



UNIVERSIDAD DE CIENFUEGOS "CARLOS RAFAEL
RODRÍGUEZ"
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS
CENTRO UNIVERSITARIO MUNICIPAL DE RODAS
CARRERA DE DERECHO

Trabajo de Diploma

Para optar por el título de:

Licenciatura en Derecho.

Título: *Régimen cautelar en procesos de liquidación de
comunidad matrimonial de bienes en Cuba.*

Autora: *Marittrini Seife Cabeza.*

*Estudiante de 6to año Licenciatura en Derecho
Centro Universitario Municipal Rodas.*

Tutora: *M. S. c Irina Ruiz Varas.*

"Año 53 de la Revolución"

Curso 2010-2011

Índice.

Introducción.....	1
Capítulo I: “Régimen cautelar en Cuba. Tratamiento teórico y regulación legal”	
I.1 Fundamentos teóricos del régimen cautelar.....	8
I.2 De las medidas cautelares en la LPCAL.	14
I.3 Nueva visión del régimen cautelar con la puesta en vigor del Decreto-Ley 241 de 2006.....	23
I.4 De los actos preparatorios, diligencias previas y la facultad del Artículo 40 de la LPCALE.....	28
Conclusiones del capítulo I.....	34
Capítulo II: “Régimen cautelar aplicable en proceso de liquidación de comunidad matrimonial de bienes”.	
II.1 Disolución y liquidación del régimen económico del matrimonio.....	35
II.2 Análisis histórico legislativo de las medidas cautelares en el Derecho de Familia.....	41
II.3 Medidas cautelares en Derecho Patrimonial de Familia. Análisis de Derecho Comparado.....	43
II.4 Del por qué de la aplicación de medidas cautelares en procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes.....	49
II.5 Del procedimiento a seguir para la adopción del régimen cautelar en liquidaciones de comunidad matrimonial de bienes.....	54
II.6 Análisis de los resultados de las entrevistas.....	62
Conclusiones del capítulo II.....	65
Conclusiones.....	66
Recomendaciones.....	68
Bibliografía.....	69
Fuentes legales.....	72

Resumen.

La presente investigación parte del presupuesto de que en nuestra legislación procesal Civil actual, no existe un ordenamiento de las medidas cautelares, que permitan resolver adecuadamente conflictos en materia de Familia, específicamente en casos de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, por lo que pretendemos profundizar en esta institución a partir de la revisión bibliográfica, el estudio de la legislación nacional y foránea, entre otros métodos.

Consta el presente trabajo de una reseña de los antecedentes históricos y legislativos y de un estudio comparativo del tratamiento de las medidas cautelares en otros Códigos Latinoamericanos donde existe la tendencia de la promulgación de cuerpos normativos especializados en materia de Familia.

A partir del estudio realizado se constata que, a pesar de no existir en nuestra legislación un articulado específico para Derecho de Familia en los procesos de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes; en la propia Ley Procesal aparece un catálogo expreso de medidas cautelares que se introducen con la modificación del Decreto-Ley 241, que pudieran aplicarse a estos procesos de familia, según la Instrucción 187 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Siendo así, y a la luz de nuestra realidad legislativa, exponemos un grupo de conclusiones y recomendaciones en torno al tema debatido, con el objetivo de introducir a la práctica estas medidas propuestas y de esta forma, minimizar los efectos negativos que produce para los cónyuges el desamparo de medidas cautelares en caso de disolución de la comunidad matrimonial.

Introducción:

La familia constituye el núcleo originario y básico para el desarrollo personal de sus miembros en la sociedad civil y es precisamente a través del matrimonio que ambos cónyuges adquieren bienes, derechos y obligaciones que van a formar parte de la comunidad matrimonial.

La comunidad matrimonial de bienes tiene un carácter imperativo y único, pudiendo definirla como “el sistema económico matrimonial que implica una comunidad de adquisiciones onerosas que determina que a su disolución se hagan comunes y divisibles por mitad las ganancias y los beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio.”¹ Constituye un patrimonio separado del de los propios cónyuges, sin personalidad jurídica propia y no puede existir si no es entre marido y mujer, comienza desde que el matrimonio se formalice o desde la fecha de iniciada la unión.²

Se integra por los salarios o sueldos, jubilaciones, pensiones u otra clase de ingresos que ambos cónyuges o cualquiera de ellos obtenga durante el matrimonio, como producto del trabajo o procedente de la Seguridad Social; los bienes y derechos adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno de los cónyuges; los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, procedente de los bienes comunes o de los propios de cada uno de los cónyuges.³

¹ MESA CASTILLO, O: *Derecho de Familia*. Tema 2 El Matrimonio. Quinta Parte: Régimen económico del matrimonio. Empresa Gráfica de Villa Clara, Año 2004, p. 32.

² Establece el artículo 29 del Código de Familia que el régimen económico del matrimonio será el de la comunidad matrimonial de bienes que se regula en este código. Que existirá desde el momento en que se formalice el matrimonio o desde la fecha de iniciada la unión en los casos a que se refiere el artículo 19, y cesará cuando el vínculo matrimonial se extinga por cualquier causa.

³ Establecido así en el artículo 30 del Código de Familia Cubano.

La alianza entre dos personas con propósito de duración de vida en pareja necesita de la creación de una economía en común, el llamado régimen económico del matrimonio. Según la Enciclopedia se le denomina régimen económico matrimonial al conjunto de reglas que disciplinan la formación, desarrollo y extensión de esa economía y por ello y como mínimo, esas reglas atienden al levantamiento de los gastos del hogar, la alimentación, el vestido y atenciones personales de los cónyuges y de su prole, de ahí que se afirme que no hay matrimonio sin régimen económico.

La configuración y estructura jurídica de los regímenes económicos matrimoniales responden al papel que este representa en una economía de producción dada, a la concepción social del matrimonio e incluso de las necesidades específicas de cada matrimonio. Cuando se disuelve el matrimonio, la comunidad matrimonial de bienes queda como un patrimonio colectivo en espera de su liquidación, pudiendo realizarse legalmente por vía judicial ante los Tribunales o por la vía extrajudicial ante Notario Público.

Al disolverse los matrimonios o las uniones matrimoniales no formalizadas, se disuelve la comunidad matrimonial, llevando en estos momentos a grandes conflictos producidos por la falta de acuerdo entre las partes al instante de proceder a su liquidación, debido a que los cónyuges se niegan a compartirlos, pues al haberse elevado el costo de los productos e incluso carecer los mercados de bienes de los del tipo litigado, que hacen imposible la posterior obtención de estos para el cónyuge que no los adopta, se acude a cualquier medio para materializar sus intereses, llegando incluso a la actuación de mala fe por parte de cualquiera de los miembros de la pareja.

Cuando ambos cónyuges deciden liquidar esta comunidad matrimonial de bienes creada durante el matrimonio, necesitan garantizar el estado de los bienes que son comunes para los dos, mientras que se dicte la sentencia final del proceso de

liquidación de la comunidad y es en este contexto precisamente donde aparecen las medidas cautelares.

Cuando se crea esta situación de litigio se requiere de la intervención judicial para darle solución y durante varios años la práctica jurídica recurrió a medidas para asegurar anticipadamente la comunidad matrimonial, mediante las diligencias de actos preparatorios, lo que garantizaba se conservaran los bienes mientras se llevaran a cabo los procesos correspondientes, pudiendo obtener, al menos, lo que el órgano judicial le concediera. Sin embargo, en reiteradas ocasiones se hace imposible el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

En estos momentos, aun y cuando son de gran importancia en la práctica judicial la puesta en marcha de estas medidas, por cuestiones objetivas a que está sujeta la economía familiar, no se están asegurando los bienes comunes en los procesos de liquidación de la comunidad matrimonial, quizás por una incorrecta interpretación de las normas jurídicas, o por lagunas que aún existen en la legislación, lo cual representa una contrariedad que afrontamos y la que se le debe encontrar una solución que garantice el respeto y protección de los derechos de los cónyuges.

Toda rama del Derecho necesita del dictado de medidas cautelares para garantizar a las partes el cumplimiento efectivo de la futura sentencia definitiva, pudiendo transformarse su implementación en una solución para las situaciones jurídicas procesales pasivas que afectan al solicitante; el procedimiento familiar, como parte intangible de la estructuración del sistema procesal moderno, no escapa a esta situación.

El derecho material por sí solo no resuelve su propia aplicación. Los derechos que consagran las normas sustantivas requieren respaldo procesal. El derecho civil regula el nacimiento y los efectos de las relaciones jurídico-patrimoniales y personales de los individuos. Las normas del derecho civil, a un determinado

supuesto de hecho, señalan un determinado efecto, atribuyendo a los particulares derechos y deberes. No es lo mismo reconocer un derecho y señalar un deber, que proteger aquel e imponer el cumplimiento de este. Esto último es el contenido del proceso y, consiguientemente, del derecho procesal civil; pues sin el proceso, el tribunal no podría instruirse debidamente sobre los hechos y fundamentos legales alegados por los pretendientes, no estaría en condiciones de declarar aplicable el derecho material mediante un juicio objetivo.

El proceso civil en la nueva sociedad está al servicio del cumplimiento de los ideales de la justicia socialista, constituye un método para la resolución justa de los asuntos y litigios sobre derecho civil y de familia a fin de salvaguardar el régimen social de nuestro país. Con estas medidas se pretende una tutela anticipada y provisional de los derechos de las personas involucradas en los juicios, reaccionando sobre las relaciones jurídicas que en ellos son deducidas y con la finalidad de componer en forma definitiva mediante la sentencia, la situación de la que ha brotado el litigio que en este caso es la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.

En el juicio de divorcio, el patrimonio conyugal también peligra ante situaciones de conflicto, generándose la necesidad de medidas cautelares, en busca de garantizar o salvaguardar la integridad del patrimonio de la sociedad conyugal, en miras a la recuperación de sus bienes propios y la preservación de los comunes.

Este estudio pretende el examen del estado actual del régimen cautelar en nuestra Ley procesal, para a partir de su regulación determinar cómo efectuar su implementación en materia de Familia, en particular en relaciones de derecho patrimonial de familia, y más especialmente, del estado litigioso que se produce una vez que se dirigen las partes a la disolución y liquidación de una comunidad matrimonial de bienes; régimen que garantizará los sensibles derechos que se regulan en esta rama, para aspirar al mejoramiento de la administración de justicia.

El objeto de la investigación resultó ser: El régimen cautelar en procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes.

La comentada situación ha permitido definir el siguiente problema científico: ¿Cómo aplicar un régimen cautelar que garantice la ejecución en procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes?

Y se definen como:

Objetivo general: Determinar el procedimiento a seguir para la aplicación del régimen cautelar en procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes para garantizar su ejecución.

Objetivos específicos:

Fundamentar teórica y legalmente el régimen cautelar en Cuba.

Explicar la regulación legal en materia de liquidación de comunidad matrimonial de bienes.

Analizar la aplicación del régimen cautelar en procesos de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.

Para darle solución al problema esbozado partimos de la siguiente hipótesis:

La adopción de medidas cautelares de inventario, inhibición, embargo, depósito y secuestro de bienes; preferentemente anteriores, pero también simultáneas o posteriores a procesos de divorcio y reconocimiento de unión matrimonial no formalizada, que se mantengan hasta la ejecución del fallo y que se amparen en el Artículo 803 incisos a),b),d),g) de la LPCALE, en relación con la Instrucción 187 del Tribunal Supremo Popular; aseguran la preservación de la integridad del patrimonio conyugal y garantizan la ejecución en trámite de liquidación de comunidad matrimonial de bienes.

Como métodos de estudio en la investigación fueron utilizados los siguientes:

Métodos teóricos:

Análisis y síntesis: El análisis se presenta en la descomposición mental de un todo en sus partes y cualidades, en sus relaciones, propiedades y componentes. La síntesis, establece mentalmente la combinación de las partes previamente analizadas, determinando relaciones y características generales. Se utiliza en todas las etapas de la investigación, en especial para elaborar el marco teórico referencial, aplicándose en el estudio de fuentes bibliográficas sobre las instituciones, categorías y principios que se manejan, así como para el estudio de las sentencias.

Histórico jurídico: permite valorar desde una perspectiva histórica las medidas cautelares en la legislación cubana.

Exegético analítico: permite un estudio de las normas legales cubanas afines al tema, de modo que se comprenda su sentido y alcance, así como sus limitaciones.

Jurídico-comparado: posibilitó un análisis de las legislaciones civiles del área de Latinoamérica, como fueron: México, Panamá, El Salvador, Costa Rica y Bolivia, los cuales serán comentados con posterioridad en materia de procesal civil y en particular la regulación del régimen cautelar en procesos de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.

Métodos empíricos:

Revisión bibliográfica: permite analizar fuentes bibliográficas, como son libros de diversos autores, revistas jurídicas, folletos, sitios en Internet, entre otros, con el objetivo de profundizar en el tema que aborda la investigación y aportar criterios diversos acerca del objeto del estudio.

Entrevista a expertos: permite la obtención de información vasta, verbal e inmediata mediante el intercambio entre el entrevistador y el entrevistado. En la investigación se emplea para la búsqueda de opiniones de jueces, abogados y profesores universitarios de la carrera de Derecho, previamente determinados de acuerdo a criterios de selección, respecto a la aplicación de medidas cautelares previas a procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes.

Métodos estadísticos:

Estadística descriptiva: permite procesar matemáticamente la información obtenida a partir de la aplicación de los instrumentos.

La tesis se estructura en dos capítulos. El primero de ellos se titula “Régimen cautelar en Cuba. Tratamiento teórico y regulación legal” y permite abordar el análisis de los fundamentos teóricos de la institución del régimen cautelar, de igual manera se estudia la regulación legal de las medidas cautelares en la norma procesal cubana, determinando los cambios introducidos con el procedimiento económico y lo preceptuado en el Artículo 40 de la propia ley. El segundo de los capítulos se nombra “Régimen cautelar aplicable en proceso de liquidación de comunidad matrimonial de bienes” y analiza la disolución y liquidación del régimen económico del matrimonio; se estudian los antecedentes históricos de las medidas cautelares en el Derecho de Familia y además se hace un análisis de Derecho Comparado teniendo en cuenta los países de: México, Panamá, Costa Rica, Bolivia y El Salvador; se comenta además del por qué de la aplicación de estas medidas en procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes y el procedimiento a seguir para llevarse a cabo dicho proceso.

Capítulo I: “Régimen cautelar en Cuba. Tratamiento teórico y regulación legal”

I.1 Fundamentos teóricos del régimen cautelar.

El origen etimológico de la palabra cautela, proviene de cavere que significa “diligencia, precaución o prevención”. Según el Diccionario Jurídico⁴, cautelar significa “precaver, prevenir” y medida significa “disposición, prevención”; empleando estos conceptos en Derecho podemos decir que se trata de una resolución que tiene un fin inmediato: prevenir.

En la doctrina las expresiones “medidas cautelares”, “medidas de seguridad” y “medidas de garantía” se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil⁵.

Son consideradas “aquellas dispuestas por el Juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorios el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión del mismo”.⁶

Durante el estudio realizado para llevar a cabo esta investigación, cabe destacar que el procesalista italiano Piero Calamandrei es un autor que aborda el tema minuciosamente y es citado en reiteradas ocasiones debido a la importancia de su obra, quien ha desarrollado las características y presupuestos de las medidas cautelares, criterios que se asumen por avenirse a las particularidades de nuestro estudio.

⁴ <<http://www.monografias.com/diccionariojuridico/trabajos27>>.

⁵ GARCÍA RIVERO, ALBA ROSA: “Régimen cautelar como medidas consustanciales al desempeño jurisdiccional de familia y su instrumentación en la normativa legal cubana”. Boletín Nro.36 Ediciones ONBC, La Habana, Octubre-Diciembre 2009 Nro. 29 pp.12-23.

⁶ <<http://www.monografias.com/AdministraciónyFinanzas/index.shtml>>

Sin lugar a dudas las medidas cautelares constituyen el soporte jurídico-procesal que propicia el logro pleno y efectivo de la tutela jurídica, habida cuenta que el derecho procesal en función de cumplir los fines sociales y económicos de la sociedad, sirve al derecho material como instrumento idóneo para el logro de la actuación y materialización de dicho derecho. Las medidas cautelares se vinculan a la situación del proceso principal y conducen a la satisfacción del logro de la pretensión sobre la que se haya obtenido éxito, mostrando la doctrina uniformidad al momento de abordar los presupuestos esenciales que tributan a la aparición de dichas medidas.

Son, sin dudas, un mecanismo netamente procesal y se utilizan para garantizar la efectividad de la sentencia, otorgando una precaución de manera pronta dirigida o relacionada con el fondo del asunto. A partir de Calamandrei,⁷ la doctrina simpatiza únicamente con las categorías de *fumus boni iuris* (humo de buen derecho) y el *periculum in mora* (peligro en la demora) como los dos presupuestos esenciales que condicionan la aparición del régimen cautelar, a los que se agregan la prestación de una adecuada contracautela, como otro presupuesto al mismo nivel que los anteriores.⁸

El *fumus boni iuris*, denominado, también, como verosimilitud o apariencia de derecho, no es otra cosa que la apreciación apriorística que debe tener el juez sobre la justeza de la pretensión que se formula, que justifique aplicar una medida que, sin fundamento en título alguno, altere el régimen jurídico del demandado, ya sea en su patrimonio, o incluso, en su persona.

Cualquier intento contemporáneo por tratar de ser original en la formulación de un concepto que defina con toda claridad posible qué es y cómo logra en el juez el contenido del *fumus*, no supera la clásica definición de Calamandrei al respecto:⁹ “Por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la condición cautelar se

⁷ Calamandrei denominó a los **presupuestos** como **condiciones** de la providencia cautelar. Vid., Calamandrei, P; Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares (traducción de S. SENTIS MELENDO, prólogo de E. Couture), Ed. Biblioteca Argentina, Buenos Aires, p.77

⁸ De Lázzari, E; 1995, Medidas cautelares, tomo 1, Ed. Plantense, La Plata, Argentina. op cit, p.4

⁹ Calamandrei, P; op cit; p.77

limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia de derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según el cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad. La providencia cautelar es, por su naturaleza, hipotética”.

El *periculum in mora* fue definido por Calamandrei como el interés específico que justifica la emanación de cualquier medida cautelar. “El *periculum* debe ser visto como el peligro de un ulterior daño marginal que puede derivarse del retardo de la resolución definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario”.¹⁰

Por lo general, el peligro suele desdoblarse en una proyección inmediata y otra mediata. La primera está referida a que la no adopción de una medida cautelar pueda provocar un perjuicio para el *status* jurídico actual de quien la solicita, mientras que la mediata se refiere a las consecuencias que pueda traer para el actor su no adopción, de cara a la ejecutividad del derecho que se le reconozca en la sentencia que ponga fin al proceso.

Las medidas cautelares pueden adoptar una multiplicidad de formas, en unos casos para preservar el *status quo*, en otros para adelantar lo que se pretende con el fallo, entre otras modalidades, pero siempre se trata de salvaguardar algunas de las situaciones referidas en el párrafo anterior, o sea, evitar un daño inminente para el petionario o lograr que la sentencia que en su día se dicte no represente lo que algunos autores han definido como fallo ilusorio.¹¹

¹⁰ Calamandrei, P; op cit; p.42

¹¹ Ottolenghi, M; 1946: “Medidas precautorias, en Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alcina, Ed. Ediar, Buenos Aires. op cit; p.511

De esa forma, el maestro italiano colocó estos presupuestos cual premisas primigenias del régimen cautelar, y estimó que están presentes siempre que haya un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva¹².

Calamandrei dejó sentado que la definición *chiovendiana* de contracautela, proviene de representar una “cautela de la cautela”, ya que mientras la providencia cautelar sirve para prevenir los daños que podrán nacer del retardo de la decisión principal, y sacrifica a tal objeto, en vista de la urgencia, las exigencias de la justicia a las de la celeridad, la caución que se acompaña a la providencia cautelar sirve para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse a la contraparte por la excesiva celeridad de la providencia cautelar, y de este modo restablecer el equilibrio entre las dos exigencias discordantes. Decía gráficamente el maestro italiano, que si la medida cautelar dispuesta reputaba injusta al resolverse sobre el mérito en la sentencia, la cautela operaba como un “contraveneno”, para remediar eficazmente el daño que pueda haberse derivado de la decisión provisoria del juez.¹³

Dentro del panorama teórico del régimen cautelar, uno de los elementos de mayor trascendencia, unido al de los presupuestos, es justamente el de sus características, pues facilita su identificación en los ordenamientos procesales, así como auxilian al juez en el proceso de su adopción. Son diversas las que la doctrina identifica, por lo que a continuación haré referencia a las más importantes:

El término instrumentalidad fue propuesto por Calamandrei, quien dejó sentado, desde un inicio, que estaba abierto a que fuera sustituido por otra expresión que pudiera describir mejor la noción de dependencia del régimen cautelar a la existencia de un proceso principal donde se debatiera el derecho de fondo. Destaca el procesalista que ellas nunca constituyen un fin en sí mismas, ya que están

¹² Ídem, pp. 3 y 4.

¹³ Calamandrei, P; op cit., p.64

preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, al resultado práctico de las cuales aseguran preventivamente. La expresión marcará, decía, su efímero ciclo vital.¹⁴

La característica que trata de definir el término es que las medidas cautelares solo pueden concurrir, funcional y temporalmente, dentro de un proceso o en función de este. Las que adoptan, una vez comenzado el proceso, tienen vigencia mientras que este se manifieste y únicamente perduran más allá de la sentencia como parte del proceso de ejecución. En el caso de las medidas que se adoptan de manera previa, solo surgen porque se solicitan en cuanto parte de un proceso que se pretende promover, y su eficacia está condicionada a un plazo que la Ley establece para que se formule la pretensión, vencido el cual la medida cautelar pierde vigencia *ipso facto*, si el actor no hace la promoción.

Otra de las características es la jurisdiccionalidad que se refiere a la obligatoriedad de que las medidas cautelares sean dispuestas por un órgano jurisdiccional. En el campo del proceso penal es donde esta característica adquiere relevancia, a fin de limitar que otros órganos puedan adoptar medidas cautelares. En el proceso civil estas medidas son consustanciales al desempeño jurisdiccional, como una subfunción, de modo que esta peculiaridad no tiene mayor nivel de conflictividad.

Provisionalidad, fue conceptuado por Calamandrei como el “carácter más constante y distintivo de las providencias cautelares”¹⁵, está muy ligado a la característica de dependencia procesal antes mencionada, pues identifica que los efectos que emanan de las medidas cautelares, poseen una duración limitada, en contraposición a la que proviene de la sentencia que tiene una proyección definitiva.

Se dice que las medidas cautelares no tienen una vocación de perdurar, pues se adoptan para garantizar el cumplimiento de una sentencia posterior o para evitar un daño inminente vinculado con la tramitación de un proceso y por esa razón no se

¹⁴ Calamandrei, P; op cit., p.44,139

¹⁵ Calamandrei, P; op cit., p.36

constituyen como un título definitivo, sino con vigencia solo mientras perduren los presupuestos que dieron lugar a su adopción. Esta característica es la que posibilita que una medida cautelar pueda ser adoptada y luego revocada o habiendo sido denegada una vez, pueda ser adoptada en un momento posterior del proceso.

La variabilidad identifica su carácter de decisión mutable o flexible, en el sentido que, una vez dispuesta por el Tribunal, puede modificarse en todo momento y en cualquier dirección, ya sea para sustituirla por otra de las que hayan en la ley o por una medida de tiempo innominada; el juez puede -incluso- mantener la medida y solo incrementar su ámbito de aplicación, haciéndola más onerosa para quien la soporta, o hasta que pueda decretar el cese de la medida –generalmente a solicitud de quien la sufre-, ya sea por haber desaparecido las condiciones que motivaron su adopción o por la prestación de una fianza liberadora.

Apuntaba Calamandrei que las medidas cautelares se pueden considerar emanadas de la cláusula *rebus sic stantibus*, puesto que no contienen la declaración de certeza de una relación extinguida en el pasado y destinada, por esto, a permanecer a través de la cosa juzgada, estáticamente fijada para siempre, sino que constituyen para proyectarla en el futuro; una relación jurídica nueva, destinada a vivir y, por tanto, a transformarse, si la dinámica de la vida lo exige.¹⁶ Dicho en otras palabras, que varían cuando cambian los presupuestos que la condicionaron, pues no se adoptaron para regir de forma definitiva, sino interinamente.

La proporcionalidad, también conocida como homogeneidad, identifica aquella peculiaridad de las medidas cautelares, que describe el necesario correlato que debe haber entre lo solicitado por el actor en su pretensión y el alcance de la medida cautelar.

Teniendo en cuenta que la disposición cautelar implica una invasión en el ámbito jurídico de quien la sufre, sin basamento en el título consolidado, sino meramente

¹⁶ Calamandrei, P; op cit., p.89

provisorio y surgido de una presunción del derecho solicitado, la proporcionalidad se presenta como un parámetro de sentido común o comedimiento, para evitar que este interinato sea más gravoso que lo que se dispondrá en la resolución estimatoria definitiva.¹⁷

Las instituciones cautelares adquieren particular relevancia cuando se analizan en el contexto del litigio de familia, en la instauración en esta materia de los procedimientos cautelares se verifican profundas modificaciones en punto a su carácter instrumental, a su proveimiento inaudita parte; a los presupuestos que hacen a su admisibilidad y ejecutabilidad; a la facultad del órgano para ordenarla de oficio; a la disponibilidad inmediata de su objeto y, por fin, a su no sujeción normativa a términos de caducidad.

De tales consideraciones se advierte la importancia del tratamiento del tema seleccionado y la motivación por el mismo, habida cuenta que la instauración de medidas cautelares posibilita proteger en el lapsos de tiempo que discurre en la tramitación procesal, y del retardo de la resolución judicial que pone en peligro la integridad de los bienes objeto de liquidación y asegurar el cumplimiento del mandato judicial, juicio de valor que ha sido adquirido a partir de la práctica forense en la que se ha podido constatar que en las resoluciones judiciales estimatorias que se dictan, se frustra la ejecución del derecho material emanado de la misma, por ausencia de providencias en sede cautelar .

I.2 De las medidas cautelares en la LPCAL.

La implementación de un estructurado régimen cautelar, en la legislación procesal de cualquier sistema de Derecho, implica un acercamiento de la justicia a las partes, ya que estas providencias garantizan el eficaz funcionamiento de aquella y el cumplimiento del Derecho.

¹⁷ Esta característica adquiere en el proceso penal una consideración **cuasimatemática**, de manera que se vincula directamente la magnitud de la medida cautelar con el tipo de sanción que prescribe la norma penal imputada. Esta peculiaridad es la que impide que, en determinados tipos delictivos que no llevan aparejada la privación de libertad o esta es muy pequeña, no se pueda imponer, como medida cautelar, la prisión provisional.

La Constitución Cubana no consagra el derecho de acción dentro del catálogo de los derechos fundamentales, de manera que es inútil hurgar en la búsqueda de asidero constitucional a una tutela cautelar, derivada de la función jurisdiccional. Es la Ley procesal la que configuró normativamente el régimen cautelar cubano, que no rebasó la concepción meramente apendicular de garantía de la ejecución, con el embargo como medida cautelar por excelencia. Esta situación normativa marca la orfandad que caracteriza nuestra doctrina sobre este tema¹⁸.

El proceso civil cubano desconoció la presencia de lo que pudiera denominarse régimen cautelar, pues se limitó a regular el embargo como única medida nominada, con la sola finalidad de asegurar las responsabilidades pecuniarias derivadas de la acción ejercitada, o que se pretende ejercitar. Esta precariedad normativa marca el panorama doctrinal nacional sobre el tema, que se circunscribe casi exclusivamente al análisis del embargo.

El proceso de embargo se encamina a obtener una sentencia firme susceptible de ejecución, en el que el demandante persigue obtener un fallo que declare con lugar su pretensión y también definitivamente lograr la realización de su petición mediante la ejecución forzosa, cuando no cumpla este con aquello a lo que se le condena. Concurren a veces circunstancias especiales en la persona demandada o en la que se pretende demandar que hacen presumir que de no adoptarse alguna medida cautelar o asegurativa oportunamente podría ser ilusorio el derecho que la sentencia reconociera en su día. La idea del embargo es tomar una medida precautiva, asegurativa. Esta situación puede crearse como consecuencia de actos de mala fe del deudor.

¹⁸Mendoza Díaz Juan: "Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano". *Boletín Nro 29 Ediciones ONBC*, .La Habana, Octubre-Diciembre 2007 No. 29, pp.1-14.

El embargo de bienes es un proceso que se encamina a la obtención de una sentencia firme, susceptible de ejecución, ya sea, voluntaria o forzosa¹⁹. En este proceso el demandante busca un fallo que declare con lugar su pretensión, pero también, lograr definitivamente la realización de su pretensión contra el demandado, a través de la ejecución forzosa, cuando no se cumpla de forma voluntaria con lo dispuesto en el fallo. El embargo de bienes representa, pues, un proceso incidental de otro proceso principal, o sea, de aquel en el que se pretende obtener una sentencia que constituya un título de ejecución²⁰.

El proceso comienza y se desarrolla sin la adopción de estas medidas predatorias o asegurativas, pues al final ellas constituyen, en mayor o menor grado, limitaciones a los derechos del deudor respecto a sus bienes o a sus intereses. No obstante la ley admite en los casos excepcionales en que la necesidad de su adopción está lo suficientemente justificada, que se establezca con anterioridad al proceso principal; reconociendo el derecho de impugnación a la persona en cuyo perjuicio se hubiere decretado la medida, con el objetivo de dejarla sin efecto cuando no sea producente.

Si se analiza la finalidad concreta de este tipo de proceso, se aprecia que tiende a limitar, en diferente medida, las facultades de goce y disposición del titular de determinados bienes con el propósito de que no se frustre el resultado de un proceso. El fundamento de la pretensión aseguradora es la posibilidad de un daño o perjuicio a un derecho, o simplemente a un posible derecho. De acuerdo con lo establecido en el Artículo 460 de la Ley de Procedimiento, el embargo de bienes se decreta para asegurar responsabilidades pecuniarias, excluyéndose por tanto, otras clases de responsabilidades, de esta medida cautelar.

Según lo dispuesto en el Artículo 461 de la Ley Procesal, podrá interesarse el embargo, tanto en los procesos ordinarios como en los sumarios; ya fuere antes de

¹⁹ Vid. Rafael Grillo Longoria, *Derecho Procesal Civil II: Proceso de Conocimiento y Proceso de Ejecución*; Editorial Félix Varela, La Habana 2004; op cit; p. 91.

²⁰ Vid. Rafael Grillo Longoria; *Derecho Procesal Civil: Proceso de Conocimiento y Proceso de Ejecución*; Editorial Félix Varela, La Habana 2004; p.91.

la interposición de la demanda, en el propio escrito en que se concreta la acción principal o con posterioridad, durante el curso del procedimiento.

En el caso en que se solicite previo a la demanda, se exige la prestación de fianza, como garantía de cumplimiento y la posterior presentación de aquella, siendo una condición para acceder a la solicitud. En casos como este, de no interponerse la demanda dentro del plazo de treinta días posteriores a la fecha de practicada la diligencia, el embargo queda sin efecto, por lo que tiene condicionadas sus results a la promoción del proceso principal dentro del término que la ley señala.

Las circunstancias que deben concurrir para que el embargo proceda están dispuestas en los apartados del Artículo 462 de la Ley de Trámites, donde se establecen como requisitos la presentación de alguna prueba escrita que pruebe la existencia de la deuda; que la acción que se ejercite o se pretenda ejercitar sea contra una persona que se halle ausente del país o pretenda ausentarse, o que se infiera que tratará de enajenar sus bienes.

En el primer requisito se hace referencia a la justificación de la existencia de la deuda, donde no se exige una prueba plena; pero tiene que ser un documento público o privado. Esta prueba por escrito no puede calificarse como prueba plena, pues esto significaría prejuzgar el asunto principal que se debate o se debatirá en el proceso. Se trata entonces de un principio de prueba, aunque de carácter documental.

El segundo requisito hace referencia al fundamento del posible perjuicio o peligro para lograr que la ejecución del futuro fallo sea efectiva. En este momento aún no existe una resolución que reconozca el derecho, ya sea, porque no ha sido iniciado el proceso y existe solo el deseo del acreedor de interponer demanda, o bien se encuentra el proceso pendiente. Pero existe la posibilidad de que el deudor sea condenado, en virtud del principio de prueba presentado; y también existe la posibilidad de que por las circunstancias concurrentes en el deudor que establece el

Artículo 462 en su segundo apartado, no se pueda ejecutar el fallo favorable al acreedor en su día. De ahí entonces, que el segundo requisito consista en que el deudor se encuentre en algunas de las situaciones antes mencionadas.

Si se cumplen o no estos requisitos lo determina el tribunal, con la facultad discrecional que la ley otorga a este efecto. En general, no se exige justificación de las exigencias que en concurrencia con el título legitiman la solicitud de embargo y la apreciación de su procedencia se ciñe al criterio del tribunal, sobre todo, en orden a la racionalidad de los motivos en que se apoyó para creer que el deudor ocultaría o haría desaparecer sus bienes.

Según establece la Ley Procesal en su Artículo 463, podrán ser objeto de embargo toda clase de bienes y derechos, aunque existen excepciones. De lo cual se presume entonces que pueden ser objeto de embargo los bienes muebles, los semovientes, los inmuebles²¹ y también los derechos. Además los sueldos, salarios, prestaciones de la seguridad social u otros²². Como se expuso anteriormente en este propio artículo se establecen las excepciones, en razón de lo cual, no podrán ser susceptibles de embargo los bienes de propiedad socialista estatal; el inmueble que constituya la vivienda permanente del deudor; los bienes de propiedad personal destinados al uso imprescindible del deudor; los instrumentos o medios de trabajo de uso necesario para el ejercicio de la profesión, arte u oficio; los vehículos que constituyen instrumentos o medios de trabajo personal; las pensiones alimenticias; las tierras del mínimo vital y el área de autoconsumo del pequeño agricultor y los demás bienes inherentes a ella, incluyendo los aperos de labranza, los animales y crías de estos.

Esto se explica a partir de la naturaleza de los bienes descritos; en particular de la vivienda de residencia permanente de un individuo al que la ley le protege

²¹ No todos los inmuebles pueden estar sujetos a embargo en tanto la propia ley exceptúa algunos de ellos, dada la naturaleza de estos y las regulaciones de normas específicas que regulan su transmisión; pero en principio la doctrina procesalista los reconoce como susceptibles de embargo.

²² Se explica en este trabajo que tales ingresos cuentan con una forma especial de ejecución del embargo, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 469 de la LPCALE.

habitacionalmente, por las características del bien y su funcionalidad en el proyecto social cubano. Así mismo el carácter necesario para la vida que podrían ostentar los instrumentos y vehículos destinados al trabajo, incluidos los empleados por pequeños agricultores; lo que justifica su inembargabilidad. Así mismo, no huelga apuntar que la existencia de requerimientos legales y autorizaciones administrativas para acceder a la transmisión de la vivienda de residencia permanente y las fincas rústicas y las viviendas ubicadas en estas, como moradas de pequeños agricultores; coartan la posibilidad de embargarlas, por lo que, siendo inmueble, el embargo se dispondría respecto a viviendas de residencia temporal o solares yermos.²³

El hecho de que la vivienda sea el bien fundamental en el patrimonio de la familia cubana, conforme explica lo expuesto anteriormente, también permite suponer racionalmente que el acreedor estará en situación desventajosa, cuando el deudor no cuente con bienes susceptibles de embargo, o cuando poseyendo algunos; no satisfagan el monto total de la deuda; situaciones fácticas de gran incidencia en la vida y la práctica judicial. Ello explica que se establece un límite a las posibilidades del acreedor frente al deudor, en caso de cumplirse alguna de las situaciones antes mencionadas, debido a la inembargabilidad de algunos bienes, que en caso de ser el único patrimonio del obligado al pago, dejaría en una posición perjudicial al acreedor, de lo que deriva una problemática que constituye tema para futuras investigaciones.

Se establece además en la norma procesal vigente, diferentes formas de hacer efectivo el embargo, en correspondencia con la tipología de los bienes destinados a aquel; aunque una vez decretado, se procederá inmediatamente a su ejecución, la que procederá en la forma correspondiente, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes que son objeto del embargo. En tal sentido el Artículo 463 declara inembargables los dos tercios de los sueldos, salarios y prestaciones de seguridad social. Esta inembargabilidad se reduce a la mitad del monto de dichos ingresos en los casos de reclamaciones de pensiones alimenticias y créditos a favor del Estado y

²³ Aunque debe acotarse que la transmisión de solares yermos en alguna medida también se encuentra perneada por regulaciones administrativas.

las empresas estatales. De cualquier forma se comunicará al centro de trabajo correspondiente u oficina responsable de su pago, con el objetivo de retener y remitir, sistemáticamente, al tribunal, dicho importe, hasta cumplir el total señalado. En estos casos el deudor queda privado de la facultad de goce y disposición de dichos ingresos.

Cuando los bienes sean piedras preciosas, dinero o alhajas, se determinará depositarlas en la oficina bancaria correspondiente; pero en caso de estar ya depositadas en esa oficina, se le informará a la misma el embargo, con prevención, en ambos casos de la prohibición de extraerlos sin la autorización previa del tribunal que lleve a cabo el proceso; lo anterior está dispuesto en el artículo 465, donde finalmente expresa que de no existir oficina bancaria, se hará el depósito en otra oficina de carácter oficial que determine el tribunal. En el caso de la ejecución del embargo de obras de arte y otros objetos valiosos el Artículo 466 plantea, que en este caso el tribunal tomará las medidas necesarias para depositarlo en un lugar seguro.

En el artículo 467 dispone para los bienes muebles y semovientes que, luego de una previa reseña de estos, se dejará en poder del deudor o del tercero en cuya tenencia se hallen, a las resultas del proceso, con la obligación de conservarlos en el estado en que se encuentren y con la prohibición de disponer de ellos, sujeto a las responsabilidades que en este aspecto pueden incurrir en el orden penal. Si el acreedor lo solicita, y el tribunal lo considera necesario, podrá además comunicarse a las personas, entidades u otras autoridades que aquel indique, con el objetivo de asegurar la efectividad del embargo que se ha llevado a cabo. Un aspecto importante es que tienen que pertenecer al sujeto pasivo o deudor, los bienes que constituyen objeto del embargo. La idea de la pertenencia al deudor es primordial en la figura del embargo, pues no sería justo que otra persona diferente soportara en su patrimonio la consecuencia de una ejecución en la que no aparece como sujeto pasivo.

Pudiera también ocurrir que el bien estuviera en poder del deudor, y el dueño fuera un tercero, un embargo acordado y ejecutado en estas condiciones no debe mantenerse. En este caso, el tercero al que le pertenece el bien y el embargo lo afecta directamente, tiene derecho a reclamar para dejar sin efecto el embargo. Otra situación que pudiera crearse es, que el deudor no disponga de un bien que es suyo por encontrarse en manos de un tercero. Entonces puede practicarse el embargo, pues no existe una razón de fondo para eximir a dicho bien de la traba procesal. El artículo 467 reconoce el embargo de bienes en poder de terceros, siempre que estos posean dichos bienes. En casos como ese, la diligencia del embargo se entiende con el tercero que tenga en su poder el bien.

En relación con la ejecución del embargo en general, el Artículo 470 dispone, que quedaría sin efecto si al momento de llevarlo a cabo la persona a quien se le va a practicar, pagare, consignare importe de las responsabilidades o constituyere fianza bastante para responder a las cantidades que se reclamen. También establece que se dejará sin efecto el embargo ejecutado, siempre que el demandado pague, consigne el importe de las responsabilidades o constituya fianza suficiente en los términos establecidos, aunque sea en cualquier momento posterior a la ejecución.

De acuerdo con lo establecido para los bienes muebles y semovientes en el artículo 467, al deudor no se le priva de la facultad de disfrutar del bien, aunque sí la de disponer del mismo. En cuanto a los bienes inmuebles, según lo dispuesto en el artículo 468, el deudor no queda privado de la facultad de goce del bien inmueble embargado, sin embargo en relación a la facultad de disposición, el deudor no podrá disponer del bien sin previa autorización del tribunal, ahora bien, respecto al acreedor, la anotación del embargo produce el efecto de dar preferencia al acreedor en cuanto a los bienes anotados, sobre los que ostenten contra el mismo deudor otros créditos posteriores a la anotación del embargo.

En lo que concierne a la ejecución del embargo de bienes inmuebles sobre la facultad de disposición del deudor, debe tenerse en cuenta el status jurídico a que

está sometida la propiedad inmobiliaria de los particulares en nuestro vigente ordenamiento jurídico; lo que conduce a mantenerse en este punto en un criterio restrictivo en el sentido de considerar que dicha facultad queda, en general, afectada. La Ley de Trámites también regula aspectos relacionados con la impugnación del deudor, y precisamente el Artículo 471 autoriza al deudor, a formular en cualquier momento la impugnación contra el embargo, una vez ejecutado el mismo. Este propio artículo establece que la impugnación deberá fundamentarse en que no concurren las circunstancias expresadas en el Artículo 462; pues, como se había planteado anteriormente, en caso de impugnación el hacedor embarguista tiene la carga de probar que, en efecto, el deudor se encuentra en algunas de las situaciones señaladas en el precepto antes mencionado. En caso de que se declare con lugar la impugnación quedará sin efecto el embargo, adoptándose a ese objeto las medidas correspondientes.

Por último es importante hacer referencia a la subsanación en caso de extralimitación al practicarse el embargo; pues el actor al solicitar el embargo de bienes al demandado debe especificar cuáles son los bienes que quedarán afectados con la medida y son estos (y no otros diferentes los que afectará el tribunal) los que al producirse la diligencia deben comprenderse en esta. El Artículo 472 hace referencia a que en caso de verificarse que en la diligencia de embargo se produjera alguna extralimitación, el tribunal procederá a subsanar la irregularidad o informalidad tan pronto la advierta, ya sea, de oficio o a instancia de parte y sin audiencia de nadie, determinando la exclusión de los bienes indebidamente incluidos en la diligencia, a cuyo efecto librará los despachos que sean necesarios. El recurso de súplica que puede establecerse contra esta decisión rectificadora del tribunal, no tiene efecto suspensivo; lo que se justifica por la necesidad de restablecer el status de legalidad.

La parquedad normativa del régimen cautelar vigente para el proceso cubano, el que se limita a regular el embargo como única medida nominada para asegurar responsabilidades pecuniarias, afecta sobremanera la práctica jurisdiccional de familia, pues entraña una ineficaz administración de justicia en esta rama y precisa a

la luz del Derecho comparado, ponerse a tono con las técnicas más modernas en esta materia.

I.3 Nueva visión del régimen cautelar con la puesta en vigor del Decreto-Ley 241 de 2006.

Si bien la Ley de Procedimiento Civil, la que comenzó a regir en nuestro país a partir del 19 de agosto de 1977, consagró al embargo con finalidades atinentes a las medidas cautelares, no fue hasta la promulgación del Decreto-Ley 241 de 26 de agosto de 2006, el que regula el nuevo procedimiento económico, que surge un régimen cautelar en el Derecho Procesal Civil cubano.

Esta normativa incorporó en su Capítulo X, un régimen cautelar totalmente nuevo al proceso cubano, bajo la denominación: Del Embargo y Otras Medidas Cautelares; aspecto sobre el que recae la primera observación crítica, pues no era menester singularizar el embargo en el título del capítulo, toda vez que se trata de una de las tantas medidas cautelares específicas que la nueva normativa regula. No obstante, ello se explica en el hecho de que el ordenamiento procesal ha establecido el embargo como destinado a asegurar responsabilidades crediticias –véase lo expuesto en el apartado anterior-, y al resto de las medidas para aquellas que sobrevengan de diferentes tipos de acciones; aunque todas persigan la misma finalidad de aseguramiento. Resulta ilustrativo señalar que el propio Decreto Ley 241 remite al título VII, relativo al embargo de bienes, para establecer la forma en que se ejecutará el embargo y reproduce casi textualmente varios de los preceptos anteriores.

Con el propósito de esclarecer el contenido de cada una de las medidas cautelares reguladas en el artículo 803, con apoyo en la doctrina y en análisis de *lege ferenda* se aprecia que el embargo preventivo de bienes se identifica como aquella medida que se adopta antes de comenzar el proceso de conocimiento, o una vez iniciado este, el que puede extenderse a la fase de ejecutiva, si la sentencia dictada fuere estimatoria de la pretensión.

Embargar es afectar un cierto bien a un proceso, ligarlo o trabarlo de modo que no pueda más tarde desvincularse de las resultas del mismo²⁴. El efecto clásico del embargo es limitar la capacidad de disposición del bien de su propietario o poseedor, para que quede de esta forma a las consecuencias de lo que se disponga en el proceso.

Pueden ser objeto de embargo los bienes enajenables, de lo que se derivan dos campos: de una parte las cosas u objetos corporales en sentido estricto, siempre que tengan cierta autonomía patrimonial, no los simples accesorios o pertenencias independientes de la cosa principal; y de la otra, los derechos, entes ideales, objetos en sentido amplio, con tal de que gocen de la misma autonomía, por lo que no se incluyen las simples facultades independientes del derecho a que pertenecen²⁵. Pueden ser objeto de embargo los bienes muebles, los semovientes, el dinero, las obras de arte, los derechos, las acciones, entre otros.

Es preciso hacer una distinción, pues la modificación que introduce el Decreto-Ley 241 hace referencia al embargo preventivo de bienes en el artículo 803. a), lo cual a mi criterio no lleva esa clasificación, pues posteriormente los restantes artículos remiten al embargo que regula la LPCAL en su artículo 460 donde solo se menciona como embargo sin ninguna clasificación, por lo que se considera intrascendente esta tipificación porque ambos se pueden establecer en cualquier momento del proceso.

El segundo apartado reconoce como otra medida al secuestro de bienes en litigio, la cual no va dirigida contra cualquier bien del demandado, sino sobre aquellos que constituyen el objeto del proceso, y se trata de una decisión cautelar más agresiva que el embargo, pues implica despojar al demandado del bien controvertido.

²⁴ Vid., Guasp J; Derecho Procesal Civil, op cit, p.450

²⁵ En la búsqueda de la naturaleza jurídica del embargo, Guasp lo define como un derecho real de carácter procesal, depositario de las dos características que identifican a los derechos reales: el recaer inmediatamente sobre una cosa y el poderse hacer valer frente a todos. En el embargo se dispone de una potestad real que el juez adquiere sobre ciertos bienes, que puede ser ejercido ante terceros. Guasp, J., op cit, pp. 453-453.

En las legislaciones donde el secuestro no está nominado como tal, según ocurre aún en el proceso civil cubano, se identifica con aquel tipo de embargo dirigido contra el bien litigado, en que se designa depositario a una persona o entidad del demandado, o sea, se presenta cual modalidad de embargo cualificado.

El secuestro implica una aprehensión material de un bien específico, que es el objeto del litigio; se trata de preservar el bien objeto del litigio tal cual, con el propósito de garantizar un cumplimiento *in natura* de la obligación. El bien secuestrado no puede ser usado, pues no queda en manos del demandado.

En este caso se aprecian similitudes con la figura de la exhibición de la cosa mueble que regula en apartado segundo del Artículo 216 como modalidad de acto preparatorio y también con mayor significación, la diligencia previa en proceso sucesorio con designación del reclamante como gestor depositario, en lo que existe evidentemente el secuestro o despojo del bien litigado, con la salvedad de las diferencias que en el orden del tipo de proceso resultan evidentes.

La anotación preventiva en registro público, se explica en el tercero de los apartados y está dirigida, tanto contra bienes muebles, como inmuebles, aunque es preferentemente para estos últimos. La condición es que se trate de bienes que consten inscriptos en registros públicos, para que sirva de alerta a quien pretenda adquirirlos y, en ese orden, no pueda alegar la buena fe. La anotación preventiva, amén de su objetivo publicitario, sujeta los bienes anotados a la garantía de la ejecución concreta, de modo que puede procederse a la realización forzosa del inmueble en el trámite correspondiente, aunque este haya pasado a manos de otros propietarios.

Resulta interesante apuntar que esta medida aflora de la norma contenida en el Artículo 468 de la Ley de Trámites, en el que, antes de establecerse como medida cautelar en sí misma, ya se regulaba en cuanto a los bienes inmuebles la

procedencia de disponer la anotación en registro público del bien que hubiere sido embargado; evidenciándose una equivalencia entre dicha regulación del embargo y la medida de anotación preventiva que en la actualidad recoge la ley en su cuarta parte.

El depósito temporal de bienes, aparece regulado en el cuarto apartado y se trata de una medida cautelar de nueva generación. En este caso, la decisión del juez está destinada a colocar determinados bienes en una situación de aislamiento, designando a una institución o persona como depositaria de los mismos, mientras dure el proceso, por tratarse generalmente de objetos vinculados con la actividad que se reclama.

El quinto de los apartados hace referencia al aseguramiento de medios probatorios, que comprende aquellas providencias instructorias anticipadas, encaminadas a conservar ciertas resultancias probatorias, para ser utilizadas después en el proceso de conocimiento. Ante la no distinción de los medios a asegurar cabe entender a todos aquellos que la propia norma regula en ocasión de describir los tipos de prueba, y aunque ya en los apartados 1, 3 y 4 del Artículo 216, se enuncia la posibilidad de asegurar el resultado del medio probatorio, previo al proceso principal; la nueva regulación extiende el ámbito de aplicación de la medida, por resultar permitido conforme a la norma, interponerla en cualquier momento previo o no a la sustanciación del trámite.

La suspensión o abstención de actividad o conducta determinada, está preceptuada en el sexto de los apartados y tiene como cometido, mantener el *status quo* manifiesto entre las partes durante el tiempo que dure la tramitación del proceso, y es conocida en la doctrina y en otras legislaciones como prohibición de innovar; es decir, tiene un propósito conservativo, que sólo pende de la voluntad del obligado de acatar el pronunciamiento judicial, en cuyo defecto, no se establece más que medidas resarcitorias mediante indemnización por daños o perjuicios, lo que en la

práctica implica pérdida de la efectividad de la medida en sí misma y dificultad para lograr el referido resarcimiento²⁶.

El Artículo 803, como otros con iguales propósitos en la Ley, establece un apartado en el que pueden clasificar las más disímiles variantes de medidas cautelares, en tanto reza: Cualquier otra medida orientada a garantizar la eficacia del proceso; lo que constituye un acierto del legislador cubano que permite abrir un espacio a las denominadas medidas cautelares indeterminadas, innominadas o atípicas, para que el juez disponga de asidero para, en presencia de un peligro y ausencia de una medida específica, poder cautelar la situación y garantizar la buena marcha del proceso y el cumplimiento efectivo de su decisión final.

Este apartado posibilita además que medidas apropiadas para situaciones específicas que pueden devenir del Derecho de Familia encuentren amparo legal en la nueva regulación cautelar; aunque tiene el acoto de la necesaria justificación del extremo relativo a la garantía de la eficacia del proceso, quedando a criterio del juzgador si queda fundamentada o no esta necesidad de tutela anticipada.

Pese a constituir un avance significativo la promulgación del Decreto-Ley 241 que presenta el nuevo régimen cautelar, incorporado a la Ley de Procedimiento; ello no está exento de dificultad práctica, pues se limita solo a mencionar las medidas, sin que el legislador brinde los elementos que le permitan al juez diferenciar una de otra, lo que hubiera sido deseado sobre todo porque implican una novedad total, en una realidad procesal –carente por años- de este régimen²⁷.

Otra dificultad es la referida al aumento del elenco de las medidas tasadas, de las nuevas medidas que se incorporan a la vida jurídica y la ampliación de las facultades

²⁶ Otras legislaciones como la de Argentina prevén que el incumplimiento de la medida trae aparejado un proceso penal y la Francesa, a tenor de la cual, cada día de desobediencia se traduce en dinero a pagar.

²⁷ Mendoza Díaz, Juan: "Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano". *Boletín Nro 29 Ediciones ONBC*, .La Habana, Octubre-Diciembre 2007 No. 29, pp.1-14.

otorgadas al Tribunal para disponer otras providencias que se consideren idóneas con el propósito cautelar, como la de fijar la extensión y tipo, precisan una modificación a la actual Ley de Procedimiento y permiten una eficaz administración de justicia, en función del merecido respeto a los derechos de nuestro pueblo²⁸. No obstante serían estos otros temas a abordar en nuevas investigaciones.

Resulta necesario comentar además que este régimen cautelar que introdujo el Decreto-Ley 241 de 2006 al derecho positivo cubano, resulta aplicable con carácter supletorio a los procesos civiles, con independencia de que se haya concebido y se ubique estructuralmente dentro del procedimiento económico, lo que encuentra amparo en la Instrucción 191 de 14 de abril de 2009, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular; lo que abre el camino para su implementación de procesos de diversa naturaleza, contextualizando su implementación; y aunque estas disposiciones no tienen rango de ley, sí evidencian la voluntad del Órgano Supremo de justicia de llenar el vacío legislativo que se manifiesta en torno a la regulación del régimen cautelar en el proceso civil cubano.

I.4 De los actos preparatorios, diligencias previas y la facultad del Artículo 40 de la LPCALE.

Con independencia de lo que establece la Ley 7 y las modificaciones del Decreto-Ley 241, que introduce un catálogo expreso de medidas cautelares, resulta significativo comentar que la propia Ley regula procedimientos de naturaleza similar como lo son los actos preparatorios y las diligencias previas, los que se comentarán por su naturaleza preventiva, sus puntos de contacto con las medidas cautelares expresamente previstas en la norma y designadas como tal, lo que justifica su importancia para este estudio.

²⁸. GARCÍA RIVERO, ALBA ROSA: "Régimen cautelar como medidas consustanciales al desempeño jurisdiccional de familia y su instrumentación en la normativa legal cubana". Boletín Nro.36 Ediciones ONBC, La Habana, Octubre-Diciembre 2009 Nro. 29 pp.12-23.

Para el proceso de conocimiento²⁹ están previstos los actos preparatorios, que también tienen una naturaleza jurídica cautelar al igual que las medidas anteriormente comentadas, en tanto permiten asegurar un medio probatorio. La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico en su segundo libro, Título I regula a partir del Artículo 216, todo lo concerniente a los actos preparatorios, mencionando cada uno de ellos y previendo cómo se lleva a cabo el proceso para su ejecución.

Estos actos preparatorios no son más que “diligencias de pruebas que se llevan a cabo con anterioridad a la iniciación del proceso de conocimiento y sirven para prepararlo”³⁰. Su finalidad puede ser de dos formas: subjetiva, cuando se trata de determinar previamente la legitimación pasiva, o sea, la personalidad de aquel a quien se pretende demandar, o de producir la declaración de testigos de edad muy avanzada, gravemente enfermos o próximos a ausentarse del país, que pueda influir de forma importante en la decisión del proceso; o bien objetiva, cuando se trata de la exhibición de la cosa mueble objeto de la demanda que se proponga establecer contra el que la tenga en su poder, o el reconocimiento judicial o dictamen pericial de las cosas que han de ser objeto del proceso y puedan desaparecer o se encuentren en estado de grave deterioro.

En este artículo se determina como momento para solicitar dichos actos, cualquiera que sea previo al comienzo del proceso; lo que marca una distinción con las medidas cautelares que consagra la propia norma, cuya solicitud podrá presentarse tanto *a priori* como *a posteriori* y señala así mismo de forma sucesiva cada uno de los actos que se pueden realizar, los cuales son: que la persona a la que se demanda confiese sobre aspectos relacionados con su personalidad que se consideren necesarios para el proceso; mostrar el bien mueble que sea objeto de la demanda que se quiere

²⁹ El nombre de proceso de conocimiento viene dado por la característica de esta clase de proceso de que en ellos existe el conocimiento del órgano jurisdiccional respecto al fondo del asunto. Conviene también aclarar que el nombre de proceso de conocimiento no designa a una individualidad procesal en particular, sino a un género que contiene distintas especies o individualidades.

³⁰ Vid. Rafael Grillo Longoria; Derecho Procesal Civil II: Proceso de Conocimiento y Proceso de Ejecución. Editorial Félix Varela; La Habana, 2004. op. cit. P.6.

promover contra el que la tenga en su poder; realizar un dictamen pericial o reconocimiento judicial de los bienes que sean objeto del proceso y que se encuentren en estado de deterioro o en peligro de desaparecer; tomar declaración de testigos que estén gravemente enfermos, que sean de edad muy avanzada o que estén próximos a ausentarse del país y que su declaración sea de gran importancia para el proceso; o cualquier otra diligencia de prueba que de no practicarse pudiera crear un perjuicio al que la interese.

El tema de los actos preparatorios se enlaza en alguna medida con la regulación del aseguramiento de medios probatorios que consagra el Decreto-Ley 241, en tanto, como antes se ha expuesto, también con la toma de declaración de testigos que se encuentren en las condiciones ya descritas, o con la confesión del futuro demandado, o con la práctica de reconocimientos judiciales o pruebas periciales; se está asegurando un medio probatorio, con igual sentido y alcance de la norma que si fuere la del apartado e) del Artículo 803 de la Ley de Procedimiento; con la necesaria distinción del momento en que puede presentarse la solicitud de carácter preventivo, respecto a uno y otro supuesto, y con la tipología de procesos que admiten cada fundamentación legal.

De tal suerte, los actos preparatorios son exclusivos del proceso de conocimiento, solo se justifican previos a la presentación de una demanda susceptible de tramitar mediante proceso ordinario; por lo que se limita su ámbito de aplicación.

Otra relación que se aprecia entre los actos preparatorios y la nueva regulación cautelar viene dada por lo establecido en el Artículo 217, en el que se dispone la obligación del actuante de reseñar la cosa mueble exhibida y prevenirle al obligado de su deber de conservación respecto a aquella, haciéndose la salvedad de que podrá ser dispuesto su depósito o secuestro como medida cautelar; lo que indudablemente constituye una antinomia en nuestra norma, en tanto al promulgarse la Ley No. 7 no se reconocían el depósito y el secuestro como medidas cautelares.

De forma análoga a lo explicado anteriormente, también con el objetivo que persigue el Artículo 216 de la Ley de Trámites y muy especialmente el contenido de los apartados segundo y tercero; reconoce el propio cuerpo legal un proceso semejante dirigido a garantizar el aseguramiento de los bienes cuya tramitación será litigada en proceso sucesorio; regulación que está contenida en los Artículos del 527 al 534 de la Ley Procesal.

Las diligencias previas podrán iniciarse de oficio o a instancia de parte legítima, es decir, de los parientes llamados a suceder o de la persona unida al fallecido por relación de carácter matrimonial, aunque esta no haya sido formalizada. Ambas situaciones presuponen el fallecimiento conocido de una persona que ha dejado bienes, documentos, libros o efectos susceptibles de sustracción u ocultación; es decir, la actividad procesal debe tener una motivación racional.

La procedencia de oficio de las diligencias tiene, como requisito *sine qua non*, que el valor de los bienes lo amerite, extremo que quedará a la determinación libre del órgano jurisdiccional; siendo también indispensable que la persona fallecida no hubiere tenido conviviente en su domicilio al tiempo de su deceso. Estas diligencias preventivas o precautorias tienen, indudablemente, un carácter urgente y comienzan por la designación de un gestor depositario, quien tendrá funciones de mando general en lo referente a la administración, así como en depósito de todo lo pertinente.

De lo expuesto deriva que las diligencias previas son exclusivas del proceso sucesorio, para este están previstas y sólo como su antesala y con los presupuestos que la ley prevé, podrán ser sustanciadas; lo que si bien no le resta su analogía con lo cautelar, sí las distingue de las medidas previstas en el 803 de la Ley de trámites, por circunscribirse a un tipo especial de proceso y poder establecerse sólo previo a este. No obstante, nótese la similitud de la designación de gestor depositario que puede devenir de dicha diligencia, con el fundamento del depósito o secuestro de los bienes en litigio.

Otra regulación de particular interés para este estudio, es la contenida en el Artículo 40 de la LPCALE, el que forma parte de los preceptos que reconoce la ley como facultad de los tribunales en el ejercicio de sus funciones. En presencia de la situación a que se contrae dicho artículo el tribunal adoptará las medidas necesarias para restablecer la equidad procesal, por lo que la situación de desequilibrio o desventaja que se aprecie pueda sufrir una de las partes, de modo que amerite el ejercicio de tal facultad por parte del órgano judicial, puede incluir las medidas de tipo cautelar.

Este precepto no se restringe a un procedimiento en particular y posibilita que se aplique tanto de oficio como a instancia de parte interesada, quedando establecido expresamente mediante la Instrucción 187³¹ de 20 de Diciembre de 2007 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo de la República de Cuba, que en busca del restablecimiento del principio de equidad procesal el Tribunal podrá adoptar medidas cautivas al amparo del Artículo 40; lo que responde a la tendencia actual de reforma en el derecho patrio en sede familiar, en la que se han enfrascado la judicatura y un sector de la doctrina en Cuba, y que ha suscitado diversas inquietudes, devenidas propuestas para instaurar una jurisdicción especial de familia, en pos de solucionar con eficacia, agilidad y racionalidad los conflictos surgidos en torno a la institución familiar.

“(...) Las instrucciones son instrumentos normativos que el Consejo de Gobierno adopta ex officio, con el propósito de armonizar las prácticas jurisdiccionales, generalmente a propuesta de las Salas o de alguna instancia administrativa del propio Tribunal Supremo haciendo uso de la facultad interpretativa de la ley, con el objetivo de crear una práctica judicial uniforme, el Tribunal Supremo, a través de su Consejo de Gobierno, ha realizado una labor normativa encaminada a llenar vacíos

³¹ Con la entrada en vigor de la Instrucción 187 se introducen otras modificaciones relacionadas con el Derecho de Familia, entre las que se encuentran las referidas a escuchar a menores involucrados en los conflictos; llamar a terceros con interés legítimo al proceso; exigir la adopción cautelar de embargo provisional siempre que resulte prudente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones declaradas en materia de alimentos.

existentes en el ordenamiento jurídico, tanto en el orden sustantivo como procesal...”³²

La aplicación del Artículo 40 en relación con la Instrucción 187 del CGTSP para procesos en el ámbito familiar, sobre todo de contenido patrimonial, podría constituir un asidero de inapreciable valor para la resolución de conflictos de esta naturaleza.

³² Vid. MENDOZA DÍAZ, Juan *et al* *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Félix Valera. La Habana, 2001.p.17.

Conclusiones del capítulo I:

Primera: La concepción de un régimen cautelar implica la existencia de un mecanismo netamente procesal, que garantiza la efectividad de la sentencia, otorgando una precaución de manera pronta dirigida o relacionada con el fondo del asunto, para preservar el *status quo*, o adelantar lo que se pretende con el fallo, pero siempre en función de evitar un daño inminente para el peticionario o lograr la ejecutabilidad de la sentencia; caracterizándose por la facilitación de su identificación en los ordenamientos procesales, así como por el auxilio al juez en el proceso de su adopción.

Segunda: En la Ley de Procedimiento Civil se regula el embargo como medida cautelar por excelencia, el que se encamina a obtener una sentencia firme susceptible de ejecución, en el que el demandante persigue obtener un fallo que declare con lugar su pretensión y también definitivamente lograr la realización de su petición mediante la ejecución forzosa, cuando no cumpla este con aquello a lo que se le condena; estableciendo el Decreto-Ley 241 un catálogo expreso de medidas cautelares para el procedimiento económico.

Tercera: Los actos preparatorios al proceso de conocimiento y las diligencias previas al proceso sucesorio, tienen naturaleza cautelar porque son diligencias de pruebas que se llevan a cabo con anterioridad a la iniciación del proceso y sirven para prepararlo; permitiendo el aseguramiento de los bienes en los procesos para los que están concebidos; así como el Artículo 40 de la LPCALE que posibilita instrumentar medidas cautelares en caso de situación de desequilibrio procesal.

Capítulo II: “Régimen cautelar aplicable en proceso de liquidación de comunidad matrimonial de bienes”.

II.1 Disolución y liquidación del régimen económico del matrimonio.

En sus inicios el Derecho Romano no reguló los efectos patrimoniales del matrimonio, lo que desarrolló a partir del establecimiento de la República, primero en relación a la adquisición por la mujer del derecho a la condición social del marido y la relación de iguales de los hijos nacidos de justas nupcias, lo que les otorgaba el derecho a la herencia paterna. Aún cuando en Roma existía determinada economía familiar, primaba ausencia de regulación legal en cuanto a los bienes de que disponía la familia primitiva.

Afirma Fernández Bulté que “... Roma llegó a reconocer tres sistemas económicos en el matrimonio, clasificados como: la unidad del patrimonio bajo la autoridad y administración del marido cuando el matrimonio se establecía, *cum manu*, la separación absoluta de bienes, cuando el matrimonio era *sine manu* y el régimen dotal”,³³ que era el único que se pactaba en esa sociedad (*instrumentum dotale*).

Con relación al surgimiento del carácter económico de la familia, la doctora Mesa Castillo expresa que, “...la primera manifestación de este disciplinamiento (que subsiste todavía en algunas regiones del planeta) fue la compra de la mujer. En el Derecho Romano el régimen económico no era convencional sino legal, asociado al matrimonio *cum manu*, y más tarde relacionado con la institución de la dote; la misma se perfecciona técnicamente por la naturaleza del matrimonio *cum manu* (y su pleno desarrollo se extiende al matrimonio *sine manu*) y constituye el símbolo del

³³ Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, J., Delio Carrera Cuevas, Rosa María Yáñez, *Manual de Derecho Romano* Ed. Félix Varela pp. 76-78. La *Manus*, era la potestad del marido sobre la mujer, en los primeros momentos de la vida romana, durante la monarquía y principio de la república, los matrimonios se hacían casi siempre constituyéndose la *manus* sin embargo el desarrollo económico fue independizando las economías (...) de suerte fueron proliferando los matrimonios sin constitución de la *manus* hasta que en tiempo Justiniano desaparecieron por completo. -La dote es el caudal o conjunto de bienes que el marido recibe de la mujer o de otra persona en su nombre para ayudarlo a soportar las cargas económicas del matrimonio sin duda atenuaba los efectos de la separación de bienes y en un principio sirvió para que la mujer recibiera su parte de los bienes hereditarios que perdía al casarse *cum manu*.

régimen económico del matrimonio romano, que surgió como una reacción al sistema de la absorción por el marido, en plena propiedad, de todos los bienes de la mujer.³⁴

En Cuba, el régimen económico matrimonial fue implantado en el año 1889, con la promulgación del Código Civil Español, de 11 de Mayo de 1888³⁵, cuerpo legal cuyo objetivo fundamental era la protección y defensa de los intereses de la propiedad privada, en el que se regulan los derechos y obligaciones de los cónyuges, la capacidad de los contrayentes, la nulidad del matrimonio y el divorcio como forma de disolución del vínculo matrimonial, así como los efectos de nulidad.

En virtud de esta norma legal, se estableció como régimen económico del matrimonio el convencional que otorga a los contrayentes la posibilidad de estipular las condiciones de la sociedad conyugal sobre los bienes presentes y futuros. La autonomía de la voluntad se manifestaba a través de los pactos nupciales o capitulaciones matrimoniales, ya sea con absoluta separación de bienes, un régimen dotal o un régimen de comunidad, que imperaban para fijar la estructura económica de la relación matrimonial futura.³⁶

El divorcio con disolución del vínculo producía el efecto de separación de bienes de los cónyuges, previa liquidación de la sociedad de gananciales, que se realiza

³⁴ Vid. MESA CASTILLO O. *Manual de Derecho de Familia.*, Ed. Félix Varela, Tomo II. p.9.

³⁵ Esta normativa se hizo extensiva a Cuba, por Real Decreto de 31 de Julio del año 1889, entró en vigor el 5 de Noviembre del propio año. Como paso de avance, dejó sentado el régimen económico del matrimonio convencional, a partir de lo estipulado en las capitulaciones matrimoniales o contrato de bienes en ocasión del matrimonio, insertado dentro de la materia de contratos.

³⁶ Vid. Código Civil Español de 1889. *Leyes Civiles de la República de Cuba.* Editorial Lex, La Habana, Cuba. Art. 1315 Título III del contrato sobre bienes en ocasión del matrimonio, " Las capitulaciones matrimoniales ", dispone en el segundo párrafo que a falta de contrato prenupcial sobre bienes, se entenderá el matrimonio bajo el régimen de sociedad legal de gananciales, en el Art. 1320 dispone que después de celebrado el matrimonio, no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes y futuros. Doctrinalmente la clasificación de los regímenes económicos matrimoniales que se han establecido atendiendo a su origen son las de carácter convencional, cuando los contrayentes determinan su constitución, mediante la celebración de pactos nupciales o capitulaciones matrimoniales, de carácter legal cuando la ley determina el régimen que se aplicara, para regir la vida económica del matrimonio, así por sus efectos puede ser régimen de comunidad universal, parcial o limitada y de separación.

conforme a las capitulaciones matrimoniales si las hubiere o conforme a lo establecido en el Código Civil para la liquidación de gananciales.³⁷

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1940, se otorga con este rango, tutela jurídica a la familia, la maternidad y a la institución del matrimonio, aún cuando de igual forma no fueron protegidas las uniones no formalizadas, y solo por razón de equidad, dicho cuerpo legal, las equiparaba al matrimonio civil, cuando se trataba de uniones estables y singulares entre personas que ostentaran la capacidad legal necesaria. Cabe resaltar que como paso de avance fundamental del referido texto legal, se destaca el establecimiento del principio de igualdad absoluta entre los cónyuges³⁸, no obstante su función tuitiva nunca llegó a materializarse en el campo del Derecho de Familia.

En Cuba la segregación del Derecho de Familia como rama autónoma tuvo lugar con la creación de un cuerpo legislativo con carácter especial, diferenciado del Derecho Civil, lo cual se hizo realidad con la promulgación de la Ley número 1289 de 14 de febrero de 1975, en la que se proyecta un modelo familiar a la luz de importantes cambios en el plano socio-económico, codificando las instituciones del matrimonio y el divorcio, con el reconocimiento y protección de las uniones de hecho a través de la figura del matrimonio formalizado con carácter retroactivo y el reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado, con lo que se logra dejar sentado una renovación total del sistema patrimonial del matrimonio, se suprime el régimen convencional e implanta el régimen legal de comunidad matrimonial de bienes, que elimina las diferencias sustanciales de los sistemas anteriores.

³⁷ Vid. Art. 14 inciso a. Sección II de los bienes del matrimonio Capítulo III de los efectos del Divorcio, Decreto Ley 206 de fecha 10 de Mayo 1934, ley de Divorcio.- Del Código Civil Título III, de la comunidad de bienes Art. 392, así como Arts.1392-1394 Capítulo V de la sociedad de Gananciales Sección Primera, sobre requisitos de la sociedad de gananciales, comienzo y formalidades para efectuar la renuncia.

³⁸ Vid. Constitución de 1940 de fecha 1ro de Julio, en el título V de la Familia y la Cultura, Sección primera refrenda la protección del estado a la familia y a la maternidad y el matrimonio, en el Art.43 consagra el principio de igualdad entre los cónyuges. Complementaria a esa Constitución en fecha 29 de diciembre de 1950, se dicta la Ley número 9 "Ley de equiparación civil de la mujer" e implanta el sistema de codirección matrimonial, extiende por analogía el régimen económico al matrimonio no formalizado.

Diez – Picazo reconoce el régimen económico del matrimonio como “... el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas es proporcional a las respectivas cuotas, que mientras no se pruebe lo contrario se presumen iguales...”³⁹.

El esquema de la regulación legal de la comunidad matrimonial de bienes a partir de la referida legislación especial de familia tienen el carácter único, *ope legis* definido por Mesa Castillo como régimen económico del matrimonio “...el sistema económico matrimonial que implica una comunidad de adquisiciones onerosas que determina que a su disolución se hagan comunes y divisibles por su mitad las ganancias y los beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio”,⁴⁰ de igual forma puntualiza que, “... la naturaleza jurídica de la comunidad matrimonial de bienes es la de una comunidad sin cuotas o en mano común, comunidad que constituye un patrimonio separado del de los propios cónyuges pero sin personalidad jurídica propia y que no puede existir si no es entre marido y mujer”.⁴¹

El referido régimen económico matrimonial acogido por la legislación cubana, de comunidad parcial o limitada, basado en la coexistencia de bienes comunes y bienes propios, acertadamente ha sido considerado por la doctrina patria como el régimen ideal y más perfecto para normar la economía del matrimonio, al respecto refiere la doctora Mesa Castillo “Nuestro régimen es el de comunidad matrimonial de bienes, considerado el más, “acabado y perfecto”, el que en verdad satisface las exigencias del Derecho Matrimonial, ... es el que más se ajusta a la especial naturaleza del mismo..., comienza desde que el matrimonio se formaliza o desde la fecha de

³⁹ Vid. DIEZ –PICAZO, L.y A. Gullón, “ *Sistema de Derecho Civil*, T.I, 8va ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1995, p.462.

⁴⁰ Vid. MESA CASTILLO, O., *Op cit*, p. 32.

⁴¹ Ibidem. pp. 33, 35. Define la autora la naturaleza jurídica de la comunidad matrimonial, afirma que se erige como una comunidad germánica, contrapuesto al sistema matrimonial de influencia romana que reconocía como base preponderante al sistema dotal, así los artículos 29, 35, 36 del Código de Familia amparan que el régimen económico que se regula a tenor de dicha normativa es el de comunidad matrimonial de bienes, confiere el derecho a cualesquiera de los cónyuges en los actos de administración de los bienes comunes e impide realizar actos de dominio sobre dichos bienes sin la anuencia del otro cónyuge.

iniciada la unión reconocida legalmente , y cesará cuando se extinga el vínculo matrimonial, en diversas legislaciones rige con carácter supletorio, a falta de capitulaciones matrimoniales o cuando sean ineficaces el régimen será el de sociedad de gananciales “. ⁴²

La regulación del Código de Familia en Cuba, en cuanto al régimen económico del matrimonio sigue la línea de la comunidad germánica o de copropiedad en mano común. Así define Rivero Valdés “... la copropiedad común es aquella que existe sobre una cosa materialmente indivisa pero donde no hay cuotas de participación sino que todos los comuneros han de ejercitar siempre de conjunto las facultades inherentes al dominio”. ⁴³

De esta forma en las compilaciones foráneas se reconocen y regulan tres sistemas de regímenes matrimoniales, convencional, el de comunidad, denominada en Cuba comunidad de bienes, parcial o limitada que ha sido igualado al denominado de sociedad de gananciales, también en otros ordenamientos jurídicos se regulan el de participación en las ganancias y el de separación de bienes. ⁴⁴

⁴² En diversas legislaciones foráneas tales como: Código Civil Español , en el derecho foral y en comunidades autónomas españolas, México, Nicaragua, Honduras, Chile , El Salvador en sus textos, tomando como base el principio de autonomía de la voluntad, establecen la posibilidad de que los contrayentes puedan optar por capitulaciones matrimoniales, a falta de estas, por imperio *lege* se aplica como régimen supletorio el de primer grado o régimen de gananciales.

⁴³ Vid. RIVERO VALDÉS, Orlando.” Temas de Derechos Reales ” Ed. Félix Varela, La Habana 2003 p.65, refiere el autor que...” el C. C. 1987 (a.169) considera que esta variante de la copropiedad surge de la comunidad matrimonial de bienes, regulada en el CF 1975, lo cual no excluye la posibilidad de otras comunidades de bienes reguladas en otras normas legales o, incluso, surgidas de la autonomía de la voluntad, si bien muchos expertos consideran que este enunciado es exclusivo y excluyente ”.

⁴⁴ Vid. TORRALBA, Vicente....”*Derecho Civil para Ciencias Económicas y Empresariales*”, Vol.1, Ed. Limpergraf, S.A. P.P.U, Barcelona, Año 1989, pp.205- 223, define que.... ” Una primera aproximación al concepto de sociedad de gananciales la proporciona el artículo 1314 del C.C el cual dice que -- mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos, por mitad al disolver aquella (...) los bienes gananciales constituyen una comunidad en mano común de los esposos, lo cual quiere decir que le pertenecen colectivamente, (...) el régimen de separación de bienes regulado en el artículo 1435 y siguientes del Código Civil se caracteriza porque cada uno de los cónyuges tienen el dominio, la administración, goce y libre disposición de los bienes que les pertenecen que son todos los que tenían en el momento de iniciarse el régimen y los que adquiriera después de cualquier título. El régimen de participación está comprendido entre los arts.1411 y 1434 que establece que en el régimen de participación, cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente, tal participación requiere que quede fijado el patrimonio inicial de cada cónyuge.

Vistas las disposiciones normativas en el orden sustantivo y procesal, el cese de la comunidad matrimonial de bienes se decreta a partir de la extinción del matrimonio, el que una vez disuelto, la comunidad matrimonial de bienes queda formando parte de un patrimonio colectivo, susceptible de liquidar, ya sea de forma voluntaria o extra judicial cuando existe acuerdo entre los excónyuges, a través de documento público notarial, documento privado, o con el empleo de otros medios de prueba que acrediten el acto voluntario, siempre utilizando la escritura como requisito de solemnidad o con el empleo de la vía judicial ante los Tribunales civiles ordinarios.

La realidad es que en la práctica socio-jurídica, ya sea por la carencia explícita de normas sustantivas que regulen esta situación, o por la ausencia de medidas cautelares sobre los bienes que serán objeto de una posible litis, suele suceder que antes de comenzar las operaciones de liquidación, muchos de los bienes que conformaban la comunidad matrimonial ya han sido enajenados, destruidos o escondidos por uno de los cónyuges [...]. Esto sucede sobre todo en los casos en que no coinciden en el tiempo la extinción de hecho y de derecho del matrimonio y uno de los cónyuges se marcha de lo que hasta entonces fuese hogar común.⁴⁵ Sin duda que esta situación urge de una respuesta firme en el orden material y procesal.

Cabe señalar que las causas de disolución y la nulidad del matrimonio son causas de disolución legal de la comunidad matrimonial de bienes, que la hacen concluir de pleno derecho. Disuelta la comunidad queda el caudal común en situación de espera por liquidación, que puede, no producirse nunca, ya sea por la pobreza de los bienes comunes, por el acuerdo privado de los ex cónyuges o por otras causas sobrevenidas. Se supone también que este es el momento de renunciar a los derechos en la comunidad matrimonial.

⁴⁵ Jorge de la Fuente López: "Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica", en Revista Cubana de Derecho, Año XVIII, No. 38, julio-septiembre, 1989, p.91.

Las pautas de realización de la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes se regulan por el Código de Familia, y los principios del Derecho Sucesorio por el Código Civil. La liquidación supone una serie de operaciones regidas por normas especiales que van encaminadas a determinar cuáles son finalmente los bienes que han de ser atribuidos por mitad entre los cónyuges.

II.2 Análisis histórico legislativo de las medidas cautelares en el Derecho de Familia.

Históricamente Cuba, aún siendo colonia española se distinguió por resaltar el Derecho de Familia, el que representa la parte más sentimental del Derecho, en el que se confunden sus aguas con las ternuras de los sentimientos y con los principios de la moral⁴⁶.

La importancia que nuestra sociedad le concede a la familia, que cumple con significativas funciones en la formación de las nuevas generaciones, como centro de las relaciones de la vida en común de los padres con sus hijos y con todos sus parientes, que satisface hondos intereses humanos, afectivos y sociales de la persona, hecho que marcó la incorporación de nuestro país al grupo de naciones de avanzada que así lo habían hecho anteriormente, con la peculiaridad de que el sistema político de profundo corte y raíz popular establecido a partir del triunfo de la Revolución en el año 1959, venía ya creando bases muy sólidas para el ordenamiento de la relación familiar, sin las cuales un Código de Familia hubiese sido -como sucede lamentablemente en otros países- un instrumento legal decorativo.

Nuestro Código al independizarse del Derecho Civil, se sumó a otros del continente que ya habían seguido ese camino, siendo México el primero de la Historia en considerar esa independencia. Con ello se sumó Cuba al Derecho Familiar, valorándola como una disciplina autónoma del Derecho Civil y acusando su naturaleza jurídica de Derecho Social por excelencia.

⁴⁶ Ponencia del Dr. José Guerra López, profesor de Derecho de la Universidad de La Habana.

Al Derecho de Familia se le reconoce ya una autonomía indiscutible, didáctica, científica, jurisdiccional y legislativa, Cuba está todavía en deuda con ese total desarrollo, pues aún no tiene un procedimiento y una jurisdicción familiar independiente.⁴⁷

El Código Civil Español que rigió en Cuba hasta la década de los ochenta contemplaba, como una de las modalidades del contrato de depósito, la que tenía lugar en ocasión de un litigio con relación a los bienes objeto de éste. Tal variante se designaba, precisamente, como depósito judicial o secuestro. La Ley de Enjuiciamiento Civil, por su parte, en su artículo 498, se encargaba de “poner en movimiento” la figura, sustantivamente definida en aquel Código, al establecer como posibilidad derivada de la práctica del acto preparatorio de exhibición, la del actor para solicitar el depósito o secuestro de los bienes objeto de tal diligencia. Había cierta armonía o complementación, si se quiere, entre un ordenamiento y otro.

Al promulgarse en el año 1987 el nuevo Código Civil, el contrato de depósito se mantuvo en su formulación general, pero se suprimió la figura del depósito judicial y, con ella, todo vestigio de instrumentación sustantiva de esta medida cautelar. La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, mientras tanto, concebida con entera referencia a aquel código antiguo, menciona - y nótese que no digo regula- casi como de pasada el depósito judicial, generando la falsa impresión de que éste se articula y define en otro sitio; hecho lógico, reiteramos, dado que cuando se promulga esta Ley procesal, el secuestro de bienes estaba regulado en el cuerpo sustantivo que regía en ese momento.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española, en lo sucesivo L. E. C de 1881 que se hizo extensiva a Cuba en el año 1886, se reseñan en *numerus clausus* las medidas

⁴⁷ Discurso inaugural de la Doctora en Ciencias Jurídicas, Olga Mesa Castillo del VII Congreso Internacional de Derecho de Familia

cautelares⁴⁸; derogada esta a su vez por la L.E.C española del año 2000 que establece “....medidas cautelares más asequibles y eficaces, ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverlas con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos....”⁴⁹ logró sistematizar, con procedimiento propio y amplio, el catálogo de medidas hasta el número de 11, e incorporó la protección a la intimidad personal y familiar, a la imagen, propiedad industrial e intelectual⁵⁰; mientras que, en el panorama cubano, influenciado por la herencia procesal española, tanto la Ley 1261 de 4 de enero de 1974, que derogó la L. E. C así como la Ley Nro. 7 de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 19 de agosto de 1977, estaban permeadas de las carencias que en el orden técnico se le atribuían a la derogada L. E. C de 1881.

No obstante, la Ley Nro. 7 de 1977 introduce algunas exiguas modificaciones en punto al régimen innominado estipulado al amparo del Artículo 40, que dotó al juez de un soporte legal para que, aún cuando no se hubiese interesado medida cautelar alguna, ante posible peligro de pérdida de futuros derechos se amparara en él, para garantizar la integridad en la marcha del proceso. Sin embargo, a pesar de los intentos del legislador, en la práctica judicial se hizo poco uso de este precepto; el que en la actualidad parece retomarse con mayor asiduidad.

II.3 Medidas cautelares en Derecho Patrimonial de Familia. Análisis de Derecho Comparado.

Es preciso establecer antes de iniciar el estudio comparativo del tratamiento de las medidas cautelares en otros códigos latinoamericanos, que se hace referencia

⁴⁸ La referida legislación recoge 10 medidas cautelares específicas carentes de técnica jurídica, lo que fue superado por la actual Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000, dirigida en su totalidad a lograr un acercamiento de la justicia al justiciable como interés máximo.

⁴⁹ Vid. Preámbulo de proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000. Consultado en el archivo personal de José Félix León Rivas, Presidente de la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial Popular de Pinar del Río.

⁵⁰ Vid. Art. 731 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000. Consultado en el archivo personal de José Félix León Rivas, Presidente de la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial Popular de Pinar del Río.

solamente al aspecto patrimonial de las relaciones de familia, no así a las devenidas de relaciones jurídicas personales, en tanto a los fines del presente estudio interesa comentar las que puedan estar vinculadas al aseguramiento de los bienes en procesos de liquidación de comunidad matrimonial, por lo que no se abordarán otros temas que también pertenecen al ámbito de los procesos de familia.

México:

En el Código Civil Federal de México, vigente a partir del primero de julio del año 2000, atendiendo al principio de la especialidad, en el nuevo Artículo 282, destaca que al admitirse la demanda de Divorcio y mientras dure el Juicio, el Juez está obligado a dictaminar medidas provisionales y así entre otras cuestiones, se ordena que los cónyuges deben ser separados.

La Ley faculta al Juez para que los cónyuges no se perjudiquen respectivamente en sus bienes, ni en los de la sociedad conyugal, si ese fuera el supuesto, igualmente si hay bienes que pertenezcan a ambos, se ordenará una anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad, así como los que existan en los lugares en que se sepa que tienen esos bienes; es decir, si tuvieran una casa en el Distrito Federal y otra en Acapulco, también tendría que hacerse esa anotación en el Registro de aquella localidad. Si ella estuviera embarazada y se va a dar esta separación, el Juez está facultado para dictar medidas precautorias que beneficien a todos, incluidos el cónyuge y los hijos.

En lo general el Capítulo único del Título IV, Libro II del Código Federal de Procedimientos Civiles de México, en los Artículos del 379 al 399 preceptúa las medidas preparatorias, de aseguramiento y precautorias que pueden adoptarse en procesos civiles y de familia.

Específicamente el Artículo 389 dispone que antes de iniciarse el Juicio, pueden decretarse las siguientes medidas precautorias:

El embargo de bienes suficientes para garantizar el resultado del Juicio, y el depósito o aseguramiento de las cosas, libros, documentos o papeles sobre los que verse el pleito.

En nuestro ordenamiento, en relación con los procesos de familia no se regulan medidas asegurativas de bienes para el caso de producirse la liquidación de la comunidad de bienes o en cuestiones de litigio en dicha rama.

Panamá.

La legislación de Familia, en materia de procesos, se rige por una serie de principios procesales que recoge el Código de Familia en el Libro IV “De la Jurisdicción y los Procedimientos”.

En cumplimiento del mandato constitucional de que la justicia debe ser gratuita, expedita e interrumpida (Artículo 198), todos los procesos, incluyendo los de familia debían desarrollarse a través de fórmulas expeditas y sucintas, con la implementación de medidas de cautela que impliquen mayor economía procesal y garantía a los contendientes. No está implementada la mayor concentración posible de los actos, tendiendo de este modo a la demora en la pronta solución de los litigios. De igual forma en la dirección del proceso el Juez a cargo del mismo no tiene opciones de prevención o cautela suficientes para lograr la garantía del interesado.

En los procesos de familia existe un exceso de ritual manifiesto, sin embargo no se encuentra estipulada la posibilidad de accionar previo a la interposición del proceso interesando medidas suficientes que puedan garantizar el acto sentencial. Es evidente pues que en Panamá se hace necesario hacer una restauración de las disposiciones del Código de Familia que en materia procesal presenta una naturaleza inminentemente híbrida, toda vez que se aplican de forma supletoria las disposiciones del Código Judicial con un carácter fundamentalmente dispositivo, que en la mayoría de los conflictos familiares no pueden ser ejecutados por la imposibilidad de adoptar medidas necesarias previas o de cautela.

Al encontrarse la estructura judicial de Panamá en decadencia, el procedimiento familiar también lo está, la mora de los procesos es constante y por consiguiente al no existir una institución de medidas de seguridad y cautela aumenta la crisis en torno a la familia. Es así que en ese país reclaman una alternativa de solución que permita menguar las secuelas de los procesos en las relaciones familiares.

En Panamá dichos procesos, son afectados, por diversas patologías generadas antes del divorcio, durante y posteriores al mismo, lo que está dado en gran medida por no existir una institución de cautela ni juristas con visión de familia, a no existir una jurisdicción de familia de forma especializada, lo que crea dificultades en los juzgados que conocen tanto de procesos civiles como de los mencionados con anterioridad.

En Cuba ocurre semejante a la situación que se presenta en Panamá, pues no contamos actualmente con una regulación legal específica en materia de familia que proteja a los bienes y derechos de los cónyuges en caso de litigio o de disolución de la comunidad matrimonial.

Costa Rica.

En este país existe al igual que en México un avance en materia de procedimiento de familia y medidas cautelares aunque en menor medida lo que hace a dicha legislación susceptible de mejorar o perfeccionar este ordenamiento.

El Código Procesal Civil en su Libro I, Título IV, dispone todo el Capítulo I para la institución de las medidas cautelares. En su articulado correspondiente los Artículos del 241 al 244, recogen la oportunidad de que el procedimiento cautelar pueda ser instaurado antes del curso del proceso principal, del que siempre formará parte.

Faculta además al juez en los procedimientos cautelares específicos, para determinar las medidas precautorias que considere adecuadas cuando una de las

partes le pueda causar al derecho de la otra una lesión grave o de difícil reparación, puede además prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer en otorgamiento de caución.

Atendiendo a esta formulación el Juez de familia tiene facultades amplias para el logro definitivo del proceso, que resulta el interés de la persona cuando decide acudir al órgano judicial para resolver sus conflictos, donde encuentran protección tanto los bienes como los derechos de las partes. Las medidas cautelares aparecen reguladas en el propio Título de los actos preparatorios que se estipulan en su Capítulo II como lo que son; pruebas anticipadas.

Cabe señalar que existe gran diferencia entre lo regulado en este país en cuanto a las facultades conferidas al tribunal y lo preceptuado para procesos de familia, en relación con lo que ocurre en Cuba, pues no existen preceptos legales que protejan a los cónyuges y además el tribunal no está autorizado a imponer medidas precautorias por Dictamen del Tribunal Supremo Popular.

Bolivia

Los Artículos 366 a 480 del Código de Familia (de 1972 vigente desde 1973), regulan la jurisdicción y los procedimientos familiares. El Artículo 366 señala que la jurisdicción familiar se ejerce por los Jueces de Instrucción Familiar. Son los jueces inferiores al Juez del Partido de los asuntos voluntarios y lo relativo a inscripción en Registro Civil mientras no suscite contención, igual de conocer y decidir procesos sumarios de asistencia social y de oposición al matrimonio.

El Código de Familia en los Artículos 383 y siguientes regula los procedimientos familiares: procesos de divorcio y separación judicial, medidas provisionales, prueba, sentencia, mutuo acuerdo, reglas especiales para procesos de nulidad y anulación de matrimonio, procesos de patria potestad, declaración de interdicción, petición de asistencia familiar, oposición al matrimonio. Luego se abordan los procedimientos voluntarios: discernimiento de la tutela y de la curatela, de la adopción y arrogación

de hijos, la emancipación, de la separación de bienes y de la liquidación de la comunidad de gananciales.

Los procedimientos y medidas cautelares están previstos en casos muy estrictos que prevén la Ley Civil y el Código de Procedimiento Civil. Las siguientes son las medidas de urgencia:

La primera está relacionada con la separación de cuerpos, pues la demanda de divorcio no puede llevarse ante el juez sino después del fracaso de la tentativa de conciliación. (Artículo 223 Código Civil y Artículos 7 y 10 de la Ley del Divorcio). A continuación se hace referencia a la investigación y aprehensión de personas y cosas, porque los padres pueden actuar en juicio para obtener la ayuda de la fuerza pública con el fin de restituir al niño a la casa familiar. (Artículos 839 y 843 del Código de Procedimiento Civil). Seguidamente se preceptúa lo referido a los alimentos provisionales. (Artículo 224 del Código Civil y Artículos 852 y 854 del Código de Procedimiento Civil). Para evitar las actitudes abusivas y sobre todo la violencia doméstica, se establece la salida temporal del hogar. (Artículo 888, N° VI del Código de Procedimiento Civil).

Se hace necesario destacar que la fuerza ejecutoria de estas decisiones es coactiva, pero tiene una duración temporal. Es preciso explicar que son medidas expresas que no tienen que ver con liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.

En este caso para Bolivia se reduce el ámbito de aplicación de las medidas cautelares para casos extremos que determina la propia ley, pero aún así constituyen un paso de avance respecto a Cuba, pues nuestra legislación solo establece este tipo de medidas para procesos de otra índole, dejando desamparadas las cuestiones de familia.

El Salvador

Uno de los países que se ha inclinado por una ley especial para los procesos familiares, es El Salvador. Incluso podemos afirmar que es el país latinoamericano que enfatiza de mejor manera la percepción de un derecho procesal de familia, pues incluso en los planes de estudio de algunas universidades imparten una asignatura o curso que se denomina así: "Derecho Procesal de Familia"

La Ley Procesal de Familia, vigente desde el 1 de octubre de 1994 tiene 220 artículos distribuidos en ocho títulos. El título tercero se refiere a la actividad procesal, previendo el Artículo 41 la iniciación oficiosa. Los siguientes artículos regulan el trámite hasta la sentencia, incluyendo el tema del allanamiento en los Artículos 47 y 48. Luego el articulado se refiere a temas como la conciliación y el desistimiento. El Artículo 91 señala que el proceso tiene por finalidad la decisión de los conflictos surgidos de las relaciones de familia. Los Artículos 95 a 101 se refieren a los actos previos a la audiencia preliminar.

A modo de conclusión de este tema es importante destacar que las legislaciones procesales de los países latinoamericanos analizados, pese a que pudieran mejorar sus regulaciones en cuanto al tema de las medidas cautelares en procesos de familia y específicamente en la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, sus preceptos protegen los bienes y derechos de los cónyuges ante situaciones como estas; mientras que nuestra Ley Procesal no dedica ninguno de sus apartados a regular dicho proceso.

II.4 Del por qué de la aplicación de medidas cautelares en procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes.

El Derecho de Familia, al proteger no solo derechos patrimoniales o económicos, sino otros de carácter personalísimo, de naturaleza profundamente humanos, merece prioridad en la regulación de un régimen cautelar, que propicie un mejor servicio de justicia, al encontrarnos acciones cotidianas que necesitan de una

resolución de extrema urgencia, que arroje una respuesta rápida y expedita, sin mediar oposiciones normativas o etimológicas.

El tratamiento que ofrece el ordenamiento jurídico cubano, no proporciona suficientes garantías jurídicas al momento de proceder a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, lo que origina, una vez disuelto el ligamen matrimonial o reconocidas judicialmente las uniones matrimoniales, la imposibilidad de que los litigantes puedan acreditar la preexistencia e integridad de todos los bienes comunes, lo que genera vulnerabilidad de los derechos reconocidos en la resolución judicial que recae en el referido proceso, signado por la ausencia de medidas provisionales que aseguren el cumplimiento de la pretensión e integridad de los aludidos derechos con respecto a los bienes hasta la culminación del proceso judicial, constituyendo las medidas cautelares el medio jurídico procesal idóneo para garantizar la consecución del derecho material emanado de un título ejecutivo y declarativo de dominio.

Las instituciones cautelares adquieren particular relevancia cuando se analizan en el contexto del litigio de familia, atendiendo a la gama de conflictos múltiples que se mueven sobre la base de este y a su compleja proyección hacia diversas aristas de la relación humana. Cuando se habla de tutela a la relación familiar, no se concibe cualquier tipo de relación social, sino aquella que es fuente u origen de todas las demás interdependencias del individuo con su entorno. El que se catalogue a la familia como célula fundamental de la sociedad, significa que el ser humano, el modelo de conducta y los patrones de vida en colectividad que se gesten en el medio familiar, reproducido y multiplicado a escala social, conformarán inevitablemente el sistema de relaciones globales de una nación. De ahí que sea tan importante la estructuración de un esquema procesal que permita resolver eficientemente el diferendo familiar y, dentro del mismo, que se habilite un sistema de prevención o cautela adecuado, considerando el peso que ello tendría a la hora de evaluar la calidad del proceso a la luz de un criterio de eficiencia.

El elemento cardinal en este procedimiento de familia, viene dado por el establecimiento de medidas cautelares decretadas en cualquier estado de la sustanciación del proceso, bien de oficio por los Tribunales de Justicia o a instancia de parte, aunque cuando se presentan como acto previo al proceso solo se decretarán a petición de parte, si se tiene en cuenta que la demanda en el procedimiento familiar es el acto procesal de iniciación donde se manifiesta en su máxima expresión el principio dispositivo, lo que obliga a la parte que interesa su decreto a establecer la demanda en el plazo fijado por la Ley, bajo apercibimiento de que cesará de pleno derecho si no establece la promoción en ese plazo.

Dada la necesaria flexibilidad que debe caracterizar el procedimiento familiar, generalmente queda en mano de los Tribunales de Justicia la adopción de las medidas cautelares que estime necesarias para la protección personal de los miembros de la familia o para evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes antes de que se dicte sentencia o para asegurar provisoriamente los efectos de ésta que puede mantenerse hasta el momento de la ejecución de la sentencia dictada, salvo que sea menester, a los fines de garantizar el cumplimiento de la misma, se prorrogue su vigencia.

Luego de realizar un análisis de la doctrina se arriba a la conclusión que teóricamente son estudiadas como las medidas más recurrentes en proceso de familia algunas de las medidas cautelares decretadas por los Tribunales de Justicia en procesos de Divorcio o Nulidad de Matrimonio, las cuales se mencionan a continuación:

La autorización por el Tribunal de la residencia separada de los cónyuges y el uso provisional de la vivienda y de los bienes muebles de utilización familiar.

La disposición provisional de que uno de los cónyuges, o ambos; o un tercero se ocupen del cuidado de los hijos menores habidos del matrimonio, prevaleciendo en este caso el interés supremo del menor.

La determinación de la cuantía que cada cónyuge deba aportar por concepto de alimento para la manutención de los menores hijos mientras se sustancie el divorcio

establecida dicha cuantía previa la presentación de la demanda y cuando procediere, la determinación de la cuota alimentaria para el sostenimiento del otro cónyuge necesitado.

Reseñar a solicitud de parte, la existencia de bienes comunes o propios, anotación que surtirá efecto durante todo el tiempo de duración del proceso o hasta que se practique la liquidación correspondiente a esos bienes, lo que indudablemente evitará la ocultación o desaparición de dichos bienes por el cónyuge que de mala fe se proponga privar al otro de los bienes que pudieran corresponderle luego de disuelto el matrimonio y en trámite de liquidación de la comunidad matrimonial que existió entre ambos.

Respecto a las medidas mencionadas vale esclarecer que la legislación cubana actual no reconoce en su cuerpo legal alguna de ellas, como son la primera de las medidas de forma exacta, en cuanto a la segunda se regula solo para uno de los cónyuges la disposición provisional del cuidado de los menores, la tercera también aparece preceptuada en nuestra legislación, en relación con la última de las medidas no se regula en la legislación y hay que destacar que es la tiene una incidencia directa en el aseguramiento de los bienes para procesos de liquidación de comunidad matrimonial, por lo que merece que se le preste especial atención en nuestra Ley Procesal.

Con relación a esta medida, ha sido objeto de cuestionamiento si debe o no adoptarse, arguyendo los detractores de esta idea que el fin del proceso de divorcio no es ir a liquidar los bienes del matrimonio, sino el de disolver el mismo y que en tal virtud la pretensión deducida en nada tiene carácter patrimonial y por ello no es dable la adopción de esta medida que pretende asegurar la preservación de los bienes adquiridos en el matrimonio.

Esta aseveración no resiste la crítica, pues si se analiza, para poner tan solo un ejemplo, el Divorcio por Justa Causa en Cuba, dentro del propio capítulo y sección que específicamente regula el Divorcio por Justa Causa, preceptúa la posibilidad de

la tramitación en las propias actuaciones del Divorcio, en lo que constituye ni más ni menos un trámite judicial de ejecución de sentencia, las cuestiones relativas a la liquidación de los bienes comunes del matrimonio, por lo que ante la realidad constatada de cónyuges que desde que conocen que van a ser demandados por el otro, desaparecen u ocultan bienes comunes, nada impide la adopción de esta medida cautelar, que no tiene solo un fundamento patrimonial o económico, sino de tutela de derechos y bienes adquiridos en el matrimonio y que constituyen el régimen económico del mismo, que no pueden permitirse sean burlados por la actuación temeraria de uno de los cónyuges, ahora convertido en parte litigante en el Divorcio.

Ahora bien, somos del criterio que en nuestro país, con independencia de la celeridad o no con que pudiera materializarse la implementación del procedimiento familiar, este habría de iniciarse con la audiencia preliminar que sería el momento procesal donde el juez de familia jugaría su preponderante papel conciliatorio y obviamente requiere otros principios, sin embargo la Ley Procesal Civil actual, puede admitir interpretaciones que permitan implementar medidas de cautela aplicables al litigio familiar.

Para lograr lo que se viene mencionando anteriormente, no pueden dejar de mencionarse dos instituciones, a todas luces imprescindibles, que no solo influyen, sino además determinan el logro del buen resultado del proceso, al incidir sobre el objeto material de éste de un modo tal, que en su ausencia se convertiría el litigio civil en algo inútil y su solución en una meta ilusoria. Me refiero a las medidas cautelares y el procedimiento de ejecución.

Las primeras garantizan que el derecho reclamado no sufra detrimentos en el curso del proceso. El segundo posibilita que una vez concluida la contienda, se lleve a efecto o se ejecute válidamente lo dispuesto por el tribunal en su fallo. Las medidas preventivas o cautelares, que constituyen el objeto específico de este trabajo, ofrecen garantías de justicia que pueden colocarse, sin discusión, entre las más importantes del derecho procesal civil. Son, quizá como pocas otras instituciones del

derecho adjetivo, determinantes por sí solas de la feliz culminación del litigio, básicamente porque de nada serviría para el accionante un proceso en el curso del cual se destruyan o desaparezcan los bienes litigados, o se produzcan lesiones irreversibles a la relación cuya tutela pretende, debido a la no aplicación de medidas de garantía, en cuyo caso, si llega a ser favorecido por el fallo, habrá obtenido una sentencia que le servirá únicamente de título “académico”.

Las medidas cautelares son el instrumento de previsión por excelencia del ordenamiento procesal. Se instituyen con el claro y bien definido objetivo de garantizar la futura ejecución del fallo que recaiga en las actuaciones. Su nota distintiva fundamental -aspecto del cual deriva además su complejidad- es que comportan una limitación provisoria de los derechos del demandado. La eficacia de las instituciones de garantía depende, en primer orden, de su correcta estructuración normativa y, en segundo lugar, de su adecuado manejo en la práctica. Cuando se aplica al litigio familiar, el acto cautelar adquiere una connotación singular por el fuerte componente sociológico y espiritual del conflicto que lo genera y por consiguiente, a estos factores determinantes de su eficacia, se agrega además la capacidad de los operadores del sistema para aplicar la caución de manera que aporte soluciones constructivas a las complejas situaciones que se crean en el curso del conflicto y contribuya además a disminuir los efectos negativos que por lo general de este se derivan, lo cual tiene que ver con el nivel de especialización del personal.

II.5 Del procedimiento a seguir para la adopción del régimen cautelar en liquidaciones de comunidad matrimonial de bienes.

Teniendo en cuenta los aspectos hasta aquí abordados, somos de la idea de que la eficiencia que pueda reportar la correcta regulación del acto cautelar al derecho procesal en general, y particularmente a la solución de los litigios de familia relacionados con la liquidación de comunidad matrimonial de bienes podría alcanzarse a partir de los principios de nuestro articulado orgánico.

En líneas generales, el sistema de medidas cautelares será de aplicación al entorno del litigio familiar bajo los presupuestos o principios generales siguientes:

Evidencia suficiente: reconocido por la doctrina como *Fumus boni iuris*,⁵¹ obliga a quien ejercita la acción cautelar a acreditar, de forma sumaria o elemental, que es poseedor de una expectativa de derecho atendible.

Principio del riesgo: implica la existencia de un riesgo de que la futura ejecución resulte imposible, como circunstancia justificante de la adopción de la medida de prevención.

Principio de la doble garantía: significa que el solicitante de la medida cautelar deberá ofrecer a su vez contracautela, siempre que así lo considere el tribunal.

Principio de la proporcionalidad: determina que la magnitud de la medida interesada debe estar en correspondencia con el valor del interés que se pretende tutelar.

El patrimonio conyugal pelagra ante situaciones de conflicto en el juicio de divorcio y por ello se crea la necesidad de poner en práctica medidas preventivas, logrando la eficacia del mismo, además de conservar y proteger la integridad del patrimonio de la sociedad conyugal, en aras de la recuperación de los bienes propios, la percepción de lo que le corresponde por sus créditos y su cuota en los gananciales.

Las medidas cautelares propuestas para estos casos tienen la finalidad de preparar la liquidación de la totalidad de los bienes que integran la sociedad conyugal, siendo prudente entonces aplicarlas antes de iniciar el proceso de divorcio, una vez que se presente la demanda activaría la adopción de estas medidas, encaminadas a impedir que uno de los cónyuges disponga o administre el caudal común en perjuicio de los hechos del otro o con fraude, previniéndose también la posibilidad de la promoción previa a la consignación del juicio, con la única exigencia de la demostración en caso de urgencia.

⁵¹ SAENZ, JUAN ANTONIO. Las Medidas Cautelares. Algunos Aspectos sobre la Anotación Preventiva de la Demanda en la Jurisprudencia y la Práctica. Facultad de Derecho. Universidad de Valencia. 1997.

En los procesos de divorcio las medidas cautelares sobre bienes se mantienen hasta tanto se liquide la disuelta sociedad conyugal y cada miembro obtenga su parte por indiviso, lo cual no impide que se propongan nuevas medidas cautelares, si se demostrara que la disolución de la sociedad no ha comprendido el total de los bienes existentes al momento de su disolución, así por ocultamiento de alguno de ellos.

Valorando estas proyecciones, se considera, que aunque resulta acertado disponer medidas cautelares para asegurar los bienes, el momento de imponerse debería ser antes o al interponerse la demanda de divorcio, como lo recogen otras legislaciones, pues mientras se realicen los trámites del proceso principal, las partes pueden disponer de los bienes comunes sin el consentimiento del otro, incluso la comunidad matrimonial puede ir en detrimento o desaparecer por la mala fe de uno u otro cónyuge. Pero hasta tanto estas aspiraciones no se hagan realidad, urge la necesidad de buscar alternativas al respecto, pues con la propuesta del Proyecto de Modificaciones al Código de Familia se ofrecen soluciones en la materia sustantiva, no corriendo la misma suerte la adjetiva, al ser omisa sobre el tema en cuestión, requiriendo de modificaciones para que estén en correspondencia ambas materias.

Con estas medidas se pretende una tutela anticipada y provisional de los hechos de las personas involucradas en los juicios, reaccionando sobre las relaciones jurídicas que en ellas son deducidas y con la finalidad de componer en forma definitiva mediante la sentencia, la situación de la que ha brotado el litigio.

En este aspecto, la legislación cubana necesita un serio replanteamiento, pues en los procesos de divorcio por justa causa y reconocimiento de unión matrimonial no formalizada no está prevista esta posibilidad, ni tan siquiera como acto preparatorio, quedando privadas las partes de la posibilidad de reseñar la existencia de bienes comunes o propios, hasta que se practique la liquidación correspondiente a esos bienes, lo que indudablemente evitaría la ocultación o desaparición de dichos bienes por el cónyuge que, de mala fe, se proponga privar al otro de los que pudieran

corresponderle luego de disuelto el matrimonio y en trámite de la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes que existió entre ambos.⁵²

Aunque el establecimiento de un procedimiento especial de familia pudiera establecer medidas cautelares específicas para el Derecho de Familia, a los efectos de asegurar la ejecución de la sentencia de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, la norma actual permite buscar alternativas tomando como fundamento legal algunos de los preceptos del Artículo 803 del Decreto- Ley 241, en relación con la Instrucción 187 del Tribunal Supremo Popular, la cual permite aplicar el procedimiento económico al civil y como el de familia es parte del civil y a su vez la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes representa un litigio eminentemente patrimonial, dentro del ámbito de familia.

A continuación se muestra el análisis realizado con cada una de las medidas que pudieran formar parte del Derecho de Familia en cuestiones de liquidación de comunidad matrimonial de bienes, así como los preceptos legales por los cuales se llevarían a cabo dichas medidas.

La primera de las medidas es el inventario de bienes, que consiste en una medida de seguridad procedente, antes y durante el juicio de divorcio, o de reconocimiento, estableciendo la posibilidad de individualizar la existencia de bienes o derechos de que fueran titulares los cónyuges. Resulta una medida precautoria que implica la formación de un inventario de los bienes existentes en el hogar conyugal, en el actuar del demandado o de un tercero, ya que no resulta gravosa y es esencialmente útil para determinar la composición del haber ganancial y evitar la desaparición de bienes muebles de fácil realización.

Como añadidura a la realización del inventario, se otorga un depositario para garantizar la precaución interesada. Esta modalidad en la legislación actual se

⁵² Álvarez Torres, O. M., "Necesidad y posibilidad de una jurisdicción especial de familia en Cuba", III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, Cuba, 2005, p.7.

preceptúa como diligencia de acto preparatorio en los procesos ordinarios, siendo necesario entonces atemperarla a la medida cautelar que entraña y hacerla extensiva a los juicios de divorcio en los casos de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes. El inventario de bienes al no aparecer regulado en los preceptos del Artículo 803 del Decreto-Ley 241 de forma clara se pudiera incluir en el sexto apartado donde se incluye cualquier otra medida dirigida a garantizar la eficacia del proceso; lo cual la propia ley en su Artículo 40 establece al permitir la adopción de medidas encaminadas a la solución de procesos que no tengan previsto este mecanismo asegurativo.

La inhibición general de bienes es otra de las medidas que analiza este estudio y está prevista para los casos en que teniendo lugar el embargo, el mismo no pudiera llevarse a vías de hecho por no conocerse bienes del deudor o no cubrir estos el importe del crédito requerido, entonces puede solicitarse la inhibición, la que se deberá dejar sin efecto siempre que se pretende a embargo bienes suficientes o diere caución bastante.

Consiste en una medida subsidiaria, pues si bien para proceder inicialmente necesita los mismos presupuestos del embargo preventivo, se diferencia de este, puesto que en la inhibición no se inmovilizan ni individualizan bienes en particular y además trae consigo una indisponibilidad absoluta de los bienes afectados, al contrario del embargo que permite la disponibilidad de los bienes que afecta. La inhibición provoca paralelamente la interdicción de gravar o vender los bienes registrables del deudor, actuales y futuros.

Esta medida resulta subsidiaria por cuanto procede cuando el embargo preventivo no sea posible por desconocerse la precisa existencia de los bienes del deudor o ante la insuficiencia de los embargados, de manera que si, con posterioridad a la traba de una inhibición general de bienes, el acreedor obtiene el embargo preventivo sobre un bien determinado del deudor, que garantice suficientemente el crédito, aquella había

de levantarse, pues en principio no cabe la subsistencia de ambas medidas precautorias.⁵³

Ahora bien, cuando la inhibición se funda en la inexistencia de bienes en la cabeza del deudor, basta con la simple manifestación del peticionante en tal sentido⁵⁴; vale decir, no es menester que este acredite la inexistencia de aquellos ni que dé cuenta del resultado infructuoso de un embargo⁵⁵, mientras que si el pedido se sustenta en la insuficiencia del valor de los bienes embargados, corresponderá que el interesado acredite dicha circunstancia, acompañando documentos que justifiquen la valuación fiscal o el valor real de estos.

Esta medida al no aparecer de forma explícita en la legislación actual, pudiera regularse por el Artículo 803, inciso g) del Decreto-Ley 241, donde se incluye cualquier medida dirigida a garantizar la eficacia del proceso. La inhibición de bienes resulta necesaria y aplicable a los juicios de divorcio porque apunta a preparar la liquidación de la totalidad de los bienes que integran la sociedad conyugal.

El embargo, depósito o secuestro es otra de las medidas y se encuentra estipulada en nuestra legislación en la modificación que introduce el Decreto-Ley 241, que con anterioridad se hizo referencia, por lo que resta interesar que se haga extensiva esta medida a los juicios de divorcio para hacer efectiva la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.

Antes de concluir es importante explicar que al ser reconocidas como fuente de derecho las Instrucciones del Tribunal Supremo Popular, se tienen en cuenta sus postulados en los casos que lo requieran, para el tema que abordamos son de interés la Instrucción 187 y 191 aprobadas por Consejo de Gobierno del Tribunal

⁵³ C. Civ., y Com., Mar del Plata, sala 2ª. 18/7/1996, "V., R. A., v. L., S. F., y otros/daños y perjuicios, artículo 250, CPC", BA B1401712.

⁵⁴ Alsina, H., Derecho Procesal, t. IV, op. cit., p.504; C. Fed. San Martín, 26/10/1990, "Dirección General impositiva v. H., G.", JA 1993-III, síntesis.

⁵⁵ En contra, M., Augusto M.-S., G.-B., Roberto, códigos..., op. cit., p.917 y C. Nac. Com., sala A, 28/4/1967, LL 131-1185.

Supremo Popular; las cuales establecen la aplicación de las medidas cautelares reguladas en la LPCALE a los procesos civiles y de familia para garantizar la eficacia en la ejecución de la sentencia firme.

En materia procesal, a lo largo de muchos años se utilizó como recurso para asegurar los bienes, los actos preparatorios,⁵⁶ existiendo diferentes clases, las que se encuentran recogidas en el artículo 216 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico,⁵⁷ siendo las más utilizadas la exhibición de la cosa mueble y el reconocimiento judicial por parte del órgano competente para conocer del asunto, disponiéndose como medida cautelar dejarlos en depósito de quien los posea.

En 1990 el Tribunal Supremo Popular dispone que por tratarse el divorcio y la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes de dos procesos con objetivos diferentes no resulta admisible la tramitación de los actos preparatorios en el primero de ellos, para ventilar cuestiones ajenas a la disolución del vínculo matrimonial.⁵⁸ No

⁵⁶ Los actos preparatorios son diligencias de pruebas que se llevan a cabo con anterioridad a la iniciación del proceso de conocimiento y sirven para prepararlo.

⁵⁷ Se prevé como diligencias para practicarse como actos preparatorios la confesión de aquel contra quien se proponga dirimir la demanda sobre hechos relativos a su personalidad, el conocimiento de los cuales considere necesario; la exhibición de la cosa mueble objeto de la demanda que se proponga establecer contra el que la tenga en su poder; el reconocimiento judicial o dictamen pericial de las cosas que han de ser objeto del proceso y puedan desaparecer o se encuentran en estado de grave deterioro; la declaración de testigos de edad avanzada, gravemente enfermos o próximos a ausentarse del país, que puedan influir en forma importante en la decisión del proceso; así como cualquier otra diligencia de prueba sin cuya práctica urgente pudiera originarse un perjuicio cierto al que la interese.

⁵⁸ Dictamen 315 de fecha 19 de septiembre de 1990 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Bol.1988-1990, Pág.189, el que textualmente establece "el proceso de divorcio que regula el Capítulo I Título IV del Libro Segundo de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral tiene como objeto esencial la disolución del vínculo matrimonial y ello no lo enerva el hecho de que la sentencia que lo declare contenga pronunciamientos respecto a la separación de los bienes de los cónyuges, lo que necesariamente tendrá que realizarse previa la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes para lo cual la referida ley de trámites en el párrafo segundo de su artículo 392 lo condiciona a que aquella sentencia haya adquirido firmeza, con lo que inequívocamente se extingue el proceso de Divorcio de acuerdo a lo que preceptúa en su artículo 651; pero además, el citado artículo 392 remite expresamente la sustanciación de las cuestiones referidas a la liquidación de bienes comunes del matrimonio a los trámites de la herencia intestada, contenidas en el Título IV del Libro Cuarto de la propia ley referido al Proceso Sucesorio de lo que sigue que como el divorcio y la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes son dos procesos con objetivos diferentes, no

obstante a lo dispuesto, los Tribunales admitían las solicitudes de estas diligencias luego de concluido el proceso de divorcio y previo a la iniciación de la liquidación de la comunidad matrimonial, resultando muy necesarias y efectivas, pues le garantizaban a los litigantes la seguridad del caudal común hasta que se diera por terminado el proceso.

A partir del año 2003, se retoma por parte del máximo órgano de justicia lo previsto en su Dictamen 315 de 1990 e insiste sobre la improcedencia de los actos preparatorios en los procesos sobre la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, siendo el momento en que comienzan a rechazarse de plano todas las solicitudes que para ello se presentan; encontrándonos ante una gran disyuntiva, pues al dejar de practicarse, no existe modo de garantizar la seguridad de la comunidad matrimonial, se deja en múltiples ocasiones indefenso a aquel de los cónyuges que no tenga en posesión los bienes en litis, sin poder lograr en su momento adjudicarse lo que por derecho le corresponde de su participación en la referida comunidad, amén de cuantas acciones hagan los Tribunales para hacer cumplir sus resoluciones.

Otra vía de solución para los procesos de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes es la analizada en una investigación realizada con anterioridad y es la referente a lo preceptuado en el Artículo 392 de la Ley de Trámites, el que remite expresamente al proceso sucesorio, y dentro de este a las normas previstas para la sucesión intestada, cuando se lleve a cabo este tipo de proceso se puede interpretar que existe un modo de poder asegurar los bienes comunes antes de proceder a la liquidación, pues si estas normas prevén la posibilidad de que antes de iniciarse la práctica de las operaciones divisorias del caudal hereditario, practicar o realizar diligencias preventivas con el fin de asegurar los bienes que sean susceptibles de sustracción u ocultación, puede aplicarse análogamente este procedimiento a los

resulta admisible la tramitación de los actos preparatorios en el primero para ventilar cuestiones ajenas a la disolución del vínculo matrimonial”.

procesos sobre la liquidación de la comunidad, o en su defecto, si este propio artículo en su párrafo primero concede el carácter de supletorio a las reglas para el proceso ordinario, en lo no previsto expresamente en esta sección, al no existir un procedimiento propio para asegurar los bienes, se pueden utilizar supletoriamente los actos preparatorios previstos para el proceso ordinario .

Aunque a simple vista resulta aplicable este artículo a los procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes, esto implicaría un cambio en la Ley de Procedimiento actual, por lo que considero que para asegurar los bienes y derechos comunes de los cónyuges ante situaciones de litigio en la disolución el procedimiento adecuado para seguir es el expuesto en este estudio, pues lo que se propone es utilizar los artículos que esta ley ya tiene previstos.

II.6 Análisis de los resultados de las entrevistas.

A los efectos de obtener criterios de los profesionales del Derecho, en relación con el régimen cautelar en procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes en Cuba, se elaboró una guía de entrevista, la que se adjunta como Anexo No. 1, en la que se indagó sobre el conocimiento y la sustanciación de procesos de Familia en cuanto a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, respecto a si consideran adecuado establecer un régimen cautelar en este tipo de proceso, con el objetivo de garantizar a los cónyuges la protección de sus bienes y derechos, lo que permitió conocer juicios diversos acerca de cuáles serían las medidas adecuadas, el momento para su aplicación, así como la duración de las mismas.

Se obtuvo la colaboración de todos, y algunos de ellos realizaron sugerencias añadiendo comentarios relativos al objeto de la investigación, los cuales resultaron de interés. Se realizaron un total de 18 entrevistas a diferentes profesionales del Derecho de la provincia de Cienfuegos, los cuales poseían de 8 a 30 años de experiencia, de ellos en la actualidad 10 se desempeñan como abogados y 8 como

jueces y a su vez han ejercido la profesión en otros momentos en puestos diferentes a los que hoy asumen, por lo que de los abogados, varios han sido jueces y viceversa, además de que también muchos de ellos se desempeñan como profesores universitarios adjuntos en la disciplina de Derecho Civil.

El 27,8% de los entrevistados están de acuerdo con llevar al proceso de liquidación de comunidad matrimonial de bienes lo preceptuado en el Artículo 392 de la Ley de Procedimiento, regulado para los procesos sucesorios, aunque esto implicaría un cambio en la actual legislación.

El 100% de los profesionales coinciden con que anterior al Decreto-Ley 241, se hacía uso de los actos preparatorios para los casos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes, de ellos el 50% asume que aunque no representaban el trámite ideal para llevar a cabo este proceso, sí resultaba provechoso para las partes, pues de cierta forma se garantizaba la seguridad de sus bienes, pero luego por Dictamen se prohibió el uso de los actos preparatorios a los procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes.

El 88,9% de los entrevistados concuerdan con la opinión de que la introducción a la Ley Procesal del Decreto-Ley 241 representó un avance de gran importancia en cuanto al régimen cautelar, aunque el resto considera que aún no es suficiente, pues pudiera abarcar otros aspectos o ampliar un poco más los abordados.

Así mismo, el 100% de los entrevistados plantean que es necesario en la actualidad la implementación de un régimen cautelar en procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes, pues las partes se encuentran en total indefensión al tramitar esta situación. Al presentarles la propuesta que analiza este trabajo los criterios arrojados fueron variados en relación a las medidas adecuadas, el momento de aplicación y su duración durante el proceso.

De los interrogados, el 90% está de acuerdo con aplicar las medidas de inventario, inhibición de bienes, embargo, depósito y secuestro que aparecen reguladas en el Decreto-Ley 241 para el procedimiento económico, a los procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes, según lo previsto en la Instrucción 187 del Tribunal Supremo Popular, donde se autoriza este tipo de proceso. El resto coincide con la opinión de implementar un proceso totalmente nuevo y exclusivo para este tipo de proceso, al igual que ocurre en muchos países de Latinoamérica.

En cuanto al momento de aplicar dichas medidas, el 88,9% considera que todas las medidas propuestas pudieran utilizarse lo mismo antes o durante el proceso, pues sería el único modo de asegurar los bienes o al menos tener prueba documental de la preexistencia de ellos. En relación con los restantes entrevistados consideran adecuado aplicarlas antes de llevar a cabo el proceso, en tanto es el mecanismo que pudiera hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia.

De acuerdo con la interrogante de que en caso de no estar casados legalmente se pudieran establecer las medidas previas al reconocimiento de unión matrimonial, así como antes de iniciar el proceso de divorcio en el caso de uniones formalizadas; fueron pocas las personas que hicieron referencia a tal aspecto, solo un 16%, planteando que aunque los procesos de divorcio y reconocimiento no tienen como finalidad disposiciones relativas a los bienes, solo con las disposiciones cautelares previas podría garantizarse la ejecución en trámite de liquidación, atendiendo al tiempo que media entre el inicio del conflicto y su solución, y a que de cualquier manera la finalidad última de ambos procesos es liquidar la comunidad que se crea.

El total de los profesionales coinciden en que una vez aplicadas dichas medidas se deben mantener vigentes durante todo el proceso de divorcio hasta la ejecución de la sentencia de liquidación, para lograr mayor efectividad de las mismas.

Conclusiones del capítulo II.

Primera: El Código Civil Español hecho extensivo a Cuba y que rigió hasta la promulgación de la Ley 59 de 1987, regulaba el depósito judicial –o secuestro- como modalidad del contrato de depósito; normativa que se desarrollaba procesalmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil y que propiciaba la implementación de una medida cautelar definida como acto preparatorio de exhibición; armonía legal que se perdió con la promulgación en 1987 del nuevo Código Civil, el que mantuvo el contrato de depósito en su formulación general, pero se suprimió la figura del depósito judicial y con ella todo rastro de instrumentación sustantiva de esta medida cautelar.

Segunda: Un análisis de Derecho Comparado respecto a la aplicación de medidas cautelares en procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes revela que en diferentes legislaciones de Latinoamérica existen regulaciones específicas para este tipo de procesos, es decir, se establece un régimen cautelar para procesos de familia, logrando que las partes puedan garantizar la seguridad de sus bienes; mientras que la Ley Civil cubana no regula de forma específica un régimen cautelar que proteja los bienes de los cónyuges en situación de litigio cuando deciden disolver la comunidad matrimonial.

Tercera: Las medidas cautelares aplicables a procesos de familia se establecen sobre las personas o sobre los bienes, atendiendo a la naturaleza de tales relaciones jurídicas, siendo teóricamente, las más recurrentes: la autorización de residencia separada de los cónyuges, uso provisional de la vivienda y de los bienes muebles, la disposición provisional de guarda y cuidado de los hijos menores, la determinación de la cuantía que cada cónyuge deba aportar por concepto de alimento para la manutención de los menores hijos y la existencia de bienes comunes o propios.

Cuarta: Resulta posible y necesario establecer medidas cautelares en procesos de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes a partir de la normativa actual, criterio con el que concuerdan los especialistas entrevistados.

Conclusiones

Primera: Las medidas cautelares son consideradas aquellas dispuestas por el Juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorios el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión del mismo; se caracterizan por su instrumentalidad, provisionalidad, proporcionalidad, variabilidad, jurisdiccionalidad; y procede su adopción siempre que estén presentes sus presupuestos, a saber, el *fumus boni iuris* (humo de buen derecho), el *periculum in mora* (peligro en la demora) y la contracautela.

Segunda: La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico formula un régimen cautelar disperso que se concreta en la figura del embargo de bienes como única medida nominada para procesos civiles, con la finalidad de asegurar las responsabilidades pecuniarias derivadas de la acción ejercitada, o que se pretende ejercitar; precariedad normativa que fue superada con un catálogo de medidas cautelares para el procedimiento económico, y que se complementa con la consagración de los actos preparatorios al proceso de conocimiento, las diligencias previas al proceso sucesorio y la facultad prevista en su Artículo 40; de forma que coexisten diversidad de procedimientos con naturaleza cautelar.

Tercera: Los procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes se tramitan mediante las reglas previstas para la liquidación de caudal hereditario, como pieza separada dentro de los procesos de divorcio y de reconocimiento de unión matrimonial no formalizada, según resultare, dentro del término de caducidad de un año, contado a partir de la firmeza de la sentencia dictada; transcurrido el cual, la propiedad de los bienes será de aquel que los haya poseído, y concluirá con la adopción de una resolución judicial –auto o sentencia- susceptible de ejecución conforme a los procedimientos previstos a tal efecto.

Cuarta: El tratamiento del ordenamiento jurídico cubano, no proporciona suficientes garantías para proceder a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, de modo que pueda acreditarse la preexistencia e integridad de todos los bienes comunes; lo que determina necesario instrumentar el régimen cautelar previsto, sobre la base de los principios de evidencia suficiente, principio de riesgo, principio de la doble garantía y principio de la proporcionalidad; adoptando las medidas de embargo, secuestro, depósito, inventario e inhibición de bienes, con amparo en el Artículo 803, apartados a), b), d) y g), de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico; en relación con la Instrucción 187 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular que permite la aplicación de las normas del procedimiento económico a procesos civiles, y con ello, de familia; medidas adoptables antes, durante o posteriormente al proceso de divorcio, reconocimiento de unión matrimonial no formalizada o liquidación de bienes, y hasta la ejecución del fallo.

Recomendaciones:

Primera: En el orden académico.

Incluir la investigación en el acervo bibliográfico de modo que pueda emplearse por estudiantes como material de estudio.

Segunda: De la investigación se evidencia que no se agota, sino que se abren nuevas líneas de investigación; por lo que se proponen:

Implementación de medidas cautelares en procesos de familia atinentes a régimen cautelar sobre las personas.

Necesidad y posibilidad del establecimiento de un régimen cautelar propio del Derecho de Familia, a partir de la especialidad de esta rama del Derecho.

Tercera: En el orden práctico.

Incluir en la práctica jurídica las medidas antes mencionadas, en la forma y el tiempo propuesto, logrando mayor efectividad y garantizando la protección de los derechos de los cónyuges en los procesos de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.

Bibliografía:

Álvarez Suárez, Mayda. La Familia Cubana: Políticas públicas y cambios socio-demográficos, económicos y de género / Mayda Álvarez Suárez. —La Habana: Editorial Félix Varela, 1998. —453p.

Álvarez Torres, Osvaldo. Necesidad y posibilidad de un procedimiento y una jurisdicción especial de familia en Cuba, IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia/ Osvaldo Álvarez Torres.--La Habana: Editorial Félix Varela, 2006. — 26p.

Andux Alfonso, Ranulfo. Medidas Cautelares. Tutela Cautelar. Congreso Internacional de Derecho Procesal / Ranulfo Andux Alfonso. La Habana: Editorial Félix Varela, 2000. —56p.

Barona Vilar, Silvia. Medidas Cautelares: Introducción. Tomado de: <http://www.europarl.eu>, 20 de febrero de 2011.

_____. Matrimonio y uniones de hecho: Se reducen las diferencias. Tomado de <http://revista.consumer.es>, 3 de marzo de 2011.

Calamandrei, Piero. Introducción al estudio sistémico de las providencias cautelares/ Piero Calamandrei..—Argentina, Buenos Aires: Edición Biblioteca, 1945. —182p.

Cruz Berdejo, José Luis. Elementos de Derecho Civil I, Parte General del Derecho Civil/José Luis Cruz Berdejo, Agustín Luna Serrano. --Barcelona, 1984. —156p.

De Lázzari, Edgar. Medidas cautelares/ Edgar De Lázzari. —La Plata: Edición Platense, 1995. —98p.

De la Fuente López, Jorge. Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica. Revista Cubana de Derecho (La Habana),9 (38): 6-7,1989.

Diez Picazo, Luis. Sistema de Derecho Civil/ Luis Diez Picazo, A. Gullón Ballesteros. La Habana, 1998. —340p.

Fernández Bulté, Julio. Manual de Derecho Romano/Julio Fernández Bulté, Delio Carrera Cuevas. —La Habana: Editorial Félix Varela, 2004. —366p.

Flores Báez, Yamilet. La liquidación de la comunidad matrimonial de bienes en la unión matrimonial no formalizada, Conferencia Jurídica Provincial de Bufetes Colectivos/ Yamilet Flores Báez. —Camagüey, 2006. —45p.

García Rivero, Alba Rosa. Régimen cautelar como medidas consustanciales al desempeño jurisdiccional de familia y su instrumentación en la normativa legal cubana. Boletín ONBC (La Habana), 7 (36): 12-23, Octubre-Diciembre 2009.

González Pacheco, Lucila Nivia. La protección de los bienes integrantes del patrimonio matrimonial en el ordenamiento jurídico cubano/ Lucila Nivia González Pacheco.-- Tesis para optar por el grado científico de Especialista en Derecho Civil, Patrimonial de Familia. Universidad de la Habana, Facultad de Derecho, 2007.

Grillo Longoria, Rafael. Derecho Procesal Civil I, Teoría General del Proceso Civil/ Rafael Grillo Longoria. —La Habana: Editorial Félix Varela, 2004. —87p.

_____. Derecho Procesal Civil II, Proceso de Conocimiento Y Proceso de Ejecución. -- La Habana: Editorial Félix Varela, 2004. —76p.

Guasp, Joaquín. Derecho Procesal Civil/ Joaquín Guasp.--Madrid, 1956. —231p.

Martínez Labrador, Yarisel. El reconocimiento judicial de unión matrimonial no formalizada, su origen, evolución y vigencia actual, Capítulo Provincial de derecho Civil y de Familia/Yarisel Martínez labrador. —La Habana: Editorial Félix Varela, 2002. —178p.

Mendoza Díaz, Juan. Las uniones consensuales: Un tema pendiente para el derecho de familia. Tomado de Monografías com.htm/unión de hecho, 15 de marzo de 2011.

_____. Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano. Boletín ONBC (La Habana), 6 (29): 1-14, Octubre-Diciembre 2007.

Mesa Castillo, Olga. El derecho Familiar en la sociedad cubana, II Jornada de Derecho de Familia Comparados/ Olga mesa Castillo. —La Habana, 1998. —54p.

_____. Derecho de Familia, Módulo II, Tema II El Matrimonio, V Parte Régimen Económico. —La Habana: Editorial Félix Varela, 2002. —67p.

_____. Derecho de Familia, Módulo I, Tema I, El Matrimonio, I Parte. —La Habana: Editorial Félix Varela, 2002. —75p.

Núñez, Eduardo R. Reglas para la Liquidación Judicial de la Sociedad de Gananciales/
Eduardo R Núñez. Monografías Jurídicas, Volumen LX.--La Habana, 1947. —
250p.

Ottolenghi, Manuel. Medidas precautorias/Manuel Ottolenghi. —Argentina, Buenos
Aires: Editorial Ediar, 1946.214p.

Peral Collado, Daniel. Derecho de Familia/ Daniel Peral Collado. —La Habana.
Editorial Félix Varela, 1998. —146p.

Pérez Gallardo, Leonardo. Divorcio por mutuo acuerdo ante Notario: mitos y tabúes,
Derecho Notarial, Tomo I/ Leonardo Pérez Gallardo, Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez.
—La Habana: Editorial Félix Varela, 2008.—215p.

Podetti, J. Ramiro. Tratado de las Medidas Cautelares, Derecho Procesal Civil,
Comercial y Laboral, Tomo IV, Segunda edición actualizada/J. Ramiro Podetti.—
Argentina, Buenos Aires: Edición Ediar, 1969.—412p.

Prieto Rodríguez, Paola Sara. Caracteres del proceso cautelar uruguayo/ Paola Sara
Prieto Rodríguez. —Uruguay, 2005. —74p.

Rapa Álvarez, Vicente. Propiedad y otros derechos sobre bienes/ Vicente Rapa
Rodríguez. —La Habana: Editorial Félix Varela, 1999. —95p.

Saenz, Juan Antonio. Las Medidas Cautelares. Algunos Aspectos sobre la Anotación
Preventiva de la Demanda en la Jurisprudencia y la Práctica/ Juan Antonio Saenz. --
Universidad de Valencia, 1997. —86p.

Valdés Díaz, Caridad del Carmen. Derecho Civil, Parte General/ Caridad del Carmen
Valdés Díaz. —La Habana: Editorial Félix Varela, 2000. —97p.

Fuentes legales:

Constitución de la República de Cuba, Ley No. 1 de Julio de 1940 promulgada el día 5 de julio de 1940, publicada en la Gaceta Oficial No. 646 de 8 de julio de 1940 (derogada).

Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada constitucionalmente en el año 1992 y 2002.

Constitución Española de 27 de diciembre 1978 última modificación 13 de diciembre de 2004.

Código Civil español de 1888, hecho extensivo a Cuba en 1889 (derogado).

Código Civil para el Distrito Federal de México 2000, Editorial del Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal, México, 2002, mexicohtml.rincondelvago.com.

Código Civil de la República de Chile, 1857, actualizado año 2000

Ley No. 5476 de 7 de noviembre de 1973, Código de Familia de la República de Costa Rica,

Ley No. 1289 de 14 de Febrero de 1975, Código de Familia de Cuba, en vigor desde el 8 de marzo de 1975

Ley de Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico, Ley 7 de 19 de agosto de 1977.

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil español y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, Boletín Nro. 172 de 20 de julio de 1981.

Ley 51/85 de 15 de julio de 1985 Ley del Registro del Estado Civil, Gaceta Oficial No.50 de 22 de agosto 1985

Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881

Decreto-Ley 241 de 21 de septiembre 2006 modifica Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral

Dictamen 315, de 1990 Compendio de Acuerdos en Materia Civil, Tribunal Supremo Popular.

Instrucción No. 187 de 20 de diciembre de 2008 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Anexo Nro. 1 ENTREVISTA.

Objetivo: Recopilar criterios sobre si consideran necesario la aplicación de medidas cautelares en procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes, así como si están de acuerdo con las medidas propuestas, en el tiempo y la forma planteada, logrando que los cónyuges garanticen sus bienes en estos casos.

Información general:

Centro de trabajo: _____

Función que realiza: _____

Años de experiencia laboral: _____

Preguntas:

1.- Para usted qué significación tuvo la introducción del Decreto-Ley 241 en relación al régimen cautelar.

2.- ¿Existe la necesidad de implementar un régimen cautelar en procesos de liquidación de comunidad matrimonial de bienes?

Sí____ No____ ¿Por qué?

3.- Antes de la aplicación del Decreto-Ley 241, lo que existía en la Ley Procesal era: viable o se lograba el efecto del proceso de la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.

4.- Los actos preparatorios de Artículo 216 de la LPCALE, pudieran aplicarse al proceso de liquidación de comunidad matrimonial de bienes.

Sí____ No____

5.- Considera usted que las siguientes medidas: inventario, inhibición, embargo, depósito y secuestro de bienes; pudieran aplicarse al proceso de liquidación de comunidad matrimonial de bienes.

Sí____ No____

5.1.- ¿Cuándo? Antes____ Durante____ Después____ ¿Por qué?

6.- En caso de no estar casados legalmente, pudieran establecerse las medidas antes del proceso de formalización de unión matrimonial.

Sí____ No____ ¿Por qué?
