



Diciembre 2010

**TUTELA DEL MENOR Y PRÁCTICA JUDICIAL ACTUAL.
PAPEL DEL JUEZ EN EL PROCEDIMIENTO FAMILIAR**

MsC. Caridad Katywska Pimentel Rueda
Lic. Eremis Marilyn Tamayo Pérez
Las Tunas, 15 de enero de 2010

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Pimentel Rueda y Tamayo Pérez: *Tutela del menor y práctica judicial actual.*

Papel del juez en el procedimiento familiar, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, diciembre 2010. www.eumed.net/rev/cccss/10/

RESUMEN

Nuestro trabajo aborda la temática de la protección al menor en el ordenamiento jurídico cubano y la práctica judicial actual con la implementación de los tribunales de familia, siendo el objetivo del mismo, en primer lugar, realizar algunas reflexiones sobre la protección de los derechos de los niños y niñas en el ordenamiento jurídico cubano, y en segundo lugar y no menos importante, el tratamiento procesal en la práctica judicial actual y el papel activo del juez en los tribunales de familia, exponiendo las amplias garantías que poseen los menores y que a pesar de su

regulación en nuestra legislación familiar, la sustanciación de los procesos que en esta materia se tramitan corresponde a tribunales civiles cuya práctica judicial se ha venido atemperando a las condiciones de la realidad social cubana de hoy y para lo cual los órganos encargados de administrar justicia vienen trabajando en aras de lograr una solución a los conflictos de la manera más justa posible, teniendo en cuenta el interés superior del niño, pero con una legislación sustantiva como lo es el Código de Familia que si bien necesita de alguna actualización en determinados temas, por sus más de treinta años de promulgación, ha garantizado desde su puesta en vigor los derechos más elementales de los menores, pretendiendo con nuestra exposición dar a conocer la existencia de un instrumento jurídico que ha venido a fortalecer la práctica judicial en determinados tribunales de nuestro país de manera experimental pero que devendrá de obligatorio cumplimiento por todos los órganos encargados de resolver los conflictos en materia de familia, por la necesidad de alcanzar la más amplia racionalidad en los procesos que se ventilan en nuestros tribunales, donde el juez debe lograr incorporar a la práctica judicial la utilización de determinados preceptos de la ley procesal un poco olvidados, que permitan una justicia de familia diferente que responda a las necesidades de la sociedad cubana de hoy, con un papel cada vez más activo en aras de lograr la satisfacción de los más elementales derechos de los niños por una mejor familia en el futuro.

INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de la Revolución Cubana y como parte de su política, el Estado se ha preocupado por la formación integral y multifacético de los niños, para ello se ha venido trabajando en la promulgación de cuerpos legales y programas para implementar el máximo de garantías a nuestra infancia, por ello es objetivo de nuestro trabajo, en primer lugar, realizar algunas reflexiones sobre la protección de los derechos de los niños y niñas en el ordenamiento jurídico cubano, y en segundo lugar y no menos importante, el tratamiento procesal en la práctica judicial actual, y el papel activo del juez en los tribunales de familia, exponiendo las amplias garantías

que poseen los menores y que a pesar de su regulación en nuestra legislación familiar, la sustanciación de los procesos que en esta materia se tramitan corresponde a tribunales civiles cuya práctica judicial se ha venido atemperando a las condiciones de la realidad social cubana de hoy y para lo cual los órganos encargados de administrar justicia vienen trabajando en aras de lograr una solución a los conflictos de la manera más justa posible, teniendo en cuenta el interés superior del niño, pero con una legislación sustantiva como lo es el Código de Familia que si bien necesita de alguna actualización en determinados temas, por sus más de treinta años de promulgación, ha garantizado desde su puesta en vigor los derechos más elementales de los menores, pretendiendo con nuestra exposición dar a conocer la existencia de un instrumento jurídico que ha venido a fortalecer la práctica judicial en determinados tribunales de nuestro país de manera experimental pero que devendrá de obligatorio cumplimiento por todos los órganos encargados de resolver los conflictos en materia de familia, por la necesidad de alcanzar la más amplia racionalidad en los procesos que se ventilan en nuestros tribunales, donde el juez debe lograr incorporar a la práctica judicial la utilización de determinados preceptos de la ley procesal un poco olvidados, que permitan una justicia de familia diferente que responda a las necesidades de la sociedad cubana de hoy, con un papel cada vez más activo en aras de lograr la satisfacción de los más elementales derechos de los niños por una mejor familia en el futuro.

DESARROLLO

1.- TUTELA DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

El Estado cubano ha venido atemperando gradualmente la legislación nacional a lo estipulado en el tratado internacional que lo constituye la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, donde se proclaman los derechos y deberes que tiene toda persona, sin distinción por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, nacimiento o cualquier otra

condición, y donde se reconoce que la infancia también tiene derechos a cuidados y asistencia especiales; derechos que luego vinieron a recogerse con la promulgación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en fecha 20 de noviembre de 1990, tratado internacional que reúne en un solo documento todos los asuntos relacionados con los derechos de los niños y las niñas, recogiendo tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales, reconocidos como derechos humanos fundamentales, derivados de la dignidad que toda persona debe ostentar con independencia de su edad, por la importancia de garantizar la supervivencia, protección, desarrollo y participación de los niños y las niñas, regulando la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, y que en todas las decisiones concerniente a la infancia se deberá atender primordialmente al interés superior del niño, estableciendo en su artículo 1 que “para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

La Convención de los Derechos del Niño respeta los derechos de los padres a decidir lo que es mejor para sus hijos. En ella se declara explícitamente que los gobiernos harán todo lo que sea necesario para mantener la integridad de las familias y proporcionarán apoyo y asistencia a los padres en el cumplimiento de sus responsabilidades primordiales respecto a la crianza y el desarrollo de sus hijos.

En la Convención se reconoce también la función de la familia para ofrecer en consonancia con la evolución de las facultades del niño, la dirección y orientación apropiadas para que el niño disfrute los derechos establecidos en la Convención (artículo 5). Esta disposición subraya firmemente las funciones de los progenitores y la familia y la situación del niño como titular de derechos. Este principio significa que los padres deben orientar a sus hijos en el ejercicio de sus derechos, pero que el niño, a medida que crece y alcanza su madurez, debe adquirir una mayor responsabilidad en la decisión sobre como ejercer sus derechos. En ella se reconoce la importancia de la familia como grupo social primario y el entorno natural para el

crecimiento y el bienestar de los niños. Mantiene que la familia deberá beneficiar la protección y asistencias necesarias para cumplir con sus responsabilidades, y que los niños deben permanecer con sus padres, excepto cuando la separación sea necesaria para el interés superior del niño, en caso de abusos o abandono paterno. En aquellas situaciones en que los padres viven separados y debe tomarse por las autoridades competentes de acuerdo con las leyes una decisión sobre el lugar de residencia del niño. El niño tiene derecho de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular, a menos que se compruebe que lo contrario es mejor para el niño.

Cuba firmó la Convención en 1990 y la ratificó en el año 1991, pero desde los inicios la Revolución Cubana, se dio a la tarea de crear un amplio sistema legislativo encaminados a proteger esta parte de la población, para ello, la Constitución de la República de Cuba proclamada el 24 de febrero de 1976 recoge la protección a la familia y la maternidad, la igualdad de derechos para todos los hijos y los deberes de los padres de darles alimentos y asistirlos de la defensa de sus legítimos intereses y en la realización de sus aspiraciones, así como el de contribuir a su educación y formación integral como ciudadanos útiles y preparados para la vida en la sociedad; es así que se establece en su artículo 40 que la niñez y la juventud disfruten de particular atención por parte del Estado y la sociedad y que la familia, la escuela, los órganos estatales y las organizaciones de masas y sociales tienen el deber de prestar especial atención a su formación integral.

Refrenda nuestra constitución el principio de igualdad al instituir que todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes, y expresamente establece la creación de instituciones tales como círculos infantiles en beneficio de la familia trabajadora y la especial protección a la maternidad, teniendo presente lo recogido en la Declaración de los derechos del niño y en el propio preámbulo de la Convención “ el niño necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

El Estado cubano dedica especial atención al desarrollo de actividades encaminadas al sano esparcimiento y la diversión de la infancia y la juventud con actividades recreativas propias de cada edad, así como a su participación en la vida cultural del país, a dichos fines existen instituciones culturales que llevan a cabo programas para niños y niñas, tanto en las comunidades donde residen como a otros niveles, potenciando los valores culturales de los mismos. La celebración en Cuba del Día Mundial de la Infancia que constituye todo un acontecimiento y se divulga en todos los medios de comunicación, constituye entre otros, un ejemplo que demuestra el cumplimiento de lo preceptuado en la Convención

También la Constitución cubana reconoce los derechos, deberes y garantías fundamentales de todos los ciudadanos y atendiendo al carácter universal de estos derechos; por ello con la promulgación de la Ley 16 de 28 de junio de 1978, Código de la Niñez y la Juventud, quedó regulado en nuestro país la participación de los niños y los jóvenes en la construcción de la nueva sociedad, estableciendo las obligaciones de las personas, organismos e instituciones que intervienen en su educación, conforme al objetivo de promover la formación de la nueva generación, reconociendo el papel y la autoridad de la familia en la formación moral, física y espiritual de sus miembros más jóvenes y la obligación de conducir a su desarrollo integral y estimular en el hogar el ejercicio de sus deberes y derechos.

Este Código regula el ingreso en los centros del Sistema Nacional de Educación, al desarrollo de escuelas especializadas para niños con limitaciones físicas, mentales o con problemas de conducta, a la formación de intereses vocacionales en los niños desde la educación preescolar hasta la secundaria básica en los palacios y círculos de pioneros, primando el interés y consentimiento de los menores.

Tal es la protección de los derechos del niño en nuestro ordenamiento jurídico, que en derecho de familia, se han aprobado y puesto en vigor cuerpos legales con amplias garantías para la infancia, como lo es la Ley de la maternidad que protege a la madre trabajadora mediante la retribución a la embarazada antes y después del parto hasta el primer año del niño, entre otras garantías, encaminadas a elevar la

protección de ese período de vida, recogiendo preceptos que también incluyen al padre con igualdad de obligaciones en cuanto a los hijos, incluso previendo la retribución para el padre en caso de que la madre del menor falleciera, entre otros aspectos.

En materia familiar constituye un cuerpo normativo muy importante para los operadores del derecho que tienen el ineludible deber de impartir justicia, y hacerlo de manera racional donde prime el interés superior del niño, la Ley 1975, Código de Familia que también contempla los preceptos constitucionales sobre la igualdad de todos los niños, y que además recoge preceptos de carácter procesal en ausencia de una norma de procedimiento familiar, y no obstante existir la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, que regula las cuestiones relativas al divorcio por justa causa, los procesos de alimentos y de jurisdicción voluntaria.

El Código de Familia en virtud del principio de igualdad, regula entre otras cuestiones la inscripción de los hijos no habidos dentro del matrimonio formalizado, que se complementa con la Ley 51 de julio de 1985 del Registro de Estado Civil y que en la práctica se realiza en el propio centro asistencial donde tiene lugar el nacimiento del menor; así como el derecho de la madre a reclamar la filiación si el padre negara la paternidad, lo que tiene lugar mediante la reclamación ante los tribunales civiles en proceso ordinario donde es requisito demandar al fiscal para que sea parte en el proceso y pueda velar por los intereses del menor.

Este Código regula además entre los derechos y deberes de los padres para con sus hijos en virtud del ejercicio de la patria potestad, esforzarse para darles a estos una habitación estable y alimentación adecuada, cuidar de su salud, recreación, atender su educación, dirigir su formación para la vida social, administrar y cuidar sus bienes y representarlos en todos los actos jurídicos en que tengan interés, además de la obligación de dar alimentos, permitiendo al Fiscal además establecer proceso de privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad de los padres que violen o incumplan gravemente sus deberes y obligaciones para con sus hijos, a

través del correspondiente proceso civil ordinario en el que además podrá quedar regulado en que persona o institución quedará la custodia del menor o menores y el régimen de comunicación, además de la cuantía de los alimentos que si procediere se deba fijar.

Así instituciones jurídicas como la adopción y tutela son reguladas con sus características y particularidades, de manera tal que garanticen que los menores tengan aseguradas la protección y representación de sus intereses, pues si bien es requisito esencial en los procesos que se tramitan para ventilar estas cuestiones la participación activa del Fiscal, también los Tribunales en materia de familia son los que están investidos de la obligación de controlar el ejercicio de la tutela, para lo cual este propio Código de Familia dispone la obligación de los tutores de rendir cuenta periódicamente de su gestión ante el Tribunal que dispuso la Tutela, por lo menos una vez al año, y cuantas veces el propio tribunal así lo disponga; llevándose además por dicho órgano de justicia un Registro de Tutelas en el que se dejará constancia entre otras cuestiones, de la existencia de los bienes que el menor posea, el domicilio del menor y del tutor, y el centro de estudios del menor, siendo dicho órgano el facultado para autorizar o no mediante un proceso de utilidad y necesidad la utilización de un modo u otro de dichos bienes del menor, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño, el que además puede ser escuchado en los procesos de adopción una vez que arribe a los siete años de edad, mediante su exploración por el tribunal actuante.

2.-PROCEDIMIENTO FAMILIAR. PRÁCTICA JUDICIAL ACTUAL.

El Derecho Procesal de Familia, es como todo derecho procesal, Derecho Público y si bien es cierto que el Derecho Sustancial de Familia es en puridad un derecho social, el derecho procesal familiar tendrá que ser el cauce por el que transiten los conflictos que surjan de las relaciones familiares y que en virtud de este proceso y no de las tradicionales normas del proceso civil se resuelvan de manera ágil estas confrontaciones en el marco de las relaciones familiares.

En tanto que Derecho Público, el Derecho Procesal Familiar está llamado a tutelar normas de orden público y no privado; es un derecho eminentemente social, diseñado para solucionar, con racionalidad, agilidad y prontitud los conflictos que surjan en la esfera de las relaciones familiares; los valores hacia los que se orientan son diferentes a los que apunta el Derecho Procesal Civil, por cuanto en él están en juego valores fundamentales como la dignidad personal, igualdad, unidad de la familia y el interés supremo de velar por el buen desenvolvimiento de las relaciones familiares; de los menores y de las personas de la tercera edad.

En este tipo de derecho procesal no pueden solamente tomarse en cuenta los derechos patrimoniales o económicos, como en el proceso civil, sino que va más allá de estos limitados objetivos para tutelar derechos de carácter personalísimo como la filiación, el derecho a la comunicación con los hijos; el derecho a la formación de una familia; a la protección de los ancianos, de ahí que los conflictos que se plantean sean de carácter profundamente humanos, por lo que este nuevo Derecho Procesal postula como piedra angular el resolver los conflictos familiares, en lo posible, al eliminar la confrontación entre las partes y en todo caso evitar que exista el mayor daño posible a la familia como célula fundamental de la sociedad.

El Derecho Procesal de Familia ha de apuntar a la realización de normas sustantivas de familia que tienen su fundamento en principios jurídicos, éticos y espirituales que éste específico derecho procesal no puede ignorar, tales son la solidaridad; la autonomía personal de los partícipes en los conflictos familiares; la protección de los menores, discapacitados; los incapaces y las personas de la tercera edad.

Los principios que informan el procedimiento familiar, se toman del propio proceso civil y se atemperan a un derecho eminentemente social, pese a que estos principios tomados del ordenamiento procesal civil son principios que se aferran a concepciones patrimoniales y de la vida privada de las personas, a veces en exceso formalistas; en el procedimiento de familia estos principios tienen sus características propias, donde se requiere la flexibilidad, sobre todo si hubiera que repetir actuaciones judiciales o retrotraerlas, cuando se aprecia que se han violado derechos subjetivos de menores; de adolescentes; de discapacitados ó de ancianos, por sólo citar algunos ejemplos.

El derecho procesal familiar se sustenta en bases en que predomina el papel conciliatorio del juez de familia, que por tener función eminentemente conciliatoria entre los contendores del proceso familiar, debe abstenerse de conocer otros conflictos que se suscitan en la esfera del proceso civil, tales como los patrimoniales; reivindicatorias; rescisiones contractuales; impugnaciones y nulidades que impedirían al juzgador estar anímicamente preparado, después de su participación en estas controversias, para administrar justicia con un prioritario carácter de conciliación en el ámbito familiar del divorcio, los alimentos, la adopción o la tutela.

Es menester hacer comprender a las partes, que una de las razones principales por las que deben evitarse las controversias familiares, es por los costos del juicio, no sólo desde el punto de vista económico, sino también por el desgaste de energías psíquicas, mentales, espirituales, morales y de salud que perjudica a los miembros de una familia.

Por todo ello es necesario sustraer, de la esfera del Derecho Procesal Civil el Derecho Procesal de Familia, pues no resulta ya posible que dentro del cúmulo de trabajo de los jueces que atienden el proceso civil, constituyan "uno más", los numerosos juicios en los que se ventilan problemas familiares; de filiación, de guarda y cuidado de menores hijos, de alimentos que impiden al juez una dedicación especial a tan importante problemática.

Actualmente en Cuba, la mayoría de los procesos que se tramitan en la jurisdicción civil de los Tribunales de Justicia, son asuntos de índole familiar, que conocen los jueces de lo civil y aplican las normas procesales civiles, caracterizadas por la prevalencia del principio procesal de la escritura con relación a la oralidad, donde se dirimen controversias y luchas entre partes y que casi siempre tienen el sello patrimonial inherente al Derecho Civil.

Y si bien como vemos la norma jurídica con que cuentan nuestros órganos de justicia es el Código de Familia de más de treinta años de promulgación, a pesar de sus propuestas de modificación que se han venido estudiando en los últimos años, lo cierto es que el máximo órgano jurisdiccional, el Tribunal Supremo Popular, se ha dado a la tarea de implementar determinadas normas que sirvan a los tribunales de instancia en su difícil tarea de impartir justicia, de manera que permita una práctica

judicial uniforme a lo largo de nuestro país, atemperada a las condiciones actuales que propicie una mayor racionalidad de las decisiones judiciales, interesando la utilización de manera obligatoria en procesos de naturaleza familiar de determinados preceptos que la ley procesal establece para el prudente arbitrio de nuestros órganos de justicia, así como la implementación, 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.

Es así que se instrumentó por la máxima autoridad judicial, la Instrucción 187 de 2007 en vigor desde el 15 de enero de 2008, primeramente y de manera experimental en dos tribunales del país, extendida por acuerdo 26 de 11 de febrero del 2009 a un municipio por provincia, pero con la indicación de irse sumando a ellos otros tribunales en la medida que avance la experiencia, la que ha tenido aceptación por parte de los operadores del derecho en todo el territorio nacional, y es porque las indicaciones que en la misma se recogen no pretenden otra cosa que garantizar los más elementales derechos recogidos en nuestra constitución, todo en virtud de lograr responder al interés superior del niño, mediante una actuación cada vez más eficaz de los jueces, su papel activo en la solución de los conflictos de naturaleza familiar, de ahí que esta instrucción implementa algunas modificaciones en determinados aspectos de la práctica judicial en estos procesos y donde el tribunal que conozca del asunto, a pesar de que es el mismo que hasta el momento también conoce de los procesos civiles de su competencia, se integre por jueces profesionales que se especialicen en la temática familiar, lo que muy bien pudiera extenderse a los jueces legos como parte de la justicia popular, y ya esto es criterio de las autoras, para que con sus conocimientos como pedagogos, terapeutas o sicólogos, entre otras disciplinas, auxilien a los profesionales en esa difícil tarea, trasmitiendo sus experiencias adquiridas durante su trayectoria laboral directamente vinculada al trabajo con los niños, de cómo pueden actuar en determinado momento y bajo la presión psicológica incluso de sus padres.

Esta instrucción, teniendo en cuenta la complejidad y características especiales de los asuntos en materia de familia, fundamenta la conveniencia de que en los asuntos que se requiera, nuestros tribunales puedan recabar el parecer de un equipo técnico asesor multidisciplinario, que posibilite a los jueces contar con criterios profesionales especializados en esta materia, creados para que los provea de mayores y mejores elementos para tomar sus decisiones, en aras de satisfacer hondos intereses humanos, afectivos y sociales de las personas involucradas en dichos procesos, sobre todo para conocer los más íntimos deseos de los niños que con una exploración común no se pudiera lograr, pero haciéndolo fuera de la sede del tribunal, en condiciones especiales donde el niño no sienta la presión de los jueces investidos de su solemnidad y su atuendo, lo que pudiera impedir en tales circunstancias escuchar su verdadero sentir; recomendándose oír a estos menores en los procesos en los que se esté determinando la guarda y cuidado del niño mayor de siete años de edad, que ya puede emitir criterio de lo que quiere o no, dirigiéndole preguntas que en modo alguno lo coloquen en situación de ofrecer respuesta que implique el repudio de alguno de sus padres. Sirviendo además el criterio de estos especialistas para ilustrar a los jueces de la posible manipulación o no de estos niños por parte de los adultos, en virtud de su estado de dependencia psicológica en que pudieran estar imbuidos. Exploración que en definitiva se indica que sea practicada en la Casa de Orientación a la Mujer y la Familia de la Federación de Mujeres Cubanas que existen en las comunidades, u otro lugar con condiciones apropiadas para el acto que se realiza, en el que pudiera estar presente además, y también es criterio de las autoras, el médico de familia que atiende al menor desde que está en el vientre de la madre y que pudiera aportar al Tribunal antecedentes patológicos y de determinada conducta del menor, así como su evolución progresiva, lo que pudiera servir de mucho a los jueces en sus decisiones, sin olvidar incluso el criterio del profesor o profesores que están con el niño durante su vida escolar y que también pueden ser de gran ayuda, al igual que los trabajadores sociales.

Por todo ello y por la importancia que se le ha brindado a la protección de los menores en nuestra legislación, es que esta instrucción indica que en estos

procesos en los que se ventile la guarda y cuidado y régimen de comunicación de los menores, se traiga por el Tribunal a los abuelos como terceros con interés en el pleito, cuando resulte racionalmente conveniente, lo que bien pudiera ocurrir en aquellos asuntos en los que los abuelos han tomado participación activa en la educación de sus nietos, o en aquellos casos en que por circunstancias especiales han tenido que apoyar el cuidado de estos cuando la madre o padre, en el menor de los casos, que tiene la guarda y cuidado del niño o niña, ha tenido que ausentarse por tiempo prolongado en funciones de trabajo fuera del territorio nacional, me refiero en las nuevas condiciones que vive nuestro país, donde a pesar de que siempre ha primado el internacionalismo y la colaboración con otros países, actualmente se ha acrecentado con el apoyo de los médicos y demás personal capacitado a países hermanos, como Venezuela, en los que nada ha impedido a la madre con hijos menores, el acudir al llamado de aportar su grano de arena en los programas de colaboración con estos países, siendo conocido por todos por ser una realidad cubana, que en la mayoría de los casos son las madres las que han tenido la guarda y cuidado de sus hijos, y donde los abuelos han jugado un papel fundamental en la crianza de los hijos, que se traiga al proceso que se ventila, a estos como terceros interesados para que sean oídos.

También en estos procesos se dispone por la referida Instrucción traer al fiscal para oír su parecer al respecto, pues si bien, la intervención de la Fiscalía en los procesos de familia, como parte actora o demandada, es tan amplia como la expresión “interés social”, concepto sin restricciones que no tiene carácter taxativo, es preciso que se refuerce el papel del Fiscal en el procedimiento familiar, visto el Fiscal de Familia como protector de los derechos de determinadas personas o partícipes en el proceso familiar, por ese papel que le corresponde en el ordenamiento jurídico socialista de fungir como protector de los derechos ciudadanos. Pero de lo que se trata es de que el Fiscal investigue, profundice y esté en la primera línea de interés en cuanto asunto de familia, que interiorice que es vital su presencia en aras del interés superior de los niños y niñas; de los discapacitados; personas de la tercera edad; de violencia doméstica. El Fiscal de Familia no puede conformarse con oponerse a demandas; excepcionar rara vez; proponer alguna que otra prueba, o

simplemente no contestar a una promoción. No se trata del Fiscal de asuntos civiles que no tiene por qué interesarse en la litis privada de dos contendientes, salvo que haya afectación de un interés público o social. Se trata de un sujeto procesal velador de la buena marcha de las relaciones familiares, que con su reconocida autoridad estatal puede contribuir con extrema valía a la plena realización de la justicia de familia, que no es otra cosa que la búsqueda de la única verdad existente, la verdad que se corresponde con el mundo.

Esta Instrucción también estipula hacer uso de manera preceptiva del artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico en los procesos de determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación del menor con el padre que no tenga la guarda y cuidado de éste, de manera que el tribunal pueda oír en la comparecencia, después de evacuado el trámite de contestación o vencido éste, y antes de disponer la práctica de pruebas, el parecer de cada uno de los padres, escuchando sus criterios al respecto, de modo que se encause la discusión en lo que resulte más beneficioso para el menor y en igualdad de condiciones, donde el menor también pueda ser oído, garantizándose por parte del tribunal el principio de celeridad que debe observarse en la tramitación de los procesos.

También se regula en cuanto a la tramitación de los proceso Sumarios en casos de Alimentos, cuando se advierta demora en la obtención de la certificación acreditativa del nacimiento de los destinatarios de ese derecho, que puede el tribunal estimar acreditado el mismo, teniendo a la vista los datos obrantes en la tarjeta del menor, o en su caso el Carne de Identidad, cuya exhibición debe exigirse a la demandante en el proceso al formular su pretensión, y la necesidad de que se disponga una pensión provisional mientras se sustancie el proceso, de manera que quede protegido el niño de alimentos aun cuando el proceso demore en resolverse por cualquier motivo, dejando sentada dicha instrucción la vigencia del Acuerdo 28 de 5 de febrero de 1985, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en el sentido que se precisa su aplicación en todos los casos.

Otra cuestión que dispone esta norma y que resulta novedoso es que el tribunal podrá para mejor proveer, cuando resulte necesario, 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 al asunto objeto del debate; disponiendo además dicha instrucción que en los procesos de divorcio en los que se haya dispuesto auto de medidas provisionales, cuando quien sea sujeto a dicha ejecución esté constituido y declarado en rebeldía, se le notifique el referido auto, cuya diligencia ha de practicarse en el domicilio que le aparece consignado en las actuaciones, de manera que pueda alcanzarse la efectiva ejecución de las resoluciones que se dicten resolviendo conflictos de guarda y cuidado, régimen de comunicación y fijación de pensión, dentro de las que están incluidas los referidos autos de medidas provisionales acordados en procesos de divorcio.

No podemos olvidar, por último la referencia expresa que hace dicha instrucción a las garantías que ofrece el artículo 40 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, para que el tribunal en presencia de una situación de evidente indefensión o desigualdad susceptible de causar perjuicio irreparable no imputable a la parte que la sufra, y no tuviera solución específica en la ley procesal, disponga de oficio y oídas las partes, las medidas necesarias para establecer la equidad procesal, incluyendo las de tipo cautelar.

3.-PAPEL DEL JUEZ EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA.

El papel de los tribunales cubanos en la aplicación del Derecho Procesal de Familia debe ser, tal cual es en la actualidad, un papel de sujeto procesal jerárquicamente subordinante, o sea, de director del proceso, de órgano que por encima de cualquier interés particular, buscará la impartición de una justicia signada por la racionalidad, máxime cuando en el actual procedimiento civil cubano prima el principio de la impulsión de oficio por sobre el principio dispositivo, que es el que deja el proceso en manos de las partes y el Tribunal, en aras de garantizar la plena realización de la

justicia, tiene a su disposición el instituto de las pruebas para mejor proveer que le permite en cualquier circunstancia, sin subrogarse en lugar y grado de las partes y de la carga procesal de la prueba que le viene atribuida a estas por mandato legal, a disponer cualquier diligencia para el esclarecimiento de la verdad; aspecto que se refuerza en el procedimiento de familia en que el Tribunal ejerce una indiscutible función “tuitiva” al tratar asuntos de menores, incapacitados, desvalidos o en que peligre un interés social.

Se trata de una justicia de acompañamiento donde el juez va a contar con criterios de especialistas que lo va a dotar de herramientas en lo que resulte más beneficioso para el menor, pero que por sí tiene que estar preparado en técnicas de mediación y conciliación para incorporarlas a su actuación en la comparecencia, tomando de ellas lo que mejor resulte en cada caso, donde debe convencer a las partes, que son en definitiva los padres del menor cuya guarda y cuidado se pretende, que no se trata de que haya un ganador y un perdedor, pues no es un litigio civil donde se distribuyen bienes materiales, se trata de la familia y el bien preciado es el niño o niña y la forma en que se comunicará con sus padres después de la separación de éstos, se trata de que el juez logre con su papel activo, que las partes lleguen a un acuerdo realizable teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Este papel activo del juez en el comando efectivo del proceso, debe estar presente en todo momento, determinando de oficio emplazar a la figura de los abuelos en caso de que no se haga por el actor al establecer la demanda, sobre todo en los procesos de determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación, de manera que este pueda alegar a favor del interés superior del niño lo que resulte mas beneficioso para él, cuidando de no privar al padre que hasta el cumplimiento de su misión internacionalista estaba al cuidado de su pequeña hija o hijo, de este derecho por el simple hecho de cumplir con su deber.

Por todo ello el juez debe estar preparado en la materia, debe especializarse en los temas de familia, concentrado en cada uno de los asuntos de esta naturaleza que tiene a su cargo, pero sobre todo con el tiempo suficiente para realizar las

coordinaciones precisar con el grupo técnico asesor multidisciplinario, logrando adecuar los horarios de los señalamientos en los que necesite la participación de un miembro del grupo o de todos ellos, acorde a las posibilidades de éstos, pues son personas que realizan la labor de manera voluntaria y tienen otras responsabilidades en sus centros donde laboran. Pero además contribuir a la capacitación de éstos en cuestiones de derecho, fundamentalmente de procedimiento, que permita lograr una mayor calidad en los trámites judiciales, y que además sirva de retroalimentación para ir salvando irregularidades que se presenten en la marcha.

Por otro lado si bien se aprecia un aumento de la participación del fiscal en procesos en que se discuten cuestiones tan álgidas como la impugnación de la filiación; reconocimientos de uniones de hecho; adopciones; tutelas; del usufructo legal vinculado a la patria potestad cuando se tramitan expedientes de jurisdicción voluntaria sobre utilidad y necesidad de enajenación de bienes cuyos titulares son menores; resulta primordial que su participación se torne más activa, apoyando al juez en su papel de conciliador, buscando fórmulas que eviten que el proceso familiar se convierta en un duelo entre partes, por su importancia social y que en estos procesos en que existan intereses de menores o discapacitados, o de personas de la tercera edad, asuma la defensa del demandado que no concurre, lo que evitaría que la ausencia del mismo perjudicara en definitiva los intereses de la familia.

Por ello es que consideramos que el Fiscal en el Procedimiento Familiar debe ser llamado por el demandante como parte en el proceso desde que inicia la demanda, pero si no lo hiciera, el juez en su papel de impartir justicia y cada vez más activo, llamado a lograr la equidad del debate, debe traerlo al proceso, pero no al momento de la comparecencia que dispone el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, y que indica la referida instrucción, sino desde el inicio del proceso para desde temprano comience su labor, indague, investigue, se provea de los elementos necesarios de los que puede nutrirse desde la base, en el medio en que se desarrolla esa familia, desde el barrio, elementos que puede tener y que lo provee de ventajas con respecto al juez, para que los incorpore al proceso,

no solo en la contestación, sino en la comparecencia y si fuera necesario en el período probatorio.

La participación que se quiere del fiscal, le permite al juez una actuación más racional, sobre todo en la comparecencia dispuesta en el procedimiento familiar, y es así que la práctica judicial de la experiencia, en lo que va de aplicación, ha demostrado que en los casos en que se ha llamado al fiscal a la comparecencia donde participan no solo las partes, sino también uno o más miembros del grupo técnico asesor multidisciplinario, se ha logrado el acuerdo entre los litigantes, que no son más que los progenitores del menor cuya guarda y cuidado y régimen de comunicación se está discutiendo, y realmente ha sido positivo el actuar del fiscal apoyando al juez al proponer soluciones atemperadas a las necesidades reales de los niños, y muy fundamental, en lograr un acuerdo que permita a los padres su cumplimiento extra proceso , sin la imposición de un juez, con una sentencia obligatoria, sino con un acuerdo que derive en transacción judicial teniendo en cuenta el interés superior del niño.

CONCLUSIONES

En Cuba desde el mismo triunfo de la revolución se han venido protegiendo, sin lugar a dudas, los más elementales derechos de la infancia y la adolescencia a través de diferentes cuerpos legislativos, partiendo de la Constitución de la República y en correspondencia con las normas internacionales que a tal efectos han sido promulgadas, respaldados en un sistema que garantiza la igualdad y equidad de posibilidades.

Contamos con un Código de Familia que si bien posee sus limitaciones como toda norma que debe renovarse por el transcurso del tiempo, también es portador de las más amplias garantía de lo derechos constitucionales de los niños, contribuyendo notablemente a los avances logrados en el ámbito educativo y cultural de la

población cubana; en correspondencia con lo estipulado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

La practica judicial ha demostrado una actuación cada vez más racional de los jueces encargados de administrar justicia, especialistas en la temática familiar, auxiliados por un equipo que, en tanto especialistas en sociología, pedagogía, psicología o trabajo social, permite la armonización de los conflictos familiares, lo que ha sido posible con su instrumentación mediante una norma procesal que, hasta tanto se modifique la ley adjetiva vigente, resulta de gran ayuda a los operadores del derecho en su quehacer diario en la administración de justicia, como lo es la Instrucción 187 de 2007 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, extendida su práctica a todas las provincias del país a través de un municipio, donde estén creadas las condiciones necesarias para su implementación, instrumento que permite además, lograr el incremento de la calidad en el tratamiento judicial de las cuestiones comprendidas en el Derecho de Familia, conforme a las proyecciones estratégicas de nuestros órganos, que es la prestación más eficiente de los servicios de la administración de justicia en nuestra sociedad.

Es así que estamos en condiciones de lograr un tribunal de familia donde el juez está obligado a coadyuvar a la realización de los más elementales derechos de los menores, jugando un papel cada vez más activo en el procedimiento familiar en aras de una sociedad superior y de la armonización de la familia como su célula fundamental.

RECOMENDACIONES

Invitamos al estudio de tales indicaciones para coadyuvar al desempeño exitoso de los órganos jurisdiccionales en la impartición de justicia en los procesos de familia, en los que están en juego los derechos más elementales de los menores y en el que los tribunales no solo estén integrados por jueces profesionales especializados en la temática familiar, sino que los mismos jueguen un papel cada vez más activo, para coadyuvar a la realización de los más elementales derechos de los menores., todo en tributo al interés superior del niño.

Que si bien se establecen determinadas indicaciones para una práctica judicial uniforme, no es un tema acabado por la naturaleza de los procesos que se ventilan, por lo que deberá ser enriquecido con el ejercicio profesional en la medida que vaya avanzando la experiencia en la aplicación y puesta en práctica de dicho instrumento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.(diciembre 1948)
- Convención Internacional de los Derechos del Niño (noviembre 1990).
- Constitución de la República de Cuba (24 de Febrero de 1976)
- Ley 16 Código de la Niñez y la Juventud (28 de junio de 1978)
- Ley de maternidad
- Ley 1289, Código de Familia (14 de febrero de 1975)
- Ley 7, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (19 de agosto de 1977)
- Instrucción 187 de 2007 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.