.

- Adopción simple: Con este tipo de adopción el adoptado no adquiere los apellidos de la familia o los padres adoptantes ni tampoco ocupa un lugar similar a los hijos naturales en la sucesión testamentaria, por lo que el adoptado es considerado hijo legítimo del adoptante, pero el vínculo jurídico solo se establece entre ellos, no existirá vínculo jurídico entre el adoptado y demás parientes de sus padres adoptivos. Se transmite la patria potestad y la custodia del adoptado al o los padres adoptivos.
- Adopción plena: A diferencia de la adopción simple, se establecen los mismos efectos que la filiación natural y los mismos impedimentos para contraer matrimonio (que estos últimos también se conservaran respecto a su familia consanguínea pues, aunque el parentesco legal se extinga, el biológico nunca lo hará). De esta forma, el adoptado adquiere los mismos derechos y deberes de un hijo consanguíneo, así como, adquiere los apellidos del adoptante.

En este sentido, este último tipo de adopción es el que está presente en Cuba a raíz del artículo 99 del Código de Familia vigente y que toma continuidad en el Proyecto de Código de las Familias en su artículo 90 que establece que la adopción posee efectos plenos, indivisibles e irrevocables al ser autorizada en sede judicial; sin embargo, al hablar de estas autorizaciones cabe destacar que no existe una correspondencia entre

el número de personas que desean adoptar y las adopciones que son concedidas por los Tribunales cubanos.

2. LA ADOPCIÓN EN CUBA. CAUSAS QUE INCIDEN EN EL BAJO ÍNDICE DE AUTORIZACIONES CONCEDIDAS POR LOS TRIBUNALES MUNICIPALES POPULARES

Es una preocupación general las problemáticas actuales que enfrenta la adopción en Cuba, pues el número de personas infértiles que desean conformar una familia y el de niños que se encuentran en un Hogar para Niños sin Amparo Familiar no se hace corresponder con el bajo índice de autorizaciones realizadas por los Tribunales Municipales Populares (ver Anexo 1).

Por otro lado, cabe destacar que para brindar posibilidades de adopción a las parejas infértiles se creó el Programa para Parejas Infértiles; sin embargo, este programa se limita a “las parejas” entendidas como un hombre y una mujer, por lo que resulta excluyente para la adopción monoparental y homoparental. Asimismo, la adopción no se puede ver como una vía establecida para aquellas personas que no pueden tener hijos por sí mismos, puesto que es una vía abierta para todos los que cumplan los requisitos enarbolados por la Ley Sustantiva Familiar.

Así, se pueden identificar a juicio de estas autoras tres causales fundamentales que están presentes al amparo del Código de las Familias vigente: falta de contenido del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, el rigor de los

requisitos para adoptar y la sobrevaloración del vínculo consanguíneo que provoca la resistencia por parte de la Fiscalía y la dirección de los Hogares de promover la hoy denominada patria potestad.

El principio del interés superior del niño, niña y adolescente como un concepto jurídico indeterminado

El interés superior del niño, niña y adolescente es un principio nuclear del Derecho de las Familias que se incorpora en suelo patrio mediante la Convención sobre los Derechos del Niño de la cual Cuba es signataria, y que introduce otros principios como la escucha del menor y la autonomía progresiva que son requisitos a tener en cuenta para conceder la adopción.

Conceptualizar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes ha sido una tarea difícil, no obstante a ello, dentro de los conceptos que mayor aceptación han tenido es el ofrecido por el autor chileno CILLERO¹, quien señala que el contenido de este principio son los propios derechos que se recogen en la Convención sobre los Derechos del Niño, lo cual no va a eliminar del todo la aplicación discrecional de este principio que como se ha mencionado es la piedra angular de la adopción, pues no ha existido uniformidad en cuanto a su contenido, alcance y dimensiones.

Para remitirnos a las direcciones del interés superior del niño se debe acudir como expresa MÉNDEZ² a la Observación General número 14,

¹ Cillero Bruñol, M. (2007). El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. *Revista Justicia y Derecho*, No.9, p.2.

² Mendoza Díaz, J. (Director) y Manso Lache, J. (coord.) (2019). *Los retos del debido proceso ante los nuevos*

paradigmas del Derecho procesal. En Jorge Méndez, L.A. *El interés superior del niño: ¿Indeterminación o discrecionalidad? Necesidad de establecer criterios para su construcción en sede jurisdiccional*. La Habana: Ediciones ONBC, p. 208.

emitida por el Comité de derechos del niño y dedicada a la interpretación del artículo 3 de la mentada Convención, donde se reconocen una triple connotación: es un principio, un derecho subjetivo y una norma de procedimiento, lo cual complejiza aún más analizar su contenido, pues se debe hacer coincidir en una mismo concepto las tres dimensiones o esferas que abarca este principio.

Por otro lado, indicios de regulación del interés superior del niño se tienen en el artículo 99 del vigente Código de Familia, donde se establece que la adopción se establecerá en interés del mejor desarrollo y educación, no obstante a ello, esta regulación resulta insuficiente al no ampliar en el contenido sobre qué se considera más beneficioso para el niño, de aquí que exista una indeterminación en torno a un principio que envuelve derechos de personas que se encuentran en una condición de vulnerabilidad.

Es por ello que la interpretación en torno a este principio ha sido llevado a los extremos limitando que niños mestizos sean adoptados por parejas de color blanca porque supuestamente el infante conocerá que sus adoptantes no son sus padres reales, por ende, se obvia el fundamento de la adopción que es proteger a los menores que se encuentran en una situación de abandono y que el Derecho cubano se sustenta en los principios de igualdad y no discriminación tal y como establece el artículo 42 de la Carta Magna.

Requisitos de la adopción

Los requisitos para la adopción en Cuba son brindados por el artículo 100 del Código de Familia vigente: haber cumplido los 25 años de edad, hallarse en el pleno goce de los derechos

civiles y políticos, estar en situación de solventar las necesidades económicas del adoptado y tener las condiciones morales y haber observado una conducta que permita presumir que cumplirá respecto al adoptado los deberes que establece el artículo 85, por lo que se procederá al análisis crítico de cada uno con el fin de demostrar que los mismos son resultado de las problemáticas que enfrenta la adopción en la realidad cubana.

- Haber cumplido los 25 años y hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos.

En este sentido, no basta con la capacidad plena que se alcanza en Cuba a tenor del artículo 29 del Código Civil al arribar a la mayoría de edad, que comienza con los 18 años cumplidos o con el matrimonio del menor, sino que se exige la capacidad especial de cumplir los 25 años.

Este requisito tiene su fundamento en el aforismo romano al cual se ha hecho referencia en varias ocasiones: *adoptio imitatur naturam*, pues para el Derecho Romano era una aberración que el padre fuera menor que el hijo, sin embargo, la realidad cubana es otra hoy día, pues si bien los universitarios al estar cursando sus estudios no tienen las condiciones creadas para tener una familia no todas las personas llegan a la educación superior, por lo que con menos de 25 años poseen estabilidad en el empleo y pueden sufragar los gastos de una familia, puesto que la edad laboral según la Ley 116 Código de Trabajo en su artículo 21 se alcanza a los 17 años.

- Estar en situación de solventar las necesidades económicas del adoptado.

Al analizar este requisito entra a jugar una interrogante: ¿Por qué a los padres biológicos no se le exigen condiciones económicas y a los adoptivos sí? La misma se la hacen muchas de las

personas que deciden adoptar, sin embargo, se considera que este requisito se debe al principio del interés superior del niño al que hay que remitirse en todo momento, de aquí que atendiendo al mismo no se autorice la adopción cuando los presuntos adoptantes no cuentan con las condiciones para garantizar las necesidades mínimas del menor.

- Tener las condiciones morales y haber observado una conducta que permita presumir que cumplirá respecto al adoptado los deberes que establece el artículo 85.

Se estima que la redacción de este requisito no es la más adecuada, puesto que habría que preguntarse: ¿Qué se entienden por condiciones morales? En este sentido, al ser las condiciones morales un aspecto de índole subjetivo y por ende un concepto jurídico indeterminado, la noción de las mismas va a variar en dependencia de la persona, pues lo que es moral para unos varía para otros, de aquí que se considere atinada la supresión que hace sobre esta particular el proyecto de Código de las Familias que se encuentra en proceso de consultas populares.

De esta forma, la moral se basa en las costumbres que presenta la sociedad, que va a trazar normas morales que en ocasiones tienen un peso mayor que las jurídicas, por tanto este requisito puede ser entendido como una traba para la adopción, pues en el caso de la adopción homoparental a pesar de que actualmente existe una mayor aceptación hacia las familias homoparentales aún existen personas que defienden el diseño de la familia tradicional, es por ello, que permitir este criterio subjetivo trae consigo que se deje al arbitrio judicial determinar que conductas son morales y cuáles no.

Sobrevaloración del vínculo de sangre y resistencia por el Ministerio Fiscal de promover la privación de la patria potestad

Hoy día muchos de los menores que se encuentran en los Hogares para Niños sin Amparo Familiar se encuentran sujetos bajo la hoy patria potestad de sus padres biológicos, lo cual hace imposible que se conceda la adopción, pues es imprescindible la extinción o privación de la patria potestad en virtud del artículo 103 inciso 4) de la ley sustantiva familiar vigente.

Esto se debe a que existe una sobrevaloración del vínculo consanguíneo, pues según el artículo 95 del Código de Familia las causas para la privación de la patria potestad son: el incumplimiento grave de los derechos-deberes paterno filiales que regula el artículo 85 de este mismo cuerpo legal, inducir al hijo a ejecutar algún acto delictivo, abandonar el territorio nacional, mantener una conducta incompatible con el ejercicio de la patria potestad o cometer un delito contra el hijo.

Así, en muchos casos la familia biológica del menor solo lo visita en raras ocasiones y no se ocupa del mismo, pero por el hecho de visitarlo ya no se le priva de la patria potestad siendo esta causa suficiente para la privación de la misma, pues existe una inobservancia de los deberes-derechos que conforman el ejercicio de la patria potestad. En tal sentido, se considera que esta idea de mantener la patria potestad de los hijos menores a pesar de la desatención evidente de los padres se debe a la concepción biologicista de la filiación que impera en Cuba.

Asimismo, no son raras las veces en la que los padres se encuentran cumpliendo una pena

privativa de libertad y por ende los menores se encuentren a la espera de sus progenitores.

En este sentido, la resistencia de la Fiscalía, institución que en los procedimientos de adopción representa al menor, en promover la privación de la patria potestad es otra causal que genera este desequilibrio entre las personas que desean adoptar y la cantidad de adopciones que se conceden, esto se debe a que la privación del ejercicio de los deberes-derechos paterno filiales se ha asociado a causas “muy graves”, es decir, cuando el menor se encuentra implicado en un hecho delictivo y se aplica la medida accesoria de la privación o suspensión de derechos paterno-filiales y de tutela que se regula en el artículo 38 del Código Penal cubano, debido a la protección que le brinda el ordenamiento jurídico patrio a los menores que son víctimas de un delito y el resto de las causales que enumera el artículo 95 son preestablecidas para la suspensión de la patria potestad. En tal sentido, hay que tener presente que la adopción busca proteger a los niños que se encuentran desamparados y por ende no privar a los padres que desatienden a sus hijos es una vulneración del interés superior del menor, por ello se debe fijar un término para poner al menor en estado de adoptabilidad.

En consecuencia, se espera que, con la creación de las defensorías familiares, institución que se introduce en el Proyecto de Códigos de las Familias que busca la protección de las personas en condición de vulnerabilidad, se logren unificar esfuerzos con el Ministerio Fiscal para poder solventar esta problemática.

3. LA EVOLUCIÓN DE LAS FAMILIAS. OTRAS FORMAS DE ADOPCIÓN

La concepción de la adopción ha evolucionado a la par de los tipos de familia, de aquí a que no se pueda hablar de que las únicas personas que pueden adoptar son las que conforman una familia tradicional o nuclear, sino que se tiene que hacer corresponder a la adopción con la realidad, donde existen a la par de la familia biparental heterosexual otras formas de organización familiar como lo es la familia homoparental, monoparental, incluso se han manifestado casos de multiparentalidad.

Según ELLIS y ROWERS³ la adopción de un menor ya no es privativa de la familia tradicional formada por un matrimonio heterosexual que no puede tener hijos. La adopción supone deseo por parte de una pareja o una persona adulta de tener un hijo. Es un medio para la realización del deseo de ser padre o madre cuando, por distintos motivos, esta vía es elegida como una alternativa a la paternidad o maternidad biológica. Supone implicaciones legales, afectivas y sociales.

Actualmente persisten perjuicios contra la homosexualidad como es el caso de considerarla una enfermedad, a pesar de que se eliminó de la lista de enfermedades en el año 1973, en donde aparecía dentro de la categoría de “trastorno mental” de la *American Psychiatric Association*, presumir que el modelo de educación de una pareja homosexual es favorecedor de la homosexualidad en los niños y que ello es negativo. Este argumento defiende que los niños serán más propensos a la homosexualidad si ellos

³ COLLI MAGAÑA, G. C. (2011). Aceptación de la adopción por parte de parejas de un mismo sexo. Disponible en www.revistas.unam.mx/index.php/repj

son criados por padres del mismo sexo y no por padres heterosexuales basándose en el juicio moral que la homosexualidad está mal y la teoría de que la homosexualidad es una respuesta aprendida vinculada a las influencias ambientales y el comportamiento.

Además, se plantea que los niños criados por padres homosexuales no serán capaces de diferenciar cuáles son sus roles de género en la sociedad, puesto que estos deben ser considerados desde el momento mismo en que los infantes empiezan a descubrir qué es ser hombre y qué es ser mujer. De igual manera, muchas veces son los medios, quienes brindan una imagen distorsionada de las personas homosexuales atribuyéndole roles excesivamente afeminados y escasos de educación.

En este sentido, cabe afirmar que la familia biparental heterosexual no es por sí sola garante psico-afectivo de niños y adolescentes, pues la misma también posee el riesgo potencial de propiciar daños en el desarrollo psicológico de niños y niñas, producto de que lo fundamental es que la familia sea funcional, o sea, brinde protección y apoyo a los niños, así como con independencia de la sexualidad de sus padres contribuye a la formación del menor la calidad de las relaciones que se dan a lo interno del hogar, de aquí que se pueda alegar que los niños criados por familias homparentales son iguales en funcionamiento cognitivo, social y sexual que los niños cuyos padres son heterosexuales y suelen tener una mayor comprensión y tolerancia elevada hacia los asuntos relacionados con la diversidad familiar y sexual.

En consecuencia, se deduce la importancia de la protección de la realidad socio-familiar

cubana, donde no existe una prohibición expresa de que pueda adoptar una pareja de personas del mismo sexo; sin embargo, por la severidad e indeterminación de los requisitos esto no ha sido posible en los últimos años, a pesar de que sí han adoptado personas homosexuales como parte de una adopción monoparental.

4. RETOS CONSTITUCIONALES QUE TRIBUTAN A UN CAMBIO EN LA ADOPCIÓN EN CUBA

La Constitución de 2019 produjo un cambio radical en la idea de la familia en sentido general y con ello en la adopción, lo cual tiene cabida principalmente en el artículo 81 del texto constitucional al establecerse que toda persona tiene derecho a formar una familia, así como se hace referencia a la protección a las familias, cualquiera sea su forma de organización. En tal sentido, este precepto da lugar al reconocimiento de las diferentes formas de organización familiar diferentes a la familia nuclear o tradicional al hacerse referencia a toda persona, sin aludirse expresamente a una pareja conformada por un hombre y una mujer. Asimismo, el uso del plural al hablar de las familias, el cual también se refleja en los artículos 86, 87, 88 y 89 de la normativa suprema trae consigo que entren en la realidad jurídica cubana las diferentes familias que hasta el momento no gozaban de una norma que reconociera sus derechos.

Asimismo, el artículo 82 referente al matrimonio y a las uniones de hecho afectivas brinda una conceptualización de estas instituciones, por ende, su contenido genérico no limita a que sea estrictamente entre un hombre y una mujer, lo cual es un cambio relevante en relación con el artículo 2 y 18 del Código de Familia vigente que enuncia solamente la posibilidad de contraer matrimonio o de

existencia de una unión de hecho cuando se trata de un hombre y una mujer.

De igual forma, otro precepto legal que tributa al reconocimiento de otras formas de organización familiar es el artículo 84 que recoge la protección a la maternidad y a la paternidad, pero al hablar de la guarda y cuidado, el deber de educación y formación de los hijos menores hace alusión a las madres y a los padres, lo cual da lugar a la posibilidad que un niño pueda tener madres o padres.

En consecuencia, todos los artículos antes expuestos tributan al artículo 42 de la Ley Suprema, puesto que el mismo reconoce una igualdad real en todas las esferas de la vida; una igualdad ante la ley, de gozar los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, edad, origen étnico, color de la piel, creencias religiosas, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición, por lo cual esta igualdad se transfiera a la hora de hablar de la adopción, pues sobre la base de esta es que se puede afirmar que no pueden haber limitaciones para conceder la adopción que no sean otras que el incumplimiento de los requisitos legales expresamente regulados por la normativa sustantiva familiar.

Partiendo de lo anterior, las autoras son del criterio que ya es posible conceder una adopción entre personas de un mismo sexo partiendo de la aplicabilidad directa de la Constitución al ser la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico nacional a tenor de su artículo 7.

5. LA ADOPCIÓN EN CUBA A LA LUZ DEL PROYECTO DEL CÓDIGO DE LAS FAMILIAS. ANÁLISIS CRÍTICO DE ALGUNOS DE SUS PRECEPTOS

A raíz del nuevo texto constitucional, se ha hecho imperioso crear un nuevo aparato legislativo que efectivamente corresponda con la misma y se actualice con respecto a la realidad cubana. Si bien es cierto que el Derecho siempre está dos pasos detrás de la sociedad, el mismo necesariamente debe ir reformándose en función de la misma de manera tal que el periodo de inseguridad jurídica sea mínimo.

En este caso, la normativa a la que se hará referencia es el Proyecto de Código de las Familias. El mismo reviste gran importancia para el análisis de la adopción en Cuba debido a que, básicamente, hace una reformulación de su regulación y la perfecciona en función de que se convierta en una vía efectiva para poder ejercer el derecho constitucional de construir una familia⁴.

En cuanto a ello, se mantiene los efectos plenos e indivisibles de la misma y como una correspondencia del reconocimiento a los distintos tipos de familias que realiza el artículo 2, se regula como una oportunidad para personas solteras o en uniones de hecho matrimonio, no se hace una distinción en el género ni una discriminación a su estado civil. En todo momento, desde el inicio del proyecto se enarbola como premisa valorar todos los supuestos, el interés superior de las niñas, niños y adolescentes explicándose en el artículo 7 el contenido del mismo. Ello se refleja por supuesto

⁴ Vid art.82 de la Constitución de la República de Cuba, 2019

en el Derecho a la identidad (artículo 89), la no separación de los hermanos (artículo 88) así como el hecho de que la institucionalización del menor sea una opción de *ultima ratio* regulando para ello otras formas de adopción como: entre parientes consanguíneos, entre hermanos, con personas que conforman el círculo afectivo del menor y que no son familiares biológicos, y la adopción por integración.

Haciendo referencia a la última modalidad de adopción dentro de las mencionadas en las dos últimas líneas anteriores, destacar que mediante la adopción por integración (artículos 92, 93) reconoce el rol parental que muchas veces asumen las “madrastas” y “padrastrós” para con los hijo/a/as/os de su pareja cuando el otro progenitor está ausente (ya sea por fallecimiento, desocupación o porque no desea asumir la maternidad o paternidad de sus descendientes). Ese rol parental incluye desde los lazos afectivos que pudieron generarse entre ellos, la colaboración en la formación educativa del menor hasta una colaboración en el sustento económico como familia.

Aparejado a ese perfeccionamiento legislativo, existen otras cuestiones dentro del propio proyecto que merecen una crítica en pos de que se siga mejorando en la construcción de una institución que, dentro del marco social cubano, sea verdaderamente efectiva y garante de derechos tanto para los menores prospectos a ser adoptados como para los que desean adoptar.

Retomando los tipos de adopción que fueron mencionados como novedosos dentro del contexto legislativo cubano:

Para que la adopción entre hermanos pueda llevarse cabo, se requiere de acuerdo al propio

proyecto que el hermano mayor tenga los 25 años cumplidos (artículo 98-a). En este caso las autoras se preguntan ¿Qué sucederá en el caso de que el hermano mayor cumpla los demás requisitos, así como sea capaz de asumir lo dispuesto en el artículo 134 sobre la responsabilidad parental para con su hermano menor, haya adquirido la capacidad plena de 18 años de edad, pero aún no haya arribado a los 25 años que exige la norma como capacidad especial? De acuerdo la regulación si no hay otro miembro de la familia dispuesto a solicitar la adopción, entonces estos hermanos serán separados y uno de ellos institucionalizado. Ello rompe con el presupuesto de dejar la institucionalización del menor como última opción pues no se está valorando el vínculo afectivo de los hermanos, así como que el hermano mayor perfectamente puede asumir un rol parental.

En la realidad cubana existen múltiples casos de hermanos mayores que desde muy jóvenes asumen la crianza de sus hermanos menores porque sus padres se encuentran ausentes o porque delegan en ellos esta responsabilidad. Para estos casos, si los hermanos mayores aún no tienen los 25 años, pero sí cumplen con los demás requisitos, entonces la norma no le otorga ninguna protección y están en una situación vulnerable al sufrir el riesgo de poder ser separados en cualquier momento. Las autoras consideran que ello no se corresponde con el espíritu que enarbola el proyecto ya que estos hermanos dejando de lado el vínculo biológico, también los une un fuerte vínculo afectivo que la legislación debe proteger. Es una forma de que el menor permanezca con su familia, así como de evitarle más daño emocional del que ya pudo

haber sufrido por la ausencia y/o desocupación de sus padres; la búsqueda de la salud emocional del menor en esta situación es una forma de velar por su interés superior.

Retomando el requisito de los 25 años de edad, el proyecto señala que nadie puede ser adoptado por más de una persona salvo en casos donde los solicitantes sean una unión de hecho afectiva o por cónyuges (artículo 95-1). Entonces las autoras se preguntan, ¿qué sucedería en el caso de que un miembro de la pareja ya supere esta capacidad especial pero el otro miembro no, y ambos cumplan el resto de los requisitos, así como ambos deseen asumir la responsabilidad parental? ¿Se denegará la adopción para ambos o solo se aprobará para un miembro?

En el caso de que se aplique la primera solución, entonces se le estará denegando la posibilidad al miembro que sí cumple esta capacidad especial, de poder seguir construyendo su familia por vía de la adopción. Si se asume la segunda solución, resultará injusto para el miembro que no cumple los 25 años ya que ambos van a ejercer un rol parental en conjunto y sin embargo solo a uno de ellos la ley le reconoce garantías, derechos y protecciones para con los niños. Con lo cual, en caso de separación de la pareja, para el miembro al que no le fue aprobada la adopción, aunque tenga vínculos afectivos con el menor adoptado, no tendrá ningún derecho a reclamar siquiera un régimen de visitas. En resumidas cuentas, este otro miembro se encuentra desprotegido por la legislación pese a haber asumido, de hecho, una adopción pero que no le fue reconocida por el derecho.

En este sentido, las autoras proponen realizar una reforma del requisito de la capacidad especial de 25 años y se añada la posibilidad de

incluir casos excepcionales como los que fueron mencionados así no quedará a discrecionalidad del juez decidir sobre estos asuntos pues las personas que se encuentren en esta situación, ya gozarán de protección por parte del legislador.

Respecto a la adopción entre parientes consanguíneos señalar que uno de los impedimentos es la adopción entre parientes en línea recta, lo cual quiere decir que, dado el caso, los abuelos no podrían adoptar a sus nietos. Ello llama la atención de las autoras en el sentido de que contradice la proyección de que el nuevo código de las familias busca reconocer la autonomía de los adultos mayores, su capacidad para decidir y actuar, así como una serie de facultades que le deben ser atribuidas dentro del ámbito familiar, ejemplo de ello sería el derecho a mantener el contacto con sus nietos, aunque los padres de estos se separen.

Resulta cuanto menos, curioso, que ese vínculo afectivo no se proteja cuando a los padres se les prive de la responsabilidad parental y entonces otra persona en línea colateral o las instituciones estatales tengan que asumir la guarda y cuidado de los menores sin tenerse en cuenta que los abuelos, si lo desean, también pueden desempeñar ese rol parental, rol que incluso muchos ya llevaban asumiendo en la realidad material. Las autoras, en este sentido, son del criterio que este impedimento debe ser modificado para que se proteja el vínculo afectivo abuelo/nieto, para que el menor no se vea institucionalizado estando sus abuelos en plena capacidad de asumir todo lo que conlleva su formación para asumir la responsabilidad parental, así como no se vean alejados de su familia consanguínea.

Como última interrogante que las autoras se plantean respecto a la regulación de la adopción en el proyecto del Código de las Familias sería: ¿Es un tipo de adopción aquella que es efectuada entre parientes consanguíneos incluyendo a los hermanos?

Esta pregunta merece una respuesta negativa fundamentada en que el proyecto del Código de las Familias vuelve a regular la adopción con efectos plenos y ello incluye desde el cambio de apellidos del menor, la pérdida de los vínculos jurídicos con su familia anterior, el adoptado se convierte legalmente en hijo del adoptado y resultará ser pariente en el mismo lugar y grado con respecto a los otros miembros de la familia del adoptante, que sería el hijo biológico del adoptante. A los efectos sucesorios igualmente se le consideraran los mismos derechos que tuviera el hijo biológico. En este sentido entonces, la filiación surgida de la adopción no tendrá ninguna distinción legal respecto a la filiación biológica, su única diferencia clara será entonces que en una existen lazos genéticos y en la otra no.

Dicho esto, cuando se trata de la adopción entre parientes consanguíneos: en primer lugar ocurre una confusión del parentesco dado que a quien conocía como su tío, primo o incluso sobrino pasa a ser ahora su madre/padre con todos los efectos jurídicos que ello trae consigo, en segundo lugar no existe una separación o pérdida total de vínculos jurídicos para con su familia anterior pues sigue siendo la misma, solo cambiarían las personas que han de ejercer la responsabilidad parental, en tercer lugar, en el orden sucesorio intestado este adoptado perdería

sus derechos respecto a sus padres biológicos o respecto a su hermano si este último no fuera también sujeto de la adopción; en cuarto lugar, respecto a su identidad, es posible conservar uno de los apellidos y el otro cambiaría.

Si se efectúa la adopción entre hermanos vuelve a existir una confusión en el parentesco, los apellidos del adoptado se mantendrían de la misma forma a no ser que se trate de “medios-hermanos”, en el orden sucesorio intestado se estaría en el mismo orden de llamado que sus sobrinos (aunque legalmente sus sobrinos sean sus hermanos, biológicamente son sus sobrinos) y respecto a los padres biológicos se convertirían en sus nietos privándoles entonces del primer llamado a la sucesión.

Teniendo en cuenta lo anterior, las autoras quisieran llevar a consideración la posibilidad de suprimir estos tipos de adopción por no considerar que en realidad lo sean. Ya el proyecto regula en su articulado la institución de la Tutela⁵, diseñada precisamente para parientes consanguíneos, y que presenta un contenido semejante al de la adopción e incluso existe un mayor rigor jurídico a la hora de la administración y la toma de decisiones sobre el patrimonio y la persona del tutelado así como a la hora de convertirse en tutor. Además, no requiere una capacidad especial como sí ocurre en el caso de la adopción, con tener plena capacidad es suficiente. El alcance de la tutela implica la protección social y familiar hasta que el menor adquiera su plena capacidad. Puede ser ejercida por más de una persona, dígame los dos abuelos, los hermanos en caso de ser más de uno.

⁵ Vid arts. 379 al 408 del Proyecto del Código de las Familias.

De este modo, el menor conserva su identidad, se protegen los derechos sucesorios de este respecto a los demás miembros de su familia biológica, la responsabilidad parental pasa a manos de su tutor legal pero no se menoscaba el orden de parentesco que tengan los miembros de su familia (es decir: sus abuelos seguirán siendo sus abuelos, su hermano seguirá siendo su hermano) de manera tal que todos puedan participar en su formación (manteniéndose la distancia con los padres que han sido privados o no pueden ejercer la responsabilidad parental). De esta forma se protegen todos los vínculos afectivos que tenga el tutelado respecto a los demás miembros de su familia consanguínea prevaleciendo siempre la autoridad del tutor legal como principal responsable de su bienestar.

CONCLUSIONES

La adopción en Cuba es una institución que posee ciertas dificultades al no existir una correspondencia entre la cantidad de solicitudes para adoptar con las que efectivamente son autorizadas por los Tribunales cubanos, de aquí que en aras del lograr un cambio de paradigma respecto a esta institución se arriben a las siguientes conclusiones:

En cuanto a las causales que inciden en el bajo índice de autorizaciones concedidas por los Tribunales Municipales Populares en los últimos años se encuentran: la indeterminación del alcance del contenido del interés superior del niño, niña y adolescente, la rigidez con que han sido interpretados los requisitos y la falta de promoción por parte del Ministerio Fiscal para privar a los padres biológicos de la hoy patria potestad y con ello hacer posible su adopción.

El nuevo texto constitucional brinda un enorme paso de avance respecto a la protección de las familias, pues se aprecia en su artículo 81 el derecho que posee toda persona a fundar una familia, el cual va a constituir el sustento y el principio sobre el que se basa este nuevo proyecto de normativa familiar.

El proyecto brinda algunas respuestas ante las problemáticas que enfrenta la adopción hoy día porque asienta los criterios para la interpretación del interés superior del niño y propone regular por primera vez en el marco legislativo cubano otros tipos de adopción que se adecuan al contexto social cubano.

Se destacan como principales propuestas de las autoras que la capacidad especial no constituya un límite para adoptar en todos los casos y no considerar como una verdadera adopción aquella efectuada entre parientes consanguíneos y hermanos; sin embargo, en caso de que la nueva normativa familiar mantenga esta institución se debe establecer una excepcionalidad en los impedimentos para adoptar en vista a que los abuelos no queden excluidos de este tipo de adopción.

Referencias bibliográficas

- CILLERO BRUÑOL, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño”. *Revista Justicia y Derecho*, 9. 2007.
- Código Civil de la República de Cuba, Ley Nro.59/1987 (actualizado, anotada y concordado). La Habana: Ediciones ONBC, 2017.
- COLLI MAGAÑA, G. C., “Aceptación de la adopción por parte de parejas de un mismo sexo”. *Revista Electrónica de Psicología Iztacala*, 14

(1), 2011.

www.revistas.unam.mx/index.php/repj

Constitución de la República de Cuba. (2019). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria, No. 5.

Ley No.1289 de 1975. Código de Familia.

MENDOZA DÍAZ, J. & MANSO LACHE, J., “Los retos del debido proceso ante los nuevos paradigmas del Derecho procesal”. En Jorge Méndez, L.A., *El interés superior del niño: ¿Indeterminación o discrecionalidad? Necesidad de establecer criterios para su construcción en sede jurisdiccional*. La Habana: Ediciones ONBC. 2019.

Proyecto de Ley “Código de las Familias”, versión 24. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*. No.4 Edición Extraordinaria No.4 de 12 de enero de 2022.

Conflicto de intereses

Las autoras declaran que no existe conflicto de intereses.

Contribución de las autoras

Yeney Valido Andrés: conceptualización, metodología, redacción-revisión, edición y aprobación de la versión final.

Jennifer Rodríguez Vilches: metodología, redacción-revisión, edición y aprobación de la versión final.

Fecha de enviado: 14/04/2022

Fecha de aceptado: 19/04/2022