



**Universidad de Cienfuegos**  
**Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas**  
**Departamento de Derecho**

**Título: “El régimen cautelar en el procedimiento de familia. Una  
propuesta para su perfeccionamiento”**

**Trabajo de diploma en opción al título de Licenciado en Derecho**

**Autora: Yuleisy Abreu Cabrera**  
**Tutor: M.Sc. Irina Ruiz Varas**

**Cienfuegos, 2014**

## Declaratoria de Autoridad.

Hago constar que el presente trabajo fue realizado en la Universidad de Cienfuegos, como parte de la culminación de los estudios en opción al grado de Licenciado en Derecho; autorizando a que éste sea utilizado por la institución para los fines que estime conveniente, tanto de forma parcial como total y que además no podrá ser presentado en eventos, ni publicado sin la aprobación de su autor.

.

---

Firma del autor

Los abajo firmantes certificamos que el presente trabajo ha sido realizado según acuerdo de la dirección del centro y cumple con los requisitos que debe tener un trabajo de esta envergadura, referido a la temática señalada.

---

Firma del tutor

---

Información Científico Técnica.

Nombres y Apellidos.

Firma.

---

Computación.

Nombres y Apellidos.

Firma.

*“Los peligros no se han de ver cuando se les tiene encima,  
sino cuando se les puede evitar”*

*José Martí*

*A mi madre por su infinito amor.*

*A mi cariñosa tía Ceci que siempre confió en mí.*

*A la Sede Universitaria de Abreus, en especial a Marlenis por su  
apoyo infinito.*

*A mi madre, a quien le debo mi existencia y todos mis logros.*

*A mi padre, aunque no esté hoy a mi lado, vela siempre por mí.*

*A mis hermanos, por ser las personas más importantes en mi vida.*

*A mi querida tía Ana Cecilia, por su apoyo incondicional.*

*A mi familia razón de mi felicidad.*

*A mis amigos cómplices de mi presente y futuro.*

*A Irina mi tutora, por el tiempo que dedicó a este empeño y la delicadeza de su atención a pesar de sus múltiples obligaciones.*

*A todos, gracias.....*

## **Resumen**

El trabajo de investigación que se presenta como tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho cuyo título es “El régimen cautelar en el procedimiento de familia. Una propuesta para su perfeccionamiento”, se elaboró con un enfoque dialéctico materialista apoyado en lo más avanzado de la Ciencia del Derecho de Familia, el Derecho Comparado y la práctica jurídica cubana. En materia de Derecho de Familia, hoy no existe un procedimiento propio para solventar los conflictos que surgen en la esfera de las relaciones familiares, de ahí que el problema científico planteado evidencia la necesidad de identificar cuáles son las modificaciones que deben ser realizadas en la regulación legal del régimen cautelar para la materia familiar vigente, de modo que permitan modificar y ampliar dicho régimen cautelar en los procedimientos de familia y de esta forma hacerlo más eficaz con el propósito de contribuir a un proceso más garantista en correspondencia con las características de la familia cubana. Para el cumplimiento de este fin se realiza un estudio del régimen cautelar en sede familiar, tanto en el orden teórico como legislativo. Se refleja el criterio de los profesionales que se desempeñan en la materia civil, en particular de familia en la provincia de Cienfuegos. Los métodos utilizados son: el Teórico Jurídico, el Jurídico Comparado y el Exegético Analítico y la técnica utilizada la encuesta. Como principal resultado se obtiene la identificación de una propuesta específica que permite concebir la modificación y ampliación del régimen cautelar para la materia familiar.

## Índice

|                                                                                                                                                                                          |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Introducción:.....                                                                                                                                                                       | 1  |
| Capítulo I: Fundamentos teóricos del Derecho de Familia y el régimen cautelar.....                                                                                                       | 6  |
| 1.1. Fundamentación teórica del régimen cautelar. Caracteres.....                                                                                                                        | 6  |
| 1.2. Presupuestos y naturaleza de la tutela cautelar.....                                                                                                                                | 14 |
| 1.3. Especial referencia al proceso familiar cubano desde un enfoque teórico.....                                                                                                        | 20 |
| 1.4. El régimen cautelar para la materia familiar. Análisis desde la naturaleza jurídica del Derecho de Familia.....                                                                     | 27 |
| Capítulo II: Regulación legal del régimen cautelar en materia familiar. Propuesta de modificación y ampliación para la norma cubana.....                                                 | 35 |
| 2.1.El régimen cautelar en procedimientos de familia. Estudio de Derecho Comparado .....                                                                                                 | 35 |
| 2.1.1 México .....                                                                                                                                                                       | 35 |
| 2.1.2 Panamá .....                                                                                                                                                                       | 36 |
| 2.1.3 España.....                                                                                                                                                                        | 36 |
| 2.1.4 Bolivia .....                                                                                                                                                                      | 37 |
| 2.1.5 Chile.....                                                                                                                                                                         | 38 |
| 2.1.6 El Salvador .....                                                                                                                                                                  | 38 |
| 2.1.7 Perú .....                                                                                                                                                                         | 39 |
| 2.1.8 Comparación con Cuba .....                                                                                                                                                         | 40 |
| 2.2. Régimen cautelar en procedimientos de Derecho de Familia en Cuba. Regulación legal.....                                                                                             | 43 |
| 2.3 Perfeccionamiento del régimen cautelar en procesos de familia en Cuba. Propuesta de modificación y ampliación. ....                                                                  | 50 |
| 2.3.1 Guarda y custodia compartida .....                                                                                                                                                 | 51 |
| 2.3.2 Trabajo comunitario para quienes no estén vinculados laboralmente y resulte imposible embargarle salario o bienes.....                                                             | 53 |
| 2.3.3 Nombramiento de gestor con rendición de cuentas al tribunal .....                                                                                                                  | 55 |
| 2.3.4 Modificación de las medidas dispuestas en los incisos octavo y noveno del apartado décimo de la Instrucción 216 de 2012 del consejo de gobierno del tribunal supremo popular ..... | 57 |
| 2.4. Regularidades en la aplicación de las encuestas.....                                                                                                                                | 59 |
| Conclusiones.....                                                                                                                                                                        | 63 |
| Recomendaciones.....                                                                                                                                                                     | 64 |
| Bibliografía .....                                                                                                                                                                       | 65 |
| Anexo                                                                                                                                                                                    |    |

## **Introducción**

La familia constituye la unidad fundamental de la sociedad, es por ello que ha sido objeto de protección a través de los siglos. Las funciones que cumple están dirigidas a satisfacer las necesidades de protección, afecto y seguridad de sus miembros. Asimismo debe garantizar la socialización de los niños y jóvenes, el fortalecimiento de la identidad cultural, social e individual y la generación y reproducción de la fuerza de trabajo.

Mesa Castillo plantea que la familia, está llamada a desempeñar un papel estratégico en el avance progresivo del Estado socialista; por lo que en la legislación cubana, la preocupación por la consolidación de la familia, basada en los principios de la moral socialista, se define como una de las tareas capitales del Estado cubano (Mesa Castillo, Olga, 2007, pp. 7-10).

En Cuba, el Estado vela por la familia y su normal desarrollo, para lo cual se dictan documentos normativos tales como la Constitución de la República de 1976, que dedica el Capítulo IV a la familia. Reconoce en ella la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones.<sup>1</sup>

El poder legislativo que posee el Estado a través de sus órganos, estableció el Derecho Civil como la rama reguladora de las relaciones particulares del hombre en sus aspectos más esenciales, tiene carácter supletorio o común por excelencia, al cubrir las lagunas de las distintas materias del Derecho en caso de ausencia de regulación. Contiene conceptos e instituciones fundamentales que son utilizados por otras especialidades, para solucionar un determinado conflicto jurídico.

Dentro de la especialidad del Derecho Civil deviene como protector puramente de la célula fundamental de la sociedad, el Derecho de Familia, caracterizado por una materia que lleva en sí su base jurídica conceptual. El instrumento que regula, como norma sustantiva, lo concerniente a la solución de un determinado conflicto familiar sobre la base de principios reguladores gnoseológicos y axiomáticos generales es el Código de Familia.

---

<sup>1</sup> Refrendado en los artículos 35 y 36 la ley regula la formalización, reconocimiento y disolución del matrimonio y los derechos y obligaciones que de dichos actos se derivan, en artículos posteriores recoge los deberes y derechos de los miembros de la familia (dígase para los padres y los hijos).

En consideración a lo anteriormente expuesto se justifica la regulación de cómo proceder ante un conflicto, para lo que fue creada la Ley No. 7 de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de 1977 como instrumento adjetivo, que establece genéricamente todo el procedimiento civil. En su contenido se aprecian determinadas lagunas que el legislador no tuvo en cuenta en su momento, por lo que no recoge en específico el proceso familiar, lo que es necesario en aras de la efectividad de la tutela jurídica a las relaciones familiares.

El Derecho Procesal Familiar tendrá como objetivo ser la vía por la que transiten los conflictos que surjan en el ámbito de las relaciones de familia y que a partir de ese proceso y no de las normas del proceso civil se resuelvan de manera ágil tales problemáticas en la esfera de las relaciones familiares. Fue así como el Tribunal Supremo Popular dictó la Instrucción 187 de 2007 del Consejo de Gobierno la que constituyó una adecuación importante al proceder judicial en los casos vinculados con el Derecho de Familia.

Al aparecer en la escena jurídica esta instrucción, llegó el momento de implementar los aspectos novedosos necesarios para mejorar la forma judicial de solucionar conflictos familiares, era el cambio jurídico esperado por los operantes del derecho. Surgía así el nuevo modelo judicial de corregir actitudes incorrectas y proteger a los menores implicados con la instrumentación de un procedimiento menos rígido, más ágil y más activo, tanto para el juez como para las partes, quienes se convierten en verdaderos anfitriones de resolver sus propios problemas.

Con la experiencia de la aplicación de la anterior instrucción se demandó un mayor avance, por lo que el propio órgano dicta la Instrucción 216 de fecha 17 de mayo del año 2012, con la que se expone un nuevo matiz al trabajo de los órganos jurisdiccionales en materia de procedimiento. Una de las cuestiones que incorpora lo constituye el régimen cautelar en familia, en ese sentido regula todo un catálogo de medidas cautelares referentes a las relaciones paterno- filiares y a las de marcado carácter patrimonial.

El tema del régimen cautelar constituye uno de los más debatidos por su novedad y dificultad. La complejidad viene dada, por su naturaleza y connotación en el ámbito procesal. Para arribar a su pronunciamiento el tribunal debe recorrer el camino de las

alegaciones y las pruebas. Durante el *iter*<sup>2</sup> procesal se producen situaciones tales como la duración del proceso y la conducta de aquel contra quien se reclama cautela, que imposibilitan la plena efectividad de la tutela jurisdiccional. Como consecuencia, se crea la necesidad de buscar mecanismos para brindar respuesta rápida, que garantice el resultado del proceso, con solo una apreciación *prima facie*<sup>3</sup>, de que le asiste al solicitante el derecho a ser protegido. Se utilizan para ello las medidas cautelares, a fin de viabilizar una decisión judicial expedita que tutele, de manera previsora, un derecho bajo la apariencia de que existe.

### Situación problemática

Del examen del estado actual de las instituciones cautelares en ley procesal se evidencian insuficiencias, que deberán superarse para lograr el perfeccionamiento de las mismas. Tal situación se extiende, en consecuencia, a la norma de familia, que en el orden procesal respecto al régimen cautelar, solo encuentra especial regulación en la mencionada Instrucción 216 de 2012 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Lo novedoso de dicha normativa conduce necesariamente a analizar los elementos consagrados, que si bien constituyen todo un avance en la materia, no está exento de la posibilidad de perfeccionarse. Dicho régimen puede ser mejorado, teniendo en cuenta que pueden incorporarse nuevas medidas para dar cobertura a los conflictos y litigios que se generan en torno a la familia y que trascienden al ámbito judicial.

Con una mejor formulación de algunos términos de la Instrucción 216 de 2012 del Tribunal Supremo Popular se puede lograr una mayor protección en el sistema de medidas cautelares concebido, razones que motivan la presente investigación.

Se plantea como **problema científico**: ¿Qué medidas permiten ampliar el régimen cautelar en los procedimientos de familia?

Se define como **objeto de investigación**: El régimen cautelar en los procedimientos de familia.

El **campo de acción**: regulación legal del régimen cautelar en Derecho de Familia.

---

<sup>2</sup> Término en latín que se utiliza para referirse al momento o fase (procesal).

<sup>3</sup> Término de uso frecuente en las actuaciones judiciales, que quiere decir a primera vista o en principio, con lo que se da a entender la apariencia de un derecho o de una situación, pero sin que con ello se prejuzgue el asunto.

**Se precisa como objetivo general:** Fundamentar las medidas que permiten ampliar el régimen cautelar en los procedimientos de familia.

Para darle respuesta al objetivo general se trazaron los siguientes **objetivos específicos:**

1. Sistematizar teóricamente la naturaleza jurídica del Derecho de Familia y el régimen cautelar.
2. Comparar la regulación legal del régimen cautelar en los procedimientos de familia en legislaciones del área iberoamericana y Cuba.
3. Identificar insuficiencias en la regulación legal del régimen cautelar en los procedimientos de familia en Cuba.

La **idea a defender** que guía la investigación es:

La ampliación del régimen cautelar en los procedimientos de familia se puede lograr mediante la inclusión de las siguientes medidas: nombramiento de gestor con rendición de cuentas al tribunal, trabajo comunitario para quienes no estén vinculados laboralmente y resulte imposible embargarle salario o bienes y disposición provisoria de guarda y custodia compartida.

La modificación de las medidas dispuestas en los incisos octavo y noveno del apartado décimo de la Instrucción 216 de 2012 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular; permitiría que puedan promoverse procesos cautelares de tal naturaleza en momento posterior al proceso de divorcio o al de reconocimiento de unión matrimonial no formalizada.

**Los métodos de investigación utilizados:**

**Métodos del nivel teórico**

**Teórico jurídico:** permitió el análisis de la teoría del régimen cautelar y de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia.

**Jurídico Comparado:** este método permitió analizar las legislaciones de México, Panamá, España, Bolivia, Chile, El Salvador y Perú para establecer elementos teóricos comparativos, respecto al régimen cautelar en materia de familia.

**Exegético analítico:** permitió el estudio de la norma procesal relativa al régimen cautelar aplicable a los procedimientos de familia.

Método empírico

**Sociológico** que permitió relacionar la realidad social con la normativa jurídica y se concretó mediante la aplicación de la técnica de encuesta a especialistas; población: 14 jueces, 21 fiscales y 54 abogados, especializados en la materia de familia en la provincia de Cienfuegos, muestra: 8 jueces, 6 fiscales y 16 abogados; a partir de un criterio de selección que determinó que los encuestados tendrían más de 5 años de experiencia profesional y serían especialistas en la materia.

### **Novedad del tema**

La novedad científica de la investigación descansa en que se ofrece una propuesta que perfecciona el régimen cautelar para la materia familiar al ampliarlo con nuevas medidas y modificarlo en lo referente a las dispuestas en los incisos octavo y noveno del apartado décimo de la Instrucción 216 de 2012 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, lo que permitirá promover procesos cautelares de tal naturaleza en momento posterior al proceso de divorcio o al de reconocimiento de unión matrimonial no formalizada.

### **Resultado**

La investigación aporta una propuesta específica que permite concebir la ampliación del régimen cautelar para la materia familiar, siendo este su principal resultado.

### **Estructura de la tesis**

La presente investigación se estructuró en dos capítulos. El primero dedicado a la fundamentación teórica del régimen cautelar, donde se establecieron los caracteres que lo identifican, los presupuestos y naturaleza de la tutela cautelar. De igual forma se abordaron las especificidades del régimen cautelar para la materia familiar a partir del estudio de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia y la caracterización del proceso familiar cubano.

El segundo capítulo aborda el estudio de Derecho Comparado; el análisis de la regulación legal del régimen cautelar vigente en Cuba y que resulta aplicable a los procedimientos de familia; se realiza la propuesta de ampliación de dicho régimen y de modificación de las medidas dispuestas en los incisos octavo y noveno del apartado décimo de la Instrucción 216 de 2012 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y se establecen las regularidades obtenidas de la aplicación de las

encuestas para validar las propuestas. En ambos capítulos se exponen las conclusiones parciales.

Como parte de la investigación, en el texto se ofrecen las conclusiones finales, las recomendaciones, así como la bibliografía consultada y el anexo.

## Capítulo I: Fundamentos teóricos del Derecho de Familia y el régimen cautelar

### 1.1. Fundamentación teórica del régimen cautelar. Caracteres

Cautelar significa precaver, prevenir y medida significa disposición, prevención. Al aplicar estos conceptos al Derecho, se puede decir que se trata de una resolución que tiene como fin inmediato prevenir. Las medidas cautelares son 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.

De lo que se deduce como régimen cautelar el conjunto de medidas cautelares que son dispuestas por el juez, con la objetiva finalidad de garantizar al solicitante de forma pronta y provisoria, los derechos que de forma eventual puedan reconocérsele en la sentencia. Su principal propósito es que esos derechos no resulten ilusorios y puedan materializarse de forma plena.

PÉREZ GUTIÉRREZ señala que no solo se trata de prevenir los riesgos sino también de evitar su posible agravamiento, si se considera que muchas veces el daño ya se produjo y en consecuencia origina la demanda. Al mismo tiempo se pretende garantizar su resarcimiento o satisfacción oportuna (Pérez Gutiérrez, Ivonne, 2012a, pp. 19-23).

En la actualidad, según PRIETO RODRÍGUEZ “es muy difícil encontrar litigios que no estén precedidos por alguna solicitud y adopción de medidas cautelares, que aseguren la eficacia de la sentencia definitiva a dictarse”. El tema del régimen cautelar constituye uno de los más polémicos a razón de su naturaleza y connotación en el ámbito procesal (Prieto Rodríguez, Paola Sara, 2010, p.11).

Las medidas precautorias garantizan que el derecho que se reclama no sufra detrimentos en el curso del proceso y posibilitan que una vez resuelto el asunto por el tribunal, se ejecute de manera válida lo dispuesto en el fallo. Dichas medidas preventivas o cautelares, ofrecen garantías de justicia para las partes que pueden posicionarse dentro de las más importantes dentro del Derecho.

Se puede afirmar que se asemejan a otras instituciones del derecho adjetivo, referente a ser determinantes por sí solas de la eficaz y feliz culminación del litigio, en esencia, porque de nada serviría para el actor de un proceso, que en el curso del mismo se destruyan o desaparezcan los bienes litigados, o se produzcan lesiones irreversibles a la relación cuya tutela pretende reclamar debido a la no aplicación de medidas de garantía.

Con la inserción en el año 2006, del proceso económico en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral por primera vez se ofrecen un conjunto de disposiciones precautorias constitutivas de un instrumento procesal efectivo. En principio las medidas cautelares encuentran su fundamento en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el proceso y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo.

A tales efectos se logra de forma preventiva el resultado práctico o la eficacia de la sentencia principal. Más que hacer justicia, las medidas cautelares están destinadas a asegurar que la justicia alcance el cumplimiento eficaz de su cometido.

PÉREZ GUTIÉRREZ refiere que la pretensión cautelar, es autónoma por su propia naturaleza y porque no se confunde con la pretensión objeto del proceso contencioso o con la petición que constituye el objeto del proceso extra-contencioso, sino que se trata de una pretensión, o si se quiere acción. Considera que su naturaleza es diversa de la pretensión o petición actuada en el proceso principal, llamada a tener una virtualidad provisoria, por más que pueda mediar alguna coincidencia (Pérez Gutiérrez, Ivonne, 2012b, p. 45).

Las medidas cautelares son instrumentales, porque carecen de un fin en sí mismas y se encuentran subordinadas a un proceso principal del cual dependen, en vista a asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse en aquél, es la relación que existe para con la sentencia y su vínculo necesario con el proceso; mientras subsista, pueden solicitarse medidas cautelares, también de carácter previo a la demanda, en caso de no interponerse la misma, queda sin efectos la disposición cautelar.

En su libro, PÉREZ GUTIÉRREZ al referirse a las medidas cautelares destaca que la instrumentalidad les otorga un carácter de instrumento procesal para dotar de

efectividad a la resolución judicial, solo existen para darle vida al proceso, su existencia está comprometida al mismo, cuando llega a su fin definitivo la medida cautelar pierde su funcionalidad (Pérez Gutiérrez, Ivonne, 2012a, pp. 35-37 ).

Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada por así decirlo, al cuadrado. Son en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mayor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho. En consecuencia, en virtud de esta característica, toda medida cautelar es conducente a hacer viable y posible la tutela jurisdiccional efectiva que pudiera otorgarse en una sentencia favorable a dictarse en un proceso de cognición o ejecución.

Según el criterio de ÁGUILA DÍAZ la instrumentalidad de las medidas cautelares se deduce ya que el sesgo instrumental singular de esta sede está intencionado para el cumplimiento de censuras impuestas en otro proceso conexo y no para el cumplimiento de la resolución a dictarse, con la peculiaridad de anticipación del resultado litigioso, pues suele autorizarse el dictado de aquellas que apareja una evidente identificación de su objeto con la pretensión de fondo (Águila Díaz, Bárbara Tamara, 2012, p. 175).

Admite la doctrina que puede existir coincidencia material entre el objeto de la pretensión de fondo con el objeto de la pretensión cautelar, como por ejemplo fijación de alimentos provisorios como medida cautelar genérica, mientras se tramita el juicio de alimentos o el establecimiento del régimen provisional de visitas en el curso de incidente o la tramitación del divorcio. Por otro lado se acepta la fijación de alimentos provisorios en juicios de filiación, cuando todavía ese estado no se constituyó o reconoció en la sentencia a los fines de evitar que mientras su tramitación, se generen daños a la integridad de la persona.

En relación a la jurisdiccionalidad se debe analizar la figura de los tribunales como máximo órgano de administración de justicia, se trata de una función propia de ellos, pero a la vez se despliega hacia lo arbitral, ejemplo de ello lo constituye el reconocimiento expreso de la ley. Ella facilita la solicitud de medidas cautelares por quien constituye el actor en el proceso.

La jurisdicción no tiene como único fin objetivo la satisfacción del derecho a la justicia mediante su declaración y posterior ejecución, sino que demanda dotarle de medios procesales que permitan hacer efectivo la función jurisdiccional y como vía para lograrlo se tiene al proceso. Se considera que lo que se pretende es alcanzar garantías procesales y el más efectivo sería, la tutela cautelar.

Explica KIELMANOVICH JORGE que son provisionales porque habrán de subsistir hasta el momento en que la sentencia definitiva adquiera firmeza o ejecutoriedad, o mientras duren las circunstancias que las determinaron (Kielmanovich, Jorge L, 2008, p. 39).

Del estudio realizado se puede decir que la provisionalidad es, el espacio de tiempo que media desde la disposición de adopción de la medida cautelar y la resolución que le pone fin al proceso, a su vez deja sin efecto la medida cautelar, lo que le confiere una duración determinada, sujeta al proceso principal.

En relación con esta característica PÉREZ GUTIÉRREZ destaca que es una de las más propias de las medidas cautelares y se pudiera interiorizar mejor si se distinguen los conceptos de temporalidad y provisoriedad. El primero es aquello que no dura siempre, vale decir tiene una duración limitada; en cambio, lo provisorio es aquello que está destinado a durar hasta tanto no ocurra un hecho sucesivo y esperado. El vocablo provisorio incluye lo temporal, dado que en cualquier momento pueden presentarse o probarse hechos que persuadan al juez de la sustitución o desaparición de la medida cautelar, por lo que no sólo es temporal, sino que además, la medida cautelar se encuentra a la espera de que cualquier decisión futura varíe su estado (Pérez Gutiérrez, Ivonne, 2012a, pp.41-43 ).

Las medidas no pretenden convertirse en definitivas, por lo que deben alzarse cuando en el proceso principal se haya llegado a una situación que haga inútil el aseguramiento, bien por el cumplimiento de la sentencia o por actuaciones en el proceso de ejecución que despojan de motivación el mantenimiento de las medidas.

Conforme a lo anotado, la provisionalidad de la medida cautelar deja claro que su permanencia y duración dependen de la suerte del proceso principal, por eso constituye la principal objeción a la autonomía como característica de la teoría cautelar.

No puede hablarse de autonomía del proceso cautelar, pues resulta obvio que la tramitación de una medida cautelar, si bien se efectúa en cuaderno separado, se encuentra ligada a la tramitación del proceso principal que intenta asegurar, posición que se sustenta en bases legislativas y procedimentales. Bajo la perspectiva indicada resulta indiscutible que el procedimiento cautelar no goza de autonomía. Así, si el proceso principal resulta exitoso, obteniéndose sentencia favorable con la calidad de cosa juzgada, lo cautelar se consolida y se refunde en la sentencia misma; en cambio, si el resultado es negativo por decisión judicial sobre el fondo, o aun cuando no lo sea sobre él, sin duda alguna desaparecerá.

Esto evidencia su carácter de accesorias, cuyo objetivo se resume en asegurar la efectividad del fallo, por otro lado, la provisionalidad tiene otra arista que lo constituye, las condiciones que dieron lugar a la adopción de la medida cautelar. Por ello tiene estrecha relación con el presupuesto *periculum in mora*<sup>4</sup>, se considera que si se demostrara luego de su adopción que los motivos de daño inminente que originaron la misma han desaparecido, esta dejaría de tener sentido.

A consecuencia, la medida puede ser modificada, sustituida o alzada, lo que lleva a la conclusión de que si bien su vida termina con el fin del proceso, ésta puede aun expirar con anterioridad a ese momento.

En efecto, la medida precautoria desde que nace está predestinada a fallecer, su vida no perdurará luego de concluido el proceso principal. Para RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ surgen con una limitación temporaria expresa, hasta el día que se sentencie el fallo definitivo por el tribunal; pero acortan el camino, facilitan su ulterior ejecución, aun cuando no se corresponda de forma estricta lo dispuesto y gozan de la flexibilidad necesaria para que el tribunal las pueda modificar en el transcurso del proceso si las circunstancias así lo exigen (Rodríguez Gutiérrez, Guillermo, 2012, p. 260).

El citado autor, por su parte, destaca que esta es una forma de que la parte irreverente del proceso reciba con un aviso y conozca previsoriamente que es invariable el

---

<sup>4</sup> Término en latín que se entiende por peligro en la demora.

propósito de alcanzar un equilibrio en el proceso y de llevar a vías los efectos y con seguridad, la decisión que se tome (Rodríguez Gutiérrez, Guillermo, 2012, p. 260).

Las medidas poseen además variabilidad, pues el tribunal puede disponer una medida diferente a la solicitada, incluso posee la potestad de modificarla aun y una vez ésta haya sido adoptada, sin olvidar que en sede cautelar se rompe con el principio de preclusión. Se mantiene la posibilidad de instar en cualquier estado procesal.

Dicha variabilidad encuentra su presupuesto en la provisionalidad. Las dos características poseen una estrecha relación, a razón de la suerte que gozan las medidas cautelares, al poder modificarse o sustituirse por otras, en el momento en que ya no resulten eficaces a causa de la desaparición de las circunstancias que produjeron su adopción o solo un cambio de estos propios motivos.

Corresponde al juez la decisión de revocar o modificar la medida, basándose en los indicios de daño y en la urgencia de la nueva medida. Con esto queda establecido que toda medida cautelar puede sufrir modificaciones o cambios. En efecto, la obtención de una medida cautelar no implica su invariabilidad, sino que ella puede ser modificada. En todos los casos será el juez quien al final decida al respecto, en razón del poder de cautela que la ley le confiere, facultándolo a conceder la medida adecuada al derecho que se pretende garantizar y a acceder o denegar el pedido de variación de la medida.

Se dice que las providencias precautorias se caracterizan también por ser proporcionales cuando se refiere a la necesaria correlación que debe existir entre la pretensión que se deduce de la demanda y el objetivo que encierra la medida cautelar en sí. Debe existir un equilibrio entre estos dos extremos, el tribunal debe basarse en la pretensión del actor, la resolución precautoria que se establezca no puede superar a la obtenida en la resolución judicial al concluir el proceso en cuanto a su severidad, por otro lado la cuantía que encierra la providencia cautelar no puede ser mayor a la cuantía del proceso principal, pues carecería de sentido alguno (Pérez Gutiérrez, Ivonne, 2012a, pp. 46-47).

*Audita altera pars*<sup>5</sup>, por lo general se admite la sustanciación previa con la contraria, en razón de las serias consecuencias que el dictado de tales pronunciamientos podría aparejar para el afectado y la familia. Le caracteriza el intento de conciliación de intereses que pueden ser divergentes, en aras de lo que resulte mejor para todos y cada uno de los miembros de la familia.

La sustanciación de su proveimiento *inaudita pars*<sup>6</sup>, resulta procedente solo cuando sea destinada a la protección de derechos patrimoniales familiares, amén de que la legislación deja al arbitrio judicial la concesión *inaudita* de la medida. ÁGUILA DÍAZ afirma que la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de 1977, traza la concesión por audiencia y regulariza en condición de excepción, la adopción directa cuando se estimen razones justificadas (Águila Díaz, Bárbara Tamara, 2012, p. 176).

Al referirse al proceso cautelar familiar KIELMANOVICH JORGE lo entiende como aquel que tiene por objeto una pretensión de tutela anticipada y provisionalidad del derecho involucrado en el proceso contencioso, se caracteriza por su instrumentalidad, provisionalidad, flexibilidad y autonomía (Kielmanovich, Jorge L, 2008, p. 39).

Como otros rasgos característicos de la tutela cautelar, PÉREZ GUTIÉRREZ destaca la cognición, que resulta solo para medir la apariencia y no la certeza del hecho alegado; no produce los efectos de cosa juzgada (material), si se tiene en cuenta que lo formal se adquiere con la firmeza de la resolución; se ejecutan una vez acordadas, sin que sea posible interrumpir su curso; son dotadas de un carácter urgente, al considerar la necesidad de premura en su adopción; rige el principio dispositivo procesal, en tanto las medidas cautelares se interesan a ruego de parte con excepción de su interposición *ex officio*<sup>7</sup> por parte del tribunal, por razones de interés social (Pérez Gutiérrez, Ivonne, 2012a, pp.50-51 ).

Es necesario señalar que con la facultad del órgano para disponer medidas cautelares de oficio, sin que ello obste para que también el demandado pueda solicitarlas al tribunal, de forma particular en aquellos casos de comunidad de

<sup>5</sup> Término en latín que hace alusión a la sustanciación previa con la contraria (demandado).

<sup>6</sup> Término en latín que se refiere a la no sustanciación previa con la contraria (demandado).

<sup>7</sup> Término en latín que significa de oficio.

intereses, crea una contradicción, pues el Decreto Ley 241 de 2006 se refiere a la facultad del actor principal para solicitar la adopción de medida cautelar, mientras que la Instrucción 187 de 2007 preceptúa que el tribunal adoptará las medidas de tipo cautelar, sin especificar si podrá alguna de las partes solicitarlas, extremos que han sido incorporados en la Instrucción 216 del Consejo de gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Disponibilidad inmediata de su objeto, es otra característica, pues en el caso de fijación de alimentos provisorios la resolución lleva implícita la facultad de disponer del dinero sobre el cual recae. Necesaria coordinación, cuando se dicten varias medidas cautelares para evitar contradicciones y la no sujeción normativa a plazo de caducidad<sup>8</sup>.

Como otro rasgo distintivo se señala la no sujeción a norma de caducidad, aunque el hecho de no precisar un plazo puede volverse contra la propia esencia de la medida cautelar que han de ser ordenadas con la mayor brevedad para proteger con urgencia a la persona ante evidentes conductas o situaciones de hechos que impliquen vulnerabilidad de los derechos en interés y beneficio de los menores e integridad de la unidad familiar.

Según PEYRANO JORGE “la mayoría de la doctrina autoral estima que el instituto de caducidad de lo cautelar no puede funcionar en materia cautelar familiar porque la legislación civil no lo prevé ni lo regula” (Peyrano, Jorge W, 2008, p. 99).

Finalmente se puede señalar que la medida cautelar es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado y por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto al fallo final, con lo que resulta justificado una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión. En tal sentido requiere la concurrencia de presupuestos básicos generales.

---

<sup>8</sup>El artículo 801 de la norma procesal concede al solicitante treinta días posteriores a la petición para la presentación de la demanda, su utilización solo en lo pertinente remite a la norma especial, a saber, la Instrucción 187 que no formula pronunciamiento expreso al respecto, sino que conforme a los postulados de la doctrina se destina a la facultad del tribunal para habilitarlas.

## 1.2. Presupuestos y naturaleza de la tutela cautelar

Los presupuestos no son más que los principios que el legislador toma en consideración a los efectos de diseñar una institución y positivizarlos, son requisitos de procedibilidad a cuya falta sería imposible que procediera ante el órgano jurisdiccional. Si al ámbito cautelar se refiere, se llama presupuestos, a los elementos técnicos que resultan necesarios para disponer medidas cautelares.

Con las medidas cautelares se vincula la situación del proceso principal, conducentes a la satisfacción del logro de la pretensión sobre la que se haya obtenido éxito y la doctrina es uniforme al momento de abordar los presupuestos esenciales que tributan a la aparición de las medidas cautelares.

La doctrina clásica italiana es identificada por el procesalista CALAMANDREI PIERO<sup>9</sup> con las categorías de *fumus boni iuris*<sup>10</sup> y el *periculum in mora*<sup>11</sup>. El *fumus boni iuri* denominada también, como verosimilitud o apariencia del derecho, no es otra cosa que la apreciación que debe tener el juez sobre la justeza de la pretensión que se formula, que sin fundamento en título alguno, altere el régimen jurídico del demandado, ya sea en su patrimonio, o en su persona (Calamandrei, Piero, 1945, pp. 42-75).

El *periculum in mora* es definido por el citado autor como “el interés específico que justifica la emanación de cualquier medida cautelar”. De esa forma, el maestro italiano situó tal presupuesto cual premisa del régimen cautelar y estimó que está presente siempre que haya un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (Calamandrei, Piero, 1945, p.42).

El *fumus boni iuris* se identifica por la doctrina contemporánea como verosimilitud o apariencia de buen derecho. La probabilidad o la verosimilitud de un derecho quedan reflejadas en la existencia de un peligro de lesión o frustración del derecho.

El peligro debe ser objetivo y no basado en el temor subjetivo del actor, será necesario que se acrediten hechos concretos de los cuales pueda surgir ese peligro o ese riesgo. La situación jurídica que requiere cautela está relacionada con la

---

<sup>9</sup> Según Piero CALAMANDREI el *periculum in mora* surge de la existencia de un peligro de daño jurídico derivado de la dilatación del proceso donde se emitirá un fallo definitivo, cuando quizás ya haya sido transgredido el derecho.

<sup>10</sup> Término en latín que significa verosimilitud del derecho.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 10.

pretensión del proceso, resulta que en dependencia de la situación jurídica a que se refiera corresponderá en consecuencia la medida a disponer.

En lo que respecta a las medidas cautelares no se presupone como objetivo declarar la certeza de un derecho, resulta suficiente con que la presencia del derecho sea probable. Con tal apariencia de derecho no se pretende alcanzar la convicción en el juez sobre los hechos objeto de la litis, pero sí de que puede prosperar lo interesado en el proceso principal. Con el fin de lograr la verosimilitud o apariencia de verdad son requeridas las pruebas, solo aquellas que resulten necesarias para tocar de la mano la probabilidad.

Según PÉREZ GUTIÉRREZ la acreditación del *fumus* se inicia con la prueba documental. Resulta válido la presentación de los documentos de existir, al inicio del proceso, pero existen otras formas de justificación, tal es el caso de la aportación de datos o la exposición de argumentos. Se requiere de lógica y raciocinio para validar la posición del solicitante de la medida cautelar, ellos también pueden resultar suficientes para conducir a ese juicio de probabilidades que se pretende (Pérez Gutiérrez, Ivonne, 2012a, p. 73).

Para la autora citada se trata de aportar elementos que sean capaces de conformar cierto convencimiento en el tribunal, se habla de una posibilidad, que si se documenta, perfecto, pero si no es el caso, que al menos se argumente de forma que el juez se convenza. De tal forma no resulta lo fundamental generar en el tribunal la plena convicción, la acreditación corresponde al ámbito de lo probable, amén de que se produce como regla a través de documentos.

El *periculum in mora*, peligro en la demora, aparejado al lento tránsito del proceso hacia la sentencia definitiva, mientras se produce la prueba terminante de aquél, podrían desaparecer las cosas que interesan a la litis o producirse un daño irreversible a las personas comprometidas en la misma. Es evidente que la demora en el proceso constituye una realidad, el espacio de tiempo que existe entre el inicio del proceso y su final en no menos ocasiones atenta contra la eficacia del derecho obtenido.

Un punto clave resulta la duración del *íter* procesal, donde una vez pronunciada la resolución definitiva, puede que el derecho ya haya sido vulnerado, por lo que resulta

necesario para la disposición de la medida, la acreditación de un peligro de daño irreparable. No se hace referencia a un simple temor a un daño jurídico, sino un perjuicio irreparable a expensas de agravarse durante la espera.

Por otro lado, si se analiza que en el momento en que se interesa la medida, aun no concurren las condiciones para demostrar con entera convicción un derecho fundado, bastaría en tal sentido con la verosimilitud. En la praxis resulta más difícil la acreditación de un peligro de daño irreparable por lo que se requiere de argumentos fundados en criterios racionales.

La urgencia adquiere gran importancia, si se considera que lo referente a la demora del proceso, traería como resultado que el daño temido se convirtiera en realidad o tendería a agravarse. En consecuencia, quedaría sin eficacia la medida cautelar.

CALAMANDREI PIERO destaca dos tipos de peligro: de tardanza y de infructuosidad. El primero, se refiere a la duración del proceso; el segundo, al temor de que la otra parte realice actos que puedan tornar en ilusoria la resolución final a la que se arribe. No se trata solo de la necesaria prolongación del proceso, también la mora judicial, la ineficacia del proceso ordinario para dar solución con prontitud a los reclamos y la negativa conducta, de aquel contra quien se reclama cautela, justifica que se adopte precaución (Calamandrei, Piero, 1945, p.42).

Se evidencia que para la calificación del peligro no es suficiente conformarse con lo alegado por el solicitante, sino que a su vez, es necesario que el juez aprecie la situación de fondo. En tal sentido, se evidencia que aunque no sea imprescindible una certeza completa del *periculum in mora* se necesita que resulte apreciable de forma real y objetiva.

Otro presupuesto lo constituye la contracautela, que de acuerdo a lo planteado por PRIETO RODRÍGUEZ es la caución, la seguridad y la garantía, que a su turno debe ofrecer y prestar quien solicita la medida cautelar a los efectos de asegurar al contrario el resarcimiento de los daños y perjuicios que le pudiera ocasionar la medida cautelar, si la sentencia definitiva desestima la demanda. No es más que el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no resulte acogida (Prieto Rodríguez, Paola Sara, 2010, p. 8).

La contracautela no responde por el resultado del juicio, sino por los perjuicios que la medida cautelar haya podido causar. Es una aplicación del principio de igualdad pues si bien se permite al beneficiario de la medida asegurar su derecho, aun no reconocido por el juez; por otro lado, se garantiza a la parte contraria el resarcimiento por los daños y perjuicios que se le pudieran ocasionar, en caso de que el derecho no exista.

Por lo que en tal sentido constituye toda una garantía del derecho para quién no solicitó la medida cautelar haciéndole justicia al principio de igualdad entre las partes, al permitírsele al solicitante de la medida asegurar su pretensión aun y cuando no se haya reconocido por el tribunal el derecho que se reclama, por lo que también podrá el destinatario de la medida reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le pudieran suscitar si una vez concluido el proceso se evidenciara que el derecho pretendido era inexistente.

De tal modo la caución tendría como finalidad ofrecer garantías contra los posibles daños a quien soportó la medida y viene dado a restablecer el equilibrio y la igualdad en el proceso, al proveer a la persona contra la que se dispuso una medida cautelar de una garantía ante los daños y perjuicios que pudieran causarle la realización de la misma.

Respecto a los presupuestos procesales de las medidas cautelares, la prestación de una adecuada contracautela, no se exige por lo general para su efectivización. Tampoco la demostración sumaria de la verosimilitud del derecho, ni el peligro en la demora, sino que en todo caso, como requisitos para su concesión basta con la comprobación de las circunstancias descriptas en la ley de fondo.

PÉREZ GUTIÉRREZ significa que si bien las garantías de cumplimiento de las obligaciones, dispuestas en la ley sustantiva, poseen una función aseguradora del derecho de crédito, no debe confundirse nunca con la caución, de igual forma se distinguen otras alternativas, que pudieran utilizarse con una similar función en terreno procesal, amén de que hayan sido trasladados términos propios del derecho sustantivo a esa sede a partir de las semejanzas que pudieran presentar en cuanto a la finalidad (Pérez Gutiérrez, Ivonne, 2012a ,p.81).

La providencia precautoria reserva garantías para la parte que la interesó, aun más si se dispuso *inaudita altera pars*, la contraparte no tendría la posibilidad de oponérsele. A tales efectos sería factible el empleo de una vía en aras de aminorar los posibles daños y perjuicios que se pudiere haber ocasionado, hablamos de la una garantía para el caso de que resulte improcedente la disposición de la medida precautoria.

De las lecturas de Derecho Procesal de Díez PICAZO se toma la clasificación que ofrece de los presupuestos, los que pueden ser materiales o procesales. Aquellos que se encuadran en la primera distinción corresponden a los ya tratados, además de otros como: la adecuación de la medida a la situación jurídica que demanda cautela y refiere que la providencia cautelar que se interese no puede estar ajena al objeto del proceso principal y debe acoplarse a tenor del carácter instrumental que la identifica; así como la menor onerosidad, en cuanto considera disponer la precaución que se estime menos perjudicial para quien recaiga la misma (Díez-Picazo Luis, 2001, pp. 385-392).

En cuanto a los procesales, el autor anteriormente mencionado distingue algunos rasgos que denotan el procedimiento de adopción de medida cautelar, en los cuales sitúa la necesaria instancia de parte. Es del criterio de que las medidas cautelares deberán disponerse solo a instancia de la parte interesada y no *ex-officio*.

Llama la atención que la norma procesal cubana no brinda un adecuado bosquejo de estos presupuestos<sup>12</sup>, sitúa el *fumus* solo para las reclamaciones de pago y deja la caución como una potestad del tribunal. Especial atención despierta lo estipulado en cuanto a las circunstancias que han de presentarse para conformar la disposición de la medida cautelar, ellas deben ser debidamente acreditadas.

Según PÉREZ GUTIÉRREZ todo gira alrededor de determinar el alcance de la acreditación del *fumus*, lo cual implica un amplio empleo de los medios probatorios, lo que no resulta procedente en sede cautelar donde no se buscan hechos, sino indicios. Con tal disposición, se aleja la norma cubana del típico procedimiento de lo cautelar al priorizar la búsqueda de certeza y no verosimilitud, por ende ello solo

---

<sup>12</sup>Consultar los artículos 801, 802 y 804 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

resulta posible con una vasta utilización de los medios de pruebas (Pérez Gutiérrez, Ivonne, 2012b, pp. 43-44 ).

De los presupuestos para la admisibilidad y ejecutabilidad de las medidas cautelares en sede familiar, se deduce, que en la mayoría de los casos no se exige contracautela, así como tampoco la demostración sumaria de la verosimilitud del derecho ni del peligro en la demora, sino que en todo caso, basta con la comprobación de las circunstancias descritas en la ley como requisito para su concesión.

No se puede dejar de analizar la naturaleza jurídica de la tutela cautelar, en tal sentido se han suscitado diferentes criterios en cuanto a considerarlas o no como un proceso, un procedimiento instrumental del proceso principal o un incidente. Cuestión que requiere de un análisis para la comprensión de su finalidad.

Para ir hasta el fondo del asunto se debe partir de las peculiares diferencias existentes entre proceso y procedimiento, máxime si se conoce que un proceso se ejecuta a través de uno o varios procedimientos, a consecuencia los términos suelen confundirse en no muy pocas ocasiones por practicantes del derecho. Es válido esclarecer que la tutela cautelar no se encuentra unida necesariamente a la demanda, como es el caso del proceso civil, si así fuere, alcanzaría firmeza la resolución cautelar, a su razón no se puede hablar de efecto de cosa juzgada ni formal, menos material.

El régimen cautelar adquiere carácter accesorio o instrumental, garantiza la eficacia del proceso principal, constituyéndose así como incidente de éste, o sea va aparejado al asunto principal objeto de la litis, pero necesita de una resolución judicial distinta, a razón de esto se ventila por separado. La norma cubana concibe a los incidentes de carácter accesorio en relación con un proceso principal que les originan, no se especifica si se trata de incidente o cuestión incidental.

No existe proceso cautelar específico por carecer de una estructura propia, a consecuencia conforman un conjunto de medidas cautelares que van de la mano del proceso principal. Posee como objetivo el de preservar las garantías del proceso, evita que la resolución final pierda su eficacia.

Según criterio de PÉREZ GUTIÉRREZ la naturaleza de la tutela cautelar resulta de índole procesal como cuestión incidental, a tenor de ello encuentra sustento en ese derecho propio de toda persona a obtener un proceso con todas y cada una de las garantías previstas, ajeno a la acción plasmada a la demanda, con su ejercicio da a luz a un proceso que será quien determine la procedencia o no del derecho invocado (Pérez Gutiérrez, Ivonne, 2012a ,pp.55-67).

Su naturaleza de cuestión incidental se deduce de iniciarse la tramitación a través de un simple escrito en el cual viene contemplada la petición, no estamos en presencia de un escrito de demanda contentiva de una pretensión concreta. Finaliza con la resolución definitiva, razón por la que no se tiene en concepto de cosa juzgada.

El Derecho Procesal busca lograr una efectiva prestación jurisdiccional, que satisfaga de manera acabada y no ilusoria las pretensiones objeto del proceso. Para obtener el dictado de una Medida Cautelar es necesario tramitar un proceso cautelar, pero ella se dicta por ser necesaria para otro proceso que se va a iniciar o que ya se inició.

En ese sentido resaltan los caracteres de: instrumentalidad o accesoriedad a un proceso principal; la admisibilidad de las medidas cautelares en todo proceso y caducidad de la medida si se decretó como diligencia preliminar y no se inicia el proceso principal, esto solo confirma el carácter instrumental de la providencia cautelar con respecto al proceso principal ya que la misma caducará si en el plazo de treinta días no se inicia éste a través de la interposición de la demanda, finalmente la responsabilidad por la adopción de las medidas cautelares que recae sobre quien las solicita, es decir, la parte.

### **1.3. Especial referencia al proceso familiar cubano desde un enfoque teórico**

Conceptualmente, se alude al procedimiento familiar, que según PÉREZ GUTIÉRREZ es la sucesión de actos formales que la Ley prescribe para elucidar y resolver situaciones conflictivas de la vida social. Deviene entonces el Derecho Procesal en el conjunto de normas de procedimiento que establecen y rigen el proceso. Definido como concepto, debe distinguirse del procedimiento, el primero está integrado por el conjunto de todos los actos necesarios para resolver una litis o asunto. Es la totalidad

de todos los actos que se suceden, formándose con esos actos una unidad total, en interés de conseguir la cosa juzgada (Pérez Gutiérrez, Ivonne, 2012a, pp.55-57).

La esencia del Derecho Procesal, lo que constituye su objeto, es la institución proceso; el procedimiento, en tanto, es un elemento del proceso. De ahí que por Procedimiento Civil se entienda, el orden de proceder la tramitación de determinados actos, dirigidos a la investigación y resolución de los asuntos civiles y de familia a través de un método, trámites preestablecidos por la Ley. De ello se infiere entonces, que el Procedimiento Familiar será como todo Derecho Procesal, Derecho Público, la vía que permita el tránsito de los conflictos que tengan lugar en el ámbito de las relaciones familiares y que en virtud de ese proceso y no de las normas del proceso civil, resuelvan de manera ágil tales confrontaciones en el marco del Derecho de Familia.

De tal manera, las normas de procedimiento especial de familia se aplicarán a los siguientes casos:

- a) Situaciones en que se ventilen procesos de nulidad de matrimonio y de divorcio por justa causa sometidos a los tribunales de justicia; sus incidentes y trámite judicial de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.
- b) Situaciones en que se ventilen procesos sumarios de alimentos, relativos a la guarda y cuidado de niñas, niños y adolescentes; de régimen de comunicación entre padres e hijos; y sus incidentes.
- c) Situaciones en que se ventilen procesos ordinarios sobre reconocimiento de unión matrimonial no formalizada; de filiación; impugnación y/o reconocimiento de paternidad.
- d) Situaciones en que se provea a la ejecución de sentencias firmes dictadas en todos estos procesos signados por la impronta de los asuntos correspondientes a la familia.
- e) Situaciones en que se establezcan promociones de jurisdicción voluntaria sobre las declaraciones de incapacidad, tutela y adopción, incluidas las promociones sobre utilidad y necesidad de disponer de bienes de niños y niñas e incapacitados, previa declaración judicial de la incapacidad y luego de proveerse, en caso de los incapacitados o discapacitados, la tutela decretada.

ÁLVAREZ TORRES destaca que hasta la entrada en vigor de la Instrucción 187 del 20 de diciembre del año 2007, la mayoría de los procesos que se tramitaban en la jurisdicción civil de los tribunales de justicia, eran asuntos de índole familiar, que conocen los jueces de lo civil y aplican las normas procesales civiles, caracterizadas por la prevalencia del principio procesal de la escritura con respecto a la oralidad, no obstante a los formalismos y formulismos que signan a un proceso en que se dirimen enconadas controversias, luchas entre partes y que casi siempre tienen el sello patrimonial inherente al Derecho Civil, aun prevalece el mayor número de asuntos familiares (Álvarez Torres, Osvaldo, 2006, p. 1).

Agrega el citado autor que al contrario de la naturaleza controversial del proceso civil en general, el Derecho Procesal Familiar se sustenta en bases en que predomina el papel conciliatorio del juez de familia, que por tener función conciliatoria entre los valores del proceso familiar, debe abstenerse de conocer otros conflictos que se suscitan en la esfera del proceso civil, tales como los patrimoniales, reivindicatorias, rescisorias contractuales, impugnaticias y nulidades que impedirían al juzgador estar cien por ciento preparado, después de su participación en estas controversias para administrar justicia con un prioritario carácter de conciliación en el ámbito familiar del divorcio, los alimentos, las determinaciones de guarda y cuidado y régimen de comunicación, la adopción o la tutela (Álvarez Torres, Osvaldo, 2006, p. 3).

MESA CASTILLO por su parte afirma que no puede resolverse un litigio de familia con normas procesales que partan de una contienda irreconciliable entre las partes. Los principios del Derecho Procesal de Familia que signan ese procedimiento *sui géneris* y especialísimo son mucho más amplios, expeditos y flexibles que los conocidos principios rectores o principios técnicos configurativos del Proceso Civil (Mesa Castillo, Olga, 2004, p. 25).

El añorado procedimiento familiar aun es un tema que genera mucha polémica. Desde el año 2003 se desarrollan Talleres de Procedimiento Familiar, que han creado un ambiente de consenso en cuanto a la necesidad de un procedimiento específico que ofrezca el tratamiento especializado de los conflictos familiares.

Con el fin de dirimir estos litigios se establecen las medidas cautelares, las que pueden instarse bien de oficio por los tribunales de justicia o a instancia de parte.

BUSTO SERRANO puntualiza que 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. En consecuencia se 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 (Busto Serrano, Noris, 2005, p. 30).

ÁLVAREZ TORRES considera que el Derecho Procesal Familiar está llamado a tutelar normas de orden público y no privado; es un Derecho social, diseñado para solucionar, con racionalidad, agilidad y prontitud los conflictos que surjan en la esfera de las relaciones familiares. Los valores hacia los que se orientan son diferentes a los que apunta el Derecho Procesal Civil, por cuanto en él están en juego estimativas fundamentales como la dignidad personal, igualdad, unidad de la familia y el interés supremo de velar por el buen desenvolvimiento de las relaciones familiares; de los niños y niñas y de las personas de la tercera edad (Álvarez Torres, Osvaldo, 2006, p. 67).

MESA CASTILLO argumenta que en todo el mundo estos asuntos se juzgan aparte, debido a que tienen otras características, en ellos están en juego los sentimientos de las personas. No son procesos civiles, ni administrativos, ni laborales, sino que tienen una entidad que resulta diferente. Además, admiten la interdisciplina, el punto de vista no solo jurídico, sino del psicólogo, del sociólogo, del pedagogo (Mesa Castillo, Olga, s.d. p.13).

En la actualidad existen consideraciones referentes al momento de sustraer de la esfera del Derecho Procesal Civil al Derecho Procesal de Familia, pues no resulta procedente que dentro del cúmulo de trabajo de los jueces que atienden el proceso civil, constituyan uno más los numerosos juicios en los que se ventilan problemas familiares, de filiación, de guarda y custodia de los menores hijos, de alimentos y de bienes, que impiden al juez una dedicación especial a tan importante problemática.

Subsisten marcadas diferencias entre el proceso civil en general y el familiar, en tanto el segundo resulta más ventajoso para la tramitación de los asuntos, que a materia de familia se refieren ya que es por su propia naturaleza, principios que lo

informan y menor rigidez, más efectivo que el procedimiento civil, habida cuenta de la naturaleza especialísima del Derecho de Familia y los conflictos que en él se dirimen.

Si bien existe una Ley de Procedimiento Civil, que regula los asuntos de familia de una manera bastante flexible, en la que el legislador tiene presente la necesidad de un tratamiento especial para los asuntos familiares, los principios de inmediación, economía procesal y oralidad; las limitaciones del procedimiento civil cubano, en cuanto a la tramitación de los asuntos de familia, son determinantes a la hora de resolver el conflicto. Ellas se deben a la no aplicación de los principios del Derecho Procesal de Familia, a los que luego se harán alusión.

Así, en lugar de analizar el conflicto familiar desde el punto de vista integrador velando por los intereses de la familia como un todo, el procedimiento civil, en respuesta al carácter patrimonial del Derecho Civil, se funda en la concepción individual, de manera que tiene al individuo como centro de imputación de derechos y obligaciones, por lo que la defensa de los derechos de uno, implica el atentado a los intereses de la familia. De esa manera se privilegia el litigio y la violencia que de él se deriva, como forma de solucionar los conflictos familiares. A lo que se le suma que el proceso tipo, el ordinario, es en esencia, contencioso y no brinda muchas oportunidades a las partes para propiciar el acuerdo.

Esta concepción individual a la que se hace referencia, impide la búsqueda de la verdad objetiva, pues las nociones de verdad y justicia van a estar condicionadas por lo que interese a cada parte demostrar a su favor; por consiguiente, la decisión del tribunal no sólo estará lejos de resolver el conflicto familiar por no considerar a la familia como un todo y por ello, tomar decisiones que estén en función de su equilibrio; sino también, porque tales decisiones van a partir de una verdad a medias, con la cual tampoco se podrá llegar a la verdadera solución del conflicto.

En el procedimiento civil cubano, según CONRADO GONZÁLEZ prima el principio de publicidad, contrario al de privacidad que sustenta al Derecho Procesal de Familia. Es cierto que en el procedimiento cubano, hasta el momento, este principio cumple una función educativa, sin embargo, cuando se trata de relaciones familiares hay que tener en cuenta en primer lugar que cada familia tiene códigos propios, es decir, que

se organiza a su manera, establece jerarquías, distribuye roles genéricos y funcionales y resuelve los conflictos de una forma particular, que no tiene por qué servirle a otras familias; pero además, esa publicidad podría afectar la comodidad de las partes a la hora de exponer las verdaderas causas del conflicto, pues podrían sentir invadida su privacidad por personas que no van a aportar soluciones al conflicto (Conrado González, Yaumara, 2006, p.12).

Otra limitante, según esta autora, resulta la concepción histórica de organizar el trabajo del tribunal como arbitraje, que discrimina las posibilidades que tiene de buscar el acuerdo entre las partes como principal estrategia en pos de la solución del conflicto, para lo cual es imprescindible la participación de las partes en la toma de las decisiones como garantía del cumplimiento de lo acordado. En el procedimiento civil esto es imposible.

Los principios procesales que informan ese nuevo derecho procesal familiar según HERNÁNDEZ ENRIQUEZ son: el principio dispositivo, que entraña la iniciación del proceso a instancia de parte, salvo las excepciones que por Ley se establezcan; el de impulso procesal de oficio, que parte del postulado de que una vez iniciado el proceso familiar, será dirigido e impulsado de oficio por el tribunal, que evitará toda dilación o la realización de diligencias innecesarias y tomará todas las medidas pertinentes para impedir su paralización; la inmediatez procesal que significa la presencia física del juez en todas las actuaciones procesales que se verifiquen y asegura la concentración de los distintos actos procesales, con vista a la necesaria agilidad que debe caracterizar el procedimiento familiar y la oralidad y publicidad (salvo excepciones) de los debates, que se verificarán en presencia no sólo de los implicados y sus representantes, sino de la población como controladora máxima de la realización de la justicia en un aspecto tan importante como son las relaciones familiares (Hernández Enriquez, Yisel, 2010, pp. 30-35 ).

Todos los actos procesales que se verifiquen deberán realizarse a viva voz, donde se reseñe de forma sumaria en acta los particulares que sean de relevancia, lo que exige que el tribunal o el juez que se designe presidan cada uno de los actos procesales que se lleven a efecto. La igualdad de las partes en el debate será

garantizada por el tribunal en el desenvolvimiento del procedimiento familiar en cada uno de sus actos.

La preclusión, vista como pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, impide el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidas y consumadas, pero al contrario del proceso civil, se flexibiliza sin que ello implique que el procedimiento familiar se haga interminable, sino que permita su retroacción en interés de lo que resulte más beneficioso para la familia; los menores o personas de la tercera edad.

En ese nuevo procedimiento de familia se va a la búsqueda imprescindible de la única verdad posible: la correspondencia con el mundo, con el efecto garantista de la preservación del derecho a la defensa. Se amplía la posibilidad de escuchar a los menores en las controversias familiares, en franco derecho a lo refrendado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Una pauta importante la constituye la intervención real y efectiva de la fiscalía como garante del interés público y órgano que ejercita la acción de protección para los intereses de la familia; los menores incapacitados y personas de la tercera edad. Dada la necesaria flexibilidad que debe caracterizar el procedimiento familiar, en la mayoría de los casos, queda en manos de los tribunales de justicia la adopción de las medidas cautelares que estime necesarias para la protección personal de los miembros de la familia, así como para evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes antes de que se dicte sentencia o para asegurar de forma provisional los efectos de ésta.

Dichas medidas pueden 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, que se prorrogue su vigencia.

En Cuba, la instrumentación del Derecho Procesal de Familia tiene su basamento constitucional en el artículo 35 de la Constitución de la República de 1976, capítulo IV, dedicado a la familia en el que se expresa: “el Estado protege la familia, la maternidad y el matrimonio”. De igual forma reconoce en ella la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales en la

educación y formación de las nuevas generaciones (*Constitución de la República de Cuba*, 2013, pp. 30-36).

Ese postulado constitucional se basa en la necesaria tutela a la familia y las relaciones familiares. Para ello no basta el establecimiento de un Código de Familia, contentivo de normas de derecho sustantivo familiar, sino que se precisa de un instrumento que materialice, que lleve a efecto y que sea el cauce por donde transite el derecho sustantivo de familia. Ese instrumento no es otro que el Derecho Procesal de Familia, ajeno a las regulaciones del proceso civil, que apunta a la realización de normas sustantivas civiles matizadas por el carácter patrimonial. De ahí su naturaleza distinta a lo que se pretende regular y tutelar con el Derecho Procesal Familiar.

En sus artículos 36, 37 y 38 la Constitución establece regulaciones respecto al matrimonio, los hijos, los deberes y obligaciones que ostentan cada uno de estos sujetos. En ellos se evidencia la importancia y protección ofrecida por el Estado a la familia. En el ámbito de las relaciones sostenidas por cada miembro dentro de ella, se le debe dar un tratamiento distinto a los conflictos que tienen lugar en el núcleo familiar, dada la especial naturaleza de la misma.

#### **1.4. El régimen cautelar para la materia familiar. Análisis desde la naturaleza jurídica del Derecho de Familia**

Como parte de las especificidades del proceso familiar, también el régimen cautelar en familia tiene características muy puntuales, justificadas por la naturaleza jurídica del Derecho de Familia. Al existir un predominio del elemento personal en las relaciones jurídicas familiares, se busca una protección a tales relaciones, que son muy diferentes a las relaciones patrimoniales del Derecho Civil.

Existe el criterio de que el Derecho de Familia es la menos jurídica de todas las ramas del Derecho, pero no porque le falte contenido técnico-jurídico, sino porque es quizás la más transversal en su conformación y aplicación, la que tiene en sí misma y con mucha fuerza el germen de la transdisciplina. En estos temas, para RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ resulta de obligada referencia lo planteado por OLGA MESA CASTILLO, en relación a que el Derecho de Familia y particularmente la justicia familiar, es para toda la vida, lo que le confiere relevancia (Rodríguez Gutiérrez, Guillermo, 2012, p. 252).

El que se catalogue a la familia como célula fundamental de la sociedad, significa para BUSTO SERRANO que en 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 de forma inevitable el sistema de relaciones globales de una nación. De ahí que sea importante la estructuración de un aparato procesal que permita resolver con eficiencia, el diferendo familiar con un sistema de medidas cautelares más eficiente y abarcador (Busto Serrano, Noris, 2005, pp. 4-5).

En Cuba, el Derecho de Familia se considera como una rama más del Ordenamiento Jurídico en estrecha relación con las demás. Tal Derecho no asume una jerarquía del interés individual sobre los intereses sociales, sino que se le atribuye la importante misión de regular los fines de las instituciones jurídicas familiares a las que les imprime valores.

Se define entonces el Derecho de Familia por MESA CASTILLO como el conjunto de relaciones jurídicas que se establecen entre los miembros de la familia, que incluye a los adoptantes y a los tutores. Esas relaciones reflejan a su vez las relaciones personales, sociales, materiales, que se crean entre ellos (Mesa Castillo, Olga, 2007, p. 21-22).

Este Derecho en opinión de GIL RODRÍGUEZ tiene características propias encaminadas a la protección del grupo social, que son normas con un sentido predominante ético. Las relaciones personales se colocan en ellas por encima de las patrimoniales derivadas de éstas, al supeditar esas relaciones a los intereses superiores de la familia. La representación voluntaria no les es aplicable a algunos actos familiares, por el carácter personalísimo que tienen, además de la reciprocidad absoluta de los deberes y derechos familiares (Gil Rodríguez, Tatiana, 2012, p. 25).

Para esta autora la notoria intervención estatal en la protección de las relaciones jurídicas familiares, en tanto célula fundamental de la sociedad, es lo que le imprime un carácter muy especial a las declaraciones de voluntad de las partes que van a intervenir en los vínculos jurídicos familiares, elementos que le imprimen el carácter de especial y que justifican la regulación autónoma tanto en el orden sustantivo como procesal, expectante en cuanto a ésta última, pues Cuba no cuenta con una norma de esa naturaleza en el orden familiar.

A través del Derecho Familiar el Estado no sólo configura un modelo ideológico de familia, sino que hace descansar sus instituciones en los valores de la nueva moral ciudadana, desprovista del interés patrimonial y permeada por el propósito de absoluta igualdad jurídica entre el hombre y la mujer y entre todos los hijos, cualquiera que sea el estado civil de sus padres.

En primer orden se protege el interés de la familia, concebida como institución social y célula elemental de la sociedad y el de los menores e incapacitados, como sujetos más necesitados dentro de ella. Su naturaleza jurídica lo hace a su vez diferente del Derecho Civil.

Resulta importante señalar que Cuba, amén de que consintiera la segregación del Derecho de Familia del Derecho Civil, mantuvo una postura pasiva en relación al tratamiento de los asuntos familiares tramitados en tribunales civiles. No obstante, eso constituyó una premisa importante para que en la actualidad existan los Tribunales de Familia en pos de una mejor aplicación del Derecho sustantivo de tal naturaleza. Se afirman así los postulados que defienden al Derecho de Familia como rama en esencia, de Derecho social.

Para RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ (2012, p. 252): “el Derecho Civil y por igual orden las obligaciones civiles, comportan un tratamiento más tangible, más formal, más ritual, más privado y en cierta medida también con normas más prolongadas y estables en el tiempo, como por ejemplo los preceptos sucesorios”.

Destaca el citado autor que a diferencia del Derecho Civil, en el Derecho de Familia y también en las normas relativas al ejercicio de la patria potestad, la esencia del ejercicio del derecho no va dirigida de forma directa siempre a la contraparte, sino a una tercera persona sujeto de derecho, que es el menor, por tanto hay una satisfacción o una obligación en torno a esa persona, que goza por demás de una especial protección y que se traduce en los tribunales en el ejercicio de la función tuitiva que les viene asignada.

Queda claro que el proceso civil, con su naturaleza de marcado carácter patrimonial, no siempre puede dar respuesta efectiva a las peculiaridades de los conflictos familiares, al resultar sensible esta impronta cuando en el centro de la litis o del proceso de que se trate, involucre a niños o adolescentes.

En Derecho de Familia no es posible obtener el cumplimiento forzado de la mayoría de las obligaciones en sede familiar, al quedar entregadas al sentido ético o a la costumbre, una importante excepción es el Derecho de alimentos.

El Derecho de Familia regula situaciones o estados personales, es una disciplina de estados civiles (de cónyuge, separado, divorciado, padre, madre, hijo) que se imponen respecto de todos. Además dichos estados pueden originar relaciones patrimoniales (derechos familiares patrimoniales), pero con modalidades particulares, distintas de aquellas del Derecho Civil, pues son consecuencia de tales estados y por tanto, inseparables de ellos.

El Derecho Familiar posee un claro predominio del interés de la familia en sustitución del interés individual. Ello genera importantes consecuencias, sus normas son de orden público, es decir, son imperativas e indisponibles. No se deja a la voluntad de las personas la regulación de las relaciones de familia; sin perjuicio que tal voluntad sea insustituible en muchos casos como en el matrimonio o la adopción, pero sólo para dar origen al acto, no para establecer sus efectos.

La Naturaleza Jurídica del Derecho de Familia, se basa en que las relaciones familiares son reguladas por normas jurídicas, que son de Derecho Público. En la sociedad socialista la primacía de los intereses sociales, sobre los intereses particulares, tipifican un sistema de relaciones no solo uniforme en su esencia, sino también en sus objetivos, por lo que no puede admitir por principio esta clásica división del ordenamiento jurídico.

Con el tiempo se consideró que el Derecho de Familia, es una sub-rama del Derecho Civil, sin embargo, puesto que este último se estructura sobre la base de la persona individual y las relaciones de familia, no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad. En la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del Derecho, con principios propios, para esta consideración es necesario que se den tres supuestos: la independencia doctrinal, la independencia legislativa y la independencia judicial.

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ puntualiza que en el Derecho de Familia, se regulan relaciones de naturaleza diferente que requieren de una peculiar sensibilidad, al intervenir o ser el centro de los procesos niños o adolescentes. Dicha sensibilidad,

que debe mantenerse en todo el proceso, no puede perderse al final si llegare el caso incluso de tener que ejecutar de forma forzosa la decisión judicial. Además, es insoslayable en estos casos el carácter público y social (Rodríguez Gutiérrez, Guillermo, 2012, p. 252).

MANTECÓN RAMOS reconoce que el conflicto familiar no puede ser tratado dentro de los marcos de un procedimiento limitado por el predominio de la escritura como el civil. En su opinión, a nadie se le ocurriría dudar que del predominio de la escritura se derivan los demás inconvenientes que transforman a los pretendidos principios técnico-configurativos del proceso civil en sus contrarios; lentitud en lugar de celeridad, mediatez por inmediatez, disgregación por concentración, desigualdad de las partes; es decir, contra-principios en lugar de principios (Mantecón Ramos, Ariel, 1997, p. 21).<sup>13</sup>

La regulación de lo cautelar en el procedimiento familiar adquiere algunas singularidades que lo diferencian del resto de las características específicas del Derecho Civil. Para PEYRANO JORGE (2008, p. 39) "lo cautelar en lo familiar es el sector más dinámico y cambiante de la materia precautoria".<sup>14</sup>

Del carácter singular del Derecho de Familia sobresale la apreciación de otros atributos propios de este Derecho, su sentido con predominio de lo ético, que incluye normas morales que carecen de sanción penal; el rango en que coloca a las relaciones personales por encima de las patrimoniales de ellas derivadas, al supeditar las relaciones patrimoniales a los intereses superiores de la familia. Señala MESA CASTILLO que también le es ajeno a algunos actos familiares el Derecho de representación voluntaria, por su carácter personalísimo, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo y su inscripción en el Registro del Estado Civil, la impugnación de la paternidad, no pueden realizarse por poder (Mesa Castillo, Olga, 2004, p. 31).

---

<sup>13</sup>Mantecón Ramos, expone su criterio en relación al tratamiento que debe tener procedimiento de familia, diferente del civil en el Segundo Encuentro Internacional sobre Protección Jurídica de la Familia y el Menor desarrollado en La Habana.

<sup>14</sup>Jorge W Peyrano enfatiza acerca de las singularidades de la tutela cautelar, específicamente las dispuestas en sede familiar, puntualizando que lo cautelar en el procedimiento de familia posee diferencias muy puntuales que lo tornan muy disímil.

Esta autora caracteriza el Derecho de Familia, la reciprocidad absoluta con que se regulan los deberes y derechos familiares, así están establecidos los deberes y derechos conyugales y la obligación de dar alimentos entre parientes, lo que no matiza en general a los actos jurídicos civiles. En esencia, el Derecho de Familia, es un Derecho específico y único, diferenciado del Derecho Civil y cuya Naturaleza Jurídica se basa en consideraciones ideológicas, políticas y éticas y en los altos intereses sociales contenidos en las instituciones por él tuteladas (Mesa Castillo, Olga, 2004, p. 26).

La Naturaleza Jurídica del Derecho de Familia difiere del Derecho Civil. Si en este último las relaciones patrimoniales ocupan el lugar principal, en el primero son las personales. Se justifica a razón de esa naturaleza jurídica, las características especiales que posee el régimen cautelar en sede familiar.

El régimen cautelar en el procedimiento de familia resulta por su propia naturaleza diferente, al contar con principios propios, menor rigidez y ser más efectivo y sensible en lo que se refiere a la protección de las relaciones familiares. En este ambiente surgen conflictos con una connotación peculiar, por lo que se pretende solventar estos litigios de manera tal que no se infrinja un daño a la dignidad personal, igualdad y a la unidad de la familia.

Para los conflictos familiares no cabe en rigor justicia formal, contenciosa, adversarial, sino que debe valorarse un tipo de justicia que aporte soluciones beneficiosas para el núcleo familiar en su proyección futura, en resumen, una justicia conciliatoria (Mesa Castillo, Olga & González Ferrer Yamila, 2009, p. 20).

En los litigios familiares las medidas cautelares de familia adquieren especial relevancia, por las características que poseen tales conflictos y su compleja proyección hacia diversas aristas de la relación humana. Al hablar de tutela de 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.

Se puede afirmar que dichas precauciones están destinadas en la mayoría de los casos a la protección de personas.

La Comunidad Jurídica Internacional, en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en Santa Fe, Argentina, en junio de 1995, exhortó a atender las

singularidades de esta materia y los intereses primordiales que en ella se debaten, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales de la institución cautelar vinculados al Derecho de Familia. Para cumplir este postulado, el juzgador desde una posición heurística, en uso del poder cautelar genérico podrá adoptar *ex officio* disímiles provisiones cautelares, para lo cual debe procurar coordinarlas de forma equilibrada en aras de organizar una familia en crisis, que en esencia difieren de las provisiones destinadas a la protección patrimonial (Águila Díaz, Bárbara Tamara, 2012, p. 172).

A partir de las características procesales intrínsecas del Derecho de Familia, la regulación de lo cautelar posee peculiaridades; no se busca un ganador y un perdedor, porque el grupo familiar debe verse como una unidad que requiere el desarrollo de una labor juzgadora en verdad tuitiva, con un juez que ostente amplias facultades para disponer medidas cautelares a fin de lograr una seguridad para todos los miembros de la familia.

Los procesos familiares adquieren la denominación de procesos sociales, donde la necesidad de aumentar la protección de los derechos conduce al incremento de una indudable función de auxilioria procesal.

Gran connotación alcanza el empleo de medidas cautelares para GONZÁLEZ GARCÍA en los supuestos de violencia intrafamiliar, según los estados de tensiones que se generan a consecuencia de la separación de la pareja, que distorsiona la estabilidad de los integrantes del grupo familiar, así como los devenidos conflictos que se gestan de las propias relaciones de convivencia que menoscaban la vida, la integridad psíquica o psicológica de sus integrantes (González García, Liyelis, 2010, p. 66).

KIELMANOVICH JORGE enfatiza que: En los procesos de familia las medidas cautelares adquieren un particular contorno, verificándose profundas modificaciones en torno a su carácter instrumental; su proveimiento *inaudita parte*, los presupuestos que hacen su admisibilidad y ejecutabilidad; la facultad del órgano para ordenarlas de oficio, la legitimación de las partes para solicitarlas; la disponibilidad inmediata de su objeto y la no sujeción normativa a términos de caducidad (Kielmanovich, Jorge L, 2008, p. 39).

En lo planteado por VELAZCO MURRAGA se aprecia que en el ámbito familiar la adopción de medidas provisionales en asuntos de familia requiere de un tratamiento especial por estar relacionadas de manera directa con el ámbito personal (Velazco Murruga, Miriam, 2011, p. 20).

En el régimen cautelar para la materia familiar no pueden tener la prioridad los derechos patrimoniales o económicos, como en el proceso civil, sino que va más allá de éstos, para tutelar derechos de carácter personalísimo, como la filiación, el derecho a la comunicación con los hijos, el derecho a la formación de una familia y a la protección de los ancianos. De ahí que los conflictos que se plantean sean de carácter humano, dada la naturaleza jurídica que caracteriza al Derecho de Familia.

### **El análisis realizado en el capítulo I permitió arribar a las siguientes conclusiones parciales:**

Las medidas cautelares van más allá de ser un conjunto de providencias de naturaleza cautelar, deben ser analizadas bajo la denominación de “régimen cautelar” al comprender disposiciones precautorias, con presupuestos y procedimientos únicos, destinadas a prevenir o evitar el agravamiento de un daño, originado a consecuencia de la dilatación del proceso y en caso de que llegase a producirse, a garantizar su pronto resarcimiento.

Como caracteres distintivos de las providencias cautelares resalta su carácter instrumental, su jurisdiccionalidad, su provisionalidad y variabilidad; su necesaria proporcionalidad con la pretensión de la demanda; dictado *audita altera pars* y pueden ser dispuestas a ruego de parte o *ex officio* por el órgano judicial.

La admisión de medidas cautelares requiere de la concurrencia de presupuestos imprescindibles como: el *fumus boni iuris*, el *perriculum in mora* y la contracautela, los que no cuentan en la normativa cubana con un dibujo adecuado.

El régimen cautelar adquiere una naturaleza de índole procesal como cuestión incidental que se evidencia con el inicio de la tramitación a partir de un sencillo escrito de petición, diferente en su caso a la pretensión concreta contenida en la demanda. A su vez la resolución que pone fin a su existencia no ostentará efecto de cosa juzgada.

Resulta procedente dimensionar la protección de las relaciones jurídicas familiares debido a la necesaria instrumentación de un procedimiento familiar propio, que ofrezca soluciones adecuadas a las peculiaridades de los conflictos familiares, que no siempre pueden encontrar respuesta en las normas del procedimiento civil por su naturaleza eminentemente patrimonial.

## **Capítulo II: Regulación legal del régimen cautelar en materia familiar. Propuesta de modificación y ampliación para la norma cubana**

### **2.1.El régimen cautelar en procedimientos de familia. Estudio de Derecho Comparado**

El origen legislativo de Cuba proviene de un mismo tronco común, que se extiende a lo largo del área de Iberoamérica, resulta útil a los efectos de vislumbrar hacia dónde va el mundo circundante, en el tratamiento al tema del régimen cautelar y en particular, las medidas cautelares en procesos de familia, analizar algunas de las legislaciones vigentes referentes al régimen cautelar familiar en países pertenecientes a la zona geográfica, en especial aquellas que contienen peculiaridades apreciables, como México, Panamá, España, Bolivia, Chile, El Salvador y Perú, las que se compararon con el caso de Cuba.

#### **2.1.1 México**

En México se puede hablar de un avance en materia de procedimiento de familia y medidas cautelares. El Código Civil Federal de este país, vigente a partir del año 2000, atendiendo al principio de la especialidad en el artículo 282, destaca que al admitirse la demanda de divorcio o guarda y cuidado mientras dure el juicio, el juez está obligado a dictaminar medidas provisionales, regula un régimen cautelar para la materia familiar.

En sus legislaciones, se asegura la cantidad de dinero que por concepto de alimentos debe otorgar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a sus hijos. Al referirse a éstos, la Ley dispone que de común acuerdo los progenitores, puedan proponer qué personas se encargarán de su cuidado, dejando la posibilidad de haber de un tercero o que sea cualquiera de ellos mismos.

México posee un proyecto de Código de Procedimientos Familiares Tipo y además posee dentro del título IV, Libro II del Código Federal de Procedimiento Civil, artículos del 379 al 399 las medidas preparatorias, de aseguramiento y precautorias que pueden adoptarse en procesos civiles y de familia, donde se destacan medidas necesarias para garantizar la separación y providencias importantes sobre los

menores. Su capítulo VI titulado “De las controversias de Orden Familiar”, regula todo un procedimiento de familia y su capítulo VII de los procedimientos de violencia familiar, establece un catálogo de medidas cautelares en ese sentido.

Un punto de connotación es que en México la guarda y custodia compartida se encuentra regulada y se establece cuando los padres lo soliciten en la propuesta del convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. Si no existe acuerdo entre las partes sobre la guarda y custodia compartida, se aplicarán excepcionalmente los requisitos exigidos en el Código Civil de cada estado de la República referentes a su solicitud por una de las partes, el Ministerio Público deberá emitir un informe favorable de la medida y que la guarda y custodia resulte el único modo de proteger el interés del menor.

### **2.1.2 Panamá**

En este país la Ley No. 3 del 17 de mayo de 1994, aprueba el Código de Familia en el que se regula el procedimiento familiar contenido en el libro IV “De la Jurisdicción y los Procedimientos”. El juez a cargo no tiene opciones de prevención o cautela suficiente para lograr la garantía del interesado. En los procesos de familia 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 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 cautelares necesarias.

El juez tiene la potestad para llamar a las partes a llegar a un acuerdo, pero no para tomar provisiones que permitan asegurar el resultado del proceso, a excepción de lo dispuesto en el artículo 763 del Código de Familia, que faculta al juez a dictar las medidas convenientes en interés del menor.

### **2.1.3 España**

El estudio del derecho comparado en España arrojó que la nueva Ley de Divorcio introduce la posibilidad de la custodia compartida, uno de sus cambios más

significativos. En el artículo 92.5 del Código Civil español se establece que "se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos. Para la disposición de esta medida únicamente se requiere de la valoración que merezca al juez la adecuación de dicha medida al interés del menor.

El II Título del referido cuerpo normativo, dedicado a las Acciones de Filiación establece en su artículo 100 que el juez puede adoptar las medidas de protección convenientes sobre la persona y los bienes del hijo o hija menor o incapacitado, incluso en caso de reclamación, puede acordar además alimentos provisionales a favor del hijo o hija.

En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se establece un procedimiento único para la petición de medidas cautelares, en su artículo 727 establece un régimen cautelar de 11 medidas, donde están incluidas las cautelas aplicables al Derecho de Familia, de carácter patrimonial.

#### **2.1.4 Bolivia**

En Bolivia, dentro del Código de Familia, regulan la jurisdicción y los procedimientos familiares a partir del artículo 366 en adelante. En los artículos del 388 al 390 bajo el título de "Medidas provisionales" se aprecia la instrumentación de medidas cautelares familiares, muy resumidas, característica similar que presenta el artículo 145 de medidas a tomar respecto a la situación de los hijos.

En la jurisdicción familiar que se dispone, se regula el cargo de Fiscal de Familia que interviene como representante de la sociedad y del Estado. Este país posee además la Ley de Organización Judicial del 19 de mayo de 1972 que estableció los "Juzgados de Familia". Además en el Código de la niñez y la adolescencia en el artículo 232 se regulan algunas medidas cautelares.

### **2.1.5 Chile**

En el caso particular de Chile la Ley No. 19.968 que entró en vigor en el año 2005 dispone la creación de los Juzgados de Familia. El artículo 15 de la citada ley, se refiere a la protección a la intimidad de las partes y en especial a los niños, niñas y adolescentes. En este cuerpo normativo se destaca lo referente al procedimiento que se sustancia en los casos de violencia intrafamiliar y la mediación familiar, en su artículo 71 regula un régimen cautelar familiar, además establecen otra serie de medidas en caso de violencia familiar reguladas en el artículo 92 del propio cuerpo normativo.

El Título IV de la referida Ley se dedica a los procedimientos especiales y el primer párrafo es sobre la aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes. En su Código Procesal, artículo 290, solo se recoge un régimen cautelar de naturaleza patrimonial, no familiar.

### **2.1.6 El Salvador**

El Salvador por el Decreto Legislativo No.133 del 20 de septiembre de 1994, la Asamblea Legislativa decretó la Ley Procesal de Familia, una ley especial amplia, reguladora del Procedimiento Familiar y de los Tribunales de Familia. En ese país a la Procuraduría General de la República le corresponde la representación de los menores e incapaces cuando carezcan de representante. Especial importancia posee el contenido del artículo 124 y siguientes, que contienen regulaciones especiales para el divorcio y la nulidad, la unión no matrimonial y convivencia, sobre las relaciones personales y patrimoniales, sobre la filiación, sobre menores, incapaces y personas de la tercera edad.

El referido artículo contiene 4 medidas de carácter provisional que se dispondrán para el caso de divorcio contencioso o nulidad del matrimonio, en la segunda de ellas se regula la disposición provisoria de guarda y custodia compartida. En su artículo 129 bajo el título “Medidas de protección” se regulan un total de 10 medidas cautelares de familia y en el artículo 144 se regulan otras 6 medidas para la protección de menores, incapacitados y personas de la tercera edad.

### **2.1.7 Perú**

En ese país la Ley número 27.155 regula la competencia de los Juzgados y Fiscalías de Familia, que modifica artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la Ley Orgánica del Ministerio Público (que incluye el cargo de fiscales de familia), del Código Procesal Civil y del Código de los Niños y Adolescentes. Las Salas de Familia conocen lo relacionado al derecho alimentario y el ofrecimiento de pago y consignación de alimentos, siempre que exista prueba indubitable del vínculo familiar y no estén acumuladas a otras pretensiones en la demanda; en caso contrario, son competentes los Juzgados de Familia.

Las pretensiones de pensión alimenticia se tramitan en la vía del proceso único del Código de los Niños y Adolescentes que en su artículo 177 establece la posibilidad que tiene el juez de dictar las medidas necesarias para proteger los derechos del niño o adolescente ante la existencia de actos lesivos, que atenten contra la salud física y mental de los mismos.

En el Código Procesal Civil se establece la posibilidad de disponer medidas temporales sobre el fondo en asuntos de familia y en interés del menor en el artículo 677, en el primer párrafo se autoriza la concesión de medidas cautelares temporales sobre el fondo propiamente dichas, que participen o se adelanten a lo que se resuelve en la futura decisión final y lo normado en el segundo párrafo por el contrario busca como finalidad proteger a los integrantes del núcleo o entorno familiar, durante la tramitación del proceso, contra actos de violencia física, presión psicológica entre otras, tratándose de medidas que se agotan en sí mismas, al no ser instrumentales del proceso principal.

En el artículo 675 se regula la asignación anticipada de alimentos. El artículo 485 regula que solo después de interpuesta la demanda son procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges, alimentos, tenencia y cuidado de los hijos menores (esta puede ser compartida) así como la administración y conservación de los bienes comunes.

En los artículos del 678 en adelante se regulan medidas temporales para los procesos sobre administración de bienes. Se faculta al juez para adoptar medidas necesarias para el cese inmediato de actos lesivos, pudiendo hacer uso de

facultades coercitivas que le otorga el artículo 53, para casos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución del cónyuge, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar.

### **2.1.8 Comparación con Cuba**

En resumen, en las legislaciones de los países del área iberoamericana analizadas se evidencia en todos, la instauración de un régimen cautelar, unos más propiamente de carácter familiar que otros. En el caso de Cuba se regula el régimen cautelar para la materia familiar en la Instrucción 216 de 2012, además se disponen medidas cautelares que protegen el derecho patrimonial familiar en la Ley No. 7 de 1977.

El proceso familiar se ha regulado en algunos casos dentro del Código de Familia, como ocurre en Bolivia, Panamá y España. El Salvador optó por una Ley Procesal de Familia, en México existe un proyecto de Código de Procedimientos Familiares Tipo. Chile toma la alternativa de una ley que organiza los tribunales especializados así como los auxiliares y contiene también las reglas de procedimiento. Perú, promulga una ley que adiciona o modifica otras. En Cuba no existe una Ley de Procedimiento de Familia, este procedimiento encuentra sustento en la citada Instrucción 216 de 2012.

En el caso de España si no se presenta el proceso principal dentro del plazo de 20 días se deja sin efecto la medida; por su parte El salvador establece 10 días para la caducidad de la medida; Perú dispone que toda medida cautelar caduca a los cinco años contados desde la fecha de su ejecución; en Chile es a los 90 días; Panamá a los 6 días; México a su vez establece un plazo de 180 días que se le aplica a los incidentes. En Cuba el plazo de caducidad está condicionado a un término de 30 días, en el que debe interponerse el proceso principal.

En España y Perú para la disposición de medidas cautelares es requisito la necesaria instancia de parte con excepciones que la propia ley establece, en El Salvador el juez puede disponer medidas sin necesaria instancia de parte, en el caso de Bolivia el juez tiene esta facultad solo para algunas medidas muy puntuales, en Chile se pueden disponer medidas de oficio o a instancia de parte al igual que en México, en Panamá el juez a cargo no tiene opciones de prevención o cautela suficiente para lograr la garantía del interesado. Cuba regula que la adopción de

medidas cautelares puede ser de oficio por el tribunal o a instancia de la parte interesada.

En Perú, Chile, Bolivia, México y El Salvador las providencias cautelares pueden instarse antes y durante el proceso, en España pueden interesarse de forma previa, pero esto no es para todas las medidas, decide el juez con su facultad discrecional, en Panamá no se puede disponer medida cautelar antes de la demanda. En Cuba se admite su sustanciación de forma previa a la demanda. La disposición de cautela de forma previa a la demanda, está condicionada a lo planteado anteriormente respecto a la caducidad.

Como un elemento importante se apreció que en España se dispone la escucha al menor y condicionan la misma a que tenga 12 años, Bolivia por su parte cuenta con un Equipo Interdisciplinario compuesto generalmente por un trabajador social y un psicólogo. En Cuba no se sujeta la escucha del menor a una edad predeterminada y existe un Equipo Técnico Asesor Multidisciplinario que auxilia al juez en la toma de decisiones.

En varios países se disponen medidas cautelares que poseen semejanzas a las establecidas en la Instrucción 216 del Tribunal Supremo Popular tales como:

Restitución de la custodia del niño, niña o adolescente (Chile); prohibición o autorización del cambio de la residencia del menor (España); asignación de la custodia provisional del menor, a uno de los padres, a abuelos o a otra persona (España, Salvador, Bolivia, Chile); asistencia obligatoria a programas educativos o terapéuticos, tratamiento médico entre otros (El Salvador, Chile); prohibición de visitar el hogar familiar y lugares de trabajo o estudio u otros similares (El Salvador, Chile, México); inventario y prohibición de la disposición de los bienes comunes (España, El Salvador, Bolivia); la anotación preventiva de la demanda (El Salvador, España).

Como una cuestión relevante se observó que en todos los países seleccionados se establece como obligatorio el pago de pensión alimenticia como medida genérica, donde el juez está facultado para ordenar y dictar precauciones necesarias en interés del menor.

El estudio arrojó además, nuevas medidas dispuestas en varios países, no recogidas en la legislación cubana como: el establecimiento de un determinado rango de edad de los menores que deberán estar siempre con la madre, salvo que haya un peligro grave para su desarrollo (México); prohibición de salida del territorio nacional (España, Chile); prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo (España); exclusión del hogar familiar del infractor (El Salvador); la prestación de caución juratoria (El salvador); el ingreso a un programa de familias de acogida o centro residencial (Chile); suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el menor (Chile); ordenar la exclusión del agresor y el reingreso de la víctima al domicilio del grupo familiar (México).

La medida de prestación de servicio comunitario, en caso del incumplimiento de pago de pensión alimenticia, se incluye en las legislaciones de Perú y España<sup>15</sup>, pero en las de tipo penal, estableciéndose como una sanción, Cuba por su parte sanciona esta conducta de incumplimiento de la obligación de pago de pensión alimenticia en el capítulo III, Sección Segunda “Otros Actos Contrarios al Normal Desarrollo del Menor” sin llegar a instrumentar esta medida en sede familiar. En el caso de España, México, Perú y el Salvador se regula la providencia cautelar de guarda y custodia compartida.

En las legislaciones procesales de Bolivia, México se establece la figura del gestor, pero únicamente de negocios, donde se dispone la obligación de rendir cuentas al juez. En el Código Procesal de Chile se estipula la figura de administrador como el acreedor de una deuda respecto a los bienes dados en concepto de prenda pretoria por el deudor, con la obligación de rendir cuentas, lo que se instrumenta de forma similar en El Salvador, Perú y Panamá. En el caso de España en su Ley de Enjuiciamiento Civil concibe las figuras de depositarios y/o administradores en caso de bienes enajenados por medidas cautelares (embargo o depósito).

---

<sup>15</sup> Los códigos penales de países como el de Perú y España recogen la obligación de dar alimentos y su correspondiente omisión en el caso del primero como un delito reprimido con privativa de libertad no mayor de 3 años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas establecido en el artículo 149 de su Código Penal. En España por su parte en el artículo 227 de su código consignan la sustitución de la cárcel por trabajos comunitarios.

En resumen la figura del gestor con rendición de cuentas al tribunal, no se apreció en ninguno de los casos para la materia familiar.

No se evidenció en ninguna de las legislaciones analizadas la posibilidad de disponer medidas cautelares en momento posterior al proceso de divorcio y de reconocimiento judicial de unión matrimonial no formalizada.

## **2.2. Régimen cautelar en procedimientos de Derecho de Familia en Cuba. Regulación legal**

MENDOZA DÍAZ (2007, p. 6) al referirse al régimen cautelar en la legislación cubana expresa que “el proceso civil cubano desconoció la presencia de lo que pudiera denominarse como un régimen cautelar pues se limitó a regular el embargo como única medida denominada (...)”.

El referido autor aprecia orfandad legislativa en el diseño procesal patrio en sede cautelar, aunque reconoce como meritoria la incorporación de un nuevo régimen cautelar al escenario procesal cubano, revela que no obstante la aportación hecha por el nuevo régimen cautelar, se aprecian incoherencias en el diseño de aquellos requisitos que la doctrina tiene delimitados como presupuestos para la adopción de todas las medidas cautelares e incluso antinomias, entre estos, en el régimen cautelar.

Resulta novedoso el tratamiento cautelar para el proceso civil en general, que en los procedimientos de familia en Cuba prácticamente era inexistente. En materia de Derecho de Familia todavía no se logra materializar un procedimiento propio de tal naturaleza para tramitar los conflictos que se generan en el ámbito de las relaciones familiares, por lo que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, para brindar un tratamiento especializado en la materia, dictó la Instrucción No 187 de 20 de diciembre de 2007, que implementó algunas modificaciones en los procesos vinculados al Derecho de Familia, como la adopción *ex officio* de medidas cautelares con base la primera de ellas, en el artículo 40 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

En los POR CUANTOS, contenidos en dicha Instrucción, se le atribuía especial evocación a las disposiciones del Código de Familia de 1975, que contribuyeron

notablemente a los avances logrados en el ámbito educativo y cultural de la población cubana; no obstante requieren de reformulación para atemperarse al desarrollo alcanzado por la sociedad cubana; a la materialización de la implementación de la experiencia, que sin contravenir las normas vigentes, permitían validar en la práctica judicial aspectos novedosos que se incorporaban al ordenamiento procesal en vigor; la necesidad de establecer, en correspondencia con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que cuando las circunstancias lo permitieran, el niño o niña sería escuchado por el tribunal que conoce del asunto, en aquellos litigios en que se discuta lo relativo a su guarda y cuidado.

En los asuntos en que se requiriera por su complejidad y características, los tribunales pudieran recabar el parecer de un equipo técnico asesor multidisciplinario, que posibilite el acceso de los jueces y juezas a criterios profesionales especializados en esta materia y la especialización de los enjuiciadores y enjuiciadoras, lo que les posibilitaría utilizar adecuadamente las herramientas técnicas que brinda la legislación vigente y redundara en el incremento de la calidad en el tratamiento judicial de las cuestiones comprendidas en el Derecho de Familia.

La institución como tal fue bienvenida por la mayoría de los operadores jurídicos de familia, pero son muchos los que vierten el criterio que la edad del menor no debe ser la que marque el acceso a ser oído, como derecho primordial que le concede la Convención Internacional de los niños, niñas y adolescentes, si no la capacidad de razonar, de hablar, de acceder al oído judicial, en definitiva, la capacidad progresiva, observable, pero no medible, demostrada ante el juzgador o los especialistas asesores en su oportunidad procesal.

La eficacia de las instituciones de garantía en opinión de BUSTO SERRANO, 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 éste se derivan, lo cual tiene que ver con el nivel de especialización del personal, (Busto Serrano, Noris, 2005, p. 3).

En relación a lo planteado por Busto, la autora de esta investigación considera que en el caso de la normativa legal que se analiza, no resultaba específica, al no implementar un régimen cautelar específico para dar cobertura a los litigios familiares.

Resulta imprescindible, se doten primero a los operadores de un instrumento legal eficiente que conduzca al necesario cambio de mentalidad, por lo que debe ser objetivo priorizado de los que se dedican al estudio y la práctica del derecho procesal, examinar estos temas, debatirlos y proponer soluciones que permitan transitar en el menor tiempo posible ese camino hacia la eficacia.

Con la Instrucción 187/07, el órgano gubernativo realizó una previsión, más que una regulación, pues no quedaba claro a qué medidas cautelares se refería cuando estipuló la adopción de medidas tendientes a restablecer la equidad procesal, incluidas las de tipo cautelar, en esa fecha, no se había establecido un catálogo. De cualquier manera, los pronunciamientos sobre medidas cautelares, sin haber hecho antes mención alguna a las mismas, evidencian que al reconocerlas, se busca un paliativo para subsanar el “involuntario” olvido del legislador (Pérez Gutiérrez, Ivonne, 2012a, p. 29).

Dicha instrucción del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, no constituyó una modificación legislativa, fue dictada partiendo de la facultad discrecional que conserva el Tribunal Supremo Popular para hacer factible la interpretación y aplicación de los cuerpos legales a los que debe obediencia, preceptuado en el artículo 19, apartado 1, inciso h de la Ley 82, De los Tribunales Populares del once de julio del año 1997, por tanto, fue redactada desde el articulado de la vigente, pero sumó ciertas instituciones y enfoques jurisdiccionales, proscriptos a nivel internacional, que permitieron dosificar y pertrechar al Derecho de Familia adjetivo, de herramientas necesarias para las garantías esperadas.

Este cuerpo normativo en su apartado primero dispuso la convocatoria a comparecencia en todos los procesos de familia con el objetivo de agotar las posibilidades que ofrece el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil,

Administrativo, Laboral y Económico. Para ÁLVAREZ TORRES circundan cuestiones que ameritaban inmediatas valoraciones referidas a la factibilidad de conminar al juez a realizar comparecencia siempre culminada la fase de alegaciones, a las acotaciones de la publicidad de su celebración y a la viabilidad de concebir una metodología o esbozo procedimental que fije las pautas de su realización (Álvarez Torres, Osvaldo, 2012, p. 2).

Mediante esta regulación legal el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular incorporó la jurisdicción especializada de familia al sistema judicial y como uno de sus logros se señala, que procuró concretar los postulados de la Convención de los Derechos del Niño al identificar al menor como sujeto de Derecho, con derecho a ser escuchado por el tribunal que conoce el asunto relativo a la determinación de la guarda y custodia siempre que las circunstancias lo permitan, se condicionaba esta posibilidad a una edad determinada.

Esta temática es de trascendental importancia para el desarrollo y efectividad del proceso familiar en Cuba en la actualidad, el que se entiende como un importante logro para la buena marcha del proceso familiar. Por otra parte, es significativo decir que esta normativa poseía escasa regulación, no contenía todas las normativas familiares deseadas.

Pero a su vez, poseía novedades introducidas en la forma de tramitar los casos de familia, que fortalecía el respeto a garantías y derechos de las personas y que fueron concebidas en coordinación con la Federación de Mujeres Cubanas y reconocidos juristas nacionales y resultaron sumamente efectivas toda vez, que un número apreciable de los litigios se resuelven de forma armónica, con el mutuo acuerdo de las partes involucradas.

Por otro lado, la Instrucción 191, dictada también por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, cuya entrada en vigor data del día 1 de junio del año 2009, la cual le hizo extensiva al proceso civil la aplicación de lo pertinente de las medidas cautelares previstas para el proceso económico, sin pronunciarse sobre la tutela precautoria en sede familiar; motivación suficiente para que se haga un alto en la defensa del calificativo de especial de lo cautelar en familia, no resulta únicamente de sus características procesales que le diferencian del genérico civil, sino también

por la trascendencia que desde el punto de vista social, alcanzan sus pronunciamientos y la gran cantidad de procedimientos de sustrato familiar que se tramitan en la actualidad en los tribunales.

En resumen, la Instrucción 187/07 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, constituyó el primer instrumento procesal familiar dictado en Cuba que contenía aspectos procesales novedosos. Este instrumento jurídico, aunque no detallaba el procedimiento a aplicar, constituyó un cuerpo normativo de gran importancia para vitalizar las normas sustantivas familiares. Resultó una norma progresista y enfocada, pero poseía escasa regulación y no abasteció el procedimiento familiar que se necesitaba, porque la familia cubana está sujeta a constantes transformaciones, que propician el incremento de contenciones sociales y familiares, por tanto urgió la creación de las normas de procedimiento familiar en un cuerpo independiente o como sumatoria de un quinto libro de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

Se hizo evidente la necesidad del mejoramiento de la citada instrucción, al tenerse en cuenta la experiencia acumulada y las opiniones de abogados, jueces y fiscales, por lo que se trazó el camino para la entrada en vigor de la Instrucción 216 del propio órgano, de fecha 17 de mayo de 2012.

En opinión de DÍAZ TENREIRO (2012, mayo 24, p. 2) se trata de que prevalezca, en primer lugar, el interés del niño, cuestión muy relacionada con el papel protector de la familia, presente en la Constitución de la República y en la Convención de Beijing, de la cual Cuba es signataria. Se plasmaba como una obligatoriedad la de nunca escuchar al pequeño en el tribunal, sino hacerlo en un ambiente más adecuado, preferiblemente en las casas de Orientación de la Mujer y la Familia, de la Federación de Mujeres Cubanas. Quedaba limitada la cantidad de participantes en ese acto, para contribuir a que el niño pudiera expresarse libremente.

Se establecía de igual forma el aprovechamiento de las posibilidades contenidas en el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico<sup>16</sup>, pero como principal aporte estableció un catálogo de medidas

---

<sup>16</sup> Momento en que procede el llamamiento al proceso de terceros con interés legítimo; el modo de proceder para la escucha del menor; la participación del Ministerio Fiscal en estos en cada territorio

cautelares para la materia familiar, que en su momento no se estableció en la derogada instrucción 187/07, medidas novedosas y sumamente polémicas como la relativa a deferir transitoriamente la guarda y cuidado del menor a los abuelos durante la sustanciación del proceso, o bien la escucha del menor en sustitución de la exploración cualquiera que fuere la edad de este.

Anteponiéndose a la futura sentencia y cuando el conflicto familiar se vislumbra sumamente agudo, esta puede ser una herramienta muy eficaz del juzgador, porque permite que acciones que deban tener un proceso de implementación lento, como puede ser la comunicación largamente interrumpida entre un padre y su hijo por acciones de la contraparte que ostenta la guarda, se puedan ir realizando de manera menos traumática para el menor y su familia.

Por otro lado, permite un control de su ejecución en medio del proceso por lo que puede el tribunal observar más de cerca los acontecimientos, accionar de manera más inmediata en el seguimiento de lo acordado, hasta practicar otras pruebas que mejor convengan a los intereses de los menores y fundamentar mejor el fallo definitivo que en su día se adopte.

Otra cuestión que encuentra solución es el vacío que existía referente a la no sujeción a plazo de caducidad entre la solicitud o toma de la cautela y la presentación del proceso; cuando el apartado noveno de la normativa judicial cubana remite expresamente al articulado del Decreto Ley 241/06 y en especial al precepto 801.

De manera general se denota un creciente ánimo de llevar lo cautelar en materia de familia por los caminos de la protección al componente psicológico o emocional de la familia afectada por conflictos, ya sean los que surgen dentro de la litis, como los que dan origen al debate, lo que constituye uno de los grandes aportes, en cuanto a las añoradas cautelas de corte personal o grupales, éstas últimas muy poco tratadas en la doctrina nacional.

---

del equipo multidisciplinario; la necesidad de mecanismos que aseguren el ulterior cumplimiento de las obligaciones declaradas por resolución firme, mediante un sistema cautelar propio que incluya la actuación oficiosa de los tribunales y la solicitud a instancia de las partes involucradas, además de la posibilidad de adopción de tutelas urgentes, dada la connotación de los intereses que se protegen; y específicas previsiones para el caso de la ejecución forzosa de lo decidido en firme, para lo cual se debe partir de una visión integradora y armónica del ordenamiento vigente.

La referida Instrucción 216/12 ofrece un nuevo matiz al trabajo de los órganos jurisdiccionales en materia de procedimiento al dotarlos de un mejor instrumento de trabajo para la toma de decisiones, donde resalta la garantía que representa el hecho de que los implicados puedan ser escuchados personalmente y no solo a través de sus abogados. Por lo que se puede afirmar que prevalece el protagonismo de las partes en los actos judiciales familiares, lo que permite acceder a una solución del litigio más rápida y efectiva, acrecentándose la asistencia de los implicados a dichos actos.

Una cuestión de meritoria importancia para ÁLVAREZ TORRES es que establece la posibilidad de que los niños sean escuchados<sup>17</sup>; para ello, no existirá límite de edad, solo se deberá confirmar la capacidad del infante y el propósito es darle participación como verdadero sujeto de derecho que ostenten suficiente juicio y aptitudes madurativas, teniendo en cuenta, en principio, que sea capaz de expresarse mediante el lenguaje verbal y articulado (Álvarez Torres, Osvaldo, 2012, p. 2).

De la Instrucción 187/07, la 216/12 toma lo referente a la incorporación al procedimiento familiar del equipo técnico, asesor y multidisciplinario, coordinado por la Federación de Mujeres Cubanas, desde que se celebra la comparecencia judicial; permite a los miembros de dicho grupo pertrecharse de los detalles de la contención que tiene lugar, propiciando instrumentos al tribunal para un desenlace pacífico, realizar acciones posteriores al acto con los especialistas que lo conforman, en aras de guiar a las partes por el camino correcto o para ofrecer un dictamen contundente a manera de pericia, si resultare necesario evocarlo. La participación voluntaria de este equipo no logró ser efectiva por sí sola, por lo que requirió, durante los años de aplicación, de la Instrucción del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo como motor impulsor de la actividad.

En el ámbito legislativo actual del país, amén del deseo de reforma que existe y con independencia de los trascendentales logros en materia del Derecho de Familia, se constata que la tutela cautelar efectiva en los procesos de familia se encuentra frustrada a consecuencia de obstáculos y lagunas legislativas, por los que atraviesa

---

<sup>17</sup> Se regula en *Reglas mínimas para la escucha de menores de edad. Complemento a la Instrucción No. 216 de 17 de mayo de 20, Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.*

el proceso de familia, que no cuenta con un modelo procesal propio, ágil y expedito en materia familiar, que fortifique la credibilidad y eficacia de la función tuitiva del proceso judicial, dada la especial naturaleza y las estimaciones fundamentales que se derivan de las relaciones familiares.

Para DÍAZ TENREIRO (2012, mayo 24, p. 2) en Cuba es necesaria una legislación procesal profunda y abarcadora para tratar los asuntos de familia, tema de gran importancia por el bien jurídico que se protege.

En el presente, la solución de conflictos surgidos en torno a las relaciones familiares encuentran el cauce de actuación por las reglas del proceso civil tradicional en virtud del perfil supletorio del que está investido al no existir un procedimiento propio para sustanciar los procesos de índole familiar, el que posee un marcado carácter privatista muy distinto si de caución familiar se habla, que se caracteriza por sus rasgos humanistas y ser eminentemente social.

La necesidad de dimensionar la protección a las relaciones jurídicas familiares y principalmente, cuando actuando como sujetos de derecho se hallan los menores de edad, demanda de una consecuente especialización en el tratamiento jurisdiccional dentro de su ámbito existencial, que tenga en cuenta la transversalidad de esta rama del saber jurídico, combinada con una visión cada vez más humana, más integradora que garantice una real y efectiva tutela pública a sus destinatarios.

A pesar del espíritu protector de la Instrucción 216 de 2012, no resulta suficiente para satisfacer las exigencias requeridas conforme a las características propias de los procesos del Derecho de Familia, resultando siempre pertinente encontrar nuevas formas que tributen al perfeccionamiento del sistema cautelar previsto.

### **2.3 Perfeccionamiento del régimen cautelar en procesos de familia en Cuba. Propuesta de modificación y ampliación**

VELAZCO MURRAGA, desde la óptica de Derecho de Familia, especialmente en lo referente a las relaciones paterno-filiares ante los litigios que surgen por desacuerdo de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad y tras la crisis con motivo de la separación de estos, en la búsqueda de soluciones a problemas concretos, sugiere posibles ajustes a las normas vigentes en materia de familia y pondera:

La adopción de medidas anticipadas a la interposición del proceso, o provisionales en cualquier proceso solicitadas para asegurar los derechos de los hijos menores debe extenderse a cualquier trámite en que se diriman conflictos derivados del desacuerdo de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, con el propósito de evitar un perjuicio cierto a los menores ocasionado por la demora hasta la firmeza de la sentencia (...) (Velazco Murruga, Miriam P, 2008, p. 381).

### **2.3.1 Guarda y custodia compartida**

Cuando la pareja se divorcia, el peor problema a resolver y uno de los más sensibles por la relevancia que tiene para la preservación de los valores y relaciones familiares, suele ser la custodia de los hijos. En lo referente a la institución de guarda y cuidado en el apartado décimo de la Instrucción 216/12 queda plasmada la asignación de la custodia provisional del menor a uno de los padres, abuelos y excepcionalmente, a otras personas, mientras dure el proceso. En algunos casos esta solución del conflicto post-conyugal resulta satisfactoria para las tres partes involucradas: hijos, madre y padre.

Sin embargo, hay muchos casos en que fracasa, generando problemas tales como la falta del pago de los alimentos, el alejamiento del padre visitante, un síndrome de alienación parental en el menor<sup>18</sup> y el dolor de éste por no contar con uno de sus padres. A cualquier progenitor involucrado con sus hijos, la sola idea de separarse de ellos y convertirse en un visitante, le provoca un dolor intenso, una desesperación profunda y un desconcierto abrumador; crisis que suele conducir a situaciones de impotencia, además existen casos en que los niños luego de la separación viven solamente con uno de sus progenitores, pueden llegar a sentirse responsables de la partida del otro padre y sienten temor y ansiedad por no tenerlo junto a ellos.

Se genera en consecuencia problemas para el padre o madre que no tiene la custodia, como la frustración, el pensar que no tiene hijo, que se pasa meses sin

---

<sup>18</sup>Término utilizado por el profesor de psiquiatría Richard A. Gardner para referirse en lo que él describe como un desorden en el cual un niño, de forma permanente, denigra e insulta sin justificación a uno de sus progenitores. Trabajando como perito en casos de divorcios conflictivos o destructivos, se refirió al conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor, mediante distintas estrategias, transforma la conciencia de sus hijos con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición amorosa.

verlo, sin que la parte que incumple tenga apenas consecuencias, terminando en muchos casos con la pérdida del vínculo entre el padre o madre no custodio y el hijo. La Instrucción 216/12 no recoge lo referente a la medida de disposición provisoria de guarda y custodia compartida, la que debe de ser analizada en cada caso y aplicada de manera diferente, dependiendo de las situaciones familiares de los menores y de la pareja que se separa.

Como principal beneficio resulta que el menor, al enfrentarse al divorcio de sus padres si se implementase esta medida, no pierde el contacto con el padre, ni con la madre y sus familias extensas. Ambos progenitores continúan cuidando alternativamente y de forma provisoria a los hijos, ayudándolos a enfrentar la separación poco a poco y a socializarse con la situación.

Lo importante no es que se repartan al cincuenta por ciento el tiempo, sino que se alternen para cubrirse un progenitor a otro y dedicar al menor su tiempo, con la menor ayuda de terceros, favoreciendo una igualdad de vínculos de ambos progenitores con el niño, sin que uno ostente el poder sobre el otro y con esta medida ayuden a sus hijos a rebasar un proceso tan complicado, como lo es sin dudas el divorcio de sus padres, donde se encuentran en el medio del conflicto, que en muchos casos los afecta psicológicamente al pensar de que se alejarán de uno de ellos.

Estudios realizados por D.A.LUEPNITZ sobre custodias monoparentales y compartidas constatan que la mayoría de los chicos en custodia monoparental están insatisfechos con la cantidad de tiempo de visita del progenitor no conviviente, mientras que la mayoría de los que están bajo custodia compartida parecen razonablemente felices con sus contactos y accesos a ambos padres, donde la calidad en general de las relaciones progenitor-hijo, se determina como mejor en la custodia compartida. La relación del niño con el progenitor no conviviente está descrita en forma similar a una relación del menor con un tío o tía (“Custodia Compartida,” s.d. p. 2).

Como ya se comentó, en algunos países, como España, adoptan un plan de coparentalidad (o custodia compartida) que es el régimen más favorable para el interés del niño tras la separación o el divorcio de sus padres. En el plan de

coparentalidad deberán preverse todas las medidas que se consideren importantes para el bienestar del niño y en particular las siguientes:

Se debe valorar lo referente a los períodos de convivencia alterna del niño con cada uno de los progenitores, que serán lo más equitativos posible, en función de las circunstancias profesionales y personales de ambos padres y del acuerdo previo a que hayan llegado, un esquema de la distribución y compartición de responsabilidades generales entre ambos padres (decisiones educativas; intercambio de información escolar, sanitaria, sobre actividades extraescolares), además, un esquema de la distribución de responsabilidades económicas entre los excónyuges (gastos escolares o de guardería; gastos extraordinarios, si los hubiere; gastos de transporte y comedor escolar, ropa, calzado), en su caso las previsiones relativas a la vivienda familiar que guarden relación con el interés de los hijos y la consideración de las viviendas donde resida cada uno de los progenitores como vivienda familiar.

Todo lo anterior sustenta el criterio de la pertinencia de esta medida a tenor de las posibilidades que ofrece tanto para los padres como para los hijos que en definitiva resultan los más afectados por el divorcio.

### **2.3.2 Trabajo comunitario para quienes no estén vinculados laboralmente y resulte imposible embargarle salario o bienes**

Se conoce que los conflictos familiares suscitan una gran complejidad en lo que concierne a la determinación de la cuantía de la pensión alimenticia. En el caso que el demandado no se encuentre laboralmente vinculado, o se trate de un trabajador por cuenta propia, esta problemática se agudiza.

Cuestión a señalar resulta el aumento de los casos donde se denuncian a los padres que no satisfacen la pensión alimenticia a los hijos. Existen situaciones donde el padre/madre se genera a sí mismo una situación de insolvencia real o aparente, para después invocar que carece de recursos con los que hacer frente a las pensiones que le fueron señaladas.

El Código Penal cubano de 1987 en su artículo 315 tipifica esta conducta, considerándola delito bajo el título “Otros Actos Contrarios al Normal Desarrollo del Menor”, sancionándolo con la pena de privación de libertad de tres meses a un año o

multa de cien a trescientas cuotas o ambas; de lo que se evidencia la relevancia del tema para la sociedad, dada la protección jurídico-penal que se franquea.

En ocasiones el tribunal se ve imposibilitado de actuar por no encontrarse el alimentista vinculado oficialmente a un centro laboral o porque aun estándolo, cambia constantemente para eludir el embargo salarial. De ahí que se analicen conceptos tales como: renuncia maliciosa al trabajo, la que ocurre cuando el obligado, con la única finalidad perversa de no tener un ingreso mensual y de ese modo hacer imposible el cumplimiento de la resolución judicial, renuncia a su trabajo permanente que se le conocía. Puede tomar tal actitud en pleno trámite del proceso de alimentos, o aquel haya concluido y se presente ante la autoridad jurisdiccional como insolvente y solicite una disminución de pensión.

Cuando al estar ante una persona que aparentemente se encuentra bajo el concepto de insolvente, sin serlo, no existe una forma de comprobación de los pagos que percibe, cuestión que se alega por el obligado para eludir el pago de la pensión alimenticia a su menor hijo, por ejemplo el caso de un trabajador por cuenta propia donde no existe un certificado de salario devengado, que avale las sumas de dinero percibidas por esa persona y existiendo las declaraciones juradas correspondientes al ejercicio fiscal, estas se falsean en su contenido.

En consecuencia este trabajador por cuenta propia puede realizar labores que le generan ingresos y al tribunal no le consta esta realidad, dificultándose para la parte acreedora la posibilidad de probar dichos extremos y de que se tengan por veraces. En estos supuestos el obligado alega que se encuentra en situación de insolvencia y tiende a engañar y a manipular la verdad, no existiendo ningún tipo de medidas coercitivas contra ellos, capaces de hacerle frente a esta situación. A tenor de ello se hace necesaria la aplicación de una medida que se convierta en el mecanismo entre la comunidad y la sede judicial, de ahí que pudiese resultar provechosa.

Frente a esta realidad se enmarcan dos alternativas, la primera y estilada por el tribunal, es la aplicación del artículo 315.1 del Código Penal de 1987 referente en específico a decretar la privación de libertad del incumplidor, para que por medio del trabajo correccional se le descuenten las pensiones a favor de su menor hijo. La segunda opción corresponde al trabajo comunitario que no se incluye dentro del

catálogo de medidas de la Instrucción 216 de 2012, la que encuentra fundamentación en el presente trabajo.

Si bien la elección de la prisión resulta un mecanismo efectivo debería decretarse como última instancia, solo cuando se hayan agotado todas las demás vías posibles pues en algunos casos en lugar de resultar beneficioso, puede ser contraproducente, cuando no dañino, si se tiene en cuenta que en ocasiones no se contribuye de manera alguna a mejorar la situación económica de la familia ni mucho menos a lograr su unidad.

El trabajo comunitario para aquellos que no ostenten vínculo laboral a quienes resulte imposible embargarle salario o bienes, puede tomarse como una vía para reforzar el trabajo de este individuo con la comunidad, dígame los Comités de Defensa de la Revolución, Federación de Mujeres Cubanas (Casa de orientación de la Familia), el Consejo Popular y el Consejo de Escuela. Por esta vía se puede sustituir la cárcel por trabajo comunitario para que el obligado pueda realizar tareas de carácter social con las organizaciones de masas o por medio de la gestión con el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social donde este individuo puede obtener trabajos afines con labores que necesite la comunidad.

Lo anteriormente expuesto fundamenta que resulta viable la inclusión de esta medida, si se trata de rescatar el papel preponderante que caracteriza a dichas organizaciones, que a la vez realizan un trabajo de orientación con estas personas para potenciar un acercamiento de padres e hijos, reforzar las relaciones paterno-filiares y concientizar al progenitor de pagar la pensión alimenticia y su importancia para el buen desarrollo del menor y satisfacción de sus necesidades reales. En estos casos ellas realizan una labor de prevención ayudando a los padres a insertarse de forma útil en la sociedad y proteger sus lazos con la familia, especialmente con los hijos.

### **2.3.3 Nombramiento de gestor con rendición de cuentas al tribunal**

De particular interés resulta la medida concerniente al nombramiento de un gestor con rendición de cuentas al tribunal para la materia familiar, si se tiene en cuenta que el tribunal en muchas ocasiones no cuenta con los mecanismos necesarios para solucionar efectivamente los litigios que se presentan en ese contorno tan sensible.

Existen conflictos que se originan al iniciarse el proceso de divorcio y en un gran porcentaje de casos cuando una pareja decide divorciarse, en lo que se pone la demanda, transcurre el proceso y posteriormente se arriba a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, estos ya no existen o se encuentran en muy malas condiciones. Se dan situaciones en matrimonios, que al existir problemas serios en la pareja, llega el momento en que la coexistencia se hace insoportable y uno de los dos decide abandonar el inmueble, mientras que el otro tiene la posibilidad cierta de que en lo que se tramita el proceso, puede hacer y deshacer de estos bienes.

Lo expuesto evidencia la existencia de un verdadero estado de indefensión para la otra parte, por lo que se considera factible la designación de un gestor-depositario con rendición de cuentas al tribunal; que bien pudiera ser uno de los cónyuges o una tercera persona de forma preferible, en aras de evitar la ocultación o desaparición de los bienes por el cónyuge que de mala fe se proponga privar al otro de las posesiones que pudieran corresponderle luego de disuelto el matrimonio, con vistas al trámite de liquidación de la comunidad matrimonial que existió entre ambos, con independencia de que puede instarse en cualquier momento, dentro del año establecido para ello.

Esta medida del gestor depositario que se propone para el ámbito familiar posee similar naturaleza a la del depósito de bienes previsto para procesos civiles y económicos específicamente en el artículo 803 inciso d) de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico en relación con la Instrucción 217 de 2012 del Consejo de Gobierno del tribunal Supremo Popular<sup>19</sup>.

Una peculiaridad de esta medida, lo es la obligación de rendir cuentas, que aparece en todas las relaciones jurídicas en las que una persona administra distintos bienes sobre los cuales no tiene un derecho exclusivo, sea cual fuere el título por el que lo hace y la representación que ostente, cuando no hay conformidad entre las partes sobre la realidad de los mismos.

---

<sup>19</sup> La instrucción 217 permite ampliar las facultades en la materia civil que en determinados aspectos de la política judicial introdujo la Instrucción 187 del 2007.

Dicha obligación resulta de un principio de razón natural, pues únicamente quien tiene un derecho exclusivo sobre un bien puede disponer de él a su entero arbitrio y se halla liberado, por ende, del imperativo de tener que rendir cuentas de los actos que realice en relación a este. La gestoría no autorizará al gestor para vender, gravar o de otro modo cualquiera enajenar o comprometer los bienes de aquel por quien gestiona, ni para recibir o permitir que otro reciba valores o bienes de cualquier clase que sean, pertenecientes a su gestión.

El gestor deberá rendir cuentas, que consiste en presentar al tribunal un estado detallado de su gestión, lo que constituye la forma legalmente establecida para acreditar la adecuada gestión de bienes a su cargo (“Gestor,” s.d., p. 1).

Por lo que esta medida constituye una opción válida que pudiera ser interesada a instancia de parte o por decisión judicial, si de garantías se trata, a fin de lograr la invulnerabilidad del derecho que le asiste a cada parte sumida en el litigio, de asegurar que lo que pudiera resultar a su favor en sentencia dictada por el tribunal en este sentido y en consecuencia, no se torne ilusorio el derecho invocado.

De manera que nada impide la adopción de esta medida cautelar que no tiene sólo 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 puede permitirse que sean burlados por la actuación temeraria de uno de los cónyuges, ahora convertido en parte litigante en el divorcio.

#### **2.3.4 Modificación de las medidas dispuestas en los incisos octavo y noveno del apartado décimo de la Instrucción 216 de 2012 del consejo de gobierno del tribunal supremo popular**

No solo puede lograrse el perfeccionamiento, con la ampliación del régimen cautelar, sino también, modificando el previsto de manera que se garantice una tutela más completa a los implicados en el proceso.

En el apartado décimo de la Instrucción 216/12 en sus incisos octavo y noveno<sup>20</sup> se ofrece la posibilidad de interesar medidas cautelares de esa propia naturaleza solo

---

<sup>20</sup>8. Inventario y prohibición de la disposición de los bienes comunes, incluyendo la congelación de cuentas bancarias, y la anotación preventiva de la demanda en el registro en que figuren inscritos

antes y durante el proceso de divorcio y de reconocimiento de unión matrimonial no formalizada, no previendo de igual forma su disposición en momento posterior a la sustanciación de los referidos procesos, lo que constituye un punto de análisis si se tiene en cuenta que pueden sobrevenir conflictos en esta etapa que en un primer momento no existían, lo que no se encuentra previsto en la legislación y obliga en consecuencia a remitirse al artículo 803, inciso g) de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico que no es la que contiene el régimen cautelar familiar.

Razón que justifica una modificación en ese sentido, amén de que estos procesos por naturaleza, persiguen el establecimiento de la liquidación del caudal de la comunidad matrimonial, lo que no debe restar importancia a la búsqueda de aumentar las garantías procesales que ofrece el referido cambio.

La propuesta de ampliación del catálogo de medidas dispuestas en el apartado décimo de este cuerpo normativo, en lo que respecta a la inclusión de precauciones<sup>21</sup> y el mejoramiento de algunos términos utilizados en la citada Instrucción 216/12, específicamente en los incisos octavo y noveno del propio apartado en el sentido de que puedan promoverse procesos cautelares de esa índole en momento posterior al proceso de divorcio o al de reconocimiento de unión matrimonial no formalizada, tributa al perfeccionamiento del régimen vigente en materia familiar establecido.

Se evidencia la necesidad de una tutela jurisdiccional efectiva, la que solo podrá ser concebida en función de una teoría cautelar más adecuada y coherente con las particulares necesidades provenientes de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia. En tal sentido, resulta necesario su continuo estudio y perfeccionamiento dada la trascendencia de su aplicación en los conflictos familiares.

---

dichos bienes, antes y durante el proceso de divorcio, dirigido a asegurar la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.

9. Permanencia de los bienes domésticos imprescindibles para la educación y bienestar de los hijos comunes menores de edad, en el hogar donde estos residan después de la separación de los padres, antes y durante la tramitación del proceso de divorcio y de reconocimiento judicial de unión matrimonial no formalizada, efectos que podrán extenderse hasta la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.

<sup>21</sup> Se refiere al nombramiento de gestor con rendición de cuentas al tribunal, trabajo comunitario para quienes no posee vínculo laboral y resulte imposible embargarle salario o bienes y la disposición provisoria de guarda y custodia compartida.

## **2.4. Regularidades en la aplicación de las encuestas**

La encuesta como técnica utilizada se les aplicó a la muestra de 30 operadores del derecho, de ellos: 6 fiscales, 8 jueces y 16 abogados, de una población de 14 jueces, 21 fiscales y 54 abogados de la provincia de Cienfuegos. El 100% se desempeñan en la materia de familia, aunque no como única función dentro de su labor como juristas.

Un 93% de los encuestados tienen entre 5 y 10 años de experiencia y el otro 17 % de 11 a 20 años, por lo que se determinó que sus respuestas son de suficiente valor para determinar la pertinencia de la propuesta de modificación y ampliación realizada.

En la interrogante No. 3 referente a la posibilidad de modificación de las medidas precautorias en procesos familiares, reguladas en la Instrucción 216 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de los 30 encuestados 21 consideraron que sí, que representa un 70%. Lo que corrobora la pertinencia del perfeccionamiento que se pretende con la propuesta. Sin dejar de reconocer que la Instrucción 216 de 2012 es novedosa, se reconoce que puede ser mejorada.

En la interrogante No. 4 referente a la posibilidad de ampliación de las medidas cautelares establecidas en la Instrucción 216 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, 24 de los encuestados representativos del 80%, respondieron positivamente.

Este resultado permite afirmar que la ampliación del catálogo de medidas establecido en la citada Instrucción 216/12 resulta procedente como una vía para el perfeccionamiento del mismo.

Al preguntar sobre si sería factible ampliar las posibilidades de disposición cautelar, en momento posterior a la promoción del proceso de divorcio o de reconocimiento de unión matrimonial no formalizada en los incisos octavo y noveno del apartado décimo de la Instrucción 216 de 2012 del referido órgano judicial, de los 30 encuestados, 19 consideraron que sí sería factible, lo que representa el 63,3%.

El porcentaje anterior lleva a la conclusión de que resulta viable aumentar las posibilidades de caución con una modificación en los incisos octavo y noveno del apartado décimo del citado cuerpo legal.

La interrogante No. 6 arrojó el mismo resultado que la anterior, pues 19 especialistas que representan el 63,3% consideraron esta modificación como adecuada, 8 que significan el 26,7% poco adecuada y los 3 restantes que constituyen el 10% la consideran no adecuada.

En la pregunta No. 7, 20 de los 30 encuestados que configuran el 66,6% respondieron que resulta pertinente agregar la medida de nombramiento de gestor con rendición de cuentas al tribunal, 9 de ellos representantes del 30% la considera poco pertinente y solo 1 persona la considera no pertinente que representa el 3,4%, criterio que valida la posibilidad de instrumentación de esta medida cautelar para la materia familiar.

En relación con la interrogante No. 8 referente a la posibilidad de ampliar el régimen cautelar con la inclusión de la medida: trabajo comunitario para quienes no estén vinculados laboralmente y resulte imposible embargarle salario o bienes de los 30 especialistas, 23 refirieron que podría resultar procedente la inclusión de esta medida en el régimen cautelar existente lo que constituye el 76,6% de los encuestados, 4 de ellos representantes del 13,3% la considera muy pertinente, 2 encuestados la estiman poco pertinente los que representan el 6,8% y otro 3,3% la considera no pertinente. Razón que justifica que se tenga en consideración esta medida para el perfeccionamiento del régimen cautelar existente, como otra de las garantías procesales existentes en el mismo.

La interrogante No. 9 que hace alusión a la posibilidad de ampliar el régimen cautelar con la inclusión de la medida: disposición provisoria de guarda y custodia compartida el 13,3% de los especialistas correspondiente a 4 encuestados consideró que resulta muy pertinente, 21 de ellos que constituyen el 70% la estimó pertinente, 3 encuestados representantes del 10% la estimó poco pertinente y el otro 6,7% consideró no pertinente la medida propuesta.

Con el resultado obtenido en esta pregunta se validó la pertinencia de la medida de disposición provisoria de guarda y custodia compartida como una opción para lograr el mejoramiento del catálogo de medidas cautelares contenido en la Instrucción 216 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

En la última interrogante no se interesó ninguna observación o sugerencia.

En resumen, los resultados de la aplicación de la encuesta permitió corroborar la pertinencia del perfeccionamiento del régimen cautelar existente, a partir de los criterios de operantes del derecho, quienes en su mayoría consideran más factible el método de ampliación que el de modificación de las medidas cautelares establecidas en la Instrucción 216 de 2012 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. La medida más acertada resultó ser el trabajo comunitario para quienes no estén vinculados laboralmente a quienes resulte imposible embargarle salario o bienes.

### **El análisis realizado en el capítulo II permitió arribar a las siguientes conclusiones parciales:**

El estudio de legislaciones consultadas de países iberoamericanos reveló que en dichos ordenamientos existe de una u otra forma una ley adjetiva que tutela el procedimiento familiar, que denota superioridad en relación con Cuba, cuyo tratamiento lo realiza a partir de una Instrucción del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que resulta en definitiva una disposición administrativa de carácter interno.

En el análisis comparativo realizado, se apreció la existencia de similitud respecto a un gran número de medidas reguladas en países iberoamericanos que están incluidas dentro de la Instrucción 216 de 2012 de Cuba. Aunque se evidenció también la instrumentación de otras que no están presentes en el citado cuerpo normativo.

Países como España, México, Perú y El Salvador regulan lo referente a la disposición de guarda y custodia compartida de los hijos, la figura del gestor se encontró regulada indistintamente en las legislaciones consultadas de todos los países analizados pero en ningún caso para la materia familiar, España y Perú establecen el trabajo comunitario, únicamente en su normativa penal. No se apreció la posibilidad de interesar medidas de naturaleza cautelar en momento posterior al proceso de divorcio o reconocimiento de unión matrimonial no formalizada.

La Instrucción 187/07 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular obtuvo una gran connotación al constituir el primer instrumento procesal familiar en Cuba, no

obstante poseía escasa regulación y en tanto no abasteció el procedimiento familiar que se necesitaba para solventar la realidad de la familia cubana.

La Instrucción 216/12 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular fue superior a su antecedente, la Instrucción 187/07 del propio órgano, al establecer un catálogo de medidas cautelares, con el objetivo de obtener garantías procesales. Lo que no está exento de la posibilidad de perfeccionamiento, que puede lograrse ampliando o modificando las medidas previstas.

Existe un tratamiento insuficiente del régimen cautelar en el ordenamiento de familia en Cuba, que puede superarse con la inclusión de medidas como: nombramiento de gestor con rendición de cuentas al tribunal; trabajo comunitario para quienes no estén vinculados laboralmente y resulte imposible embargarle salario o bienes; disposición provisoria de guarda y custodia compartida y con la modificación de las dispuestas en los incisos octavo y noveno del apartado décimo de la Instrucción 216 de 2012.

## **Conclusiones**

**PRIMERA:** Tanto la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, como la del régimen cautelar en el procedimiento familiar, adquieren un marcado carácter social, con predominio de lo personal, que encuentra sustento en la protección de las relaciones familiares, distintas a las patrimoniales del derecho Civil.

**SEGUNDA:** El estudio de legislaciones del área iberoamericana respecto al régimen cautelar en los procedimientos de familia, permitió concluir que todos los países instrumentan un régimen cautelar con signo patrimonial, aplicable a procesos de familia. No obstante en El Salvador, España, Chile y México existe una tendencia a regular providencias cautelares en materia familiar.

**TERCERA:** En el ordenamiento cubano aparecen elementos que están ausentes en los países estudiados como el caso de escuchar durante la sesión al menor sin sujetarlo a una edad predeterminada; así como la irrupción en el proceso de equipos multidisciplinarios con funciones consultivas y periciales.

**CUARTA:** La insuficiencia de la regulación legal del régimen cautelar en los procedimientos de familia en Cuba consiste, en que carece de medidas que solucionan determinado conflicto familiar, con independencia de que las providencias cautelares existentes, resultan de inestimable valor.

## **Recomendaciones**

PRIMERA: Al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular se propone que en futuras instrucciones evalúe la pertinencia de incluir dentro del catálogo de medidas cautelares previstas para los procedimientos de familia, las siguientes: nombramiento de gestor con rendición de cuentas al tribunal, trabajo comunitario para quienes no estén vinculados laboralmente y resulte imposible embargarle salario o bienes, disposición provisoria de guarda y custodia compartida así como incluir la posibilidad de promoción de medidas cautelares, luego del proceso de divorcio o de reconocimiento de unión matrimonial no formalizada en los incisos octavo y noveno del apartado décimo de la Instrucción 216 de 2012.

SEGUNDA: Que se incluya la presente investigación al acervo bibliográfico de la Universidad de Cienfuegos a fin de que sea utilizada como material de estudio para los estudiantes de esta institución.

TERCERA: A la Unión Nacional de Juristas de Cuba que promueva investigaciones y talleres a fin de profundizar los criterios en torno al perfeccionamiento del régimen cautelar previsto y socializar el estudio realizado.

## **Bibliografía**

*Abogacía y Derecho: Gestión de conflictos jurídicos.* (2012). La Habana: ONBC.

Acerca del principio constitucional de la familia como núcleo esencial. (2007, Diciembre). *Revista Cubana de Derecho*, 30.

Águila Díaz, Bárbara Tamara. (2012a). Medidas cautelares en apoyo al Derecho de Familia. En *Abogacía y Derecho: Gestión de Conflictos II* (ONBC., págs. 167-189). La Habana, Cuba: ONBC.

Águila Díaz, Bárbara Tamara. (2012b). Regulación de cautela en derecho patrimonial de familia. Efectividad del pronunciamiento judicial en los procesos de disolución y liquidación de la comunidad matrimonial de bienes. Presented at the Conferencia Jurídica Nacional Bufetes Colectivos, La Habana.

Álvarez Suárez, Maya. (1998). La familia cubana: políticas públicas y cambios socio-demográficos, económicos y de género.

Álvarez Torres Osvaldo. (2001, Diciembre). El Procedimiento Familiar en Cuba, una necesidad impostergable. *Revista Cubana de Derecho*, 18.

Álvarez Torres, Osvaldo. (2012). La instrucción jurisdiccional número 216 de 2012: un segundo acercamiento a las modificaciones que en materia procesal de familia, deberán regularse en un cuerpo procesal familiar, 2.

Álvarez Torres, Osvaldo. (2006). Necesidad y posibilidad de un procedimiento y una jurisdicción especial de familia en Cuba (págs. 1-8). Presented at the IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia, La Habana.

Áres Muzio, Patricia. (2006). *Familia y Convivencia*. La Habana: Felix Varela.

Asamblea Nacional de la República de Cuba. (1975). *Código de Familia de Cuba*.

Benavides Santos, Diego. (2006). Tendencias del proceso familiar en América latina.

Busto Serrano, Noris. (2005). *El Procedimiento Familiar. Las Medidas Cautelares*.

Calamandrei, Piero. (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.

- Campo referencial de las medidas cautelares. Su procedencia y eficacia frente a actos jurisdiccionales. (s.d.). *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No 4.
- Carrara, Julio A. (s.d.). *Historia General del Estado y el Derecho en Cuba*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación.
- Chávez Ascencio, M. (1987). *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*. México: Editorial Porrúa.
- Código Civil de Cuba*. (1988).
- Código Civil de Perú*. (1984).
- Código Civil Español*. (1889).
- Código Civil Federal de México*. (1984).
- Código Civil República de Chile*. (2000).
- Código de Familia de Bolivia*. (1988).
- Código de Familia Panamá*. (1994).
- Código de Procedimiento Civil Bolivia*. (s.d.).
- Código de Procedimiento Civil Chile*. (s.d.).
- Código de Procedimientos Civiles del estado de México*. (2002).
- Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo, México*. (1986).
- Código del niño, niña y adolescente, Perú*. (s.d.).
- Código del niño, niña y adolescente, Bolivia*. (1999).
- Código Procesal Civil, Perú*. (1993).
- Colectivo de Autores. (1996). *La familia cubana. Cambios, actualidad y retos*. La Habana, Cuba: Ministerio de la Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente.
- Compendio de Jurisprudencia Civil. Derecho de Familia*. (1997). Madrid: Dykinson.
- Conrado González, Yaumara. (2006). El procedimiento familiar, un reto para la jurisdicción cubana. (pág. 12). Presented at the Encuentro Nacional de Derecho Procesal, Villa Clara.

- Constitución de la República de Cuba*. (2013). (Ministerio de Justicia.). La Habana, Cuba: My. Gral Ignacio Agramonte y Loynaz.
- Couture Etcheverry Eduardo Juan. (1948). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. EDIAR. Custodia Compartida. (s.d.). , 2.
- Derecho Constitucional Familiar; Justicia de familia y un acercamiento al tema de su pretendida desjudicialización. (2009). Presented at the Ponencia presentada al II Congreso Internacional de Derecho Procesal, La Habana, Cuba.
- Díaz Seguí, Rubén Abel, & García Rodríguez, Lídice. (s.d.). Consideraciones en torno al régimen cautelar del proceso civil.
- Díaz Tenreiro, Carlos M. (2012, Mayo 24). Aprueban en Cuba nueva Instrucción sobre procedimiento familiar., 2.
- Díez Picaso, Luis, & Gullón Antonio. (1982). *Sistema de Derecho Civil* (4º ed.). Madrid: Tecnos.
- Díez Picazo, L. y Gullón, Antonio. (1994). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. (octava., Vol. 1). Tecnos.
- Díez-Picazo Luis. (2001). *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa, procesos especiales conforme a la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Ed. Centros de estudios Ramón Areces, S.A.
- El Derecho de familia en Cuba y su repercusión en las relaciones familiares. (2006). Presented at the Ponencia a la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia., La Habana, Cuba.
- Espín Córdovas, Diego. (1981). *Manual de Derecho Civil Español*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Estenoz Mendoza, Yasmayrs. (s.d.). *El proceso familiar cubano a la luz de una audiencia preliminar conciliadora*.

- García Robaina, Elida Verónica, & Pelayo, Aida. (2011). *Análisis de la Audiencia Previa y las medidas cautelares en el procedimiento de familia*. Universidad de Matanzas "Camilo Cienfuegos".
- Germán Ponte Darío Elgotas. (2006). Aspectos procesales en los asuntos de Familia. Tribunales de familia y procedimiento especial. Acceso a la Justicia de Familia. Presented at the Ponencia a la IV Conferencia Internacional de Derecho de Familia, Panamá.
- Gestor. (s.d.). En *Enciclopedia Jurídica* (pág. 1). Recuperado a partir de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>.
- Gil Rodríguez, Tatiana. (2012). Una mirada desde el Derecho de Familia a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes agropecuarios inter vivos. En *Abogacía y Derecho: Gestión de Conflictos II* (págs. 204-249). ONBC.
- Gómez Treto, Raúl. (2007, Junio). Hacia un nuevo código de familia. *Revista Cubana de Derecho*, 29.
- González García, Liyelis. (2010). *La violencia intrafamiliar y el procedimiento especial de familia*. Trabajo de Diploma bajo la dirección de González Ferrer, Yamila, La Habana.
- Grillo Longoria, Rafael. (1986). *Derecho procesal Civil I, Teoría General del Proceso Civil*. (Segunda edición). La Habana: Pueblo y Educación.
- Grillo Longoria, Rafael. (2004). *Derecho Procesal Civil II. Proceso de conocimiento y proceso de ejecución*. La Habana: Félix Varela.
- Hernández Enriquez, Yisel. (2010). *Los principios del procedimiento de familia en cuba*. Matanzas.
- Informe de Relatoría XII Congreso Internacional de Derecho de Familia. (2002, Diciembre). *Revista Cubana de Derecho*, 20.
- Instrucción 187 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. (2007, Diciembre 20).

- Instrucción 191 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. (2009, Abril 14). Gaceta Oficial de la República extraordinaria No. 17.
- Instrucción 216 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. (2012, Mayo 17).
- Kielmanovich, Jorge L. (2008, Abril). Las medidas cautelares en el proceso de familia, (No. 39), 39-44.
- Ley contra la violencia Familiar Chile*. (s.d.).
- Ley de Enjuiciamiento Civil, España*. (2000).
- Ley de Organización Judicial que crea “Los Juzgados de Familia” Bolivia*. (1972).
- Ley de Procedimiento Civil Panamá*. (s.d.).
- Ley No. 7 Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. (1977). Gaceta Oficial Extraordinaria No 33.
- Ley Procesal de Familia de El Salvador*. (1994).
- Ley que crea los tribunales de familia en Chile*. (2004).
- Ley que regula competencia de los Juzgados y Fiscalías de Familia de Perú*. (1999).
- Mantecón Ramos, Ariel. (1997). Hacia una reforma del tratamiento del conflicto familiar en Cuba. (pág. 21). Presented at the Segundo Encuentro Internacional sobre Protección Jurídica de la Familia y el Menor, La Habana, Cuba.
- Maremski Rebeca. (s.d.). Las medidas cautelares. Finalidad de lograr la seguridad jurídica en el campo del Derecho. *Revista de Técnica Forense*, No 7.
- Mendoza Díaz, Juan. (2007, Diciembre). Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano. *Ediciones ONBC*, (Boletín ONBC No. 29), 6.
- Merencio Martín, Mailin. (s.d.). *La sección de familia del Tribunal Municipal, órgano preventivo por excelencia*. La Habana.
- Mesa Castillo, Olga. (2004). El Derecho Familiar en la sociedad cubana. La Habana.
- Mesa Castillo, Olga. (2005, Junio). Acto convocado por la Sociedad Cubana de Derecho Civil y Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y la

- Federación de Mujeres Cubanas el 7 de marzo de 2005 dedicado a conmemorar el XXX Aniversario de la promulgación y puesta en vigor del Código de Familia de Cuba. *Revista Cubana de Derecho*, 25.
- Mesa Castillo, Olga. (2007). *Derecho de Familia*. La Habana: Félix Varela.
- Mesa Castillo, Olga. (s.d.). *Nuevos perfiles del derecho de Familia*. La Habana, Cuba.
- Mesa Castillo, Olga. (s.d.). Una Ley a tono con los nuevos tiempos. Recuperado a partir de web [www.paolarosen.com/revista/com/revista/familiahtm](http://www.paolarosen.com/revista/com/revista/familiahtm).
- Mesa Castillo, Olga, & González Ferrer Yamila. (2009, Diciembre). La jurisdicción especial para los asuntos del Derecho de Familia. La experiencia de las Salas de Justicia familiar en Cuba. *UNJC*.
- Muñoz García, Carmen. (2006). *Responsabilidad civil por infracción de las obligaciones alimenticias: Aspectos civiles y penales*. España.
- Naturaleza jurídica del derecho de familia. (s.d.). wikipedia.
- Pérez Gutiérrez, Ivonne. (2012a). *Las medidas cautelares una valiosa herramienta procesal*. La Habana: ONBC.
- Pérez Gutiérrez, Ivonne. (2012b). Peculiaridades procedimentales de lo cautelar en Cuba. En 2012 (págs. 27-49).
- Peyrano, Jorge W. (2008, Abril). Anotaciones sobre algunas singularidades de la tutela cautelar. *Ed. LexisNexis Abeledo-Perrot*, (No 39), 26-99.
- Peyrano, Jorge Walter. (2002). Informe sobre las acciones preventivas. *Imprenta Lux*, (No. 1).
- Prado Sifontes María Elena, Goyas Céspedes, Lianet, Soto Senrra Georgina, & Cabanes Espino, Iris. (2004, Febrero). *El deber de los padres de representar a sus hijos y administrar sus bienes como contenido de la patria potestad*. Camagüey.
- Prieto Rodríguez, Paola Sara. (2010). Medidas Cautelares en el Derecho Procesal Civil y de Familia. Recuperado a partir de

<http://www.monografias.com/trabajos36/medidas-cautelares/medidas-cautelares.shtml>.

Procedimiento de Familia en Cuba. (2009). Presented at the Taller a la V Conferencia de Derecho de Familia, La Habana, Cuba.

Ramírez Naranjo, Daisy. (2004). *Las instituciones de Guarda*. Matanzas.

Rapa Álvarez, Vicente. (1986). La codificación del Derecho Civil, (11), 84.

Rodríguez Gutiérrez, Guillermo. (2012). La ejecución de las resoluciones en materia familiar. En *Abogacía y Derecho: Gestión de Conflictos II* (ONBC., págs. 250-266). La Habana, Cuba: ONBC.

Sánchez Medal, Ramón. (1991). *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*. México: Porrúa.

Santiago Pérez Edna. (s.d.). Las sociedades domésticas. Análisis de la propuesta para su reconocimiento en Puerto Rico". Presented at the II Conferencia Científica Internacional sobre Derecho Civil y de Familia.

Tintaya Quenta, Eliseo. (s.d.). *Principios de la familia en la educación jurídica*. Bolivia.

Tribunales de Familia en Cuba. (2004). Presented at the Ponencia presentada a la III Conferencia Internacional de Derecho Civil y de Familia, La Habana, Cuba.

Valdés Díaz, Caridad del Carmen. (2002). *Derecho Civil. Parte General*. La Habana: Félix Varela.

Velazco Murruga, Miriam. (2011, Diciembre). La jurisdicción en armonía con los principios doctrinales indeclinables del Derecho de Familia en Cuba., (No. 38), 20.

Velazco Murruga, Miriam P. (2008). La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad. *Ed. ONBC*, 381.

## Anexo

### Cuestionario

**Objetivo:** Identificar en la práctica jurídica cubana las potencialidades de la aplicación del régimen cautelar en materia familiar, así como las posibilidades de modificar o ampliar el regulado en la actualidad.

**Población:** 14 jueces, 21 fiscales y 54 abogados, especializados en la materia de familia en la provincia de Cienfuegos.

**Muestra:** Se aplica a 8 jueces, 6 fiscales y 16 abogados. El indicador que se toma en cuenta para la selección de los mismos, es su especialización en la materia civil, en particular la de familia y el tiempo de experiencia profesional en la materia.

### Encuesta

Estimado especialista: Se está realizando una investigación sobre las medidas cautelares en sede familiar y su comportamiento en la práctica judicial. Usted ha sido seleccionado por su experiencia y conocimientos sobre la temática, por lo que de antemano le agradecemos su colaboración.

### Preguntas:

1. ¿Cómo profesional del Derecho qué función desempeña?

\_\_\_\_ Abogado    \_\_\_\_ Juez    \_\_\_\_ Fiscal

2. ¿Cuántos años de experiencia lleva ejerciendo la materia civil?

\_\_\_\_ De 5 a 10 años    \_\_\_\_ De 11 a 20 años    \_\_\_\_ Más de 20 años

3. Sobre las medidas precautorias en procesos familiares reguladas en la Instrucción 216 del CGTSP, ¿considera que pueden ser modificadas?

\_\_\_\_ Sí    \_\_\_\_ No

4. Sobre las medidas precautorias en procesos familiares reguladas en la Instrucción 216 del CGTSP, ¿considera que pueden ser ampliadas?

\_\_\_\_ Sí    \_\_\_\_ No

5. ¿Considera usted que en los incisos octavo y noveno del Apartado décimo de la Instrucción 216 de 2012 del CGTSP sería factible ampliar las posibilidades de promoción de la cautelar en momento posterior a la promoción del proceso de divorcio o de reconocimiento de unión matrimonial no formalizada?

\_\_\_\_\_ Sí \_\_\_\_\_ No

6. Este tipo de modificación que se propone la considera:

\_\_\_\_\_ Muy adecuada

\_\_\_\_\_ Adecuada

\_\_\_\_\_ Poco adecuada

\_\_\_\_\_ No adecuada

7. Considera que ampliar el régimen cautelar con la inclusión de la medida nombramiento de gestor con rendición de cuentas al tribunal es una propuesta:

\_\_\_\_\_ Muy pertinente

\_\_\_\_\_ Pertinente

\_\_\_\_\_ Poco pertinente

\_\_\_\_\_ No pertinente

8. En su opinión, la propuesta que se hace de ampliar el régimen cautelar con la inclusión de la medida trabajo comunitario para quienes no estén vinculados laboralmente y resulte imposible embargarle salario o bienes es:

\_\_\_\_\_ Muy pertinente

\_\_\_\_\_ Pertinente

\_\_\_\_\_ Poco pertinente

\_\_\_\_\_ No pertinente

9. Ampliar el régimen cautelar con la inclusión de la disposición provisoria de guarda y cuidado compartida es una propuesta:

\_\_\_\_\_ Muy pertinente

\_\_\_\_\_ Pertinente

\_\_\_\_\_ Poco pertinente

\_\_\_\_\_ No pertinente

10. Considera necesario hacer alguna observación o sugerencia a la propuesta:

---

Gracias.