



Universidad de Sancti Spiritus "José Martí Pérez"

Facultad de Humanidades

Departamento de Derecho

**TRABAJO DE DIPLOMA EN OPCIÓN AL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

Título:

**"Las medidas cautelares. Su configuración en el proceso
civil cubano".**

Aspirante: Cenia Arliety Fernández Hernández

Tutor: MSc. Ranulfo Andux Alfonso.

Consultante: Lic. Loyet Ricardo García Broche

CURSO 2012-2013

“La misión del jurista no es la beatífica contemplación de un orden jurídico tan regular y perfecto que todo interés encuentre en él su justa satisfacción; está más bien en su labor infatigable, en el camino de una conquista que nunca terminará”

*23 de marzo de 1956
Dr. Fernando Álvarez Tabío*

Dedicatoria

A estas personas que han sido protagonistas conmigo, dedico este proyecto: a mis seres más queridos, padres, hermano, sobrino y mi novio Gerardo. Sin su apoyo no hubiese podido obtener resultados satisfactorios durante mi carrera. A mis tutores Ranulfo Andux y Loyet quienes han contribuido a la realización de esta investigación incondicionalmente.

Agradecimientos

Agradezco profundamente a todas las personas que de una forma u otra han colaborado con el desarrollo de mis estudios; en especial a mis padres, hermano y sobrino por todo el apoyo que siempre me han proporcionado. Siento gratitud de todo corazón con mi novio Gerardo y amigos con los que compartí buenos y malos momentos; en fin, con todos aquellos que me brindaron su mano cuando los necesité.

A todos los profesores que participaron en mi formación como profesional, además de los que pusieron su “granito de arena” para la realización de este documento, en particular a mi querido Tutor Ranulfo Andux que indudablemente ha sido quien me ha guiado desde el inicio de la carrera cual parte de mi núcleo familiar. También a su esposa Aleida por estar siempre dispuesta a colaborar en todo. A mi profesor consultante Loyet quien ha puesto todo su empeño para que esta investigación logre el objetivo propuesto.

A la Revolución Cubana por darme la posibilidad de estudiar, de realizar mis sueños y contribuir al desarrollo de mi país.

Muchas gracias por todo...

Resumen

Las medidas cautelares vienen a constituir la garantía que ofrece el Derecho frente a la inevitable lentitud de los procesos. En efecto, permiten que el juez utilice los medios necesarios para que el derecho cuya tutela se solicita, permanezca íntegro durante el tiempo que dura el proceso. La falencia padecida desde el siglo XIX hasta la actualidad en el campo de las medidas cautelares es la causa de su marginalidad, que se traduce en su escasa utilización, distorsión de su entidad y naturaleza, pasando por el desconocimiento de sus elementos esenciales y configuradores. La presente investigación está motivada por la idea de cómo lograr una mejor utilización de las medidas cautelares en el proceso civil cubano, para lo cual pretende determinar los elementos que configuran los presupuestos de las medidas cautelares en el proceso civil en función de su mejor utilización. El desarrollo del tema se estructuró en dos capítulos: “Generalidades de las medidas cautelares en el Derecho Procesal Civil” y, “Estudio del régimen cautelar en el ámbito procesal civil cubano, su configuración jurisprudencial”. En el primer capítulo se hace un análisis teórico del régimen cautelar partiendo de su naturaleza jurídica, rasgos distintivos y los principales presupuestos que han de tenerse en cuenta para su adopción; mientras que en el segundo se hace un estudio de algunas de las medidas dispuestas en el Decreto-Ley 241, enfatizando esencialmente en el embargo preventivo de bienes, por resultar la más recurrente de las formas de cautela recogidas en la ley, con un procedimiento preciso, así como la aplicación de encuestas a diferentes operadores del Derecho, para diagnosticar el estado actual de la utilización de las medidas cautelares en Cuba; concluye con la descripción de los elementos configuradores de las mismas. Finalmente, se exponen las conclusiones arribadas y las recomendaciones pertinentes.

Índice

Introducción	1
Capítulo I: Generalidades de las medidas cautelares en el Derecho	
Procesal Civil	6
1.1 Naturaleza Jurídica. Concepto.	6
1.2 Rasgos distintivos de las medidas cautelares. Su interrelación con otras instituciones afines.	11
1.3 Las medidas cautelares innominadas y las medidas cautelares anticipatorias o provisionales. Su interrelación.....	16
1.3.1 Medidas innominadas. Aplicación. Ventajas y desventajas.....	19
1.4 Presupuestos de las medidas cautelares.	21
CAPÍTULO II: Estudio del régimen cautelar en el ámbito procesal civil cubano, su configuración jurisprudencial.	28
2.1 Tracto evolutivo de las medidas cautelares en el ámbito procesal civil cubano.	28
2.2 Análisis del catálogo de medidas cautelares contenidas en la ley procesal civil cubana.....	40
2.2.1 Embargo preventivo de bienes.....	40
2.2.2 Secuestro de bienes en litigio.....	48
2.2.3 Depósito temporal de bienes.....	50
2.2.4 Aseguramiento de medios probatorios.....	51
2.3 La configuración de las medidas cautelares.....	53
2.3.1 Análisis de resultados de las encuestas aplicadas y estudio aleatorio de casos.....	53
2.3.2 Consideraciones sobre la actividad jurisdiccional para la adopción de las medidas cautelares.	55
Conclusiones	64
Recomendaciones	66
Bibliografía	67
Anexos	72

Introducción

La eficacia de la justicia depende en gran parte de la rapidez con que se otorgue, no obstante, la realización de todo proceso jurisdiccional, con todas las garantías debidas, requiere tiempo. La larga y obligada espera para el reconocimiento de un derecho puede conllevar no solo al desconocimiento del mismo, sino a la ineficacia del derecho constitucional a una justicia pronta y cumplida. A lo anterior se añade la actitud de ciertos demandados inescrupulosos que alargan a conveniencia los procesos, provocando con su actuar un daño irreparable al actor; de ahí la necesidad de la existencia de mecanismos procesales que den garantía y seguridad a quien acuda a los órganos jurisdiccionales en busca de tutela.

El remedio que se les ha dado a esos problemas comunes para todo tipo de procesos, es el de las medidas cautelares, que buscan mantener viva la esperanza y la confianza en el sistema y, particularmente, hacer realidad el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva.

Si la justicia se pudiera otorgar de manera inmediata, las medidas cautelares no tendrían sentido; no obstante, es evidente que en la mayoría de los casos no puede actuarse con esa deseable celeridad. En ese sentido, las medidas cautelares vienen a constituir la garantía que ofrece el Derecho frente a la inevitable lentitud de los procesos. En efecto sirven para que el Juez correspondiente, al que se ha sometido su conocimiento, utilice los medios que sean necesarios para que el derecho cuya tutela se le solicita, permanezca íntegro durante el tiempo que dura el proceso, de tal manera que sea posible ejecutar en su día la sentencia o resolución que, eventualmente, reconociese el derecho pretendido.

Las medidas cautelares pueden llegar a tener efectos innovativos y anticipativos a la satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal. No se trata de la conservación de cierta situación que implique satisfacción de derechos e intereses que en aquella etapa estaban siendo satisfechos, sino de introducir una innovación, integrando lo que desde el punto de vista procesal nunca fue plácidamente reconocido.

La doctrina alemana, italiana y española no desarrollaron un tratamiento abundante del régimen cautelar como aconteció con otras instituciones

procesales, en correspondencia con el estado de la legislación donde meramente se reflejaba el embargo y alguna que otra medida asegurativa, colocadas esencialmente en la fase de ejecución forzosa como medio para lograr el cumplimiento efectivo de la condena impuesta. Con los cambios operados en la actualidad, el tema cautelar cobra singular importancia en la doctrina, a tono con las sustanciales modificaciones que se han producido en la legislación de numerosos países, atemperadas a nuevas situaciones que precisan de tutela cautelar, como la referente al medio ambiente y los derechos difusos.

La legislación procesal civil cubana discurrió (además de las órdenes militares del gobierno interventor norteamericano en el período comprendido de 1898 a 1902 y otras disposiciones dispersas) como cuerpo normativo, por la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo (Ley No.1261 de 1974, de 4 de enero) y la vigente Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (Ley No.7 de 1977 de 19 de agosto) que como su antecedente, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que se hizo extensiva a Cuba en 1886 y que rigió por más de un siglo en España, no contenía una sistemática coherente en relación con el instituto de las medidas cautelares, sino referencias dispersas, en la casi generalidad de los casos incompletas en su regulación y, en otras, vaciadas de contenido.

Con la promulgación del Decreto-Ley No. 241, de fecha 26 de septiembre de dos mil seis, se advierte un intento legislativo en pos de lograr una regulación sistemática de las medidas cautelares; normativa que significó una nueva visión de esta materia en el ordenamiento jurídico y de otras aportaciones para los asuntos civiles del futuro, tales como un proceso regido por los principios de oralidad, concentración e inmediación, estructurado por audiencias con función conciliadora y saneadora. Sin dudas, ha contribuido a la idea de un proceso cardinalmente oral¹, en contraposición al civil que resulta esencialmente

¹ Afirma MASCOTRA que: "En efecto, la estructuración del proceso por audiencias en el procedimiento civil permite el encuentro frontal del juez y los litigantes. Este contacto directo reviste enorme trascendencia, pues no sólo le confiere autoridad a las audiencias que aquél preside sino que le genera transparencia a su accionar. Asimismo le permite al juzgador formar su convicción a medida que se produzca la prueba y se desarrolle el debate. Percibirá el rostro de los contendientes, se advertirá de sus gestos, reacciones y comportamientos. Las partes conocerán personalmente a quien decidirá la contienda". (Vid. MASCOTRA, Mario; "La audiencia preliminar", sitio de Internet www.Justiniano.com, buscador jurídico argentino creado por el Dr. Heriberto S. HOCSMAN, p. 1).

escrito, pero no porque lo más importante sea la oralidad *per se*, sino porque se pretende ganar con ello en inmediación y prontitud como equivalente a una mayor posibilidad de justicia, en tanto favorece la solución oportuna.

A pesar del valioso incremento de atención que desde el punto de vista normativo han recibido las medidas cautelares con el citado Decreto-Ley, aún resulta insuficiente lo relativo al procedimiento no instituido, o la ausencia de un procedimiento contentivo de formalidades y plazos que, deviene en imperativo de una modificación que dote a la Ley de un régimen cautelar general, armonizador de los mejores criterios derivados de las elaboraciones doctrinales y de la práctica judicial, a fin de lograr un tratamiento sistemático y uniforme de la tutela cautelar.

La falencia padecida desde el siglo XIX hasta la actualidad en el campo de las medidas cautelares es la causa de su marginalidad, que se traduce en su escasa utilización, distorsión de su entidad y naturaleza, pasando por el desconocimiento de sus elementos esenciales y configuradores. De ahí que la importancia de la presente investigación esté dada por la determinación de los elementos configuradores de la medidas cautelares que deben ser tenidos en cuenta tanto por los jueces como por las partes intervinientes en el proceso civil, entendido este en sentido amplio, con exclusión solo del proceso penal, en atención a su naturaleza.

A partir de las razones anteriormente referidas se plantea el siguiente **problema de investigación**: ¿Cómo lograr una mejor utilización de las medidas cautelares en el proceso civil cubano por los sujetos intervinientes?

En correspondencia con dicho problema se plantea la siguiente **hipótesis**: la determinación de los elementos que configuran los presupuestos de las medidas cautelares en el proceso civil permiten su mejor utilización por los sujetos intervinientes en este, y por tanto, una mayor efectividad de los pronunciamientos judiciales.

El **objetivo general** de la investigación es: Determinar los elementos que configuran los presupuestos de las medidas cautelares en el proceso civil para una mejor utilización de estas. El mismo se ha de lograr a través de los siguientes **objetivos específicos**:

1. Analizar los presupuestos teóricos de las medidas cautelares en el ámbito nacional y su tratamiento en el derecho comparado, en los sistemas procesales iberoamericanos.
2. Diagnosticar el estado actual de la utilización de las medidas cautelares en el proceso civil cubano, tomando como referencia el proceso económico.
3. Describir los elementos generales que configuran los presupuestos de las medidas cautelares en el proceso civil y sus particularidades, tomando como referencia el proceso económico.

Varios fueron los Métodos científicos empleados:

- Histórico- jurídico: con la utilización de este método se obtiene una panorámica que permite comprender el desarrollo histórico de la institución objeto de estudio. En esta tesis fue utilizado al momento de definir los antecedentes históricos del régimen cautelar en el derecho procesal civil cubano.
- Jurídico-doctrinal: este método aporta el marco doctrinal sobre determinada institución jurídica ayudando a determinar sus fundamentos, sentando de esta manera las bases y principios a seguir en el posterior análisis normativo. En esta investigación fue utilizado en el primer capítulo, donde se hace un análisis de los fundamentos teóricos en que se sustentan las medidas cautelares en el derecho procesal civil cubano.
- Comparación jurídica: este método aporta una visión integral de las diferentes formas en las que ha sido regulada la institución jurídica en cuestión según los principios y fundamentos de cada Estado. En este trabajo fue utilizado con el objetivo de determinar el tratamiento dispensado a las medidas cautelares por otras legislaciones.
- Analítico-jurídico: a través de este método puede valorarse e interpretarse la normativa relativa a una institución jurídica lo cual permite desentrañar la esencia axiológica de la misma, así como sus limitaciones respecto a determinada concepción teórica. En esta investigación fue utilizado en el análisis que se hace del Decreto-Ley 241, donde se refleja el catálogo de medidas cautelares, precisando con ello, el no procedimiento instituido de las mismas.

Por su parte, se utilizaron como técnicas: la encuesta

La presente investigación se estructuró en dos capítulos:

El primer capítulo titulado: “Generalidades de las medidas cautelares en el Derecho Procesal Civil”; en este se hace un análisis teórico partiendo de su naturaleza jurídica, rasgos distintivos, principales presupuestos que han de tenerse en cuenta para su adopción, así como también, un estudio de las llamadas medidas cautelares anticipatorias e innominadas, distinguiendo en esta última, aplicación, ventajas y desventajas.

El segundo capítulo se titula: “Estudio del régimen cautelar en el ámbito procesal civil cubano, su configuración jurisprudencial”, se hace un estudio de algunas de las medidas dispuestas en el Decreto- Ley 241, enfatizando esencialmente en el embargo preventivo de bienes, por resultar la más recurrente de las formas de cautela recogidas en la ley, con un procedimiento preciso. Concluye con la determinación de los elementos que configuran los presupuestos de las medidas cautelares a partir de criterios acumulados por la jurisprudencia en otros sistemas jurisdiccionales similares al nuestro, de base romano germánico francés, precisamente por la escasa utilidad que ha recibido dicho instituto en la práctica judicial.

Capítulo I: Generalidades de las medidas cautelares en el Derecho Procesal Civil.

1.1 Naturaleza jurídica. Concepto. 1.2 Rasgos distintivos de las medidas cautelares. Su interrelación con otras instituciones afines. 1.3 Las medidas cautelares innominadas y las medidas cautelares anticipatorias o provisionales. Su interrelación. 1.3.1 Medidas innominadas. Aplicación. Ventajas y desventajas. 1.4 Presupuestos de las medidas cautelares.

1.1 Naturaleza Jurídica. Concepto.

A partir de los problemas de orden sistémico, tanto doctrinal como legislativo de la actividad jurisdiccional cautelar, se destacan dos corrientes fundamentales relativas a la naturaleza jurídica de la misma, que giran en torno a su autonomía procesal respecto a los procesos declarativos y ejecutivos, manifestaciones típicas y tradicionalmente admitidas.

La diversificación de las regulaciones de las medidas cautelares, con diversos procedimientos cuya integración no resulta posible, en tanto su vinculación dependiente a un proceso principal, en razón de la instrumentalidad que esencialmente le caracteriza, obliga, según una de las tendencias y con negación de la existencia de acción cautelar, a estimar dicha actividad como un proceso complementario de los declarativos y ejecutivos, por lo que en tal sentido apunta Ortells Ramos, "... técnicamente un incidente del primero y un medio de aseguramiento del segundo".²

La dependencia esencial de la medida cautelar con respecto al proceso declarativo ha provocado la afirmación de Serra Domínguez de que "... es imposible la configuración del proceso cautelar como proceso autónomo e independiente, sino que es un instrumento respecto al proceso principal"³

Por otra parte, en una segunda vertiente, al margen de la instrumentalidad de la actividad cautelar, se considera esta como un proceso con un objeto y procedimiento propios, diferenciándose esencialmente en consecuencia, de los

² Ortells Ramos, La tutela judicial en el Derecho español, con Calderón Cuadrado, Granada, 1996, pág. 6

³ Cortés Domínguez, Derecho Procesal civil, con Gimeno Sendra y Moreno Catena, Madrid, 1997, pág. 531

procesos declarativos y de ejecución. A tal virtud, téngase en cuenta que la pretensión procesal de aquel es diferente a la del proceso principal y ello genera un tratamiento procesal diferenciado, de competencia específica para pretensiones cautelares, que no se identifican con las de aplicación al proceso principal conforme los criterios de atribución de competencia de los órganos jurisdiccionales civiles, atendiendo al momento en que se solicite la medida cautelar de que se trate, según sea, antes de la presentación de la demandada, o en un segundo supuesto, con la demanda, o con posterioridad a esta, coincidiendo la última con la competencia funcional atribuida al mismo órgano que está conociendo del proceso principal (Art.55,1.397,II; 1.418 y 1.412 Ley de Enjuiciamiento Civil). Mientras, en el primero supuesto son de aplicación normas de competencia objetiva y territorial, reguladas de modo incompleto en los artículos 1.397.1 y 63.12 Ley de Enjuiciamiento Civil, que se aducirán con detenimiento posteriormente.

La dicotomía apuntada en su fundamentación evidencia que el carácter jurisdiccional de la actividad cautelar obliga a estimar su naturaleza procesal con todos sus elementos configurativos, obvia cualquier consideración formalista atendiendo a los matices comunes de aquella con los procesos declarativos y ejecutivos ⁴; se trata en las circunstancias actuales, de crisis de la efectividad del proceso como se declarará en el Congreso de Wurzburg de 1983...,"hoy la ejecución forzada es prácticamente inexistente en la realidad cotidiana de la vida judicial. La ejecución depende cada vez más de la colaboración espontánea del deudor ejecutado, por lo que ella fracasa nueve de cada 10 veces".⁵

Las reformas procesales en América Latina, junto con la propia configuración de la actuación jurisdiccional del derecho para su realización, deviene en necesidad social que requiere de un tratamiento normativo, sin que sea óbice para ello, la asistematicidad, desigualdad y fragmentación establecidas en las

⁴ Canelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires 1944, pág. 243, "... junto a la jurisdicción y a la ejecución se presenta la prevención (de los daños del litigio) como una tercera finalidad del proceso. Por lo general se suele hablar , más que de prevención , de aseguramiento de los derechos (*rectius*, de las pretensiones)"

⁵ Maier, Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos, con Torello, Tavolari, Davis, Riego, Binder, Arguedas, Santiago de Chile 1993, pág 108

regulaciones contenidas en el derecho positivo respecto a los diferentes tipos de medidas cautelares y su tramitación procesal. Aquella consideración se asienta en un fundamento doctrinal reciente que, comparado con procesos seculares como el ejecutivo con el que tiene aspectos comunes, no se discute respecto al mismo su autonomía, al margen de no quedar excluido también de sustanciales deficiencias normativas en su tratamiento legislativo.

De lo hasta aquí referido se concluye que el proceso cautelar es autónomo, con una configuración que lo distingue consecuentemente de otros (de los procesos declarativo y ejecutivo) cuyo objeto es la tutela cautelar o preventiva, que como mecanismo jurídico–procesal, tiene por función garantizar la tutela judicial efectiva (garantizar la pretensión declarativa y la de ejecución) determinada por su instrumentalidad. Es esa específica función la que determina en consecuencia, la propia entidad del proceso como tercera manifestación de la jurisdicción, siendo las medidas cautelares por su parte, “...los medios jurídico procesales que tienen por función evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado, adecuada y suficiente para producir ese efecto”.⁶

El derecho a la cautela o al aseguramiento de la tutela plena de las sentencias, es de naturaleza esencialmente procesal. Por definición, “es un derecho frente al Estado, por el que se pide se asegure la plena efectividad de la futura sentencia de condena durante el tiempo que se tarde en tramitar el proceso.”⁷

El fundamento de la acción cautelar es puramente procesal, no radica en un derecho material a la cautela;⁸ nace del riesgo que comporta la realización del derecho necesariamente en un lapso de tiempo determinado mediante la actuación del mecanismo judicial. Posibilita pedir al Estado, de frente al demandado, el aseguramiento a la plena efectividad de la sentencia, conjurando que el tiempo no devenga en pernicioso para quien reclama en juicio, de tal forma la facultad refrendada jurídicamente, de obtener una

⁶ Barona Vilar, Las medidas cautelares: introducción, [s.l.,s.a] pág. 1 (texto obtenido por e mail)

⁷ Cortés Domínguez, ob cit., pág 527, 4to. párrafo

⁸ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil , Barcelona 1936, pág 747 “ La acción para conseguir el embargo o las medidas provisionales es una forma especial de la acción procesal, y precisa distinguirla de la acción privada para la prestación de caución...”

resolución cautelar, “es una acción pura, que no accesoria de ningún derecho.”

9

El derecho a la cautela procesal ha merecido una protección constitucional, así la Constitución Española en su Artículo 24.2 reconoce el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Es objetivo esencial alcanzar el valor superior del ordenamiento jurídico: la justicia, que constituye un ideal de la sociedad, por lo que a los jueces se les conceden las facultades necesarias para la consecución de tal fin y por ello la posibilidad de adoptar providencias precautorias. Así, para alcanzar este propósito “la seguridad del juicio es inmolada en ventaja de la celeridad”¹⁰, sin que implique romper con la igualdad en el debate, como garantía de la seguridad jurídica, sólo se produce la postergación del contradictorio ante la urgencia de esa decisión.

Al dotar al proceso de un régimen cautelar la concepción clásica de la seguridad jurídica cede paso a una apreciación más amplia de este principio, que se vincula con la justicia como valor con entidad propia. Lo que procura el ciudadano del derecho como expectativa, es la certeza de justicia, que en buena medida se logra con medios garantistas de la justeza y eficacia de la decisión. Su reclamo concreto debe ser atendido y resuelto con prontitud y validez; no puede desentenderse del carácter publicístico del Derecho Procesal, en evitación de la frustración del proceso, que responde no sólo al beneficio privado del solicitante, sino también al interés de orden público de que la justicia no fracase por su lentitud¹¹.

Más específicamente, el artículo 24.1 de la Carta Magna, establece el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva en deterioro de la limitación indebida a la defensa de un derecho reclamado, preceptuando que: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el

⁹ Cortés Domínguez, ob cit. , pág 527, 5to. párr

¹⁰ PROTO PISANI, Andrea; “CHIOVENDA y la tutela cautelar”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal* No. VI, traducción de Juan José MONROY PALACIOS, Estudio MONROY abogados, Lima, mayo 2003, p. 409.

¹¹ *Vid.* MONROY GÁLVEZ, Juan, MONROY PALACIOS, Juan José; “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal* No. IV, Estudio MONROY abogados, Lima, diciembre 2001, p. 171. A propósito de esta controversia señalan los autores que “La polémica doctrinaria es inagotable, tanto como las necesidades del justiciable de contar con instrumentos procesales que le aseguren una decisión justa y que además pueda ser eficaz.”

ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión”.¹²La jurisprudencia se ha encargado de interpretar lo preceptuado en relación con la “tutela judicial efectiva” como esa correlación entre juzgar y hacer cumplir lo juzgado.

En el precepto aludido se refrenda que sobreviene en derecho el cumplimiento del fallo, de modo que el proceso cautelar deviene en componente del contenido esencial del derecho a la tutela judicial.

No en todos los ordenamientos jurídicos se comprueba la jerarquización constitucional indicada, mas en cualquier caso requerirá al menos de un fundamento legal sustantivo contenido en ley, que sirva de sustento a la institución procesal, tal como se tratará más adelante.

En Cuba no se consagra de forma expresa, el derecho a la obtención de una tutela efectiva, sino que se limita a refrendar la figura conocida como *el derecho a la queja*¹³, asimilable al denominado derecho de petición analizado a priori; sin embargo, la práctica ha demostrado la insuficiencia de esta figura constitucional en función de garantizar el acceso a la tutela judicial y su efectividad, por lo que le ha correspondido, entonces, a la norma procesal¹⁴ dotar de los medios que garanticen esa eficacia a través de un régimen cautelar, como derivación de la genérica tutela judicial, en aras de afianzar los

¹² Constitución Española , Madrid 1978, art. 24 , pág 14

¹³ Vid. art. 63 de la Constitución cubana, de 24 de febrero de 1976 y reformada en 1992. El respaldo aparece en la Ley No. 82 cuando acota que: “Los jueces, en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley”, que luego refuerza en análisis del cumplimiento de la legalidad y su garantía por intermedio de la actividad judicial al referirse a la obligación de los órganos y organismos estatales y entidades públicas de cumplir y hacer cumplir los fallos y demás resoluciones firmes de los tribunales, dictados dentro de los límites de su competencia, así como en aplicación del principio de non liquet, a la obligación de los tribunales de dictar los fallos o sentencias definitivas y demás resoluciones judiciales que procedan, sin que sea admisible excepción o excusa alguna. Cfr. arts. 2.1 y 7, a), e), De los Tribunales Populares, Ley No. 82/1991 de 11 de julio, publicada en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, N° 8, de 14 de julio de 1991, conocida como “Ley de los tribunales”.

¹⁴ Al decir de Morales Godo, corresponde a Chiovenda el mérito de haber proporcionado a la Constitución italiana de 1948 el instrumento “derecho de tutela”. Afirma que: “Chiovenda es, además, ya en el campo específico de las teorías sobre la Acción, el punto de referencia entre la confusión y el aclare, entre lo nebuloso y lo claro. Sus trabajos permitieron el desarrollo posterior hasta la constitucionalización del derecho de tutela como derecho subjetivo autónomo luego de la segunda guerra mundial, en Italia precisamente y, luego, en todo el resto de Europa”. Morales Godo, Juan; “Justificación”. En: Morales Godo, Juan (Compilador); Acción, pretensión y demanda, Centro Iberoamericano de Estudios Jurídicos y Sociales, Palestra Editores, Lima 2000, sin número de página.

valores seguridad jurídica y justicia, acompañada del principio de ejecución de lo fallado que establece el artículo 123 de la Constitución de la República.¹⁵

1.2 Rasgos distintivos de las medidas cautelares. Su interrelación con otras instituciones afines.

Siguiendo la exposición de la Dra. Barona Vilar en su obra “Las Medidas Cautelares”, seis son las características más relevantes de la institución: la instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad, variabilidad, homogeneidad – identidad y brevedad procedimental.

Instrumentalidad.

La instrumentalidad es la característica esencial de las medidas cautelares. Su existencia depende de otro proceso principal (declarativo o ejecutivo), no son un fin en sí mismas sino que, por su función, son herramientas del proceso a que se vinculan. Su virtualidad jurídica procesal queda supeditada a la sentencia que pueda dictarse en aquel proceso sin riesgo de ineffectividad, en razón de la indefectible demora en alcanzar la sentencia ejecutiva y firme.

Se le atribuye a Calamandrei la doctrina de la instrumentalidad de las medidas cautelares, cuyo fundamento es aceptado mayoritariamente. Él precisa en el sentido apuntado, lo siguiente:

“Si todas las resoluciones jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en la resoluciones cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea, elevada, por decirlo así, al cuadrado: son de hecho, indefectiblemente, un medio dispuesto para la mejor ruscita de la resolución definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; son, en relación con la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumentos del instrumento”.¹⁶

Es precisamente la instrumentalidad la característica que distingue a las medidas cautelares de otras instituciones procesales y a su vez la define,

15 Vid. art. 123 de la Constitución cubana, de 24 de febrero de 1976 y reformada en 1992.”Los fallos y demás resoluciones de los tribunales, dictados dentro de los límites de su competencia, son de ineludible cumplimiento por los organismos estatales, las entidades económicas y sociales y los ciudadanos, tanto por los directamente afectados por ellos, como por los que no teniendo interés directo en su ejecución vengán obligados a intervenir en la misma.

¹⁶ Barona Vilar, ob cit. , pág 3

manifestándose en el hecho que sólo pueden solicitarse frente a la pendencia de un proceso principal, y cuando se autorizan previamente a éste, quedan vinculadas a su incoación en un término perentorio, decursado el cual sin verificarlo, produce el efecto extintivo de la medida que se hubiere adoptado. Su extinción se produce con la del proceso principal; así si la pretensión deducida en este es desestimada, se pierde su contenido funcional, y en el supuesto contrario, o sea, la estimación de la demanda, al desplegarse los efectos propios de la sentencia dictada se produce su extinción.

La instrumentalidad de las medidas cautelares hace que éstas incidan sobre la situación jurídica a la que se refiere la pretensión deducida en el proceso a que se vinculan, pues precisamente sobre ella es que recaerá la sentencia que en el mismo se dicte, cuyo riesgo de ineffectividad se previene con la adopción oportuna de aquellas.

Sobre el fundamento de la instrumentalidad, cabe distinguir a las medidas cautelares de instituciones afines: la prueba anticipada o aseguramiento de la prueba (también denominada práctica anticipada de la prueba); de las diligencias preliminares (diligencias preparatorias o actos preparatorios); de la tutela jurisdiccional que se franquea en los procesos sumarios y de las garantías jurídicas- privadas de los derechos.

La prueba anticipada, tal como las medidas cautelares previenen del riesgo que comporta el necesario transcurso del tiempo en la actuación del proceso al discurrir por sus diferentes fases, mas en el primer caso, tiene como finalidad evitar la pérdida de resultados probatorios cuya instrumentalidad no lo es más que la que pueda atribuírsele a la prueba practicada de ordinario en el momento procesal correspondiente, sirviendo ambas a la determinación de la sentencia que se dicte en su día sin ninguna distinción; mientras, como ya se ha dejado sentado, la instrumentalidad de la medida cautelar se manifiesta en la relación entre ésta y la sentencia, que se traduce en el aseguramiento por la primera, de la efectividad de la segunda.

Por su parte las diligencias preliminares, como se les denomina por la doctrina española, tiene como función garantizar el resultado del proceso futuro, fundamentando en el orden fáctico las pretensiones; impiden la variación de elementos de hechos que objetivamente trascienden al proceso, de modo que tienen una función preparatoria de éste, pero no puede identificárseles con las

medidas cautelares, pues ni siquiera por aquellas que comportan cierta cautela, por definición, ni por su naturaleza, alcanzan la garantía de efectividad de la satisfacción de la pretensión.

Ambas son medios de defensa de los derechos del solicitante pero su diferencia sustancial es raigal, tal como afirmara el jurista cubano Juan J. E. Casasús "...más que medidas de garantías para asegurar el cumplimiento de la sentencia, son medios que da la ley al que ha de demandar en juicio, para precisar determinados extremos previos al debate, que han de tener notoria influencia en el mismo".¹⁷

No obstante el hecho de que a veces la tutela jurisdiccional que franquea el proceso sumario se fundamenta en la conjura de la frustración de determinados derechos, que quedarían a riesgo en el marco de un proceso plenario de mayor duración, a diferencia de la medida cautelar, la sentencia recaída en éste puede tener una eficacia indefinida y sólo eventualmente se ve afectada por las resultas de un proceso plenario posterior del cual no pende, ni el favorecido por el fallo viene obligado a instar a posteriori, mientras que la medida cautelar se vincula a la sentencia que se dicte en el proceso principal, dotándola de contenido y extinguiéndose con ella.

Las garantías jurídico - privadas no se identifican por su naturaleza con las medidas cautelares, pues las mismas tienen por función asegurar o reforzar las posibilidades de satisfacción de un derecho principal del cual aquellas son anexos, para el supuesto de incumplimiento de la obligación correspondiente, de naturaleza legal o contractual; su fundamento radica en la posibilidad genérica de insatisfacción del derecho, sin que se requiera que éste sea entonces exigible. Su virtualidad resulta del incumplimiento, propendiendo la satisfacción; se prestan con autonomía de la pendencia de un proceso y no requieren necesariamente de la intervención judicial para su constitución. Se cumple voluntariamente la obligación de prestarlas, y los derechos que se generan a partir de ella pueden ser satisfechos extrajudicialmente y, en el supuesto de hacerse valer en un proceso, (ya sea exigiéndose se constituya, o reclamando los efectos derivados de ellas), subsiste eficazmente la garantía

¹⁷ Casasús, Ley de Enjuiciamiento Civil. Jurisdicción contenciosa y disposiciones generales , Auto 13 de octubre de 1934 , Audiencia de La Habana, La Habana 1937, pág 502

jurídico-privada con independencia del resultado estimatorio o no de la sentencia.

En definitiva, en el último sentido apuntado, la distinción radica esencialmente en la naturaleza estrictamente procesal de las medidas cautelares, cuyas consecuencias más importantes se vinculan a la efectividad de la norma en el tiempo y el espacio, que dotan de contenido los principios de irretroactividad y territorialidad de aquellas, y regulan el régimen de las medidas cautelares en el sentido de que las normas aplicables para la adopción de las medidas cautelares son las vigentes al momento de su solicitud, con independencia de que las normas materiales que deban regir el enjuiciamiento para la composición de la litis del proceso judicial, sean anteriores a las vigentes al interponerse éste, incluso, en supuestos en que se contraiga a pretensiones referidas a garantías jurídico-privadas. Asimismo, la norma nacional es la de aplicación para la adopción de las medidas cautelares, aunque sea la norma extranjera la que se aplique a la relación jurídica en que se funde la pretensión deducida en su oportunidad en el proceso principal, incluyendo, en tal supuesto también, las garantías jurídico-privadas.

Provisionalidad

La provisionalidad de las medidas cautelares proviene de su función aseguradora ya indicada, lo que hace tenga una virtualidad limitada en el tiempo. No se extienden más allá del que demore en obtenerse, en el proceso a que se vinculen, la sentencia firme, en que entonces se hacen verdaderamente inútiles el mantenimiento de estas, produciéndose su extinción o modificación por una medida ejecutiva. Puede resultar de los supuestos en que la pretensión sea desestimada, que la sentencia principal fuere cumplida o se hayan realizado actos ejecutivos que excluyen la necesidad de los cautelares.

Temporalidad

La temporalidad como característica de las medidas cautelares es una derivación directa de su carácter instrumental y provisional aludidos, tiene una existencia efímera, supeditada a la tendencia del proceso principal. Se produce

el alzamiento y extinción de las mismas cuando inexisten los presupuestos o motivos que fundamentan su adopción, "... nacen para extinguirse...".¹⁸

Variabilidad

La variación de los presupuestos fácticos que determinan la adopción de las medidas cautelares posibilitan la variación de las mismas mediante su modificación, sustitución o alzamiento, con manifestación del principio sustantivo *rebus sic stantibus* (*estando así las cosas*).

Homogeneidad- Identidad

Esta característica se vincula a la naturaleza jurídica de algunas medidas cautelares, en particular las de provisional satisfacción, tendentes a posibilitar una cautela de mayor agresividad respecto al sujeto pasivo a partir de la innovación; satisface así, previa y provisionalmente de forma total o parcial, la pretensión deducida en el proceso, lo cual ha suscitado la polémica doctrinal al respecto.

La cuestión esencial radica, al decir de la Dra. Barona Vilar, "...de si mantenemos que estamos ante medidas homogéneas, que no idénticas, con las medidas ejecutivas o, por el contrario, estamos ante medidas de las que resulta una identidad con las ejecutivas, en cuanto suponen una anticipación del fallo de la resolución que se dicte en el proceso principal".¹⁹

Todo parte de la asunción de la concepción tradicional de la doctrina procesal, que considera que la función de las medidas cautelares es meramente aseguradora, entendiéndose por tal en su extremo más reduccionista, la preservación o resguardo de la situación jurídica cautelable, para que al finalizar un proceso pueda ser realizada sin ningún contratiempo, de forma expedita y plena, derivando en la persistencia del requisito de la homogeneidad, no identidad, entre medidas cautelares y ejecutivas.

Contraria a esa radical posición restrictiva de la función de las medidas cautelares, aparece una postura contemporánea de mayor amplitud, que reconoce como función de las medidas cautelares el aseguramiento de la efectividad de la sentencia, conjurando los riesgos que impiden que sus efectos se produzcan con plena utilidad para aquel a quien favoreció el fallo, con cuyo

¹⁸ Barona Vilar, ob cit. , pág 3, párr 8

¹⁹ Barona Vilar, ob cit. , pág 3, párr 10

fundamento se cuestiona la concepción tradicional antes indicada. No se trata de la correlación o preordenación con el proceso ejecutivo que afirma Carrara, postulando conclusivamente que no es posible conceder como medida cautelar lo que no puede concederse como ejecución ordinaria, de modo que sólo se permita como cautela aquello permitido en la ejecución, sin que se rebase el reduccionismo invocado, aunque supere la tesis de la homogeneidad no identidad, al obviar que no resultaría en ocasiones una auténtica efectividad de la sentencia, si no se rebase el marco de lo permitido para la ejecución. Se trata, pues, de procurar el efecto meramente asegurador y el provisionalmente satisfactivo, que garantizan las medidas cautelares anticipatorias o de provisional satisfacción.

Brevidad Procedimental

Esta característica se sustenta en la necesaria prontitud que exige la adopción de una medida cautelar en base a su función aseguradora, que en caso contrario devendría en contrasentido de su realización, por incompatible, la actuación de un procedimiento dilatado y complejo al efecto. De ahí que se establezcan excepciones a la realización de los actos procesales en días y horas hábiles, atendiendo a la urgencia consustancial de algunas medidas cautelares, (supuesto de urgencia *in re ipsa*), al grave perjuicio que su no adopción origine a la administración de justicia, a los interesados o a la eficacia, por irrealizable o intrascendente de lo dispuesto jurisdiccionalmente. Esta temática se vincula a la tramitación preferente en el procedimiento correspondiente, que de modo tácito o expreso, se le depara legalmente, tal como resulta a manera de ilustración de las disposiciones de los artículos 2 y 4 del decreto- Ley 5 de 17 de julio de 1973.

1.3 Las medidas cautelares innominadas y las medidas cautelares anticipatorias o provisionales. Su interrelación.

Constituye una tendencia contemporánea, cada vez con más arraigo, la de alcanzar a través de la función cautelar, una tutela jurisdiccional de carácter anticipatorio, en tanto la finalidad de asegurar la efectividad de la sentencia, en manifiesta superación del criterio de aseguramiento de la ejecución, es tradicionalmente admitido como fundamento de las medidas cautelares.

El énfasis ha alcanzado tal intensidad, que tuvo su expresión concreta en el texto del anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que en lo referente al Proceso Cautelar, (Lo.II.T.II; caps. I y II; arts. 274 a 281), se plasman los elementos configurativos de aquél, las facultades de los sujetos intervinientes, en particular el tribunal, el cual podrá además de modificar las medidas solicitadas por las partes, hacerlas menos gravosas cuando aún así, cumple con la finalidad perseguida, reformar en ese sentido la decisión ya adoptada. Asimismo se especifican las medidas que pueden ser dispuestas dentro del proceso cautelar, con inclusión de las más recientes asumidas por la doctrina y la jurisprudencia. Como colofón de todo lo anterior y en el sentido de análisis, se acoge la moderna solución del derecho cautelar genérico del órgano jurisdiccional, así como la inclusión dentro del género del proceso cautelar, de las medidas provisionales y anticipativas.²⁰

En el texto del anteproyecto de referencia se observan varias formulaciones como las contenidas en los artículos 279 y 280 relativos a las medidas específicas y las provisionales y anticipativas.²¹ Se evidencia en ambos casos aquél poder general de marras, al atribuirle al tribunal la facultad de disponer las medidas que estime indispensable de entre las que relaciona o, cualquier otra idónea que tienda a cumplir la finalidad cautelar, así como la adopción de medidas provisionales y anticipativas que juzgue adecuadas, en función de la evitación de perjuicio de cierta entidad antes de alcanzarse la sentencia, o propenda al aseguramiento provisional de los efectos de la decisión en cuanto a la cuestión de fondo.²²

²⁰ Vid. Explicación de las disposiciones del anteproyecto de la exposición de motivos en el Código Procesal Civil. Modelo para Iberoamérica, [España 1992]

²¹ Goldschmidt, ob cit , pág 747 2do. párr “Las medidas provisionales cuyo objeto es garantizar la paz, mediante regulación de una situación de hecho provisional, en el caso de una relación jurídica litigiosa; es una concesión de tutela jurídica análoga a la protección de la posesión...”.

²² Código Procesal Civil. Modelo para Iberoamérica. [España 1992] Art. 279. (Medidas específicas) “ El Tribunal podrá disponer las medidas que estime indispensables, entre otras, la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la litis, los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor, la de interventor o a cualquiera otra idónea que tienda a cumplir la finalidad cautelar.” Art. 280. (Medidas provisionales y anticipativas) “Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el Tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipativas que juzgue adecuadas para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo”.

La expresión legal “asegurar la efectividad”, ya aludida, fuerza concebir no sólo el ámbito objetivo de las medidas cautelares, sino obviamente a partir de los elementos antes referidos, la posibilidad de su materialización por vía de la indeterminación, también aducida, lográndose la combinación de la cautela y la anticipación, cuya integración es preciso particularizar, teniendo en cuenta que la última no es una manifestación exclusiva ni única de las medidas cautelares, sino que existen otras formas de anticipación que no ostentan aquél carácter, de lo cual se deduce, que no son institutos equiparables. De tal suerte, la tutela cautelar no es siempre por necesidad anticipativa, ni la anticipación se consigue en todo caso mediante las medidas cautelares.

Las medidas cautelares comportan siempre una finalidad específica, presupuestos que cumplir y características que la informan, sin lo cual quedan excluidas de tal consideración. Sucede que las medidas cautelares anticipatorias, tienen una especial configuración: resultan tales cuando la anticipación resulte indefectible para el cumplimiento de la función de la medida cautelar, en razón de su naturaleza, asegurando la efectividad de la sentencia, de ahí que la instrumentalidad, como característica fundamental de las medidas cautelares,²³ cobra una vigencia esencial respecto a las medidas provisionalmente satisfactivas; más participando de aquel criterio de singularidad, en relación con el sistema general de medidas cautelares (para denominarlas de algún modo genérico), en las cuales la resolución cautelar por las que se adoptan no regula de ninguna manera la cuestión de fondo objeto del litigio a que se vinculan, sino que alcanzan relación sólo con la sentencia que en su día se dicta, al propender a su viable efectividad. Mientras, en aquellas, se trata como se evidencia de su denominación, de una decisión anticipada, y provisional de la cuestión de fondo, cuya vigencia se manifiesta hasta la decisión del proceso principal. La finalidad es la misma, pero partiendo de perspectivas diferentes de un mismo instituto general, según tenga un carácter conservativo, en que la cuestión se remite a la objetividad de su

²³ El proceso cautelar tiene un carácter instrumental está preordenado en general, a una decisión definitiva de la cual asegura su fructuosidad, como ya precedentemente se ha dejado sentado, entendiéndose por tal, el nexo de unión que vincula la cautela a un proceso principal cuyos resultados asegura.

función, o anticipativo, donde el abordaje de aquél propósito es subjetivo, la situación de necesidad del solicitante²⁴.

Tanta es la similitud entre uno y otro instituto procesal que, en el caso de las medidas cautelares, en particular las indeterminadas, se corre el riesgo de rebasar el marco de las mismas procurando cubrir todas las situaciones de emergencias mediante la anticipación, lo cual se acentúa en el supuesto de solicitud previa a la iniciación del proceso al cual deban vincularse. Mas la instrumentalidad y provisionalidad, como característica esencial de las mismas, son su límite.

El poder cautelar general, en síntesis, implica “amplias facultades discrecionales para ejecutar lo que considere conveniente en cada caso”²⁵ que por la utilidad que comporta al fin del proceso y en consecuencia la actuación del derecho, debe ampliarse a los procesos cautelares de modo que comprendan la garantía esencial de bienes o prestaciones en metálico, con una mayor aplicación en las prestaciones cautelares de hacer o no hacer cosas específicas. Debe figurar como última *ratio* de la norma para los casos en que no exista un procedimiento cautelar específico adecuado a la situación en que han de resultar, acudiéndose al proceso cautelar innominado con carácter subsidiario.

1.3.1 Medidas innominadas. Aplicación. Ventajas y desventajas.

Existe en nuestra ley la figura general de resolución provisional de cautela, y se deja por completo al juez establecer la oportunidad y naturaleza de esta. La finalidad es siempre evitar que la actuación de una posible voluntad de la ley quede impedida o se haga difícil a su tiempo por un hecho acaecido con anterioridad a su declaración, es decir, por el cambio en el estado de cosas actuales; o bien de proveer aun durante un proceso, en caso de una posible voluntad de la ley, cuya actuación no admita retraso.

²⁴ Goldschmidt, ob cit pág 747 “Las medidas provisionales (...) cuya finalidad es la satisfacción de necesidades primarias mediante la condena provisional a prestaciones periódicas (especialmente manutención, rentas alimenticias, sueldo) o por una sola vez (por ej.; gastos de médico, de mudanza, costas procesales) ... “

²⁵ Fairen Guillén, ob cit, pág 929

La atipicidad de la medida cautelar comprende como significado mínimo la falta de predeterminación legislativa del contenido de estas.

El contenido de la medida cautelar atípica o innominada está individualizado, solamente con fundamento en el criterio de la idoneidad o necesidad según las circunstancias, para garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia de mérito.

El problema de referirse a un poder general de cautela, es la tendencia a creer que se trata de un poder ilimitado, lo cual es un gran error. Si bien es cierto, la naturaleza de la figura que se analiza requiere cierto grado de convencimiento del juez para su aplicación: no es arbitrariedad pura.

En principio, se establecen límites al exigir los presupuestos fundamentales de la medida: *periculum in mora* y *fumus boni iuris* (peligro en la demora y apariencia de buen derecho). Queda claro, entonces, que la discrecionalidad del juez se limitará a la comprobación de la existencia de los mismos. Una vez comprobado el peligro y la apariencia de derecho, el juez tiene que conceder la medida.

La medida cautelar que se adopte debe estar en clara relación de dependencia con el proceso principal cuya sentencia se asegura. En este sentido, no se trata de la solicitud de cualquier medida: el juez tiene la posibilidad de asegurar la relación existente entre la medida cautelar solicitada y la eventual sentencia definitiva. La razón fundamental de mantener este criterio, es la explicación efectuada de que la medida no tiende a la actuación del derecho, sino a que no resulte utópica la efectividad del mismo.

Las ventajas de este sistema radican en la dificultad o imposibilidad material del legislador para contemplar una relación completa de cautelas y en la imposibilidad de que estas puedan adaptarse a todos los supuestos de hecho. Sus inconvenientes son la inseguridad, la pérdida de imparcialidad del juzgador, y fundamentalmente, la ampliación de los poderes discrecionales del juez, sobre todo en el momento de establecer si el perjuicio es irreparable o no. En síntesis, el riesgo de este sistema consiste en hacer depender de una valoración discrecional del juez la admisibilidad del medio de tutela.

Las ventajas de este sistema abierto de tutela cautelar saltan a la vista. Es obligación del sistema de administración de justicia de todo país, evitar que la justicia sea reducida a una tardía e inútil expresión verbal, una vana

ostentación de lentos mecanismos destinados a llegar siempre demasiado tarde.

El ordenamiento jurídico, aparte de crear la tutela jurisdiccional, debe velar porque la misma sea útil y está comprobado que en cantidad de casos, sin medidas cautelares, la resolución final es inefectiva.

1.4 Presupuestos de las medidas cautelares.

Aunque en la doctrina existe polémica en cuanto a la dificultad de esbozar una teoría general de las medidas cautelares en atención a la diversidad que genera la propia necesidad de adecuación a la pretensión que se procura tutelar en cada caso concreto, el tipo de medida cautelar y su procedimiento, hay un cierto consenso en torno a lo que deben considerarse sus presupuestos generales:

1) El *fumus boni iuris* (apariencia de derecho o de buen derecho).

2) El *periculum in mora* (el peligro en la demora).

3) La prestación de fianza por el solicitante.

1) El *fumus boni iuris* plantea dos cuestiones que deben ser consideradas por separado:

➤ Por una parte, las normas que lo regulan determinan la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela cautelar se establece la medida.

➤ Por otra parte, la expresión alude también a la cognición, necesariamente sumaria, que debe hacerse de la situación jurídica mencionada, por la doble razón de que la función de la tutela cautelar requiere reducir la instrucción, para hacer posible una resolución rápida, y de que sería absurdo duplicar la actividad alegatoria y probatoria del proceso principal

En ambos aspectos del presupuesto de la apariencia de buen derecho, se toma como base la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española en la que se introducen cambios importantes y positivos respecto de la regulación actual.

a) Determinación de las situaciones jurídicas para las que puede pedirse tutela cautelar

En un régimen como el actual, en el que las más importantes medidas cautelares son medidas típicas, la determinación legal de esas situaciones

puede ser decisiva, porque si la situación jurídica en que se funda la pretensión interpuesta no se corresponde con las características jurídico-materiales o de otra naturaleza previstas por la ley, al regular este presupuesto de la medida, ésta no podía ser obtenida, o debía de ser solicitada al amparo de la disposición relativa a medidas indeterminadas.

Pero, por otra parte, la descripción que hacía el artículo 1428 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, del presupuesto de la situación jurídica cautelable -“obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas”-, amparaba interpretaciones que recortaban en gran medida sus posibilidades de aplicación. Se llegó a sostener, en efecto, que el precepto se limita a obligaciones de origen negocial, e incluso, más restrictivamente, contractual, y, a veces hasta se ha exigido que la obligación se constituya en el propio documento que sirve de principio de prueba. Quedaban fuera -o sólo discutiblemente quedaban dentro- del presupuesto de las medidas cautelares indeterminadas las pretensiones fundadas en derechos reales, en otros derechos de carácter absoluto, o relativas a facultades integradas en una relación jurídica compleja que fuera objeto de la pretensión.

El cambio registrado en este aspecto consiste en que la descripción más general del presupuesto de la apariencia de buen derecho es lo suficientemente amplia como para no originar las dudas antes mencionadas.

El presupuesto consiste en el fundamento de la pretensión interpuesta en el proceso principal, respecto del cual el solicitante de la medida ha de formular alegaciones y aportar justificaciones para que el tribunal se forme “sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable” (art. 728.2 nueva Ley de Enjuiciamiento Civil).

Asimismo, la posibilidad de obtener tutela cautelar no queda limitada a los casos en que se hubiera interpuesto una pretensión de condena a prestación, sino también si las pretensiones fueran meramente declarativas o constitutivas. Si esta posibilidad no se hubiera establecido, no habría medios para contrarrestar los riesgos de ineffectividad práctica de los efectos jurídicos de las sentencias declarativas y constitutivas que, ciertamente, no son efectos ejecutivos en sentido técnico, (arts. 521, 522 Ley de Enjuiciamiento Civil), pero que, en cuanto efectos jurídicos, han de ser efectos prácticos y útiles.

b) Medios de acreditación de la apariencia de buen derecho

El avance en el aspecto de los medios de acreditación consiste en el abandono de la exclusividad de acreditación documental. La solución concuerda con las que desde tiempo se acogen en importantes ordenamientos de nuestro entorno, y en cierto modo era demandada por la práctica, si se atiende, por ejemplo, a cierta jurisprudencia reciente sobre la acreditación documental en el embargo preventivo en la que, para aspectos no esenciales de la obligación dineraria que ha de ser demostrada, (liquidez, realización previa de contraprestaciones), se admiten escritos cuya credibilidad no se fundamenta en la probabilidad de atribuir el escrito al presunto deudor, por haberlo formado él, o por haberlo aceptado, sino que consisten en declaraciones documentadas de un tercero.

El artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el solicitante habrá de presentar justificaciones documentales, pero en defecto de ellas, podrá ofrecer otro tipo de justificaciones para el juicio provisional e indiciario, favorable al fundamento de su pretensión.

2) Con las medidas cautelares se pretende contrarrestar los peligros que amenazan los resultados de un proceso de declaración durante la necesaria demora para que esos resultados lleguen a producirse.

Pero las situaciones de peligro son, también, presupuestas de la medida cautelar, en el doble sentido de que, a una cierta clase de peligro, corresponde una cierta clase de medida, y de que de la concurrencia de las situaciones de peligro depende en la mayor parte de los supuestos, la concesión y el mantenimiento de la medida cautelar.

El perfeccionamiento del sistema de tutela cautelar, en este aspecto, requiere atender a estas dos consideraciones: primera, que toda situación de peligro para los resultados de un proceso de declaración cuente con una medida cautelar adecuada para contrarrestarla; segunda, que ninguna medida cautelar pueda concederse, ni ser mantenida, sin el fundamento de una situación de peligro apreciada por el juez.

El art. 728.1 de La ley de Enjuiciamiento Civil posibilita atender a los dos anteriores objetivos: "Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendency del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones

que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”.²⁶

a) Toda clase de riesgos para la efectividad de la tutela son relevantes para obtener una tutela cautelar adecuada.

Al describirse el peligro en la demora del modo que lo hace el art. 728.1 Ley de Enjuiciamiento Civil, en vez de hacerlo como riesgo para la ejecución de la sentencia, quedan comprendidos los siguientes tipos de peligro:

1º) Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto, como por ejemplo, el riesgo de insolvencia del demandado que puede frustrar la ejecución genérica, bien proceda inicialmente por tratarse de prestación pecuniaria, o bien proceda por imposibilidad de una ejecución específica.

2º) Riesgos que amenazan la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica (por ejemplo, que la cosa mueble no pueda ser habida y deba procederse a una ejecución genérica; que un bien inmueble sea transmitido a tercero, protegido por la condición de tercero hipotecario, con la misma consecuencia anterior).

3º) Riesgos que amenazan la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad (por ejemplo, sin las medidas de intervención judicial de la administración de bienes litigiosos productivos o de administración judicial de los mismos, el vencedor en el proceso podrá recibir los bienes, pero sin valor productivo alguno, carencia por la cual habrá de aceptar una indemnización).

4º) Los riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia (por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio deviene inútil, porque en el iter del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y que ha inscrito a su favor).

5º) Los riesgos de ineffectividad de la sentencia debidos al simple retraso en el otorgamiento de la tutela judicial y que consisten en un menoscabo, temporal o

²⁶ Concordante con las disposiciones contenidas en el Decreto Ley No 241 de 26 de septiembre de 2006. Gaceta Oficial Extraordinaria de 27 de septiembre de 2006. Artículo 804.- Procederá la adopción de medida cautelar cuando concurran circunstancias debidamente acreditadas, que evidencien el riesgo cierto de daño irreparable para la parte actora, de no adoptarse la misma.”

definitivo, del contenido específico de un derecho, menoscabo para el cual una indemnización dineraria no constituye por diferentes razones, un tratamiento adecuado. Por ejemplo: el uso por el demandado de la marca registrada hasta que definitivamente se estima la pretensión por violación de ese derecho causa un daño imposible de calcular a la distribución de los productos del actor amparados por la marca registrada; la explotación indebida de una patente impide al actor obtener las ganancias derivadas del derecho de exclusiva, pero el demandado no tiene solvencia suficiente para resarcir al actor.

b) No pueden ser obtenidas medidas cautelares si no existe un riesgo concreto para la efectividad de la tutela.

Con lo anteriormente enunciado, se acaba también con situaciones como las que actualmente se dan con la intervención judicial de bienes litigiosos, o con la anotación preventiva de demanda, en las que la ley no impone expresamente el presupuesto del peligro en la demora.

Por otra parte, coherentemente con lo anterior, el legislador abandona la técnica utilizada en el embargo preventivo de tipificar las circunstancias determinantes de peligro (extranjería del deudor, carencia de bienes o de domicilio en el partido judicial, etc.), que impedían una concreta apreciación judicial de este y, frente a la que la aplicación judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya había reaccionado requiriendo que, junto al supuesto legal, concurriera un concreto peligro de insolvencia.

En relación con este aspecto la práctica deberá evitar excesos en la exigencia de acreditación del presupuesto del peligro, particularmente en los supuestos en los que este puede actualizarse con gran rapidez (por ejemplo: asientos registrales, cuya eficacia ha de ser contrarrestada por una anotación preventiva de la demanda).

3) Por regla general también es presupuesto de las medidas cautelares la prestación de fianza por el solicitante de las mismas. Es necesaria norma expresa para que la caución no sea exigible (art. 728.3 Ley de Enjuiciamiento Civil y 802 de la LPCALE).

A diferencia de ciertos ordenamientos extranjeros, en Derecho el presupuesto de la fianza no puede suplir la falta de los dos primeros presupuestos, sino como máximo, complementarlos.

La finalidad de esta fianza es ofrecer una garantía patrimonial concreta y específica para el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida cautelar a la indemnización de los daños y perjuicios causados por una medida cautelar ilícita. La suficiencia cuantitativa de la caución debe determinarse, precisamente, en atención a lo dicho (art. 728.3, párrafo primero Ley de Enjuiciamiento Civil) y a las costas específicas de las actividades procesales relativas a la tutela cautelar. No obstante, el párrafo segundo del mismo artículo también permite que se tenga en cuenta el fundamento de la petición de la medida, para reducir la cuantía de la fianza en función del mayor grado de probabilidad de tal fundamento.

Por lo que se refiere a la calidad de la fianza, que bajo la antigua ordenación comportaba frecuentemente una discusión sobre en qué medidas era admisible el aval bancario- la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil opta por un doble criterio. Primero cita específicamente el depósito irregular de dinero en función de garantía y el aval solidario de duración indefinida y pagadera a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca, (remisión del art. 728.3, párrafo tercero al art. 529.3, párrafo segundo Ley de Enjuiciamiento Civil). Segundo: establece un concepto jurídico indeterminado que el juez habrá de concretar caso por caso, al admitir cualquier otro medio de inmediata disponibilidad, apto para responder de manera rápida y efectiva (art. 728.3, párrafo primero y remisión del párrafo tercero al art. 529.3 Ley de Enjuiciamiento Civil).

El derecho a justicia gratuita no exime de la prestación de esta fianza. Ese beneficio, por ejemplo, no figura en el art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. La exención, sin más, lesionaría sin indemnización el interés privado del sujeto pasivo de la medida. Para crear condiciones reales de acceso a la tutela cautelar a las personas carentes de medios económicos, el Estado ha de realizar una actividad prestacional, consistente en asumir la eventual responsabilidad.

Están exentos de prestar fianza el Estado y otras instituciones públicas (art. 12.1 Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas), las Comunidades Autónomas (disposición adicional 4ª.2 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas) y las Administraciones locales (art.

185.5 RD Legislativo 781/1986, 18 abril, que aprueba el texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local).

CAPÍTULO II: Estudio del régimen cautelar en el ámbito procesal civil cubano, su configuración jurisprudencial.

2.1 Tracto evolutivo de las medidas cautelares en el ámbito procesal civil cubano. 2.2 Análisis del catálogo de medidas cautelares contenidas en la ley procesal civil cubana. 2.2.1 Embargo preventivo de bienes. 2.2.2 Secuestro de bienes en litigio. 2.2.3 Depósito temporal de bienes. 2.2.4 Aseguramiento de medios probatorios. 2.3 La configuración de las medidas cautelares. 2.3.1 Análisis de resultados de las encuestas aplicadas y estudio aleatorio de casos. 2.3.2 Consideraciones sobre la actividad jurisdiccional para la adopción de las medidas cautelares

2.1 Tracto evolutivo de las medidas cautelares en el ámbito procesal civil cubano.

Desde tiempos inmemoriales, que se remontan a un siglo antes de promulgarse la Recopilación de Indias, la legislación civil española tomó carta de naturaleza en los dominios ibéricos de Ultramar, con el carácter supletorio de las leyes de Castilla, que se extendió no sólo a la resolución de los casos, negocios y pleitos, como para la forma y modo de sustanciar, de ahí que Cuba (y Puerto Rico) en un proceso progresivo de asimilación participó de aquel derecho civil y de similares procedimientos.

El 10 de enero de 1855 se promulgó la Real Cédula, cuerpo legal que extendió a los tribunales de Ultramar la organización española del Ministerio Fiscal, a partir de la cual se cohesionó y fortaleció la acción judicial. El ejercicio de las funciones judiciales benefició los procedimientos correspondientes, de ahí que sea definitivamente en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil española donde se ubican los antecedentes de la legislación procesal civil cubana y por ende, la temática sobre las medidas cautelares y su procedimiento.

La Ley de Enjuiciamiento Civil reguló como medidas cautelares el Embargo Preventivo; el Depósito Judicial, el Aseguramiento de Bienes Litigiosos y la cautela general de clausura; que en todos los casos se sustentan en el principio de Derecho Procesal (y constitucional), de que sentencia dictada, sentencia cumplida. La efectividad de la sentencia como finalidad de todo el vasto y complicado proceder judicial, parte de la presunción en favor del actor o solicitante de un resultado procesal favorable, de una probabilidad que haga

suponer o desconfiar de la eficacia de la sentencia, que justifica la adopción de algunas de aquellas según corresponda.

Las alusiones a las medidas cautelares en el contexto del ordenamiento procesal civil cubano eran las siguientes:

- a) Facultad cautelar del tribunal.
- b) De los actos preparatorios (diligencias preliminares); el depósito o secuestro respecto a la exhibición de cosa mueble.
- c) Pensión alimenticia provisional en las reclamaciones en los casos de alimentos.
- d) Medidas provisionales sobre guarda y cuidado de los hijos y pensión alimenticia de estos y del cónyuge con derecho a recibirla.
- e) Posesión provisional de determinados tipos de bienes objeto de expropiación forzosa.
- f) Retención de los bienes del declarado rebelde.
- g) El embargo de bienes para el aseguramiento de responsabilidades pecuniarias.
- h) Medidas cautelares o de aseguramiento en ocasión de la acción ejecutiva de los títulos de créditos que generan ejecución, en defecto del pago.
- i) Las diligencias preventivas del proceso sucesorio.
- j) Suspensión afianzada de la ejecución en el proceso de revisión, a sus resultas.
- k) Suspensión de ejecución de disposición general o resolución objeto de la acción administrativa en el proceso judicial.

De la sola enumeración de las formulaciones cautelares contenidas en el procedimiento judicial civil en nuestro país, se aprecia la ruptura con su antecedente (la Ley de Enjuiciamiento Civil, Administrativo y Laboral). Así se abandonaron medidas cautelares tales como el aseguramiento de bienes litigiosos y las medidas ex artículo 1426 (*stricto sensu*, de la referida ley 1.428 en el ordenamiento jurídico español), mas se constatan fórmulas de cautela general e indeterminadas; y provisionales y anticipativas, además de las asegurativas, con todos sus elementos configuradores, presupuestos, elementos del procedimiento como la contradicción, y efectos que se revelan rápidamente del análisis elemental de las mismas, tal como sigue:

a- La Ley Procesal Civil cubana al tratar sobre las facultades de los tribunales (cap Lo.I; T; I, Cap VI) alude a la facultad para exigir caución ²⁷ sin precisiones sobre sus presupuestos, tipo, ni modo en que ha de verificarse. Tal parece una formulación ociosa que luego no halla fundamento en la sistemática de la norma, a no ser que a partir de ella se obliga preceptivamente a que el tribunal, al disponer cautela, señale su objeto preciso, clase de medida, la cuantía en su caso en atención a su naturaleza y, la forma y término en que tiene que prestarse, de modo que constituye un esquema general para cuantas modalidades de caución adoptara el tribunal.

b- El tema sobre los actos preparatorios (diligencias preliminares) aludidos inicialmente, regulados en el Libro II; Título I, de la Ley Procesal Civil cubana, cabe no obstante, a priori, significar su distinción con las medidas cautelares con las cuales no se identifican, ni por su estructura, ni por su función. No obstante, fue frecuente su utilización práctica como forma recurrente de cautela, en defecto de un sistema cautelar coherente, en relación con las pretensiones referidas a obligaciones de hacer, no hacer o dar, en particular la diligencia de exhibición de la cosa mueble ²⁸, a la que se le conoce comúnmente como exhibición y depósito de cosa mueble. En su apariencia esta diligencia participa de algunas de las características de las medidas cautelares, tales como la pendencia a un proceso principal (aunque como peculiaridad siempre han de solicitarse previo al ejercicio de la acción), en el cual se agotan al extinguirse con el mismo, conjuran el riesgo de desaparición de bienes y entre otros efectos comportan caución²⁹(por el modo de su tramitación). La alusión expresa al depósito o secuestro como medida cautelar. Lo es en clara referencia al embargo preventivo, como luego se apreciará, y no

²⁷ Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, Ciudad de la Habana 1978, pág. 15 Art.41 La facultad del Tribunal para exigir caución, cuando proceda, le obliga a señalar su objeto, clase o cuantía y el modo y término en que ha de prestarse.

²⁸ Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, ob cit. Pág 56 Art. 216.2 .- exhibición de la cosa mueble objeto de la demanda que se proponga establecer contra el que la tenga en su poder;...

²⁹ Ley de Procedimiento.... pág 57 Art.217.- La cosa mueble exhibida, si el actor manifestare ser la misma que se propone demandar , se reseñará por el actuario, dejándose en poder del que la tenga, con prevención de conservarla en su actual estado, excepto que se haya dispuesto su depósito o secuestro como medida cautelar.

al hecho de dejar la cosa en poder del que la tenga como con error se estima muy impropia.

Por definición los actos preparatorios son “diligencias de prueba que se llevan a cabo con anterioridad a la iniciación del proceso de conocimiento y sirven para prepararlo”³⁰. No constituyen una medida cautelar incluso, cuando como ya se ha dicho, impliquen cierta cautela.

c- En el Proceso Sumario en los Casos de Alimentos se autoriza como medida provisional (cautelar), la fijación de una pensión, que “deberá pagar el demandado mientras se sustancie el proceso (...) exigible por la vía de apremio y contra la resolución que la decreta no se admitiera recurso alguno”³¹.

Es una clásica medida provisional anticipativa (satisfactiva), que se produce en el desarrollo del proceso, de oficio; peculiaridad del Proceso Civil cubano que no excluye el carácter cautelar de esta actuación aun cuando se abandona en ella el principio dispositivo, la contradicción, y la congruencia, pero resulta atendiendo al peligro en la demora y la situación del alimentado. Se adopta sin audiencia del demandado (ni antes, ni después), no se le franquea recurso alguno contra dicha decisión que se ejecuta de inmediato, incluso, forzosamente, que queda sujeta a las resultas del proceso.

d- El proceso de divorcio por su parte también autoriza la adopción de medidas provisionales anticipativas, esta vez con carácter preceptivo y con audiencia de la parte demandada, “el tribunal con vista al resultado de la comparecencia que habla el artículo precedente, resolverá mediante auto, lo que corresponda sobre las medidas atendiendo a lo que los cónyuges hayan decidido, o decidiendo en otro caso lo que proceda.”³² Aquí, aunque las partes precisen en sus solicitudes de demanda, regímenes abiertos sobre el objeto de aquellas medidas (guarda y cuidado de los hijos y pensión alimenticia de éstos y del cónyuge con derecho a percibirla), el Tribunal necesariamente tendrá que pronunciarse sobre el particular, guiándose en última instancia respecto a los menores, por lo que resulte más beneficioso para estos.

³⁰ Grillo Longoria, Derecho Procesal Civil II. Proceso de Conocimiento y Proceso de Ejecución, Habana 1986, pág. 6

³¹ Ley de Procedimiento ... ob cit, Art.369 II

³² Ley de Procedimiento ... ob cit. Art. 385

La función tuitiva conferida a los Tribunales en los asuntos de familia en la que se involucran menores de edad, rompe el criterio de la congruencia como antes se apuntara, quedando el poder cautelar ceñido a lo que resulte más beneficioso para aquellos.³³

e- Según el destino de los bienes objeto de expropiación forzosa, la Ley prevé una cautela anticipada, autorizando a poner los mismos en posesión del actor³⁴, que aunque es muy escueta la regulación al efecto no queda excluida de su estimación como medida cautelar dada su configuración y finalidad. El *periculum in mora* se concreta en el fundamento mismo de esta clase de proceso, la utilidad pública o el interés social, que respecto a algunos bienes es impostergable en el orden de la satisfacción de necesidades sociales por la Administración.

f- Tal como se constata en el ordenamiento jurídico español, (artículo 762) y en otros de derecho comparado, la declaración de rebeldía del demandado provoca se decrete a instancia de la parte contraria “la retención de sus bienes en cuanto basten a asegurar lo que sea objeto del proceso³⁵, que resulta un modo peculiar de caución que pende obviamente del proceso principal, pero que se extingue con la personería en autos del demandado, que resulta nota significativa en la tramitación de dicha diligencia por la remisión que se hace al embargo.

g- A pesar de sus imperfecciones, el embargo es la única de las medidas cautelares o de las formas de caución que tuvo una regulación sistemática en el derecho positivo cubano. Se autorizó respecto a responsabilidades pecuniarias derivadas de un documento, siempre que el deudor “se halle ausente o pretenda ausentarse o pueda presumirse que tratará de hacer desaparecer u ocultar sus bienes”³⁶, o sea, siempre que se acredite

³³ Véanse los pronunciamientos contenidos en el apartado NOVENO de la Instrucción número 216 de diecisiete de mayo de dos mil doce, dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de Cuba.

³⁴ Ley de Procedimiento Civil ... ob. cit. Art 431.- En los casos a que se refiere el artículo anterior, a instancia de la parte actora, el Tribunal procederá a darle posesión de los bienes objeto de la expropiación

³⁵ Ley de Procedimiento Civil... ob cit.Art 440

³⁶ Ley de Procedimiento Civil... ob cit.Art 462

documentalmente la prueba (mediante una prueba semiplena o *prima facie*) o exista el riesgo de imposibilitarse la ejecución de la sentencia que se dictare en su día respecto al asunto principal, por la concurrencia de las circunstancias establecidas por la ley, incluye la presunción de la provocación artificial de un estado de insolvencia.

En *numerus clausus* (lista abierta) se relacionan los bienes inembargables³⁷, a la sazón, los bienes de propiedad estatal; la vivienda permanente del deudor, los instrumentos o medios de trabajo incluidos los vehículos que ostenten tal carácter, las pensiones alimenticias, y las tierras que se califiquen como vital y el área de autoconsumo del pequeño agricultor y los demás bienes inherentes a ella. Incluye los aperos de labranza, los animales y cría de estos, así como los dos tercios de los sueldos, salarios y prestaciones de seguridad social, excepto en los casos de pensiones alimenticias y de los créditos a favor del Estado y las empresas de éste, en que la inembargabilidad alcanza sólo la mitad del monto de dichos ingresos, debiendo añadirse la inembargabilidad que precisa el Código Civil cubano vigente;³⁸ que preceptúa la responsabilidad patrimonial de las empresas estatales sólo en el orden financiero, excluyendo cualquier otro componente patrimonial.

La precaución en esta clase de medida resulta extendida en el momento de su ejecución, a la información que a instancia del acreedor deba suministrárseles a determinadas personas, entidades y autoridades que se indiquen a los fines de la efectividad del embargo una vez constituido.

La contradicción podía producirla el embargo una vez ejecutada la medida (en cualquier momento), formulando la impugnación que ha de sustentarse en la inexistencia de los presupuestos legales de la cautela, cuya tramitación se verificará por la vía incidental, sin que contra lo resuelto (mediante auto) se franquee recurso alguno.

³⁷ Conforme las disposiciones del art. 463 de la Ley de Procedimiento Civil ... citada

³⁸ Código Civil. Ley No.59, La Habana 1987 Art. 44.2 "El patrimonio de las empresas estatales está integrado por los medios básicos, de rotación y financieros que les asigna el Estado. Estas empresas sólo responden de sus obligaciones con sus recursos financieros, dentro de las limitaciones establecidas en la legislación económica.

Si en el acto de ejecutarse el embargo la persona contra la que se decretó pagare, consignare o constituyere fianza suficiente para responder de las cantidades que se reclame, enervará el embargo e impedirá su ejecución.

Este tipo de medida puede ser solicitada al interponerse la demanda o en cualquier momento posterior durante el curso del procedimiento y así mismo puede decretarse previamente sujeta a la prestación de fianza, garantía de la interposición de la demanda bajo la concurrencia inminente de alguna de las situaciones en que se hallare el deudor (que haría ilusoria la decisión), ya aducida como presupuesto general del embargo.

h- En el Código Civil de 11 de mayo de 1888 se aludía al secuestro (o depósito judicial) cuando se decretaba el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos como medidas cautelares, sistematizando el cuerpo normativo en el Capítulo III del Título XI del Libro IV los bienes que comprendía, las obligaciones del depositario y su remoción, disposiciones que al cabo resultaban el fundamento sustantivo de aquellas formas cautelares, que al no ser retomado entre los contratos o cuasicontratos que trata el vigente Código Civil Cubano, hace que cuanta alusión al depósito o secuestro obren en la norma adjetiva de marras, no esté dotada de contenido, ni pueda concretarse su diligenciamiento, excepto en las formas específicas de algunas regulaciones, como las sucesorias, que lo concretan de forma particularizada.

i- Siempre que se intentara la acción ejecutiva respecto a los títulos de créditos que generan ejecución, se solicitarán al mismo tiempo (según el art 492 II de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral)³⁹ las medidas cautelares o de aseguramiento que correspondan a su derecho; en definitiva la cautela se concretaba al embargo, pues no existiendo más medidas cautelares, que ésta expresamente aludida y, las tutelas específicas ya indicadas, ni regularse ninguna medida asegurativa fuera del alcance de aquella, no es posible recurrir a ninguna otra. Es ociosa, entonces, por su inutilidad, la formulación restante y reiterada del precepto.

³⁹ Ley de Procedimiento... Art.492 "La demanda se formulará en los términos establecidos en el Art. 224 .El actor solicitará al mismo tiempo las medidas cautelares o de aseguramiento que correspondan a su derecho. A estos efectos, el ejecutante deberá señalar, bajo su responsabilidad, los bienes de la propiedad del ejecutado que en su caso, habrán de ser objeto de embargo u otra medida cautelar o asegurativa en defecto del pago inmediato, en el acto, de la cantidad reclamada.

j- Las diligencias preventivas del Proceso Sucesorio constituyen una forma concreta de cautela. Se impiden con ellas la sustracción u ocultación de bienes, documentos, libros o efectos cuyo valor lo ameriten y, en ausencia de convivientes del causante al momento de su deceso. Operan de oficio, en el sentido apuntado y, en cualquier caso que lo soliciten los parientes llamados a suceder. Se materializan en la constitución del depósito judicial, designándose el denominado gestor – depositario, quien cuidará del caudal a su cargo hasta hecha la declaratoria de herederos en que cesará de ordinario la intervención judicial y se ordenará que este rinda cuentas.

Las diligencias penderán del inicio del proceso sucesorio en el término perentorio de ley, en defecto de lo cual se distribuirán con fines sociales los bienes objeto de las diligencias.

La calificación como medidas cautelares en sentido estricto de las diligencias referidas, resulta polémica en atención a que, si bien participa del requisito de cierta instrumentalidad y se constata como presupuesto de las mismas el peligro en la demora, no concurre el de la apariencia de buen derecho, ni la fianza y sus efectos. Son diferentes a los que producen de ordinario las medidas cautelares en razón de su instrumentalidad.

k- Dos formas peculiares de cautela son la suspensión de oficio de la ejecución pendiente del fallo cuya revisión se pretenda, a instancia de parte cuando se sustente en la causal de haberse obtenido documentos decisivos de los que no se pudo disponer a tiempo por fuerza mayor o por obra de la contraparte, previa presentación de fianza como garantía de la responsabilidad por daños y perjuicios que ello generare. La otra, la suspensión de ejecución de disposición general o resolución objeto de la acción administrativa ejercitada en la vía judicial, en atención a los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar de imposible o difícil reparación, de lo cual no se derive una lesión grave al interés público y previa prestación de fianza para su concesión, pendiendo de la resolución definitiva del proceso en que se producen. En ambos casos la cautela pudiera apuntar hacia una ejecución inespecífica dado su efecto conservativo.

El proceso ordinario civil ha sido concebido para un conocimiento amplio y de fondo por parte del tribunal. En él se suceden todas las fases y amplias posibilidades a las partes para formular sus alegaciones y proponer pruebas, independientemente de las facultades que de oficio tiene el juzgador, en cuya virtud se le reconoce como proceso tipo o modelo, ya no tan absolutamente de “perfecta construcción”, al que se remite la ley, con carácter supletorio, al regular otros procedimientos en cuanto a lo no previsto expresamente en ellos⁴⁰.

El proceso modelo ha dejado de ostentar ese sello “teóricamente ejemplar”, cual prototipo aplicable a toda clase de pretensiones procesales para las que no se disponga lo contrario, pues resulta poco recomendable para aquellos casos en que se requiera de una cognición abreviada y solución acelerada⁴¹, pero ello no implica hacerle a un lado, sino crear nuevos mecanismos que agilicen la administración de justicia.

Así, en medio de las aspiraciones por renovar nuestro anquilosado proceso civil, se encumbra el Decreto-Ley No. 241 de 26 de septiembre de 2006, delineando un nuevo modelo procesal, en cuya virtud el legislador cubano ha escindido dos tipos procesales: el civil y el económico que, al decir del profesor MENDOZA DÍAZ, “... se apoya en el interés por brindar una tutela diferenciada a determinados conflictos vinculados con las relaciones que se producen en el campo de la contratación económico-mercantil y la inversión de capital extranjero (...), sin otra razón que justifique la existencia de estos dos modelos procesales distintos, en apariencias; coexistiendo en una misma norma”⁴². Se

40 Supletoriedad reconocida para el proceso administrativo(art. 654, para el laboral, art. 696) y para el económico, por la Disposición Especial Primera del Decreto-Ley No. 241 que, además, adereza su redacción con frecuentes remisiones a los preceptos del proceso civil, v. gr.: art. 760 en relación con el 74 y 76 en cuanto a las causas de cese de la representación constituida en el proceso; art. 761 con el 198 y siguientes, en lo tocante a la apreciación e imposición de costas; art. 762 con el 224 para la forma y contenido de los escritos de demanda y contestación; art. 777 Reconoce los medios de prueba regulados en el art. 261; art. 787, de la documentación en acta de las principales cuestiones tratadas en la comparecencia, conforme establece el art. 116. Por último, en sede de medios de impugnación de los fallos hace suyas las proposiciones de los arts. 615 al 617, 630 al 640 y del 642 al 650. La materia familiar no está dotada de ordenamiento procesal propio por lo que su proceder sigue siendo el civil, con las matizaciones introducidas por la Instrucción No. 187.

⁴¹ Vid. GUASP, Jaime; *Óp. cit.*, p. 648.

⁴² MENDOZA DÍAZ, Juan; “Un acercamiento al proceso civil cubano”. En: *Memorias del XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, 2008, p. 900.

trata de que cuenta ahora con dos modelos procesales paralelos⁴³ que pudieren estar fusionados en razón de sus similitudes, pues argumento distinto constituye la creación de salas para el conocimiento diferenciado de asuntos, según la materia sustantiva a dilucidar⁴⁴.

Tempranamente el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en el ejercicio de su facultad constitucional de impartir instrucciones vinculantes para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley, a través de la Instrucción No. 191 de 14 de abril de 2009(ver anexo 3), exporta al proceso civil las regulaciones que, en materia cautelar, se prevén para el proceso económico consolidando un régimen único y coherente, con un catálogo de medidas posibles a adoptar y un poder general en manos del juez; pero, con la ausencia del procedimiento contentivo de formalidades y plazos.

Deviene en trascendental su entrada en vigor pues, amén de cuestionamientos⁴⁵ sobre su procedencia, resalta su empeño al asumir la tarea

⁴³ No se incluye el de familia porque a través de las Instrucciones No. 187 y 191 lo que se hace es colocar en tiempo la celebración de comparecencia y ampliar las facultades previstas ex art. 42 de la LPCALE y, con el reciente Acuerdo 4/2010 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, sólo se estructura el conocimiento en secciones diferenciadas de lo civil, pero sin un procedimiento propio.

⁴⁴ Caso paradigmático el del Código General del Proceso del Uruguay que unifica el conocimiento de los asuntos civiles, mercantiles, tributarios, laborales y de familia a partir de una estructura que distingue tres cauces principales: ordinaria, extraordinaria y monitoria, sin perjuicio de la jurisdicción voluntaria y sucesoria.

⁴⁵ En tal sentido, se ha objetado lo acertado de realizar una modificación legislativa a través de Instrucción, teniendo en cuenta que por mandato constitucional y en virtud del art. 19, incisos g y h) de la Ley No. 82, se le impone al Consejo de Gobierno la obligación de evacuar consultas e impartir instrucciones generales de carácter imperativo para el sistema judicial, con el objetivo de garantizar una práctica uniforme en todo el país en el ejercicio de la función jurisdiccional. Así, las instrucciones, como asevera MENDOZA DÍAZ, son instrumentos normativos que el Consejo de Gobierno adopta *ex officio*, con el propósito de armonizar las prácticas jurisdiccionales (*Vid.* MENDOZA DÍAZ, Juan; "Las fuentes formales del Derecho Procesal Civil". *En:* MENDOZA DÍAZ, Juan (Coordinador); *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Félix Varela, La Habana, 2001, pp. 16 y 17). El cuestionamiento estriba en el hecho de que por intermedio de instrucción se modifique una ley, pero por su carácter vinculante, la trascendencia de sus pronunciamientos y la pronta respuesta ante los reclamos de la praxis, constituyen fuente subsidiaria del Derecho Procesal Civil cubano que no cuenta con una norma específica que indique sus fuentes. En apoyo a esta posición de la cátedra acude el recurso de casación que como primera de sus causales equipara, como fuentes de Derecho, a las leyes, las interpretaciones de estas emanadas del Consejo de Estado, las instrucciones de carácter obligatorio emanadas del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y las decisiones dictadas por esos órganos al evacuar consultas de los tribunales sobre conflictos entre las leyes y otras disposiciones de rango normativo inferior, *Cfr.* art. 630.1 de la LPCALE. FERRARI YAUNNER, *apud.* FERNÁNDEZ BULTÉ, propugna la unidad interna del ordenamiento en el sentido de que "... cada nueva norma que se integre a éste no contradiga bajo ningún concepto a una norma válida superior que continuará conviviendo con la nueva (...) La nueva regulación no debe generar un antinomia". *Vid.* FERRARI YAUNNER, Majela; *Op. cit.*, p. 13. También se

de establecer concordia legislativa y práctica judicial uniforme; en tanto el Decreto-Ley No. 241 regula la tutela cautelar en el ámbito económico, la Instrucción No. 187 de 20 de diciembre de 2007 (ver anexo 2) lo sugiere⁴⁶ en materia familiar y la Instrucción No. 191 aludida, llega para autorizar su utilización.

Se está en presencia de una “norma de acomodo” que no ha de gozar de prolongada permanencia, pues lo que busca es contemporizar las diferentes regulaciones en el ámbito cautelar, para suplir un vacío legislativo, pero sin una propuesta concreta que solvete las posibles contradicciones. Al decir de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, constituyen “Normas de transición o normas de Derecho transitorio, que son normas de carácter formal, en cuanto no regulan ellas mismas de una manera directa la realidad, sino que son normas de colisión que tratan de resolver los conflictos intertemporales. Son, por consiguiente, normas de remisión a otras normas. Esto es, normas indicativas de las normas que deben ser aplicables”⁴⁷.

La Instrucción sólo “remite” al régimen cautelar de lo económico, pero sin armonizar los procedimientos vigentes pues se produce un conflicto de leyes con las disposiciones relativas al procedimiento del embargo y diligencias preventivas del proceso sucesorio. Tampoco contiene previsiones relativas a la falta de competencia y la vigencia de la medida adoptada, ni a los procedimientos familiares, entre otras que pudieren citarse. Estas cuestiones

pronuncia la autora (p. 51) sobre el peligro de las “... lagunas de colisión provocadas por la existencia de antinomias en el ordenamiento, el que regula de forma incompatible el mismo supuesto, sin que pueda afirmarse la supremacía de una regulación sobre la otra (...)” en atención al criterio de la jerarquía, posición que es compartida por cuanto en lo que a medidas cautelares respecta se ha vulnerado absolutamente la jerarquía normativa: un decreto-ley se instituye como norma rectora frente a una ley, y todo ello en virtud de una instrucción; contrasentido urgido de imperiosa solución.

46 Con esta disposición, el órgano gubernativo hace una previsión más que una regulación; no queda claro a qué medidas cautelares se refiere cuando estipula la adopción de medidas tendientes a restablecer la equidad procesal, incluidas “las de tipo cautelar”, pues a 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.

47 DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio; *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, 9ª edición, Editorial Tecnos S. A, Madrid, 1997, p. 106. Comenta que son conceptos asociados al principio de irretroactividad de la ley civil y que pretenden resolver el tránsito de una legislación a otra, conceptualización referida a las disposiciones transitorias de cualquier norma jurídica, pero que se aviene al espíritu que informa la labor legislativa del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

se pretenden solventar con la propuesta de su aplicación “en lo pertinente”, cual fórmula generalizadora de ingeniería procesal, que resuelve esos conflictos.

La cuestión estriba en determinar si en estos casos resulta de aplicación la ley específica, en el presente supuesto -la civil-, o el decreto-ley que contiene pronunciamientos de avanzada sobre la institución, por lo que se recurre a lo que MENDOZA DÍAZ ha dado en llamar “supletoriedad inversa”⁴⁸, en el sentido de que están obligados a valerse de la ley especial, ante la carencia de regulación por la norma general o modelo; empero, a juicio de la autora, el mayor escollo radica en que una norma remite a la otra y ninguna resuelve con exactitud, con lo que surge el conflicto de la indefinición que impone la exigencia de una nueva y omnicomprensiva regulación normativa.

Como ya se ha dejado establecido con anterioridad, los temas cautelares estaban prácticamente ausentes de nuestro panorama procesal, sólo existían aislados y dispersos destellos de, algunas medidas a las cuales pudiera atribuirse una función asegurativa⁴⁹. Ya se cuenta con un régimen cautelar en materia civil; ahora el reclamo deviene en beneficiarse de un régimen cautelar general o, cuando menos, ajustar el existente a las cuestiones civiles permeadas por situaciones de índole personal y familiar.

La actuación de la judicatura cubana ha de marcar el derrotero en lo atinente a lo cautelar, mientras se aguarda por una reforma legislativa de mayor alcance y dimensiones diferentes a la concepción tradicional, que pasa por la ordenación de lo contenido en la norma positiva y en el que, atendido a los principios propios del Derecho Civil⁵⁰, rijan los criterios de supletoriedad-especialidad.

⁴⁸ Término acuñado en sus intervenciones en diferentes eventos internacionales como los Congresos de Derecho Procesal y Justicia y Derecho.

⁴⁹ Así, reconoce las medidas provisionales del divorcio, el embargo provisional en caso de alimentos, los actos preparatorios del proceso de conocimiento y la controvertida facultad concedida al juez por el artículo 40 de la norma adjetiva. A ello se pueden añadir las previstas para el proceso sucesorio, la paralización de obra nueva y la entrega en posesión de los bienes objeto de expropiación.

⁵⁰ El Código Civil Cubano estipula el binomio supletoriedad-especialidad en su art. 8 en relación con la Disposición Final Primera en la que se reconoce la especialidad de “las relaciones jurídicas relativas a la familia; los descubrimientos, inventos, innovaciones, racionalizaciones, creación de obras científicas, educacionales, literarias y artísticas; la caza y la pesca; los solares yermos; la vivienda urbana y rural; las cooperativas agropecuarias y todo lo concerniente al régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y demás bienes destinados a la producción agropecuaria y forestal. Los buques y aeronaves; las sociedades;

2.2 Análisis del catálogo de medidas cautelares contenidas en la ley procesal civil cubana.

Nuestra ley procesal contempla seis medidas cautelares: el embargo preventivo de bienes, secuestro de bienes en litigio, depósito temporal de bienes, anotación preventiva en registro público, aseguramiento de medios probatorios y suspensión o abstención de actividad o conducta determinada⁵¹. Si bien se cuestiona la necesidad de prever un didáctico catálogo de precauciones porque ello se hace siguiendo la tradición normativa precedente, lo cierto es que el legislador, al listar las medidas, recomienda para su uso aquellas atinentes a las condiciones del país y le concede a la norma, con apariencia de *numerus clausus*, un carácter meramente indicativo bajo el enunciado de que “el tribunal podrá acordar como medida cautelar, entre otras, las siguientes”; formulación que deviene realmente en un sistema de *numerus apertus*, que permite adoptar una o varias de las previstas e, incluso, cualquiera que se pueda “crear” cuando a modo de cierre, coloca las medidas genéricas o innominadas.

2.2.1 Embargo preventivo de bienes.

El embargo preventivo se configura como medida cautelar conservativa que limita en determinada proporción, las facultades de goce y disposición del titular de determinados bienes, con el propósito de asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en un proceso. Se asume una institución de naturaleza ejecutiva con finalidad sólo cautelar en procesos referidos tanto a obligaciones dinerarias como en especies, contemplando aquél nada más las responsabilidades pecuniarias con exclusión de cualquier otra.

(...) los seguros obligatorios, la contratación económica y cualesquiera otras relaciones que determine la ley”. Sobre el reencuentro con el Derecho material se han pronunciado algunos autores, entre ellos MORELLO que se refiere a “... la bipolaridad en una cohabitación forzosa – inescindible de lo material con lo procesal merced a fronteras técnicas de membranas débiles (...) en tanto no cabe desacoplarlas sino, por el contrario, respetar sus respectivas partes y, en paralelo, bregar por la síntesis realista que no hiciera prisionera a una de ellas de la otra y, al mismo tiempo, sirviera para mirar por los dos ojos por ser ésta la forma de ver ampliados sus planos, objetivos y fines. Es que el uno se proyecta en el otro y, ambos se lanzan hacia (...) el objetivo de obtener la efectiva realización del Derecho y sus valores”. (Vid. MORELLO, Augusto M.; *Op. cit.*, pp. 83 y 84).

⁵¹ Vid. Art. 803 de la LPCALE.

El artículo que tiene su fundamento en la institución de Derecho Civil sustantivo del depósito judicial o secuestro a que se contraen los artículos 1785 y 1789 del Código Civil español de 11 de mayo de 1888, extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889 y vigente en la isla desde el día 5 de noviembre del propio año, precisó los requisitos exigidos para la adopción del embargo preventivo, a la sazón, presupuesto de dicha institución. Se sustenta como cuestión básica en la existencia de un crédito, una prestación dineraria o una cierta cantidad de una cuenta especie, fundamento de Derecho de la pretensión deducida o que se deduzca en el proceso principal cuya acreditación se produce con la aportación documental (prueba preconstituida) que excluye las obligaciones contraídas verbalmente, sin que el documento aportado sea un título ejecutivo, cuya calificación no tiene más virtualidad que la relativa al supuesto de la fianza, en ausencia del cual es preceptiva como garantía del derecho del sujeto pasivo del embargo a la indemnización de daños y perjuicios que aquel le cause.

El riesgo de frustración del resultado procesal se condiciona circunstancialmente de forma taxativa a los fines de su constatación a partir de un juicio de probabilidad pues no exige de la demostración (probanza) por el solicitante de aquellas, sino que por su naturaleza y por el requisito de la prestación de fianza frente a la falta de responsabilidad requerida, con la sola afirmación del promovente en aquel sentido, debe decretarse el embargo.⁵² En ese caso, se adopta bajo la responsabilidad del solicitante y, asimismo el riesgo que se conjura (la preparación por el sujeto pasivo del embargo de su insolvencia dificultando o imposibilitando la ejecución), es apreciable judicialmente de forma concreta, con una cláusula indeterminada que el juez integra "...exista motivo racional para creer que ocultara o malbaratará sus bienes en daños a sus acreedores". En tal sentido caben distinguir tres tipos de documentos: documentos con fuerza ejecutiva, documentos eventualmente ejecutivos (en virtud del cumplimiento de algún requisito) y principio de prueba por escrito, los que situados en una progresión de eficacia, por la fuerza de que están dotados y consecuente virtualidad, aumentan o retardan la velocidad de su despacho.

⁵² pag 199 Casaus Auto 16-5-22 A.H. Penult Párrafo

Los supuestos para la adopción del embargo sobre bienes como medida cautelar son amparados con la Orden militar del gobierno de ocupación 141 de 7 de abril de 1900 y la 176 de 1907, aplicables a los embargos entre comerciantes, con la concurrencia de los requisitos generales antes considerados.

La cuestión relativa a la competencia en el procedimiento del embargo preventivo fuerza una necesaria distinción, según el momento de su solicitud, ya sea antes de la interposición de la demanda instando el proceso principal, conjuntamente con aquella, o con posterioridad a la incoación del proceso al que se vincula.

En el primer supuesto arriba indicado le son de aplicación normas de competencia objetiva y territorial; en el segundo, la competencia funcional atribuible al mismo órgano que está conociendo del proceso principal, siendo necesaria la determinación de la competencia fuera del último caso y de sumisión expresa o tácita, autorizándose la cuestión de competencia

Sólo por obligaciones propias puede solicitarse el embargo preventivo sin traer causa del crédito adquirido por cesión, siendo un requisito cualificador de la legitimación del solicitante ⁵³.

El procedimiento del embargo preventivo comprende varios momentos: la solicitud del embargo, la resolución sobre la misma y la ejecución en su caso, la cual se verifica con, o sin audiencia del sujeto pasivo. En este último supuesto comprendería una segunda fase de oposición.

La solicitud de adopción de la medida, además de la referencia subjetiva, (solicitante y sujetos pasivo,) y el acreditamiento documental ya indicado que ha de acompañarse, deberá contener una pretensión fundada de embargo preventivo y alegar los hechos en que se fundamenta la forma concreta de concurrencia de los presupuestos correspondientes según el caso, precisando el alcance cuantitativo de la traba y la reseña de los bienes sobre los cuales ha de recaer el embargo. Eso último, conforme quedó establecido por la Orden de Amparo número 362 de septiembre 17 de 1900, pues en su ejecución la diligencia se limitaría a los bienes expresamente determinados, con abstención

⁵³ Auto 26-3-32 pág 202 Casasús

frente a terceros con justo título posesorio, contenido en documento público que fuera exhibido de acto.

La tramitación será diferente según el momento de la solicitud, cuando se verifica previo a la sustanciación del proceso principal, con la interposición de la demanda que ha de sobrevenir indefectiblemente, dado el carácter instrumental de la medida cautelar, es forzoso interesar la ratificación del embargo verificado y si este no hubiese tenido aún lugar, entonces habrá de ratificarse la solicitud cuando se solicite el embargo preventivo después de establecida la demanda, para cuya tramitación se formará pieza separada.

La práctica del embargo se verificará a la mayor brevedad con la urgencia requerida, sin oír al presunto deudor, incluso, ni permitirle en el acto recurso alguno, lo cual sólo no tendrá lugar, si al hacerlo el sujeto contra quien se dirija, pagare, consignare o diere fianza suficiente para responder del crédito que se esgrime, que la doctrina legal ha entendido que no solo se remitía a aquel momento, de modo que si el pago se producía con posterioridad, procede dejar sin efecto el embargo como acontece también, con motivo de la oposición posterior del embargado o la no interposición de la demanda en el transcurso del plazo para ello⁵⁴

En correspondencia con la naturaleza de los bienes sobre los que se traba el embargo se practicarían las diligencias para su ejecución, que serán diferentes según se trate de inmuebles, muebles o semovientes; metálicos o efectos públicos. Se debe de cualquier modo a la fórmula introducida por la Orden 141 de 1900 y 176 de 1901 anteriormente mencionada; en la adición del último párrafo del artículo 1399 adujo que los bienes embargados se dejarían siempre en poder del deudor, a quien le era exigible responsabilidad penal caso de violación del depósito⁵⁵

Practicando el embargo se franquea la oposición al demandado, cuyo objeto lo constituye básicamente la propia pretensión de embargo, (la no concurrencia de los presupuestos cautelares), de la indemnización por daños y perjuicios

⁵⁴ al margen Auto 8-6-29 Pág. 213 Casasús.

⁵⁵ Art. 808 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económica. Ley Número 7 de 19 de agosto de 1977.

causados por el embargo y las costas generadas por éste, las que no tienen efectos suspensivos.

El fundamento de la indemnización por daños y perjuicios según la doctrina de la época, es legal y no factual. Se parte de una presunción *juris tantum* (admite prueba en contrario), por lo que no se requiere su probanza. Así mismo se excluyen cuestiones que atañen al fondo, como excepción de falta de personalidad, la prueba plena respecto a los presupuestos de la medida cautelar y la oposición como necesaria para la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios. Son de muy variados matices los pronunciamientos jurisdiccionales al respecto.⁵⁶

En relación con los medios de impugnación posibles contra las resoluciones que recayeran sobre la solicitud de embargo, se autorizaba el recurso de reposición y si no se estimare el de apelación a ambos efectos. La legislación cubana no la comprende expresamente, no excluida de impugnación por vía de los medios que la ley autoriza conforme la resolución por la que se adoptan.

En el caso de la oposición la resolución que resuelve el incidente no tiene el carácter de definitiva por lo que queda excluida de la posibilidad de ser impugnada a través del recurso de casación.

Una última consideración estaría referida a insistir en los efectos del embargo preventivo, que por definición son la indisponibilidad de los bienes del sujeto pasivo, limitado de sus facultades de goce y disposición, para impedir la generación fraudulenta de un estado de insolvencia que frustre el resultado de un proceso, por lo que a tal fin la cautela subsistirá hasta el proceso de ejecución⁵⁷, salvo su extinción por alguna causa legal de las ya examinadas. En esta no se precisa de actuación alguna para su eficacia ejecutiva; a ella se concatenarán las acciones correspondientes de aquel tipo, mas como ya se apuntara, puede enervarse el embargo mediante el pago, la consignación y la fianza de la deuda en que se fundamenta.

La adopción de medida asegurativa procede en cualquier tipo de proceso, pero cuando se trata del embargo, es obligado distinguir que los actos por los que se

⁵⁶ Casasús pag. 219 –220.

⁵⁷ Ver Instrucción Número 185 de veintisiete de marzo del año dos mil siete dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de Cuba

verifica o traba el embargo son, esencialmente, similares en proceso ordinario que en ejecutivo⁵⁸, con signos distintivos solo como consecuencia lógica de sus diferencias procesales.

Válida la aclaración de GUASP cuando critica cualquier escisión normativa⁵⁹ en torno al embargo: “La teoría general tiene que tener en cuenta todas las especies de este carácter, cualquiera que sea la denominación que se les asigne” y a posteriori vuelve sobre el tema, “...uno, el del embargo preventivo; otro, el del embargo que se practica en un juicio ejecutivo, debe ser radicalmente criticado (...). Las diferencias entre una y otra clase de embargos, basadas en la distinta situación de la ejecución a que afectan, no modifican de tal modo su régimen jurídico que obliguen a su determinación por separado”⁶⁰. Consagrado por el legislador cubano⁶¹ cuando reconoce la subsistencia de la medida cautelar dispuesta en el proceso de conocimiento luego de dictarse la resolución judicial definitiva, atiende a que se trata de una fase que completa el conocimiento y solución de la litis; en consecuencia cuando se interesa el embargo durante la cognición se hace para asegurar el resultado de una ejecución que puede sobrevenir, pero sin certeza de que ocurra. En cambio, cuando lo solicitamos durante la fase ejecutiva, ya se tiene certeza de que indefectiblemente se producirá, pues se encuentra en desarrollo.

58 No obstante, un sinnúmero de autores mantienen dicha distinción; entre ellos, Ramos Méndez, quien opina que las actuaciones en que se traduce el embargo preventivo y el ejecutivo son iguales, sin embargo, estos en los momentos específicos en que se realizan responden a distintos presupuestos: en primer lugar, el embargo preventivo tiene lugar en la fase inicial del proceso e, incluso, de manera previa, mientras el ejecutivo representa el primer acto de la ejecución. El preventivo, se funda en la existencia del *fumus boni iuris*, en cambio el embargo ejecutivo se basa en un título de ejecución existente judicial o extrajudicialmente. El primero tiene carácter instrumental y fungible, pendiente de un proceso principal, en su caso. El segundo es un acto autónomo de la ejecución y, por lo general infungible en el caso de condenas pecuniarias. Por último, para otorgar embargo preventivo se debe apreciar por el juez la existencia del *periculum in mora*, mientras el embargo ejecutivo está basado en la necesidad de instar la ejecución forzosa de un título ejecutivo. Vid. Ramos Méndez, Francisco; Op. cit., pp. 542 y 543.

⁵⁹ GUASP, Jaime; *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 450

⁶⁰ GUASP, Jaime; *Op. cit.*, pp. 450 y 451.

⁶¹ *Cfr.* art. 806, último párrafo de la LPCALE.

De manera similar ocurre con el proceso propiamente ejecutivo de los títulos de crédito que generan ejecución⁶², que gozan de la presunción legal de verosimilitud y eficacia del derecho alegado, a que se refieren. El tránsito a la ejecución es mínimo, por lo que se solicita la medida cautelar conjuntamente con la demanda y posteriormente se despacha la ejecución.

El embargo constituye la más recurrente de las formas de cautela recogidas en la ley con un procedimiento preciso⁶³. Los presupuestos clásicos de las medidas cautelares resultan fácilmente identificables en la regulación del embargo. Al respecto, el tradicional *fumus boni iuris* se acredita con la presentación de un documento que pruebe la existencia de la deuda, en tanto el *periculum in mora* se configura por el riesgo de que el deudor se ausente del país o se presuma su pretensión de desaparecer u ocultar sus bienes, con una colocación intencional en estado de insolvencia y consecuente imposibilidad de ejecución de la sentencia que en su día se obtenga.

La oportunidad de solicitud, se admite en cualquier estadio del proceso, incluso antes de su iniciación, con el requisito de prestación de fianza a reserva de la ulterior presentación de la demanda, con lo cual puede inferirse que el legislador prevé la tradicional caución o contra cautela como un mecanismo para compulsar a la promoción de la demanda, no cual presupuesto para la adopción de medida.

⁶² Dentro de los conocidos como títulos extrajudiciales están los completos, aquellos privilegiados en tanto resultan suficientes por sí mismos para establecer directamente la demanda, y los incompletos, que requieren de una fase de preparación de la acción ejecutiva. Interesante reflexión promete DOLZ y ARANGO cuando pregunta ¿Y qué se entiende por título que tenga aparejada ejecución?, a lo cual él mismo responde, sin dar margen a posteriores comentarios: “Aquellos que tienen a su favor una presunción *iuris tantum*. Son ciertos, indubitables, mientras no se pruebe lo contrario. Casi puede decirse que ningún título o documento lleva aparejada ejecución por sí, sino a virtud de ciertos requisitos que han de acompañarle, requisitos más o menos fuertes, según la naturaleza más o menos evidente del documento. La ley ha tenido necesidad de ceder a ciertas evidencias. No sólo el Crédito público hace indispensable que se otorgue esa presunción a determinados documentos; es que la propia calidad de las formalidades con que se han hecho les prestan los caracteres de la verdad. No son la verdad misma, no: ni siquiera la verdad legal. Si tal cosa fueran, no habría juicio: se cumplirían por los trámites de la ejecución de sentencias”. *Vid.* DOLZ y ARANGO, Ricardo; *Comentarios al Título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta y Papelería “La Universal”, Habana, 1891, p. 15. Los títulos de crédito que generan ejecución aparecen relacionados en el art. 486 de la LPCALE en el que se reconoce como completos a los testimonios de escrituras públicas expedidos con arreglo a la ley y a los títulos valores que no se hubiesen perjudicado, entre tanto fija como incompletos a los documentos privados cuyo reconocimiento o el de su firma se pida y obtenga en diligencia previa, la confesión de deuda y los títulos valores perjudicados.

⁶³ *Cfr.* arts. 460 al 472 de la LPCALE.

En franco reconocimiento al principio clásico de la concesión *inaudita altera pars* (sin dar audiencia a la otra parte) de las medidas precautorias, la contradicción en el embargo queda diferida al momento de su ejecución; oportunidad en la que el deudor podrá formular impugnación, con sustento en la no concurrencia de las circunstancias que justifiquen la adopción de esta medida y tramitar por la vía incidental, sin que contra lo resuelto mediante auto proceda recurso alguno.

Resulta atinado hacer referencia a la posibilidad de enervar los efectos de la medida, si al momento de practicarla el deudor pagare, consignare o constituyere fianza suficiente para responder ante el crédito que se esgrime; de ahí también su provisionalidad. Carecería de lógica el mantenimiento del embargo, si la relación crediticia que viene a garantizar ya fue solventada. Por último, en cuanto a los bienes susceptibles de embargo existen limitaciones en la propia normativa procedimental que establece en *numerus clausus* una relación de los que resultan inembargables⁶⁴.

Al hacerse extensivo al proceso civil lo dispuesto en materia cautelar por el Decreto-Ley No. 241 de 2006, se produce una doble regulación de trámites para la adopción de embargo preventivo de lo cual resulta que se cohoneste un procedimiento por el otro y se abra camino a la incertidumbre; pero, el legislador al utilizar la clásica fórmula “en lo pertinente”, resuelve la dicotomía al inferirse que en los procesos civiles ha de seguirse el procedimiento propio⁶⁵.

⁶⁴ Cfr. art. 463 de la LPCALE que establece la universalidad de los bienes objeto de embargo u otra medida asegurativa, con excepción de los que la letra del precepto reconoce como inembargables y al final de cuyo texto se concede dicho carácter a una porción de los sueldos, salarios y prestaciones de seguridad social, modificación introducida a la ley rituaría por la Disposición Final Tercera de la Ley No. 49 de 28 de diciembre de 1984, Código de Trabajo. Se trata de una norma de carácter imperativo, ratificada expresamente por el Decreto-Ley No. 241 que inserta la perspectiva de que cuando se refiera al embargo de “...instrumentos o medios de trabajo de una sociedad mercantil, o vehículos destinados a la actividad empresarial de la misma (...) los mismos pierdan la condición de inembargables”. (Cfr. art. 807). Por otra parte, gana adeptos la propuesta de que, en sede familiar, ante la inexistencia de otros bienes y la reticencia del obligado a cumplir el mandato judicial, pierdan su categoría de inembargables; cuestión que merece detenimiento mayor sobre todo en materia inmobiliaria, para lo cual sólo se encuentra regulada la posibilidad de anotación en registro público.

⁶⁵ En el V Encuentro Internacional Justicia y Derecho, la Esp. Liliana Hernández Díaz, Presidenta Titular de la Sala Segunda de lo Civil y lo Administrativo de Ciudad de la Habana, en funciones como Presidenta de la Sala de lo Económico, analizó las semejanzas y diferencias entre ambos embargos. Así, marca como denominadores comunes, a saber: adopción de medida a ruego de parte, competencia funcional, oportunidades procesales de solicitud y en caso de formularse de manera previa, un único plazo de 30 días para la iniciación del proceso; e identifica como elementos discordantes que, a tenor de lo preceptuado por el

Así la diferencia de esquemas procesales ha de subsistir mientras no se conforme un régimen cautelar privativo del proceso civil.

2.2.2 Secuestro de bienes en litigio.

Dirigida a la conservación de un bien específico que resulta objeto de la reclamación, deviene en imprescindible la desposesión y su entrega a un tercero que le custodie hasta la culminación del proceso. Cuando se secuestra se incauta el bien de la esfera de acción del titular. Su finalidad está dada por la conservación de una cosa específica mueble o inmueble, que resulta la pretensión de un proceso mediante la desapoderación de quien la posee. De esta forma garantiza el mantenimiento de la integridad del bien, hasta tanto se produzca la conclusión del proceso, en la búsqueda de que con ello pueda ejecutarse la resolución judicial definitiva.

El secuestro también ostenta un signo patrimonial, pero con marcadas diferencias esenciales con el embargo⁶⁶. A saber, el embargo recae sobre cualquier bien que conforme el patrimonio de quien sea o llegase a ser demandado en el litigio en cuestión, y que resulte suficiente para la posterior

Decreto-Ley No. 241, constituye una facultad del juzgador el disponer la caución en cualquier supuesto de medida y que deviene en salvedad la concesión *inaudita altera pars*. Vid. HERNÁNDEZ DÍAZ, Liliana; *En el camino a la reforma del proceso civil cubano: la Instrucción No. 191 del año 2009 del Tribunal Supremo Popular*, ponencia presentada al V Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2010, memorias en soporte digital, pp. 384-390. A ello se puede añadir que, la LPCALE en su artículo 471 sólo admite la posibilidad de impugnar la adopción del embargo una vez que se haya materializado, cuando en dicha adopción no concurren los requisitos de procedibilidad, mientras en el proceso económico puede ser combatido el auto que disponga la precaución con el correspondiente recurso de súplica; asimismo, el propio art. 471 formula, con carácter dispositivo, la contradicción mediante impugnación de lo acordado, en cambio el art. 805, traza la regla de contradicción previa al otorgamiento. Por otra parte, si bien para la posterior presentación de demanda, concede la norma idéntico plazo, no resulta de igual talante el momento inicial del cómputo, que para el proceso económico habrá de ser el de la solicitud y para el civil, el de la práctica de la diligencia.

⁶⁶ A su turno, MENDOZA DÍAZ resulta asertivo cuando enuncia concepto propio y le distingue del embargo, “Esta medida no va dirigida contra cualquier bien del demandado, sino sobre aquellos que constituyen el objeto del proceso, y se trata de una decisión cautelar más agresiva que el embargo, pues implica despojar al demandado del bien controvertido. (...) Las diferencias esenciales entre secuestro y embargo son que el primero implica una aprehensión material de un bien específico, que es el objeto del litigio, mientras que el embargo recae sobre cualquiera de los bienes del deudor que pueden ser ejecutados. En el secuestro se trata de preservar el bien objeto del litigio tal cual, con el propósito de garantizar un cumplimiento *in natura* de la obligación, mientras en el embargo se pretende asegurar bienes que permitan, ante la negativa del deudor cumplir su obligación, convertirlos en dinero, y asegura de forma subsidiaria el cumplimiento de la obligación principal”. Vid. MENDOZA DÍAZ, Juan; “Un acercamiento al régimen cautelar...”, *cit.*, p. 11.

ejecución satisfactoria de la sentencia. Por su parte el secuestro se ejecuta sobre el bien o bienes objeto de litis⁶⁷; su propósito radica en asegurar la ejecución de la sentencia pero siempre y cuando el *petitum* gire en torno a la titularidad y facultades que de la misma se deriven, por ello si en el embargo preventivo la prestación a ejecutar consiste en dinero o en una obligación valorable pecuniariamente, aquí consiste en una obligación relacionada directamente con la entrega de un bien.

Siguiendo el orden de los contrastes se puede afirmar que el secuestro constituye una medida más “agresiva”, pues un bien embargado preventivamente puede continuar bajo el uso del destinatario de la medida, y cabe incluso, la posibilidad de que sea nombrado depositario de dichos bienes; en cambio, “... un bien secuestrado no puede ser usado, y sólo por causas excepcionales quedará en manos del deudor”⁶⁸.

En la doctrina se distinguen dos tipos de secuestro: el conservativo y el judicial. El primero se encamina a asegurar que la futura ejecución no resulte infructífera y el judicial tiene por finalidad custodiar bienes ciertos y determinados, con el objeto de que no se deterioren, pierdan o alteren mientras se espera por el dictado de la resolución judicial definitiva⁶⁹. En consecuencia, existe secuestro conservativo cuando lo que constituye interés de la medida resulta el objeto mismo sobre el cual recae o deberá recaer el litigio en

⁶⁷ Detalle que significa nuestra ley pues a pesar de no ofrecer concepto de la institución, sí “apellida” la medida, en tanto no se trata de un simple secuestro o desposesión: el legislador marca la alusión concreta a que puede dirigirse la precaución contra uno o varios bienes, pero siempre aquellos que constituyen objeto de litis.

⁶⁸ *Apud.* PODETTI, Ramiro J.; *Op.cit.*, p. 216.

⁶⁹ Al decir de LÁZZARI, hay que distinguir entre éste y el secuestro conservativo: Secuestro de la cosa litigiosa: bienes muebles que son el objeto del juicio, el que versa sobre la propiedad o posesión de los mismos.

Secuestro conservativo: el patrimonio del deudor es la prenda común de sus acreedores. Estos pueden requerir medidas cautelares sobre los bienes que lo componen, por más que la litis no se refiera estrictamente a ellos.

Y concluye “...en el conservativo debe quedar en evidencia que fatalmente se seguirá la frustración del derecho en caso de no disponerse el secuestro. Por el contrario, en la medida relativa a bienes que son objeto del litigio, basta probar la inoperancia del embargo, aún cuando pudiera suplirse ese déficit con otra medida distinta”. *Cfr.* DE LÁZZARI, Eduardo Néstor; *Op. cit.*, pp. 472, 473. HERCE QUEMADA al referirse al secuestro del bien objeto de litigio acota que “... se trata de un residuo del procedimiento romano para preparar la *reivindicatio*. Persigue asegurar la *esencia de la cosa*, mientras que en el secuestro de conservación (...) se atiende a la preservación del valor económico de la cosa” *Vid.* GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, HERCE QUEMADA, Vicente; *Op. cit.*, p. 240.

cuestión. En este caso, se sustraerá del uso y disposición de dicho objeto a la parte afectada, bien que será, generalmente, de naturaleza mueble. Por su parte el secuestro judicial constituye el acto de desposeer a una persona de un bien suyo o de un tercero, pudiendo ser de naturaleza mueble o inmueble⁷⁰.

En síntesis, el secuestro versa sobre cosa determinada a la cual pretende tener derecho quien lo promueve, y se limita a entablar provisionalmente una situación de posesión que pueda ser de interés a los fines del proceso principal.

2.2.3 Depósito temporal de bienes.

El depósito⁷¹ por su semejanza con el secuestro, en tanto ambos persiguen la custodia de bienes, comporta una precaución en cuya virtud determinados bienes que se encuentran en posesión del destinatario de la medida. Son aplicados al régimen de depósito por orden del tribunal en aras de evitar que resulten objeto de una indebida utilización o se encuentren en peligro de resultar deteriorados, ocultados físicamente o transmitidos a terceros. Implica conocer el paradero del bien y la persona que lo posea será su depositario, por lo que ostenta un sello eminentemente conservativo; no arremete contra el patrimonio del demandado y cuando se ignora la ubicación del bien va precedido de una solicitud *ad exhibendum* (acción exhibitoria).

La divergencia estriba en que en el secuestro se desconfía del poseedor del bien y por ello se le entrega a un tercero; mientras en el depósito el bien puede quedar en manos del poseedor o del solicitante de la medida, con la obligación de preservarlo a resultas del proceso.

Asimismo en el secuestro lo que se guarda es la cosa misma en torno a la cual se reclama y, por su parte, en el depósito se protege cualquier bien que haya sido

⁷⁰ *Apud.* PODETTI, Ramiro J.; *Op.cit.*, p. 217.

⁷¹ Distinguible del contrato de depósito que se sustenta en la manifestación de voluntad del depositario para custodiar y devolver un bien, mientras que como medida cautelar supone un mandato judicial de ineludible cumplimiento en el que sí persisten las obligaciones de “conservar la cosa y restituirla” y la responsabilidad por la pérdida y por los deterioros que sufran los bienes mientras estén en su poder. *Cfr.* arts. 423 al 428 del Código Civil cubano. En relación con los preceptos que regulan la responsabilidad del depositario, comenta RAPA ÁLVAREZ que “... no le imponen una diligencia especial en el cumplimiento de sus obligaciones, ni establecen la distinción de casos ni las clasificaciones de la culpa que se admitían en la doctrina tradicional”. RAPA ÁLVAREZ, Vicente; *Manual de Obligaciones y Contratos*, tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 153.

embargado⁷²; por lo que se pudiera identificar el depósito con el secuestro conservativo.

2.2.4 Aseguramiento de medios probatorios.

Los medios probatorios no aparecen como medida cautelar en los ordenamientos revisados. Constituyen una especie de prueba anticipada con el fin de asegurar la efectividad del proceso⁷³. Precisa ARMENTA DEU que: “A diferencia de la prueba anticipada, con este instrumento procesal no se persigue la práctica, sino el aseguramiento de que la prueba de que se trata se podrá practicar en el momento adecuado al efecto. (...) lo que se quiere evitar es la destrucción o alteración de objetos materiales o estados de cosas, situación que puede provocarse tanto por conductas humanas como por acontecimientos naturales”⁷⁴.

Se trata de una medida propensa a asegurar aquellos medios que se juzguen fuente de prueba en un proceso⁷⁵ y se encamina a conservarlas para su ulterior

⁷² Aunque no se pronuncia nuestra Ley sobre la procedencia del secuestro o el depósito cuando el embargo no resultare suficiente, existe consenso en la doctrina al respecto, lo que confirma DE LÁZZARI al aseverar, bajo el análisis del secuestro conservativo o depósito, que “... para la procedencia del secuestro es presupuesto básico la insuficiencia del embargo a los efectos del aseguramiento del derecho invocado por el solicitante”. Vid. DE LÁZZARI, Eduardo Néstor; *Op. Cit.*, p. 479. Por su parte, analiza CORTÉS DOMÍNGUEZ que constituye medida idónea para el aseguramiento de condena a entregar cosas específicas y le relaciona con la prohibición de disponer sobre los bienes. Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *et. al; Op. cit.*, p. 472.

⁷³ Aparece de esta manera en los ordenamientos revisados LEC; Anteproyecto nicaragüense de 2008; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina; Códigos de Procedimiento Civil de Venezuela, Ecuador y Perú; Código Procesal Civil de Costa Rica; y, Código General del Proceso de Uruguay.

⁷⁴ Armenta Deu, Teresa; *Op. cit.*, pp. 190 y 191.

⁷⁵ Al decir de Barona Vilar la diferencia estriba en que “... con el aseguramiento se garantiza la fuente de prueba, pero sin llegar a practicar medio de prueba alguno” y considera que no tienen una estructura cautelar por cuanto “... no se garantiza la efectividad de la sentencia, sino una parte del proceso o algún elemento probatorio que pudiera llegar a convertirse en fundamento justificativo de una u otra decisión”. Vid. Barona Vilar, Silvia; *Op. cit.*, p. 91. No contestes con el criterio de esta autora, entendemos que más allá de garantizar la efectividad de la sentencia, se trata de proporcionar una tutela judicial eficaz y se tornaría en utópico su alcance si carece de fuerza probatoria lo esgrimido por las partes, a ello nos hemos referido cuando preonizamos la relación del tríptico tutela cautelar-seguridad jurídica-justicia. Acude en apoyo nuestro Mantecón Ramos cuando asevera que: “Con la prueba adelantada se produce, ciertamente, una colisión de valores. Una apreciación objetiva de esta institución, un examen desde el punto de vista axiológico, permite confirmar que aquí la técnica procesal privilegia o coloca el valor eficacia por delante de otros valores, como el valor igualdad, por ejemplo, y ello resulta así porque cuando se admite que se violente la temporalidad del litigio, anteponiéndose actos de averiguación a los de alegaciones, se persigue un ideal de eficacia frente al cual cede

utilización en el proceso de amplia cognición al cual sirven. Al decir de CARNELUTTI, se está en presencia de una "...inspección preventiva de una prueba que ha de ser empleada en el proceso mismo"⁷⁶.

En esta medida también deben verificarse los presupuestos de ley, con énfasis en el peligro de la demora, en tanto la espera por la iniciación del proceso o por el momento procesal oportuno de práctica de la prueba, podría ocasionar que a la llegada de la fase probatoria, la prueba que se pretendía anticipar ya no pueda hacerse; por ello matizan su adopción las circunstancias que acrediten su urgencia.

En la legislación procesal cubana se cuenta con la modalidad de los actos preparatorios, en cuya virtud se verifican determinados y específicos medios de prueba de forma previa en los procesos de conocimiento. La medida cautelar de aseguramiento de medios probatorios amplía el espectro de aplicación a todos los medios de prueba y confiere la posibilidad de solicitarla aun después de la iniciación del proceso.⁷⁷

terreno el criterio de igualdad, aún cuando se trate de rodear de garantías las diligencias de prueba adelantadas". Vid. Mantecón Ramos, Ariel; Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil, Ediciones ONBC, Colección De Juris, Ciudad de la Habana, 2010, p. 77. Por otra parte, el desarrollo y decisión del proceso definitivo se encuentra influido esencialmente por las medidas cautelares que aseguran medios probatorios, puesto que la prueba que se ha anticipado se inserta en dicho proceso, junto a las demás que resulten pertinentes, contribuyendo todas de forma decisiva en la resolución de la litis. Es por ello que aún cuando la medida se dicte inaudita altera pars, los que pueden resultar opositores deben ponerse al corriente de la adopción de la misma, teniendo en cuenta que de no realizarse de esta forma se violaría la defensa en juicio de la parte que fuese o resultase contraria, si se realizara la anticipación de la prueba sin su audiencia.

⁷⁶ Carnelutti, Francisco; Op. cit., p. 233.

⁷⁷ Asevera Grillo Longoria que: "Los actos preparatorios son diligencias de pruebas que se llevan a cabo con anterioridad a la iniciación del proceso de conocimiento y sirven para prepararlo". Vid. Grillo Longoria, Rafael; Op. cit., p. 6. La finalidad de estos actos puede ser subjetiva u objetiva, según el medio de prueba de que se trate, así el artículo 216 de la LPCALE establece preceptivamente los actos que podrá solicitar el promovente. Con una finalidad subjetiva los incisos 1 y 4, referidos a la confesión de aquel contra quien se proponga dirigir la demanda y la declaración de testigos de edad avanzada, gravemente enfermos o próximos a ausentarse del país, y con una finalidad objetiva los incisos 2 y 3, referidos a la exhibición de la cosa mueble objeto de la demanda y el reconocimiento judicial o dictamen pericial de las cosas que han de ser objeto del proceso y puedan desaparecer o se encuentren en estado de grave deterioro. El último inciso constituye uno de los "sacos" de la norma, en tanto el legislador ha preferido dejar abierta la posibilidad de que exista otra prueba sin cuya práctica urgente pudiera originarse un perjuicio cierto. Además se resuelve de plano por el Tribunal sobre la procedencia o no de la diligencia solicitada y la ley concede un plazo de veinte días al promovente para que, una vez practicado el acto preparatorio, interponga la demanda, de no hacerlo quedan sin ulterior valor los actos preparatorios. Al decir de Mendoza Díaz "... la colocación de esta medida dentro del catálogo de régimen cautelar puede tener, como propósito, cubrir aquellas diligencias de prueba que no estén recogidas en el artículo 216

Al mismo tiempo, el legislador ha querido reconocer la validez de extender los actos preparatorios a cualquier tipo de proceso mediante su reconocimiento como medio cautelar, pues esta condición le dota de aptitud para cualquier tipo de proceso, incluido el ejecutivo. Asimismo, ambas instituciones procesales presentan como nota característica la instrumentalidad, que se manifiesta en la relación de dependencia que ostentan respecto a un proceso principal.

2.3 La configuración de las medidas cautelares.

Hasta aquí se han abordado los elementos teóricos y normativos, sus antecedentes, incluido elementos de derecho comparado que permiten identificar y caracterizar contextualmente a las medidas; mas se necesita de una visión práctica del régimen cautelar, precisando los elementos que configuran sus presupuestos en el ámbito jurisdiccional.

2.3.1 Análisis de resultados de las encuestas aplicadas y estudio aleatorio de casos.

La constatación del estado actual del comportamiento en la aplicación de las medidas cautelares, su tratamiento por las partes y el órgano jurisdiccional, se produjo a partir del resultado de las encuestas aplicadas a 32 profesionales del derecho; el 81% de ellos poseen entre seis y treinta años de experiencia en el ejercicio de la profesión, de los cuales el 80% son jueces de la casi totalidad de las provincias del país, dedicados a la materia civil y económica o, ambas (el 37,5%).

Del total de encuestados, 25 han intervenido en procesos en los que se han solicitado medidas cautelares (78.12%), de ellos 13 en procesos civiles, (39.39%) y 20 en procesos económicos (60.6%), de ellos el 84% asegura que es en el proceso económico en el que se adoptan principalmente las medidas cautelares, en lo fundamental el embargo de cuentas bancarias.

Sólo el 6.2% de los encuestados pudo referir cuáles son los presupuestos de las medidas cautelares; 20 (62.5%) no supo responder lo atinente al poder

de la Ley de Procedimiento, además de extender la posibilidad a cualquier momento posterior a la iniciación del proceso, pues los mencionados actos, según su nombre indica, se solicitan como diligencias preparatorias antes del ejercicio de la acción". Vid. Mendoza Díaz, Juan; "Un acercamiento al régimen cautelar...", cit., p. 11.

cautelar genérico, ni logran ubicarlo respecto a los sujetos que intervienen en la relación procesal.

El 31% aseguran, con evidente error, que las medidas innominadas aparecen taxativamente comprendidas en el catálogo de medidas cautelares establecidas en la Ley.

Solo 3 encuestados, (el 9.3%), indican que las medidas cautelares se configuran a partir de la jurisprudencia o práctica judicial.

Solo 10 encuestados, (31.25%), pueden ubicar la data del actual régimen cautelar, con la promulgación del Decreto-Ley No. 241 de 26 de septiembre de 2006.

El 81.25% de los encuestados asegura que debe hacerse un mayor uso de las medidas cautelares y el 56.25% que es inadecuado el estado de la temática en nuestro contexto socio jurídico.

A través del análisis del resultado de las encuestas realizadas se evidenció el desconocimiento predominante en la actualidad sobre el régimen cautelar, a pesar de su necesidad, así como la trascendencia que desde el punto de vista normativo representa la promulgación del Decreto-Ley No. 241 de 2006. Esto trae como consecuencia la distorsión de la actuación judicial en relación con este instituto, práctica que se desnaturaliza por no atender a la esencia y fines de las medidas cautelares, a través del desarrollo de una actividad mecánica carente de fundamentos, sin criterios de uniformidad, que permita delinear sus derivaciones y contornos. A todo lo anterior se añade el limitado número de asuntos en los que se interesa la adopción de alguna medida cautelar, que en la generalidad de los casos se concreta al embargo, principalmente en el ámbito económico y residualmente en el civil, impidiendo que a través de los sucesivos pronunciamientos judiciales, no excluidos de esas patologías (en razón de los jueces vinculados), se configuren jurisprudencialmente los presupuestos de las medidas cautelares.

En los intercambios directos realizados en ocasión de la aplicación de las encuestas, se conoció que, desde la vigencia del Decreto Ley No. 241, es despreciable el número de asuntos en que sustancialmente se ha fundamentado la denegación o necesaria adopción de las medidas cautelares, intrascendente a los fines investigativos, sin que se accediera a la información estadística o a las actuaciones (incluido lo referente a la efectividad de las

ejecución de las decisiones judiciales, que no se incluyó como objeto de indagación), por las dificultades de los permisos y la acotación de tiempo de realización de la investigación.

En razón de lo anterior, se arriba a la conclusión de que, es necesario atender a los criterios configuradores acumulados por la jurisprudencia en otros sistemas jurisdiccionales similares al nuestro, de base romano germánico francés, que sienten las pautas y se construya la doctrina jurisdiccional.

2.3.2 Consideraciones sobre la actividad jurisdiccional para la adopción de las medidas cautelares.

La petición de adopción de una medida cautelar debe concebirse como la petición genérica en aras de obtener una garantía de la efectividad del fallo judicial; *petium cautelar*, que guarda relación con el proceso principal, pero no constituye su pretensión por cuanto persiguen objetivos diferentes; con la demanda, la parte persigue obtener un pronunciamiento declarativo de un derecho que satisfaga su pretensión, mientras que a través de la solicitud cautelar lo que se persigue es conseguir el aseguramiento provisional de la efectividad de la declaración de ese derecho, por lo que pudiéramos concluir afirmando que el *petium cautelar* (petición cautelar) aún y cuando puede formar parte de la demanda, no debe identificarse con ella.

La solicitud puede formularse ante la instancia judicial o corte arbitral; como parte de una demanda o durante la sustanciación del proceso.⁷⁸ Sin que nuestra ley procesal indique la posibilidad de solicitar medidas cautelares con posterioridad a la obtención del fallo judicial enfatizando el carácter preventivo de las medidas cautelares, diferenciándolas del embargo en la vía de apremio, tal y como se corrobora con el título del Capítulo X que regula el régimen cautelar “Del Embargo y otras medidas cautelares”.

El Decreto Ley No. 241 no regula expresamente las formalidades para la presentación de la solicitud de medida cautelar más allá de las relacionadas

⁷⁸ Artículo 801.-La medida cautelar podrá solicitarse antes de o al interponer la demanda principal, o en cualquier momento posterior durante el proceso. Cuando la medida cautelar sea solicitada y adoptada antes de la presentación de la demanda principal, la parte actora vendrá obligada a presentar la misma o, en su caso, a acreditar su presentación, dentro de los treinta días siguientes al de su solicitud.

con la acreditación de los presupuestos⁷⁹, no obstante se presume que deberá reunir determinados requisitos formales a la manera de los de la demanda en cuanto a la identificación y representación de las partes, así como a la fijación del *petium cautelar* (petición cautelar); en este sentido vale destacar que, si bien no resulta adecuada una legislación celosa en formalidades al respecto, es necesaria la uniformidad en la actuación de los jueces, como presupuesto de la función jurisdiccional, que resulta diversa en este ámbito frente a la ausencia de regulaciones legales, ante la formulación deficiente de la solicitud cautelar, lo cual constituye una realidad en nuestras salas de justicia.

Es común que al interesar la tutela cautelar no se precise con claridad la medida cautelar interesada o, se realiza de forma abierta en el sentido de utilizar formulaciones como “cualquier otra medida que el Tribunal estime necesaria”, principalmente en los casos en que se formula una petición acumulativa; no se exponen los fundamentos de hecho o circunstancias especiales justificativas de la adopción, ni se acreditan los presupuestos *ex lege* (fuerza de ley), lo cual se acrecienta cuando se presenta la solicitud junto con la demanda en la que en muchas ocasiones se limita a un “otrosí”, como se pudo constatar del estudio aleatorio de casos, en alguno de los cuales, las partes acuden a la vista, convocada para su tramitación, sin que hagan referencia a los presupuestos ni a las circunstancias justificativas de la pretensión cautelar, sino que desacertadamente proceden a valorar elementos del proceso principal, relativos al fondo del asunto. En un número importante de asuntos, por ser el impago una de las causales de los procesos que se tramitan, se alega la demora en el pago como uno de los presupuestos y a veces el único fundamento para que se adopte la medida.

Para que proceda la adopción de las medidas cautelares es necesaria la acreditación de los presupuestos ya referidos, que no precisa de la “prueba” plena de los mismos sino su acreditación. No se trata entonces de un despliegue de medios probatorios en aras de demostrar el cumplimiento de los presupuestos sino de una “acreditación cumplida”, más allá de la mera declaración por parte del solicitante. Claro que para que se realice una acreditación cumplida debe la parte auxiliarse de los medios de prueba

⁷⁹ Ver epígrafe 1.4

previstos en la ley procesal, pero dirigida única y específicamente a los requisitos y no como ocurre en un proceso de conocimiento a cada uno de los hechos alegados por las partes, por lo que su distinción resulta en el orden cuantitativo.

Evidentemente dos aspectos conspiran contra su configuración por vía de la jurisprudencia:

El desconocimiento de este instituto, por las razones expuestas, como se evidenció de las encuestas realizadas a un número importante de jueces del país, abogados y consultores de la provincia de Sancti Spíritus, cuyos resultados aparecen en anexo, antes referido, que sustentan el criterio expuesto en el desarrollo del tema, sobre su marginalidad, doctrinal, normativa y práctica.

El reducido número de casos que se someten al conocimiento de los tribunales, tanto en el ámbito civil, como económico, que impide que los sucesivos pronunciamientos judiciales posibiliten la configuración jurisprudencial, de los presupuestos de las medidas cautelares, es despreciable el número de asuntos en que sustancialmente se fundamenta la denegación o, necesaria adopción de las medidas cautelares, desde la vigencia del Decreto Ley No. 241.

En razón de lo anterior habrá que atender a los criterios configuradores acumulados por la jurisprudencia en otros sistemas jurisdiccionales similares al nuestro, de base romano germánico francés, que sienten las pautas de la doctrina jurisdiccional, en el sentido siguiente:

➤ El *fumus boni iuris* (apariencia de derecho o de buen derecho), se ha venido configurando a partir de dos elementos, la situación jurídica cautelable y su acreditación, vinculada a la pretensión del proceso principal pues, en dependencia de ella, de la situación jurídica a que se refiera, corresponderá la medida concreta que la misma exija y, por tanto, será el objeto de ella, cuya determinación conforme al derecho positivo, se produce a través de diversos modos, así hallamos definiciones jurídico materiales tales como deudas en metálico o en especie, obligación de hacer o no hacer o de entregar cosas determinadas o específicas o, en otros casos, mediante la referencia a la pretensión ejercitada en el proceso principal y a la situación jurídica material en que la pretensión se funda, tal cual es el supuesto de la acción real que tenga

por objeto la cosa mueble, reclamar el pago de una deuda, demandar en juicio la propiedad, etc., pero podía también obviarse una mención similar.

Su esencia en definitiva lo es la protección de un derecho con la necesaria concurrencia de los presupuestos de peligro de lesión o frustración, en razón de la demora del

➤ El peligro en la demora o *periculum in mora* se configura por los riesgos que atenten contra la efectividad de la sentencia recaída en el proceso principal dado el necesario discurrir del tiempo en la actuación del proceso para la actuación del derecho, que se ha distinguido del modo siguiente:.

“*periculum in mora relevant*“(peligro en la demora relevante), en relación con la inefectividad por insatisfacción de la sentencia que se produce no se recibe lo concedido por el fallo, o se recibe tarde, derivando en el doble concepto que aduce Calamandrei peligro de infructuosidad y peligro de retraso

Se traducen en el riesgo que afectan en términos absolutos la posibilidad práctica de ejecución de la sentencia, como lo es el riesgo de la insolvencia del demandado, dando al traste con la ejecución genérica ya sea por referirse a una prestación pecuniaria o resulte de la imposibilidad de una ejecución específica riesgos que amenazan la posibilidad práctica de una ejecución específica, como cuando no es habida la cosa mueble provocando una ejecución genérica, o el supuesto en que la ejecución específica quede amenazada su plena utilidad como lo es el caso de la condena a la entrega del monte en que se han devastado los árboles, o el riesgo en que se amenaza la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia, como resulta de un pronunciamiento jurisdiccional declarativo que deviene inútil al variar al variar la situación de facto en que se sustentó, producida en el lapso de tiempo de duración del proceso , también cabe enunciar los riesgos que amenazan la inefectividad de la ejecución que se concreta en la situación irreversible en que se encuentra el actor al momento de la ejecución de la sentencia que estimó su pretensión, como acontece de tratarse de la venta de mercancías ya realizada o la difusión de información adversa que no puede restablecer la sentencia.

El peligro de infructuosidad comprende el supuesto de no acatamiento por el demandado del contenido de la sentencia, generando la inefectividad total o parcial de la condena, incluyendo la inefectividad parcial por falta de identidad

entre lo que la sentencia otorga y lo que en realidad se recibe al considerar en definitiva el *periculum* (peligro) como un perjuicio inminente e irreparable, que pasa por la ineffectividad, aún cuando lo sea bajo el prisma del resarcimiento del daño.

Cuando de contrarrestar el peligro de infructuosidad se trata, resulta adecuada la medida cautelar de simple aseguramiento, pero cuando se tratare del peligro en el retraso, la protección de la efectividad de la sentencia se corresponderá con medidas provisionalmente satisfactivas para el cumplimiento de sus fines en tales casos.

Son diversas las formas en que se nos muestra el "*periculum in mora*" unas veces no se expresa en la norma sino que forma parte de las *ratio iuris* de la misma, tal es el caso de la anotación preventiva de la demanda y que regula el art. 42.1 y 43.1 de la Ley Hipotecaria, en otros casos aparece expresamente en la norma que establece la medida cautelar u otras circunstancias, o sea, que son tipificadas por el legislador, pudiendo citarse como ejemplo a los fines ilustrativos, las regulaciones del art. 1400.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y un tercer grupo, como el supuesto referido en el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se deja en manos del juez la configuración del presupuesto de marras, su clase o tipo, y en las circunstancias que ponen de manifiesto su existencia y finalmente, una tercera variante en lo que no se precisa en la norma son las circunstancias reveladoras del peligro específico, encomendándosele de igual forma al juez su valoración, a fin de determinar si son reveladoras del peligro que se precisa pudiendo ejemplificarse esta manifestación a partir de los declarados del último inciso del art. 1.400.2 de la Ley Hipotecaria ya invocada.

➤ La prestación de fianza a fin de responder de los posibles daños y perjuicios que puedan irrogarse al demandado, constituye pues "... una garantía patrimonial concreta y específica del sujeto pasivo de la medida cautelar a la indemnización de los daños y perjuicios causados por una medida cautelar a la indemnización de los daños y perjuicios causados por una medida cautelar ilícita"

La fianza en este ámbito se aparta del sentido estricto de la institución sustantiva, equivale respecto a las medidas cautelares, caución o garantía en las modalidades siguientes: depósito de dinero, garantía pignoratícia e

hipotecaria y el aval bancario, incluyendo el reintegro de las costas específicas por él producidas.

En ocasiones el presupuesto de la prestación de fianza por el solicitante, lo es de la concesión de la medida cautelar o lo es de su ejecución, ello variará según el régimen de cada medida cautelar y ella puede cumplirse a voluntad del solicitante, a diferencia de los restantes presupuestos ya tratados y no es un presupuesto sustitutivo de la situación jurídica cautelable y su acreditación, ni del peligro en la demora

En unos casos la exigibilidad de la fianza es preceptiva y en nuestro sistema es discrecional, respecto a esta última, caso de no exigirse, debe entenderse que la responsabilidad se extiende al juez y al estado.

En caso de corresponder al aseguramiento de obligaciones de pago, deberá presentarse, además, prueba documental de la que pueda inferirse la existencia cierta y actual de la deuda.

No obstante, para su decisión, en todos los casos, el tribunal deberá valorar, en cualquier caso, los eventuales perjuicios que ello pueda suponer para el demandado, o terceros, así como la conducta previa de las partes.

El Decreto Ley 241 propugna como principio la adopción de las medidas cautelares *audita altera pars*, previo traslado a la otra parte y celebración de vista, estableciendo como excepción la adopción directa “cuando concurren razones de urgencia u otra que así lo justifique”, lo cual constituye sin dudas un acierto, pues mediante la adopción de las medidas cautelares se invade el patrimonio o se modifica la situación jurídica de quien en muchas ocasiones no es parte en un proceso, y sin que exista un pronunciamiento judicial definitivo al respecto, por lo que resulta imprescindible escucharlo sin que ello suponga atentar contra la celeridad y brevedad del procedimiento cautelar.

La complejidad de las relaciones comerciales entre los sujetos económicos comporta disímiles elementos fácticos que en muchas ocasiones no son expuestos con claridad por la parte solicitante, quien en aras de obtener la tutela cautelar anticipada y así ver resguardada su situación más que garantizar la efectividad del fallo que en su día se dicte, prefiere ignorar, realizando en ocasiones interpretaciones equívocas u ofreciendo una visión parcial de la realidad, lo cual se acrecienta cuando se solicita la adopción directa, por lo que en todo caso la premisa que ofrece el traslado a la

contraparte y la celebración de la vista resulta una garantía evitando la desigualdad de las partes y el posible estado de indefensión de quien está llamado a soportar la ejecución de la medida cautelar.

De total relevancia resulta en nuestra Ley procesal el tratamiento que se le da la vista para la adopción de medida cautelar, resultando preceptiva su celebración siempre que se solicite la adopción de una cautela, sin importar la forma en que se requiera, pues ni aún ante una solicitud de adopción directa se puede prescindir de su celebración, ni se condiciona la misma al cumplimiento del trámite de traslado dispuesto de oficio por el Tribunal. Debe tenerse en cuenta que este es el momento en el que comparecen⁸⁰ ambas partes y pueden escucharse a la vez, resultando plena la inmediación en aras de esclarecer los elementos que gravitan sobre la adopción de la medida cautelar, lo cual contribuye a la eficacia de la tutela cautelar y con ello a la seguridad jurídica de las partes.

Otro aspecto de interés es la diferenciación de la citada vista con la audiencia preliminar y la comparecencia regulada en el proceso económico. Empleándose el vocablo “vista” sin más calificación reafirma la intención del legislador de distinguirla de las anteriores pues denominaciones como “vista o audiencia previa” se le confieren en otras otras legislaciones. Mientras que en la audiencia preliminar se debaten cuestiones previas propias de una fase saneadora del proceso y en la comparecencia se debaten cuestiones propias del fondo del asunto, en la vista como se expuso con anterioridad se debaten cuestiones propias de la adopción de la medida cautelar solicitada ya sea la justificación de las circunstancias o presupuestos justificativos de su adopción, pudiera ser la postulación de la parte solicitante, la propiedad de los bienes en la persona sobre la cual recaerá la medida para los casos en que se requiera o cualquier otro dato de interés sin que nada tenga que ver directamente con el proceso principal.

Una vez contando el tribunal los elementos necesarios para realizar una valoración, se adoptará o denegará la medida cautelar, mediante Auto que no

⁸⁰ Se emplea el término comparecen a los efectos de la asistencia de las partes y no a la celebración de la Comparecencia prevista en el Capítulo VII del Decreto Ley No. 241 para el Proceso Económico.

adquiere el carácter de definitivo, y deberá contener los fundamentos de derecho necesarios que amparen la decisión judicial y que se apliquen al caso en particular, pues no resulta procedente rechazar la existencia de algún presupuesto cautelar sin expresar las razones por las que se ha llegado a tal conclusión, lo cual conspiraría contra el derecho a de impugnación que ostentan las partes.

Otra cuestión, es si el Auto que disponga o deniegue la adopción de medida cautelar debe contener un pronunciamiento relativo a las costas procesales. Al respecto ORTIZ PRADILLO afirma “La autonomía procedimental de las medidas cautelares da lugar a que la tramitación cautelar pueda devengar sus propias costas las que merecen una pronunciamiento especial e independiente respecto de la condena en costas que recaiga en la sentencia del proceso principal”⁸¹ siguiendo esta línea de pensamiento pues nada obsta a que el juez actuante realice un pronunciamiento declarativo en este sentido, pero ello es propio de la tramitación de un Proceso y así se preceptúa en el artículo 198 de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo Laboral y Económico en el que se conceptualizan como “los gastos necesarios en que las partes deben incurrir durante el proceso, directa e inmediatamente dirigidos a hacer posible la sustanciación el mismo de acuerdo con los trámites que la ley en cada caso autoriza.” Por lo que se encuentran indisolublemente ligadas a la tramitación de un proceso por lo que no consideramos procedente un pronunciamiento del Tribunal en este sentido una vez sentado que la tutela cautelar se enmarca en un procedimiento.

Los medios de impugnación previstos de forma general para el proceso económico resultan de aplicación al procedimiento cautelar sin que se estipule ninguna excepción al respecto por lo que contra el Auto que disponga o deniegue la adopción de medida cautelar, al ser una resolución no definitiva, procederá el Recurso de Súplica previsto en el artículo 791 del Decreto Ley número 241, el cual como su carácter lo indica suspenderá la tramitación tanto del proceso principal como del procedimiento cautelar hasta su resolución. Preceptúa la ley procesal como principio que la subsistencia de las medidas

⁸¹ Vid. Ortiz Pradillo, Juan Carlos; Las medidas cautelares en los procesos mercantiles T 4 Colección Proceso y Garantías Constitucionales, Madrid 2006 p. 227

cautelares será hasta la terminación del proceso principal⁸², posteriormente postula que en caso de dictarse resolución estimatoria de la pretensión objeto de aseguramiento se mantendrá hasta la ejecución de lo dispuesto. Por supuesto si se tratare de una sentencia desestimatoria de la pretensión se procederá a levantar la medida cautelar. En uno u otro caso se amerita un pronunciamiento en la sentencia que no se realiza en nuestra práctica judicial lo cual provoca cierto estado de indefinición a las partes al no saber si se mantiene la protección tutelar.

Aspecto interesante a tener en cuenta es la coexistencia de la medida cautelar en fase de ejecución con el embargo de bienes propio de la vía de apremio pues cuando la cautela sea el embargo preventivo de bienes encontrará continuidad en la fase de ejecución pero si se tratare de otra medida habría que entrar a analizar si no se afecta la necesaria proporcionalidad con respecto al fallo judicial.

⁸² Artículo 806.-La medida cautelar, una vez dispuesta, podrá ser sustituida, modificada o revocada, a instancia de cualquiera de las partes, cuando hayan variado o cesado las circunstancias que determinaron su adopción, con sujeción al procedimiento a que se contrae el artículo anterior. En su defecto, la medida cautelar se mantendrá hasta la terminación del proceso principal. En caso de dictarse resolución judicial estimatoria de la pretensión objeto de aseguramiento, y ser requerida su ejecución, la medida cautelar se mantendrá como parte del proceso ejecutivo a que dé lugar.

Conclusiones

- Las medidas cautelares carecen de un tratamiento doctrinal autóctono, por lo que no se cuentan con profundos exámenes al respecto. Ello deviene en causa de su marginalidad y se traduce en su escasa utilización, distorsión de su entidad y naturaleza, que pasa por el desconocimiento de sus elementos esenciales y configuradores.
- La doctrina reconoce tres presupuestos imprescindibles para adoptar medidas cautelares, el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la fianza. Para que proceda la adopción de las referidas medidas es necesario la acreditación de dichos presupuestos más que su mera declaración, lo cual se realiza mediante la utilización de medios de prueba ex lege (fuerza de ley) previstos.
- El diseño de los presupuestos y de las características de las medidas cautelares, especialmente la instrumentalidad, permiten distinguirlas de otros institutos afines, tanto procesales como jurídico-privado de los derechos.
- En el ámbito constitucional cubano no se consagra el derecho a obtener una tutela judicial efectiva, comprendida la cautelar una de sus manifestaciones como derecho fundamental. No obstante, se precisa que el texto constitucional no solamente se limite a la mera declaración del derecho invocado, sino también a su eficacia como componente de la seguridad jurídica y la justicia.
- El acierto que representó la apertura en nuestra ley procesal del catálogo de medidas cautelares todavía no ha tenido su impacto en la práctica judicial, pues de forma mayoritaria se solicita el embargo preventivo de bienes respecto a las restantes medidas plasmadas en el Decreto-Ley No. 241.
- El reducido número de asuntos que se someten al conocimiento de los tribunales en los que se interesa la adopción de medidas cautelares, tanto en el ámbito civil como económico, impide que los sucesivos pronunciamientos judiciales posibiliten la configuración jurisprudencial de los presupuestos de las mismas y obliga a atender a los criterios asumidos por la jurisprudencia en otros sistemas jurisdiccionales similares al nuestro,

de base romano germánico francés, que sienten las pautas de la doctrina jurisdiccional.

- Los elementos que configuran los presupuestos de las medidas cautelares son: la situación jurídica cautelable y su acreditación; los riesgos que atentan contra la efectividad de la sentencia recaída en el proceso principal y la acreditación de la fianza prestada por el solicitante de la medida cautelar.

Recomendaciones

- Reflexionar en espacios donde se cuente con la presencia de legisladores y juristas, sobre la imperiosa necesidad de dotar a la ley de un régimen cautelar general, armonizador de los mejores criterios derivados de las elaboraciones doctrinales y de la práctica judicial, donde se precise un procedimiento contentivo de formalidades y plazos.
- Someter a consideración de juristas del ámbito judicial los resultados de la presente investigación, en función de lograr una sistematización en el estudio del comportamiento de las medidas cautelares, procurando la uniformidad, como presupuesto de la efectividad de la función jurisdiccional.
- Motivar el desarrollo de investigaciones por los operadores jurídicos sobre aspectos puntuales de la tutela cautelar que permitan profundizar en la importancia de su utilización.
- Profundizar el estudio de las medidas cautelares en la enseñanza de pregrado atendiendo a la importancia que revisten las mismas.

Bibliografía

Fuentes doctrinales

1. AFONSO BORGES, Marcos; A produção antecipada de prova no processo civil brasileiro. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. III, Estudio de Belaunde & Monroy abogados, Lima, abril 1999, pp. 51 – 56.
2. ALCALÁ – ZAMORA y CASTILLO, Niceto; Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945 – 1972), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1992.
3. Barona Vilar, Silvia Las medidas cautelares. Introducción. s.l. sf 16p
4. BERIZONCE, Roberto Omar; La prestación de alimentos provisorios en el Código de Vélez y la moderna doctrina de la tutela anticipatoria. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. VI, Estudio Monroy abogados, Lima, mayo 2003, pp. 27 – 40.
5. _____; Las grandes líneas tendenciales del proceso civil. En: Tendencias actuales del Derecho, Voros S.A, la Plata, 2006, pp. 289 – 302.
6. _____; Líneas tendenciales en la reforma procesal civil en Iberoamérica. En: Problemas actuales del proceso iberoamericano, ponencias y comunicaciones, volumen I, Centro de ediciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA), 2006, pp. 335 – 341.
7. BORGES, Flavio Bounaduce; Tutelas cautelares e tutelas antecipatórias. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. VI, Estudio Monroy abogados, Lima, mayo 2003, pp. 41 – 56.
8. CABANELLAS, Guillermo; Diccionario de Derecho usual, tomo II, 6ª edición, OMEBA, Buenos Aires, 1968.
9. CALAMANDREI, Piero; Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.
10. CALDERÓN CUADRADO, María Pía; Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil, 1ª edición, Civitas S.A., Madrid, 1992.
11. _____; Un intento de aproximación a la tutela cautelar civil española. Cuatro temas controvertidos. En: Revista Peruana de

Derecho Procesal No. IV, Estudio Monroy abogados, Lima, diciembre 2001, pp. 43 – 58.

12. Carnelutti, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Argentina, UTHEA Argentina, s.f 2t; 598p.

13. Casasús, Juan J. Ley de Enjuiciamiento Civil. Jurisdicción Contenciosa y Disposiciones Generales. La Habana, Editorial Cultural S:A 1937. 2t; 967

14. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, et. al.; Derecho Procesal, tomo I, volumen II, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.

15. Chiovenda, José. Principios de Derecho Procesal Civil. T.1. Madrid, Instituto Editorial REUS, (1922) 731p.

16. FERREIRA DA SILVA, Carlos Manuel; Tutela provisoria no processo civil. En: Problemas actuales del proceso iberoamericano, ponencias y comunicaciones, volumen I, Centro de ediciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA), 2006, pp. _____

17. GOLDSCHMIDT, James; Derecho Procesal Civil, traducción de la 2ª edición alemana por Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1936.

18. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, y Herce Quemada, Vicente; Derecho Procesal Civil, volumen Segundo, 8ª edición, Artes Gráficas y Ediciones, S.A, Madrid, 1979.

19. GRILLO LONGORIA, Rafael; Derecho Procesal Civil II, Proceso de Conocimiento y Proceso de Ejecución, 2ª reimpresión, Félix Varela, La Habana, 2004.

20. GUASP, Jaime; Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

21. JIMÉNEZ VIVAS, Javier; Las medidas cautelares innovativas y de innovar en el ordenamiento legal peruano. Con una aproximación a la legislación comparada. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. VIII, Palestra Editores S.A.C., Lima, septiembre 2005, pp. 151 – 182.

22. JUNCO Y ANDRÉ, Alberto del; Derecho Procesal Civil, segundo curso, tomo I, 2ª edición, Imp. Ucar, García y Cía, La Habana, 1949.

23. JÚNIOR, Humberto Teodoro; Responsabilidade civil objetiva derivada de execução de medidas cautelares ou medidas de antecipação de tutela. En:

Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año I, No. 1, Imprenta Lux S.A., Buenos Aires, 2002, pp. 51 – 74.

24. KISCH, W; Elementos de Derecho Procesal Civil, traducción de la 4ª edición alemana y adiciones de Derecho español por Leonardo Prieto Castro, volumen IV, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940.

25. LÁZZARI, Eduardo Néstor de; Medidas Cautelares, 2ª edición, tomo I, Librería Editora Platense, La Plata, 1995.

26. _____; Qué características debe contener un sistema procesal civil para ser compatible con el derecho al debido proceso. En: Tendencias actuales del Derecho, Voros S.A., La Plata, 2006, pp. 303 – 332.

27. MARINONI, Luiz Guilherme; Tutela anticipatoria. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. IV, Estudio Monroy abogados, Lima, diciembre 2001, pp. 135 – 142.

28. MENDOZA DÍAZ, Juan; Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano. En: Boletín ONBC No.29, Ediciones ONBC, La Habana, octubre - diciembre 2007, pp. 2 – 14.

29. MONROY GÁLVEZ, Juan, y MONROY PALACIOS, Juan José; Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. IV, Estudio Monroy abogados, Lima, diciembre 2001, pp. 157 – 175.

30. MONROY PALACIOS, Juan José; Criterios para la identificación de las distintas formas de tutela procesal. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. V, Estudio Monroy abogados, Lima, junio 2002, pp. 223 – 242.

31. MONTERO AROCA, Juan, et. al; Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

32. _____; Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil, 14ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

33. ORTELLS RAMOS, Manuel; Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil. En: Actualidad Civil No. 42, La Ley – Actualidad, S.A., semana 11 al 17 de noviembre de 1996, pp. 925- 936.

34. Ortiz Pradillo, Juan Carlos; Las medidas cautelares en los procesos mercantiles T 4 Colección Proceso y Garantías Constitucionales, Madrid 2006

35. _____; La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. En: Separata No.

44. Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, pp. 593 – 689.
36. _____; Derecho Procesal Civil, 4ª edición, Aranzadi, Navarra, 2003.
37. PEYRANO, Jorge Walter; Informe sobre las acciones preventivas. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año I, No. 1, Imprenta Lux S.A., Buenos Aires, 2002, pp. 217 – 230.
38. PLAZA, Manuel de la; Derecho Procesal Civil español, volumen II, primera parte, 3ª edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
39. PROTO PISANI, Andrea; Chiovenda y la tutela cautelar. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. VI, traducción de Juan José Monroy Palacios, Estudio Monroy abogados, Lima, mayo 2003, pp. 407 – 424.
40. RAPA ÁLVAREZ, Vicente; *Manual de Obligaciones y Contratos*, tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 153
41. ROMBERG, Arístides Rengel; Medidas cautelares innominadas. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. IX, Palestra Editores S.A.C., Lima, febrero 2006, pp. 485 – 520.
42. ROSENBERG, Leo; Tratado De Derecho Procesal Civil, tomo III, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1955.
43. SANTOS, Mabel A. de los; Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. III, Estudio de Belaunde & Monroy abogados, Lima, abril 1999, Lima, pp. 69 – 78.
44. _____; Conveniencia y necesidad de legislar sobre las Tutelas de urgencia. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. IV, Estudio Monroy abogados, Lima, diciembre 2001, pp. 73 – 86.
45. SCHÖNKE, Adolfo; Derecho Procesal Civil, traducción española de la 5ª edición alemana, Bosch, Barcelona, 1950.
46. SOTO GUERRERO, Salvador; Tutelas judiciales provisionales en el proceso civil. En: Problemas actuales del proceso iberoamericano, ponencias y comunicaciones, volumen I, Centro de ediciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA), 2006, pp. 187 – 234.
47. TARZIA, Giuseppe; La tutela cautelar. En: Revista Peruana de Derecho Procesal No. IV, traducción de Juan Monroy Gálvez y Juan Monroy Palacios, Estudio Monroy abogados, Lima, diciembre 2001, pp. 285 – 294.

Fuentes legales

1. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley N° 7/1977 de 19 de agosto, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria, N° 34, de 20 de agosto de 1977.
2. Enjuiciamiento Civil, Ley y disposiciones complementarias, 2ª edición concordada y anotada por MONTERO AROCA, Juan, y CALDERÓN CUADRADO, María Pía, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
3. Decreto - Ley N° 241/2006, de 26 de septiembre, contenido en Gaceta Oficial de la República de Cuba, N° 33, Extraordinaria, de 27 de septiembre del 2006.
4. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica
5. Código Civil Ley No.59, La Habana 1987
6. Instrucciones No. 185, 187 ,191
7. Constitución de la República de Cuba
8. Constitución Española. Madrid, Senado (1978).

Anexos

Anexo1: Encuesta

Total de encuestados: 32

Perfil Ocupacional: Juez 24 Abogado ONBC 6

Consultor 2

Asesor Judicial _____ Años de experiencia

	Hasta 5 años #	de 6 a 10 #	de 11 a 20 años #	21 a 25 #	más de 30 años#
Jueces	3	9	7	3	2
Abogados	3		2		1
Consultores				2	
Total	6	9	9	5	3

1- Intervención en procesos :

2- Civiles 16 Económicos 28

3- Intervención en procesos en los que se ha interesado la adopción de

Medidas Cautelares : SI 25 NO 4

a)- Tipo de proceso: Civil 13 Económico: 20

b)- En cuál con más frecuencia: Civil 8 Económico: 21

3- Fundamentos de la solicitud:

a)- Desaparición del Patrimonio del deudor _____

b)- Excesiva demora del Proceso con sus consecuentes efectos perniciosos _____

c)- Fundamentos del Riesgo _____ con escasas palabras, incluida la expresión "indeterminado"

d)- Otros: Investigación de hechos decisivos para la decisión final del litigio

4- Tipo o Tipos de Medidas Cautelares interesadas con mayor frecuencia:

a)- Civil

b)- Económicos: Embargo de bienes, (cuentas bancarias)

5- Frecuentemente se adoptan las Medidas Cautelares interesadas

SI 18 (66%) NO _____

6- Fundamentos frecuentes de la denegación _____ con escasas palabras; incluida la expresión diversas, imprecisas, ambiguas, cliché, etc.

Solicitudes ambiguas, Imprecisas. 15

No se justifica su necesidad: 7

No se acredita la deuda: 3

No se acreditan los presupuestos: 2

No opinaron: 5

7-_____ ¿Cuáles son los presupuestos de las Medidas Cautelares?

Menciónelos: (todos o algunos):

2 refieren los presupuestos

4 hacen alusión a uno de ellos o los mencionan impropriamente

26 Refieren:

- Embargo Preventivo.
- Riesgo.
- Aseguramiento de bienes del deudor.
- Aseguramiento de la ejecución de la sentencia
- Aseguramiento del objeto pretendido.
- Actos o hechos que constituyen delito.
- Protección o preservación
- Aseguramiento del cumplimiento de la obligación.
- Secuestro de los bienes del litigio.
- Aseguramiento de bienes probatorios

8- _____ Nuestra Ley procesal en lo concerniente al régimen Cautelar Tutela el denominado poder Cautelar genérico: SI 12 NO 15 NO SÉ 5

a)- Del órgano jurisdiccional 8; de las partes 12; Ambas 7

9- El régimen cautelar contenido en nuestra ley procesal comprende las medidas cautelares Innominada: SI 18 NO 9 NO SÉ 6

10- Las Medidas Cautelares innominadas están taxativamente comprendidas en el catálogo de Medidas Cautelares establecidas en la Ley Procesal:

a)- SI 10 NO 22

b)- ¿Cuáles?

11- Cómo se dotan de contenido las Medidas Cautelares que la Ley Procesal relaciona (Configuración)

- a)- Por la propia Ley 17
- b)- Por la doctrina 4
- c)- Por la jurisprudencia (Práctica Judicial) 3
- d)- Por la Ley y la doctrina 8

12- las Medidas Cautelares están dirigidas

- a) 11 Asegurar la ejecución de la sentencia
- b) 15 Asegurar la efectividad de la sentencia

13- En nuestra realidad Socio jurídica:

- a) Debe hacerse un mayor uso de las Medidas Cautelares; SI 26
NO 6
- b) Actualmente adecuados: SI 14 NO 18

14- La existencia del régimen cautelar con su configuración actual en el Sistema procesal data de:

11 La Ley de Enjuiciamiento Civil española.

4 La LPCA de 1973

6 La Ley LPCAL 1977

10 A partir de la vigencia de otra disposición normativa

En caso afirmativo, cuál? Decreto Ley No 241 de 26 de septiembre de 2006

Anexo 2

LICENCIADA CARIDAD M. FERNANDEZ GONZALEZ, SECRETARIA DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR.-----

CERTIFICO: que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en sesión ordinaria celebrada el día veinte de diciembre del año dos mil siete, aprobó la Instrucción que es del tenor siguiente:-----

POR CUANTO: Las disposiciones contenidas en el Código de Familia puesto en vigor el 14 de febrero de 1975, han contribuido notablemente a los avances logrados en el ámbito educativo y cultural de la población cubana; no obstante, determinados preceptos contenidos en dicho cuerpo legal han requerido y requieren de reformulación, para atemperarse a los cambios propiciados por el desarrollo alcanzado en nuestra sociedad; razón por la que se viene trabajando

desde hace tiempo en la estructuración de nuevo Proyecto de legislación sustantiva de la naturaleza apuntada.-----

POR CUANTO: La materialización de ese propósito hace aconsejable la implementación, en forma experimental, de algunas modificaciones en determinados aspectos de la práctica judicial en los procesos vinculados al Derecho de Familia que, sin contravenir las normas vigentes, permitan comprobar y validar anticipadamente aspectos novedosos que pudieran incorporarse al ordenamiento procesal en vigor, y que por razones obvias se pondrán en práctica en un primer momento solo en aquellos tribunales que resulten designados al efecto.--

POR CUANTO: Resulta necesario establecer, en correspondencia con lo postulado en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño de la que Cuba es signataria, que cuando las circunstancias lo permitan, el niño o niña concernido sea oído por el tribunal que conoce del asunto, en aquellos litigios en que se discuta lo relativo a su guarda y custodia.-----

POR CUANTO: La complejidad y características especiales de los asuntos en materia de familia y la experiencia alcanzada al respecto por algunos países, evidencian la conveniencia de que, en los asuntos que se requiera, nuestros tribunales puedan recabar el parecer de un equipo técnico asesor multidisciplinario, que posibilite el acceso de los jueces a criterios profesionales especializados en esta materia, que los provea de mayores y mejores elementos para sus decisiones, en aras de satisfacer hondos intereses humanos, afectivos y sociales de las personas involucradas en el proceso.-----

POR CUANTO: El incremento de la calidad en el tratamiento judicial de las cuestiones comprendidas en el Derecho de Familia requiere que los litigios en los Tribunales Populares sean ventilados por jueces con conocimientos especializados en dicha materia, y consecuentemente capaces de utilizar al máximo las herramientas autorizadas en la vigente legislación procesal; presupuesto que está en correspondencia con las proyecciones estratégicas de

nuestros órganos, de lograr la prestación más eficiente de los servicios de la administración de justicia en nuestra sociedad.-----

POR TANTO: En uso de las facultades que le están conferidas a tenor de lo preceptuado en el artículo 19, apartado 1, inciso h) de la Ley No. 82, Ley de los Tribunales Populares de once de julio del 1997, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, aprueba la siguiente:

INSTRUCCION No. 187

PRIMERO: En los procesos vinculados al Derecho de Familia, en especial cuando se traten cuestiones relacionadas con menores, los tribunales convocarán a los interesados a una comparecencia, agotando las posibilidades que ofrece el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, la que en el caso de los que se ventilen por los trámites del procedimiento sumario la efectuarían, de no haberse personado la parte demandada, antes de dictarse la resolución en que se disponga la práctica de pruebas o se prescinda de ello, conforme a la previsión del artículo 364 de la citada Ley de Trámites. En el supuesto de haberse personado la referida parte y se opusiere a la demanda se realizará, en la oportunidad en que se le tenga por evacuado dicho trámite, y siempre antes de disponer la práctica de las pruebas que se hubieren propuesto por uno o ambos contendientes, garantizándose por parte del tribunal el principio de celeridad que debe observarse en la tramitación de los procesos.-----

En el procedimiento ordinario la celebración de la expresada comparecencia será una vez agotada la fase de alegaciones.-----

SEGUNDO: En los procesos en que se litigue sobre guarda, cuidado y régimen de comunicación de menores, siempre que sea racionalmente aconsejable, el Tribunal deberá oír en el debate, por vía de exploración, al menor involucrado que cuente con más de siete años de edad, dirigiéndole preguntas, cuidando que en modo alguno lo coloquen en situación de ofrecer respuesta que implique el repudio a alguno de sus padres, y adoptando las medidas de control necesarias para que dicho acto se desarrolle en ambiente propicio y con

absoluta privacidad, utilizando preferentemente como sede la Casa de Orientación a la Mujer y la Familia de la Federación de Mujeres Cubanas del territorio u otro lugar con condiciones apropiadas para el acto que se realiza.----

TERCERO: En los procesos de la naturaleza a que se refiere el apartado anterior, cuando resulte racionalmente conveniente, podrá el tribunal interesar la intervención en calidad de terceros de los abuelos del menor y oír el parecer del Fiscal al respecto.-----

CUARTO: Para obtener elementos que tributen a las cuestiones antes referidas, el tribunal actuante recabará información del Equipo técnico asesor multidisciplinario coordinado por la Federación de Mujeres Cubanas en el territorio en que se desarrolla la litis; asimismo lo interesará en aquellos procesos de la Jurisdicción Voluntaria y que ulteriormente se remitan a la de la Contenciosa.- En su caso el dictamen emitido por dicho equipo se ajusta a lo expresamente preceptuado en los artículos 314 y 315 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.-----

QUINTO: En presencia de la expresa situación a que se contrae el artículo 40 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, el Tribunal adoptará las medidas necesarias para restablecer la equidad procesal, incluyendo las de tipo cautelar.-----

SEXTO: En la tramitación de los procesos Sumarios en los casos de Alimentos, cuando se advierta demora en la obtención de la certificación acreditativa del nacimiento de los destinatarios de ese derecho, puede el tribunal estimar acreditado ese extremo teniendo a la vista los datos obrantes en la Tarjeta del Menor, o en su caso el Carné de Identidad, cuya exhibición debe exigirse a la demandante en el proceso al formular su pretensión, de lo cual se dejará constancia en las actuaciones.-----

En los supuestos en que se aduzca por la promovente que el demandado carece de vínculo laboral, ello no obsta a que se convoque a las partes a la comparecencia que dispone el artículo 370 de la Ley de Procedimiento Civil,

Administrativo, Laboral y Económico, en cuya oportunidad podrá inquirirse acerca de sus ingresos económicos, y de no lograrse, posibilita realizar por el Tribunal las actuaciones oficiosas que racionalmente estime oportunas al respecto.-----

En lo que concierne a la fijación de pensión provisional para el menor alimentista, se reitera lo previsto en el Acuerdo No. 28 de 5 de febrero de 1985 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en el sentido de que se precisa su aplicación en todos los casos.-----

SEPTIMO: Cuando resulte necesario el tribunal podrá para mejor proveer, considerar, la posibilidad del examen en calidad de testigos de representantes de las organizaciones de masas del territorio, de maestros vinculados a la educación del menor y de oficiales de menores, así como la de disponer el examen de los expedientes conformados por otros organismos o instituciones en relación con el asunto objeto del debate.-----

OCTAVO: El tribunal actuante adoptará las medidas necesarias con el objetivo de alcanzar la efectiva ejecución de las resoluciones que se dicten resolviendo conflictos sobre Guarda, Cuidado, Régimen de Comunicación y Fijación de Pensión, incluido en ello las del Auto sobre medidas provisionales que se acuerde en los procesos de Divorcio por Justa Causa.- Para la consecuente efectividad de dicho actuar, en aquellos casos en que quien sea sujeto a dicha ejecución esté constituido y declarado en rebeldía en el proceso se le notifica el referido Auto, cuya diligencia ha de practicarse en el domicilio que le aparece consignado en las actuaciones.-----

NOVENO: Se designan con carácter experimental para ajustar su funcionamiento en concordancia con las previsiones a que la presente Instrucción se contrae a los Tribunales Municipales Populares de Guanabacoa y Placetas, en cuyos órganos se designarán para su ejercicio jueces especializados en la materia, con independencia que puedan continuar atendiendo la tramitación y decisión de asuntos de naturaleza diferente. Su aplicación podrá extenderse a otros tribunales oportunamente, previa decisión

de la dirección del Tribunal Supremo Popular, a cuyos efectos se les participará para su conocimiento, con el objetivo además de que puedan evaluar su factibilidad, así como exponer los elementos que estimen tributen a su enriquecimiento.-----

DECIMO: Como elemento que contribuye a la consecuente aplicación de las normas antes referidas, los Presidentes de los Tribunales Municipales Populares de Guanabacoa y Placetas efectuarán coordinación al respecto con la Dirección del Bufete Colectivo, la Fiscalía y la Dirección de la Federación de Mujeres Cubanas radicadas en sus respectivos territorios para imponerlas de su contenido, y solicitarles la necesaria cooperación que para su efectividad deben prestar.-----

UNDECIMO: La presente Instrucción comenzará a regir el tres de enero del dos mil ocho para los tribunales involucrados, que aplicarán sus disposiciones exclusivamente en los procesos de la clase apuntada que a partir de esa fecha se radiquen.-----

DUODECIMO: Comuníquese la presente Instrucción a los Vicepresidentes y al Presidente de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular; a los Presidentes de los Tribunales Populares Provinciales de Ciudad de La Habana y Villa Clara, y por su conducto a los Presidentes de la Sala de la especialidad de lo Civil de esos órganos, así como a los Presidentes de los Tribunales Municipales Populares de Guanabacoa y Placetas respectivamente; a la Fiscalía General de la República; a la Ministra de Justicia; al Presidente de la Junta Nacional de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos; a la Secretaria General de la Federación de Mujeres Cubanas; publíquese en la Gaceta Oficial de la República, para general conocimiento.-----

Y PARA REMITIR AL TRIBUNAL RESPECTIVO, EXPIDO LA PRESENTE EN LA CIUDAD DE LA HABANA, A VEINTE DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL SIETE, "AÑO 49 DE LA REVOLUCION". -----

Anexo 3

LICENCIADA CARIDAD M. FERNANDEZ GONZALEZ, SECRETARIA DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR.-----

CERTIFICO: que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en sesión ordinaria celebrada el día catorce de abril del año dos mil nueve, aprobó la Instrucción que es del tenor siguiente:-----

POR CUANTO: Mediante la Instrucción No. 187, aprobada por este propio órgano en sesión ordinaria celebrada el día veinte de diciembre del año dos mil siete, se implementaron de manera experimental algunas modificaciones en determinados aspectos de la práctica judicial en los procesos vinculados al Derecho de Familia, que sin contravenir las normas vigentes, permitieran comprobar y validar anticipadamente cuestiones novedosas que pudieran incorporarse al ordenamiento procesal en vigor, conforme reclama la modernización del proceso civil y los destinatarios de la gestión judicial, a los efectos de perfeccionar su efectividad a tenor de las actuales tendencias del derecho procesal, con plena observancia de las garantías de aquellos que intervienen en los procesos.-----

POR CUANTO: Entre las mencionadas cuestiones se encuentran las referidas a la convocatoria de las partes litigantes a la comparecencia a que se refiere el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico; escuchar a menores involucrados en los conflictos; el llamamiento al proceso de terceros con interés legítimo, con audiencia al Ministerio Fiscal e interesar la intervención y en su caso el dictamen de equipo técnico asesor multidisciplinario; así como exigir siempre que resultare procedente la adopción cautelar de embargo provisional para garantizar el cumplimiento de las obligaciones declaradas en materia de alimentos.-----

POR CUANTO: La mencionada experiencia comenzó a implementarse a partir del tres de enero de dos mil ocho por jueces especializados en asuntos de familia en los Tribunales Municipales Populares de Guanabacoa y Placetas, extendiéndose luego de manera gradual a otros tribunales especialmente seleccionados al efecto, en atención a los satisfactorios resultados que se

observan hasta el presente, por lo que resulta aconsejable autorizar su aplicación por los tribunales de la jurisdicción civil no sólo en aquellos asuntos que directamente conciernan al Derecho de Familia sino además en otros procesos civiles en los que se diluciden promociones en las que resulte necesario sanear el proceso luego de concluida la fase de alegaciones, escuchar el testimonio de menores de edad o se requiera excepcionalmente, dada su naturaleza, la intervención y en su caso el dictamen del referido equipo técnico asesor multidisciplinario.----

POR CUANTO: La regulación de las medidas cautelares en el procedimiento civil se constriñe en la vigente Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico al acto preparatorio del proceso de conocimiento de naturaleza cautelar a que se refiere el artículo doscientos dieciséis, apartado segundo; al embargo de bienes regulado en el Libro Segundo, Título Séptimo; así como al embargo provisional en caso de alimentos que prescribe el artículo trescientos sesenta y nueve, párrafo segundo, de dicha ley, lo que deriva en extrema limitación a los efectos del aseguramiento del ulterior cumplimiento de las obligaciones de índole civil declaradas por sentencia firme.-----

POR CUANTO: El Decreto Ley No. 241, de 26 de septiembre de 2006, modificó la aludida ley adjetiva, adicionándole una Cuarta Parte “Del Procedimiento de lo Económico”, que en su Capítulo X, artículos 799 al 810, regula lo concerniente al embargo de bienes y otras medidas cautelares, con la debida amplitud y flexibilidad, por lo que resulta aconsejable extender y autorizar su aplicación en lo pertinente por los tribunales de la jurisdicción civil.-

POR TANTO: En uso de las facultades que le están conferidas a tenor de lo preceptuado en el artículo 19, apartado 1, inciso h) de la Ley No. 82, Ley de los Tribunales Populares de once de julio del 1997, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, aprueba la siguiente:

INSTRUCCION No. 191

PRIMERO: Los tribunales de la jurisdicción civil, en los procesos ordinarios, sumarios e incidentes de que conozcan, podrán convocar a las partes a

comparecencia, agotando las posibilidades que ofrece el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, la que efectuarán en las ocasiones a que se refiere el apartado primero de la Instrucción No. 187, con el objetivo de sanear el proceso de aquellas cuestiones litigiosas que subsistan luego de concluida la fase de alegaciones.-----

SEGUNDO: Asimismo, procederán según lo dispuesto en la mencionada Instrucción, en aquellos procesos civiles en que resulte necesario escuchar el testimonio de menores de edad o se requiera excepcionalmente, dada su naturaleza, la intervención y en su caso el dictamen de equipo técnico asesor multidisciplinario que a esos efectos esté constituido.-----

TERCERO: Los tribunales de la jurisdicción civil aplicarán en lo pertinente, además de las normas que en tal sentido específicamente les conciernen, las regulaciones contenidas en la Cuarta Parte, Capítulo X, artículos 799 al 810, de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en lo referido al embargo de bienes y otras medidas cautelares, a los efectos de asegurar de manera eficaz el ulterior cumplimiento de las obligaciones de índole civil decretadas por sentencia firme.-----

CUARTO: La presente Instrucción comenzará a regir el primero de junio de dos mil nueve para los tribunales mencionados, que aplicarán sus disposiciones exclusivamente en los procesos de la clase apuntada que a partir de esa fecha se radiquen.-----

QUINTO: Comuníquese la presente Instrucción a los Vicepresidentes y al Presidente de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular; a los Presidentes de los Tribunales Provinciales Populares, y por su conducto a los Presidentes de la Sala de la especialidad de lo Civil de esos órganos, así como a los Presidentes de los Tribunales Municipales Populares; a la Fiscalía General de la República; a la Ministra de Justicia; al Presidente de la Junta Nacional de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos; a la Secretaria General de la Federación de Mujeres Cubanas y publíquese en la Gaceta Oficial de la República, para general conocimiento.-----

Anexo 4

M.Sc. CARIDAD M. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, SECRETARIA DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR-----

CERTIFICO: Que el Consejo de Gobierno de este Tribunal, en sesión ordinaria celebrada el día trece de abril del año dos mil doce, aprobó la Instrucción que es del tenor siguiente: -----

POR CUANTO: Los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución identificados con los números 10 y 12 establecen que las relaciones económicas entre las empresas, las unidades presupuestadas y las formas de gestión no estatal se refrendarán mediante contratos, como instrumento esencial para la gestión económica y, a la vez, resaltan la necesidad de exigir por la calidad del proceso de negociación, elaboración, firma, ejecución, reclamación y control del cumplimiento de estos, a partir de indispensables presupuestos de orden, disciplina y acatamiento absoluto a la legalidad.-----

POR CUANTO: En la actividad judicial cotidiana de las salas de lo económico, se detecta frecuentemente que las entidades económicas –incluyendo las subordinadas a un mismo organismo– acuden de manera automática a la vía judicial, sin acciones previas de conciliación o intercambio con sus contrapartes, con el solo propósito de obtener una justificación formal ante cualquier verificación o auditoría contable; pero, una vez promovido el asunto, se desentienden y no le proporcionan el seguimiento debido a la tramitación del proceso y a la ejecución de las resoluciones.-----

POR CUANTO: De igual forma, es evidente el uso inadecuado de lo dispuesto en la Instrucción No. 172, emitida por este propio órgano el 28 de marzo de 2003, en lo referido a que, una vez dictado el auto que resuelve la diligencia previa, en la mayoría de los casos, la parte supuestamente interesada no retorna ante la sala de justicia para promover el correspondiente proceso

ejecutivo, con lo cual se quebranta su unidad, suficientemente establecida por la jurisprudencia cubana desde la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil hasta nuestros días, de considerar a las diligencias preparatorias de dichos juicios ejecutivos como parte integrante de estos, como garantía de realización de los principios de celeridad, concentración y economía procesal, por los que discurre la práctica judicial efectiva y las vertientes procesales contemporáneas.-----

POR CUANTO: Esas malas prácticas, junto a otras de similar connotación, distorsionan el sentido y naturaleza de los procesos judiciales y determinan la necesidad de perfeccionar el proceder de los tribunales en esta materia, con el objetivo de contribuir al fortalecimiento de la disciplina financiera en las relaciones comerciales entre los actores económicos del país, en particular, la gestión de los cobros y pagos, como función esencialmente empresarial, y coadyuvar al fortalecimiento de los principios de buena fe y colaboración que deben regir en el ámbito de la contratación económica. ---

POR CUANTO: El artículo 4 de la Ley No. 82 de 1997 establece, como principales objetivos de la actividad de los tribunales: cumplir y hacer cumplir la legalidad socialista; salvaguardar el orden económico, social y político establecido en la Constitución; proteger la propiedad socialista, la personal de los ciudadanos y las demás formas de propiedad que la Constitución y las leyes reconocen; y prevenir las infracciones de la ley y las conductas antisociales, reprimir y reeducar a los que incurren en ellas y restablecer el imperio de las normas legales, cuando hayan sido violadas.-----

POR CUANTO: La Asamblea Nacional, con motivo de la rendición de cuenta de este máximo órgano de justicia, el 23 de diciembre de 2011, recomendó mantener informada a la dirección del país de los problemas de mayor relevancia que se pongan de manifiesto en la tramitación de los distintos procesos judiciales, en especial los relacionados con los asuntos económicos, manteniendo las coordinaciones con los organismos pertinentes para lograr la ejecución de las sentencias en esta materia aún pendientes de ello.-----

POR TANTO: En uso de las facultades que le están conferidas a tenor de lo preceptuado en el artículo diecinueve, apartado primero, inciso h) de la Ley No. 82, “De los Tribunales Populares”, de 11 de julio de 1997, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular procede a aprobar la siguiente: -----

INSTRUCCIÓN No. 215

PRIMERO: Los tribunales de la jurisdicción económica, en los procesos ejecutivos y ordinarios sometidos a su conocimiento, exigirán, como requisito para su admisión, que junto al escrito promocional, se acompañe el contrato económico u otro documento análogo que justifique el vínculo entre las partes y, además, aquellos que acrediten la realización previa de gestiones de cobro de la deuda o del cumplimiento de la obligación en que se fundamenta la reclamación.-----

SEGUNDO: De igual forma, respecto a los procesos ejecutivos, las salas de lo económico aplicarán lo regulado en el inciso j) del artículo 746 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.-----

TERCERO: El tribunal del domicilio del demandado se considerará competente para conocer y tramitar las demandas en proceso ejecutivo de cualquier clase, en concordancia con lo regulado en el artículo 489 de la citada ley procesal.-----

CUARTO: En los supuestos previstos en los apartados 2, 3 y 5 del artículo 486 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico el tribunal exigirá que la solicitud de diligencia previa para el reconocimiento de la deuda por el demandado se haga mediante otrosí en la demanda ejecutiva.-----

QUINTO: Las salas de lo económico, al radicar los procesos ejecutivos, consignarán en el libro correspondiente si fueron promovidos con solicitud de diligencia previa de reconocimiento de deuda o con amparo en los demás títulos de créditos que generan ejecución relacionados en el artículo 486 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.-----

SEXTO: En los supuestos en que se declare inadmisibile la demanda ejecutiva, por incumplimiento de las formalidades legales no subsanadas en su oportunidad, de haber sido promovida por una entidad estatal o sociedad mercantil de capital ciento por ciento (100%) cubano, el tribunal, una vez dictado el auto definitivo correspondiente, librará oficio a la Fiscalía y a la Contraloría, a los efectos que resulten pertinentes. Cada sala habilitará un registro en el que se asentarán los oficios remitidos y los datos fundamentales del expediente.-----

SÉPTIMO: Cuando la demanda ejecutiva contenga solicitud de diligencias previas y cumpla las formalidades, el tribunal se pronunciará sobre su admisión y procederá conforme a lo preceptuado en el artículo 487 y siguientes de Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Al verificar la citación al demandado, con entrega de copia de la demanda, se le apercibirá en los términos del mencionado artículo y, en especial que, de quedar preparada la acción ejecutiva, será requerido de pago en el propio acto, con las consecuencias preceptuadas en el segundo párrafo del artículo 493 de la propia norma legal.-----

OCTAVO: Si, al practicarse la diligencia previa, queda preparada la acción ejecutiva en la forma que la ley señala, en el propio acto el tribunal despachará la ejecución por la cuantía reconocida y requerirá de pago al deudor; de no hacerse efectivo el pago, el tribunal procederá a practicar la medida cautelar ordenada y emplazará al demandado por el término previsto en el artículo 494 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, de todo lo cual dejará constancia en el acta levantada al efecto, continuando la tramitación del proceso ejecutivo conforme a los trámites previstos en la ley.----

NOVENO: De la misma forma procederá el tribunal en el supuesto de la no comparecencia del demandado sin alegar causa justificada, con excepción de que el emplazamiento se diligenciará en su domicilio, con los apercibimientos correspondientes.-----

DÉCIMO: En los casos en que la acción ejecutiva no quede preparada, el tribunal lo anunciará en el acto de la comparecencia dispuesta para la práctica de la diligencia correspondiente y, dictará auto definitivo declarando no ha lugar a continuar la tramitación del proceso ejecutivo y dispondrá el archivo del expediente, sin perjuicio del derecho del demandante para promover el proceso ordinario sobre la misma cuestión.-----

DÉCIMO PRIMERO: En el trámite de ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en los procesos ejecutivos y ordinarios de la jurisdicción económica, que obliguen al pago de una cantidad líquida, una vez que se reciba del banco la respuesta del oficio de ejecución en sentido que el deudor no posee fondos suficientes en su cuenta bancaria, el tribunal dispondrá mediante providencia la obligación del máximo representante de la entidad deudora, a quien se le notificará dicha resolución, de informar al tribunal en lo sucesivo, durante los primeros cinco días hábiles de cada mes, la situación financiera de la entidad mediante los documentos siguientes:

- a) Estado de cuentas certificado por el banco.
- b) Relación de las cuentas por cobrar actualizadas, susceptibles de ser embargadas.
- c) Conciliación mensual de la deuda con el acreedor.-----

Asimismo, el tribunal le impondrá de la prohibición a la entidad de realizar transacciones con pago a terceros, ni por otra cuenta que no sea la embargada y, le apercibirá de la responsabilidad penal o administrativa que se le exigirá de incumplir estas obligaciones. Los documentos aportados, o aquellos que evidencien la procedencia de cualquier modificación respecto a la ejecución dispuesta, se unirán al expediente de su razón, resolviendo, en su caso, lo que resulte pertinente.-----

DÉCIMO SEGUNDO: La presente Instrucción entrará en vigor a partir de la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial de la República* y los asuntos que se encuentren en tramitación al momento de publicarse se resolverán conforme a las disposiciones anteriores de este Consejo de Gobierno. De igual forma,

conservan su eficacia las diligencias previas mediante las cuales quedaron conformados títulos ejecutivos, que se encuentren dentro del término que dispuso la Instrucción No. 172, aprobada por este órgano.-----

DÉCIMO TERCERO: Las salas de lo económico procederán a cerrar el Libro de radicación diligencias previas a la entrada en vigor de la presente Instrucción.-----

DÉCIMO CUARTO: Queda sin efecto la Instrucción No. 172, de 28 de marzo de 2003 y los apartados primero, segundo, tercero, sexto, y décimo tercero de la Instrucción No. 183 de 21 de diciembre de 2006, aprobadas ambas por este Consejo de Gobierno.-----

DÉCIMO QUINTO: Lo dispuesto por la presente es extensivo a la jurisdicción de lo civil respecto a lo indicado para la tramitación de los procesos ejecutivos, por tratarse de un mismo y único procedimiento y, en lo demás, en cuanto resulte pertinente, en atención a los sujetos intervinientes.--

DÉCIMO SEXTO: Comuníquese esta Instrucción a los vicepresidentes, y los presidentes de salas del Tribunal Supremo Popular, a los presidentes de los tribunales provinciales populares y, por su conducto, a los presidentes de sus respectivas salas de lo económico y de lo civil y jueces en general, la Ministra de Justicia, el Fiscal General de la República, el Presidente de la Junta Nacional de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, la Contralora General de la República y el Presidente del Banco Central de Cuba, para su conocimiento y efectos, y publíquese en la *Gaceta Oficial de la República*, para general conocimiento.-----

Anexo 5

M.Sc. CARIDAD M. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, SECRETARIA DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR-----

CERTIFICO: Que el Consejo de Gobierno de este tribunal, en sesión ordinaria

celebrada el diecisiete de mayo de dos mil doce, aprobó la instrucción que es del tenor siguiente:-----

POR CUANTO: En atención a la importancia que la Constitución confiere a la protección integral de la familia, con manifiesta expresión en los postulados del Código de Familia, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en sesión ordinaria celebrada el 20 de diciembre de 2007, aprobó la Instrucción No. 187, contentiva de precisiones y adecuaciones procesales, acerca de determinados aspectos de la práctica judicial en los procesos vinculados al Derecho de Familia, entre las que destacan las amplias posibilidades de interacción de los tribunales con las partes, mecanismos que se corresponden con las actuales tendencias del Derecho Procesal, y con los compromisos contraídos por la nación al ratificar en 1991 la Convención Internacional de los Derechos del Niño y los que por similar razón derivaron en el Plan de Acción Nacional de Seguimiento a la Conferencia de Beijing, a fin de garantizar el ejercicio pleno y efectivo de los derechos y garantías de los destinatarios de la gestión judicial.-----

POR CUANTO: No obstante los satisfactorios resultados obtenidos hasta el presente, en la aplicación de la referida Instrucción que demuestran lo oportuno y valioso de su implementación en la evolución cualitativa de la labor judicial en esta materia; la experiencia acumulada en el tiempo de su vigencia y los fructíferos aportes emanados de los talleres de procedimiento familiar, celebrados recientemente en todas las provincias y a nivel nacional con participación de jueces, fiscales y abogados, junto a representantes de instituciones y entidades interesados, evidencian la necesidad de incorporar al contenido de la mencionada disposición normativa nuevos aspectos regulatorios que propicien su actualización y perfeccionamiento .-----

POR CUANTO: Entre los aspectos que resulta necesario puntualizar o incorporar se encuentran los referidos al modo de proceder respecto a la comparecencia a que se contrae el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico; el 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 procesos; las previsiones que deben atenderse para la constitución y el funcionamiento en

cada territorio 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.-----

POR TANTO: En uso de las facultades que le están conferidas, a tenor de lo preceptuado en el artículo diecinueve, apartado primero, inciso h), de la Ley No. 82, “De los Tribunales Populares”, de 11 de julio de 1997, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular procede a aprobar la siguiente: -----

INSTRUCCIÓN No. 216

PRIMERO: En los procesos vinculados al Derecho de Familia, los tribunales cuidarán en todo momento la observancia de los principios integradores de inmediación, concentración, oralidad, igualdad de las partes, amplias facultades del órgano judicial tanto en la práctica de las pruebas como en la dirección del proceso, impulso procesal de oficio y protección cautelar.-----

SEGUNDO: En cualquier proceso que involucre a niños, niñas y adolescentes, los tribunales tendrán en cuenta el interés superior de los menores frente a otros intereses igualmente legítimos; para ello, ponderarán los intereses sociales e individuales, y velarán por el necesario equilibrio entre los derechos y garantías de los infantes y sus deberes.-----

TERCERO: Cuando se trate de procesos en los que se litiguen cuestiones

relacionadas con menores por la aplicación del Código de Familia, el tribunal comunicará al fiscal la promoción del proceso con entrega de copia de la demanda para que pueda personarse conforme prevé artículo 47 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico y, en el proceso especial de divorcio por justa causa, la referida notificación se hará una vez que se ponga de manifiesto en actuaciones el conflicto en torno a las medidas provisionales .-----

CUARTO: En los procesos vinculados al Derecho de Familia, el tribunal convocará a los interesados a una comparecencia, agotando las posibilidades que ofrece el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, que señalará después de fase de alegaciones y previo a la apertura a pruebas, y sus reglas serán también aplicables, y complementarán las que dicho cuerpo legal regula para los procesos de divorcio por justa causa, alimentos, incidentes y jurisdicción voluntaria. Esta comparecencia tendrá, entre sus finalidades: sanear el proceso, fijar los términos del debate y, en los asuntos en que resulte pertinente por su naturaleza disponible, fomentar el diálogo constructivo mediante la actividad conciliatoria y lograr acuerdos que armonicen los intereses familiares, caso en que invitará a participar a los abuelos y otros familiares que tengan estrecha cercanía a lo controvertido y, con carácter excepcional, a otras personas por similar razón.-----

QUINTO: Cuando el tribunal advierta del resultado de la comparecencia que es imprescindible, para la adecuada solución del conflicto, la participación de los abuelos y familiares que tengan estrecha cercanía a lo controvertido, les dispensará en lo sucesivo el tratamiento procesal previsto para los terceros.----

SEXTO: De alcanzarse acuerdo en la comparecencia, el tribunal dictará auto aprobándolo; en los procesos ordinarios, de no lograrse acuerdo, en el propio acto de la comparecencia, abrirá el proceso a prueba y, en los procesos sumarios e incidentes, se pronunciará sobre la admisión de las pruebas oportunamente propuestas y, siempre que sea posible, se procederá a su práctica.-----

SÉPTIMO: En caso necesario, el tribunal escuchará al menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio, y tendrá en cuenta su opinión en función de su capacidad progresiva; dicho acto se desarrollará en ambiente propicio y con absoluta privacidad, utilizando preferentemente como sede la Casa de Orientación a la Mujer y la Familia de la Federación de Mujeres Cubanas del territorio u otro lugar con condiciones apropiadas para el acto que se realiza.-----

OCTAVO: En cualquier estado del proceso en que el tribunal requiera criterios profesionales especializados diversos, se auxiliará de un equipo multidisciplinario integrado por especialistas y expertos en las disciplinas que resulten procedentes, convocando a sus integrantes en el número que acuerde y según las especialidades que demande la complejidad del asunto, con el fin de obtener elementos que tributen a una mejor decisión del conflicto.-----

NOVENO: Con vistas a la naturaleza del bien jurídico que se protegerá, el tribunal adoptará medidas cautelares de oficio o a solicitud de las partes, a los efectos de: asegurar de manera eficaz el ulterior cumplimiento de las obligaciones decretadas por resolución firme, restablecer la equidad procesal o cuando aprecie que existen circunstancias que las hagan aconsejable; para lo que aplicará, en lo pertinente, además de las normas que regulan el embargo de bienes y las medidas provisionales, las disposiciones contenidas en los artículos 40 y del 799 al 810 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. En estos supuestos, las podrá disponer de forma directa, y posteriormente, oír a las partes, conforme a lo previsto en el artículo 805 de la propia norma, tras lo cual dictará auto que las ratifique, modifique o deje sin efecto.-----

DÉCIMO: Además de las previstas en los artículos 460 y 803 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en concordancia con la especial naturaleza de la materia familiar, el tribunal podrá adoptar, de oficio o instancia de las partes, las siguientes medidas cautelares:

1. Restitución de la custodia del niño, niña o adolescente, en caso de retención indebida.
2. Prohibición o autorización del cambio de la residencia del niño, niña o adolescente.
3. Asignación de la custodia provisional del niño, niña o adolescente, a uno de los padres, a abuelos y, excepcionalmente, a otras personas mientras dure el proceso.
4. Permanencia del niño, niña o adolescente en el hogar en que habitualmente reside, aunque este no sea el de los padres.
5. Asistencia obligatoria a programas educativos o terapéuticos, tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de niñas, niños o adolescentes o de alguno de sus padres y otras personas.
6. Prohibición de visitar el hogar familiar y lugares de trabajo o estudio u otros similares que frecuente algún miembro del grupo familiar, para evitar una conducta que genere perjuicio físico o psíquico a cualquier miembro de la familia.
7. Prohibición de la disposición de bienes y la obligación de restituirlos.
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 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.

En los supuestos de las medidas relacionadas en los apartados 8 y 9, el tribunal, en el propio auto que las acuerde, instruirá a las partes de que sus efectos solo se extenderán por 30 días, contados a partir de la firmeza de la

resolución que pone fin al proceso principal, de no interponerse en el referido plazo el incidente.-----

DÉCIMO PRIMERO: En correspondencia con la urgencia que debe primar en la tutela de los asuntos familiares, en el caso en que se solicitaran indistintamente, antes de interponer la demanda, actos preparatorios o medidas cautelares dirigidas a asegurar medios probatorios, el tribunal accederá a tramitarlos, siempre que cumplan los presupuestos previstos en Ley para cada uno de ellos.-----

DÉCIMO SEGUNDO: En la tramitación de los procesos sumarios de alimentos, el tribunal prescindirá de la solicitud de la certificación acreditativa del nacimiento de los destinatarios de ese derecho y, en su lugar, teniendo a la vista la tarjeta del menor o el carné de identidad, consignará en el acta-demanda: el número de identidad, tomo, folio y Registro del Estado Civil donde consta la inscripción, datos filiatorios y fecha de nacimiento. Se reitera la indicación del Consejo de Gobierno de fijar la pensión provisional en todos estos procesos, exigible mediante el embargo de salario, el que se mantendrá, una vez dictada la sentencia, ajustándose a la cuantía dispuesta.-

DÉCIMO TERCERO: Cuando resulte necesario, el tribunal examinará de oficio y para mejor proveer, en calidad de testigos, a los representantes de las organizaciones de masas en la comunidad, maestros vinculados a la educación del menor y funcionarios dedicados a la atención a menores, y dispondrá el examen de los expedientes conformados por otros organismos e instituciones en relación con el asunto objeto del debate.-----

DÉCIMO CUARTO: El tribunal actuante adoptará las medidas necesarias con el objetivo de alcanzar la efectiva ejecución de las resoluciones recaídas en procesos de naturaleza familiar, incluidas las contentivas de protección cautelar; a dichos efectos, se auxiliará de los integrantes del equipo multidisciplinario y, como último recurso, interesará la intervención de agentes del orden público, en conjunción con otras acciones, para evitar efectos traumatizantes a los intervinientes, en particular los niños, niñas y

adolescentes.----

DÉCIMO QUINTO: Asimismo, en los casos en que la parte demandada en el proceso de divorcio por justa causa esté constituida y declarada en rebeldía, el tribunal le notificará el auto de medidas provisionales, cuya diligencia ha de practicarse en el domicilio.-----

DÉCIMO SEXTO: El tribunal, ante circunstancias excepcionales, podrá aplazar o graduar la ejecución de las disposiciones de la sentencia, siempre en beneficio del niño, niña o adolescente y con carácter temporal, excepto en materia de alimentos. No será necesaria la tramitación de incidente cuando, al momento de la ejecución, se susciten circunstancias que conlleven a renunciaciones parciales o totales de derechos reconocidos en la sentencia a favor de una de las partes.-----

DÉCIMO SÉPTIMO: Como elemento que contribuye a la consecuente aplicación de las normas antes referidas, se mantendrá coordinación al respecto con la Junta Nacional de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, la Fiscalía General de la República y la Dirección Nacional de la Federación de Mujeres Cubanas, para imponerlas de su contenido, y solicitarles la necesaria cooperación que, para su efectividad, deben prestar.--

DÉCIMO OCTAVO: Como complemento a la presente instrucción, se aprueban las reglas que se anexan en documentos titulados: "Metodología para la comparecencia que se convoca a tenor del artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico", "Reglas mínimas para la escucha de los menores de edad", "Reglas para la constitución y funcionamiento del Equipo multidisciplinario en el procedimiento de familia, con la proforma de dictamen".-----

DÉCIMO NOVENO: Queda sin efecto la Instrucción No. 187, de 20 de diciembre de 2007, aprobada por este Consejo de Gobierno.-----

VIGÉSIMO: Comuníquese esta instrucción a los vicepresidentes, y los presidentes de salas del Tribunal Supremo Popular, a los presidentes de los

tribunales provinciales populares y, por su conducto, a los presidentes de las respectivas salas de lo civil y jueces en general, la Ministra de Justicia, el Fiscal General de la República, el Presidente de la Junta Nacional de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, la Secretaria General de la Federación de Mujeres Cubanas, para su conocimiento y efectos, y publíquese en la Gaceta Oficial de la República, para general conocimiento.---

Y PARA REMITIR AL TRIBUNAL RESPECTIVO, EXPIDO LA PRESENTE EN LA HABANA, A VEINTIUNO DE MAYO DE DOS MIL DOCE, "AÑO 54 DE LA REVOLUCION". -----

METODOLOGÍA PARA LA COMPARECENCIA QUE SE CONVOCA A TENOR DEL ARTÍCULO 42 DE LA LPCALE.

1. La comparecencia tendrá, entre sus finalidades, sanear el proceso y la fijación de los términos del debate y, en los asuntos de naturaleza disponible, fomentar el diálogo constructivo mediante la actividad conciliatoria y lograr acuerdos que armonicen los intereses familiares, caso en el cual el tribunal invitará a participar a los abuelos y otros familiares que tengan estrecha cercanía a lo controvertido y, con carácter excepcional, a otras personas por similar razón. En todos los casos, el ponente estudiará detenidamente las actuaciones para la delimitación previa de sus fines, los que hará constar en el proveído que la anuncia. -----
2. El tribunal señalará la celebración del acto para un plazo no mayor de 10 días, después de culminada la fase de alegaciones y previo a la apertura a pruebas.--
3. Para garantizar la asistencia de las partes a la comparecencia, el tribunal gestionará de manera eficiente su presencia; al efecto, librará las correspondientes cédulas de citación a las partes a su domicilio, en las que hará constar la importancia de que comparezcan al acto convocado, dada la naturaleza y sensibilidad del asunto, o las citará a través del abogado que las representa.-----
4. Tratándose de acto judicial, se realizará en la sede del tribunal pero, teniendo en cuenta la naturaleza de los asuntos que se tratan, relacionados con el interés

general de las familias, se celebrarán a puertas cerradas, como autoriza el artículo 115 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, tal limitación se consignará en la providencia que la señale.-----

5. Si las partes no comparecen, a pesar de constar debidamente citadas, el tribunal dispondrá la suspensión del acto y realizará un último señalamiento para dentro de los 5 días siguientes. La incomparecencia de sus abogados no es causa de suspensión del acto.-----
6. Queda al arbitrio del tribunal, de acuerdo con el tipo de proceso y la complejidad del asunto que se ventila, la posibilidad de convocarla nuevamente, incluso en más de una ocasión, caso en el cual sus formalidades se ajustarán a la finalidad con que se señale. No obstante, cuando la parte interesada sea quien lo solicite, el tribunal podrá disponerla, con carácter excepcional, teniendo en cuenta la fundamentación de la petición.-----
7. Los ponentes son los responsables de garantizar la objetividad del señalamiento para evitar que las personas permanezcan en espera de ese acto, por excesivo tiempo, sin causa justificada.-----
8. El presidente del tribunal actuante deberá prepararse adecuadamente, previo a la celebración del acto, a fin de lograr su correcta conducción, encaminándolo hacia la consecución de los fines por los cuales fue convocado.-----
9. Para velar por la transparencia de la actuación judicial y en evitación de malentendidos, en los momentos previos al acto, los miembros del tribunal evitarán la comunicación con el fiscal y los abogados convocados para la sesión, o con personas que tienen interés en el asunto.-----
10. El secretario, en la fecha y hora señaladas, dará cuenta al presidente sobre el completamiento y, en la oportunidad en que este le indique, llamará a las partes y demás interesados a la sala de actos, ubicándolos convenientemente. De igual manera, advertirá al público presente del adecuado comportamiento que deberá mantener durante el desarrollo del acto.-----

11. El tribunal y los comparecientes, preferentemente, se sentarán a la misma altura. Las partes permanecerán sentadas al lado del abogado que las representa, a fin de permitir la adecuada y necesaria co-mu-ni-cación entre estos, la que también podrá ser en privado, durante el acto, si se solicitara.-----

12. Constituido el tribunal, en el caso de que alguna de las partes acredite su representación procesal, se realizará el pronunciamiento correspondiente para viabilizar el ejercicio de su derecho a la defensa, y se dejará constancia en el acta.-----

13. En cada audiencia, el ponente informará a las partes de la finalidad de esta, los temas que se tratarán, y los derechos y deberes que tienen en el proceso. Para ello, debe dirigirse a los comparecientes, como corresponde a su investidura, pero cuidando de usar un lenguaje comprensible y despojado de tecnicismos jurídicos.-----

14. Seguidamente, se procederá a escuchar a las partes; a continuación, a los abuelos y otros familiares y personas que hayan sido convocados; luego, a los abogados, al efecto de puntualizar los extremos manifestados por sus representados, previa advertencia de que no cabe una repetición de lo alegado; posteriormente, intervendrá el fiscal; y, por último, de considerarlo el tribunal, se dará la palabra al Equipo multidisciplinario, salvo que las circunstancias ameriten que se siga otro orden, sin perjuicio de la necesaria intervención oficiosa del tribunal, a los efectos de alcanzar los fines que motivan el acto mediante la actividad conciliatoria que posibilite el acercamiento de las posiciones de las partes, con la propuesta de soluciones para llegar a ese resultado.-----

15. De toda comparecencia, el secretario extenderá acta, en la que dejará cons-tancia de los aspectos relevantes del desarrollo del acto.-----

16. Todas las cuestiones admitidas por las partes en este acto deben ser consignadas con claridad y precisión en el acta levantada y quedarán exentas de

probanza, de conformidad con las previsiones del artículo 260 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.-----

17. Asimismo, deberán quedar precisadas las modificaciones que pudieran haber sufrido las pretensiones iniciales de las partes durante la comparecencia para, en su oportunidad, resolver con adecuada congruencia.-----
18. El acta quedará firmada por los miembros del Tribunal, los presentes y el secretario.-----

Tribunal Supremo Popular
Mayo de 2012

REGLAS MÍNIMAS PARA LA ESCUCHA DE MENORES DE EDAD

1. EDAD

- a) Se eliminará el criterio de edad prefijada, que funciona con carácter excluyente para la realización del acto de la audiencia, y se sustituirá por una evaluación psicológica individual, o por el establecimiento de edades deslizantes, condicionadas únicamente a la adquisición por el niño, niña o adolescente de suficiente juicio y aptitudes madurativas, teniendo en cuenta, en principio, que sea capaz de expresarse mediante el lenguaje verbal y articulado.
- b) La suficiencia de juicio del niño, niña o adolescente, se puede determinar bien a partir de informe que al respecto se recabe al Equipo multidisciplinario, o mediante el contacto directo con el tribunal, acto que puede coincidir con el de la audiencia en sí misma.
- c) De la solicitud de audiencia formulada por el menor o sus progenitores, debe presumirse la suficiencia de juicio de aquel, salvo que pudiere advertirse la existencia del síndrome de alienación parental o insuficientes aptitudes madurativas.

2. **PREPARACIÓN:** Conforme al asunto concreto, el juez ponente está en la obligación de prepararse convenientemente, auxiliado y en coordinación con el especialista del Equipo multidisciplinario que, en su día, participará en el acto, a fin de poder realizarlo de modo adecuado y tomar las decisiones pertinentes, para lo que atenderá a la capacidad del menor, con independencia de su edad, el respeto a su persona y la evitación de formulaciones que pudieran propiciar la siembra de falsos recuerdos o argumentos.
3. **LUGAR:** Se efectuará fuera de la sede del tribunal, aprovechando las oportunidades que al efecto brinda la Casa de Orientación a la Mujer y la Familia, de la Federación de Mujeres Cubanas u otro lugar con condiciones apropiadas para el acto que se realiza, evitando esperas innecesarias al niño, niña o adolescente. En la medida de las posibilidades, el local debe ser ventilado, claro y sin elementos distractores o que pudieren contribuir a distorsionar las respuestas del menor.
4. **PARTICIPANTES:** En la práctica del acto, para propiciar la concentración del menor y garantizar el respeto a la dignidad e intimidad de este, participarán el juez ponente, el fiscal y un psicólogo del equipo; sin la presencia de los progenitores y/o sus representantes legales, aunque a petición de aquel, y atendiendo a las circunstancias del caso, pudiere permitirse la presencia de alguno de estos o de otra persona de confianza del menor.

5. FORMALIDADES

- a) En el acto, deberá constituirse el juez ponente, con la participación del fiscal; siempre deberá contarse con la presencia de un psicólogo miembro del Equipo multidisciplinario, que auxiliará al juez en la diligencia y coadyuvará a la valoración de las manifestaciones del menor, pero sin sustituirlo en la dirección del acto.
- b) El juez ponente deberá estar desprovisto de la toga, y situado físicamente en disposición que elimine los formalismos y la distancia jerárquica para con el menor, a fin de propiciarle un ambiente de seguridad y confianza,

respetando el espacio del menor. En este sentido, en la medida de lo posible, se debe utilizar una mesa redonda, con una ubicación equidistante de los participantes y sin posiciones de enfrentamiento.

6. ESTRUCTURA Y CONDUCCIÓN DEL ACTO

- a) El diálogo se debe iniciar con el saludo y presentación de los participantes al menor, con la explicación de los motivos que justifican su presencia y de la posibilidad de emitir opiniones según su voluntad.
- b) Se debe iniciar el intercambio desde un tema neutro, al que se va a insertar el criterio del menor y su formulación no debe incluir posible posición respecto al conflicto; de ser necesaria alguna interrogante, no debe sugerir la respuesta ni ser respondida con sí o no; y preguntar con: *cómo, cuándo, qué*.
- c) El hilo conductor debe ser el tema relativo al motivo de su concurrencia y ulterior escucha, iniciándose por la interrelación con el contexto familiar, escolar y social del menor.
- d) El lenguaje debe ser claro, sencillo, sin palabras técnicas o fuera del alcance de la comprensión del menor.
- e) Se debe ser paciente en la escucha, como contrapartida de la inducción, a fin de evitar indicio de coacción que degrade la posibilidad de la escucha, ya que los resultados obtenidos por este mecanismo no son válidos.
- f) No se debe colocar al menor en situación de tomar decisiones que impliquen escoger a uno de sus progenitores.
- g) Se debe atender toda forma de expresión del menor al tiempo de la escucha, ya que ello implica una disposición para recibir no solo las palabras, sino los diferentes signos e indicadores directos e indirectos, que son también formas de lenguaje y de válida voz.
- h) El acto siempre finalizará de manera positiva, agradeciendo la colaboración del menor, sin realizar valoraciones de las opiniones brindadas ni creando expectativas acerca de los pasos y decisiones futuras.

- i) Si se toma nota durante el acto, para evitar que se omitan criterios importantes expresados, debe hacerse con discreción.
7. **DOCUMENTACIÓN:** Se debe extender acta, sin la presencia del menor, donde sucintamente se consigne lo manifestado, la cual deberá ser firmada por los presentes; el contenido del acta solo podrá ser revisado por las partes en el proceso, por lo que deberá prohibirse la certificación o posterior divulgación de su contenido. No se permitirá la grabación de la diligencia o utilización de cualquier otro medio de reproducción audiovisual.

Tribunal Supremo Popular

Mayo de 2012

REGLAS PARA LA CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA

8. El equipo multidisciplinario estará conformado por psicólogos, psicopedagogos, psiquiatras, trabajadores sociales, especialistas en trabajo social de la Federación de Mujeres Cubanas, sociólogos, médicos, licenciados en enfermería y otras profesiones afines.
9. La constitución se efectuará en la sede del tribunal, en acto solemne del que se levantará el acta correspondiente y se tomará juramento a cada integrante, a los que se les impondrá de los preceptos del Código de Ética de los Tribunales. Seguidamente, se librarán comunicaciones al centro de trabajo de cada uno de sus miembros, y se le informará los deberes y funciones de los especialistas. La Federación de Mujeres Cubanas propiciará en sus instancias la conformación, coordinación y funcionamiento del equipo. Entre los integrantes, se designará un coordinador, que fungirá como punto de vínculo entre el tribunal y el equipo, para lo cual se atenderán las posibilidades reales de garantizar la atención de esta tarea con la sistematicidad que se requiera.

10. Los integrantes del equipo multidisciplinario tendrán las funciones siguientes:

- a) Contribuir con el desarrollo de la actividad conciliadora del tribunal.
- b) Concurrir al tribunal, previo a la celebración de la comparecencia, a tal efecto, se libraré citación, a través de su coordinador, de manera que garantice la participación de los especialistas que el caso requiera, para el estudio de las actuaciones y ganar claridad en los extremos del debate, entregándose las actuaciones y oficio contentivo de los particulares sobre los cuales debe diagnosticar.
- c) Durante la celebración de la comparecencia, tendrá la participación que el tribunal le confiera, según la metodología, lo que se hace extensivo a la ejecución de las resoluciones judiciales y medidas cautelares.
- d) Emitir dictamen contentivo de los elementos que contribuyan a un fallo acertado y razonable, lo que podrá verificarse en cualquier estado del proceso, a solicitud del tribunal.
- e) La intervención podrá interesarse, también, por las partes como medio de prueba o el tribunal la dispondrá de oficio y para mejor proveer, siempre que el caso lo amerite, para lo que se concederá término que no deberá exceder de 20 días, conforme al artículo 249, último párrafo, de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. El equipo o perito designado para emitir su criterio podrá practicar las diligencias que estime oportunas, las cuales pudieran ser: entrevista individual con las partes, el menor, los integrantes de las organizaciones sociales y de masas del lugar de residencia, del centro laboral, la escuela de los menores involucrados, y cualquiera que se estime indispensable a su juicio.
- f) Concluido el asunto que requiera de seguimiento en la comunidad, el propio equipo puede derivar a la Casa de la Orientación de la Mujer y la Familia para que esta institución prosiga la atención que requiera el caso, sin excluir la posibilidad de que la realice uno de los miembros del equipo.

11. Los integrantes del equipo multidisciplinario tendrán los deberes siguientes:

- d) Comparecer ante el tribunal cuando sean convocados. Emitir los dictámenes en el tiempo requerido y con la calidad necesaria.

- e) Mantener discreción sobre los asuntos que se le sometan a su consideración. Cumplir con los preceptos éticos-comunes refrendados en el Código de Ética Judicial.
- f) Informar si tienen relación de parentesco, amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes del proceso, a los efectos de no intervenir en el asunto.
- g) Para garantizar la debida transparencia en el desempeño, podrán excusarse de intervenir en los asuntos, conforme a las causales del artículo 306 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico; a la vez, las partes podrán oponerse a su participación, de encontrarse incurso en estas, sobre lo que el tribunal decidirá oportunamente.

PROFORMA DE DICTAMEN DEL EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO

Tribunal _____ Popular de:

Expediente No.

Proceso:

19. Objeto del dictamen:

20. Integración del equipo multidisciplinario. (Nombres y especialidades)

21. Acciones que se realizaron: (Entrevistas e indagaciones)

- Lugar
- Orden cronológico
- Observaciones

22. Conclusiones:

- Resultados
- Recomendaciones

23. Firma de los miembros del equipo multidisciplinario designado para el caso.

Tribunal Supremo Popular

Mayo de 2012

Anexo 6

M.Sc. CARIDAD M. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, SECRETARIA DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR-----

CERTIFICO: Que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en sesión ordinaria celebrada el día diecisiete de julio del año dos mil doce, aprobó la Instrucción que es del tenor siguiente:-----

POR CUANTO: Mediante la Instrucción No. 191, aprobada por este propio órgano en sesión ordinaria celebrada el día catorce de abril del año dos mil nueve, se autorizó la aplicación por los tribunales de la jurisdicción civil de las modificaciones que en determinados aspectos de la práctica judicial introdujo la Instrucción No. 187 de 2007, con el fin de proveerlos de mecanismos expeditos tendentes a sanear el proceso luego de concluida la fase de alegaciones mediante la convocatoria de las partes litigantes a la comparecencia a que se refiere el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, la escucha de la opinión de menores de edad o a la obtención, siempre que excepcionalmente fuere preciso, dada su naturaleza, la intervención y, en su caso, el dictamen del referido equipo técnico asesor multidisciplinario.-----

POR CUANTO: Los satisfactorios resultados obtenidos hasta el presente en la aplicación de la referida Instrucción, evidencian que se trata de instrumento de inestimable eficacia en la conducción de los procesos civiles, con incidencia en la calidad de la gestión judicial en esta materia, siendo visibles los efectos positivos que derivan de la mayor flexibilidad y oportunidad para el intercambio entre el tribunal y las partes, por aportar soluciones beneficiosas para el núcleo familiar en su proyección futura; no obstante, la experiencia acumulada en el tiempo de su vigencia pone de manifiesto la necesidad de uniformar su aplicación en el país e incorporar a su contenido regulaciones que propicien el perfeccionamiento de las garantías inherentes a los justiciables.-----

POR CUANTO: Con el propósito de adoptar medidas que contribuyan al perfeccionamiento del proceso civil, y en consonancia con los principios de

oralidad, intermediación, concentración e impulso procesal que lo informan, es imprescindible erradicar el proceder de que, en el propio territorio, se encarguen de la práctica de pruebas u otros actos procesales jueces distintos a los que deben intervenir en la solución definitiva de un asunto, y limitarlo a los casos expresamente autorizados por la ley y, con carácter excepcional, a aquellos supuestos en que resulte materialmente imposible alcanzar ese objetivo.-----

POR TANTO: En uso de las facultades que le están conferidas a tenor de lo preceptuado en el artículo 19, apartado 1, inciso h) de la Ley No. 82, Ley de los Tribunales Populares de once de julio del 1997, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, aprueba la siguiente:

INSTRUCCION No. 217

PRIMERO: Los tribunales de la jurisdicción civil, en los procesos ordinarios, sumarios e incidentes de que conozcan, convocarán a las partes a comparecencia, agotando las posibilidades que ofrece el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, que señalará después de la fase de alegaciones y previo a la apertura a pruebas. Esta comparecencia tendrá, entre sus finalidades, sanear el proceso de aquellas cuestiones litigiosas que subsistan luego de concluida la fase de alegaciones, fijar los términos del debate, y, en los asuntos en que resulte pertinente por su naturaleza disponible, fomentar el diálogo constructivo mediante la actividad conciliatoria y lograr acuerdos que armonicen los intereses de los contendientes.-----

SEGUNDO: De alcanzarse acuerdo en la comparecencia entre los litigantes, el tribunal dictará auto aprobándolo siempre que no contravenga norma de orden público, de naturaleza indisponible; en los procesos ordinarios, de no lograrse acuerdo, en el propio acto de la comparecencia, abrirá el proceso a prueba y, en los procesos sumarios e incidentes, se pronunciará sobre la admisión de las pruebas oportunamente propuestas y, siempre que sea posible, se procederá a su práctica.-----

TERCERO: Para el llamamiento y desarrollo de la comparecencia a que se refiere la presente instrucción, los tribunales de la jurisdicción civil aplicarán, en

lo pertinente, las reglas contenidas en el documento anexo a la Instrucción No. 216, bajo el título “Metodología para la comparecencia que se convoca a tenor del artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico”.-----

CUARTO: Asimismo, procederán según lo dispuesto en la Instrucción No. 216, en aquellos procesos civiles en que resulte necesario escuchar el testimonio de menores de edad.-----

QUINTO: Los tribunales de la jurisdicción civil aplicarán en lo pertinente, además de las normas que en tal sentido específicamente les conciernen, las regulaciones contenidas en la Cuarta Parte, Capítulo X, artículos 799 al 810, de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en lo referido al embargo de bienes y otras medidas cautelares, a los efectos de asegurar de manera eficaz el ulterior cumplimiento de las obligaciones de índole civil decretadas por sentencia firme. También podrán ser adoptadas medidas que garanticen la ejecución de resoluciones judiciales que deben ser dictadas en procesos posteriores, y, en el propio auto que las acuerde, se instruirá a las partes de que sus efectos solo se extenderán por treinta días, contados a partir de la firmeza de la resolución que pone fin al proceso en el que fue dispuesta. En los casos en los que la adopción de medidas cautelares se produzca de forma directa, el tribunal posteriormente oír a las partes, conforme a lo previsto en el artículo 805 de la mencionada norma, y dictará auto que las ratifique, modifique o deje sin efecto lo dispuesto.---

SEXTO: Los Presidentes de Tribunales Municipales Populares y los de las Salas de la especialidad provinciales, velarán que los jueces que participen en los actos de comparecencia, práctica de pruebas y vistas, sean los que acuerden y dicten las resoluciones definitivas, con la única excepción de que resulte materialmente imposible por causa debidamente justificada, dejando constancia en las actuaciones.-----

SÉPTIMO: Queda sin efecto la Instrucción No. 191, de 14 de abril de 2009, aprobada por este Consejo de Gobierno.-----

OCTAVO: Comuníquese la presente Instrucción a los Vicepresidentes y al Presidente de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular; a los Presidentes de los Tribunales Provinciales Populares, y por su conducto a los Presidentes de la Sala de la especialidad de lo Civil de esos órganos, así como a los Presidentes de los Tribunales Municipales Populares; a la Fiscalía General de la República; a la Ministra de Justicia; al Presidente de la Junta Nacional de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos; y publíquese en la *Gaceta Oficial de la República*, para general conocimiento.-----

Y PARA REMITIR AL TRIBUNAL RESPECTIVO, EXPIDO LA PRESENTE EN LA CIUDAD DE LA HABANA, A DIECISIETE DE JULIO DEL AÑO DOS MIL DOCE, "AÑO 54 DE LA REVOLUCIÓN". -----
