

UN NUEVO MODELO PROCESAL AL SERVICIO DE LAS FAMILIAS CUBANAS

A new procedural model at service of the Cuban families

Dra. Ivonne Pérez Gutiérrez

Profesora Titular de Derecho Civil y Derecho Procesal
Universidad de La Habana (Cuba)
<https://orcid.org/0000-0002-9100-6736>
ivonne@lex.uh.cu

Resumen

El trabajo afronta la normativa del Código de procesos y cómo responde al mandato constitucional de establecer procesos y actuaciones que respalden los derechos y garantías familiares, aun sin el nuevo Código de las familias. El análisis se realiza a partir de los principios, con énfasis en el activismo judicial, la igualdad y los ajustes razonables, la noción de interés superior del niño y algunas herramientas procesales, como medidas cautelares y pruebas, que tributan a una efectiva tutela judicial. Como resultado se presenta una disección de la preceptiva con sistematización de criterios teóricos y de utilidad práctica para los operadores jurídicos. A modo de cierre, se enuncian las principales ideas por las que se puede afirmar que el Código de procesos no presenta un prototipo de proceso familiar, sino un modelo procesal al servicio de las familias cubanas, como respuesta a los reclamos de una realidad social que aspira a una justicia cercana y humana.

Palabras clave: activismo judicial; ajustes razonables; interés superior del niño; proceso; familia.

Abstract

This work addresses the regulations of the Code of Processes and how it responds to the constitutional mandate to establish processes and acting in order to support the familiar's rights and guarantees even without the new Code of families. The analysis is carry out starting from the principles, emphasizing in judicial activism, the equality and reasonable adjustments, the notion about the

best interest of the child and some procedural tools, like injunctive measures and proofs, aimed to an effective judicial guardianship. As a result, a dissection of the perceptive is shown with systematization of theoretical criteria and practical usefulness for legal operators. Finally, the main ideas are exposed so we can assure the Code of Process does not offers a prototype of familiar process, but a procedural model at service of the Cuban families, as a response to the claims of a social reality that aspires to a close and human justice.

Keywords: judicial activism; reasonable adjustments; best interest of the child; process; family.

Sumario

1. Nota introductoria. 2. Los principios: de la Constitución al proceso. 2.1. El activismo judicial. 2.2. Igualdad efectiva y ajustes razonables. 3. El interés superior del niño. 3.1. La defensa de los derechos de niñas, niños y adolescentes. 3.2. La participación en el proceso. 3.3. La motivación de la sentencia. 4. Herramientas procesales para la protección de las familias. 4.1. Las medidas cautelares. 4.2. Especialidades procesales. 5. Reflexiones finales.

Referencias bibliográficas.

1. NOTA INTRODUCTORIA

El Código de procesos recientemente aprobado por la Asamblea Nacional del Poder Popular, con entrada en vigor el 4 de enero del año en curso, responde al mandato constitucional de establecer procesos y actuaciones que respalden los derechos y garantías plasmados en la carta magna; en consonancia, aun sin el nuevo Código de las familias, tiene la misión de regular las vías para que se hagan efectivos los derechos y se solucionen los conflictos de esta índole. Se impone, entonces, el reto de una regulación omnicompreensiva y, al mismo tiempo, particularizada, pues la materia requiere de especialización, sensibilidad y herramientas que confieran un tratamiento diferenciado, en el entendido de que el proceso ha de ser a la medida de cada situación familiar, sobre la base de la igualdad y en atención a las necesidades e intereses de cada persona; máxime si se trata de niñas, niños, adolescentes o cualquier persona en situación de vulnerabilidad.

Para tal cometido, el Código de procesos no diseña un proceso propiamente familiar, sino que opta por fijar lo que corresponde en cada actuación o paso del proceso y según el interés que se defienda. Así se establecen puntualizaciones en cuanto a principios, actuación del tribunal y la fiscalía, participación

de los niños, medidas cautelares, disposiciones probatorias, motivación de la sentencia, y lo que hemos denominado “especialidades procesales”, entre muchas otras peculiaridades.

Por otra parte, el proceso moderno asiste al renacimiento de los principios de lealtad, probidad y buena fe, cual expresión de humanismo. El avance de la idea moral como rectora del proceso está produciendo, en muchos casos, un importante empuje legislativo tendente a asegurar la ética del debate en lo judicial; a ese reto responde la nueva ley adjetiva. Al decir de PEREIRA CAMPOS, “[...] no se busca volver a la primitiva indiferenciación entre reglas morales, jurídicas, religiosas y de costumbre, sino, simplemente, realizar la tarea de moralización del Derecho -y por ende del proceso- y aplicar las reglas de la moral a través de los preceptos jurídicos [...] No se trata de la aplicación directa de la regla moral, lo cual tiende a inseguridades y falta de garantías, sino de la aplicación de normas jurídicas claras que consagren reglas éticas”.¹ De manera que la impartición de justicia, en clave familiar, no puede apartarse de la realidad social que impera en nuestro país; así, corresponde a los órganos jurisdiccionales la interpretación y aplicación de la norma de conformidad con los principios y valores constitucionales,² como fiel reflejo de las aspiraciones, intereses y necesidades de las familias cubanas.

2. LOS PRINCIPIOS: DE LA CONSTITUCIÓN AL PROCESO

La nueva Constitución obliga a un cambio de mentalidad en los operadores jurídicos, pues su vocación de aplicabilidad impone el reto de interpretar las normas de desarrollo de conformidad con sus postulados para, desde la praxis forense y por vía de los pronunciamientos judiciales, hacer crecer el texto. Como señala KEMELMAJER DE CARLUCCI: “No se trata de un conjunto de normas determinado, sino de un cuerpo viviente que continúa produciendo derecho”.³

¹ PEREIRA CAMPOS, Santiago, “Moralidad, veracidad y colaboración: su incidencia en el proceso civil contemporáneo”, en Carlos J. Sarmiento Sosa (comp.), *Estudios iberoamericanos de derecho procesal*, pp. 515 y 516.

² La distinción entre principios y valores constituye un cometido harto difícil, al cual dedica su empeño, fundamentalmente, la filosofía del Derecho. Por eso no entramos a establecer diferencias teóricas, sino que les utilizamos en su acepción común de guías o pautas de actuación e interpretación.

³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El Derecho de familia y el bloque de constitucionalidad”, en Leonardo B. Pérez Gallardo, Carlos M. Villabella Armengol y Germán Molina Carrillo (coords.), *Derecho Familiar Constitucional*, p. 48.

La carta magna, en el artículo 1, sienta el fundamento político de su texto, en el entendido de que Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social, sobre la base de valores como la dignidad, el humanismo, la ética y la igualdad. Ideas que luego refuerza en el Título V, “Derechos, deberes y garantías”, de la mano de la dignidad humana como valor supremo y la igualdad sin discriminación como su complemento imprescindible.⁴ A las familias dedica un espacio separado, al establecer su protección jurídica y el reconocimiento a sus múltiples formas como indicador de la preocupación estatal por otorgar salvaguardia; especial atención merecen la puntualización del afecto como esencia de las relaciones jurídicas familiares, la proscripción de todo tipo de violencia, la consideración de niñas, niños y adolescentes (en adelante, NNA) como plenos sujetos de derechos y la especial protección a personas adultas mayores o en situación de discapacidad.⁵ Como cierre, deja claro que la solución de controversias –con independencia de las vías alternativas– encuentra cauce natural y confiable en la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

Así, la Constitución nos convoca a estudiar la materialización de los derechos por vía de su instrumento principal: el proceso. Al decir de VILLABELLA ARMENGOL, esta regulación encuentra fundamento en la importancia de la institución, requerida de nitidez en relación con la protección que le brinda el Estado, entendiéndose los tribunales.⁶ En consonancia, los valores constitucionales de justicia social, dignidad humana e igualdad sirven de punto de partida al Código de procesos para desarrollar esa garantía “sombriilla”⁷ que es la tutela judicial efectiva,⁸ y lo hace a lo largo de todo el cuerpo normativo, desde las disposi-

⁴ Cfr. artículos 41, 42 y 43 de la Constitución.

⁵ Los preceptos del 81 al 89 están dedicados a las familias y para su conceptualización se aparta de la institución del matrimonio, estableciéndole como una forma de organización, no la exclusiva. También desarrolla el principio de igualdad en cuanto a los hijos y a la responsabilidad conjunta de madres y padres en su formación; entre otros aspectos que pudieran citarse.

⁶ VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, “El Derecho constitucional familiar en Europa y América Latina”, en *Derecho Familiar Constitucional*, cit., p. 29.

⁷ Término utilizado en PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne y Yanet ALFARO GUILLÉN, “Las garantías jurisdiccionales de los derechos de las familias consagrados en la Constitución cubana de 2019”, en Leonardo B. Pérez Gallardo y Daimar Cánovas González (coords.), *Las familias en la Constitución*, p. 463.

⁸ Vid. PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne y Luis A. HIERRO SÁNCHEZ, *La tutela judicial efectiva en el proceso civil*, pp. 49-115. Los autores analizan esta institución y parten de afirmar que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que comprende: posibilidad de acceder a la vía judicial, pedido de parte de ser escuchado, acogimiento de la pretensión, función tuitiva del tribunal y cumplimiento de lo dispuesto por dicho órgano, entre otros aspectos.

ciones generales⁹ hasta las finales, en las que específicamente se pronuncia sobre garantías procesales en sede personal y familiar, como son la provisión de apoyos y salvaguardias, y la defensoría para personas en situación de vulnerabilidad (en adelante, PSV).

2.1. EL ACTIVISMO JUDICIAL

De conformidad con lo expresado, corresponde al Derecho, a las normas jurídicas, la búsqueda de la verdad en aquellas relaciones humanas que alcanzan el grado de jurídicas y ello ha de hacerse con absoluto apego a la ética. Particular desempeño corresponde, precisamente, a los órganos judiciales, quienes rigen el proceso y, más que de su sabiduría, depende de su “interés” el que en cada caso sometido a su juicio se aplique o no la norma adecuada de acuerdo con las peculiaridades del asunto. La materia familiar, dado su marcado signo social y público, recaba de esa actuación diferenciada, interesada y dinámica de quienes juzgan. Como explica BERIZONCE, “El juez debe ser la cara visible de una justicia auxiliatoria, de colaboración, de “acompañamiento”, el núcleo central de una jurisdicción que no solo es dirimente sino, antes bien, protectoria. En ese marco, el genérico rol activo del Estado que encarece la propia Constitución, se encarna en un cada vez más pronunciado activismo del juez que se expresa no solo desde el vértice de la fiel aplicación de las normas sustantivas de fondo, sino también –y es lo que nos convoca– en su desempeño activo en la dinámica del proceso jurisdiccional”.¹⁰

En la doctrina nacional, destaca ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, para quien se trata de hacer “Justicia con rostro humano, cercana a la gente, propensa a la autocomposición de los involucrados, bajo la dirección y supervisión de un juez activo como nunca, encargado de remediar la situación, no agravarla con vencedores y

⁹ La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico se estructuraba a partir de un proceso ordinario modelo en sede civil y, luego, las distintas especialidades y adecuaciones con un criterio amplio de supletoriedad. Por el contrario, el Código de procesos cuenta con una robustecida parte general, de aplicación a todas las materias y procesos, que en once títulos regula lo referido a: fuentes; principios; jurisdicción y competencia (con inclusión de las cuestiones relativas a las potestades del tribunal y la intervención de la fiscalía); las partes, sus representantes y defensores; actos procesales; diligencias preliminares y medidas cautelares; prueba; medios de impugnación; extinción del proceso; ejecución; rebeldía; y cuestiones incidentales. El Libro Segundo, destinado a los tipos procesales, establece cinco cauces: ordinario, sumario, sucesorio, jurisdicción voluntaria, ejecutivo de títulos de crédito, y un sexto título dedicado a la asistencia y el control judicial al arbitraje comercial internacional.

¹⁰ BERIZONCE, Roberto O., “El juez acompañante en los procesos de familia”, en Juan Mendoza Díaz (coord.), *El Derecho Procesal y los retos de la contemporaneidad*, p. 148.

vencidos en detrimento de las partes más vulnerables. Jueces visibles, presentes y partícipes, garantistas, directores del proceso, que velen por el respeto de los derechos de las partes y de las reglas del equilibrio con su imparcialidad, la bilateralidad de las audiencias, la oralidad, la intermediación y concentración, la protección, la intervención inmediata y oportuna. Justicia de acompañamiento, de acercamiento de las partes, no justicia dictatorial”.¹¹

La justicia de acompañamiento tributa a la realización del derecho a una tutela judicial efectiva como prerrogativa humana fundamental, para lo cual se requiere, en primer lugar, de jueces capaces de desarrollar su función tuitiva y de, con su conducta, transmitir valores a quienes intervienen en el proceso. En sede familiar resulta de vital importancia que el tribunal indague sobre los hechos, disponga pruebas, escuche a las partes y no limite su actuación a acatar como válida la versión de quien ha “acreditado” mejor “su verdad”. Por ello, el Código de procesos establece la necesaria posición activa de magistrados y jueces, con el propósito de lograr la certeza sobre los hechos;¹² postura que afianza en el capítulo dedicado a las potestades y facultades de los tribunales (artículos 55 al 64) al establecer disposiciones de oficio en cuanto a la adopción de medidas para mantener la igualdad procesal, aplicación de conminaciones ante la falta de cumplimiento voluntario de sus decisiones, hacer comparecer a las partes para interrogarlas sobre los hechos del litigio, pronunciamientos sobre prueba y posibilidad de apreciación/resolución sobre cuestiones no propuestas por las partes.

¹¹ ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana M., “El papel activo del juez en el proceso”, en Andry Matilla Correa, Juan Mendoza Díaz y Ariel Mantecón Ramos (coords.), *Perspectiva actual del Derecho Procesal (civil y administrativo) en Cuba, Homenaje al profesor Dr. Rafael Grillo Longoria*, pp. 45 y 46.

¹² Cfr. artículo 7 del Código. La ley parece marcar la pauta de que la actuación jurisdiccional debe ir a la búsqueda de certeza, no de la verdad, dada su especial subjetividad; sin embargo, se utilizan –indistintamente– certeza, convicción y verdad en diferentes preceptos. V. gr., certeza, artículos 7, 315, 500 y 627; convicción, artículos 292 y 331; verdad, artículos 331, 362, 368 y 380. Sobre el tema de la verdad o la certeza se han pronunciado connotados procesalistas como COUTURE y MORELLO. El primero sostiene que “El proceso tiene cierta nota necesaria, cierta inherencia de verdad, porque el proceso es la realización de la justicia y ninguna justicia se puede apoyar en la mentira”; mientras que el segundo afirma que “[...] no se trata de llegar a la verdad ni tampoco de alcanzar la justicia objetiva (el juez busca y se conforma con la certeza) ya que estos son conceptos cuyos logros, a veces, exceden la capacidad humana. Pero el juez debe estar convencido de que los hechos sucedieron de determinada manera y resolver el litigio sin que le queden dudas del sentido y de la justicia de su decisión”. Cfr. COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. III – *El juez, las partes y el proceso*, p. 249; MORELLO, Augusto M., *El proceso civil moderno*, p. 382.

También, en la fase conclusiva, se robustece la actuación oficiosa en lo atinente a la invitación a las partes para que esclarezcan aspectos no contenidos en las cuestiones planteadas (artículo 547). En la voz de BERIZONCE, “De ahí que, en los procesos que nos ocupan, se le atribuya al órgano jurisdiccional potestades exorbitantes, no sólo para el gobierno, dirección e instrucción, sino también en orden al propio contenido de las decisiones y su efectivo cumplimiento. El juez de familia se erige, así, en *guardián y ejecutor del orden público familiar*”.¹³

2.2. IGUALDAD EFECTIVA Y AJUSTES RAZONABLES

La igualdad resulta consustancial a los derechos humanos y en su virtud, las personas deben ser respetadas independientemente de cualquier condición individual. Por ello se desdobra como derecho esencial y como valor en razón de su consagración normativa, en tanto “[...] el Estado, a través del Derecho, constitucionaliza la igualdad y la inserta en el ordenamiento jurídico como fin. Al positivizar estos valores, se realiza una atribución de significación jurídica”.¹⁴ Desde este último punto de vista, no es solo un derecho subjetivo, sino, y sobre todo, un principio de alcance general, pues en ella se asientan el ordenamiento jurídico y las actuaciones institucionales que de ello se deriven. Implica reconocer que los seres humanos, independientemente de determinadas condiciones que les pueden caracterizar, deben ejercer plena y efectivamente sus derechos. La carta magna dedica el artículo 13 a establecer los fines esenciales del Estado cubano, de los que caben destacar los objetivos de “*garantizar la igualdad efectiva en el disfrute y ejercicio de los derechos*”, inciso d); “*obtener mayores niveles de equidad y justicia social*”; inciso e), y, “*garantizar la dignidad plena de las personas y su desarrollo integral*” (inciso f).

Se trata de un principio que encierra en sí a la equidad, en el entendido de no discriminación, respeto y valoración de las diferencias, tal y como lo reconoce nuestra Constitución cuando establece que: “*Todas las personas son iguales*

¹³ BERIZONCE, Roberto O., *Derecho procesal civil actual*, p. 546.

¹⁴ PÉREZ MARTÍNEZ sostiene que “Los valores, en principio, deben ser entendidos, como la significación socialmente positiva de los objetos y los fenómenos de la realidad [...]. El valor se objetiva por la significación que la sociedad le atribuye, pero solo en la medida que las necesidades que esa significación manifiesta coinciden con las que surgen del sistema de relaciones sociales donde se realiza el proceso valorativo; o sea, la significación social positiva es el resultado de la necesidad histórica y del progreso de la humanidad en un ámbito preciso”. Vid. PÉREZ MARTÍNEZ, Yuri, “Articulación axiológica de la sociedad democrática: Los valores constitucionales”, en Marciano Seabra de Godoi, Lucas de Alvarenga Gontijo y Yuri Pérez Martínez (coords.), *Cuba-Brasil. Diálogos sobre democracia, soberanía popular y derechos sociales*, pp. 282-283.

ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana". En este orden, la igualdad implica gozar, sin distinción, por parte de todas las personas, de los mismos derechos y las mismas oportunidades legalmente establecidos. El nuevo texto supera al de 1976 en su redacción –entre otros aspectos– al ampliar el catálogo de circunstancias e incluir a la edad, con lo cual coloca el punto de mira en los NNA y en las personas adultas mayores.

La igualdad transversaliza toda la ley del proceso, pero en particular, el artículo 9 le coloca el apellido de "efectiva"; término que significa, como noción de la justicia, aplicar medidas y/o acciones que tomen en cuenta las características, necesidades o situaciones disímiles en que se encuentran las personas para gozar de los derechos. Un trato diferente no es discriminatorio si no existe igualdad en los supuestos de hecho y siempre que tenga una finalidad objetiva y razonable. Se expresa a través de las medidas especiales de carácter temporal, también conocidas como acciones afirmativas o de discriminación positiva o ajustes razonables. Así, la ley adjetiva reconoce un tratamiento procesal diferenciado ante las especiales situaciones de desventaja social de las personas menores de edad y de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad. En relación con las primeras, garantiza su derecho a ser escuchadas y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta, en atención a la capacidad progresiva y a su interés superior; referente a las segundas, exhorta a realizar los ajustes razonables en el orden del *"acceso a la justicia, las audiencias, los actos de conminación procesal, la intervención de los especialistas que requiera su condición, el uso del lenguaje, la redacción de las resoluciones judiciales, los medios de ejecución y cualquier otra medida necesaria para garantizar su participación y la defensa de sus derechos"*. Apréciase que las normas utilizan el término "garantizar", lo que implica una obligatoriedad de actuación del tribunal en cada uno de estos casos y a cada paso del proceso.

3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del niño (en adelante, ISN) es un aspecto de consideración primordial en todos los procesos donde se ventilen cuestiones relativas a este grupo etario; principio consagrado en la Convención de los derechos del niño (CDN) y en la Constitución patria. El problema se presenta en su aplicación,

pues resulta una especie de macroconcepto de carácter indeterminado, precisamente para dotar de flexibilidad y recabar de una actividad singularizada al caso concreto. Al carecer de contornos conceptuales “matemáticos”, algunos detractores de la figura esgrimen la multiplicidad de interpretaciones que suscita su invocación, la disparidad en su aplicación y el amplio margen de discrecionalidad que puede conducir a la arbitrariedad en la solución de conflictos. En oposición, otros autores valoran como meritorio su carácter abstracto y flexible, el cual le permite ser “ajustado” a las condiciones particulares del conflicto, además de comprender un grupo de garantías –durante el curso del proceso y fuera de este– que salvaguardan los derechos de infantes y adolescentes.¹⁵

En definitiva, más allá de una cuestión semántica, lo relevante es su esencia como elemento cardinal a tener en cuenta por legisladores, juzgadores y por todos los que intervienen en el proceso, pues –contestes con CILLERO BRUÑOL– el ISN es “congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica” y “constituye la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican”;¹⁶ valoraciones que ponen de manifiesto el contenido de este principio: los derechos reconocidos en la Convención, en la Constitución y en las normas especiales, y su observancia no como una simple sumatoria, sino como acto de ponderación ante las distintas soluciones posibles.

Así, la determinación del ISN significa delimitar el escenario que implique la máxima satisfacción de los derechos del niño en cuestión. Ello exige que, en cada proceso, “aterricemos” cómo se materializa, tanto en los escritos polémicos como en las audiencias y en las disposiciones judiciales. Los pedidos de las partes y, principalmente, las decisiones del órgano juzgador han de avenirse a aquella posición en la que se vean garantizados la mayor cantidad de derechos del niño o de la niña de que se trate y siempre bajo la premisa de su protagonismo en la toma de decisiones, pues su condición de pleno titular de derechos implica tener en cuenta –en primer orden– su propia visión sobre el asunto.

3.1. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

La postulación no encuentra clara definición en el ámbito procesal; razón por la que el profesor MENDOZA DÍAZ ha sentado que “es la forma o manera en que las

¹⁵ *Apud* CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, disponible en <http://www.iin.oea.org>

¹⁶ *Ibidem*.

partes comparecen ante los tribunales, o sea, si lo pueden hacer directamente o requieren de algún tipo de asistencia profesional".¹⁷ De manera que para hablar de postulación se requiere primero ser parte y, segundo, tener la posibilidad de actuar directamente ante los tribunales. Estos presupuestos prácticamente no resultan de aplicación a NNA, pues en la mayoría de los procesos que giran en torno a su interés superior no figuran como partes, en tanto se mantiene la clásica dualidad de posiciones de la materia civil en que los padres figuran indistintamente como actor/demandado.¹⁸ Por ello preferimos la alusión a una defensa procesal, en virtud de que sus derechos e intereses, aun cuando confieren clara legitimación, han de ser preservados por un tercero.

Esa salvaguarda ha correspondido en los últimos decenios a la fiscalía, a tenor de la Ley No. 83 de 1997 de la Fiscalía General de la República, en consonancia con la normativa civil sustantiva y procesal; pero con anterioridad a 1987 y la entrada en vigor del Código civil, existía la figura del defensor de menores, para cuando sus intereses fueren incompatibles con los de sus representantes legales.¹⁹ Esta es la tónica que sigue el Código de procesos al establecer una especie de representación que pudiéramos llamar "general" y como regla a cargo de la fiscalía (artículo 66), complementada mediante la designación de un defensor hasta que se les provea de tutores o representantes (artículo 83.1) o cuando, aun teniéndolos, existan intereses contrapuestos entre ellos, o ante la imposibilidad de defender adecuadamente sus bienes y derechos (artículo 83.2).

¹⁷ MENDOZA DÍAZ, Juan, *Derecho Procesal. Parte General*, p. 283.

¹⁸ Así sucede, por ejemplo, en los divorcios o en los conflictos en razón del ejercicio de la patria potestad. Como parte de la relación jurídico-procesal, figuran NNA cuando ostentan una titularidad claramente documentada, como en los casos de los derechos reales y sucesorios, pero no en sede familiar.

¹⁹ VELAZCO MUGARRA analiza el vacío que se produce con la preceptiva del Código de familia al derogar el artículo 165 del Código civil, con lo cual desaparece la figura del defensor de menores, pero no se ofrece respuesta respecto a quién o qué órgano asumiría tal función. Ello motiva una consulta al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular: "[...] ni en el Código de Familia, ni en la Ley de Procedimiento rituaría aparece norma de aplicación a estos casos –estimando el consultante que–, si a bien se tiene, se oriente, si el Tribunal, a tenor de lo que disponen los artículos 39 y 40 de la Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral, puede de oficio, designar un defensor de menores, a menores que tengan intereses encontrados con sus padres o qué procedimiento debe seguirse para ello, por entender que lo dispuesto en el artículo 48 de dicha Ley no es de aplicación al asunto, por tratarse de menores que no se encuentran en situación que se les provea de tutores por tener padres". Reflexiona la autora en cuanto a que la respuesta llega mediante el Dictamen No. 50 de 10 de febrero de 1979, de ese propio órgano gubernativo, al considerar que en estos casos la representación corresponde al fiscal. *Vid.* VELAZCO MUGARRA, Miriam P., *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, p. 131.

Al respecto se presentan varias problemáticas:

- La norma no se refiere a la representación de la fiscalía, sino a su condición de parte y al ejercicio de la acción cuando conozca de violaciones de la legalidad que afecten los derechos e intereses legítimos de los menores de edad; no obstante, con apego a los preceptos constitucionales y a la Ley No. 83, no puede desentenderse de su función social y de velador de la legalidad,²⁰ por lo que ha de mantenerse en su labor de investigación y de representante –aunque lejano– del interés superior de NNA.
- La nueva norma adjetiva hereda y asume una formulación que, en criterio propio, confunde la representación legal con la procesal. La primera se concibe para completar la capacidad, en su virtud, quien no la ostente de forma plena debe contar con un representante, lo cual opera intra y extraprocesalmente;²¹ mientras la segunda resulta consustancial al ejercicio técnico de los derechos (postulación) ante el tribunal y aplica para todas las personas con independencia de su capacidad, salvo los casos expresamente previstos en el artículo 82.3.²²
- En consonancia, cuando el Código alude a la designación de defensor hasta que se le provea de tutor o representante, está asumiendo que lo buscado es un completamiento de capacidad, alcanzable mediante la representación legal y como si ello bastare para actuar en el proceso; sin embargo, dada su ubicación dentro del capítulo dedicado a la representación y dirección de las partes en el proceso, no cabe dudar que se refiere a las actuaciones en sede jurisdiccional.

²⁰ La ley contiene varios preceptos destinados a la actuación de este órgano en la protección de las personas menores de edad, con énfasis en su papel ante la carencia de representante legal o cuando los intereses de este sean contrapuestos a los del menor (artículos 8, 18 y 25). En particular, el artículo 25. 2, puntualiza –con independencia de la representación– la necesidad de examinar todo tipo de documentación relativa a la situación de los menores, así como efectuar entrevistas a estos, a los maestros, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, juristas y otros funcionarios encargados de la educación y reorientación de los menores.

²¹ De ahí su regulación en las normas sustantivas (v. gr., artículos 60 y 63 del Código civil), orgánicas (Ley No. 83) y procesales.

²² Artículo 82.3.- *“No es indispensable representación ni dirección de abogado en: Las reclamaciones civiles de cualquier naturaleza en las que la cantidad de dinero reclamada o el valor de los bienes sobre los que se litigue sea de menor cuantía, de acuerdo con lo definido al respecto por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular; las reclamaciones sobre alimentos; y los actos de jurisdicción voluntaria”.*

- Ante las situaciones de colisión de intereses, no queda claro cómo se determina la existencia de contradicción o en qué momento, pero la segunda parte del artículo parece resolver el dilema pues los infantes siempre están imposibilitados de defender por sí sus intereses y, consecuentemente, en todo caso procede la designación de defensor; además de que no hacerlo los colocaría en una posición de desventaja frente a los restantes intervinientes en el proceso, dotados de representantes.
- El referido artículo 83 no explicita el procedimiento de designación, ni la titulación para dicho desempeño, lo que requiere de complemento normativo; tarea que corresponde al Ministro de Justicia, de conformidad con lo establecido en la Disposición Final Segunda del Código de procesos. Lo cierto es que se trata de un deber judicial de estricta observancia, por lo que salvo expresa previsión legal, encuentra apoyatura en ese poder-facultad de adoptar las medidas necesarias en aras de restablecer la equidad procesal.²³
- No existe claridad respecto al momento de la designación del defensor. En criterio propio, el tribunal debe hacerlo en el control de admisibilidad de la demanda para que, llegado el momento de la audiencia, no queden dudas sobre la posición de infantes y adolescentes sobre el objeto de litis.
- El artículo 135 al regular la escucha no concibe al defensor como participante en ese acto, y sí a los representantes legales, aunque pudiera entenderse dentro del saco de “otra persona de confianza del niño”.²⁴

A propósito de la institución, consideramos oportuno acotar que pudiera utilizarse la figura de los abogados de oficio, como acontece en el proceso penal, o la confección de listados a disposición de los tribunales, que no tiene que circunscribirse a los abogados miembros de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, pues lo que se trata es de dotar a NNA de defensores especializa-

²³ Nos referimos al artículo 58.1, reproductivo del 40 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE) en el entendido de que *“Cuando en un proceso se presente una situación de evidente indefensión o desigualdad susceptible de causar perjuicio irreparable a la parte que la sufra y que no tenga solución específica en este Código, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede adoptar las medidas necesarias para restablecer la equidad procesal”*.

²⁴ Cfr. artículo 135.1. *“Para la protección del interés superior del niño, el tribunal garantiza que sea escuchado, en correspondencia con la capacidad que posea, según su edad, para comprender y formarse un juicio propio, a tenor de las reglas siguientes: [...] b) participan el ponente, el fiscal, un especialista idóneo y, según las circunstancias del caso, puede permitirse la presencia de los representantes legales o de otra persona de confianza del niño”*.

dos y sensibilizados con su misión social y jurídica. Concurren al proceso para colocar la “voz” del niño en el ámbito de las actuaciones judiciales, al representar –específicamente– sus intereses, necesidades y derechos.

3.2. LA PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO

El derecho a la participación o a ser escuchado resulta un principio informador de la CDN y, consecuentemente, de todo escenario donde se aplique. A su tenor, se reconoce el protagonismo de niñas y niños en todo asunto y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta.

La Observación General No. 12 del Comité de los Derechos del Niño²⁵ realiza una serie de especificaciones al respecto:

- a. no se puede partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones;
- b. el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto;
- c. el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado;²⁶
- d. la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen a este de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse, y sus consecuencias;

²⁵ Cfr. Observación General No. 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, julio 2009, disponible en www.observatoriodelainfancia.es. El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados partes. El órgano ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, lo que pone de relieve que este precepto no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar los restantes.

²⁶ Se trata de un derecho irrenunciable, pero ello no significa que el niño no pueda negarse a ser escuchado en el marco de un proceso. En criterio propio, constituye una de las expresiones que puede asumir el derecho de participación, de manera que si el niño decide no ser escuchado, no renuncia a su derecho, sino que lo ejerce de forma negativa. En estos casos resulta aconsejable que el tribunal –y los especialistas que le apoyen en el acto– indague sobre las razones de tal postura, con la perspicacia y medida imprescindibles para detectar signos de manipulación o violencia psicológica, en aras de adoptar las precauciones pertinentes.

- e. la capacidad del niño debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicarle la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso;
- f. los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, por lo que la madurez de niños o niñas debe medirse a partir de la capacidad para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente;
- g. los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuantos mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño/a.

De esta manera, la participación constituye uno de los pilares fundamentales de la concepción de pleno sujeto de derecho, reconociéndole valor a su dicho, en lo que resulta elemento esencial para la conformación del interés superior de un niño, niña o adolescente. Comprende el derecho a recibir información sobre el tema y a que la escucha se produzca en condiciones adecuadas; así como tener en cuenta no solo deseos y opiniones manifestados de manera discursiva, sino también sentimientos expresados de otras formas, concretamente en aquellos casos de niños con menores competencias lingüísticas que no pueden verbalizar –o lo hacen de forma limitada–, pero pueden dibujar, jugar y hacer cuentos, en lo que se entiende por verdadera escucha, que no mero interrogatorio o exploración.²⁷

²⁷ Con la entrada en vigor de la Instrucción No. 187 de 2007 del CGTSP se amplió la posibilidad de exploración sin fijación de edad, pues hasta ese momento solo se realizaba en los expedientes de adopción y tutela, según lo regulado en los artículos 107 y 145, respectivamente, del Código de familia, y siempre que se cumpliera el requisito de la edad mínima de siete años. Luego, con la Instrucción No. 216 de 2012 se afirma que, al menos teóricamente, se encuentra superada la conocida exploración del menor, pues no se trata de una simple sustitución del vocablo “explorar” por el de “escuchar”, sino que se introducen aspectos tales como el concepto de capacidad progresiva y el desarrollo del diálogo en ambiente propicio, con ausencia de padres y presencia de fiscal, entre otros particulares. Tal reconocimiento de capacidad y viabilidad de participación resulta novedoso para el entorno patrio, por cuanto nuestro Código civil solo registra la plena, la restringida y su carencia en forma absoluta, por lo que corresponde al proceso familiar el mérito de introducir una posibilidad que amplía las previsiones de la norma sustantiva general. El Código civil cubano, en sus preceptos del 29 al 31, reconoce los tres tipos de capacidad aludidos: la plena, en razón de la mayoría de edad o el matrimonio del menor; la restringida, para los menores de edad que han cumplido 10 años, los que padecen de enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente de discernimiento y los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco; y la carencia total, en el caso de los menores de 10 años y los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapaces.

El interrogatorio tiene un signo inquisitorial, de interés de quien conduce el acto, con énfasis en lo que se alcanza y no en el cómo se alcanza; por el contrario, la escucha –como su propio nombre indica– pone el acento en oír, más que en preguntar; implica darle prioridad a lo que entienden como su propio interés, teniendo en cuenta su capacidad de formarse un juicio y emitir opinión.

El artículo 135 del Código de procesos preceptúa el acto de la escucha como garantía ineludible y establece un grupo de reglas para su celebración; sin embargo, no queda claro el momento procesal que le corresponde y si puede realizarse en más de una ocasión. En consideración propia, debe realizarse al inicio del proceso, para la construcción del caso, no solo con vistas al fallo, sino también respecto a las medidas parciales (cautelares o probatorias) que se adopten; debe evitarse la reiteración del acto, pero nada obsta para ofrecer una nueva posibilidad de participación si el proceso se extiende en el tiempo o se produce un cambio en la composición del órgano judicial actuante.

3.3. LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

La Observación General No. 14 del Comité de Derechos del Niño²⁸ fue la primera en referirse a la dimensión procesal del ISN, al estipular que los Estados deben establecer procesos oficiales, transparentes y objetivos, con garantías procesales estrictas, para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan, sean estas tomadas por legisladores, jueces o autoridades administrativas. Precisamente, las dificultades para que los tribunales tuvieran en cuenta ese interés superior motivaron la referida Observación, que marca la necesidad de que las decisiones judiciales se pronuncien sobre la existencia de garantías procesales, la estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño interesado, la evaluación y determinación de su interés superior y la justificación de las decisiones.

El Código de procesos, con apego a dichas regulaciones, no deja espacio al arbitrio cuando establece la motivación de la sentencia en consonancia con un grupo de parámetros:

- a. La opinión del niño, según el resultado de la escucha realizada, como re-fuerzo a la regla de la escucha y su impacto en la decisión.

²⁸ Cfr. Observación General No. 14, “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, Comité de Derechos del niño, mayo 2013, párrafos 6 b) y 87, disponible en www.observatoriodelainfancia.es

- b. Las características particulares que conforman su identidad, lo que comprende los elementos culturales y afectivos que distinguen al niño.
- c. La preservación de las relaciones familiares y de un entorno familiar protector y libre de violencia, con lo cual se busca la estabilidad del niño, no ocasionar cambios en su entorno familiar; pero siempre que cumpla con el cometido de ser “protector”.
- d. El cuidado y la seguridad del niño, en cuanto a su salud, educación, bienestar económico, entre otros aspectos.
- e. La concurrencia de otras causas de vulnerabilidad que puedan afectarle, además de su edad;
- f. Otros criterios relevantes que tributen a la máxima realización de sus derechos.

Todo ello debe ser fundamentado en la sentencia pues “[...] cuando un tribunal ofrece una razón para una decisión está dando una justificación necesariamente más amplia que la decisión. Por consiguiente, proclama lo que en efecto es una regla (o un principio, estándar, norma o máxima) más general que la propia decisión”.²⁹ Se trata de que uno de los obstáculos más frecuentes a la materialización o disfrute pleno del derecho a ser escuchado por parte de niños, niñas y adolescentes es la indefinición respecto al peso que se debe dar a sus deseos y sentimientos cuando estos son evaluados conjuntamente con otras variables, dígase derechos, también trascendentes.

De esa manera, la sentencia debe tener en cuenta las opiniones del niño, como factor prevaleciente en la solución del conflicto, sin que ello implique resolver el asunto de la forma querida por el infante, pero si se aparta de su posición, se requiere de “reposado” análisis de las razones conducentes al pronunciamiento judicial. Como asevera JORGE MÉNDEZ: “Para desatender los deseos explícitos del niño sería indispensable demostrar que el mismo no tiene la competencia necesaria para comprender las implicaciones de

²⁹ SCHAUER, Frederick, “Pensar como un abogado, una nueva introducción al razonamiento jurídico”, en Jordi Ferrer Beltrán, José J. Moreso Mateos y Adrián Sgarbi (dirs.), *Colección Filosofía y Derecho*, p. 184.

la elección y que además los consiguientes riesgos relacionados con dicha elección irían en contra de su interés superior”.³⁰

4. HERRAMIENTAS PROCESALES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS

En trabajo anterior, junto a otros autores, hemos precisado que se consideran herramientas a “[...] aquellos principios, instituciones o categorías que sirven a las partes para ‘andar’ el íter procesal y alcanzar el resultado querido: el pronunciamiento judicial que acoge lo pedido”. Bajo este rubro se identifican a “los principios (como guía de interpretación), las medidas cautelares (como medio que propende a la eficacia del resultado procesal), las excepciones (cual modo de defensa del demandado en estrecha relación con el ejercicio de la acción), las pruebas (con vistas a acreditar las afirmaciones de las partes y crear convicción en el juzgador), los medios de impugnación (en tanto posibilidad de combatir cualquier decisión judicial) y mecanismos eficaces de ejecución (tributo a la verdadera eficacia y credibilidad de la administración de justicia)”.³¹

Cuando nos referimos a principios, debemos tener claro que pueden no estar formulados en la ley con esta denominación, como es el caso del Código; sin embargo, resulta vital su conocimiento en la labor de interpretación de la norma en relación con la Constitución y los textos convencionales. Dentro de los principios considerados raigales en sede familiar, además de los analizados, pueden citarse: el tratamiento interdisciplinario, multidisciplinario y transdisciplinario, por esa necesaria mirada especializada de profesionales de otras ciencias que contribuyan a la labor de juzgamiento; y la no revictimización, pues el entorno judicial resulta hostil de por sí para quienes no están acostumbrados a litigar y, consecuentemente, han de buscarse paliativos ante posibles situaciones de violencia y su incremento en clave jurisdiccional, mediante los ajustes razonables y otros mecanismos instrumentales. En este orden, la ley rituaría reconoce a la violencia como una circunstancia de vulnerabilidad con trascendencia al proceso y, como acciones compensatorias, regula específicas medidas cautelares, establece indicaciones al equipo multidisciplinario respecto

³⁰ JORGE MÉNDEZ, Lisy, “Los niños, las niñas y adolescentes como sujetos de derechos”, en *Las familias en la Constitución*, cit., p. 285.

³¹ Vid. PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne, Jané MANSO LACHE y Luis Alberto HIERRO SÁNCHEZ, *Herramientas del proceso civil*, p. 7.

al informe para la determinación de daños físicos y psíquicos, confiere cauce sumarial a las reclamaciones y reduce los plazos establecidos hasta la mitad.³²

4.1. LAS MEDIDAS CAUTELARES

En razón de las características procesales intrínsecas del Derecho familiar, la regulación de lo cautelar ostenta un signo diferente, no se trata de solicitantes y adversarios, sino de justipreciar al grupo familiar como unidad principal de nuestra sociedad que requiere el desarrollo de una labor juzgadora verdaderamente tuitiva, con un juez director dotado con amplias facultades y autoridad, capaz de prever y ejecutar medidas que ni el legislador ni las partes “hayan podido visualizar” como posibles y con las que muchas veces anticipa el resultado litigioso.³³

RAMOS MÉNDEZ sostiene: “De entrada hay que señalar que, en este escenario, hablar de medida cautelar es hartó relativo. Las necesidades de estos litigios exigen medidas más bien de carácter tuitivo de los intereses del grupo familiar en toda su dimensión. Por ello cabe considerar cualquier medida idónea a las circunstancias del caso, tenga o no que ver con la anticipación de la ejecución en sentido estricto. Al lado de verdaderas medidas cautelares, surge la necesidad de organizar los intereses del grupo familiar afectado mientras dura el litigio. En estos casos, las medidas responden precisamente a ese perfil de regulación provisional de una situación litigiosa, que debiera cumplir siempre una medida cautelar”.

Por su parte, KIELMANOVICH afirma que “se autorizan medidas cautelares que no apuntan a asegurar el cumplimiento de la sentencia *definitiva* que habrá de pronunciarse sobre el fondo de la litis, sino fundamentalmente la *integridad* de la persona o la satisfacción de sus necesidades *urgentes*, desvinculándose aquellas de la pretensión principal”.³⁴

³² Cfr. artículos 241, 283, 352.4, 551.1 g) y 580, respectivamente.

³³ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, t. II, p. 556.

³⁴ KIELMANOVICH, Jorge L., “Las medidas cautelares en el proceso de familia”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, No. 39, LexisNexis/Abeledo- Perrot, marzo/abril 2008, p. 41. Las cursivas son originales del autor, quien añade que “se admite la fijación de alimentos provisorios en juicios de filiación cuando todavía ese estado no se constituyó o reconoció por sentencia que, [...] *no podría ser de condena ni llevar acumulada una pretensión de fijación de alimentos como principal* [...] o la exclusión del hogar conyugal de uno de los cónyuges en *procesos de divorcio o separación personal*, no para asegurar la definitiva atribución [...], sino para evitar que ínterin su tramitación pudiesen generarse daños a la integridad de las personas [...]”.

El Código de procesos acoge estas posturas y las particularidades que la doctrina reconoce a las medidas cautelares en sede familiar. Resultan sus características:

1. El carácter instrumental: con la peculiaridad de anticipación del resultado litigioso, pues suele autorizarse el dictado de aquellas que aparejan una evidente identificación de su objeto con el de la pretensión de fondo (cfr. artículo 241, que confiere la facultad de adoptar decisiones anticipadas sobre el fondo ante la presencia de un daño irreparable para los derechos e intereses de las PSV, requeridas de la satisfacción de necesidades urgentes y a reserva de lo que se disponga de modo definitivo).
2. La adopción *audita altera pars*: por regla 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 pudieren ser divergentes, en aras de lo que resulte más conveniente para todos y cada uno de los miembros de la familia (cfr. artículos 284 y 285, relativos a la convocatoria a una audiencia con el objetivo de escuchar a los interesados; y artículos 234 y 287, que amplían la legitimación para solicitudes precautorias a los demás intervinientes en el proceso, bajo la fórmula “quienes tengan interés”, en cualquier estado de la tramitación y siempre que se sustenten en la satisfacción del ISN o en la protección de PSV, ello en consonancia con el texto constitucional y la CDN, que reconocen la multiplicidad de actores en el contexto familiar).
3. Presupuestos para su admisibilidad y ejecutabilidad: generalmente no se exige contracautela, así como tampoco la demostración fehaciente de la verosimilitud del derecho ni del peligro en la demora, sino que, en todo caso, basta con la comprobación de las circunstancias descriptas en la ley como requisito para su concesión. El proceso sumario de alimentos resulta paradigmático en este sentido al no requerir la presentación de las certificaciones del Registro del estado civil y bastar con los datos que aporta el documento de identidad correspondiente. Además, en el caso de que se soliciten alimentos a favor del concebido, son suficientes la prueba del embarazo y la imputación de que el demandado es el progenitor (artículo 558).
4. Facultad del órgano para disponerlas de oficio, sin que ello obste para que también el destinatario o demandado pueda solicitarlas del tribunal, particularmente en aquellos casos de comunidad de intereses (artículos 240 y 285).

5. Disponibilidad inmediata de su objeto: en el caso de embargo o de fijación de alimentos provisorios, la resolución lleva implícita la facultad de disponer del dinero sobre la cual recae. Se trata de una decisión del tribunal y, por consiguiente, lleva aparejada la fuerza ejecutiva que se reconoce en la Constitución (artículo 151) y en distintos preceptos de la ley adjetiva (artículos 2.2, 245 y 454.1).
6. Universalidad de aplicación, en cualquier estado del proceso y para todos los procesos, incluso en jurisdicción voluntaria (artículo 235) y en ejecución (artículo 456); inclusive, en sede casacional, cuando existan circunstancias excepcionales que así lo ameriten.
7. Se mantiene la regla de competencia funcional en relación con la del proceso "principal"; pero se ofrece solución al conflicto competencia-urgencia: puede disponerla el tribunal más cercano al lugar donde deba ejecutarse la medida cautelar y cuando se inicie el proceso, el órgano competente reclama las actuaciones (artículo 233.2).
8. No sujeción normativa a plazo de caducidad.

En ese último aspecto, el Código contiene tres previsiones interesantes: la primera, como típica medida autosatisfactiva, referida a la precaución interesada de forma previa al proceso que mantiene su vigencia y se declara definitiva, si no existe oposición y siempre que se trate de PSV, derechos inherentes a la personalidad u otras situaciones de satisfacción de necesidades urgentes (artículo 238); la segunda, al permitir la solicitud en un proceso para asegurar el resultado de otro posterior (artículos 232.2 y 245.3), como suele suceder en los procesos relativos a divorcios, reconocimientos de uniones matrimoniales y filiaciones; y la tercera, cuando proclama la vigencia de la medida hasta tanto se logre el cumplimiento de la resolución judicial que ponga fin al proceso (artículo 245.1). Al respecto, CALDERÓN CUADRADO defiende la necesidad de que pervivan los efectos que le son propios a las medidas cautelares hasta que la decisión definitiva no comience a producir los suyos y afirma que: "Aprovechándose del efecto de aseguramiento producido durante la vigencia de la garantía se evitan periodos de tiempo sin ella en los cuales se haría preciso una nueva solicitud cautelar"³⁵

Estas y muchas otras previsiones enaltecen al Código de procesos, que reconoce la virtualidad jurídica de las disposiciones cautelares como esas decisio-

³⁵ CALDERÓN CUADRADO, María P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, p. 306.

nes rápidas que permiten prevenir o paliar situaciones de riesgo en cuanto a las personas o sus bienes. De ahí la importancia que revisten, pues permiten “acotar” actos de violencia, necesidades de ayuda especializada y disposiciones provisionales sobre alimentos, custodia y comunicación, entre otros. La ley contiene una amplia preceptiva en lo atinente a la protección de las personas y las familias con un catálogo (artículo 283) de nueve medidas típicas y una de cierre o genérica que permite “crear” la que resulte idónea para garantizar la eficacia del proceso, o que se sustente en la satisfacción del ISN o en la protección de la PSV. Particular mención ameritan las dirigidas a prevenir o contrarrestar situaciones de violencia, como son la asistencia obligatoria a programas educativos o terapéuticos, tratamiento psicológico o psiquiátrico de las personas menores de edad, de alguno de sus padres u otras personas vinculadas al cuidado de aquellos, las personas mayores de edad en los casos en los que puedan ser un peligro para sí o para otros, las víctimas y los agresores de hechos de violencia de género o familiar, y las conocidas como órdenes de restricción, en tanto establecen la prohibición de acercarse o de visitar el hogar familiar y los lugares de trabajo, estudio u otros similares. De esta forma, cuenta el proceso con una herramienta esencial para la salvaguarda de las familias, solo resta utilizarlas.

4.2. ESPECIALIDADES PROCESALES

Con esta denominación hemos agrupado aquellas cuestiones que, además de las vistas, matizan el ejercicio de la función jurisdiccional para una adecuada protección de las personas y las familias y, salvo mejor criterio, resultan las siguientes:

- a. Los conflictos familiares son de conocimiento de los tribunales municipales, como garantía de tránsito por doble instancia de juzgamiento (artículo 24.2), y llegan al Tribunal Supremo, a excepción de los alimentos y los litigios que tengan por objeto la liquidación de los bienes comunes adquiridos en el matrimonio o la unión de hecho (artículo 431.2).
- b. Acercamiento de la justicia a las personas como garantía de acceso. Reglas de competencia por razón del lugar: 1) no cabe sumisión de parte en los procesos relacionados con la capacidad jurídica de la persona y la provisión de apoyos y salvaguardias, en los que es competente el tribunal del lugar donde resida la persona a que se refieren (artículo 31 b); 2) regla de adecuación que rompe con la competencia funcional hasta ahora prevaleciente: en los procesos en los que se ventilen derechos o intereses de una PSV, es

competente el tribunal del domicilio de esta (artículo 34 g); 3) cuando en el litigante llamado a comparecer concorra alguna situación de discapacidad u otra, de naturaleza similar, que le impida asistir al tribunal, este puede disponer la práctica de la prueba en su domicilio o en el lugar en que se encuentre; 4) uso de intérprete ante situación de discapacidad del litigante, que le impida escuchar, hablar o ambas (artículo 328.1).

- c. Intervención forzosa de la fiscalía como parte en todos los procesos concernientes al estado civil y la capacidad de las personas, en que se vean involucrados intereses de menores de edad y de otras personas en situación de vulnerabilidad (artículos 65 y 66).
- d. Posibilidad de celebración de audiencias en privado cuando sea lo más conveniente al interés superior del niño o de las personas en situación de vulnerabilidad (artículo 128.1).
- e. Instrucciones probatorias de oficio para formar convicción de los hechos (artículo 292.3).
- f. Desplazamiento de la carga de la prueba con atribución a quien se encuentre en una posición más favorable para demostrar el hecho en controversia y, ante la inobservancia de dicha atribución, se tiene por acreditado el hecho en cuestión (artículos 293 y 294).
- g. Auxilio al tribunal por equipo multidisciplinario con carácter pericial durante el curso del proceso (artículos 352.3 y 352.4) y en trámite de ejecución (artículo 467.1).
- h. Inhabilitación de las personas menores de edad para testificar, pero el tribunal puede escucharles si su declaración fuere determinante para acreditar hechos relativos al proceso que les afecten (artículo 376).
- i. Exención de la obligación de declarar como testigos a cónyuge o integrante de la unión de hecho (artículo 377).
- j. Reducción de formalidades respecto al recurso de casación y amplio sistema de causales con genérica enunciación: quebrantamiento de formalidades procesales y de garantías de las partes; arbitrariedad o irracionalidad en la valoración de la prueba y la infracción con trascendencia al fallo de las fuentes legales (artículo 432).

- k. Extinción del proceso por desistimiento, salvo que resulte contrario al interés social o a los derechos de las personas protegidas por la ley (artículo 452.3). También puede concluir por allanamiento, salvo que el objeto del proceso sea de naturaleza indisponible (artículo 530).³⁶
- l. El tribunal puede aplazar o graduar la ejecución, excepto en materia de alimentos; derivar a la mediación; y adoptar la conminación personal de arresto del obligado, con cuidado de no ocasionar efectos perjudiciales a las personas menores de edad u otras en situación de vulnerabilidad (artículo 467.2).
- m. En la audiencia preliminar, el tribunal informa a los intervinientes sobre los beneficios que reporta el uso de la mediación, favorece su realización y propicia el consentimiento de las partes (artículo 539.2).
- n. En el orden de las tipologías procesales: la mayoría son resueltos en cauce sumarial, lo que se traduce en pocos y rápidos trámites; se sigue la pauta de la precedente norma ritarua en cuanto a la concepción de un proceso especial para los alimentos, que se flexibiliza aún más al no requerir de demanda ni de certificaciones registrales, conceder alimentos a favor del concebido y establecer la contestación en audiencia; se instaura un proceso sumario para la provisión de apoyos y salvaguardias a las personas que así lo requieran; y, sin perder la genérica formulación de la jurisdicción voluntaria para toda cuestión no conflictual, se establece una especie de catálogo –a modo indicativo–, que ilustra sobre los posibles trámites a verificar por esta vía, entre ellos la homologación de los acuerdos derivados de los métodos alternos de solución de conflictos y el divorcio por mutuo acuerdo.³⁷

³⁶ La determinación de cuáles asuntos son de naturaleza indisponible corresponde a las normas sustantivas y, en la materia que nos ocupa, puede consultarse el proyecto de Código de las Familias que, al regular los casos mediables, establece una formulación amplia de no afectación al interés público y si no existe discriminación o violencia; a un tiempo, excluye esta posibilidad ante pretensiones filiatorias, suspensión y privación de responsabilidad parental, estado civil y renuncia al derecho de reclamar alimentos, entre otras. Cfr. Art. 440 del Proyecto de Ley Código de las Familias, Acuerdo No. IX-109, de 21 de diciembre de 2021, publicado en la Gaceta Oficial, Extraordinaria, No. 4, de 12 de enero de 2022.

³⁷ A tono con la preceptiva del proyecto de Código de las Familias, de ser aprobado, queda derogado el inciso k) del art. 609.1, referido a la autorización excepcional para contraer matrimonio. Dicho texto señala otros casos que pueden ser tramitados en esta sede, como son: gestación solidaria (art. 129), delegación temporal de responsabilidad parental (art. 141), pactos de parentalidad (art. 160) y reconocimiento de guarda de hecho (art. 334).

- o. Ampliación de la legitimación para pedidos cautelares y para la interposición de demandas en razón de conflictos que surjan en el ejercicio de la patria potestad, la guarda y cuidado, y la comunicación (artículo 551.1).
- p. Conversión del proceso ordinario en sumario, o viceversa, en razón de las características del caso, su grado de complejidad o el interés protegido (artículo 580.2).
- q. Pronunciamiento anticipado con fuerza ejecutiva inmediata en la primera o única audiencia sobre guarda y cuidado, régimen de comunicación, pensión alimenticia y cualquier otra cuestión encaminada a proteger el ISN, con independencia de lo que se resuelva definitivamente (artículo 581).

5. REFLEXIONES FINALES

El Código proporciona patrones de actuación diferentes para los procesos familiares, en lo que se conoce como justicia de acompañamiento, en el sentido de que los tribunales despliegan el arsenal de facultades que le concede la ley en la búsqueda de la verdad y la justicia, para evitar/enfrentar situaciones de violencia o desigualdades y para que no tengan que esperar un pedido de las partes; en su virtud, quienes juzgan pueden celebrar las audiencias en privado cuando sea lo más conveniente al interés superior del niño o de las personas en situación de vulnerabilidad, se auxilian de profesionales especializados, disponen pruebas y medidas cautelares, acortan los plazos de tramitación y adoptan todas las medidas que consideren necesarias para restablecer la igualdad y la debida protección. El Código convoca a juezas y jueces a dialogar y colaborar con las partes, escuchar a los niños, proteger al indefenso, establecer líneas de derechos y responsabilidades en la dinámica familiar, fundamentar sus decisiones y hacerlas cumplir. Se trata de que corresponde a la judicatura asumir un papel activo en la dirección del proceso en pos de la materialización de la justicia y de las garantías consagradas en la Constitución.

La preconizada tutela judicial efectiva encuentra reflejo en la norma rituarial con aspectos generales y comunes a todos los procesos, y con particularidades para el escenario familiar en respuesta a los reclamos de una realidad social que aboga por una justicia cercana y humana. Estas y otras especificidades de la nueva ley adjetiva permiten afirmar que las familias cubanas cuentan con un instrumento garantista que pautó un camino, un procedimiento, pero piensa en las personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

- ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana M., "El papel activo del juez en el proceso", en Andry Matilla Correa, Juan Mendoza Díaz y Ariel Mantecón Ramos (coords.), *Perspectiva actual del Derecho Procesal (civil y administrativo) en Cuba, Homenaje al profesor Dr. Rafael Grillo Longoria*, Ediciones ONBC, La Habana, 2016.
- BERIZONCE, Roberto O., *Derecho procesal civil actual*, Librería Editora Platense, La Plata, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- BERIZONCE, Roberto O., "El juez acompañante en los procesos de familia", en Juan Mendoza Díaz (coord.), *El Derecho Procesal y los retos de la contemporaneidad*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Santiago de Guayaquil, 2017.
- CALDERÓN CUADRADO, María P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, 1ª ed., Civitas S.A., Madrid, 1992.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño", disponible en <http://www.iin.oea.org> [consultado el 18 de junio de 2021].
- COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. III – *El juez, las partes y el proceso*, 2ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.
- JORGE MÉNDEZ, Lisy, "Los niños, las niñas y adolescentes como sujetos de derechos", en Leonardo B. Pérez Gallardo y Daimar Cánovas González (coords.), *Las familias en la Constitución*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El Derecho de familia y el bloque de constitucionalidad", en Leonardo B. Pérez Gallardo, Carlos Manuel Villabella Armengol y Germán Molina Carrillo (coords.), *Derecho Familiar Constitucional*, Grupo Editorial Mariel, Puebla, 2016.
- KIELMANOVICH, Jorge L., "Las medidas cautelares en el proceso de familia", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, No. 39, Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot, marzo-abril 2008, p. 41.
- MENDOZA DÍAZ, Juan, *Derecho Procesal. Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2015.
- MORELLO, Augusto M., *El proceso civil moderno*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2001.
- PEREIRA CAMPOS, Santiago, "Moralidad, veracidad y colaboración: su incidencia en el proceso civil contemporáneo", en Carlos J. SARMIENTO SOSA (comp.), *Estudios iberoamericanos de derecho procesal*, 1ª ed., LEGIS, Bogotá, 2005.

- PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne, Jané MANSO LACHE y Luis Alberto HIERRO SÁNCHEZ, *Herramientas del proceso civil*, UniAcademia Leyer, Bogotá, 2016.
- PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne y Luis A. HIERRO SÁNCHEZ, *La tutela judicial efectiva en el proceso civil*, UniAcademia Leyer, Bogotá, 2019.
- PÉREZ GUTIÉRREZ, Ivonne y Yanet ALFARO GUILLÉN, "Las garantías jurisdiccionales de los derechos de las familias consagrados en la Constitución cubana de 2019", en Leonardo B. Pérez Gallardo y Daimar Cánovas González (coords.), *Las familias en la Constitución*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2020.
- PÉREZ MARTÍNEZ, Yuri, "Articulación axiológica de la sociedad democrática: Los valores constitucionales", en Marciano Seabra de Godoi, Lucas de Alvarenga Gontijo y Yuri Pérez Martínez (coords.), *Cuba-Brasil. Diálogos sobre democracia, soberanía popular y derechos sociales*, Editora D-Plácido, Belo Horizonte, 2018.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, t. II, 2ª ed., Biblioteca Procesal, Librería Bosch, Barcelona, 1986.
- SCHAUER, Frederick, "Pensar como un abogado, una nueva introducción al razonamiento jurídico", en Jordi Ferrer Beltrán, José J. Moreso Mateos y Adrián Sgarbi (dirs.), *Colección Filosofía y Derecho*, trad. de Tobías J. Schleider, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- VELAZCO MUGARRA, Miriam P., *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, Ediciones ONBC, Ciudad de la Habana, 2006.

FUENTES LEGALES

- Constitución de la República de Cuba, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 10 de abril de 2019.
- Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, disponible en www.ohchr.org [consultado el 28 de octubre de 2021].
- Observación General No. 12, "El derecho del niño a ser escuchado", julio 2009, disponible en www.observatoriodelainfancia.es [consultado el 28 de octubre de 2021].
- Observación General No. 14, "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", Comité de Derechos del niño, mayo 2013, disponible en www.observatoriodelainfancia.es [consultado el 28 de octubre de 2021].
- Ley No. 59, Código Civil, de 16 de julio de 1987, Ministerio de Justicia, La Habana, 2003.
- Ley No. 83, De la Fiscalía General de la República, de 11 de julio de 1997, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 8, de 14 de julio de 1997.

Un nuevo modelo procesal al servicio de las familias cubanas

Ley No. 141, Código de Procesos, de 28 de octubre de 2021, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 138, de 7 de diciembre de 2021.

Proyecto de Ley Código de las Familias, Acuerdo No. IX-109, de 21 de diciembre de 2021, publicado en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 4, de 12 de enero de 2022.

Recibido: 10/12/2021

Aprobado: 17/1/2022

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
(CC BY-NC 4.0)

