
SUMARIO

- 3 • *Procedencia o admisibilidad del recurso de casación*
Esp. Maricela Sosa Ravelo y Esp. Tomás Betancourt Peña
- 11 • *La necesidad de incorporar el principio de oportunidad al proceso penal cubano*
M.Sc. Rufina de la C. Hernández Rodríguez
- 31 • *El delito de receptación en la práctica judicial cubana*
Esp. María C. Bertot Yero y Lic. Dayán G. López Rojas
- 50 • *Apuntes sobre el procedimiento administrativo*
M.Sc. Carlos M. Díaz Tenreiro
- 70 • *Control judicial del ejercicio de la potestad discrecional de la administración*
Lic. Kenia M. Valdés Rosabal
- 87 • *Antinomia y desregulación en el Derecho laboral cubano: la función integradora del juez*
Esp. Nancy Morales González y Esp. Aymee Fernández Toledo
- 105 • *De un proceso ejecutivo a otro*
M.Sc. Ranulfo A. Andux Alfonso
- 111 • *El estado de insolvencia de las entidades estatales*
M.Sc. Ibrahím Elizalde Almeida y Esp. María de los Á. Venegas Pentón
- 122 • *Las medidas cautelares en la determinación de guarda y cuidado*
Lic. Astriz Ramírez Núñez
- 144 • *Alejandro García Caturla, mártir de la judicatura*
Cor. Ismael Lema Águila
- 160 • *Ejemplos de intransigencia revolucionaria*
Lic. Plácido Batista Veranes
- 167 • *El rol del abogado en los procesos de familia*
M.Sc. Guillermo Rodríguez Gutiérrez
- 180 • *Actualidad judicial*
Lic. Celaida Rivero Mederos
- 186 • *El universo de los números (I)*
Lic. Juan R. Rodríguez Gómez

Entre las numerosas actividades que generó la celebración del 40.º aniversario de la constitución del Sistema de Tribunales Populares, estuvo la realización de un concurso extraordinario, convocado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, mediante el Acuerdo No. 59 de 2013. Como resultado del análisis de los múltiples trabajos entregados, el jurado decidió conceder un premio y cuatro menciones, de los cuales, tres se incluyen en esta edición.

Justicia y Derecho
revista del Tribunal Supremo Popular
de la República de Cuba

Director

Esp. Oscar Manuel Silvera Martínez

Consejo editorial

M.Sc. Carlos M. Díaz Tenreiro

Esp. Vivian Aguilar Pascaud

Esp. Maricela Sosa Ravelo

Esp. Liliana Hernández Díaz

Esp. María C. Bertot Yero

Esp. Isabel I. Arredondo Suárez

Composición y diseño

Lic. Ramón Caballero Arbelo

Edición

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Corrección

Lic. Norma Castillo Falcato

Redacción

Avenida Independencia, entre Tulipán y Lombillo,

Plaza de la Revolución, La Habana

Teléfono: (537) 855 5035

E-mail: celaida@tsp.cu

ISSN 1810-0171

Publicación semestral

Año 12, no. 22, junio de 2014

PROCEDENCIA O ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN

Esp. Maricela Sosa Ravelo,
presidenta, Sala de lo Penal, TSP

Esp. Tomás Betancourt Peña,
juez profesional, y director de Supervisión
y Atención a la Población, TSP

LA procedencia o admisibilidad del recurso de casación está dada por el conjunto de requisitos necesarios para que el tribunal pueda pronunciarse sobre el fondo de la impugnación.

El recurso se concederá si ha sido interpuesto en forma y término por quien puede recurrir, y si la resolución impugnada da lugar a él.

Aspectos sobre los que debe recaer el examen para la admisión:

- a) La existencia de un derecho impugnatorio, para lo cual es necesario que la ley otorgue la posibilidad de recurrir en casación una resolución determinada (impugnabilidad objetiva) y que el sujeto esté legitimado para ello por tener un interés jurídico en ese trámite y capacidad legal para interponerla con relación al gravamen que la resolución le ocasiona (impugnabilidad subjetiva).
- b) La concurrencia de los requisitos formales de modo, lugar y tiempo que deben rodear a la interposición del recurso como acto procesal.
- c) Que el recurso se ajuste a las causales que establece la ley para la casación.

Derecho impugnatorio: Es el poder jurídico formal otorgado a un sujeto procesal para deducir el recurso de casación por los motivos admitidos, y en las condiciones de forma, lugar y tiempo prescriptas.

Por regla, el recurso se concede solo cuando la ley expresamente lo establece, con lo que se consagra el principio de taxatividad, según el cual la impugnación procede solo en los casos específicamente previstos. Es en virtud de esta regla que el criterio para juzgar su procedencia debe ser restrictivo, sin que sea necesario acudir a consideraciones fundadas en el carácter ordinario o extraordinario del recurso.

Impugnabilidad objetiva: Conjunto de requisitos genéricos que la ley establece para su admisibilidad, sin vincularlos particularmente a un sujeto procesal determinado, con la indicación de las resoluciones que pueden ser objeto del recurso de casación.

Impugnabilidad subjetiva: Requisitos establecidos por la ley con relación a los sujetos del proceso. Establece genéricamente la necesidad de que exista un interés en la impugnación y, en específico, la naturaleza o contenido de las resolu-

ciones impugnables por cada sujeto en particular.

INTERÉS EN RECURRIR

El interés es la medida del recurso. Este principio está consagrado en que “el derecho de recurrir corresponderá tan solo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo”.

Desde el punto de vista objetivo, para que exista un interés, la resolución debe tener un contenido desfavorable para el impugnante, a los efectos del ordenamiento jurídico, concretamente y no según su apreciación subjetiva. Debe ocasionarle un gravamen, esto es, un perjuicio o una desventaja, consistente en una restricción a su derecho o su libertad. Desde el punto de vista subjetivo, el interés debe surgir de la discrepancia del sujeto con la resolución impugnada, es decir, del no asentimiento a los efectos perjudiciales del fallo. Puede hacer desaparecer el interés con el desistimiento expreso, después de presentado el recurso y antes de dictarse sentencia de casación.

La casación es un recurso limitado, ya que solo permite investigar si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión del Derecho formal o material. De acuerdo con la anterior afirmación, constituye un presupuesto para su eficacia la denuncia de la violación de una ley procesal o material; pero este recurso no permite reclamar ante cualquier presunta violación del referido Derecho, y solo autoriza a

combatir aquellas infracciones que expresamente prevé la ley.

El recurso, en todos los casos, debe ajustarse, bajo sanción de inadmisibilidad, a las condiciones de forma prescriptas y dentro de los plazos previstos.

CAUSALES DE INADMISIBILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

En España, los artículos 884 y 885 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) establecen como causas de inadmisión del recurso las siguientes:

1.^a Que el recurso se hubiera interpuesto por causas distintas de las expresadas en los artículos 849 al 851 de la LECrim.

2.^a Que se hubiera interpuesto contra resoluciones no impugnables en casación.

3.^a Que no se respetaren los hechos probados, salvo que el recurso se interpusiera por error en la apreciación de la prueba.

4.^a Que no se hubieran respetado los requisitos exigidos por la ley para la preparación o interposición del recurso.

5.^a Que no se hubiera formulado la oportuna reclamación contra la falta, en caso de quebrantamiento de forma, por defectos en el procedimiento.

6.^a Que el documento no obrase en autos o no se hubieran designado los particulares que demuestren el error.

7.^a Cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento.

8.^a Cuando se hayan desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales.

En cuanto a las dos últimas (falta manifiesta de fundamento y desestimación de otros recursos iguales, introducidas en la LECrim por la Ley No. 21, de 19 de julio de 1988), llama la atención cómo en el trámite de admisión, se insta al juzgador a realizar un examen sobre el fondo.

En España, la reforma de 19 de julio de 1988 surge como necesidad de aligerar la carga de recursos pendientes ante el Tribunal Supremo. Esta ley da un nuevo contenido a la inadmisión, con un menor formalismo, y posibilita que pueda acordarse no solo por defectos de forma en la impugnación, sino que lo extiende al fondo.

El nuevo Código procesal de Perú, en el Artículo 428, establece las siguientes causales de inadmisibilidad:

- a) No se cumplan los requisitos y causales previstos en los artículos 405 y 429; el primero establece como requisitos:
 - Que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado legalmente para ello. El ministerio público puede recurrir incluso a favor del imputado.
 - Que sea interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la ley. También puede ser interpuesto en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva.
 - Que se precise las partes o puntos de la decisión a los

que se refiere la impugnación, y se expresen las razones, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.

- b) Se hubiere interpuesto por motivos distintos a los enumerados en el Código.
- c) Se refiere a resoluciones no impugnables en casación.
- d) El recurrente hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, si esta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso; o si invoca violaciones de la ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación.

También declarará la inadmisibilidad del recurso cuando:

- a) Carezca manifiestamente de fundamento.
- b) Se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida.

En estos casos, la inadmisibilidad del recurso podrá afectar todos los motivos aducidos o referirse solamente a alguno de ellos.

Como se aprecia, en España y en Perú, la inadmisibilidad no está sujeta solo a defectos de índole formal, sino también se prevén sobre cuestiones de fondo.

El Código procesal penal de Córdoba (1991), en el Artículo 455, regula que el recurso no será concedido por el tribunal que dictó la resolución

impugnada, cuando esta fuere irrecurrible, o aquel no fuere interpuesto en tiempo, por quien tenga derecho. Si el recurso fuere inadmisibile el tribunal de alzada deberá declararlo así sin pronunciarse sobre el fondo. También deberá rechazar el recurso cuando fuere evidente que es sustancialmente improcedente.

En Costa Rica, el Artículo 447 del Código procesal penal establece que el tribunal de casación podrá declarar inadmisibile el recurso, si estima que la resolución no es recurrible, que el recurso ha sido interpuesto en forma extemporánea o que la parte no tiene el derecho de recurrir, en cuyo caso lo declarará así y devolverá las actuaciones al tribunal de origen. Igual línea sigue el Código procesal de Nicaragua.

El Código procesal de Chile, en el Artículo 383, sobre la admisibilidad del recurso en el tribunal *ad quem*, establece que este lo declarará inadmisibile si el escrito de interposición careciere de fundamentos de hecho y de derecho o de peticiones concretas, o el recurso no se hubiere preparado oportunamente.

El Artículo 421 del Código procesal de El Salvador, de 1998, precisa que, cuando el precepto legal que se invoque como inobservado, o erróneamente aplicado, constituya un defecto del procedimiento, el recurso solo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su subsanación o ha hecho protesta de recurrir en casación, salvo en los casos de nulidad no subsanable, y en los artículos 422 y siguientes regula los requisitos for-

males de tiempo, forma y lugar para la interposición de recursos.

ANÁLISIS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PROCESAL CUBANO

A la LECrim le fueron modificados algunos preceptos relacionados con el recurso de casación, por las órdenes No. 92, de 9 de mayo de 1900; y No. 84, de 25 de marzo de 1901, del gobierno interventor norteamericano, y por Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, el 8 de noviembre de 1915, que modificó varios preceptos legales relacionados con el régimen de los recursos, entre ellos los concernientes a las causales de inadmisión, razón por la cual el Artículo 914 de la LECrim establecía, que no será admisible el recurso por quebrantamiento de forma, si la parte que intente interponerlo no hubiese reclamado la falta, siendo posible, ni hecho la oportuna protesta con sujeción a lo dispuesto en la ley, en los casos que precisa diligencia de prueba, denegación de prueba, citación para la sentencia, etc. Así, de manera amplia, se regulaba la facultad del tribunal de instancia para no admitir el recurso de casación, desde el incumplimiento del término, a la no correspondencia del recurso con las causales señaladas, si no se habían citado las leyes infringidas en los recursos por infracción de ley; y, contra el auto denegatorio, establecía el recurso de queja ante la sala del supremo tribunal.

La Ley No. 1251 de 1973 simplificó la tramitación de la casación, de modo

que su sustanciación y resolución no fueran obstaculizadas por requisitos puramente formales; la estableció solo como causal de inadmisibilidad apreciable por el tribunal de instancia, en el caso de la infracción del término para la interposición; y la Ley No. 5 de 1977, que sustituyó a la antes citada, mantuvo similar posición.

El Artículo 75 de la derogada Ley No. 1251 de 1973, y la vigente Ley No. 5, de procedimiento penal, le han concedido facultad al máximo órgano de justicia para declarar inadmisibile el recurso de casación, cuando no se han cumplido los requisitos establecidos en los artículos precedentes; por ello, los jueces de casación tienen facultad para inadmitir un recurso, cuando se haya vulnerado lo dispuesto en los artículos 67 al 74, acerca de los cuales, a continuación, se realiza un breve comentario.

El Artículo 67 de la Ley No. 5 define las resoluciones contra las que se puede establecer recurso de casación ante las salas de lo penal y de los delitos contra la seguridad del Estado del Tribunal Supremo Popular (TSP): sentencias definitivas dictadas, en materia penal, por los tribunales provinciales.

En sentido propio, es la resolución que pone término al proceso (en virtud de un debate), con un pronunciamiento acerca de la condena o absolución del acusado, pero su nota característica es el efecto de poner término al proceso. Por esta razón, el concepto de sentencia se extiende a la resolución dictada después del debate que, sin decidir sobre el fondo del asunto, se pronuncia sobre

cuestiones previas, sustanciales o formales, que implican la imposibilidad de conocerlo; y, también, a la que, dictada antes del debate, sobre el fondo o cuestiones previas, causa la extinción del proceso.

Por ello, la ley también prevé la posibilidad de este recurso contra autos que tengan la virtualidad de ponerle fin al proceso o impedir su continuación (apartados tres y cuatro del artículo inicialmente citado).

Cuando el recurso se interponga contra una resolución distinta a las previstas en este precepto, el recurso sería inadmisibile, por faltar el requisito de la impugnabilidad objetiva.

Siguiendo esta línea, se pronunciaron los acuerdos No. 111, de 19 de mayo de 1981, del Consejo de Gobierno del TSP, en el que decretó la inadmisibilidat de casación contra cualquier resolución de los tribunales municipales populares y el No. 92, de 30 de septiembre de 1987, contra el auto que otorga o deniega libertad condicional.

El Artículo 68 define las clases de recursos que se pueden interponer por vía de la casación, por infracción de ley y por quebrantamiento de forma; fija las causales según la ley infringida –procesal o material–, y la argumentación del recurso, donde resulta imprescindible fundamentar lo determinante del vicio denunciado para la modificación de lo resuelto.

El Artículo 71 regula el término para establecer el recurso de casación contra auto o sentencia; y el 72, la forma en que las partes deben realizar el escrito de casación (expresamente, limita al tribunal sentenciador

a declarar inadmisibile el recurso de casación, cuando sea extemporáneo), lo que ratifica el Acuerdo No. 261, de 14 de abril de 1976, el que, además, le precisa al tribunal que conocerá el recurso que, cuando la impugnación adolece de algún requisito meramente formal, no deberá por esa razón rechazar el recurso, sin antes instruir al recurrente para que pueda subsanar en un plazo prudencial.

Del análisis del Artículo 65 de la Ley de procedimiento penal (LPP), se colige que el TSP tiene facultades para declarar improcedente un recurso de casación por inadmisibilidad, sin que exista polémica en cuanto a cuándo se interpone contra resolución que no prevé la ley, por haber decursado el término previsto para su interposición, o si la parte que lo presenta no está legitimada para ello; sin embargo, en virtud de este precepto, también es posible decretar la inadmisibilidad, cuando el motivo de la infracción no tenga cauce legal en los artículos 69 y 70.

En los diferentes códigos procesales, se reitera el criterio de que, en los recursos por quebrantamiento de forma, es necesario que el agraviado haya denunciado la falta en el momento procesal que corresponda —y que dicha falta no haya sido subsanada, porque esto implica la desaparición del vicio y el perfeccionamiento del acto—, o haya realizado la protesta antes de recurrir, pronunciamiento que también regula el Artículo 226 del Código modelo para iberoamérica.

El Artículo 70 (apartado 1) de la LPP establece la causal de forma, si

se ha denegado alguna diligencia de prueba que se considere pertinente; en el apartado 3, cuando se desestime pregunta capciosa, sugestiva o impertinente, aunque no lo sea, en realidad, y que resulte de manifiesta influencia para la decisión de la causa. Asimismo, los artículos 287 y 322 de la antes citada ley establecen la obligación, de la parte afectada, de establecer recurso de casación siempre que prepare esta posibilidad con la correspondiente protesta, como vía para dejar a salvo el derecho del interesado y constancia de que no lo consiente; por tanto, si no se ha efectuado tempestivamente el reclamo y se ha omitido la protesta, el recurso será inadmisibile.

Mediante el apartado 5, el Artículo 70 establece, de manera expresa, la posibilidad del recurso por esta causal, cuando el tribunal no haya respondido todos los puntos de derecho que fueron objeto de la acusación o la defensa; entonces, sería válido preguntar si, cuando alguna de las partes invoca este precepto y la cuestión que pretende que sea respondida no la alegó durante el proceso, es necesario entrar a conocer el fondo y terminar la solución del recurso por sentencia o por un auto de inadmisibilidad.

El apartado 6 del Artículo 70 de la LPP establece, como motivo, que el tribunal de instancia haya incumplido con los artículos 350 y 357. El primero prevé que el tribunal hará uso de la fórmula, cuando entienda imponer una sanción más grave que la solicitada. Se reciben recursos de casación, bajo esta causal, invocando la

falta del tribunal por haber impuesto una sanción de privación de libertad, mientras el fiscal solicitaba subsidiaria o el tribunal impuso una sanción subsidiaria de mayor rigor; sin embargo, el Dictamen No. 296, Acuerdo No. 104, de 8 de noviembre de 1988, del Consejo de Gobierno del TSP, dejó esclarecido este particular, en el sentido de que los supuestos enunciados no constituyen sanción más grave; por ello, cuando el recurso verse solo sobre este razonamiento, pudiera declararse inadmisibile.

En los recursos por infracción de ley, si se cuestiona el hecho probado y, sobre la base de sus intereses, la parte ha expuesto un hecho distinto acerca del cual realiza sus consideraciones jurídicas (y, del examen, no se advierte en el contenido de la sentencia ninguna irregularidad y se corresponde el hecho probado con la prueba), el tribunal de casación pudiera declararlo inadmisibile, por no respetar el hecho y no estar fundamentado como motivo en las causales de la ley porque, en todos los presupuestos del Artículo 69, se parte del hecho probado en la sentencia.

Asimismo, el apartado seis del Artículo 69 parte del presupuesto de que la medida de la sanción no corresponda, según la ley, a la calificación adoptada al hecho justificable, a la participación del acusado, a las circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad penal o no se haya hecho un adecuado uso del arbitrio judicial. Entonces, si el propio precepto parte de la medida de la sanción, por qué habría que entrar al fondo del asunto

y la sentencia, cuando las partes solicitan al órgano superior la modificación de la sanción del tribunal de juicio por una cualidad o extensión que no está prevista para el delito calificado. A criterio de los autores, en este supuesto podría dictarse auto de inadmisibilidad.

Reafirmando la prohibición de la *reformatio in peius*, cuando se recibían recursos de casación interpuestos por los abogados, al amparo del Artículo 69.6, que atenten contra este principio, también deben considerarse inadmisibles.

Por último, en la declaración de inadmisión del recurso de casación, no se puede perder de vista que contra las sentencias de los tribunales provinciales solo procede este medio de impugnación y que no puede convertirse en una limitación al acceso del recurso de las partes. Por esa razón, siempre que se realice, tiene que tener su respaldo en la LPP y los jueces deben actuar con racionalidad y profundidad para obrar con total seguridad sobre la improcedencia del recurso, y que no se violaron en el proceso de instancia garantías esenciales del proceso. En este sentido, nos afiliamos a la forma en que se regula en casi todos los códigos procesales acerca de que, cuando se pretenda declarar la inadmisibilidad, sea por unanimidad de votos.

CONCLUSIONES

1. La LPP cubana permite decretar la inadmisibilidad del recurso de casación cuando: a) el motivo de

- la infracción no tenga cauce legal en los artículos 69 y 70; b) lo realicen personas no legitimadas; c) contra resoluciones que la ley no lo permita.
2. En los recursos por quebrantamiento de forma, es necesario que el agraviado haya denunciado la falta en el momento procesal que corresponda y que esta no haya sido subsanada, de lo contrario puede ser declarado inadmisibles.
 3. Se pueden declarar inadmisibles los recursos por infracción de ley en los que se cuestiona el hecho probado, y sobre la base de sus intereses la parte expone un hecho distinto sobre el cual realiza sus consideraciones jurídicas; y, siempre y cuando, del examen, no se advierta en el contenido de la sentencia ninguna irregularidad y se corresponda el hecho probado con la prueba.
 4. Cuando se interese la imposición de sanciones no previstas para el delito calificado o se solicita la misma que se impuso al acusado, sin que se haya cuestionado el delito calificado.
 5. Cuando se reciban recursos de casación interpuestos por los abogados que atenten contra el principio de la prohibición de la *reformatio in peius*.
 6. Cuando el recurso no esté convenientemente fundamentado en el Artículo 72 de la LPP, no por errónea mención de los preceptos legales, sino por no argumentar este al no señalarse la infracción cometida ni establecer pretensión concreta.
 7. Cuando las partes denuncien en el recurso la no apreciación de circunstancias cuando estas no fueron solicitadas en sus escritos, ni se deduzcan de los hechos declarados probados.
 8. Para declarar inadmisibles el recurso de casación tiene que estar presente alguno de los presupuestos establecidos en la LPP y que no exista evidencia de que se violaron en el proceso de instancia garantías esenciales del proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- Código procesal penal de Perú.
Código procesal penal de Guatemala.
Código procesal penal de Colombia.
Código procesal penal de Nicaragua.
Código procesal penal de Costa Rica.
Código procesal penal de Iberoamérica.
Código procesal penal de El Salvador.
Código procesal penal de la provincia de Córdova
Fenech, Miguel: *Derecho Procesal Penal III*, Librería Bosch, Barcelona, 1945.
Ley No. 5, de Procedimiento penal, de 1977.
Navarro Pérez, José L.: *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y Jurisprudencia*, Comares, Granada (España), 1990.
Pedraz Peralva, Ernesto: *Derecho Procesal Penal*, t. I, Colex, Madrid, 2000.
Ramos Méndez, Francisco: *El proceso penal, sexta lectura constitucional*, Editorial JM Bosch, Barcelona, 2000.

LA NECESIDAD DE INCORPORAR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD AL PROCESO PENAL CUBANO

M.Sc. Rufina de la C. Hernández Rodríguez

juiza profesional, directora de Formación y Desarrollo, TSP

HISTÓRICAMENTE, el Derecho penal, paradigma del principio de legalidad procesal, ofreció un resguardo casi exclusivo a las conductas que en la sociedad atacaban bienes jurídicos de relevancia. Ese panorama hoy se transforma; las razones son múltiples: una renovada tecnología, derechos que crecen en materia de su amparo, un horizonte de flexibilidad para su tratamiento, la imposibilidad de mantener el equilibrio entre las nuevas formas de delito y las penas de mayor rigor, ante la posibilidad real de “explosión social y carcelaria”, como efecto contrario al pensamiento positivista¹ que caracterizó épocas anteriores.

Frente a este escenario, el Derecho penal clásico resulta insuficiente para ofrecer soluciones viables que posibiliten un enfrentamiento eficaz al tratamiento delictivo. Al respecto, Muñoz Conde² refiere que el Derecho penal “carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales, y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños”, cosas muy distintas a los requerimientos actuales. Surge así la insoslayable necesidad³ de que los Estados introduzcan reformas⁴ en sus sistemas de justicia penal, buscando

- 1 Lo mismo ocurrió hasta los años cincuenta con el resto de las ciencias permeadas por la filosofía positivista y por tanto concentradas en el estudio del lenguaje de las teorías ya formadas, dominadas por una visión simplista de la relación entre las teorías científicas y la naturaleza. J. Núñez Jover: *La ciencia y la tecnología como proceso social. Lo que la educación no debería olvidar*, p. 13.
- 2 Francisco Muñoz Conde: “Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal”, p. 48.
- 3 Es una tendencia natural que la ciencia del Derecho acompañe la evolución de la sociedad, ofreciendo o buscando ofrecer respuestas a los problemas que surgen con estos cambios. Fernández Bulté, sostiene que “...el Derecho es un sistema normativo capaz de impulsar la sociedad hacia los rumbos que queremos, un sistema con un componente volitivo político importante, un sistema rico, capaz de llevar los intereses de la sociedad adonde la sociedad aspira, con un profundo contenido ético”. Julio Fernández Bulté *et al.*: “Qué se espera del Derecho”, p. 8.
- 4 A finales del siglo xx, comenzó un movimiento en los sistemas penales de los países iberoamericanos, dirigido a reformar sus ordenamientos procesales, surgiendo entonces el Código penal modelo para iberoamérica de 1988, a partir de la dedicación de numerosos institutos del área, para desarrollar planes de política criminal que involucran la reforma del sistema tradicional. El término “reforma” debe ser entendido como una transformación que afecta los componentes fundamentales de la estructura de la administración

mayor eficacia en el enfrentamiento a la criminalidad y a los conflictos generados por el delito. Para ello se hace necesario estudios multi y transdisciplinarios que produzcan conocimientos desde las distintas instituciones vinculadas a la persecución del delito, dentro de las cuales se encuentran los tribunales, y que a su vez estos conocimientos se traduzcan en pilares de la política criminal del Estado, incorporándolos a las normativas jurídicas que aplican las mismas instituciones de donde surgió el conocimiento, y que a su vez son las responsables de la

práctica judicial. Se cumple así el triángulo de Sábato.

Se desarrollan y fundamentan principios sustantivos que pretenden reforzar el rol social del Derecho penal como instrumento destinado a enfrentar el fenómeno delictivo, como problema social, uno de ellos es el principio de intervención mínima, que al decir de Muñoz Conde⁵ se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado y constituye, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de derecho.⁶ Supone que “el Derecho penal solo debe intervenir en los casos

de justicia penal en sentido amplio. Un modelo alternativo de carácter procesal que representa una opción político-criminal determinada, cargada de sentido, representativa de valores y expresiva de decisiones fundamentales acerca del modo en que debe ser organizada la persecución penal. También representa un aspecto específico, diferenciado y diferenciable de los demás componentes de la administración de justicia, cuya relevancia influye poderosa y decisivamente sobre los demás elementos de esa totalidad conceptual denominada “sistema de justicia penal en consecuencia sobre los resultados de toda la intervención estatal de carácter punitivo”. Alberto Bovino: *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*, pp. 9 y 10.

- 5 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal*, parte general, p. 72.
- 6 Estado de derecho será aquel en el cual las autoridades que lo gobiernen, se encuentren, acepten y respeten el Derecho vigente, es decir, en un Estado de derecho, toda la acción de parte de la sociedad y del Estado está sometida y sustentada por normas jurídicas, las cuales contribuirán para que el desarrollo y crecimiento del Estado en cuestión se dé dentro de un marco de absoluta paz y armonía. Esto, además, significa que a instancias de un Estado de derecho, el poder del Estado se encuentra limitado por el Derecho. En resumen, el Estado de derecho se encuentra conformado por dos elementos, el Estado, que representa la organización política, y el Derecho, manifestado en aquel conjunto de normas que regirán el comportamiento dentro de la sociedad. El nacimiento del concepto de Estado de derecho surgió como una necesidad contra la propuesta del Estado absolutista, en el cual el rey es la máxima autoridad, que se encuentra por encima de cualquier ciudadano. Página web <http://wwwdefinicionabc.com//derecho/estado-de-derecho.php>. Consultada en fecha 17/3/2012. Nos identificamos con los postulados anteriores sobre lo que debe entenderse por Estado de derecho, concepto que tiene muchas otras interpretaciones desde diversas concepciones políticas. Se exige, por ejemplo, como requisitos de un Estado de derecho en algunas concepciones, que: exista separación de los órganos de poder del Estado; que el ejercicio de la autoridad sobre las personas debe ser sobre disposiciones conocidas y no retroactivas; el respeto a las libertades individuales; la reivindicación de los grupos sociales económicamente débiles y el desarrollo del pluripartidismo. *Diccionario electoral confeccionado por el Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral*, p. 283.

de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”, y con ello hacer un uso racional de este instrumento por parte del Estado.

Los postulados anteriores no se ajustan a lo que ocurre actualmente en la legislación de la mayoría de los países, caracterizados por un aumento en la tipificación de conductas delictivas. El tráfico moderno ha impulsado la creación de nuevos tipos penales y a establecer sanciones, que algunas de ellas, por irracionales, rompen el principio de proporcionalidad. Este fenómeno se manifiesta en tres vertientes fundamentales: una a consecuencia del progreso científico y tecnológico (delitos informáticos y manipulación genética); otra donde se ubican figuras que estaban en el Derecho administrativo y han sido incorporadas al Derecho penal (delitos contra el medio ambiente y Derecho penal Económico) y un tercer grupo, en el que, si bien el comportamiento ha

sido punible, la delincuencia se ha incrementado y ha dado ocasión para elevar su punibilidad (tráfico de drogas y criminalidad organizada). Esta expansión se explica como: Derecho penal simbólico y el resurgimiento del punitivismo.⁷

La caracterización anterior, respecto al Derecho penal, demuestra que sus principios y elementos configurativos tienen un basamento criminológico y se fundamentan en los avances de la doctrina penal, en función de la política criminal a establecer por cada Estado, en busca de hacerlo más efectivo, eficaz y garantista; pero nos indica además la imperiosa necesidad que, teniendo en cuenta la inescindible relación entre el Derecho penal y el procesal, el proceso⁸ se involucre de manera tal que logre hacerlos realidad; de ahí surge la necesidad de la incorporación de los denominados mecanismos de solución alternativa al proceso penal⁹ o salidas anticipa-

7 Este constituye el linaje del Derecho penal del enemigo, concepto introducido por Günther Jakobs, Bonn, 1985, según Lucía Fernando Villamor: *Una aproximación al Derecho penal del enemigo*, p. 23.

8 Es el conjunto de actos coordinados que se realizan ante los tribunales de justicia a fin de aplicar la ley al caso sometido al conocimiento de ellos. El proceso no es un simple conjunto de autos y actuaciones que se realizan en un juicio. Carneluti citado por Eduardo Pillares en *Diccionario de procesal civil*, México, p. 598, lo define como el conjunto de todos los actos que se realizan para la solución de un litigio; procedimiento es la combinación de los diversos actos que se realizan para la solución de un litigio. Proceso sirve para denotar un máximo; procedimiento, un mínimo; a formar el primero constituye la idea de conjunto; a formar la segunda, de coordinación. Modernamente, se usa el término proceso, abandonándose el vocablo juicio, pues el primero es más amplio, comprensivo tanto de la jurisdicción contenciosa como voluntaria; en cambio, el segundo supone una controversia y no comprende la ejecución de la sentencia y las medidas precautelares. El proceso es el género y el juicio la especie. Iván Escobar Fornos: *Introducción al proceso*, p. 81.

9 En los últimos años se ha operado un redespertar en su utilización, siendo reconocidos incluso por la Asamblea General de Naciones Unidas como: “procesamientos informales para la resolución de conflictos, incluyendo mediación, arbitraje y justicia o prácticas

das como medio de hacer efectiva la mínima intervención del Derecho penal, ya no solo en las figuras que son parte de su entramado, sino en la solución del conflicto, como una necesidad social que requiere soluciones y alternativas científicas utilizando como tecnologías la producción y aplicación de nuevas leyes, o modificando las ya existentes.

Lo anterior está en plena correspondencia con los fundamentos científicos y técnicos, el conocimiento tiene que estar en función del desarrollo social porque mediante él se garantiza la independencia nacional (no olvidemos que el delito pone en peligro la seguridad nacional de cualquier Estado y con ello su independencia), desarrollo económico (crecimiento) sostenible, equidad, justicia, gobernabilidad y participación social. Recordemos que el delito es un problema individual y comunitario, que se genera en la sociedad y que solo puede resolver la propia sociedad, por ello constituye un fenómeno socio-histórico-legal, que en esa misma estructura tiene que ser estudiado y enfrentado por la ciencia.

El delito atenta contra los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, frena su desarrollo, se necesita producir conocimientos científicos (investigar), distribuir esos conocimientos (enseñar, publicar) y usarlos (aplicarlos) en función de buscar las tecnologías más eficientes en su enfrentamiento, dentro de las cuales se

encuentran las leyes y otros mecanismos de control social informal.

La panoplia de instrumentos que la doctrina aporta hoy en busca de esos objetivos, permite a los Estados diseñar políticas de enfrentamiento al fenómeno delictivo, en correspondencia con el avance experimentado por la criminalidad y las fórmulas que se insertan para corregirla, sin que ello signifique de manera absoluta una ruptura con las bases históricas de cada sistema.

Las variantes más recurrentes van desde las soluciones administrativas en sede penal, la incorporación de institutos en manos de la víctima y las instituciones propias que pueden adoptar los sujetos encargados de la persecución penal en aras de lograr una mayor eficiencia y efectividad, dentro de los cuales se inserta el principio de oportunidad procesal.

El proceso penal cubano necesita reformas que lo adecuen al nuevo escenario económico-social y delictivo del país, en correspondencia con la doctrina procesal más moderna, donde la solución al conflicto social creado por el delito sea el eje central de todas las acciones que se instrumenten, despojado de formalidades innecesarias, con suficientes alternativas donde la vía judicial se prevea como la última a utilizar y con un papel más activo de los sujetos procesales en el control de las garantías y derechos de los intervinientes.

nativas, las que deben ser utilizadas cuando fueran necesarias para facilitar una conciliación y una reparación por el daño sufrido por las víctimas". Resolución No. 40/34 de las Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1985.

Es precisamente el rediseño y actualización del proceso penal cubano, bajo las exigencias criminológicas de la contemporaneidad, lo que me motivó, en el plano académico y profesional, a incursionar en el tema, poco estudiado en nuestro país, pues nos hemos quedado orientados en una concepción legalista y de obligatoriedad de la persecución estatal, frente a una realidad social que necesita otras miradas.

Hoy, el panorama cubano se caracteriza por una legalidad absoluta, con atisbos de criterios de oportunidad, una creciente criminalidad no convencional, lo que junto a la necesidad de dar un tratamiento más efectivo y económico al delito convencional de escasa envergadura, nos obliga a la búsqueda de mecanismos simplificadores del proceso penal, que lo harán más eficiente, rápido y menos costoso.

Justamente en los fundamentos científicos anteriores radica la importancia y novedad que tiene para la investigación y para el desarrollo del conocimiento del Derecho procesal penal en Cuba el objeto de estudio seleccionado: La necesidad social de incorporar el principio de oportunidad al proceso penal cubano. Qué razones o argumentos lo justifican será nuestra guía conductora, e interrogante a resolver en estas reflexiones.

El problema social de la ciencia, al que responde el principio de oportunidad procesal en el Derecho penal cubano, es lograr la eficacia de la justicia penal como una necesidad social, donde los tribunales tienen un

importante papel por mandato constitucional: impartir justicia en nombre del pueblo, con un carácter eminentemente popular. Enfrenta, como principal obstáculo, la obsolescencia de su principal tecnología, la Ley de procedimiento penal.

Aportar bajo el prisma conceptual de la ciencia y la técnica las razones que fundamentan esa necesidad social de cambio constituye el objetivo principal del trabajo, defendiendo anticipadamente la idea de que respondan a cuestiones de política criminal, técnico-jurídico y económico-social que, de forma relacional, se presentan como un sociosistema a tener en cuenta para proponer la introducción de nuevas tecnologías o modificar las ya existentes (leyes o modificaciones legales) que constituye nuestra pretensión final.

Los conocimientos científicos nos posibilitan comprender el perfecto encuadre científico que existe entre la ciencia del Derecho procesal penal y las categorías científicas de: conocimiento, ciencia, técnica, tecnología, tecnociencia, sociosistema, innovación y desarrollo, para encauzar nuestras aspiraciones científicas desde perspectivas más amplias, integradoras, transdisciplinarias y con enfoque eminentemente social, génesis de toda obra humana.

Razones de política criminal que fundamentan la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal

La política criminal como la disciplina que ofrece a los poderes pú-

blicos las opiniones científicas más adecuadas para el eficaz control del crimen y las alternativas legales para su enfrentamiento, aplicando los conocimientos y resultados de las investigaciones criminológicas y su transformación en preceptos normativos, ha sido el puente necesario entre el saber empírico y la concreción normativa. Por eso, en ella encontramos los argumentos fundamentales que justifican la necesidad social de incorporar el principio de oportunidad al proceso penal cubano.

En la doctrina jurídico-penal, se consideran razones de política criminal en orden al interés público, las que permiten evitar la persecución de determinados ilícitos y sobreseer por razones de oportunidad, especialmente tratándose de casos de poca gravedad, como consecuencia del “agotamiento” de posibilidades del sistema de justicia penal. La criminalidad de poca monta que afecta esencialmente a la propiedad se vuelve de práctica reiterada. El Estado se encuentra imposibilitado de ocuparse de todas las transgresiones normativas que se realizan, razón por la cual, en aras de la eficacia de la persecución penal, la solución más acertada es la que va dirigida a buscar mejores y eficaces métodos para que puedan alcanzar mejores resultados o cuando resulte innecesaria su aplicación, sin dejar de controlar como un ente protector de la sociedad.

Resulta imprescindible, antes de adentrarnos en la esencia del principio de oportunidad, conocer cómo surgió y la evolución que en el devenir histórico ha tenido. Solo así podremos conocer de dónde partimos, dónde estamos y hacia dónde queremos llegar, tomando como antecedente el camino ya recorrido y adaptándolo a las nuevas condiciones que nos impone el desarrollo social y las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico procesal; así podremos encontrar las columnas que justifican su implementación en el proceso penal cubano como una necesidad social.

El principio de oportunidad¹⁰ tiene su génesis en el poder discrecional del ejercicio de la acción penal, característica del sistema acusatorio, pero tenemos que reconocer que, en los países donde se originó el sistema penal acusatorio (Estados Unidos de América, Inglaterra y el País de Gales), no se menciona siquiera la expresión “principio de oportunidad”, pues en ellos la discrecionalidad para la formulación de la acusación es absoluta. La mencionada denominación tuvo su origen en los países del continente europeo con régimen penal mixto con tendencia inquisitiva que, dentro de la dinámica del acontecer social, se vieron abocados a cuestionar la aplicación rígida y automática del principio de la obligatoriedad de formular la acusación en el ejercicio de la acción

10 Carolina Aristizabal González: *Alcance del principio de oportunidad en la nueva legislación procesal penal colombiana*, Colombia, 2005, p. 18, publicado en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2045.pdf>; consulta: 9 de julio de 2013.

penal debido al inmenso número de procesos frente a las limitaciones del aparato judicial. Este cuestionamiento los condujo a plantear salidas estratégicas para descartar la acusación obligatoria en un número limitado de causas que ellos justificaron por razones de conveniencia o de oportunidad social. Pero, debe llamarse la atención sobre el hecho de que, a raíz de esta salida procesal por razones de conveniencia o de oportunidad, nació a la vida del derecho procesal europeo la figura del “principio de oportunidad”.

Entre las tensiones originadas por defender el imperativo del principio de legalidad, y la necesidad de resolver de alguna manera la imposibilidad de las instituciones judiciales para abordar la totalidad de las conductas investigadas, surgió una solución intermedia: sin reemplazar en su totalidad el sistema procesal con preponderancia inquisitiva por el sistema acusatorio anglosajón, facilitar la adopción progresiva de un sistema procesal mixto con las siguientes características:

a) La separación nítida de funciones entre instrucción y juzgamiento, de tal manera que el funcionario instructor ejerza de forma exclusiva la acción penal en representación del Estado para salvaguardar el principio de legalidad, que la inmensa mayoría de los países que conforman el mundo occidental considera el fundamento del Estado de derecho, limitando su poder sobre la

libertad y los bienes de los procesados, y demarcando sus funciones a la investigación de los hechos y a la formulación de la acusación, la cual deberá ser debatida en la audiencia pública de juzgamiento en donde se libraré realmente el debate probatorio acerca de la responsabilidad del procesado, utilizando para ello procedimientos más o menos similares a los acostumbrados en el sistema procesal acusatorio anglosajón.

b) La adopción de una política criminal del Estado que, manteniendo la vigencia del principio de legalidad, confiera al funcionario instructor la facultad para permitirle la abstención de investigación y acusación sobre ciertas conductas, lo que en el derecho continental europeo se denomina discrecionalidad reglada o principio de oportunidad reglado.

Al decir de Guerrero Peralta, esta discrecionalidad reglada, también denominada oportunidad reglada o principio de oportunidad reglado, nació a la vida jurídica del procesalismo europeo no como una excepción al principio de legalidad ni como flexibilidad del mismo, sino “como un componente del principio de legalidad, es decir, que los supuestos legales que permiten la abstención del órgano de investigación y acusación sobre ciertas conductas, no se aprecia como oportunidad o conveniencia, sino que las abstenciones, al estar consideradas por la ley, señalan las reglas a que debe

estar sometida tal actividad y por lo tanto obran como complemento de la misma legalidad”.¹¹

El principio de oportunidad es la institución procesal que permite al representante del ministerio público abstenerse del ejercicio de la acción penal en los casos previamente establecidos en el ordenamiento procesal penal. Tiene su primera manifestación escrita en Alemania¹² a través de la “Ley Emminger”, de 4 de enero de 1924 –artículo 153–, en virtud de la cual el ministerio público quedó facultado de abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones como son: a) reparar el daño ocasionado; b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones.

En las décadas del 50 y 60, donde reinaba la incertidumbre respecto al cumplimiento de los fines de las sanciones privativas de libertad, pues muchos de los que cumplían esta sanción no modificaban su conducta, aumentó el número de reincidentes y se comenzó a buscar otras salidas no detentivas. Se recurre al principio de oportunidad como posible solución.

Pero el desarrollo del referido principio se ubica a partir del año 1977, conjuntamente con el movimiento internacional reformista del Derecho penal que acomete el proceso de descriminalización de conductas que hasta ese momento fueron tipifica-

das como delitos e introdujo nuevas prácticas procesales, una de ellas es que, en casos de escasa gravedad, se autoriza al ministerio fiscal la posibilidad de suspender condicionalmente el proceso antes de ejercer la acción penal, con la atribución de una carga pecuniaria en los casos de mínima importancia, con el consentimiento del acusado. Todo ello en búsqueda de mayor humanización y eficacia del Derecho penal.

En la segunda mitad del siglo xx, con el proceso de reformas del Derecho penal a un Derecho penal moderno, se ubica el mayor auge de este principio, con su incorporación a legislaciones procesales de muchos países, como se puede verificar desde el Derecho comparado; así ocurrió también con diferentes postulados, como el de *última ratio* con relación a la sanción privativa de libertad, el principio de la proporcionalidad y las manifestaciones de las vías alternativas a la solución de conflictos.

La implementación del principio de oportunidad desafía una realidad construida bajo preferencias muy diferentes a sus postulados, pues la mayoría de los sistemas jurídicos, como el cubano, surgieron bajo el imperio del principio de legalidad, conocido además como principio de necesidad, el cual constituía una premisa para la implantación de los llamados Estados de derecho. Por eso debe ser excepcional, discrecional y taxativamente reglado.

11 Oscar Julián Guerrero Peralta: *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*.

12 Rosa Ruth Benavides Vargas: “El principio de oportunidad”, publicado en la página web www.aaep.org.ar/espa/anales/pdf/varo.pdf, consultada 17/1/2011.

Los sistemas jurídicos han perfilado dos criterios de clasificación a este principio. Una, para comprender si su aplicación es “pura” o “bajo condición”; la primera se manifiesta cuando las partes son dueñas absolutas de la finalización del procedimiento, y la otra, cuando el sobreseimiento permanece con efectos suspensivos, bajo la condición de que el imputado cumpla determinados deberes. En tal sentido, la oportunidad puede ser “libre” o “reglada”.¹³

La oportunidad libre es propia del Derecho anglosajón,¹⁴ y se aplica en países como Inglaterra y Estados Unidos. En sus sistemas, el ministerio fiscal posee todos los poderes discrecionales para el ejercicio de la acción penal.

En estos países, afirma Bovino,¹⁵ se concede la discreción en el grado más amplio, prácticamente no está sometido a control alguno y la decisión de acusar solo es una de las manifestaciones de la discrecionalidad del fiscal, ya que una vez que este determina que existe causa probable para considerar que una persona cometió un delito, tiene amplia autoridad para decidir si garantiza una investigación, otorga una *inmunidad* o negocia la pena y el tribunal no pue-

de obligar al fiscal a iniciar o continuar con la persecución penal en un caso concreto.

De esa forma, el fiscal decide qué cargo formula, cuándo y cómo lo formula, además de tener amplias facultades para revisar la imputación ya formulada y decidir, como estrategia procesal del caso, qué solicitudes presenta antes del juicio, qué pruebas aporta, qué pena recomienda, etcétera.

En estos casos, el fiscal puede otorgar impunidad total o parcial por la comisión de un delito, cuando sea útil para el descubrimiento de otro más grave. En estos sistemas, el juez nunca puede reemplazar el juicio discrecional del fiscal, pero en la actualidad se discute si las posturas de la fiscalía son vinculantes para el tribunal o si este puede revisarlas o rechazarlas. Esta discusión no está agotada, pero algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos han estado en el primer sentido.

En la oportunidad reglada, es el legislador el que determina los supuestos concretos en que el ministerio público puede prescindir de la persecución penal y de la pena en virtud de razones político-criminales

13 Para Ángela Gómez Pérez, existe también una tercera clasificación, denominada oportunidad facultativa, que nace del propio ordenamiento jurídico que especifica las condiciones de su aplicación, las cuales son de carácter general, así lo expone el artículo “Orígenes y definiciones del principio de oportunidad”, en *Revista Jurídica, Universidades de Santiago*, p. 35.

14 El denominado *Plea Bargaining* o negociación es el sistema utilizado en Estados Unidos y se maneja que entre el 75% y el 90% de los asuntos penales se resuelven por esta vía, donde el acusado manifiesta su decisión de declararse culpable, su conformidad con los cargos, renunciando al derecho de que su causa sea vista en juicio y, por tanto, a que pueda ser absuelto. Rosa R. Benavides Vargas: *Op. cit.*, p. 2.

15 Alberto Bovino: *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, p. 35.

regladas en la ley procesal penal, cuya aplicación se encuentra bajo la responsabilidad de la fiscalía y controlada por un superior jerárquico de esta, el órgano jurisdiccional, y en algunos casos por la víctima.

El principio de oportunidad ha sido incorporado en varias legislaciones procesales como: Perú,¹⁶ Colombia,¹⁷ Ecuador,¹⁸ Argentina,¹⁹ Costa Rica,²⁰ Venezuela²¹ y Alemania²² y ha constituido motivo de recomendaciones desde organismos internacionales.

Otro ejemplo importante de su inscripción es el Código modelo para iberoamérica²³ que, en su elaboración, se tuvo en cuenta las propuestas de las jornadas de Derecho procesal penal de Bogotá y Cartagena en junio de 1970, basadas en el Código de Córdoba, así como las leyes procesales de Francia, Italia, España, y la Ordenanza procesal penal de Alemania Federal; en cuanto a derechos fundamentales, se tomaron en consideración los contenidos de las declaraciones y pactos internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convenio para la Protección de los

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto de San José de Costa Rica.

En este cuerpo legal se abre la posibilidad de fijar criterios de oportunidad en la ley penal, al considerar que significan soluciones para el ejercicio de la persecución penal, de acuerdo con las disposiciones jurídicas relativas a la cultura legislativa de cada Estado.

Los fundamentos del *principio de oportunidad* son una mezcla de razones pragmáticas y a la vez teóricas, avaladas por un conocimiento teórico-doctrinal y por resultados de la práctica judicial contemporánea. Suele mencionarse que su implementación puede ser útil para regular la enorme selectividad intrínseca al proceso penal, pues se considera que es un medio útil y eficaz para controlar el innegable sistema de discreción arbitraria que opera de diferentes formas. Esta selección se presenta antes del procedimiento penal, y durante este, y no siempre es controlable. Existe, pues, *una cifra negra de la delincuencia* que indica la can-

16 Ley No. 27664, promulgada el 23 de febrero del año 2002, mediante la que se modificó y modernizó el Artículo 2 del Código procesal del Perú.

17 Ley No. 600 de 24 de julio de 2000. Código de procedimiento penal colombiano.

18 Ley No. 000.RO/Sup 360 de Ecuador de 2000.

19 Ley No. 8.123, de 15 de diciembre de 1991. Código procesal penal de la provincia de Córdoba.

20 Ley No. 8503, de Costa Rica, de 28 de julio de 2006.

21 Código procesal penal de la nación de Venezuela, *Gaceta Oficial*, no. 37.022, de 22 de agosto de 2000.

22 Código procesal alemán, de 15 de mayo de 1871 modificado el 31 de enero de 1998.

23 Código procesal penal modelo para iberoamérica, con exposición de motivos, 1988.

tividad de delitos que no llegan nunca al conocimiento de las autoridades para su persecución por una decisión discrecional de la víctima de no denunciar los hechos, la cual puede verse influenciada por diversidad de factores.²⁴

También existe un amplio espacio de discreción en la función policial, ya que por razones de exceso de trabajo los agentes de la institución policial deciden, formal o informalmente, tomar o no una denuncia por un hecho que valoran como insignificante, o bien seleccionar en acuerdo con el ministerio fiscal una mayor persecución y asignación de recursos para la investigación de ciertos delitos en un ámbito social en detrimento de otros, etc. Este sistema de discreción opera de una forma desigual.

En ese sentido, Cafferata Nores²⁵ hace alusión a una *cifra dorada de la delincuencia*, constituida por aquellos delitos que si bien pueden ser conocidos por la autoridad, no entran formalmente al sistema judicial por razones de venalidad en la función, prebendas económicas, influencias políticas, etc., o como simple resultado de la intencional paralización del trámite (piénsese en la prescripción).

Ante esta situación, se torna indispensable la producción de conocimientos en función de crear o producir los instrumentos necesarios para que pueda controlarse y racionalizarse este proceso de selección

natural, de forma transdisciplinaria, procurando la aplicación igualitaria de la ley penal, con la finalidad de que este proceso se realice conforme a las pautas que dicte el legislador, ya que, de lo contrario, se volvería incontrolable. La forma en que se racionalizan estos criterios es una manifestación del principio de oportunidad.

En ese sentido, Hassemmer señala, como otros fundamentos de este principio, los siguientes:²⁶

1. Es a corto plazo económicamente inconveniente, y a largo plazo políticamente imprudente, comprometer a las autoridades de la investigación para que, de un mismo modo e intensidad, persigan el esclarecimiento de la totalidad de los delitos. Debe recordarse que los recursos materiales y personales son siempre limitados. Por esta razón, se tornó necesario idear mecanismos que permitan a las autoridades realizar sus actividades en la investigación de una manera selectiva.
2. Es efectivo, como una forma de descongestionar el trabajo de los tribunales penales y un acortamiento del proceso penal, siendo viable que para hechos (delictivos) de mediana gravedad, las autoridades de la investigación cuenten con la posibilidad de soluciones alternativas al proceso, que se traducen en ahorro

24 Jacobo López Barja de Quiroga: *Instituciones de derecho procesal penal*, p. 430.

25 José I. Cafferata, Nores: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, p. 30.

26 Winfried Hassemmer: "La Persecución Penal. Legalidad y Oportunidad", p. 8.

de tiempo y recursos humanos para el Estado. Esto es parte de la eficiencia que se busca con la implementación de este tipo de institutos jurídicos.

3. Un moderno sistema jurídico-penal, orientado hacia las consecuencias, no puede concebirse si lleva adelante un proceso cuando los perjuicios políticos criminales son más altos que el provecho.
4. Otro argumento es su utilidad en el combate de las nuevas formas de criminalidad (narcotráfico, terrorismo, trata, tráfico, etc.), ya que los estados se han visto en la necesidad de idear políticas criminales que permitan una efectiva lucha contra este tipo de delincuencia no convencional, presentándose como opción la “regulación sobre la colaboración del imputado en el proceso”, que es una manifestación del principio de oportunidad para la resolución de asuntos penales, donde se puede eximir de pena a aquel sospechoso que ha dado declaraciones importantes sobre un delito, cuando sea la única vía conocida para la obtención de información en este tipo de hechos.
5. También se ha argumentado que el principio de oportunidad supone un replanteamiento sobre las tradicionales políticas que informan el sistema de reacción penal, enfocado al interés de aquellas infracciones que revistan una mayor dañosidad social y restrin-

giéndola o eliminándola respecto de los delitos leves. Es una solución alternativa a la tramitación ordinaria del proceso penal.²⁷

Que el movimiento reformista de los últimos años haya incorporado el principio de oportunidad dentro de las modificaciones legislativas de un considerable grupo de países, su consignación en varios instrumentos jurídicos internacionales, unido a las ya referidas razones de política criminal, avalan su importancia para el derecho procesal penal contemporáneo.

Las potencialidades de nuestro modelo social socialista, en el que las decisiones de los órganos del Estado siempre están en función de los intereses del pueblo, propician un medio idóneo para la aplicación de una política criminal basada en un Derecho penal informado por la moderna tendencia minimalista. De este modo, la Comisión legislativa que tenía a su cargo la elaboración del proyecto de modificación al Código penal de 1979, incluyó que sus presupuestos básicos partían de tres principios fundamentales: “El principio de mínima intervención”, “El principio de prohibición de exceso” y “El principio de intervención legalizada”,²⁸ tenidos en cuenta en las posteriores modificaciones.

Estos fundamentos constituyen parte del conocimiento que aportamos para lograr modificar la ley de procedimiento penal, aplicada hasta

27 Erick Gatgens Gómez y otros: *El principio de oportunidad-conveniencia procesal de la persecución penal*, p. 108.

28 Renén Quirós Pírez: “Despenalización”, p. 7.

hoy para enfrentar el delito como fenómeno dañino a la sociedad, y que obstaculiza su desarrollo, logrando así poner los resultados de la ciencia en función del desarrollo social, como fuerza productiva directa.

Razones económico-sociales que fundamentan la inclusión del principio de oportunidad en el proceso penal cubano

Cuba no escapa a la tendencia mundial de la necesidad de reducir el costo económico en materia de la impartición de justicia, porque no hay duda de que es un volumen importante el que demanda esta actividad, inquietud compartida por la máxima dirección del Tribunal Supremo Popular (TSP) que, en estudios realizados para conocer los costos de los distintos procesos judiciales, por materias y territorios, pudo establecer que, de enero a septiembre del año 2011, aproximadamente, solo en los procesos penales de instancia municipal el país incurrió en un gasto promedio de \$368,00 por cada proceso. En provincia fue de \$531,00 y, en el TSP, de \$327,00. Si a ello sumamos los gastos en que incurrió con anterioridad el Ministerio del Interior y la Fiscalía para su investigación y procesamiento y, con posterioridad, los concernientes a la ejecución de la sanción, como los del sistema penitenciario, los costos generales son de considerable valor económico.

Reflexiones que desde razonamiento crítico-constructivos se adecuan perfectamente al momento his-

tórico que vivimos y están en plena correspondencia con el llamado que se nos hace a todos los cubanos, y específicamente a los profesionales, en los Lineamientos Económicos del VI Congreso del PCC.

La implementación del principio procesal de oportunidad en el proceso penal cubano tendría como consecuencia un impacto económico-social positivo, ya que:

- Se discriminalizan hechos donde resulta innecesaria la aplicación de la sanción y el conflicto social es resuelto por otras alternativas no judiciales.
- Aumenta la eficiencia del sistema penal, pues con este se procura el descongestionamiento de la justicia penal, sobresaturada de casos que no permiten el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema.
- Orienta prioritariamente los recursos de la investigación y la función del juez hacia delitos de mayor dañosidad social.
- Existiría un mecanismo de control jurídico de la selección que sirve para fijar la responsabilidad de los órganos y funcionarios competentes para decidir lo que hoy se oculta en el *principio de legalidad*.
- Posibilita el control de la legalidad de las negociaciones y facilita su conocimiento público.
- Disminuye al mínimo la participación estatal en hechos de poca importancia y prioriza los más graves.
- Favorecer el acceso a la justicia desde otros mecanismos no judiciales.

- Responsabiliza a jueces y fiscales de la procedencia, contenido y legalidad de los casos de desjudicialización, que son los verdaderos sujetos procesales.
- Evita los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad y la reinserción de presuntos delincuentes que proporcionan una mejor información de la delincuencia organizada.
- La participación del juez o tribunal, la aceptación del afectado, la exigencia de fundamento de todo auto de sobreseimiento, y el establecimiento de un eficaz procedimiento para obligar a ejercer la acción penal.
- Papel más activo de la víctima del delito en la solución al conflicto penal y su pronto resarcimiento.
- Mayor economía procesal.

Al analizar la aplicación práctica del principio de oportunidad, se descubre la necesidad de encontrar, por parte de los operadores judiciales (incluidos jueces y fiscales), los elementos interpretativos que permitan delimitar los criterios de aplicación de este, ya adoptados por el legislador, de manera que puedan ser coherentes con todo el sistema penal, incluidos los principios y derechos constitucionales, pues se debe recordar que las normas penales no son aisladas, sino que se encuentran insertadas en un ordenamiento jurídico caracterizado por los principios de plenitud, jerarquía y coherencia.

En ese orden de ideas, es importante señalar que el derecho solo va

a reconocer la discreción del fiscal cuando esta se oriente por criterios de política criminal legítimos, es decir, coherentes con todo el ordenamiento jurídico.

Finalmente, podemos afirmar que la aprobación, o no, de un criterio de oportunidad deberá pasar en todo caso por este *test* de proporcionalidad que será negativo, únicamente, cuando la medida que se adopte sea innecesaria, inútil o desequilibrada, pues solo una desproporción o irracionalidad extrema adquiere relevancia constitucional, y son los operadores de justicia los encargados de realizar estas valoraciones en cada caso concreto, tienen como instrumento imprescindible la ética y racionalidad profesionales que debe caracterizarlos.

La comunidad internacional ha unificado criterios en algunos instrumentos legales respecto a este principio. Así, en el Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para el proceso penal (Reglas de Mallorca) específicamente en la Regla A3, se recomienda la adopción de esta política general para orientar la acusación y evitar desigualdades y tratos discriminatorios, al disponer que: “Cuando los fiscales estén investidos de las facultades discrecionales se establecerán en la ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento...”, lo cual también se recomendó en el punto 17 del VII Congreso de las Naciones

Unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, celebrada en La Habana, en el año 1990. Este sistema de instrucciones encuentra como límite único la ley, y debe ser tenido en cuenta para la eficaz aplicación del principio en estudio.

Razones técnico-jurídicas que justifican la implementación del principio de oportunidad en el proceso penal cubano

El panorama cubano hoy se caracteriza por una legalidad absoluta, con atisbos de criterios de oportunidad, una creciente criminalidad no convencional que, según estadísticas oficiales del TSP, la tendencia en los últimos años es a su aumento y complejidad, con marcada tendencia a la organización y distribución de tareas entre los intervinientes en las cadenas delictivas.

En Cuba aparecen por vez primera criterios de oportunidad en 1977 con la entrada en vigor de la Ley No. 6 de Procedimiento penal militar, que en sus artículos números 242.2 y 243 estableció un sobreseimiento provisional condicionado, que da la posibilidad al fiscal de

suspender el ejercicio de la acción penal, aun cuando aparezcan en el proceso elementos suficientes para formular la acusación ante el tribunal, y a partir del cumplimiento de ciertos requisitos que esta propia ley establece. Novedosa institución jurídica de la ley procesal militar, en función de dar soluciones y en las que deben estar presentes varios factores²⁹ sin los cuales no podría llegarse a sobreseer el expediente iniciado.

La Ley No. 88 de 1999, “De protección de la independencia nacional y la economía de Cuba”, es la primera ley especial que en su disposición final primera hace referencia directa al principio de oportunidad cuando expresa: “La Fiscalía General de la República respecto a los delitos previstos y sancionados en la presente ley, ejerce la acción penal pública en representación del Estado en correspondencia con el principio de oportunidad, conforme a los intereses de la nación”,³⁰ toda vez que se reserva el ejercicio de la acción penal, es decir, el poder o facultad de promoverla, cuando se estima que el orden legal ha sido quebrantado, y el fiscal en representación del Estado y conforme a los intereses de la nación lo decide.³¹

29 El delito por su naturaleza y las características personales del acusado pueda ser considerado de escasa peligrosidad social; el delito no puede haber ocasionado graves consecuencias; que el acusado, por su conducta posterior, demuestre haberse arrepentido de sus actos; cuando una organización política, colectivo militar, un organismo de la Administración Central del Estado solicita o asuma el compromiso de reeducar al acusado.

30 Ley No. 88, de protección de la independencia nacional y la economía de Cuba, *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, no. 1, de 15 de marzo de 1999.

31 El Artículo 127 de la *Constitución de la República* preceptúa que: “La Fiscalía General de la República es el órgano del Estado al que corresponde, como objetivos fundamentales, el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del

Se ha tratado de ubicar como un criterio de oportunidad, el procedimiento abreviado³² que incorporó a nuestra Ley de procedimiento penal el Decreto Ley No. 151, de 10 de junio de 1994, a lo que se contraponen que, aunque para admitirlo tiene como uno de los supuestos la confesión del reo, y se inclina hacia el principio de oportunidad, no permite ningún tipo de negociación entre el fiscal y el imputado, que afecte el ejercicio de la acción penal pública, como ocurre en otros sistemas, y aunque la fórmula conlleva abreviar el proceso y economizar la justicia penal, la acción persecutoria se

ejercita siempre con arreglo al principio de legalidad y, por tanto, no se puede catalogar como oportunidad.

En el apartado 2 del Artículo 8 del Código penal se introdujo por la Ley No. 21, de 1979, que no se considera delito la acción u omisión que, aun reuniendo los elementos que lo constituyen, carecen de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor; pero no constituye un criterio de oportunidad, pues su incorporación obedece a fundamentos sobre la teoría del delito y no a tomar decisiones con las conductas que sí son enjuiciadas como delitos.³³

estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos; y la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado”.

La ley determina los demás objetivos y funciones, además de la forma, extensión y oportunidad en que la Fiscalía ejerce sus facultades al objeto expresado.

Es criterio de José Luis Toledo Santander que en este segundo párrafo se dice expresamente que va a ser la ley la que le va a fijar a la Fiscalía, entre otros aspectos, la “oportunidad” en que las ejerce, luego, en una recta interpretación de la norma, se deja claro que van a existir ocasiones en que la Fiscalía, de acuerdo con lo establecido en la ley, ejercerá sus funciones y eso es oportunidad de actuar, criterios expresados en los comentarios realizados a la Ley No. 88 de 1999, Colectivo de autores: *Comentarios a las leyes penales*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2005.

32 Establecido en los artículos del 481 al 489 de la Ley de procedimiento penal.

33 Posición contraria mantiene Juan Mendoza Díaz, al considerar que “...La modificación realizada al artículo 8 del Código penal, en virtud de la reforma introducida por el Decreto Ley No. 175 de 17 de junio de 1997, significó apartarse del imperio absoluto del principio de legalidad en el ordenamiento penal cubano, pues se le conceden facultades a la autoridad que investiga el delito para suspender las actuaciones e imponer una multa administrativa cuando aprecie que el hecho investigado reviste poca peligrosidad social, lo cual está en dependencia tanto de las condiciones personales del infractor como de las características y escasas consecuencias del suceso delictivo. Teniendo en cuenta los presupuestos que impone la propia Ley para que se pueda adoptar la decisión pudiéramos estar en presencia de lo que se conoce como *oportunidad reglada*...” *Lecciones de derecho procesal penal*, Universidad de La Habana, Universidad Juan Misael Saracho, Tarija, Bolivia, 2001, p. 27. José Candía Ferreira también sostiene el criterio de que en nuestro país se han ido abriendo espacios al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal y pone como ejemplo lo establecido en el Artículo 8, incisos 2 y 3 del Código penal. Véase al respecto: “Problemas actuales del proceso penal en Cuba”, *Revista Cubana de Derecho*, no. 13, enero-junio de 1999, p. 11.

La Ley No. 62, Código penal cubano, entró en vigor el día 30 de abril de 1988. Este cuerpo legal introdujo un sistema de enfrentamiento más eficaz contra las infracciones de la legalidad y ha contribuido a la formación de una cultura de respeto a la ley, lo que permitió extraer de la esfera penal conductas que, por su naturaleza, no constituían propiamente delito y que, por su carácter, a los efectos de su tratamiento, debían pasar a otras ramas del Derecho, muchas de las cuales fueron reglamentadas a través del Decreto No. 141, de marzo de 1988.

En el Artículo 342.2 del referido Código penal, se estableció un tratamiento distinto a los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas, receptación y daños, cuando la cuantía de lo sustraído o dañado fuera de limitado valor, pudiendo en estos casos no remitirlos al tribunal competente, sino que la autoridad actuante tiene la facultad de imponer al sujeto comisor una multa administrativa regulando en ese propio precepto los requisitos de cuánto podía ser su monto, según las características personales del presunto infractor y los perjuicios causados a la víctima.

Mediante el Decreto Ley 175, de 1997, se adicionó el apartado 3 del Artículo 8 del Código penal, que ex-

tendió la aplicación del tratamiento administrativo a todos los delitos sancionables hasta un año de privación de libertad. Este es una expresión del principio de oportunidad en nuestra legislación, pero que se aplica por la policía³⁴ y la fiscalía sin que la primera de estas esté facultada legalmente para ejercer la acción penal.³⁵

El Decreto Ley No. 310, de 29 de mayo de 2013, que entró en vigor el 1 de octubre de este año, amplió aun más las posibilidades de aplicación del referido Artículo 8.3 del vigente Código penal, al establecer su aplicación en aquellos delitos en los que el límite máximo no exceda de tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o ambas, y que para su utilización en los delitos sancionables de uno a tres años se requiere la aprobación del fiscal.

Pero lo realizado hasta la fecha no satisface nuestras necesidades de cambio. Debíamos cuestionarnos si las atribuciones que confiere el artículo relacionado con anterioridad deberían estar en el Código penal o en la Ley de procedimiento penal, por qué no se tiene en cuenta la opinión de la víctima del delito, porqué se mantiene la facultad de su aplicación a la policía en los delitos sancionables hasta un año, si no es un sujeto procesal, qué efectos se

34 Respecto a esta facultad, asegura Roxin que solo es posible a la fiscalía, pues la policía no tiene facultad para sobrepasar discrecionalmente, de modo que para ella el principio de legalidad rige ilimitadamente. Claus Roxin: *Op. cit.*, p. 91.

35 El viceministro jefe de la Dirección de la Policía Nacional Revolucionaria, en su Orden 19, de 16 de julio de 1997, y el Fiscal General de la República, mediante la Instrucción No. 1 de 1997, establecieron los requisitos y procedimientos tanto para hacer uso de este precepto como para su control.

le atribuyen a la decisión adoptada, por qué enmarcar esta posibilidad solo en los límites de la sanción, y no en otros criterios de oportunidad, por qué la sanción pecuniaria tiene que ser la única, por qué no se establecen las excepciones en las que debe quedar el proceso solo en manos del fiscal. Estas y otras interrogantes hoy no encuentran respuestas en el proceso penal cubano, que necesita redimensionarse.

El recorrido por las últimas modificaciones introducidas en la legislación penal demuestra que en el país ha existido voluntad política para adecuar nuestro sistema de justicia penal a los requerimientos y necesidades de cada momento, pero también se pudo constatar que los aspectos procesales no han sido los más privilegiados y, en la práctica judicial cubana, se presentan a diario asuntos que pudieran ser resueltos por otros mecanismos, sin necesidad de poner en movimiento el órgano jurisdiccional, con mayores garantías para los justiciables y sus presuntas víctimas.

La ley constituye la tecnología por excelencia para los operadores del sistema de justicia penal en Cuba. Ella constituye la fuente fundamental de Derecho, refrendado en el artículo ciento veinte y dos de la Constitución de la República, al preceptuar que: los jueces, en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley. La Ley de procedimiento pe-

nal actual, como tecnología (como proceso social, que integra factores psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, valores e intereses), requiere ser modificada por las razones antes expuestas y muchas otras más que expondremos en próximos trabajos.

CONCLUSIONES

- El referido marco teórico y doctrinal, el comportamiento del tema en el escenario internacional y el recorrido por las últimas modificaciones introducidas en la legislación penal demuestran que en el país ha existido voluntad política para adecuar nuestro sistema de justicia penal a los requerimientos y necesidades de cada momento, pero también se pudo constatar que los aspectos procesales no han sido los más privilegiados y que pudieran encontrar su momento en el escenario actual, catalizado por el impacto social que han tenido los Lineamientos Económicos del VI Congreso del PCC.
- Las razones de política criminal, técnico-jurídicas y económico-sociales que justifican la necesidad de implementar el principio de oportunidad en el proceso penal actual pudieran ser tenidas en cuenta por el máximo órgano legislativo del país, y la Asamblea Nacional del Poder Popular, para futuras modificaciones a la ley procesal penal.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo Zapater, Enrique: "Discriminación y prevención", en *Poder Judicial*, no. II, Madrid, 1987.
- Bovino, Alberto: "La persecución penal pública en el Derecho anglosajón", Ministerio Público, *Revista Pena y Estado*, año 2, Editores del Puerto, s.r.l., Buenos Aires, 1997, p. 35.
- _____ : *Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo*, Editorial del Puerto, s.r.l., Buenos Aires, 1998.
- Caferata Nores, José I.: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, s.r.l., Buenos Aires, 1997.
- Claus, Roxin: *Derecho procesal penal*, traducción de la 25.ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio Maier, Ediciones del Puerto, s.r.l., Buenos Aires, 2000.
- Escobar Fornos, Iván: *Introducción al proceso*, Editorial Hispomer, Colección de Textos Jurídicos, Managua, 1998.
- Gómez Pérez, Ángela: "Orígenes y definición del principio de oportunidad", *Revista Jurídica, Universidades de Santiago*, año I, no. 1, Cabo Verde, 2013.
- Hassemer, Winfried: "La Persecución Penal. Legalidad y oportunidad", en *Jueces para la Democracia*, edición especial, Madrid. 1989,
- Maier, Julio: "Democracia y administración de justicia penal en iberoamérica. Proyectos para la reforma del sistema penal", en *Jueces para la democracia*, Argentina, 16/19 febrero y marzo de 1992.
- Muñoz Conde, Francisco: "Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal", *Revista Penal*, 2000.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán: *Derecho penal*, parte general. 5.ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- Núñez Jover, Jorge *et al.*: "La gestión del conocimiento, la ciencia, la tecnología y la innovación en la nueva universidad: Una aproximación conceptual". *La universidad cubana y su contribución a la universalización del conocimiento*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- Quirós Pérez, Renén: *Introducción a la teoría del Derecho penal*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1987.
- www.aaep.org.ar/espa/anales/pdf/varo.pdf.
- www.definicionabc.com//derecho/estado-de-derecho.Php.
- www.sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/Tesis/Human/Benavidez_V_R/Cap3.pdf http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/Tesis/Human/Benavidez_V_R/Cap3.pdf <http://slshtml.rincondelvago.com/principio-procesales-1.html>.
- www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2045.pdf, co

Legislación

Constitución de la República de Cuba, aprobada el 24 de febrero de 1976 y modificada en 1992 por la Ley de Reforma Constitucional, de 12 de julio de 1992, en *Gaceta Oficial*, extraordinaria, no. 6, de 13 de julio de 1992.

"Código procesal penal modelo para iberoamérica de 1988, con exposición de motivos", tomado de *Derecho procesal penal argentino*, de Julio B. J. Maier.

Código procesal penal de Alemania, del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998 en www.unifr.ch/derechopenal/lex.htm. Yahoo. 21-11-2006. 16.30 horas.

Ley No. 27664, promulgada el 23 de febrero del año 2002, mediante la que se modificó y modernizó el Artículo 2 del Código procesal del Perú.

Ley No. 600 de 24 de julio de 2000. Código de procedimiento penal colombiano.

Ley No.000.RO/Sup 360 de Ecuador, de 2000.

Ley No. 8123, de 15 de diciembre de 1991, Código procesal penal de la provincia de Córdoba.

Ley No. 8503 de Costa Rica, de 28 de julio de 2006.

Código procesal penal de la nación de Venezuela, en *Gaceta oficial* No. 37.022 de 22/8/2000.

EL DELITO DE RECEPCIÓN EN LA PRÁCTICA JUDICIAL CUBANA

Esp. María C. Bertot Yero,
jueza profesional, Sala de lo Penal, TSP

Lic. Dayán G. López Rojas,
profesor de Derecho penal, Universidad de Matanzas

LA recepción fue concebida durante la Edad Media como una forma de participación –como modalidad del encubrimiento–, junto a la autoría y la complicidad. Fue esta la sistemática tradicionalmente seguida en España, acogida por las Partidas, mantenida en la Nueva y Novísima Recopilación, y asumida por el Código penal español de 1822, cuya principal fuente de inspiración fue el Código Napoleónico de 1810.

El Código penal español de 1870¹ –primer cuerpo punitivo que rigió en Cuba– continuó la tradición legislativa de considerar los supuestos de encubrimiento y recepción como modalidades de intervención en el delito.

Uno de los puntos debatidos en los congresos internacionales celebrados entre finales del siglo XIX y principios del XX fue el de la necesidad de concederle autonomía delictiva

al encubrimiento con apoyo en el criterio técnico de que no puede existir participación alguna posterior a la consumación.²

En nuestro ordenamiento penal, fue el CDS, siguiendo las modernas tendencias de entonces, el que marcó la total desvinculación a la persistencia sistemática, de entender al encubrimiento como forma participativa, y previéndolo como delito autónomo en los artículos 341 y 342.

Pero si bien este cuerpo legal constituyó un paso de avance, en cuanto a la comprensión de la verdadera naturaleza jurídica del encubrimiento, mantuvo el criterio de unificar en la misma figura los supuestos de favorecimiento y recepción, olvidando que, en puridad, cada uno de ellos afecta intereses jurídicos distintos y, en consecuencia, merecen una regulación independiente. Sobre este particular, explicaba Grillo Longoria que “el favorecimiento

- 1 Trasuntado a Cuba por Real Decreto de 23 de mayo de 1879 para cumplimentar los acuerdos contenidos en el Pacto del Zanjón. Estuvo rigiendo la vida jurídica de la Isla hasta su sustitución por el Código de defensa social (CDS) de 1936. (Vicente J. Arranz Castellero: “Vigencia e influencia del Derecho penal español en el derecho penal cubano”).
- 2 La tesis de la autonomía delictiva del encubrimiento obtuvo mayoría en los congresos internacionales de París (1895), Bruselas (1900), y práctica unanimidad en el V Congreso de Derecho Penitenciario de Budapest (1905), ratificada ese mismo año en el Congreso Internacional de Derecho penal celebrado en París. (Andrés Palomo del Arco: “Receptación y figuras afines”, p. 370).

se realiza con el ánimo de impedir o entorpecer la investigación, para procurar de ese modo que el culpable de un delito escape a la acción de los tribunales. La receptación tiene como elemento intencional el propósito de lucro, materializado mediante la adquisición del producto del delito realizado por otro. Partiendo de esas definiciones es fácil concluir que en el favorecimiento se lesiona la administración de justicia, mientras que en la receptación se lesiona el patrimonio”.³

Tal deficiencia técnica fue subsanada por el legislador revolucionario con la entrada en vigor de la Ley No. 21, de 15 de febrero de 1979, Código penal (CP), que consideró al encubrimiento y a la receptación como especies distintas y las ubicó bajo distintos rubros: el primero, entre los delitos contra la administración y la jurisdicción (Artículo 181); y el segundo, en el catálogo de los delitos contra los derechos patrimoniales (Artículo 401); posición que ha mantenido la Ley No. 62, de 29 de diciembre de 1987, Código penal actual.

El bien jurídico protegido

El bien jurídico constituye la razón de existencia de cada norma penal tipo, el fundamento legítimo de su punición. Algunos llegan a afirmar que la esencia del delito consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.⁴ En el orden dog-

mático, cumple importantes funciones; se destaca, por su rendimiento práctico, la denominada *exegética* o *interpretativa*.

Comoquiera que la relevancia jurídico-penal de una conducta viene determinada por el grado de ofensividad que aquella supone para un bien jurídico determinado, resulta absolutamente lógico y, más aun, necesario, que el proceso de interpretación de la norma que define el delito deba partir de su objeto de protección. Sobre este importante rol atribuido al bien jurídico, ha dicho Quintero Olivares que “solo cuando el bien jurídico ha sido delimitado se puede resolver su significación sobre todos los elementos de la figura delictiva, arrojando sobre ellos la debida luz interpretativa, y nunca al revés”.⁵

Una de las polémicas más vivas que se vinculan al delito de receptación es la que tiene que ver con el bien jurídico que se protege con su incriminación, que no es otra cosa que determinar el contenido exacto del injusto en este tipo penal.

Sostener que el objeto jurídico que se lesiona con la conducta del receptor es el patrimonio supone una repetición a secas de lo establecido por el texto legal y, por lo tanto, deviene insuficiente de cara a los problemas interpretativos que pudieran presentarse; máxime cuando la receptación cobra vida luego de que se ha consumado una lesión patrimonial previa.

3 José A. Grillo Longoria: *Los delitos en especie*, t. 1, p. 172.

4 Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón: *Derecho penal, Parte general*, p. 252.

5 Gonzalo Quintero Olivares: “Sobre la falsedad en documento privado”, p. 37.

Dos posiciones se han delineado en la doctrina para justificar la punición de la conducta del receptor y su independencia con el delito precedente: la teoría del aprovechamiento y la teoría del mantenimiento.

Según la *teoría del aprovechamiento* —ya prácticamente en desuso—, la esencia del delito de receptación consistía en el aprovechamiento de los efectos de un delito previo de contenido patrimonial. Sin embargo, de acuerdo con los postulados del principio de mínima intervención del Derecho penal, no parece legítimo sancionar el simple hecho de obtener un beneficio de un previo delito y, menos, si se limita a aprovechamientos patrimoniales, sin ofrecer ningún fundamento que atienda a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.⁶

La *teoría del mantenimiento o perpetuación*, mayoritariamente aceptada, sustenta que el contenido del injusto en la receptación viene dado por la subsistencia de la situación antijurídica creada precedentemente; de modo que su carácter delictivo no obedece al provecho o beneficio propio buscado por el agente, sino al mantenimiento de la situación patrimonial antijurídica obtenida a través

del acto previo. Según De la Mata, este mantenimiento significa una nueva lesión patrimonial, distinta a la previamente producida, por cuanto el orden jurídico sigue interesado en proteger los derechos patrimoniales de todo titular, aun cuando ya hayan sido lesionados y, por eso, sanciona las conductas que obstaculizan o impiden el disfrute de sus derechos al sujeto pasivo.⁷

En esta línea de pensamiento, se inscribe Pérez del Valle, al sostener que el delito de receptación comporta la perpetuación de la situación ilícita creada por el primer delito, y su afectación al patrimonio es el peligro de que resulte ineficaz el derecho de reivindicación de la cosa perdida ilícitamente al autor del delito previo, pues las normas de carácter civil ya protegen al propietario de la cosa frente a los terceros adquirentes de la cosa, sean de buena o mala fe.⁸

Actualmente —en correspondencia con los vientos político-criminales que influyen cada vez más el Derecho penal—, se amalgaman la postura del mantenimiento y razones de política criminal. Se argumenta al respecto que la gravedad del delito de receptación reside, en

6 Pilar Gómez Pavón: “El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento”, p. 189.

7 Norberto J. de la Mata: *Límites de la sanción en el delito de receptación: la receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El art. 546 bis f) del Código penal*, pp. 25-26. En este mismo sentido, se pronuncia Huerta Tolcido, quien sostiene que “con el castigo de la receptación se pretende impedir que los efectos del delito previo se alejen progresiva y definitivamente de sus legítimos titulares, con la consiguiente pérdida de control de los mismos y de toda posible expectativa de recuperación”. Susana Huerta Tolcido: “Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras conductas afines”, p. 372.

8 Carlos Pérez del Valle: “El delito de receptación: los elementos objetivos de la infracción”, p. 66.

primer lugar, en su efecto perpetuador del ilícito cometido por el autor del delito antecedente y, además, en la peligrosidad de la receptación en cuanto a la seguridad general, dado que el receptor, con su disposición a recibir el producto de delitos contra los bienes, constituye un estímulo permanente para la comisión de hechos de esta naturaleza.⁹

De la ubicación sistemática del delito de receptación en el CP cubano (Artículo 338), se advierte que el legislador se inclinó por el criterio del mantenimiento, lo que, además, ha venido a ser corroborado mediante sucesivos pronunciamientos judiciales emanados del máximo órgano de justicia de nuestro país.

Sujetos y conducta típica

La receptación es un delito de sujeto general, o sea, cualquiera puede ser autor de este ilícito, en tanto el precepto no exige ninguna cualidad especial que limite el círculo de los posibles autores.

El legislador decidió colocar en la redacción del tipo una “salvedad”, en punto a excluir como sujetos activos de esta conducta a aquellos que participen de algún modo en el delito precedente, lo cual obedece, seguramente, a una mayor aclaración, a los efectos de separar tajantemente el campo de acción del receptor y el del partícipe en el delito previo. No obstante, en es-

tricta técnica jurídica, tal aclaración deviene innecesaria, porque resulta obvio que si el sujeto, de alguna manera, intervino en el delito principal responderá de este, según la forma de participación que corresponda, y no del delito de receptación, cuya virtualidad jurídica tiene lugar con posterioridad a la consumación de aquel ilícito.¹⁰

La conducta humana con relevancia penal que el legislador decidió incriminar bajo el rubro del delito de receptación es la de “ocultar en interés propio, cambiar o adquirir bienes procedentes de un delito, o intervenir de cualquier forma en su enajenación”.

Los verbos rectores que describen el comportamiento típico no ofrecen grandes dificultades en su interpretación. *Ocultar en interés propio* significa quitar el objeto de las posibilidades de localización por parte de terceros para disfrutarlos después; *cambiar* supone dar una cosa y recibir otra en sustitución de aquella; y *adquirir* equivale a obtener el objeto en propiedad o con voluntad de ejercer sobre él cualquier otro derecho real, cualquiera que sea el modo (compra, permuta, donación) o el título (oneroso o gratuito).¹¹ Tanto el cambio como la adquisición implican la incorporación patrimonial definitiva de los bienes, lo que tiene su reflejo subjetivo en el *animus rem sibi habendi*, porque es con este tipo de conducta que se perpetúa la lesión patrimonial causada al titular de los

9 Pérez del Valle: *Op. cit.*, p. 68.

10 Tal aclaración estuvo presente desde el CDS (Artículo 342-A).

11 Carlos Creus: *Derecho penal, Parte especial*, p. 346.

bienes y se dificulta su reivindicación; de modo que no resulta típica la actuación de quien los recibe, en virtud de un modo que no importe la transmisión de la propiedad u otro derecho real, como ocurre, por ejemplo, con el depósito o la recepción en garantía.¹²

Asimismo, la adquisición supone que los bienes provengan de un tercero que los traspasa al adquirente; y, siendo así, la apropiación de bienes con origen delictivo no integraría este delito, sino el de hurto.¹³

La intervención de cualquier forma en la enajenación de los bienes implica una ayuda para el logro de otra modalidad típica, que puede ser el cambio o la adquisición. Un ejemplo cotidiano de este supuesto comisivo es la actuación del intermediario.

En todos los casos, se trata de alternativas de conductas que entrañan siempre un beneficio para

el sujeto activo, lo que determina el contenido del tipo subjetivo de la infracción (ánimo de lucro).

El objeto material

Las discusiones más interesantes, en cuanto a este delito, se derivan de las particularidades y requisitos que ha de reunir su objeto material, de lo que se deriva la necesidad de ofrecer algunas precisiones en torno a los bienes receptados.

Del claro texto del precepto, se advierte que los bienes que se ocultan, cambian, adquieren o en cuya enajenación se interviene, deben proceder de un delito, lo que se satisface plenamente si el hecho anterior reúne las características de tipicidad y antijuricidad, aunque, en definitiva, no resulte punible por concurrir alguna causa que excluya la culpabilidad o estar amparado por una excusa absolutoria.¹⁴

12 Dada la forma en que aparecía redactada la conducta típica de la receptación en la Ley No. 21 de 1979, podía encuadrarse en esta figura cualquier supuesto en el que el autor obtuviera un lucro de los bienes con procedencia delictiva, pues el Artículo 401, luego de describir como verbos rectores *ocultar*, *cambiar* y *adquirir*, completaba la conducta típica con la frase “obtenga lucro en cualquier forma”, fórmula amplia que ha sido expresamente suprimida en la actual redacción del delito, que se exhibe en el Artículo 338 de la Ley No. 62 de 1987.

13 Así se pronunció la Sentencia No. 219, de 19 de agosto de 1941, dictada por la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo de Cuba, la cual razonaba que “el que habiendo visto correr a un desconocido perseguido por un robo, recoge diversas prendas que en su huida había dejado caer y sin consignar el encuentro se apodera de ellas y las vende, no comete el delito de encubrimiento sino el de hurto, porque entre el presunto encubridor y el autor del delito, para que exista encubrimiento, debe existir un nexo posterior a la ejecución del acto criminal para la obtención de un lucro con los objetos del delito, aprovechándose de éste y a sabiendas de la procedencia ilícita de los mismos”. (Emilio Menéndez: *Código de defensa social –Concordado y anotado con la legislación y la jurisprudencia cubanas–*, p. 475).

14 Desde esta perspectiva, habida cuenta de la estrecha relación que existe entre el delito principal y el de referencia, la doctrina concluye, de manera bastante asentada, que la relación del delito de receptación con el delito previo, pese a su autonomía típica, se encuentra dentro de la llamada *accesoriedad limitada*; sin que sea exigible que el hecho previo, además de típico y antijurídico, sea culpable (accesoriedad extrema) y menos aun, punible (accesoriedad máxima). (Pilar Gómez Pavón: *El encubrimiento. Artículos*

De acuerdo con el bien jurídico que se protege en la especie en comentario, es requisito indispensable que la actuación delictiva previa suponga alguna lesión patrimonial, con independencia de que no tenga que tratarse necesariamente de un ilícito enmarcado en el título de los delitos contra los derechos patrimoniales.

Así, delitos como el *uso indebido de recursos financieros y materiales* (Artículo 224, CP), o el *abuso en el ejercicio del cargo o empleo en entidad económica* (Artículo 225, CP) califican perfectamente en el círculo de los posibles delitos cuyo objeto son los bienes que, luego, son receptados porque, además de atentar contra la economía nacional, también suponen un menoscabo para el patrimonio de las entidades perjudicadas. Sin embargo, en congruencia con el objeto de protección que tutela el delito de receptación, no puede sostenerse que se cometa tal delito respecto a los bienes que tienen su origen en delitos que no entrañan perjuicio patrimonial alguno, como ocurre con las *actividades económicas ilícitas* (Artículo 228, CP). No puede sostenerse que quien adquiere un bien que tiene su origen en un delito de actividad económica ilícita ejecute una acción que implique una perpetuación de una lesión patrimonial previa.

De ahí que, cuando el legislador ha querido reprimir las conductas de adquisición, ocultación o cam-

bio de objetos que no provienen de un ilícito que cause una afectación patrimonial previa, haya tenido que prever figuras delictivas especiales, ante la imposibilidad de encuadrarlas dentro del tipo de receptación, como ocurre con el delito de contrabando (artículos 233 y 234, CP).

Para la condena por el delito de receptación, solo se exige que el ilícito del que proviene el bien esté determinado, sin que se requiera su esclarecimiento; o sea, basta con que pueda definirse—por ejemplo—que los bienes adquiridos proceden de una sustracción ocurrida en determinado lugar, extremo que debe estar avalado en la investigación. Lo que no es aceptable, en modo alguno, es que, ante la ausencia de la determinación de la actividad delictiva previa, se estime integrada la figura de la receptación, bajo el fundamento de que determinados productos no se expendan en la red comercial, porque, si bien ello constituye un elemento que permite al acusado llevar a cabo el juicio de inferencia racional sobre la procedencia delictiva que, como parte del tipo subjetivo, exige la norma, no resulta acreditativo *per se* de la existencia del delito previo que reclama el tipo objetivo de la infracción.

Para arribar a un fallo de condena, es necesario que se haya articulado durante el proceso una mínima actividad probatoria —que destruya el estado de inocencia del que goza el imputado—, tendente a

17 y 18 del Código penal, p. 76. En Cuba, Emilio Menéndez aludía que “cometido un delito, no es necesario para la subsistencia del encubrimiento que la persona ayudada sea realmente culpable”. (Menéndez: *Op. cit.*, p. 70).

acreditar la existencia de cada uno de los elementos de la figura delictiva en cuestión; y, al no acreditarse con certeza el origen delictivo del bien (elemento del tipo objetivo), no le es dable al órgano judicial presumirlo —sin apoyo en los medios de prueba practicados en el juicio—, por el mero hecho de su no comercialización en las redes comerciales, porque con ello estaría lesionándose el principio de legalidad.

La ausencia de prueba sobre el necesario delito anterior, que no puede presumirse en contra del acusado, nos coloca frente a un hecho que no satisface las exigencias del tipo objetivo de la figura de la receptación, con independencia de que el agente haya actuado con el dolo requerido por el tipo subjetivo.

Doctrinalmente se ha discutido sobre la tipicidad de la denominada “receptación sustitutiva”, en la que se incluyen los supuestos en los que un sujeto, conocedor de la actividad previa desarrollada por otro, recibe un objeto que directamente no procede de la infracción anterior, pero que ha sido obtenido mediante una operación comercial (venta, compra o permuta) que tiene por base aquello que se consiguió con la infracción precedente.¹⁵ Con acierto, la *communis opinio* defiende la imposibilidad de incluir estos casos dentro del comportamiento típico de

la receptación con fundamento en la ausencia de lesividad que ellos suponen para el bien jurídico tutelado porque, en realidad, no entrañan lesión alguna para el patrimonio de la víctima del primer delito.¹⁶

También se ha polemizado sobre la existencia del delito de receptación cuando su objeto es el dinero; y es que, tratándose de un bien fungible, se ha dicho que la posibilidad de su restitución no se ve afectada si la cantidad original ha desaparecido de las manos del autor.¹⁷ Supongamos que un sujeto ha sustraído billetes marcados y, para deshacerse de ellos, decide cambiarlos a un menor precio por otros billetes comunes. En puridad, quien cambia estos billetes por otros que no pueden ser identificados no provoca una perpetuación de la ilicitud concretada en el derecho de propiedad y la facultad de reivindicarlo, pues al propietario le es indiferente recuperar los mismos billetes u otros. La marca o la anotación no están relacionadas con el derecho de propiedad, sino con la investigación y, por ello, con la administración de justicia. En estos casos, no se perpetúa la ilicitud en el dominio, se evita el descubrimiento del autor del delito previo, de modo que el delito sería otro.

Según Muñoz Conde, no existe inconveniente en admitir la posibilidad de que el delito previo sea, a su

15 De la Mata: *Op. cit.*, p. 50.

16 De esta opinión, véanse: De la Mata: *Op. cit.*, p. 50; Elena Farré Trepas: *Casos límite entre el encubrimiento y la receptación*, pp. 250-251; Miguel Bajo Fernández, Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, t. II, pp. 486-487.

17 Pérez del Valle: *Op. cit.*, p. 74.

vez, otra receptación —*receptación en cadena*—, siempre que se trate del mismo objeto material del delito originario.¹⁸

El tipo subjetivo

En este delito, el tipo subjetivo está compuesto por el *dolo*¹⁹ y por un especial elemento subjetivo: el *ánimo de lucro*.

Un extremo seriamente debatido en la doctrina ha sido el elemento intelectual del dolo que anima al receptor, particularmente en lo referido al alcance del conocimiento del delito previo, cuya existencia tiene que haber quedado previamente acreditada.

Si bien se admite pacíficamente que no es exigible un conocimiento detallado, exacto y completo, respecto al ilícito penal anterior (entiéndase: pormenores de la infracción, *nomen iuris* que se atribuye, etc.), no ocurre lo mismo en cuanto al estado anímico que debe tener el comisor respecto a la existencia del delito previo, lo que ha motivado que, con

relación a este particular, existan dos posiciones confrontadas.

Un criterio que pudiéramos denominar “restringido”, asumido por la doctrina mayoritaria y ampliamente desarrollado por la jurisprudencia española, apunta a que el sujeto activo debe poseer un estado anímico de certeza —o sea, “un saber por encima de la simple sospecha o conjetura”—,²⁰ nacido de un juicio de inferencia racional que el adquirente lleva a cabo considerando las circunstancias concurrentes en el hecho y de las características de la persona que presenta los bienes.

La otra postura, de mayor amplitud, sostiene que es suficiente con que el comisor tenga un conocimiento probable, o sea, basta que haya sospechado la procedencia delictiva a partir de la irregularidad de las circunstancias fácticas y subjetivas acompañantes del hecho; de lo que se deduce que, para la configuración del delito de receptación, es suficiente con la presencia del dolo eventual.

Un análisis teleológico y gramatical del Artículo 338 nos conduce a

18 Francisco Muñoz Conde: *Derecho penal, Parte especial*, 16.ª ed., p. 536.

19 El dolo se compone por el conocimiento de la totalidad de los elementos del tipo objetivo (elemento intelectual) y la voluntad de su realización (elemento volitivo). Solo es necesario que dicho conocimiento se refiera a la parte externa de la conducta; por lo tanto, obra dolosamente quien, consciente de todos los elementos y circunstancias que rodean al hecho típico, quiere realizarlo.

20 Este ha sido el criterio jurisprudencial sentado por el Tribunal Supremo español. Véanse, al respecto, los pronunciamientos contenidos en las sentencias 1581, de 12 de diciembre de 1997; 8, de 21 de enero de 2000; 1801, de 24 de abril de 2000; 1915, de 24 de octubre de 2001; 2053, de 30 de noviembre de 2002; 57, de 2 de febrero de 2009; 139, de 24 de febrero de 2009; 448, de 29 de abril de 2009. (Luis Rodríguez Ramos: *Código penal comentado y con jurisprudencia*, pp. 947-948.) En el escenario latinoamericano, Carlos Creus afirma que “el agente debe saber que el objeto (dinero, cosas, efecto) proviene de un delito (...) y a este saber no equivale ni la sospecha ni la duda: tiene que tratarse de un conocimiento positivo”. Carlos Creus: *Op. cit.*, p. 347.

concluir que el legislador cubano ha optado por la segunda de las posiciones explicadas. Sin embargo, con independencia de que no se exija en el receptor el estado anímico de certeza respecto a la existencia del delito precedente, la utilización del adverbio *racionalmente* referido al juicio de evidencia o suposición que debe llevar a cabo el comisor, despeja toda duda en cuanto a que no es suficiente la mera sospecha o presunción vaga con relación al origen delictivo de los bienes, porque la racionalidad a la que alude la norma penal tipo implica que, objetivamente, en mérito a las características del acto de enajenación y sus protagonistas, la desconfianza y el recelo se desvanecen, en virtud de las inferencias que lleva a cabo el sujeto. En última instancia, tal juicio de inferencia racional estará determinado por el nivel de irregularidad de las circunstancias concurrentes.²¹

En el orden procesal, comoquiera que dicho estado de certeza constituye un hecho psicológico o interno, su afirmación implica serias dificultades

des probatorias; y deberá inferirse de los datos objetivos referidos al hecho y a los sujetos intervinientes. Así, la mediación de un precio vil o ínfimo, desproporcionado con el valor real de los objetos adquiridos; las irregularidades en el modo de adquisición (como ocurre con la venta clandestina, por ejemplo); la inverosimilitud de las explicaciones aportadas para justificar la tenencia de los bienes sustraídos (explicaciones inaceptables o futilidad de las alegaciones de descargo); y la personalidad del adquirente acusado y de los vendedores o transmitentes de los bienes, son algunos de los elementos que poseen una naturaleza indiciaria respecto al juicio de inferencia racional que debió haber llevado a cabo el sujeto con relación a la precedencia delictiva de los bienes.²²

Sobre la especial dificultad que, en ocasiones, supone la declaración judicial de este hecho psicológico, advierte Palomo del Arco que la tenue línea entre las inferencias deducibles de los diversos indicios y las sospechas más o menos fun-

21 Según apunta el profesor Quirós Pérez —cuya participación en las labores legislativas del Código penal en uso es de todos conocida—, “se ha perfilado la definición del delito de receptación (artículo 338.1), a los efectos de precisar los medios de conocimiento del receptor acerca de la ilícita procedencia del bien ocultado, cambiado o adquirido: se exige que ella se derive de las circunstancias de la persona que los presente o de las circunstancias de la enajenación”. Renén Quirós Pérez: “La modificación del Código penal”, p. 24.

22 Así lo entendió, desde antaño, la otrora Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo de Cuba. En este sentido, la Sentencia No. 25, de 21 de febrero de 1944, valoró que “la suposición material de este Art. no es en realidad un hecho material que deba figurar como probado, sino más bien un antecedente de índole subjetiva, derivado del conjunto de aquellos otros relativos a la ocasión y circunstancias en que se realizaron el empeño o enajenación de las cosas objeto material de un delito, y que, por ende, debió haber surgido con facilidad en la mente del inculpado como encubridor”. Asimismo, la Sentencia No. 74, de 17 de marzo de 1949, aclaró que “no es necesario en estos casos que el encubridor conozca la ilegitimidad del título de adquisición de lo que le venden, sino que basta que racionalmente sea deducible”. Menéndez: *Op. cit.*, pp. 476 y 477.

dadas no puede permitir, en ningún caso, obviar el principio de presunción de inocencia.²³

No existe discusión en torno al momento en que el adquirente debe poseer el conocimiento respecto al delito previo. Es en el instante de ocultar, cambiar, adquirir o intervenir en la enajenación, que el agente debe conocer —ya sea de modo directo o mediante el juicio de inferencia racional derivado de las circunstancias— el origen delictivo de los bienes. El conocimiento de este extremo, con posterioridad a la consumación, solo podría dar lugar a un *dolus subsequens*, que no es considerado relevante por ser posterior a la conducta.²⁴

En cuanto al elemento tendencial del ánimo de lucro —elemento subjetivo del tipo distinto del dolo—, este tiene en el delito en comentario el mismo alcance que en los tipos de apoderamiento. Comprende no solo el propósito de enriquecerse o de acrecimiento patrimonial, sino cualquier ventaja, utilidad o beneficio pretendido por el culpable, incluso los meramente contemplativos, o de ulterior beneficencia.

Como se explicó *ut supra*, las modalidades típicas del cambio y la adquisición deben estar animadas, en el orden subjetivo, por el *animus rem sibi habendi*, que se traduce en el propósito del comisor de incorporar los bienes obtenidos a su

patrimonio, para ejercer sobre ellos facultades propias del dueño.²⁵

GRADOS DE REALIZACIÓN: CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

En la doctrina, se suele identificar el momento consumativo del delito de receptación con aquel en que el sujeto tiene libre disponibilidad sobre los objetos receptados, aunque no llegue a lucrar efectivamente con ellos;²⁶ o sea, cuando el adquirente tiene un poder de hecho sobre la cosa que implica, *per se*, aprovechamiento.

La tentativa es admisible siempre que el sujeto activo protagonice actos ejecutivos que no alcancen el estadio de consumación por causas ajenas e independientes a su voluntad. Queda tentado el delito de receptación cuando, por ejemplo, el adquirente es detenido, con las maletas que contienen los bienes de procedencia delictiva depositadas en el maletero de su vehículo, mientras pacta con el vendedor el precio de la compra.

Debe distinguirse con precisión entre los supuestos de actos ejecutivos punibles y aquellos que, en realidad, constituyen actos preparatorios impunes, como ocurre, por ejemplo, en el caso del receptor que es sorprendido por los agentes policiales en casa del joyero exami-

23 Palomo del Arco: *Op. cit.*, p. 382.

24 Sobre la irrelevancia del *dolus subsequens*, Santiago Mir Puig: *Derecho penal, Parte general*, p. 325.

25 Así lo entendió la Sentencia No. 143, de 10 de febrero de 2005, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo español.

26 Muñoz Conde: *Op. cit.*, p. 536.

nando las prendas sustraídas que aquel tiene en venta.

CONCURSO APARENTE CON OTRAS FIGURAS DELICTIVAS

No es un secreto que llegar a un criterio definitivo sobre el adecuado encasillamiento típico de una conducta, en ocasiones, se torna complicado, sobre todo cuando un hecho penalmente relevante posee elementos que están presentes en la descripción de varias figuras delictivas.

En los casos en los que un supuesto de hecho parece subsumible en dos o más normas penales, se produce un concurso aparente entre estas, siempre que una de ellas abarque completamente la significación penal del hecho, lo que origina un problema de interpretación que se resuelve con ayuda de alguno de los principios de especialidad, consunción o subsidiariedad.

Entre las especies delictivas que tienden a confundirse con la receptación, se encuentran las de encubrimiento (Artículo 160.2, CP), especulación (Artículo 230a, CP), acaparamiento (Artículo 230b, CP), sacrificio ilegal de ganado mayor y venta de sus carnes (Artículo 240.3 y 4, CP) y hurto (Artículo 322, CP).

A pesar del origen histórico común que comparten el encubrimiento

y la receptación, en realidad, se trata de especies independientes y con sustantividad propias. La primera de ellas afecta el correcto desenvolvimiento de las funciones de persecución y juzgamiento; y la segunda, los derechos patrimoniales. Respecto al delito precedente, en la receptación debe tratarse —como ya se vio— de un ilícito penal que provoque alguna lesión patrimonial, en tanto la acción favorecedora del encubrimiento puede recaer sobre bienes o intervinientes vinculados a cualquier especie delictiva. En el orden subjetivo, el encubrimiento supone una ayuda (favorecimiento) a un tercero, presidida por un *animus adiuuandi*, mientras que, en la receptación, el comisor actúa movido por el ánimo de lucro propio de los delitos patrimoniales (aprovechamiento).²⁷

Entre el delito de receptación y las especies de especulación y acaparamiento, la diferencia fundamental reside en la naturaleza del objeto material: en el delito previsto en el Artículo 338, los bienes poseen un origen delictivo; y en la especulación —al igual que en el acaparamiento—, proceden de una fuente lícita; lo que determina que la objetividad jurídica en una y otra figuras delictivas sean distintos: en la receptación, se tutela el derecho patrimonial del titular de los bienes receptados, mientras el objeto de protección en los delitos

27 En palabras de Emilio Menéndez, otrora magistrado del Tribunal Supremo de Cuba, “el receptor obra con propósito de lucro y el encubridor con el fin de engañar a la Justicia (...) el culpable del delito principal se ha procurado ya una utilidad, un producto, un precio, y la obra del encubridor va encaminada a asegurárselo; en la receptación el culpable no tiene como punto de mira la ventaja del autor del delito principal, sino su propio provecho o el de un tercero”. (Menéndez: *Op. cit.*, p. 70.)

de especulación y acaparamiento se circunscribe al normal desenvolvimiento de las relaciones comerciales.

Algo similar ocurre respecto al delito de sacrificio ilegal de ganado mayor y venta de sus carnes, cuyo elemento diferenciador fundamental, respecto al delito de receptación, es también el objeto sobre el que recae la conducta delictiva, que en esta especie ha de ser carne procedente de un sacrificio ilegal, pues si, aun tratándose de carne de ganado, se determina que no tiene su origen en un sacrificio ilegal, sino que deviene de una apropiación ocurrida en un establecimiento estatal, entonces el delito cometido es el de receptación. La otra cuestión que distingue estas figuras se relaciona con el dolo: mientras en la receptación es suficiente la presencia del dolo eventual, ello resulta totalmente imposible respecto a los apartados 3 y 4 del Artículo 240, en cuya redacción se emplea la frase “a sabiendas”, que solo es compatible con el dolo directo.

La distinción entre el delito de hurto y el de receptación radica, esencialmente, en la conducta típica, porque, mientras en el primer caso, se trata de una sustracción –propia de los delitos de apoderamiento–, en la receptación, el sujeto agente se limita a perpetuar el perjuicio patrimonial que otro causa, e incorpora a su patrimonio el objeto procedente de un hecho que implica el desapoderamiento de un tercero.

INTERPRETACIÓN DEL DELITO DE RECEPCIÓN

A continuación, se transcriben algunos pronunciamientos contenidos en sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular (TSP), con el propósito de mostrar cómo la práctica judicial cubana ha ido delineando los contornos y alcances de cada uno de los elementos que conforman la figura delictiva estudiada.

En la *Sentencia No. 1149, de 5 de diciembre de 1975*,²⁸ el TSP razonó:

CONSIDERANDO: Que la posesión de dos quintales de manteca de puerco, aún [sic] cuando el poseedor no justificare [sic] debidamente su procedencia, no constituye indicio racional para presumir siquiera que dicho producto fue objeto de un delito de robo o hurto; y como la justicia penal exige que todo juicio de culpabilidad se erija sobre hechos ciertos y comprobados por los medios probatorios previstos en la ley, sin que pueda, por lo tanto, sancionarse a los acusados por meros indicios o presunciones, cual acontece en el caso en examen; porque, si bien es cierto que la manteca que se distribuye por la red comercial estatal, está sujeta a regulación, no ocurre igual con aquella que los particulares pudieran obtener del sacrificio de animales de su propiedad; y como de los hechos declarados probados no emerge con la debida certeza que la persona de quien el

28 *Boletín del TSP*, 1975, p. 421.

acusado adquirió la manteca la hubiera robado o hurtado, es forzoso concluir que no se ha configurado el delito de encubrimiento calificado por el tribunal...

Dos cuestiones esenciales se derivan de este pronunciamiento. En primer lugar, la obligatoriedad de que el objeto del delito proceda de un ilícito penal (elemento del tipo objetivo); y, en segundo, que tal extremo debe encontrar apoyo en elementos de prueba obrantes en las actuaciones, por no ser la presunción un medio de prueba en el proceso penal.

La *Sentencia No. 2148, de 29 de agosto de 1978*,²⁹ fija posiciones, en cuanto a los elementos típicos del delito de receptación:

CONSIDERANDO: Que en la sentencia combatida se afirma que los acusados recibieron de personas desconocidas y en circunstancias no correctas, no legales, un revólver con cuatro cápsulas, a sabiendas de su ilícita procedencia. Que el delito de encubrimiento por receptación, imputado en la presente causa, requiere para su integración, que la persona que reciba la cosa no haya tenido participación alguna en el delito de que proceda la misma, que la reciba para ocultarla en interés propio, o en concepto de prenda, o por cualquier otro título de adquisición, que por la persona que la presente, ocasión y circunstancias de empeño o la enajenación, evidencien o hagan suponer racionalmente que procede de un delito. Y en el caso en examen solo aparece que los

acusados recibieron de personas desconocidas y en circunstancias no correctas un revólver, de lo que se infiere que no consta que el mismo proceda de un delito, que lo hayan adquirido en interés propio ni por concepto alguno, pues recibir no es adquirir, ni tampoco se ha acreditado las personas y circunstancias de la recepción, cuyas condiciones anómalas permitían inferir su procedencia ilícita, por lo que estando ausentes los elementos integrantes del delito imputado queda solo subsistente la contravención del numeral 5 del artículo 571 del Código de Defensa Social (...).

De este pronunciamiento, se advierte cómo el máximo órgano judicial definió, en términos sencillos y precisos, tres aspectos de suma importancia. En primer orden, se ratifica que deben existir elementos probatorios que acrediten el origen delictivo del bien; luego, se aclara que la acción típica no queda satisfecha con el mero acto de “recibir”, sino que es necesario que esa recepción suponga una ocultación, un cambio o una adquisición; y, por último, se precisa la necesidad de que resulten acreditadas las características de las personas y circunstancias vinculadas al hecho, dada la trascendencia que tienen para la afirmación del tipo subjetivo de este ilícito.

Nótese que en este pronunciamiento se afirma la tipicidad –bajo esta especie– de la conducta de quien recibe bienes de procedencia

29 *Boletín del TSP*, 1978, segundo semestre, pp. 360-361.

delictiva en concepto de prenda, lo que obedece a que el Artículo 342 del CDS aludía expresamente a “recibir en prenda”; sin embargo, en correspondencia con la redacción actual que tiene el delito en nuestro CP no parece que estas hipótesis puedan encasillarse en el tipo objetivo del Artículo 338.³⁰

Mérito especial hay que atribuirle al pronunciamiento contenido en la *Sentencia No. 2695, de 2 de noviembre de 1978*.³¹

CONSIDERANDO: Que la lectura de la sentencia y las actuaciones permite inferir con certeza la ausencia de elementos necesarios para una adecuada comprensión y calificación del hecho justiciable, por no haber quedado debidamente esclarecidos en las actuaciones de la fase preparatoria del proceso y cuya ausencia compromete el debate y la eficacia de la pretensión punitiva, en la fijación y precisión necesaria y en la corroboración de los elementos integrantes del delito imputado, de modo tal que permita arribar a una conclusión precisa y segura ajustada a derecho. Imputándose en el caso de examen un delito de encubramiento es preciso que la adquisición de los bienes que se afirman de origen delictuoso quede bien establecida en las actuaciones para que la imputación descansa sobre una base segura, de manera que resulte indubitado dicho carácter, lo cual no se cumple con afirmar como se hace en la sentencia que

se ocuparon distintos artículos que no se encuentran en venta al público y que son de difícil adquisición y otros de procedencia desconocida entre los que se encuentran distintos objetos cuya procedencia resulta igualmente desconocida. Y la investigación de la fase preparatoria no ayuda a fundamentar la pretensión punitiva con hechos concretos, precisos y definitivos, sino que se reitera la misma imprecisión respecto del ventilador, el radio soviético y los tres relojes de tipo extranjero, y solo se precisa algo en lo que respecta a los dos pomos y dos perros de cristal que se expresa [que] fueron sustraídos de una casa de la barriada de Marianao, hecho atribuido al acusado E.L., pero no se aportaron los elementos corroborantes de su existencia, tal como la causa en que se conoció de ese hecho si es que se denunció, estado de la misma y cuantos más detalles contribuyan a completar la información. De todo ello resulta la necesidad de apreciar el quebrantamiento de forma al amparo del Artículo 79 de la Ley de procedimiento penal y remitir las actuaciones al tribunal de origen para que proceda de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 263 de la aludida Ley (...).

Con absoluta claridad, se define en esta sentencia que ni la “no comercialización de los bienes en redes comerciales”, ni la “dificultad para adquirirlos”, constituyen elementos de prueba que acrediten el origen delictivo de aquellos.

30 Véase el acápite “Sujetos y conducta típica”.

31 *Boletín del TSP*, 1978, pp. 399-401.

En la *Sentencia No. 140, de 2 de mayo de 2008*, dictada en el rollo no. 47 de 2008, formado para conocer del procedimiento de revisión promovido por el viceministro de Justicia, la Sala concluyó:

CONSIDERANDO: Que esta Sala de casación, en varias sentencias ha reiterado que para integrarse el delito de receptación, en sus diferentes modalidades, es requisito indispensable, la existencia de un delito anterior (...), y que los bienes objeto de aquel delito, lleguen a mano del receptor con interés ora de ocultar, ora con interés de adquirir o que de alguna forma intervenga en la enajenación de los mismos, lo que sí nunca debe faltar es la procedencia de una actividad delictiva, siguiendo una recta inteligencia de lo establecido en el artículo trescientos treinta y ocho, apartado uno del Código penal, y corresponde al posible sujeto activo la racional interpretación del conjunto de circunstancias concurrentes que le permitan inferir la procedencia delictiva, lo que sí es necesario es el delito anterior; en el presente caso el tribunal de instancia da por probado que la adquisición se produce "...no contando con documento alguno que ampare la licitud de los mismos, todo ello fue adquirido para realizar sus funciones laborales...", el juzgador, con criterio equivocado, supedita los principios de presunción de inocencia y de posesión lícita a la tenencia de un documento, como si ello fuere el único medio de probanza existente en derecho, pero divagó en este aspecto y se desatendió de lo más importante

que es el análisis del delito anterior contra el patrimonio, la economía u otro que implique el movimiento ilícito de bienes, que sin lugar a dudas esto no existe en el presente caso (...).

Además de resaltar la procedencia delictiva de los bienes objeto del delito, la aludida resolución aclara que la falta de documento acreditativo de la licitud de aquellos no constituye *per se* elemento suficiente para justificar un origen delictivo, al tiempo que reconoce que el delito precedente puede lesionar al patrimonio o a la economía. Sin embargo, la alusión a cualquier otro delito que "implique el movimiento ilícito de bienes", no resulta del todo exacta, pues, en correspondencia con el bien jurídico lesionado por el delito de receptación, más allá de la existencia de un tráfico de bienes, lo que en realidad se exige es la existencia de una lesión patrimonial causada por un tercero ajeno al receptor, y que este último perpetúa con su actuación.

La *Sentencia No. 3221, de 17 de septiembre de 2010*, esboza los límites del tipo subjetivo en la especie estudiada:

CONSIDERANDO: Que receptar no es más que aprovecharse de los frutos materiales del delito que otro ha cometido, lo que no significa que deban conocerse los detalles y pormenores del delito precedente, basta con que el autor haya podido racionalmente sospechar el origen ilícito y ello puede quedar evidenciado por la persona que los presente o la ocasión o circunstancias de la enajenación como puede ser que el

objeto no sea propio del comercio legal a la población, lo que puede demostrarse a través de la prueba de indicios que pongan de manifiesto la realidad de ese elemento subjetivo, pero tiene que ser algo más que una simple sospecha. Del relato fáctico se constata claramente que los productos que adquirió el recurrente J.M.C.P. para vender posteriormente, solo se procesan o almacenan en dos entidades estatales del territorio, luego, la comercialización de estos, por su particularidad y cantidad, por parte de desconocidos, le permitía presumir su ilicitud, es por ello que el motivo de fondo por él establecido debe rechazarse.

Lo interesante de esta resolución judicial es que en ella se detalla el contenido y alcance del elemento subjetivo de este ilícito, y se aclara que no basta la mera sospecha, sino que debe llevarse a cabo un juicio de inferencia racional sobre el origen delictivo, a partir de las circunstancias en que se realiza la enajenación.

En la *Sentencia No. 63, de 25 de octubre 2011*, dictada en el procedimiento de revisión promovido por el viceministro de Justicia, el TSP razonó:

CONSIDERANDO: Que ciertamente el delito de receptación es una figura de referencia, se puede dar cuando previamente se ha producido otro delito precedente, tiene además su fundamento en el hecho de no favorecer la delincuencia dedicada a obtener beneficios provenientes de actividades ilícitas, es decir, protege el tráfico lícito de bienes; se corporifica cuando el sujeto

que no ha tenido participación en un determinado delito, oculta, cambia o adquiere bienes provenientes del mismo, y cuando por la ocasión y las circunstancias de la enajenación debió el sujeto presumir su ilicitud, por lo que ese conocimiento de la procedencia del bien de un hecho anterior, es elemento del dolo; y como en el caso en examen el órgano juzgador se limitó a narrar en la resolución “la adquisición a un particular del producto ron de fabricación casera con el fin de proceder a su venta posterior a un precio superior” por parte del acusado, sin brindar más detalles, es obvio que no describió los elementos esenciales que dan vida al delito de receptación que se calificó, pues el producto adquirido por el acusado no significa obligadamente que haya procedido de un ilícito penal; en cambio haber comprado veinte botellas de la bebida con la finalidad de revenderlas a un precio superior al que las consiguió, para así obtener lucro o ganancia, son elementos constitutivos del delito de especulación previsto y sancionado en el artículo 230 inciso a) del Código penal, que sin lugar a dudas es la tipicidad que se encuadra en ese actuar, asistiéndole razón a la autoridad promovente en el motivo alegado al amparo de la causal 8 del artículo 456 de la Ley de procedimiento penal (...)

Se ratifica en este pronunciamiento, de un lado, la obligatoriedad de que el objeto del delito proceda de un ilícito penal, y, de otro, la necesidad de que el agente conozca la procedencia delictiva por ser

elemento del dolo. Asimismo se establece la relación existente entre este delito y el de especulación, el cual se aplica subsidiariamente cuando no sea posible determinar la procedencia delictiva de los bienes adquiridos, en respeto a los principios de especialidad y legalidad.

La *Sentencia No. 4, de 31 de enero 2012*, dictada por la Sala de lo Penal del TSP resolviendo un recurso de apelación interpuesto en procedimiento abreviado, estimó que el grado de realización del hecho enjuiciado no se correspondía con la consumación, sino que había quedado en tentativa, y razonó lo siguiente:

CONSIDERANDO: Que practicada la prueba propuesta en la vista celebrada para resolver el recurso, no se advirtió elemento fáctico distinto a los que estimó probado la sala de instancia, sin embargo, es de apreciar que la calificación ofrecida por el tribunal juzgador no fue atinada porque el comisario fue detenido por el agente de la autoridad junto a la jaba que contenía carne de res de primera, inmediatamente después de que fue lanzada desde el interior del matadero, tal y como se expone en el resultando destinado a la valoración de las pruebas examinadas, de modo que si bien aquel tuvo la intención de adquirir, en su beneficio, el bolso con las 81 libras de carnes que procedían de un delito, en tanto fueron sustraídas por personas no identificadas que laboraban en ese lugar, no logró su propósito por causas ajenas a su voluntad, en este caso, por la oportuna apari-

ción del agente de la autoridad que le impidió tener la libre posibilidad de disposición del bien, por lo que corresponde calificar la conducta del recurrente como constitutiva del delito de receptación en grado de tentativa, previsto en el artículo 338 apartados 1 y 2 inciso b) en relación con el artículo 12 apartado 2 del Código penal y comoquiera que este proceder denota moderada gravedad, por el lugar donde ocurrió, el tipo de alimento que se sustrajo de la entidad estatal, que resulta insuficiente para distribuir a toda la población y la incidencia de estos hechos en ese territorio, amerita la especie elegida en la condena que se fijará, en correspondencia con el grado de consumación señalado.

IDEAS CONCLUSIVAS

- El fundamento de la punición del delito de receptación descansa en que la conducta del receptor perpetúa en el tiempo la situación antijurídica creada por el autor del delito previo y, en consecuencia, dificulta las posibilidades de reivindicación que ostenta el titular del bien, además de que tales conductas estimulan la comisión de delitos contra los derechos patrimoniales, en tanto permiten que el autor de aquellos materialice y vea satisfecho su afán de lucro.
- De acuerdo con el objeto de protección de este ilícito (derechos patrimoniales), es requisito indispensable que la actuación delictiva previa suponga alguna lesión patrimonial causada a una persona natural o

jurídica, lo que no significa que el delito precedente tenga que ser, por necesidad, alguno de los previstos en el título de los delitos contra los derechos patrimoniales.

- Por tratarse de un delito secundario o de referencia, deben constar en las actuaciones elementos suficientes que sustenten que el bien objeto del delito procede de un injusto penal previo –conducta típica y antijurídica–, sin que para ello resulte suficiente la fundamentación de que el bien no se expende en la red comercial.
- La modalidad de la conducta típica que consiste en “adquirir” supone la existencia de un tercero (transmitente) que traspase los bienes al adquirente.
- El delito de receptación admite la tentativa como forma imperfecta de ejecución, lo cual deberá determinarse en cada caso atendiendo a las circunstancias concretas del hecho.
- Para la integración del tipo subjetivo del delito de receptación, no es suficiente la mera sospecha o presunción vaga con relación al origen delictivo de los bienes; sin embargo, se satisface esta figura con la presencia del dolo eventual, que queda perfectamente delineado siempre que el agente haya podido llevar a cabo un *juicio de inferencia racional* sobre la procedencia delictiva del bien, a partir de la irregularidad de las circunstancias fácticas y subjetivas acompañantes del hecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Arranz Castellero, Vicente J.: “*Vigencia e influencia del Derecho penal español en el Derecho penal cubano*” (conferencia impartida en las Segundas Jornadas Internacionales de Iberoamérica C.M.H. Hernán Cortés, “El 98: un punto de partida. España, Iberoamérica y Portugal”, Universidad de Salamanca, 4-6 de marzo de 1998, versión digital.)
- Bajo Fernández, Miguel; Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, t. II, 2.ª ed., Madrid, 1993.
- Boletín del TSP*, ed. ordinaria, La Habana, 1975.
- Boletín del TSP*, ed. ordinaria, La Habana, 1978 (segundo semestre).
- Cobo del Rosal, Manuel y Tomás S. Vives Antón: *Derecho penal, Parte general*, 2.ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.
- Creus, Carlos: *Derecho penal, Parte especial*, 6.ª ed. actualizada y ampliada, t. 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.
- De la Mata, Norberto J.: *Límites de la sanción en el delito de receptación: la receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El art. 546 bis f) del Código penal*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- Farré Trepát, Elena: “Casos límite entre el encubrimiento y la receptación –Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987” —, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, no. 1, 1988.
- _____ : “El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento”, en

- Andrés Martínez Arrieta: *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- Gómez Pavón, Pilar: *El encubrimiento. Artículos 17 y 18 del Código penal*, Editorial Trivium, Madrid, 1988.
- Grillo Longoria, José A.: *Los delitos en especie*, t. I, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1982.
- Huerta Tolcido, Susana: "Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras conductas afines", en José R. Soriano Soriano: *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- Menéndez, Emilio: *Código de defensa social –Concordado y anotado con la legislación y la jurisprudencia cubanas–*, Editorial Librería Selecta, La Habana, 1952.
- Mir Puig, Santiago: *Derecho penal, Parte general*, 7.^a ed., Editorial Repper, Barcelona, 2005.
- Muñoz Conde, Francisco: *Derecho penal, Parte especial*, 16.^a ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Pérez del Valle, Carlos: "El delito de receptación: los elementos objetivos de la infracción", en Andrés Martínez Arrieta: *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- Palomo del Arco, Andrés: "Receptación y figuras afines", en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte especial)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- Quintero Olivares, Gonzalo: "Sobre la falsedad en documento privado", en *Revista Jurídica de Cataluña*, no. 1, 1976.
- Quirós Pérez, Renén: "La modificación del Código penal", en *Revista Cubana de Derecho*, año xvii no. 33, La Habana, abril-junio de 1988.
- Rodríguez Ramos, Luis: *Código penal comentado y con jurisprudencia*, 3.^a ed., Editorial La Ley, Madrid, 2009.

APUNTES SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

M.Sc. Carlos M. Díaz Tenreiro,
presidente, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TSP

EL procedimiento administrativo es el concebido para proceder en la vía judicial contra decisiones y actos de la administración. (Se regula en la segunda parte de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, LPCALE; contiene cinco títulos y 42 artículos.)

El Artículo 654 instituye la facultad de los tribunales para conocer de los asuntos sometidos a su jurisdicción contra decisiones y actos emanados de la administración.

Para Álvarez Tabío, se concibe como “proceso de revisión que se interpone ante un órgano del Poder judicial, después de agotada la vía gubernativa, contra un acto de la administración pública, dictado en virtud de facultades regladas que vulnera un derecho de carácter administrativo preestablecido a favor del demandante (administración o particular) por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo”.¹

El Artículo 655 define lo que se entenderá por administración, a los efectos de esta ley y que, contra decisiones administrativas, procede establecer proceso de la naturaleza en comento. Al respecto precisa que lo conforman:

1. Los organismos de la Administración Central del Estado, y sus delegaciones territoriales.

2. Los comités ejecutivos de los órganos provinciales y municipales del Poder Popular (en la actualidad, los consejos de la administración, en sus distintos niveles).

El Artículo 656 preceptúa que la jurisdicción administrativa conocerá de:

1. Todas las pretensiones que se deduzcan contra disposiciones de carácter general y resoluciones emanadas de la administración, y que, en un caso u otro, vulneren derechos legalmente establecidos a favor del reclamante, salvo lo dispuesto en los artículos 657 y 673.
2. Las cuestiones relacionadas con la Ley general de la vivienda, conforme quedó establecido por el Artículo 123 de dicho cuerpo legal.
3. Las demás cuestiones que la ley le atribuya especialmente, como las reclamaciones contra resoluciones dictadas por la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial en materia de patentes (Decreto Ley No. 68 de 1983), y de marcas (Decreto Ley No. 203 de 1999), contra resoluciones del Centro Nacional de Derecho de Autor, conforme a la Resolución No. 162, de 15 de noviembre de 2002, del Ministro de Cultura.

El procedimiento administrativo tiene por finalidad la protección de

1 Álvarez Tabío: *El proceso contencioso-administrativo*, p. 25.

intereses legítimos lesionados por la administración, mediante el conocimiento, investigación y decisión de los asuntos sometidos a jurisdicción judicial, en correspondencia con lo establecido en la ley.

ÓRGANOS ENCARGADOS DE CONOCER LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

Concepto y criterios delimitadores

Para Chiovenda, la competencia puede ser tomada en un doble sentido; primero, como el conjunto de las causas en virtud de las cuales un tribunal puede ejercer, según la ley, su jurisdicción; y segundo, como facultad del tribunal, considerada en los límites en que le es atribuida.²

A su vez, Goldchmidt al deslindar la jurisdicción de la competencia, aclara que, mientras el ámbito de actuación de los tribunales en sus relaciones hacia el exterior, especialmente frente a las autoridades, recibe el nombre de *jurisdicción o vía procesal*, cuando se refiere a las relaciones que guardan los distintos tribunales entre sí, recibe el nombre de *competencia*.³

Siguiendo la doctrina científica, de la que son serios exponentes los autores señalados precedentemente, y Piero Calamandrei y Kisch, la competencia suele calificarse siguiendo tres categorías:

1. *Criterio objetivo*. Atiende esencialmente el valor o cuantía (se

denomina *competencia* por razón de esta), o su naturaleza, según el contenido de la relación procesal, que conoce como *competencia* por razón de la materia.

2. *Criterio funcional*. Emanada de la naturaleza especial de las actuaciones encomendadas al tribunal para conocer de un proceso determinado y que atiendan a un orden jerárquico.

3. *Criterio territorial*. Se tiene en cuenta para la distribución de la función jurisdiccional de igual clase entre tribunales de una misma categoría, pero que ejercen sus funciones en diversas demarcaciones.

La competencia administrativa tiene una especial relevancia determinada porque la calidad de la litis la delimitan dos factores fundamentales:

1. La naturaleza de uno de los sujetos que integran la relación procesal (la administración).

2. La materia sobre la que versa la litis (un acto administrativo).

Ahora bien, lejos de ser los tribunales competentes para resolver conflictos de atribuciones entre autoridades administrativas y judiciales (para lo cual la ley procesal confiere su cauce en los artículos del 16 al 20), estos juzgan la legalidad de los actos administrativos con vistas a una posible vulneración del derecho subjetivo de un tercero que, en algún caso, puede ser la propia administración.

2 Chiovenda: *Instituciones de Derecho procesal civil*, t. II, p. 165.

3 Goldchmidt: *Derecho procesal civil*, p. 163.

Distribución

El Artículo 659 de la LPCALE establece qué tribunales ejercen la jurisdicción en materia administrativa, a saber:

1. La Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular que conoce de los recursos de casación contra las sentencias definitivas dictadas por las salas de igual clase de los tribunales provinciales populares.
2. Las salas de lo civil y de lo administrativo de los tribunales provinciales populares, que absorben las demandas establecidas contra resoluciones administrativas. Estas salas conocerán de las pretensiones que se formulen contra las disposiciones de carácter general y las resoluciones emanadas de los consejos de la administración provinciales y municipales.

El Artículo 663 establece el conocimiento especial de las salas de La Habana, de las demandas que establezcan contra las disposiciones de carácter general originadas por los órganos superiores de la Administración Central del Estado, aunque tal atribución tiene su excepción en el Artículo 664: si la disposición o resolución fue dictada en primera instancia por funcionario competente de los consejos de la administración provincial o municipal, será competente la sala provincial del respectivo territorio de que se trate, aunque la resolución dicta-

da en última instancia provenga de funcionario competente de un organismo de la Administración Central del Estado.

CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO

Función revisora

Se revisa el ejercicio de la potestad reglada, no la discrecional; para tal distinción de potestades, debe atenderse la especial distinción entre actos reglados y discrecionales. Los primeros entrañan la existencia de preceptos legales que determinan la actividad administrativa; en cambio, el acto discrecional carece de normas jurídicas que regulen sus diversos elementos. Para Garcini, citado por Grillo Longoria, los actos discrecionales son aquellos en que se aplican preceptos que conceden a la administración cierta actuación libre, puesto que la norma fija un ámbito de acción y la facultad de elegir entre varias formas posibles de comportamiento, dentro de los límites jurídicos de la norma.⁴

El inciso 6) del Artículo 657 de la LPCALE excluye, de la jurisdicción administrativa, el conocimiento de controversias que se originen en relación con el ejercicio de la potestad discrecional, de lo que claramente se infiere que corresponden a esta jurisdicción únicamente las referidas al ejercicio de la potestad reglada

4 Grillo Longoria: *Derecho procesal civil*, t. III, p. 76.

da de la administración, pues son estas las que pueden vulnerar derechos subjetivos preestablecidos a favor del particular que ejercita la función administrativa.

Al respecto, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) adoptó el Acuerdo No. 30, de 10 de febrero de 1988, contentivo del Dictamen No. 284, que literalmente señala:

“La potestad discrecional y la reglada por el contrario de la que la Sala consultante estima, son facultades antagónicas. La primera consiste en la libre decisión, sin sujeción a norma alguna, del órgano que la disfruta, mientras que la reglada, constituye un acto de ejecución de la ley, vale decir, que el órgano que decida tiene que ajustarse a lo que en la legislación vigente en la materia se encuentra estatuido de conformidad con el Artículo 657 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, las resoluciones de la administración en ejercicio de su facultad discrecional, no son interpelables en la vía jurisdiccional, así que a quien el órgano administrativo le otorgue menos de lo que de él interesó o se le rechace íntegramente, no puede interponer demanda contra la misma, y de hacerlo, debe ser de plano rechazada, en aplicación de lo que dispone el citado precepto de la Ley de Trámites; pero nada se opone a que un tercero a quien la resolución dictada por la administración en el ejercicio de su facultad discrecional, le lesione un derecho subjetivo preestablecido a su favor, la impugne, habida

cuenta [de] que la facultad discrecional no puede invadir la esfera de los derechos subjetivos, estatuidos por la ley o declarado por un acto de la administración en ejercicio de la facultad reglada y entender lo contrario implicaría, en el primer supuesto, impedir el ejercicio por el referido interesado de un legítimo derecho que la Ley le concede; y en el segundo, que la administración volviera por sí y ante sí contra sus propios actos revocando lo ya declarado en favor del tercero expresado”.

También la sala de casación del alto foro se ha pronunciado en sentencias sobre el tema analizado, como la 1194, de 8 de diciembre de 2008, en la que se consideró que, [...] *la potestad discrecional y la reglada son facultades antagónicas, la primera de las mencionadas puede definírsele como la libre decisión, sin sujeción a norma alguna del órgano que la disfruta, sin embargo la reglada, constituye un acto de ejecución de la Ley, lo que quiere decir que el órgano que decida tiene que ajustarse a lo que en la legislación vigente sobre la materia esté establecido; cuando ese poder discrecional toca una situación o un derecho para cuya declaración, modificación o extinción existen normas preestablecidas fuera de las cuales no es lícito disponer, el acto será reglado y procedente por tanto la vía que franquee el proceso administrativo, en el caso, si bien es cierto que la resolución administrativa cuestionada parte de que el demandante ahora recurrente no cumple con los requisitos de convivencia y parentesco*

con el propietario del inmueble del pleito, que abandono el territorio nacional, para la Sala sí quedó acreditado el cumplimiento del primero de aquellos y como quiera que era la pretensión del promovente desde la instancia gubernativa que su caso fuera sometido a la consideración del Consejo de la administración, lo que se aprecia paladinamente de su escrito de fecha treinta de marzo de dos mil siete obrante a fojas uno del expediente administrativo mil ciento ochenta y cinco de dos mil ocho de la Dirección Municipal de la Vivienda del Cerro y estando reglada la tramitación de estos casos por medio de las circulares uno de veinte de abril de mil novecientos noventa y tres y tres de diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y seis del Director Jurídico del Instituto Nacional de la Vivienda, en las que específicamente en la última citada se indica a las Direcciones Municipales de la Vivienda que en estos casos su actuación está limitada a la conformación del expediente y elaboración del correspondiente dictamen para luego someter el asunto a la facultad discrecional del Consejo de la administración que corresponda, obvio resulta que no es atinado conceptuar como potestad discrecional de las expresadas Direcciones decidir sobre la elevación o no de una solicitud de aplicación del Artículo ochenta y dos de la Ley general de la vivienda y no enmarcado el asunto en lo preceptuado en el Artículo seiscientos cincuenta y siete inciso seis de la citada Ley Procesal, el único motivo del recurso fundado en

el número uno de la Ley de Trámites Civiles debe ser estimado.

Irrevocabilidad del acto administrativo

Este principio lo acoge el apartado 2 del Artículo 666 de la LPCALE. En esencia, significa que la administración no puede, por sí, ir contra sus propios actos ni puede revocar sus propias decisiones. El precepto mencionado legitima a la administración para establecer acción contra resolución propia firme que haya creado un derecho de carácter subjetivo y siempre después de haberse declarado lesiva la resolución, o sea, que podrá impugnarse en la jurisdicción únicamente cuando el órgano supremo de la jerarquía administrativa, o el Consejo de la administración del órgano provincial o municipal del Poder Popular de donde emanase aquella la haya declarado lesiva a los intereses públicos, mediante resolución fundada y para lo cual existe un plazo de caducidad de tres meses, a contar desde la fecha en que fue dictada la resolución.

Agotamiento de la vía gubernativa

En principio, solo puede producirse la impugnación de los actos administrativos cuando, contra ellos, no quepa recurso alguno. Al respecto, el Artículo 670 de la LPCALE establece que el proceso administrativo puede promoverse únicamente contra las disposiciones de carácter

general no excluidas expresamente en el Artículo 657, y en el caso de las resoluciones que no sean susceptibles de ulterior recurso en la vía administrativa, ya sean definitivas o de trámite, si estas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a dicha vía o hagan imposible su continuación.

Especial significación tiene el controvertido tema del silencio administrativo, de poco (o casi ningún) uso en la práctica forense y que se regula en el Artículo 672. Dicho precepto establece que, cuando la autoridad administrativa, en cualquiera de sus grados de jerarquía, no resuelva un recurso dentro del plazo legal o, en su defecto, del de 45 días naturales, el interesado podrá considerarlo desestimado, al efecto de establecer, frente a esa denegación presunta, el correspondiente recurso, o esperar a que sea dictada la resolución expresa para establecer el proceso en forma ordinaria.

La propia redacción del precepto es confusa pues mezcla los conceptos de *recurso* y *proceso*, como si estuviera en vigor la ley precedente, que regulaba el recurso contencioso-administrativo, amén de que, siendo las reclamaciones en materia inmobiliaria las que mueven esta jurisdicción, no existe en vía gubernativa la posibilidad de recurrir ante el superior jerárquico, con excepción de los procesos de revisión que no tienen vía judicial, y parece lo más lógico que proceda establecer demanda por silencio administrativo, cuando la administración no resuelva

dentro del plazo establecido; ahora bien, esto puede motivar polémica, por lo que lo expresado solo es una opinión.

Teoría de la cuestión nueva

Dada la índole revisora de esta jurisdicción, no es posible plantear ante ella cuestiones no sometidas con anterioridad al conocimiento de la administración y que, por tanto, no hayan sido resueltas por esta, pues solo cuando existe decisión sobre lo pedido, es que puede ser revisada la legalidad del acto administrativo.

Al respecto, la sala de casación de pronunció en la Sentencia No. 1075, de 31 de octubre de 2008, expresando que *el único motivo de que consta el recurso con amparo en el apartado uno del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico debe prosperar, porque del examen del hecho segundo de la demanda promovida ante la sala de instancia, se advierte que las ahora recurrentes afirmaron que las motivaciones que expusieron ante el órgano de la administración para sustentar la solicitud de autorización de permuta que interesaron habían variado, lo cual inequívocamente deviene cuestión nueva en el proceso que entorpece el ejercicio de la facultad revisora del acto administrativo que a la vía jurisdiccional le confieren los artículos seiscientos cincuenta y cuatro y siguientes de la citada Ley de Trámites, y porque además, con similar trascendencia en la cuestión planteada, se constata que en la*

propia Resolución impugnada en el proceso se expone que elevada dicha solicitud con el correspondiente Dictamen al Consejo de administración Municipal del territorio, dicho órgano la denegó sobre la base de no ajustarse la misma a la previsión del Decreto Ley No. doscientos diecisiete de mil novecientos noventa y siete, de lo que resulta que conforme al principio de subordinación establecido en la regla d) del Artículo sesenta y ocho de la Constitución de la República venía obligada la Dirección Municipal de la Vivienda actuante a pronunciarse en ese sentido, elementos que inequívocamente en cualquier caso impiden el éxito de la pretensión deducida ante la sala de instancia, lo que no advertido por esta impone concluir que incurrió en la infracción que se le atribuye.

LOS SUJETOS DEL PROCESO

Las partes

El concepto de *parte* es estrictamente procesal, pues se basa en la existencia de una especie de relación jurídica procesal, con independencia de la relación jurídico-material que es objeto de la reclamación.

Para ser parte se requiere de capacidad procesal, equivalente a la del derecho civil ya que, como apunta Rosenberg, “[...] puede designársele como capacidad jurídica procesal [...]”.⁵ De ahí que se haya

definido como la capacidad para ser sujeto, demandante o demandado, de una relación jurídico-procesal. Por constituir una emanación de la personalidad, toda persona, por el hecho de serlo, tiene capacidad para ser parte. En un proceso será parte toda persona que tenga capacidad jurídica.

Para el citado autor, la capacidad procesal resulta un símil de la capacidad de obrar del Derecho civil, y “[...] es la capacidad para ejecutar y recibir con eficacia todos los actos procesales por sí mismo o mediante representante designado por uno mismo [...]”.⁶ En otros términos, es la capacidad para actuar en el proceso en nombre propio o en representación de otro, para realizar eficazmente los actos procesales que a las partes están atribuidos. En síntesis, es la facultad de intervenir activamente en el proceso, a la que puede nombrársele capacidad de ejercicio de orden procesal.

Legitimación

Este concepto jurídico fundamental de *capacidad* en su doble grado (capacidad para ser parte y para obrar), ofrece solución al problema de actuar como parte en un proceso; pero tal aptitud, por ser genérica, se refiere a cualquier clase de proceso y no a ninguno en particular. El poder figurar y actuar de manera eficaz en un determinado proceso, además de disponer de la aptitud general antes expresada, exige una condi-

5 Rosenberg: “Tratado de Derecho procesal civil”, t. I, p. 230.

6 *Ibid.*, p. 241.

ción más precisa, referida de manera singular al litigio de que se trata, que afecta al proceso, no solo en su dimensión común, sino en lo que tiene de individual y determinado, y esto es lo que recibe el nombre de *legitimación*; que se puede calificar de procesal, o no.

Cuando el ordenamiento jurídico exige que solo cierta clase de personas pueden pedir la declaración de incapacidad de otra, no reclama entre los promotores un determinado grado de capacidad, pues cualquiera podría tener tanto la capacidad jurídica como la de obrar. Se trata en todo caso de acreditar una condición más particular y determinada, que es precisamente la legitimación. Esta no constituye un tipo más de capacidad, sino que es un requisito de índole más particular y limitado, aunque, como aquella, al denunciarse su falta, puede provocar un mismo resultado, a saber “[...] la repulsa sin entrar en el fondo, de la pretensión que se formula por o frente a quien no está legitimado [...]”.⁷ Con ello, se sienta un criterio que, como más adelante podrá verse, en la actualidad, no es compartido por la doctrina mayoritaria en España, a la que nos remitimos en lo fundamental por ser la raíz de nuestro Derecho, y es el relativo a que la legitimación no es un tema de fondo, sino de orden procesal. A modo de ejemplo, puede citarse a Prieto Castro, quien no opina lo

mismo, al señalar, en su obra *Cuestiones procesales*, que “[...] el Tribunal Supremo estima que es un tema unido e inseparable del fondo del derecho ejercitado (en lo que la mayor parte de las veces tendrá razón) y por lo mismo, su examen no podrá efectuarse previamente, como excepción procesal, sino juntamente con el fondo [...]”.⁸

Álvarez Tabío concuerda con esta última afirmación, al señalar que “[...] el problema de la prueba de la legitimación se identifica con la de la justificación del derecho material, y los efectos que se observen generarán problemas de falta de acción y no de personalidad”.⁹ Se basa en la práctica judicial contenciosa administrativa cubana. Su aseveración es válida, ya que la ley procesal en Cuba es de lo civil y de lo administrativo. Este mismo autor expresaba que “[...] así como la capacidad procesal (*legitimatío ad processum*) implica aptitud genérica para ser parte en cualquier proceso, la legitimación (*legitimatío ad causam*) implica la aptitud de ser parte en un proceso concreto”,¹⁰ de lo que se colige que la demanda de un derecho solo puede ejercitarse por quien es titular de este y solo puede ser dirigida contra la persona que, según la relación material preexistente, está en la obligación de dar satisfacción a la pretensión que se deduzca en ella. Por esa razón, los problemas que surjan acerca de quién puede ejer-

7 Montero Aroca: “La legitimación en el proceso civil”, p. 28.

8 Prieto Castro: *Cuestiones procesales*; p. 41.

9 Álvarez Tabío: *Op. cit.*, p. 165.

10 *Ibid.*, p. 40.

cer una determinada acción o contra quién pueda ser ejercitada esta en nombre propio, no son de carácter procesal, sino de fondo.

La jurisprudencia cubana se inclina por considerar que los problemas de la legitimación eran problemas de fondo y no de personalidad, pues estimaba que no pueden confundirse las cualidades para comparecer o el carácter con que se reclama con la falta de título o de derecho para pedir, lo cual afecta de manera directa la eficacia de la acción.

La doctrina española, en la actualidad, coincide en su gran mayoría en que la legitimación es un problema de fondo. El profesor Montero distingue dos concepciones en esta línea de pensamiento, relacionadas con la legitimación ordinaria o directa:

- De la primera de ellas, resulta su principal exponente De la Oliva Santos, quien señala que es “[...] la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el derecho, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita (activa) o la existencia precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (pasiva). Las posiciones jurídicas activa y pasiva suelen consistir en ser titulares de un derecho subjetivo privado o el ser titular de un deber u obligación respectivamente”.¹¹

Para este autor, la posición jurídica del que acciona no habrá de referirse siempre a la titularidad de un

derecho subjetivo, sino que, en ocasiones, debe hablarse de situaciones jurídicas concretas; refiere los casos en los que las pretensiones que se ejercitan son constitutivas y ejemplifica con los procesos de incapacidad, señalando, al propio tiempo, que a la posición jurídica del demandado puede no bastar la condición de obligado, pues es preciso, como ocurre en los casos de pretensiones declarativas de propiedad, hallarse perturbado en el ejercicio de las facultades derivadas del dominio sobre el bien. De la Oliva no define la legitimación en relación con la titularidad, sino con referencia a la posición del sujeto, dentro de una situación jurídica concreta.

Aunque el concepto de parte, como ha sido expuesto, es puramente procesal, y como el proceso y la sentencia tienen como finalidad la aplicación de la ley, en definitiva, la resolución de un conflicto externo ha de suponer *in limine litis* la existencia de una relación material argumentada; por esa razón, es necesario que el actor alegue, como fundamento de su acción, un derecho subjetivo propio que ha sido violado, o sencillamente desconocido por el demandado.

Para esta concepción, la legitimación no es un presupuesto del proceso, no es un asunto formal, sino, por el contrario, un tema evidentemente de fondo. De este modo, si falta la legitimación, se dicta sentencia sobre el fondo de la cuestión controvertida, negándose en aque-

11 A. de la Oliva Santos y M. A. Fernández: *Derecho procesal civil*, t. I, 4.ª ed., pp. 439 y 440.

lla la tutela judicial solicitada en el proceso.

- La segunda concepción es la que, según el profesor Montero “[...] da el paso que existe entre la consideración de que la legitimación no toma en cuenta la relación jurídico material [sic] en cuanto existente sino en cuanto deducida en el proceso, hasta la consideración de que la legitimación no atiende a la titularidad del derecho y de la obligación, sino simplemente a la afirmación que de ellas hace el actor en la demanda”.¹²

Para Ramos Méndez, uno de los representantes de esta corriente, “la teoría de la legitimación representa hoy un esfuerzo superfluo y vano para tratar de asegurar la presencia en el proceso, desde su iniciación, del verdadero titular del derecho discutido en el juicio. Dicho propósito es estéril porque, como veremos, admitido el principio de libertad de acción, no puede condicionarse la admisibilidad del proceso a que el litigante justifique *in limine litis* la titularidad de su derecho. La existencia o no de dicha titularidad solo resultará del juicio, de la sentencia”.¹³

Para esta última concepción, al igual que la anterior, la legitimación va a constituir un problema de fondo; el que una persona sea titular, o no, del derecho que alegue, o de la obligación, es algo que solamente resultará de la sentencia que se dicte en el proceso de que se trate,

pero ello no puede ser algo cuyo conocimiento sea previo, pues la sentencia determinará los términos en que quedará constituida la relación entre las partes de un proceso, porque es precisamente en esta donde se resuelve la acción.

“El concepto de legitimación –dice Moreno Catena– alude, pues, a una especial condición o vinculación de uno o varios sujetos con un objeto litigioso determinado, que los habilita para comparecer o exige su comparecencia individualmente o junto con otros, en un proceso concreto con el fin de obtener una sentencia de fondo”.¹⁴

En un proceso en que se discuten las obligaciones derivadas de un contrato de compraventa deberá ventilarse, necesariamente, entre comprador y vendedor, si es que se quiere que este sirva para resolver el conflicto. Las partes de esta relación material, normalmente serán las legítimas partes del pleito, sin embargo –y esto serviría con carácter general– la legitimación de los sujetos solo podrá determinarse de manera certera al final del proceso y mediante sentencia definitiva; de ahí que el requisito de la legitimación es el que sirve para dar curso a un proceso concreto, cuando se afirme la existencia de aquella. De lo anterior, es obligado concluir que, aseverándose la existencia de la legitimación activa o pasiva, ha de dictarse una sentencia definitiva sobre el fondo del asunto porque,

12 J. Montero Aroca: *Op. cit.*, p. 33.

13 F. Ramos Méndez: *Derecho procesal civil*, pp. 262-263.

14 V. Moreno Catena *et al.*: *Derecho procesal civil*, 2.ª ed., p. 103.

cuando se alegue por quien resulta demandado –como en el caso de la compraventa–, la falta de legitimación, por no ser vendedor o comprador, habrá forzosamente que resolver esta cuestión de la controversia, lo que debe decidirse al fallar el asunto.

“Por tanto, a diferencia de la capacidad para ser parte y de la capacidad procesal, la legitimación no tiene naturaleza procesal; no se trata de un presupuesto procesal, sino de un elemento de la fundamentación, de la pretensión que impide resolver sobre la cuestión de fondo”.¹⁵ En otros términos, constituye un requisito previo del análisis del problema de fondo, o sea, la sentencia contendrá un doble pronunciamiento, pues, por una parte, y como requisito previo del análisis de la litis, debe pronunciarse sobre la legitimación de los sujetos; y, por otra, sobre el fondo mismo de la cuestión debatida, una vez resuelta aquella, lo que no ocurre con los llamados presupuestos procesales, toda vez que su falta impide resolver sobre el contenido mismo de la relación material, y la resolución que en ese supuesto habrá que dictar es estrictamente procesal.

Por su parte, Almagro Nosete, al tratar el tema, señala que, para que una teoría general de la legitimación tenga éxito, debe pasar, por varias fases: reconocimiento de un derecho general de accionar, de carácter abstracto o derecho a la

jurisdicción, como una cuestión de orden público procesal y, por tanto, apreciable de oficio; que el contenido de esta consista en la alegación de un interés jurídicamente relevante al que el derecho erige en razón justificativa de las consecuencias jurídicas que se pretendan; además, considera que comporta siempre una cuestión de derecho y no una de hecho que, aunque afecta a los argumentos de fondo, puede determinarse con carácter previo a la resolución de este.¹⁶

En resumen, la legitimación solo puede ser reconocida a quien afirma ser titular de un derecho, está en función de este, guarda coherencia jurídica entre la titularidad y las consecuencias jurídicas que pretende, sin que baste, para tal consideración, la afirmación de un interés, ya que este debe ser suficiente para alcanzar los efectos que se intentan con la demanda; en definitiva, como afirma Almagro, en el proceso civil la legitimación “[...] se reduce por regla general a un problema de consistencia jurídica [...] la alegación de la condición de codepositante no solidario, no autoriza para pedir al depositario la devolución íntegra de la cosa, en consecuencia carece de legitimación [...]”.

Para este procesalista, la legitimación es un presupuesto no procesal, pero sí preliminar en el fondo, lo que quiere decir que es muy difícil, en el Derecho procesal civil, darle a la legitimación un tratamiento proce-

15 *Ibíd.*, p. 103.

16 Almagro Nosete *et al.*: *Derecho procesal*, t. I, vol. I, p. 304.

sal previo que excluya la posibilidad de que el órgano jurisdiccional examine el problema antes de entrar a resolver sobre el fondo de la litis. No obstante, en algunos supuestos, la legitimación puede ser tratada con independencia de la cuestión de fondo; ello podría ocurrir en aquellos casos en que la circunstancia legitimatoria no se haga depender del hecho mismo que se afirma, pues resulta harto difícil separar la atribución subjetiva del derecho, de las consecuencias objetivas de este. En cambio, el problema puede aislarse y tratarse con relativa independencia del fondo del asunto sometido a examen en aquellos, otros casos en los que la razón legitimadora es un interés de carácter jurídico y, por supuesto, legítimo; pero, sentada esta afirmación, como sucede en la jurisdicción contenciosa administrativa, es muy difícil llegar a esa separación. Sin embargo, en los supuestos de una posible acción popular, se puede previamente determinar si la materia objeto del litigio puede ser, o no, conducida por cualquier persona, en cuyo caso la falta de legitimación sería evidente.

De lo expresado, y coincidiendo totalmente con el profesor Montero, es evidente que gran parte de la doctrina española concuerda en dos aspectos fundamentales sobre la institución bajo estudio: que esta resulta un tema de fondo y, además, que debe resolverse mediante la sentencia.

La práctica judicial cubana se inclina por considerar que los problemas de la legitimación eran de

fondo y no de personalidad, pues estimaba que no pueden confundirse las cualidades para comparecer o el carácter con que se reclama con la falta de título o de derecho para pedir, lo cual afecta, de manera directa, la eficacia de la acción. Al respecto, el alto foro se ha pronunciado en varias oportunidades.

Sentencia No. 430, de 29 de mayo de 2009, en el único considerando que justifica el fallo, señaló *que, aunque en la doctrina científica se sostiene aún singular debate sobre si la legitimación es una cuestión procesal, de fondo o incluso que debe ser analizada de manera preliminar a resolver la litis, entendida por demás como la particular y determinada condición que debe tener la parte con relación al objeto del proceso, a diferencia del carácter que se refiere al sujeto, en la vigente Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico el problema de la legitimación se identifica con la justificación del derecho material y los efectos que se observen generarán problemas de falta de acción y no de personalidad, así como la capacidad procesal implica aptitud genérica para ser parte en cualquier proceso, la legitimación implica la aptitud para ser parte en un proceso concreto, de lo que se puede colegir que la demanda de un derecho solo puede ejercitarse por quien es titular de este y debe ser dirigida contra la persona que según la relación material preexistente está en la obligación de dar cumplida satisfacción a la pretensión que se deduzca en*

ella, por esa sencilla razón, los problemas que surjan acerca de quién puede ejercitar una acción o contra quién, no son de carácter procesal sino de fondo, así lo ha entendido de manera reiterada esta Sala superior de justicia, de ahí la improcedencia del Auto recurrido que resuelve in limine litis una cuestión para lo cual debió decursar el proceso por todos sus trámites hasta la sentencia correspondiente, pues incluso en el caso la actora es la esposa del donatario y presunta donante, por lo que la resolución combatida le puede lesionar un derecho subjetivo siendo evidente su interés legítimo en el proceso, todo lo que fuerza a estimar el primer motivo del recurso que aunque fundado en el ordinal primero del artículo seiscientos treinta de la citada Ley Adjetiva Civil, relacionado en esencia un tema de legitimación debe inferirse que se trata del apartado cuatro de dicho artículo.

En iguales términos, con anterioridad, se había pronunciado la sala de casación, en la Sentencia No. 579, de 29 de junio 2007, la cual, al realizar un análisis de la institución comentada, expresó en sus dos considerandos lo siguiente:

Que, la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, como ya ha señalado esta Sala, al abordar el tema de la falta de personalidad como excepción dilatoria que autoriza oponer a la demanda, no trata de manera expresa el instituto jurídico de la legitimación; se observa que se concreta a la falta de personalidad de las partes por

carecer de la capacidad procesal para comparecer, o por no tener el carácter o representación con que se reclama o se le demanda, según se trate del actor o del demandado, o por no acreditar debidamente su representación en el proceso, constituyendo esta excepción sin lugar a dudas una de las que mayor complejidad reviste para su exacta comprensión, dado que en ese precepto se suceden tres situaciones jurídicas diferentes, y a lo que se debe agregar, que el significado que da al término personalidad es eminentemente procesal, distinto al que el Derecho Civil le confiere, es decir, mientras para este último, la personalidad es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones, por lo que todo individuo por el mero hecho de serlo tiene personalidad y consecuentemente posee capacidad jurídica manifestándose esta como el atributo o cualidad esencial de la personalidad, para el derecho procesal es sinónimo de capacidad para ser parte, para ser sujeto, como actor o demandado, de una relación, la cual se corresponde plenamente con la capacidad jurídica o personalidad del Derecho Civil, tanto para las personas naturales como para las jurídicas; y es en este sentido en el que debe entenderse la excepción dilatoria citada que como se expresó genera situaciones distintas, a saber: la capacidad procesal, el carácter o representación con que se comparece y la representación procesal. Sobre la primera, hay que entender que equivale a la capaci-

dad de obrar del Derecho Civil, vale decir es la capacidad para actuar en el proceso en nombre propio o en representación de otra persona, es la que permite realizar con eficacia los actos procesales que a las partes les están atribuidos y con ello participar activamente en el proceso, bien entendido que como regla general, puede ser parte quien tiene capacidad procesal si no está incluido en una causa de incapacidad de las que se establecen en la ley; la segunda situación que se configura es la relativa al carácter o representación con que se comparece. Aquí la personalidad se desdobra en dos: el carácter y la representación, la primera debe estimarse como la especial condición que debe tener una persona para poder participar en un proceso determinado, generalmente, cuando el derecho que se reclama proviene de habérselo transmitido otro; el Artículo doscientos veintiséis de la citada Ley Procesal Civil establece que con la demanda y la contestación se presentarán los documentos justificativos de la representación y el carácter con que se comparece, lo que indica que esa especial condición con que identificamos el carácter es necesario acreditarla desde el mismo momento en que se formule o se conteste la demanda, como resulta ser el caso de una persona que comparece en un determinado proceso para ejercitar sus derechos como heredero, cuyo carácter debe ser acreditado con el correspondiente auto o acta de declaración de herederos o copia auténtica del tes-

tamento, y si esto no se cumpliera podría oponerse con éxito la excepción dilatoria que franquea el inciso dos del Artículo doscientos treinta y tres de la citada ley; se trata, pues, en estos supuestos de que quien comparece es persona distinta de aquella que ostenta la condición de parte en la relación jurídico material; en otro orden de cosas, cuando una persona comparece en su nombre reclamando derechos propios no está obligado a acreditar esa especial condición, ya que al ser el titular de la relación jurídico material no resulta necesario que se acredite documentalmente el carácter con el cual actúa, de todo lo que pudiese colegirse que el carácter está referido en la ley rituarial mencionada a las cualidades que, además de las subjetivas que el concepto de capacidad supone, expresa una relación subjetiva y objetiva del sujeto con el objeto del proceso, o lo que es lo mismo, como la especial vinculación que debe tener un individuo con el objeto de la relación jurídico material para que pueda admitirse en el pleito que de aquella se derive, es el caso que aunque se trate de personalidad resulta común en la doctrina que se le identifique como legitimación por sustitución, alegable como excepción dilatoria. Sin embargo si de legitimación se trata el Artículo seiscientos treinta apartado cuarto de la Ley, donde se recoge uno de los motivos por los que puede impugnarse una sentencia en casación es la falta de aquella activa o pasiva, oportunamente propuesta e indebidamente negada en la resolu-

ción que, resolviendo el fondo, pone fin al pleito, resulta alegable como excepción perentoria de las oponibles al amparo del párrafo final del citado artículo doscientos treinta y tres y consecuentemente debe ser resuelta en la sentencia que pone fin a la instancia. Sentado lo anterior no cabe dudar que el artículo doscientos treinta y tres inciso dos al referirse a la representación se contrae indudablemente a una forma cualificada de acreditar el carácter con que se actúa en un determinado proceso, vinculado ello al desempeño de una determinada responsabilidad dentro de una entidad, o por un mandato específico de la ley. No es, evidentemente, el caso a que se refiere la postulación procesal de un abogado que constituye el tercer supuesto de esta excepción dilatoria, cual es, la representación que debe tener quien figura como parte en el proceso en su condición de director de una empresa, presidente de una sociedad anónima o compañía, o padre con patria potestad sobre su menor hijo; aquí el derecho que se reclama tiene un titular a cuyo favor se actúa y esta condición se justifique con la demanda o su contestación, como lo exige el artículo doscientos veintiséis de la Ley Procesal Civil, debiendo acompañarse, según sea el caso, la copia de los estatutos en que se demuestre que la persona que comparece está facultada para representar a la sociedad, el acuerdo de la junta de accionistas donde se confiere dicha facultad, la resolución de nombramiento del director de una empresa

y en el caso de los padres, la correspondiente certificación de nacimiento que pruebe la filiación [...] y sentado lo antes expresado y fundado el motivo único del recurso en el ordinal primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de Trámites Civiles, por el que se aduce la infracción por interpretación errónea del inciso dos del artículo seiscientos sesenta y seis de la citada ley, debe prosperar, ya que en el caso quien demanda posee capacidad procesal para comparecer conforme preconiza el Artículo sesenta y tres de la ley mencionada, lo que acredita con el convenio poder a favor del letrado que garantiza la postulación procesal del compareciente, y no tratándose en el presente que quien demanda, lo hace en virtud de que el derecho que reclama provenga de la trasmisión de otro, sino que afirma derechos propios y por tanto no está obligado a acreditar esa especial condición, ya que al ser quien comparece persona afectada por la decisión administrativa que la declara ilegal como parte del núcleo familiar y por tanto es el titular de la relación jurídico material, no resulta necesario que se pruebe documentalmente el carácter por el cual lo hace, encontrándonos en todo caso ante un típico supuesto de legitimación ordinaria, la que conforme a nuestra Ley Procesal no puede ser examinada in limine litis, debiendo, después que el proceso curse por todas sus etapas, estimarse o desestimarse en la sentencia, de ahí que al no admitirse la demanda establecida se vulneró la norma citada

como infringida y en consecuencia el motivo examinado debe prosperar y en correspondencia procede, casar el auto interpelado.

La legitimación en el procedimiento administrativo

El Artículo 666 de la LPCALE establece quiénes están legitimados para el ejercicio de la elección administrativa.

1. El titular de un derecho derivado de una disposición legal que se considere vulnerada por la resolución impugnada.
2. La administración contra su propia resolución firme que haya creado un derecho subjetivo siempre que se haya declarado lesiva.

Según el Artículo 667, se consideran partes demandadas:

1. El órgano de la administración del que emane la resolución impugnada.
2. La persona que resulte beneficiada por la resolución que fue declarada lesiva.

Situación especial crea el Artículo 123 de la Ley general de la vivienda establecer que, en los casos de conflictos como consecuencia de reconocimiento, concesión o reclamación de derechos, serán partes en el proceso judicial los que lo fueran en el proceso administrativo, además de la administración demandada. Al respecto, el CGTSP adoptó el Acuerdo No. 43, contenido del Dictamen No. 314, de 21 de agosto de 1990, el que literalmente expresa:

Es incuestionable que el Artículo 123 de la Ley general de la vivienda,

ha introducido como parte demandada también principal en el proceso administrativo, relacionado con esa específica materia, a sujetos que tradicionalmente solo podían acudir a la instancia jurisdiccional como coadyuvantes de la administración, a los efectos de defender la Resolución que está dictada en beneficio de su interés. Esta figura no aparece en la Ley de Procedimiento, por lo que resulta necesario ajustar el tratamiento procesal que requiere, y comoquiera que se trata de distintos litigantes, el más elemental principio de equidad obliga a concederle uno igual al que la Ley citada establece para la administración. El Artículo 682 en relación con el 681 ambos de la citada Ley de trámites, establece el término de 10 días para que la administración se persone, contados estos a partir de la fecha en que se le reclamó mediante diligencia, la remisión de los antecedentes gubernativos; así mismo deberá simultáneamente emplazarse por igual término a quienes resulten también demandados, y de la misma forma que se concede al órgano el término de veinte días para contestar la demanda contados a partir del siguiente en que se reciban por el Tribunal los expedientes reclamados, conforme dispone el Artículo 682, así deberá concedérsele también al referido particular demandado, salvo que aún no le hubiera decursado el de diez días del emplazamiento que se le efectuó en cuyo caso deberá esperarse a que fenezca; y se recibirá el proceso a prueba con término común para todas las partes

una vez que decurse el último concedido para contestar.

Con relación a la participación del coadyuvante en los procesos de esta clase, el hecho de que la Ley general de la vivienda haya creado una nueva categoría de demandado no implica que aquel haya desaparecido, puesto que pudiera acontecer la existencia de persona determinada que, a pesar de no haber comparecido al expediente gubernativo, pudiera estar interesada en la defensa de la resolución que se combate en el proceso y, para ello, está vigente la regulación que en el orden procesal específicamente establece la Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral, que no ha sido derogada, ni modificada

El coadyuvante de la administración

Se considera como tal a cualquier persona que demuestre tener interés legítimo para intervenir en un proceso para salvaguardar sus intereses legales.

En relación con dicha figura jurídica, el CGTSP ha perfilado sus matices esenciales, lo que se puede apreciar en el Dictamen No. 562, de 23 de noviembre de 1977. Conforme al Artículo 680 de la LPCAL (actual 668 de la LPCALE), pueden intervenir en el proceso administrativo, como coadyuvantes de la administración demandada, las personas que demuestren tener un interés en la desestimación de la demanda y el Artículo 696 (actual 684 de la LPCALE), del expresado cuerpo legal, establece que si el demandado

y los coadyuvantes no comparecen a contestar la demanda en el plazo concedido al efecto, continuará el proceso su curso en la forma que prevé esta ley para el proceso en rebeldía. Ni de estos preceptos, ni de otro alguno, resulta fácil poder determinar la verdadera naturaleza jurídica del coadyuvante, pero si se relacionan las mencionadas normas con los artículos 93 y siguientes, cabe establecer una distinción entre las figuras litisconsorciales propiamente dichas y las de los intervinientes que vienen al proceso para adherirse simplemente a las pretensiones de una de las partes principales del proceso.

De lo expresado, pudieran establecerse dos figuras de coadyuvantes:

1. El de simple interviniente que se adhiere a las pretensiones de la administración demandada.
2. El que mantiene excepciones y propone pruebas con carácter autónomo. Esta figura tiene todas las características del litisconsorte que viene al proceso a defender su derecho, en calidad de parte principal directamente interesada en que se mantenga la resolución impugnada.

En cuanto a la primera figura consignada, el Dictamen del CGTSP se está refiriendo al caso en que, personada la administración demandada y habiendo contestado la demanda, el sujeto que resulta beneficiado por la resolución administrativa que se está combatiendo se persona en el proceso al solo efecto de sostener la oposición que a la demanda se ha formulado. En

este caso, la suerte de su derecho y su actuación en el juicio va a estar supeditada al actuar del órgano administrativo del que emanó el acto del que resulta beneficiario. Sus facultades procesales van a estar supeditadas a los actos procesales que realiza la administración, entre los cuales, de manera significativa, debe resaltarse que, de dictarse sentencia estimatoria de la demanda y revocarse la resolución administrativa combatida, si se interpone recurso de casación por la administración demandada, el que estableciese este tipo de coadyuvante sería inadmisibile y, en ese sentido, se ha pronunciado con el correspondiente auto de inadmisibilidad la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP.

Ahora bien, cuando en un proceso determinado la persona beneficiada por una resolución comparece para que se le considere legitimado como coadyuvante, sin que la administración se haya personado en el proceso, teniendo en cuenta la importancia del derecho que aquel defiende, directamente derivado del acto administrativo objeto de la pretensión ejercitada por la parte demandante, no cabe dudar que su posición de parte principal brota de las actuaciones mismas, sin que pueda hacerse depender su posición en el proceso de la denominación que se le atribuye, sino que esta la determina la propia naturaleza de su intervención. Con mayor razón, si se tiene en cuenta que, en el caso, la figura del coadyuvante entraña la única salvaguardia y protección de quien en definitiva ha de resul-

tar afectado por la sentencia que se dicte y, por ello, pondrá sus mayores esfuerzos en la defensa directa de la resolución que lo beneficia, no mantenida por quien está obligado a hacerlo; en este caso, quien se persona como coadyuvante, al hacerlo, podrá oponer excepciones, articular medios de pruebas y establecer los recursos correspondientes. Esta última situación puede darse, incluso, habiéndose personado la administración demandada, y es la más habitual, porque la realidad indica que, en los procesos administrativos que se tramitan en la actualidad por las salas de lo civil y de lo administrativo de los tribunales provinciales, los órganos de la administración se ocupan bien poco de defender las resoluciones dictadas, por lo que, de hecho, la primera figura a que hace mención el Dictamen prácticamente no tiene virtualidad.

El Artículo 669 de la LPCALE garantiza la intervención de la Fiscalía con las mismas facultades del Artículo 46.

ACTOS IMPUGNABLES

Sin resolución administrativa no hay posibilidad de actuación judicial mediante procedimiento administrativo, o sea, se requiere que el asunto controvertido se haya sometido previamente a la administración.

A su vez, el Artículo 670 de la LPCALE establece las disposiciones y resoluciones contra las cuales se puede promover el procedimiento administrativo:

1. Contra las resoluciones de carácter general no excluidas expresamente por el Artículo 657.
2. Contra las resoluciones que no sean susceptibles de ulterior recurso en la vía administrativa, ya sean definitivas o de trámite, si estas, directa o indirectamente, deciden el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a dicha vía o hagan imposible su continuación.

Ahora bien, requiere especial comentario el Artículo 672, el cual regula lo relacionado con el silencio administrativo. Dicho precepto permite la impugnación judicial del actuar de la administración, sobre la base de una presunción de negación al derecho del administrado, con apoyo en el supuesto fáctico de no resolver el recurso que se establezca dentro del plazo legal o, en su defecto, del término de 45 días naturales; pero su redacción crea cierta situación problemática, y es que, en materia administrativa, la inmensa mayoría de los procesos administrativos tienen como antecedente gubernativo el establecimiento de reclamación, y en pocos casos se prevé la posibilidad de recurso administrativo, como acontecía en materia de reforma urbana. Lo que conocían las salas en esta jurisdicción eran demandas contra resoluciones de las comisiones de recursos de alzada, situación que cambió absolutamente con la promulgación de la primera Ley general de la vivienda en 1984 (Ley No. 48), en la que se establece la impugnación directa en lo judicial de las decisiones que se adoptan por las direcciones

de la Vivienda sin previo recurso administrativo, lo que, de hecho, parece dejar en pernicioso limbo jurídico la situación del administrado que, de hacerse una interpretación restrictiva del precepto, no podría alegar la presencia del silencio administrativo ante la no solución de su petición por los citados órganos.

Esta situación también acontece con los asuntos de propiedad industrial que resuelve la Oficina de esa materia y los de derecho de autor, que resuelve el CENDA. Por otra parte, el artículo en comento posibilita establecer recurso ante la citada figura del silencio administrativo. Sin embargo, el cauce legal que establece el procedimiento administrativo es demanda con las formalidades que se regulan por el Artículo 674 del mencionado cuerpo legal adjetivo.

Finalmente, el Artículo 673 establece las resoluciones que no son susceptibles de impugnación en la jurisdicción administrativa. Al respecto, se regula que no podrán cuestionarse en esa jurisdicción las resoluciones que sean reproductoras de otras anteriores definitivas y firmes, ni las confirmatorias de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

Este precepto discurre obligadamente por la característica o principio de derecho administrativo, según el cual la administración no puede volver sobre sus propios actos ni revocar por sí las resoluciones por las que se declaren derechos; estas solo pueden ser revocadas o confirmadas por la autoridad administrativa superior, si no han causado

estado, o a través del procedimiento administrativo, en caso de que hayan adquirido tal condición.

BIBLIOGRAFÍA

Almagro Nosete, J. *et al.*: *Derecho procesal*, t. 1, col. 1, parte general, Tirant lo Blanch, España, 1987.

Álvarez Tabío, Fernando: *El proceso contencioso-administrativo*, Editorial Librería Martí, La Habana, 1954.

De la Oliva Santos, A. y M. A. Fernández: *Derecho procesal civil*, t. I, 4.^a ed., Centro de Estudios Ramón Areces S.A., España, 1995.

Grillo Longoria, Rafael: *Derecho procesal civil*, t. III, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986.

Moreno Catena, V. *et al.*: *Derecho procesal civil*, 2.^a ed., Colex, España, 1977.

Prieto Castro, L.: *Cuestiones procesales*, Editorial Reus, España, 1947.

Ramos Méndez, F.: *Derecho procesal civil*, Editorial Librería Bosh, España, 1986.

Rosenberg, L.: *Tratado de Derecho procesal civil*, t. I, Ediciones Jurídicas, Europa-América, Argentina, 1955.

CONTROL JUDICIAL DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Lic. Kenia María Valdés Rosabal

jueza profesional, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TSP

LA falta de acceso a la justicia de los administrados inconformes con las decisiones contenidas en los actos administrativos derivados de las decisiones adoptadas al amparo de la facultad discrecional de la administración –tal como preceptivamente se dispone en la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico–¹ promueve, entre los operadores del Derecho, insatisfacciones ante la trascendencia desfavorable que la señalada negación propicia a los sujetos de derecho. Es de importancia la implementación del debido proceso en el contexto procesal cubano en función de posibilitar –ante los factores de incompatibilidad de la normativa imperante– su aplicación en defensa de los intereses de los involucrados, y propiciar una efectiva tutela en el orden jurídico-administrativo.

Visto así, motiva este análisis la carencia que a nuestro juicio subsiste en relación con el debido control judicial que ha de imponerse sobre

todo acto administrativo, con independencia del tipo de acto de que se trate, en particular de los que dimanen de la potestad discrecional –el que, como acto de ejecución de la ley es susceptible de revisión judicial–. El hecho es que mediante la normativa adjetiva se constriñe al órgano jurisdiccional a evaluar los elementos fácticos de carácter objetivo que sustentan la decisión, dentro de los límites de la legalidad imperante, a pesar de que se adopta sin acatar específica normativa de orden material o sustantivo en el específico supuesto del discrecional, que de suerte no se traduce en un acto arbitrario, en tanto se atempera de forma exclusiva a la norma autorizante para su ejercicio, acto en el que se centra el presente análisis.

En coherencia con lo antes dicho y en razón de los notables obstáculos que entorpecen la optimización de la justicia en sede administrativa, mitigando la tutela judicial efectiva al sujeto de derecho en toda su

1 La Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), en su Artículo 657, apartado 6, excluye del conocimiento de la jurisdicción administrativa las disposiciones que dimanen del ejercicio de la potestad discrecional, dotando consecuentemente de cierta inmunidad la discrecionalidad administrativa, cuestión que amerita la consideración que esbozamos, dada la función pública que ejerce la administración a través de sus actos en relación con los particulares-administrados.

extensión, atinado resulta hacer un estudio objetivo de las cuestiones señaladas y, de cara al futuro, esbozar las siguientes reflexiones.

DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio es la base de la actuación de todo el sistema estatal socialista, y en consecuencia demanda la observancia incondicional y estricta, por parte de los órganos, organismos estatales y funcionarios, en su actuar, habida cuenta de que, consiste en una aplicación constante del derecho emanado de los órganos superiores del poder político, teniendo por objeto el reconocimiento de un país con un ordenamiento jerárquico cierto y seguro.

El principio de legalidad, se erige como talante de nuestra ley suprema en toda su magnitud, se consagra con superior precisión en sus artículos 10, 63 y 66, y constituye inexorable punto de mira para todo proceder en las distintas esferas del orden socioeconómico imperante. Cobra soberana virtualidad en el ámbito jurídico a través de las diversas ramas e instituciones que integran nuestro sistema de Derecho, y de lo que no escapa el Derecho administrativo, como rama jurídica que fija los principios y analiza las normas que orientan y regulan las relaciones sociales que se producen en la organización y la actividad de la administración del Estado considerada en todos sus ámbitos, tanto nacional como localmente.

Todo acto administrativo nace de una disposición legal que expresa-

mente lo autoriza, dedúzcase ley en sentido lato, y cuantas normas jurídicas resulten jerárquicamente inferiores a dicho rango.

No obstante, en nuestro ordenamiento sustantivo en materia administrativa no se delimitan de forma preceptiva las situaciones específicas que motivan el acto discrecional y, con ello, no se identifica de forma expresa el interés público que se defiende, por lo que, tal ambigüedad tributa a favor de que la administración sustente la solución que le parece más justa sobre situaciones de derecho indeterminadas, de modo que la norma se limita a autorizar que la administración actúe, sin dejar previamente estatuida la motivación que ha de constituir en todo caso el soporte de su discrecional proceder.

Sin embargo, la carencia de motivación aludida asola la seguridad jurídica del acto discrecional, quedando corroído con la fragilidad, no solo de la laguna u omisión legal, sino de los operadores que sometidos exclusivamente al ámbito subjetivo del evento fáctico de análisis, en no pocos casos adoptan decisiones acéfalas y no menos arbitrarias, justamente en virtud del ejercicio de la facultad discrecional que le es propia a la administración, por lo que si bien el órgano tiene la libertad de adoptar acuerdos conforme a ese ejercicio, que *a posteriori* se traducen en actos jurídicos, con superior razón ha de atribuírsele jurisdicción al tribunal para revisar y controlar los actos de tan sensible naturaleza, en razón de lo que respalda concretamente el interés público que se

representa y que requiere de debida tutela judicial, y corresponde al juzgador, en cualquier caso, corroborar la legalidad del acto, en el sentido de si se dictó dentro de los límites de la discrecionalidad permitida, dado los excesos que pueden acaecer al respecto y quebrantar o lesionar los intereses legítimos de personas naturales intervinientes en la relación jurídico-administrativa, justamente por lo desigual que resulta esta, entre administración y administrado.

El principio de legalidad exige, finalmente, que haya adecuados instrumentos de control de la actuación administrativa. En este sentido, se puede afirmar que existen diferentes ámbitos o esferas de control del sometimiento al Derecho por parte de la administración.

En primer lugar, el sometimiento a un procedimiento que supone que los actos administrativos deben seguir un cauce formal determinado. Asimismo, si la administración actúa sin sujeción a la norma o desentendiéndose en alguna medida de su mandato, debe enmendar su error, mediante la indemnización a los ciudadanos por los perjuicios causados, en razón de la responsabilidad patrimonial que le es inherente. De igual modo, los ciudadanos podrán impugnar los actos administrativos que lesionen sus intereses y, por último, la actuación administrativa discrecional deberá someterse en cualquier caso al control de los tribunales de justicia.

La articulación técnica del principio de legalidad se realiza, en buena medida, a través de las potestades. La potestad como el poder jurídico para imponer decisiones a otros para el cumplimiento de un fin. Las potestades de la administración son potestades-función, que se caracterizan por ejercerse en interés “de otro”, esto es, del interés público o general.²

Deviene obligado esbozar la diferencia, aunque nítida, que emerge entre los principios de legalidad y juricidad, como pilares del actuar de la administración, sobre los cuales, parafraseando lo que con meridiana claridad sustenta Matilla Correa,³ el primero indica el sometimiento a un tipo específico de norma: la ley, entendiéndose un tipo determinado de disposición jurídica, que se hace palpable en los principales cuerpos normativos del ordenamiento jurídico nacional; ya apareciendo con una formulación que involucra exclusivamente a la ley como instrumento normativo –principio de legalidad en sentido estricto o formal–, ya como referencia a todo el conjunto de normas vigentes, lo que produce la extensión, en el plano formal, de sus consecuencias, y ello tributaría a ver la legalidad en sentido amplio o como principio de juricidad.

EL ACTO ADMINISTRATIVO

Por administración pública se entiende el conjunto de órganos jerár-

2 www.monografias.com; consulta: 9 de enero de 2012.

3 Andry Matilla Correa: Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano.

quicamento estructurados con la básica función de encauzar, dirigir y proteger a los administrados en todos los ámbitos de la sociedad conforme a la política trazada por el Estado, con lo que su recta actuación se convierte en premisa mayor para el inexorable respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos preceptivamente estatuidos.

La administración, a través de una amplia gama de prerrogativas y facultades que le son consustanciales respecto a los administrados en clara consonancia con la legalidad, implementa sus decisiones mediante el pertinente acto administrativo, como instrumento jurídico que por excelencia le es propio para manifestar sus decisiones en coherencia con la voluntad estatal que representa.

De conformidad con lo anterior, es menester significar que el acto administrativo, es aquella "...manifestación unilateral y externa de voluntad que expresa una decisión de autoridad administrativa competente en ejercicio de la potestad pública",⁴ es el medio con que cuenta la administración, a cualquier nivel de decisión. Acto que puede ser reglado, el que –conforme deja sentado Gabino Fraga–⁵ radica en la mera ejecución de la ley, la cual a su vez señala exactamente el cómo y el deber de actuar de la autoridad. También refiere el citado autor que esta voluntad puede expresarse mediante el acto discrecional, el cual tiene

un cierto margen de libertad para apreciar o decidir en qué momento o cómo debe actuar.

Es así que la discrecionalidad cobra sustento sobre determinaciones imprecisas del interés público, mediante la cual, con cierta libertad, el órgano competente le da solución –la más ventajosa– entre varias posibles a un supuesto de hecho, y el acto discrecional es aquel que deriva de la implementación de dicha prerrogativa.

Siguiendo la línea de razonamiento que precede, la discrecionalidad administrativa es la facultad que tiene la administración para asegurar, de modo eficaz, los medios para realizar el fin perseguido, decidiendo cómo, cuándo y en qué momento y sentido ha de ejercitarse la acción administrativa, con las limitaciones y los fines establecidos por el Estado y las directrices políticas.⁶

De este modo, el acto administrativo constituye la médula de la actividad de la administración pública, vía para legitimar su actuación y producir efectos jurídicos respecto a los destinatarios, a la vez que punto de partida para la actuación de los particulares en su futura reclamación ante los efectos que resultan de la ejecución efectiva del primero. De tal suerte, los destinatarios o administrados se transforman en sujetos de derecho que ejercerán acción conducente al reconocimiento de un derecho subjetivo preesta-

4 Miguel Acosta Romero: *Teoría general del Derecho administrativo*, p. 529.

5 Manuel Gabino Fraga: *Derecho administrativo*, p. 231.

6 Marzio L. Pérez Echemendía y José L. Arzola Fernández: *Expresiones y Términos Jurídicos*.

blecido a su favor, o en defensa ante supuestas lesiones derivadas de los actos de la primera.

Es así como cobra atención la facultad discrecional de la administración, y en especial entre nosotros —en particular por la forma como se ha entendido—, ya que se le fundamenta en un criterio valorativo que no responde o acata precisamente una norma jurídica preexistente, sino que se ampara en circunstancias objetivas no contempladas en el ordenamiento reglamentario de rigor, en consonancia con el margen de libertad que al órgano se le reconoce para enarbolar su voluntad. Tal apreciación se basa en criterios, tales como el de Gabino Fraga,⁷ para quien el acto discrecional tiene lugar cuando la ley deja a la administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, o en qué momento debe obrar, o cómo debe hacerlo, o qué contenido debe dar a su actuación, es decir, que lo mismo ocurrirá “en todos aquellos casos en que la ley deje a la autoridad la libertad de decidir su actuación por consideraciones principalmente de carácter subjetivo, tales como las de conveniencia, necesidad, equidad, razonabilidad, suficiencia, exigencia de interés u orden público”.

Mayor observancia merece cuando las decisiones que adopta surten efectos respecto a los administrados, las que no deberán contravenir la política del Estado ni la ley, pues de lo contrario entrañarían un acto

ilegítimo y atentarían contra la seguridad jurídica que salvaguarda el Derecho.

Empero, la *ut supra* facultad discrecional puede ser objeto de control. En caso de extravasarse los términos que delimitan la discrecionalidad administrativa, ya sea a instancia de su destinatario o de autoridad competente, al amparo del ordenamiento cubano, esta revisión es de índole interna, y solo un órgano de superior jerarquía a aquel que dictó el acto eje de supervisión, le concierne hacerlo en aras de determinar la licitud de este.

Tal evaluación, sin equívocos, no alcanza a proteger al súbdito de la administración, al quedar sometido al arbitrio exclusivo del órgano superior actuante, con la única contención del deber de justipreciar, en sintonía con su leal saber y entender, el ordenamiento jurídico que rige la actividad administrativa. Ese actuar ha de tener, como *conditio sine qua non*, el estricto dominio de las normas aplicables según sea el caso, y la vital transparencia y objetividad para la concesión del derecho de que se trate, en válida observancia del postulado que impone a la administración la defensa del interés público que ampara.

No es menos cierto que se ha producido una evolución doctrinal respecto a lo que concierne al acto discrecional, y si puede ser objeto de control, al decir de Cassagne, “...uno de los aspectos centrales de las discrepancias existentes al des-

7 Gabino Fraga: *Op. cit.*, p. 232.

conocer que la prohibición de la arbitrariedad actúa como límite negativo, racional y objetivo, deriva de la tutela judicial efectiva, y cuando se transgreda la prohibición de arbitrariedad, debe enjuiciarse el respectivo acto, contrato, o reglamento administrativo (...). Continúa sosteniendo que “la facultad de elección en que radica la discrecionalidad opera siempre dentro de la Constitución y de los principios que la nutren, cuya esencia radica en no transgredir la prohibición de arbitrariedad o irrazonabilidad, susceptibles de comprobar válidas y legítimas”.⁸

De modo que el control jurisdiccional de los poderes discrecionales se entiende sustentable desde una perspectiva garantista, por órgano judicial, a fin de que asegure la imparcialidad necesaria, en particular, como se ha referido, dada la relación tan desproporcionada que se produce entre la administración y los administrados.

Desde una perspectiva más concreta, y vinculada con la manifestación de la discrecionalidad administrativa en el ámbito inmobiliario, el tema preocupa sobremanera si se tiene en cuenta el tipo de bien jurídico que puede ser afectado por estas decisiones.

Sentado lo anterior, se erige obligado significar la arbitrariedad que puede hacer sucumbir la juricidad que debe ser inherente a todo acto de la administración, cuando se trata de determinaciones discrecionales, pues no en todas las decisiones prima razonabilidad, equidad, necesidad y exigencia de interés u orden público. Ello es consecuencia de que, en primer término, el dictamen de la administración precede a la decisión gubernativa. La disposición queda así permeada de intrínseca parcialidad.

Tal situación ha sido común en relación con las reclamaciones que se presentan ante las direcciones de Vivienda competentes, las que de conformidad con la Circular emitida por el director jurídico del Instituto Nacional de la Vivienda,⁹ en razón de implementar lo estatuido en el precepto 82 de la vigente ley inmobiliaria, número 65 del año 1988,¹⁰ tal cual quedó modificado por el Artículo 3 del Decreto Ley No. 288 de 28 de octubre de 2011, en vigor desde el 10 de noviembre del propio año, la Dirección Municipal de la Vivienda podrá sustentar, mediante dictamen, las circunstancias que concurren en el caso, siempre que no se cumpla el requisito de tiempo

8 www.cassagne.com.ar/publicaciones/.pdf; consulta: 9 de enero de 2012.

9 Circular emitida por el director jurídico del Instituto Nacional de la Vivienda, el 30 de noviembre de 1999.

10 Ley general de la vivienda, Artículo 82: “No obstante lo dispuesto en los artículos 78 (párrafo segundo) y 81 (párrafo primero), el comité ejecutivo del órgano municipal del Poder Popular correspondiente, si concurrieren en el caso circunstancias que lo justifiquen podrá proponer, mediante acuerdo fundado, que se transfiera la propiedad de la vivienda mediante el pago del precio que corresponda, conforme con lo estipulado en el artículo 42, inciso b), aunque el ocupante no reúna todos los requisitos de tiempo previo de convivencia o parentesco con el propietario fallecido o definitivamente ausente”.

de convivencia exigido, el cual se eleva al órgano de la administración correspondiente para que se adopte Acuerdo respecto a la transferencia de la propiedad de la vivienda mediante el pago de su precio legal. En tal caso, el órgano dotado de la prerrogativa discrecional queda ilustrado de la situación fáctica que se pretende tutelar por el propio órgano de la administración actuante.

Sin embargo, resulta obligado mencionar que, si bien el mandato contenido en el Artículo 82 de la invocada norma inmobiliaria autoriza el ejercicio de la facultad discrecional por el órgano de la administración competente, esta discrecionalidad solo cobra eficacia cuando se reconoce el derecho a favor del sujeto que reclama, convalidando así la exigencia que carece. Cosa distinta acontece cuando no se concede el derecho. En esa situación no existe actuar discrecional del órgano y, en cualquier caso, ha de verse como un acto de gobierno que, por su naturaleza, conforme acertadamente se reconoce, sí escapa del control judicial.

Al propio tiempo, es de significar la facultad de los propietarios de vivienda de promover, indistintamente, reclamación en torno a los derechos que dimanan de la titularidad, en coherencia con lo previsto en los artículos 122, 126 y 130, en cuya virtud podrán exigir protección a su interés, según sea el caso, empero, cuando se trata de lo previsto en el multimencionado Artículo 82, hay que discernir en estricta congruencia con la *causa petendi* del promo-

vente, en el sentido de si su petición consiste en que se le reconozca la titularidad del bien, por entenderse asistido de tal derecho, o sabiéndose incumplidor del requisito de tiempo de convivencia, ahora único de rigor, lo que interesa en legal y específica forma es que resulte elevado su caso al Consejo de la administración competente, en razón de que se emita dictamen convalidando su inexistencia, lo que de no satisfacer la administración, por entender que tal petición queda en el ámbito de su exclusiva facultad, tal pronunciamiento sí resulta susceptible de revisión en la vía judicial, en tanto, inequívocamente, la autoridad que así decide incurre en un incongruente actuar, visto que en todo caso ha de constreñir su decisión a la petición de parte, entendiéndose en el orden procedimental; en consecuencia, al no efectuarse aplicación del derecho sustantivo o material, la sindicada resolución no genera el acto que en cualquier caso motiva el ejercicio de la potestad discrecional, y que no encuentra acceso para la consideración del órgano de justicia correspondiente.

Cabe acotar que lo que redunda en el arbitrio de la administración, conforme a la actividad creativa que le es propia en sintonía con la aludida facultad, se traduce indeclinablemente en un acto jurídico, al que le son inherentes las consecuencias y efectos legales de rigor. Luego, si en igual medida que el acto reglado, el acto discrecional obedece a las leyes –tanto generales como especiales vigentes–, nada justifica que

quede impedido de revisión por el órgano jurisdiccional competente.

Tal previsión se hace necesaria si además tenemos en cuenta que las normativas de Derecho, como fenómenos históricos, resultan de condiciones socioeconómicas y políticas concretas que pueden diferir de las existentes al momento de su aplicación. Entonces, la revisión judicial de los actos discrecionales de la administración constituye la vía para la expedita adecuación de la normativa a la nueva realidad —ante la falta de reforma formal por los órganos competentes—, a la vez garantía, por excelencia, de los derechos de los tutelados.

Si además se tiene presente que las decisiones administrativas están condicionadas por los factores de índole objetiva antes mencionados y que a su vez moldean la noción de la amplitud mayor o menor de lo discrecional, su sustento puede ser vulnerable. Entiéndase con ello, que las actuaciones adoptadas bajo tal criterio puede sobrepasar los límites legalmente previstos, lo que en cualquier caso motivaría el examen judicial, a través del proceso contencioso-administrativo, como vía establecida para revisar los actos de la administración respecto a los particulares.

No cabe duda, entonces, de que la discrecionalidad de la administración ha de concebirse como una actividad de creación e integración con soporte y consecuencias en el orden jurídico, a partir de que la administración actúa sobre la prerro-

gativa que la normativa suprema le reconoce, pero evaluando circunstancias no propiamente jurídicas, y con ello debe someterse al control judicial, a fin de verificar la razonabilidad de su ejercicio.

Respecto al tema que nos ocupa, es importante establecer la clara diferenciación que realza Jean Claude Tron Petit,¹¹ entre la discrecionalidad y los denominados conceptos jurídicos indeterminados. En estos últimos, la norma no determina con precisión absoluta el alcance del concepto que utiliza, pero está designando una realidad determinada, y no varias posibles. En esta situación, si bien es cierto que el uso de conceptos jurídicos indeterminados es una fórmula de utilidad para el ente regulador, por cuanto bajo un término abstracto se pueden comprender varias situaciones aún no definidas, al permitir unívoca solución justa a partir de la estimación de los hechos desde el concepto legal.

Entiéndase lo anterior desde los conceptos de: utilidad pública, interés social, entre otros que recogen una gama de situaciones expresamente no delimitadas y, desde la perspectiva de los justiciables, es vital que la ley no padezca esta anomalía, o que al menos las decisiones que se adopten respecto a tales conceptos puedan ser objeto de control judicial, como garantía para la defensa de los derechos que a la vez enaltece el interés público que representa la administración.

11 www.jeanclaude.tronp/.pdf; consulta: 9 de enero de 2012.

Sobre lo anterior, si bien los administrados pueden viabilizar su reclamo hasta agotar la vía administrativa, no es menos cierto que, atendiendo a la amalgama de acepciones o situaciones que encierran los conceptos de utilidad pública e interés social, puede asomar cualquier indicio de arbitrariedad en el acto discrecional que decreta una u otro, sin que sea susceptible de revisión judicial, lo que resulta ilustrado del mandato contenido en la Disposición especial cuarta de la vigente Ley general de la vivienda.¹²

Al propio tiempo, suele plantearse cierta relación entre los términos discrecionalidad y oportunidad, con el objeto de diferenciar el control de esta última del control de legalidad sobre los elementos reglados. En tal sentido, las diferencias no son tan diáfanas, visto que no solo es posible que la ley establezca la libertad de elección en punto a materias regladas, sino que, en ciertas ocasiones, la ley otorga a la administración la opción de elegir entre uno o varios supuestos reglados en su totalidad, de lo que se colige que no existen actos absolutamente reglados ni totalmente discrecionales. Son como partes de un cúmulo de posibilidades cuyos elementos no están inmunes al control jurisdiccional por más competen-

cia que posea la administración para emitir los respectivos actos.

Vinculados a los actos de la administración y la sujeción a la ley, no deben colegirse legalidad y oportunidad contundentemente contrapuestos, ya que si bien la ley puede otorgar a la administración tanta libertad como sea posible para cumplir con las finalidades de bien común que persigue, ella viene siempre condicionada por el mandato constitucional de rigor, por lo que siempre será congruente con las garantías, derechos y principios constitucionales.¹³ En todo caso, debe entenderse que no existen actos administrativos enteramente discrecionales, pues siempre habrá aspectos a los que deberá someterse la administración. Así, son siempre elementos reglados: la atribución normativa de la potestad, la competencia del órgano que dicta el acto, el procedimiento para elaborarlo y aprobarlo, los hechos determinantes que posibilitan el ejercicio de la potestad y el fin, concretado en el interés público a satisfacer.

NECESIDAD DE AMPLIACIÓN

En sede de justicia administrativa, hay que atender al conjunto de principios y procedimientos que es-

12 Disposición especial cuarta de la Ley general de la vivienda: En los casos que, por razones de utilidad pública o interés social, el Estado en aras del desarrollo general del país, debe adquirir o expropiar una vivienda de propiedad personal de ocupación permanente, se compensará al propietario con otra adecuada, en lo posible, a las dimensiones de la vivienda afectada, de acuerdo a las características técnico-constructivas y ubicación de las viviendas el Estado para estos casos, sin exigirle el pago de la diferencia de precios caso de existir esta a favor del Estado; a no ser que el propietario opte por el cobro del precio legal. El Estado podrá acordar otras formas de compensación.

13 Juan Carlos Cassagne: "La discrecionalidad administrativa".

tablecen recursos y garantías de que disponen los particulares para salvaguardar sus derechos. En coherencia con ello, el procedimiento contencioso-administrativo se eleva como uno de los primordiales procesos que se ventilan en sede judicial, teniendo en cuenta que constituye un medio de control jurisdiccional de los actos de la administración pública, visto que representa una instancia por medio de la cual los administrados pueden lograr el amparo de sus derechos e intereses, cuando se ven afectados por actos administrativos ilegales.

En el libro octavo, segunda parte, títulos del I al V, la invocada LPCALE prevé en su Artículo 656, lo concerniente a la jurisdicción en materia administrativa, disponiendo que conocerá de todas las pretensiones que se deduzcan contra las disposiciones de carácter general y resoluciones que emanen de la administración, siempre que vulneren derechos legalmente establecidos a favor del reclamante, con excepción de lo preceptuado en los mandatos 657 y 673.

En este orden, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), se pronunció, mediante el Dictamen No. 61, contenido en el Acuerdo No. 204, de 30 de abril de 1979, que es del tenor siguiente:

“Los principios fundamentales que informan el régimen administrativo impiden la admisión de pretensiones ante los tribunales frente a la administración pública, sin la existencia de una manifestación de voluntad de la administración en relación con la cual la pretensión se

fórmula (Artículo 670 de la LPCALE): De este modo, el acto administrativo, entendiendo la expresión en sentido amplio, deviene presupuesto objetivo del proceso administrativo; porque, en efecto, para que sea admisible una pretensión ante la jurisdicción administrativa es necesario la existencia previa del acto administrativo, y que la pretensión se deduzca precisamente en relación con un acto administrativo, bien para pedir la declaración de no ser conforme a derecho, y en su caso su anulación, bien para solicitar, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el restablecimiento de la misma”. (Artículo 666, apartado 1 de la LPCALE).

La citada ley respalda el proceso que deriva de la impugnación del acto administrativo contenido en la resolución que pone fin a la vía extrajudicial, cuando de reclamaciones de derecho en materia inmobiliaria se trata. Dedicó los preceptos desde el 654 hasta el 695, ambos inclusive, a establecer el procedimiento administrativo del que se excluyen el *íter* contencioso, las cuestiones que se susciten respecto a las disposiciones que emanen de una autoridad en el ejercicio de la potestad discrecional, en estricta coherencia con el postulado que consagra el aludido Artículo 657, apartado 5, de la *ut supra* norma adjetiva; con la única excepción de lo que con meridiana claridad se dispone por el CGTSP, en su función de interpretar las disposiciones legales que lo requieran en aras de unifor-

mar la práctica judicial, consistente en el Acuerdo No. 30, de 9 de febrero de 1988, Dictamen No. 284, en virtud del cual se sostiene que nada se opone a que un tercero a quien la resolución dictada por la administración en el ejercicio de su facultad discrecional le lesione un derecho subjetivo preestablecido a su favor, la impugne, habida cuenta de que la facultad discrecional no puede invadir la esfera de los derechos subjetivos, estatuidos por la ley o declarado por un acto de la administración en ejercicio de la facultad reglada, y entender lo contrario implicaría, en el primer supuesto, impedir el ejercicio por el referido interesado de un legítimo derecho que la ley le concede; y en el segundo, que la administración volviera por sí y ante sí contra sus propios actos revocando lo ya declarado en favor del tercero expresado.

En vista de la precitada disposición, es de apreciar que la revisión judicial operaría en función de evaluar la proporcionalidad que ha de primar entre las circunstancias concurrentes objeto de estimación y la decisión adoptada en consecuencia, lo que si se puede desequilibrar en relación con un tercero, inequívocamente, en igual medida, puede acontecer en cuanto al sujeto sobre el que recae directamente el Acuerdo adoptado

discrecionalmente, con el perjuicio de que no puede instar por tutela ante órgano judicial competente y debe estar y pasar por lo dispuesto, al margen de su conformidad o no con la decisión emanada del órgano de la administración, entendiéndose agotada la vía administrativa, sobre lo que no cabe dudar, deviene insuficiente para el administrado, en razón de la debida garantía y juricidad que se imponen como límites del controvertido actuar.

De lo que precede se deduce el control judicial para el acto cuyo contenido es el resultado del actuar discrecional de la administración, para verificar los límites válidos de tal ejercicio, de conformidad con el principio de oportunidad que ha de prevalecer en toda relación jurídica, lo que en modo alguno puede concebirse lesivo a la libertad que le es propia en su actuar, sino que ha de entenderse en el sentido de que sea posible sanear el procedimiento en aras de que trascienda más ventajoso y garantista para el administrado, como parte, cuya posición es definitivamente inferior en la multicitada relación de derecho.

En este orden se precisa comentar, dado el efecto vinculante que en atención a las decisiones acéfalas de la administración puedan producirse, la estipulación del Artículo 666,¹⁴

14 LPCALE, Artículo 666.2: Están legitimados para el ejercicio de la acción administrativa: 2) la administración contra su propia resolución firme que haya creado un derecho de carácter subjetivo, siempre que el órgano supremo de la jerarquía administrativa o el Comité Ejecutivo del órgano provincial o municipal del Poder Popular de donde emanase aquella haya declarado, en resolución fundada, que la misma es lesiva a los intereses públicos al objeto de impugnarla en la vía jurisdiccional. Esta declaración deberá hacerse dentro del plazo de tres meses a contar de la fecha en que hubiere sido dictada la resolución.

apartado 2 de la LPCALE, al estatuir la legitimación para el ejercicio de la acción administrativa, a fin de declarar la lesividad de resolución firme que atente contra el interés público, lo que si bien se identifica con los actos reglados, es de significar que en la *praxis* no son representativos los procesos promovidos a ese efecto, de lo que no se puede inferir absoluta sujeción a los intereses públicos en todas sus disposiciones; sin embargo, han de responder los discrecionales al mismo interés público, con la agravante de quedar sustraídos del debido control judicial.

Como corolario, algunos ejemplos de sentencias del alto foro judicial en relación con el tema tratado, en aras de ilustrar sobre el criterio que deja sentado la sala de la especialidad en virtud de recursos sobre conflictos de la enunciada naturaleza.

1. Expediente 968 de 2003 (Adm.)

...Que el primer motivo del recurso con amparo en el apartado uno del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral debe prosperar, porque se desentiende la sala a quo del claro tenor de la exigencia del artículo ochenta y uno de la Ley general de la vivienda en lo que concierne a que la Dirección Municipal de la Vivienda, y por extensión el tribunal en el ejercicio de la facultad revisora que la mentada Ley de Trámites le asigna, exclusivamente pueden autorizar la transferencia de la propiedad en casos como el que nos ocupa, siempre que se cumpla por el reclamante con todos los requisitos que la citada norma sustantiva le exige incluido el

del tiempo de convivencia, cuya previsión no le permite a los referidos órganos realizar particular interpretación para dispensarlo, sea cuales fueren las razones que se aduzcan, habida cuenta de que con tal proceder inequívocamente se invade el ejercicio de la potestad discrecional, que por lo previsto en el artículo ochenta y dos de la mentada legislación sustantiva le viene atribuido al correspondiente Consejo de Administración, al que acertadamente la Dirección Municipal de la Vivienda actuante elevó las actuaciones para que decidiera al respecto, alcanzando respuesta denegatoria de la solicitud mediante Acuerdo número treinta y siete de diecisiete de Julio del dos mil dos, conforme aparece del expediente gubernativo radicado al número seiscientos cuarenta y dos del dos mil uno, que por otra parte crea situación que, atendiendo a lo previsto en el apartado d) del artículo sesenta y ocho de la Constitución de la República, obliga a pronunciarse en igual sentido a la mentada Dirección Municipal, adquiriendo aquel connotación de acto jurídico que crea estado, cuyos efectos jurídicos se mantienen en tanto no sea expresamente revocado o de alguna forma modificado, y por consiguiente deviene inútil impugnar en la vía jurisdiccional el que con carácter de aplicación se dictó por esta última, todo lo cual no fue advertido por la sala a quo, incurriendo de ese modo en la infracción que se denuncia.

2. Expediente 660 de 2002 (Adm.)

...que tanto el motivo primero del recurso como los motivos segundo

y tercero de ampliación establecidos, todos al amparo del apartado primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral no pueden prosperar, porque si bien es cierto que la Sala de instancia hizo inadecuado uso de preceptos del Código civil, así como de la Disposición Especial Primera de la Resolución treinta y ocho de mil novecientos noventa y ocho dictada por el Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, ello en nada cambia la acertada decisión adoptada mediante la sentencia interpelada, pues el artículo ocho de la citada resolución confiere facultad a la administración para que en los casos que el ocupante del cuarto o habitación no reúna los requisitos exigidos para el traspaso que prevé el aludido Reglamento, podrá legalizarlos en concepto de usufructuario gratuito después de oír el parecer del Presidente del Consejo de la administración, siempre que existan razones que lo justifiquen, precepto que no deja lugar a dudas en cuanto a que constituye una facultad de la administración ejercitada únicamente en los casos que a su juicio amerite la ulterior legalización previa consulta con el máximo órgano de gobierno a fin de legalizar a los que por otra vía no podrían al carecer de los requisitos de ley, y siendo así obvio resulta que no concurre las infracciones legales que se sostienen en los motivos en examen, lo que fuerza su desestimación.

3. Expediente 666 de 2002 (Adm.)
...que el motivo segundo del recurso establecido al amparo del

apartado primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral debe prosperar, porque si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto por el artículo seis de la Resolución treinta y ocho de mil novecientos noventa y ocho dictada por el Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, se confiere facultad decisoria a las direcciones Municipales de la Vivienda para reservar los cuartos o habitaciones que quedaren disponibles para la reubicación de personas declaradas ilegales que no tuvieran lugar de procedencia o para su asignación en casos de mejoras sociales, albergados o para ampliaciones por colindancia, de lo cual se colige que puede la administración decidir preferentemente si lo asigna en un caso u otro según considere, y en ese sentido debe estimarse que el precepto le otorga facultad discrecional, también lo es que si de colindancia se trata, está en la obligación de atenerse a los supuestos que establece el artículo catorce del expresado Reglamento, con lo cual cesa su discrecionalidad y su facultad se torna reglada, produciéndose así un conflicto entre ambas normas que debe interpretar el Tribunal según la intención del legislador, pues en el caso, la resolución administrativa niega la solicitud encaminada a obtener una habitación por colindancia, argumentando que incumple la recurrente uno de los requisitos del último de los mencionados preceptos, cual es, no exceder de tres personas su núcleo familiar, siendo precisamente este extremo el que se combate me-

diante la demanda declarada inadmisibles por la Sala de instancia, pues la aludida resolución no expresó que su negativa se debe a que reserva la habitación para otro de los supuestos a que se refiere el citado artículo seis, porque de haberse manifestado en este sentido sería inimpugnable, sino que al amparar su decisión en una regla debe entenderse que puede ser impugnada mediante el correspondiente proceso administrativo, y siendo así concurre la infracción legal que se sostiene razón por la que procede acoger el motivo en examen y por consiguiente el recurso establecido.

4. Expediente 1040 de 2006 (Adm.)

...Que el primer motivo del recurso, que aparece sustentado en el ordinal primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de Trámites debe prosperar, pues el Tribunal a quo basa la no admisión de la demanda en dos aspectos fundamentales, el primero referido a que la génesis del proceso, que luego fue resuelto en apelación por la Dirección Provincial de la Vivienda se refiere a la declaración de ilegal de la recurrente, y segundo en que la resolución que genera la litis es en cumplimiento de lo dispuesto por mandato del órgano administrativo superior, estimado entonces que la cuestión queda sustraída del conocimiento por la vía judicial, y que debe ser ventilada por vía administrativa, lo cual es desacertado, pues es visto que en el caso el asunto solo fue sometido a apelación ante la Dirección Provincial de la Vivienda, estando la interesada conforme

con la decisión emanada de dicha autoridad por la que se disponía que se le permitiera concurrir ante el Banco Popular de Ahorro a hacer la transferencia, pagando el precio establecido, por lo que la misma no tuvo necesidad de establecer revisión, quedando ya troncado el proceso en vía administrativa según establece la Disposición Especial Tercera del Decreto Ley doscientos treinta y tres del dos mil tres, por el que queda modificada la Ley general de la vivienda, por lo que por la Dirección Municipal se dictó la que genera el presente proceso, y en virtud de ello el criterio restrictivo del que parte el Tribunal, sin dudas coloca a la misma en evidente estado de indefensión, pues debe estimarse que a partir de la disposición adoptada en el referido proceso, por la Dirección Provincial de la Vivienda, al resolver la apelación se cumplió lo dispuesto en cuanto a que se autorizara a la misma concurrir al Banco Popular de Ahorro a fin se suscribir el correspondiente contrato de compraventa, pero a su vez también se fijó el precio que debía abonar, cuestión novedosa con lo que no estaba de acuerdo, por lo que de no admitirse la demanda quedaría entonces impedida de debatir sobre el particular, lo cual contravendría el espíritu de nuestra Ley de Trámites encaminados a garantizar el acceso a la justicia e impedir crear estado de indefensión en los justiciables, y siendo así debe por tal razón casarse y anularse la sentencia, debiendo el Tribunal conocer sobre la cuestión puesta a su consideración.

5. Expediente 82 de 2010 (Adm.)

...que no lleva razón quien recurre en la clamorosa exposición a que se contrae el concepto de la infracción del motivo único de su recurso que, aunque amparado en el apartado uno del artículo seiscientos treinta de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, en atención a los términos en que se formula, se infiere cuenta apoyo en el apartado diez del propio ordinal, al discutir en esencia el rechazo por la Sala de instancia del conocimiento de asunto que estima le corresponde sustanciar y resolver, circunstancia que corresponde al abuso por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, y es que si bien el artículo ciento veinte de la Constitución de la República encarga la función de impartir justicia al Tribunal Supremo Popular y a los demás que la ley instituye y el artículo tres de la precitada ley adjetiva dispone que no pueden abstenerse de conocer, no lo es menos que el propio texto constitucional remite a la ley orgánica en todo lo concerniente a los objetivos de la actividad judicial y a la extensión de la jurisdicción y competencia de los Tribunales, proclamando además en su artículo ciento veintidós la independencia de los jueces en sus funciones y su obligación de apego a la ley, de lo que sigue entender que, al enunciarse en el artículo cuatro de la Ley número ochenta y dos entre los principales objetivos de la actividad de los Tribunales el cumplimiento de la legalidad socialista y el de revisar las resoluciones dictadas por los órga-

nos y organismos que forman parte de la administración del Estado en los casos que les sea expresamente atribuido, contrariamente a lo afirmado por el quejoso, se estaría ante un franco caso de desobediencia a la norma constitucional rectora de entrar a resolver materia que ha sido preceptivamente sustraída de su conocimiento al ser clara la letra del artículo del Decreto Ley ciento cuarenta y nueve de mil novecientos noventa y cuatro al regular que contra las resoluciones que a su amparo se dicten no procederá recurso alguno en la vía judicial y, al no desconocerlo la Sala de instancia, actuó con acierto y por ende las infracciones que se acusan no están presentes, siendo ineficaz el motivo examinado para producir la casación de la sentencia interpelada.

6. Expediente 663 de 2008 (Adm.)

...que los motivos primero y segundo originales del recurso, ambos con sustento en el apartado uno del artículo seiscientos treinta de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, por los cuales se denuncia error con trascendencia al fallo por indebida aplicación de la Disposición Especial Cuarta de la Ley general de la vivienda, no pueden prosperar, habida cuenta de que resultó justificado de manera fehaciente e indubitada que el Consejo de la administración Provincial de La Habana, el diez de abril del dos mil siete, adoptó el Acuerdo número ciento cincuenta y cuatro de ese año, dejando aprobadas las Regulaciones para el ordenamiento del territorio de la meseta del Cacahual, enclavada

en dicha provincia; dejando de igual modo documentado que dicha área posee interés estratégico para la defensa de dicha zona y en especial de la capital del país, haciendo por ende incompatible la permanencia de viviendas con las actividades propias de la protección militar, haciendo preciso, con urgencia, reubicar a los moradores del aludido territorio a los efectos de que pueda ser utilizada en interés exclusivo de las tareas de la defensa que determine el organismo competente, quedando así convenientemente acreditada la utilidad pública y el interés social conforme al precepto en que funda su actuar el órgano administrativo y, en tal virtud, no existe la infracción que se denuncia en los motivos examinados; lo que no obsta que se añada la inviabilidad de los mismos en concordancia con lo previsto en el apartado uno del artículo seiscientos cincuenta y siete al cuestionarse en los mismos disposición relativa a la defensa nacional.

De los considerandos que anteceden se evidencia que la revisión judicial se construye a los límites predeterminados para los actos discrecionales, de cara a la normativa que autoriza el ejercicio de la potestad de que dimanen, atendándose en todo caso a que no se hayan extravasado los límites que la previsión jurídica le impone a la administración para las decisiones que adopte, pero nunca el control judicial recae sobre la cuestión de fondo que encierra el acto discrecional, y con ello se justiprecia exclusivamente la legitimidad de su ejercicio.

Así, con irrestricta coherencia a la función de impartir justicia que el Artículo 120 de la Constitución atribuye a los tribunales populares, de lo que consagra el 122 del supremo texto legal, la observancia de la ley adjetiva civil, las leyes generales y las de carácter especial para cada caso concreto, no pueden ser distintos los fallos judiciales hasta tanto quede implementada por el legislador la vía de acceso de los administrados encauzada a la revisión del acto que dimana de la potestad discrecional de la administración, de cara a la tutela efectiva de los justiciables.

CONCLUSIONES

- Las decisiones dimanadas del ejercicio de la potestad discrecional de la administración, que se corporifiquen en un acto jurídico, han de ser objeto de control jurisdiccional.
- La revisión jurisdiccional del acto administrativo discrecional ha de concretarse a través del proceso contencioso-administrativo, en las salas de justicia de la especialidad.
- La protección judicial que se le dispensa a un tercero, cuyo derecho subjetivo estima lesionado en razón del acto discrecional, debe atribuírsele con prioridad al administrado que directamente interviene en la relación jurídico-administrativa.
- El principio de legalidad que rige el ejercicio de la facultad discrecional de la administración, debe entenderse no solo respecto a los límites que legitiman su proceder,

sino también sobre el soporte sustantivo o material en el que descansa el acuerdo adoptado.

- El interés público que representa la administración debe quedar identificado en legal y específica forma, en aras de hallar precisa coherencia entre aquel y las motivaciones que se toman como base de las decisiones protegidas en virtud del ejercicio de la potestad discrecional.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Romero, Miguel: *Teoría general del derecho administrativo*, 11.^a, ed., Editorial Porrúa, México, 1993.
- Cassagne, Juan Carlos: “La discrecionalidad administrativa”, en *Bibliografía de la maestría en Derecho constitucional y administrativo*, La Habana, 2010.
- Gabino Fraga, Manuel: *Derecho administrativo*, 38.^a, ed., Editorial Porrúa, México, 1998.
- Colectivo de Autores: *Temas de Derecho administrativo cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- www.cassagne.com.ar/publicaciones/pdf acceso el día 9 de enero de 2012.
- www.jeanclaude.tronp/.pdf__acceso el día 9 de enero de 2012.
- www.monografias.com, acceso el día 9 de enero de 2012.

Legislación

- Constitución de la República de Cuba, 1976.
- Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico: Ley No. 7, 1977.
- Ley general de la vivienda*, No. 65 de 1988, Editora del MINJUS, noviembre de 2004.
- Decreto Ley No. 288, de 28 de octubre de 2011.
- Acuerdo No. 30, de 9 de febrero de 1988, Dictamen No. 284, emitido por el TSP:
- Circular de 30 de noviembre de 1999, dictada por el director jurídico del Instituto Nacional de la Vivienda.

ANTINOMIA Y DESREGULACIÓN EN EL DERECHO LABORAL CUBANO: LA FUNCIÓN INTEGRADORA DEL JUEZ

Esp. Nancy Morales González,
jueza profesional, Sala de lo Laboral, TSP

Esp. Aymee Fernández Toledo,
jueza profesional, TPP de La Habana

EL Artículo 120 de la Constitución de la República de Cuba atribuye al Sistema de Tribunales Populares la facultad de impartir justicia,¹ encargo social del que es consecuencia el mandato contenido en el inciso e) del Artículo 7 de la Ley 82, de 11 de julio de 1997, “De los tribunales populares”, conforme al cual resulta un deber inexcusable de estos dar solución a todos los conflictos sometidos a su conocimiento.²

De ahí que, en la teoría, se sostenga la existencia de los vacíos legales, mas no de los vacíos judiciales. Los jueces están obligados a resolver, sobre la base del prin-

cipio *non liquet*, todos los asuntos presentados a su consideración, aun cuando la ley no haya previsto las situaciones de hecho a que se contraen o existan contradicciones entre las normas existentes,³ para lo cual no solo vienen obligados a seleccionar, de entre todas las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, aquellas de posible aplicación al caso, sino a interpretarlas y, en ocasiones, también, a complementarlas o suplir sus omisiones o contradicciones.

Por ello se atribuye a los jueces una función creadora de derecho que, en todo caso, está contextua-

1 Constitución de la República de Cuba, Artículo 120: “La función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de este por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instituye.

”La ley establece los principales objetivos de la actividad judicial y regula la organización de los Tribunales; la extensión de su jurisdicción y competencia; sus facultades y el modo de ejercerlas; los requisitos que deben reunir los jueces, la forma de elección de estos y las causas y procedimientos para su revocación o cese en el ejercicio de sus funciones”.

2 Ley No. 82, de 11 de julio de 1997, “De los tribunales populares”, Artículo 7: “La legalidad está garantizada en la actividad judicial por: [...] e): 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”.

3 “El vacío judicial no puede existir pues está sobre la cabeza del juzgador la espada de Damocles que representa la responsabilidad que le traerá aparejada su negativa de fallar”, en Fernando D. Cañizares Abeledo: *Teoría del Derecho*, primera reimpresión, Editorial Pueblo y Educación, La Habana. 1979, p. 202, citado por Majela Ferrari Yanner: “La integración del derecho ante las lagunas de la ley”, p. 10.

lizada en un conflicto particular, en torno a una determinada situación fáctica que encuentra sus límites en los principios y valores superiores y esenciales del ordenamiento jurídico, como los de legalidad, seguridad jurídica y justicia que, en definitiva, garantizan la credibilidad y confianza de la población en el sistema judicial.⁴

Así, la actividad de interpretación e integración del derecho en el ámbito judicial deviene una tarea compleja, con un alto contenido valorativo y axiológico, que, a su vez, integra el conglomerado de argumentos dirigidos a la justificación de la decisión judicial, de modo que se presentan como herramientas de esta.

La integración presupone siempre una actividad interpretativa del juez sobre la base de elementos tanto objetivos como subjetivos. No basta con desentrañar la voluntad del legislador o el también llamado espíritu de la ley, sino que este debe ser contextualizado en las circunstancias que dieron origen a la norma, lo que constituye el primer paso en el proceso que lleva a determinar la aplicabilidad de una norma o un principio jurídico, o no, en el entendido de que la decisión judicial, aun cuando el ordenamiento no haya

previsto la situación fáctica o lo haya hecho de modo defectuoso, debe encontrar respaldo en el derecho. Así, interpretación e integración son actividades inseparables en la aplicación del derecho.

La doctrina reconoce la necesidad de integrar el derecho cuando se dan supuestos de anomia, es decir, espacios de desregulación legal o de carencia de normas jurídicas, al no estar previsto por el derecho el supuesto de hecho que se examina, o cuando existen antinomias porque el supuesto de hecho es abarcado por más de una norma con soluciones contradictorias, que no pueden ser resueltas por la vía de la aplicación de los principios de “ley superior, ley posterior y ley especial”, debido a que en estos casos el conflicto de normas solo es aparente.

En sentido general, se admiten dos formas para suplir los vacíos legales: la autointegración y la heterointegración, según se acuda a métodos internos, propios del ordenamiento jurídico de que se trate, o externos. Entre los primeros, se sitúan la analogía y los principios generales del derecho.

Sin embargo, existen otras situaciones en las que, sobre un mismo supuesto de hecho, convergen varias

4 “Lo que el ciudadano busca no es cualquier seguridad, sino seguridad en la justicia, no cualquier solución, sino la más justa y equitativa. Si el resultado es otro, a mediano o largo plazo perderá credibilidad el Derecho y los resultados de cara al respeto de la legalidad serán negativos, propiciándose el irrespeto a la ley y el descrédito del Derecho ante los ojos de la sociedad”. (Ferrari Yaunner: *Op. cit.*, p. 14). En sentido similar, Massini sostiene que “el juez ha de realizar prudentemente lo justo con el instrumento de la ley; de lo contrario no merecerá llevar el nombre de juez” (“Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, no. 28, julio-diciembre de 1980, p. 85, citado por Jorge Ulises Carmona Tinoco, *La interpretación judicial constitucional*, p. 41).

normas de diferente naturaleza que, sin resultar manifiestamente contradictorias entre sí, precisan ser interpretadas para, complementándolas, excluyéndolas o reconociendo la primacía de una de ellas sobre la otra, lograr la solución del asunto. Este análisis tiene un marcado carácter contextual porque depende de cada caso particular y porque, en la mayoría de las ocasiones, las normas que confluyen tienen igual rango normativo.

Estos presupuestos generales encuentran realización en la práctica judicial laboral en la que, dada la dispersión normativa que caracteriza la especialidad, que a su vez es causa de no pocos espacios de desregulación y contradicción, con frecuencia es necesario acudir a los mecanismos de integración.

Este planteamiento se ilustra claramente con la utilización preferente de principios del Derecho laboral que ni siquiera han sido positivizados, como los de “primacía de la realidad”, “irrenunciabilidad de los derechos laborales”, “pro operario”, “aplicación de la ley más favorable” o con la aplicación directa de la Constitución para el reconocimiento o denegación de

un derecho, que se han puesto de manifiesto en pronunciamientos de la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular (TSP).⁵

Este texto encuentra su motivación fundamental en una serie de conflictos generados por reclamaciones formuladas, en materia de disciplina y de presuntos derechos laborales, que tienen en su trasfondo situaciones fácticas en las que confluyen normas jurídicas laborales y penales, con la pretensión, meramente orientadora, de ilustrar, bajo la égida de determinados presupuestos interpretativos e integradores, los razonamientos que se han realizado en la solución de tales asuntos por la Sala de lo Laboral del máximo órgano de justicia en nuestro país y que, de una forma u otra, definen el tratamiento jurídico que debe aplicarse.

La legislación laboral positiva ofrece diversas vías para resolver algunas de las disyuntivas que surgen en la confluencia de ambas jurisdicciones, pero su aplicación depende del conocimiento, la inteligencia y la racionalidad de las administraciones y sus asesores, que no siempre logran arribar a una solución adecuada y

5 La Sentencia No. 631, dictada el 23 de septiembre de 2013, por la Sala de lo Laboral del TSP, en el expediente radicado con el número 97 de 2013, a propósito del reconocimiento del derecho a recibir indemnización económica por la violación de un derecho laboral, razonó que “la trabajadora ha experimentado un perjuicio económico por el que debe ser reparada, al amparo del Artículo veintiséis de la Constitución de la República, en el que se reconoce el derecho de todo aquel que sufriera daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios o agentes del Estado, con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, a obtener la correspondiente reparación o indemnización y los artículos ochenta y dos, ochenta y tres, inciso c) y ochenta y seis, inciso d) del Código civil, norma aplicable al caso por la vía supletoria, así como el Artículo setecientos catorce de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico [en adelante, LPCALE], que establece el deber de esta Sala de pronunciarse en cuanto a todas las cuestiones íntimamente relacionadas o que sean consecuencia de la litis dilucidada”.

justa, lo que genera conflictos que se someten a los órganos de impar-tición de la justicia laboral.

Una de las situaciones más con-currentes se produce en torno a la concertación, modificación o extinción de la relación laboral y los derechos del trabajo de aquellas personas que resultan sancionadas penalmente a penas subsidiarias de la privación de libertad, tales como el trabajo correc-cional sin internamiento y la limitación de libertad, o a los que les resulta sus-tituída la sanción de prisión por una de ellas, o cuando se dispone la remisión condicional de la sanción o se conceden beneficios de excarcelación anti-cipada, es decir, aquellos trabajadores sujetos al régimen de control, atención y seguimiento del juez de ejecución.

En estos supuestos, se producen limitaciones en cuanto a la política de empleo y los derechos laborales como resultado de la situación pe-nal en que se halla el trabajador,⁶ no obstante resultarle aplicable, en lo que no se oponga a ello, la legisla-ción laboral común.⁷

En este sentido, se pronunció la Sentencia No. 784, dictada el 28 de septiembre de 2012, por la mencio-nada sala de justicia, en el expe-diente de revisión 217 de 2012.

La promovente, la trabajadora JMPR, pretendía el reconocimien-to del derecho a mantenerse en el puesto de trabajo de “repcionista” en el área de la recepción del Hotel Trip Habana Libre, donde permane-ció en cumplimiento de la sanción

- 6 El Artículo 33, apartado sexto, del Código penal, establece, en orden a la sanción de tra-bajo correccional sin internamiento, que “el sancionado, en todos los casos, será destinado a plaza de menor remuneración o calificación, o de condiciones laborales distintas y no podrá desempeñar funciones de dirección, administrativas o docentes, ni tendrá derecho a ascensos ni a aumentos de salario, durante el término de ejecución de la sanción”, en tanto para la sanción de limitación de libertad, el apartado tercero, inciso b) del Artículo 34, contempla la restricción de no tener derecho a ascensos ni aumentos de salario. Por su parte, el Artículo 37 regula la sanción accesoria de privación de derechos que, de manera preceptiva, se impone en todos los casos en que se dispone la privación de libertad como pena principal, la que impide al sancionado ocupar cargos de dirección en los órganos co-rrespondientes a la actividad político-administrativa del Estado, en unidades económicas estatales o en organizaciones sociales y de masas, en tanto el Artículo 39 prevé, como sanción accesoria facultativa de la privativa de libertad, la prohibición del ejercicio de una profesión, cargo u oficio, que impide el empleo en aquellos puestos abarcados por la inter-dicción judicial. También en la regulación de la libertad condicional, aparecen límites para el ámbito laboral, al establecerse, en el apartado cuarto del Artículo 58, la obligación de los tribunales de especificar en la resolución concesoria de dicho beneficio las obligaciones que el beneficiado tiene que cumplir, especialmente las relacionadas con las actividades laborales que puede desarrollar durante el período de prueba. (Ley No. 62, de 29 de di-ciembre de 1987, Código penal, anotado y concordado con las disposiciones del CGTSP, de Danilo Rivero García y María Caridad Bertot Yero).
- 7 En este sentido, la disposición séptima de la Instrucción 201, de 9 de octubre de 2010, del CGTSP, relativa a la actividad de control, atención e influencia a sancionados que cumplen en libertad, preceptúa que “los sancionados estarán sujetos a los derechos y deberes conte-nidos en la legislación laboral común, excepto aquellos incompatibles con su situación legal y judicial”, conclusión que queda al criterio valorativo de la autoridad que resuelva el problema de que se trate.

subsidiaria de la privación de libertad de trabajo correccional sin internamiento impuesta, ante la decisión de la administración de cambiarla de puesto de trabajo.

La referida trabajadora había sido sancionada por la Sala Tercera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, en la causa 4 del año 2006, por un delito de malversación, a cuatro años de privación de libertad subsidiados por igual término de trabajo correccional sin internamiento, delito que cometió, según la resultancia fáctica de la sentencia penal, aprovechándose de las funciones que realizaba en el puesto de trabajo que ocupaba como recepcionista en el área de la recepción del hotel Trip Habana Libre. Comenzó a cumplir la sanción el 29 de julio de 2008, la extinguiría el 29 de julio de 2012. No obstante este hecho y la vigencia de la prohibición que señala el apartado sexto del Artículo 33 del Código penal referenciado, la trabajadora se mantuvo ocupando la plaza de recepcionista, con ajustes en el contenido de trabajo; proceder que fue validado por el juez de atención, influencia y control,

de conjunto con el resto de los factores del centro de trabajo, el 15 de marzo de 2010, hasta que el 13 de junio de 2011, resultante de un cambio en la dirección del hotel, la nueva administración decidió reubicarla en la plaza de auxiliar de limpieza, con lo cual mostró inconformidad la trabajadora ante el órgano primario de solución de los conflictos laborales y, luego, ante el tribunal municipal popular competente.

La sala consideró que la existencia de la sanción penal no limita a la administración para ejercitar las facultades que le vienen atribuidas por la ley, entre las que se encuentran aplicar medidas disciplinarias a los trabajadores por infringir la disciplina laboral, seguir procesos de idoneidad o efectuar modificaciones e, incluso, la terminación de la relación laboral, acto este último legitimado en el Artículo 53, inciso e) del Código de trabajo, ratificado por el Artículo 56, inciso f) del Reglamento sobre relaciones laborales y la Resolución 200 de 2006, en su apartado undécimo;⁸ que el derecho reclamado por la trabajadora partía de un acto ilegal en el que incurrió la

8 Código de trabajo, Artículo 53. "El contrato de trabajo termina por iniciativa de la administración de la entidad por las causas siguientes: e) sanción de privación de libertad por sentencia firme o medida de seguridad, en ambos casos, cuando exceda de seis meses"; Resolución 8, de primero de marzo de 2005, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Reglamento sobre relaciones laborales, Artículo 56: "El contrato de trabajo por tiempo indeterminado termina por iniciativa de la administración por las causas siguientes: f) sanción de privación de libertad por sentencia firme o medida de seguridad, en ambos casos, cuando exceda de seis meses"; Resolución 200, de 13 de septiembre de 2006, del propio organismo, apartado undécimo: "El trabajo de los sancionados durante el cumplimiento de las sanciones subsidiarias de trabajo correccional con o sin internamiento, limitaciones de libertad y los beneficiados con la remisión condicional de la sanción, la libertad condicional y licencia extrapenal, se rige por la legislación específica dictada en esa materia para esa categoría de trabajadores".

administración y que el juez de control, no verificó la limitación a la política de empleo que supone el apartado sexto del Artículo 33 del Código penal, antes mencionado, con lo cual se favoreció, injustificadamente, a la trabajadora, por cuanto se le permitió mantenerse en contacto con la misma actividad que le hizo posible cometer el delito y realizar menos trabajo del que correspondía a su plaza por igual salario, actuación que no podía validarse, a pesar de que, de manera impropia, se extendió durante bastante tiempo, hasta ser rectificada en virtud de un cambio de administración en el centro, acto que cobra su legitimidad como consecuencia de la ejecución de la sentencia penal, no obstante el tiempo transcurrido.

Como se aprecia, en este caso, las disposiciones generales que rigen el traslado temporal o definitivo de un trabajador de un puesto a otro, refrendadas en los artículos 40 al 43 del Código de trabajo, ratificados por los artículos 77 al 79 del Reglamento sobre relaciones laborales, ceden ante la norma penal, que es la que legitima el actuar administrativo en el orden laboral.⁹

La relación laboral nacida o mantenida en las circunstancias descritas, pese a ser susceptible de mo-

dificación en cualquier momento del cumplimiento de la sanción, sigue siendo válida y jurídicamente eficaz en relación con el período de vigencia anterior a su variación porque, aun cuando es contraria a una disposición legal, de ella derivan efectos jurídicos que devienen derechos del trabajador, como, por ejemplo, el tiempo de trabajo acumulado y el salario.

De lo comentado, se colige que el incumplimiento por parte de la administración de la entidad laboral, y del juez de control, atención e influencia de la interdicción legal comentada, no engendra el derecho a permanecer en la plaza a favor del trabajador, sancionado en la vía penal.

Otra situación interesante se produce cuando un trabajador, en el contexto de un proceso penal, queda sujeto a la medida cautelar de prisión provisional, por un presunto hecho delictivo, supuesto para el cual el ordenamiento legal vigente prevé la suspensión de la relación laboral y, siempre que la medida cautelar no exceda de seis meses, reconoce el derecho del trabajador a reincorporarse a su puesto una vez que goce de libertad, con indemnización económica en el caso en que se disponga el sobreseimiento definitivo de las actuaciones penales o su absolución,¹⁰ lo

9 Lo aseverado no obsta para que la administración pueda promover el correspondiente proceso de idoneidad, ya sea al amparo de las regulaciones generales contenidas en el Reglamento general sobre relaciones laborales o de normas específicas para determinados sectores o actividades, con causa en la sentencia penal firme, lo que constituiría un proceder adicional garante de su actuación. Lo que no es admisible es que el resultado del proceso de idoneidad sea contrario a la modificación de la relación laboral que resulta imperativa con motivo de la ejecución de la sentencia penal.

10 Código de trabajo, Artículo 45: "La suspensión de la relación laboral se produce cuando por disposición legal, medida disciplinaria impuesta por autoridad competente o fuerza mayor, el trabajador no puede realizar el trabajo para el cual ha sido contratado.

que fue reconocido por la Sala de lo Laboral del TSP, mediante la Sentencia No. 316, dictada el 29 de abril de 2010, en el expediente 551 de 2009, promovido por la trabajadora REM, quien reclamó la nulidad de la resolución administrativa que la sancionó a separación definitiva de la entidad por ausencia injustificada en el período en que se hallaba sujeta a la mencionada medida cautelar, resolución en la cual se planteó esta circunstancia como “causa de fuerza mayor que suspende la relación laboral, conforme se estipula en los artículos cuarenta y cuatro y cuarenta y cinco del Código de trabajo, de veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, concepto ratificado por la Reso-

lución número ocho de primero de marzo del año dos mil cinco, dictada por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, en sus artículos ochenta, ochenta y uno y ochenta y dos, siendo así improcedente aplicar, por la causal de ausencias injustificadas al trabajo, la sanción administrativa, por constituir la prisión preventiva causa de suspensión de la relación laboral durante el tiempo en que se cumplimente y al cesar corresponde al trabajador afectado, el derecho a retornar a la entidad y ocupar su plaza, y por parte de la administración ofrecer el tratamiento laboral y salarial que reguló la vigente Resolución doscientos, de trece de septiembre del año dos mil seis, del Ministerio del Trabajo y Seguridad

“La relación laboral se reanuda cuando el trabajador se incorpora al trabajo por cesar la causa que dio origen a su suspensión”; Resolución No. 8, de primero de marzo de 2005, Reglamento sobre relaciones laborales, Artículo 80: “Por la suspensión de la relación laboral se interrumpen temporalmente alguno o algunos de los efectos del contrato de trabajo, sin que desaparezca el vínculo laboral entre las partes”, Artículo 81: “La suspensión de la relación laboral se produce cuando por disposición legal, medida disciplinaria impuesta por autoridad competente o fuerza mayor, el trabajador no puede realizar el trabajo para el cual ha sido contratado.

“La relación laboral se reanuda cuando el trabajador se incorpora al trabajo por cesar la causa que dio origen a su suspensión”; Resolución 200, de 13 de septiembre de 2006, del propio organismo, regula el tratamiento laboral a los trabajadores contratados por tiempo indeterminado, a domicilio, de carácter permanente y por tiempo determinado, durante el período de vigencia del contrato, que incurrir en hechos que pueden ser constitutivos de delito, en ocasión del trabajo o fuera de este, por los que es factible la incoación de un proceso penal, en cuya disposición tercera se regula: “Cuando el trabajador no puede concurrir a su labor habitual por estar sujeto a prisión provisional, por encontrarse cumpliendo sanción de privación de libertad o alguna de las subsidiarias de esta, es beneficiado con la remisión condicional de la sanción o le es impuesta medida de seguridad, en todos los casos por un término inferior a seis meses, la relación laboral queda suspendida por todo el tiempo en que no concurre a desempeña su labor por esos motivos. La plaza que se encuentra temporalmente vacante en razón de la ausencia del trabajador al que se refiere el párrafo precedente, puede ser cubierta provisionalmente según lo dispuesto en la legislación laboral vigente”. Este último precepto adolece de una deficiente técnica legislativa y contempla en su hipótesis situaciones en las que no existe una causa impeditiva para que el trabajador concorra al trabajo pues se encuentra en libertad, lo que obliga a una interpretación restrictiva de su contenido, de acuerdo con las estipulaciones del Código de trabajo.

Social, que regula el tratamiento laboral a los trabajadores que durante el período de vigencia del contrato, incurrir en hechos en ocasión del trabajo o fuera de este, que pueden ser constitutivos de delitos y por los que es factible la incoación de un proceso penal”.

En este proceso, resulta significativo que, si bien se declaró la nulidad de la resolución sancionadora y la consecuente exoneración de la trabajadora, no se dispuso su reincorporación a su puesto de trabajo, pues se acreditó que, en el momento en que se resolvió el proceso de revisión, ya había sido sancionada a una pena privativa de libertad subsidiada por trabajo correccional sin internamiento y, por tanto, debía ser reubicada en una plaza de menor remuneración o calificación o de condiciones laborales distintas, bajo la supervisión del juez encargado de su atención y control, al amparo del multicitado Artículo 33 del Código penal y la Instrucción No. 201, de 9 de octubre de 2010, del CGTSP, por lo cual carecía de objetividad tal pronunciamiento.

Ahora bien, el derecho anterior corresponde –según taxativamente define el apartado tercero de la Resolución 200, de 13 de septiembre de 2006, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social–, una vez impuesta la medida cautelar de prisión provisional y no aparece el tratamiento durante los días de detención previos a esta, los que, en una interpretación lógica del precepto legal también deben ser considerados como una circunstancia de fuerza mayor

que impide al trabajador concurrir al centro de trabajo, máxime cuando el inciso g) del Artículo 120 del Código de trabajo reconoce el derecho del acusado que estuvo detenido o sometido a prisión preventiva y no fue sancionado al cobro del salario, lo que señala el mismo tratamiento laboral para la detención y la prisión provisional.

Esta norma parte del principio de celeridad que rige la tramitación de los procesos penales, particularmente aquellos en los que el acusado se encuentra sujeto a la medida cautelar de prisión provisional, pues, de acuerdo con los términos perentorios establecidos en la Ley de procedimiento penal y el control particularizado de que son objeto, tanto durante la instrucción como en la fase judicial, resulta razonable que, en un período de seis meses, hayan alcanzado su resolución definitiva. Sin embargo, existen casos excepcionales en los que la medida cautelar de prisión provisional se extiende por más de seis meses, supuesto que no está previsto en la mencionada resolución.

Para resolver este vacío, es necesario tomar como premisa lo dispuesto en el Artículo 53, inciso e) del Código de trabajo, que faculta a la administración para dar por terminada la relación laboral, cuando se imponga, por sentencia firme, una sanción o medida de seguridad por un período superior a seis meses y que, interpretado en sentido negativo, significa que, mientras en el proceso penal no haya recaído una sentencia firme o cuando la

sanción o medida de seguridad se haya impuesto por un término inferior a los seis meses, se mantiene el vínculo laboral, lo que, además, es consecuente con el principio "pro operario" que rige esta disciplina. En consecuencia, la existencia de la relación laboral no se ve afectada por el tiempo de duración de la medida cautelar de prisión provisional, aun cuando exceda los seis meses.

Ello fue reconocido por la máxima sala de justicia laboral mediante la Sentencia No. 104, dictada el 30 de septiembre de 2008, en el expediente de revisión radicado con el número 128 de ese propio año, en el que se planteó la pretensión del trabajador JLRC de ser reincorporado a su puesto de trabajo e indemnizado bajo el presupuesto de que la administración, sin haber recaído sentencia firme en el proceso penal y sin haber aplicado la medida disciplinaria de separación definitiva de la entidad, no obstante que los hechos presuntamente delictivos fueron cometidos prevaliéndose de las funciones que él desempeñaba como balancista distribuidor de la entidad y que dicho procedimiento es independiente del penal, por el solo motivo de que la prisión provisional superó los seis meses, dio por terminada la relación laboral, solicitud que prosperó al reconocer la mencionada resolución que *conforme establece la Ley número cuarenta y nueve, Código de trabajo, de veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, en los artículos cincuenta y tres, inciso e) y ciento veinte inciso g), la causal*

de terminación de la relación laboral a iniciativa de la administración, son las sanciones de privación de libertad o medidas de seguridad por más de seis meses, cuando éstas ganan firmeza, así como el pago de la garantía del salario de aquellos trabajadores que durante el tiempo de la jornada laboral en que no concurren a su trabajo, están detenidos o sometidos a prisión preventiva y no resultan sancionados, norma de superior jerarquía jurídica en el ámbito laboral que debe ser respetada y prevalece sobre cualquier otra por lo que a ella debemos atenernos al interpretar cualquier otra norma de menor rango, en atención a ello y conforme a lo también regulado sobre la suspensión de la relación laboral en los artículos cuarenta y cuatro y cuarenta y cinco del propio cuerpo legal, concepto ratificado por la Resolución número ocho de primero de marzo del año dos mil cinco dictada por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social en sus artículos ochenta, ochenta y uno y ochenta y dos, se colige que la prisión preventiva es causa de suspensión de la relación laboral durante el tiempo en que se cumplimente y al cesar se reanuda, correspondiéndole al trabajador el derecho a retornar a la entidad y ocupar la plaza que ocupa, de no ser de las que se ocupan por designación para lo cual puede determinar la administración si lo mantiene o le ofrece otro puesto de trabajo, y siguiendo la línea de la legislación específica sobre la materia, la referida Resolución doscientos, en cuanto al pago correspondiente

a la duración de la prisión preventiva debe atenderse a lo regulado en el apartado cuarto, en cuanto a que procede abonarle el salario promedio durante el período en que estuvo privado provisionalmente de libertad cuando se disponga su absolucón por sentencia firme o por auto de sobreseimiento libre o provisional dispuesto por las autoridades competentes, lo que al momento de su reclamación no se había resuelto por la jurisdicción penal por lo que debe quedar en suspenso hasta en tanto se pronuncie al respecto, valoración que condujo a la reposición del trabajador y la indemnización por los salarios dejados de percibir desde la fecha en que reclamó su restitución ante la administración, no así de los correspondientes al período en que guardó prisión a resultados de lo que se dispusiera en el proceso penal.

La decisión antes comentada conecta, además, con la omisión en que incurre el apartado sexto de la Resolución 200 al reconocer el derecho a la restitución en el centro de trabajo, sin derecho al cobro del salario promedio mensual, de aquellos trabajadores que hayan resultado sancionados penalmente por un término inferior a seis meses, por cuanto lo condiciona a que los hechos por los que fue sancionado sean ajenos a la

entidad, dejando fuera aquellos que se cometen en el centro de trabajo o en ocasión del desempeño de las funciones laborales que, en la línea de los razonamientos que hemos estado sosteniendo, para que sean causa de terminación de la relación laboral, tienen que haber sido corregidos por la vía disciplinaria con la medida de separación definitiva de la entidad.

Este apartado sexto introduce, además, una situación contradictoria para el supuesto de que la libertad del sancionado por término inferior a los seis meses se produzca, no como resultado de la extinción de la sanción privativa de libertad, sino por su sustitución por cualquiera de las subsidiarias que no implican internamiento, pues, al reconocerle el derecho a ser restituido en su puesto de trabajo, soslaya que, a partir de gozar de libertad, debe atenerse al régimen jurídico penal de cumplimiento de la sanción subsidiaria por la que le fue sustituida la prisión y es este el que debe prevalecer, lo que pudiera colisionar con ese pretendido derecho a la reposición en el mismo puesto que ocupaba.¹¹

Las situaciones anteriores pudieran estar matizadas, también, por la concurrencia de otras instituciones laborales como es el caso de que la concertación de la relación labo-

11 Este derecho está sujeto a que el trabajador lo reclame ante la administración, en el término de 15 días hábiles siguientes a haber sido puesto en libertad, si el establecimiento penitenciario radica en el mismo territorio del centro laboral; o, dentro de los 30 días hábiles, si estuviera enclavado en lugar diferente y siempre con la presentación de los documentos que respalden esa situación. De no efectuarse la reclamación en el término y forma establecida, la administración puede dar por terminada la relación laboral, causal esta que no está prevista en el ya comentado Artículo 53 del Código de trabajo. *Cfr.* Resolución 200, de 13 de septiembre de 2006, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, apartado séptimo.

ral se hubiera efectuado por tiempo determinado por estar decursando el período de prueba, en cuyo caso prevalece la facultad de cualquiera de las partes —a los efectos que analizamos, interesa más la decisión de la administración—, para rescindir el vínculo¹² o cuando el puesto que ocupaba el trabajador es de los que se cubre por designación, supuesto en el que habría que respetar la facultad administrativa de revocar esa resolución, con independencia de que garantice, o no, la reubicación del trabajador en otro puesto, pues, indudablemente, una de las consecuencias del hecho que ha llevado al trabajador al proceso penal puede ser la pérdida de los requisitos adicionales inherentes a estas plazas.¹³

A lo anterior, cabe añadir la posibilidad de que, con posterioridad a la sentencia penal firme en la que se impone sanción superior a los seis meses de privación de libertad, y antes de que decurse este último término, sobrevengán situaciones en las que el trabajador recupera su libertad y, consecuentemente, se

encuentra en condiciones de trabajar, como pudiera presentarse como resultado de la sustitución de la sanción de privación de libertad por una de sus subsidiarias que no implique internamiento o por la suspensión de la sanción de trabajo correccional con internamiento, previstas en el Artículo 30, apartado decimotercero, y el 32, apartado sexto del Código penal. En estos casos, habrá que considerar, a los efectos de la extinción de la relación laboral, la extensión de la sanción impuesta y no el tiempo que efectivamente haya pasado el trabajador en prisión. De ahí que, aun cuando el tiempo efectivo bajo prisión sea inferior a los seis meses, no se engendre derecho alguno a su favor. En lo adelante, su estatus laboral dependerá de la ubicación que se le otorgue por el juez de control, en coordinación con la Dirección Municipal de Trabajo y la administración de la entidad correspondiente.

Como referimos anteriormente, la inactividad administrativa en la aplicación oportuna de las normas relacionadas con la política de em-

12 El inciso g) del Artículo 53 del Código de trabajo reconoce la facultad administrativa de dar por terminada la relación laboral, sin sujeción a la extensión de la sanción impuesta por sentencia firme, cuando esta se concertó por tiempo determinado o para la ejecución de un trabajo u obra, disposición que prevalece, dado su rango normativo, sobre la multicitada Resolución 200 que, contraviniendo lo anterior, extiende el tratamiento laboral allí regulado a los contratos de trabajo por tiempo determinado, durante el período de vigencia del contrato, según lo reflejado en su primera disposición.

13 El Decreto Ley No. 197, de 15 de octubre de 1999, en el Artículo 7, como requisitos o condiciones generales mínimas para ocupar y permanecer en los cargos de dirigentes y funcionarios, exige poseer dominio o conocimiento de la actividad a desarrollar, nivel profesional o técnico adecuado, capacidad de organización y, según el caso, de dirección, prestigio y reconocimiento social, comportamiento laboral y personal ético y resultados satisfactorios en el trabajo. Por su parte, la disposición quinta de la Resolución 18, de 18 de abril de 2012, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como requisitos adicionales para los trabajadores que ocupan cargos que, de acuerdo con sus características, y por designación del jefe facultado para ello, establece los de discreción y confiabilidad.

pleo o de naturaleza disciplinaria, por cualquiera de las razones ya apuntadas, ante el actuar delictivo relacionado con las funciones que realiza un trabajador en la entidad laboral, unido a la demora que pudiera acontecer durante el esclarecimiento de los hechos en la vía penal y, finalmente, la obtención de firmeza de la sentencia dictada en esta jurisdicción y su ejecución, tiene también consecuencias en el ámbito de la jurisdicción laboral.

Recientemente, la Sala se enfrentó a la solución de un controvertido conflicto originado por la ejecución de una sentencia penal, a partir de la comisión del delito de falsificación de documentos bancarios y de comercio, como medio afín para cometer un delito de apropiación indebida, por dos choferes de la Empresa de Operaciones Portuarias y de Transporte en esta ciudad, sancionados ambos por la Sala séptima de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de La Habana, a una sanción de dos años de privación de libertad, subsidiada por igual término de trabajo correccional sin internamiento, que obtuvo firmeza el 7 de abril de 2011. La administración, a pesar de que ambos cometieron el hecho sancionado prevaliéndose de sus funciones como choferes y en el vehículo asignado para el desarrollo de su trabajo, no actuó en el orden disciplinario y los mantuvo en igual cargo. Durante ese extenso período de tiempo, los trabajadores mantuvieron una conducta laboral destacada, obtuvieron méritos de trabajo y alcanzaron buenas evaluaciones

en su desempeño. Al disponerse la ejecución de la sentencia penal, en julio de 2013, la administración inició el proceso de idoneidad de los trabajadores, a pesar de la pasividad que mostró en el momento oportuno —al no aplicarles la desvinculación con motivo de las limitaciones referendadas, en materia de derechos laborales, para los trabajadores que resultan sancionados a privación de libertad por un término superior a seis meses, en virtud de lo cual podía terminar la relación laboral; ni haber procedido a la aplicación de la medida disciplinaria de separación definitiva de la entidad por la violación de la disciplina en el trabajo que implicaba el hecho cometido—, de lo cual se favorecieron los empleados durante los años transcurridos sin ejecutarse la sanción penal, en los que se mantuvieron como choferes y devengaron el salario de ese puesto de trabajo. El proceso de idoneidad demostrada se suscitó, entonces, en relación directa con sus resultados de trabajo, que eran satisfactorios, sin asidero en hechos violatorios de la disciplina laboral. El órgano de base de la justicia laboral resolvió a favor de los trabajadores, decisión que obtuvo firmeza al no haberse interpuesto por la dirección administrativa la demanda judicial en el término establecido, extemporaneidad alegada por los demandados, que no fue resuelta en la sentencia del tribunal de instancia, lo que motivó la solicitud de revisión.

La Sala de lo Laboral del TSP, en ejercicio de la función revisora que le compete, con respaldo legal en el

Artículo 714 de la LPCALE, estimó prudente amparar el cumplimiento de la sentencia firme dictada en la vía penal, pero declaró que, aun cuando la resolución del órgano consideró, con acierto, la improcedencia de la declaración de no idoneidad de los trabajadores para su desempeño como choferes A en la entidad, resultaba improcedente su reubicación en dicho cargo y el pago de los haberes dejados de percibir, como aquel había dispuesto, en salvaguarda del principio supremo de legalidad, consagrado en el mencionado precepto, que justifica la incongruencia por exceso de los fallos laborales e incluso, como en este caso, el sacrificio del principio de no reforma de la decisión en perjuicio de los reclamantes.¹⁴

Así, en la Sentencia No. 743, de 28 de octubre de 2013, en el expediente de revisión radicado con el número 302 del propio año, la Sala consideró que *estos efectos no pueden ser refrendados porque otra causa impide que el trabajador se desempeñe en este puesto de trabajo y reciba la retribución por esa labor, y no es otra que el cumplimiento estricto de la sentencia dictada por la jurisdicción penal donde resultó sancionado a dos años de privación de libertad, subsidiada por trabajo correccional sin internamiento, la que debe cumplir en plaza de menor remuneración o*

calificación o de condiciones laborales distintas a la que ocupaba de chofer al cometer el hecho delictivo, conforme obliga preceptivamente el artículo treinta y tres coma cinco y coma seis del Código penal, de lo que se colige que resultaba innecesario interesar y tramitar la no idoneidad por la administración para que dejara de realizar las funciones de chofer, ya que esta sentencia penal obliga al cambio de ese puesto de trabajo, más aun, autoriza la reubicación en entidad distinta, tal como de hecho resultó al ser verificado con el juez de ejecución que informa a la Sala que se encuentra ubicado en la Empresa Aurora como Operario, argumento sostenido también en la Sentencia No. 744, de igual fecha, dictada en el expediente radicado con el número 303 de 2013, cuya pretensión era similar a la anterior.

Hasta aquí, han sido analizadas situaciones conflictivas que radican en el terreno de los derechos laborales. Sin embargo, también en materia disciplinaria, se registra la concurrencia de normas. Así acaece, por ejemplo, con las consecuencias que trae para el proceso laboral la aplicación del Artículo 8, apartado tercero del Código penal.

El Artículo 17 del Decreto Ley No. 176, de 15 de agosto de 1997, mediante el que se instituyó el Sis-

14 El principio de legalidad, positivamente consagrado en la ley procesal, asimismo, respalda la modificación del fallo firme dictado por el órgano de justicia laboral de base, en contraposición con los artículos 57 y 58 de la Resolución conjunta No. 1, de 4 de diciembre de 1997, suscrita entre el TSP y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, norma de rango normativo inferior, cuya aplicación hubiera dilatado innecesariamente una decisión a la que en justicia debía arribarse (economía procesal).

tema de justicia laboral, deja claro el principio de autonomía entre el proceso que se siga por hechos presuntamente constitutivos de delito en la vía penal y en la laboral, inspirado en la inmediatez con que debe actuar la administración ante las conductas que infringen la disciplina laboral, por lo que es conveniente adoptar las medidas correctivas que procedan mediante el procedimiento establecido al efecto y en los términos que la ley prevé, con independencia del resultado del proceso penal,¹⁵ principio que fue ratificado por la disposición segunda de la mencionada Resolución 200, de 13 de septiembre de 2006, del organismo rector de la política de empleo.

Ello condiciona que, tanto la administración como los órganos que dirimen los conflictos laborales, tengan que probar la conducta infractora y su trascendencia por cualesquiera de los medios admitidos en derecho, entre los cuales muchas veces se aporta, en etapas ya avanzadas del proceso laboral, como

pueden ser su sustanciación ante los tribunales municipales populares o el proceso de revisión, la certificación emitida por el órgano de instrucción en cuanto a la aplicación de la multa administrativa que prevé el apartado tercero del Artículo 8 del Código penal, que se puede imponer en los casos de delitos sancionables con pena máxima de tres años de privación de libertad o multa de mil cuotas o ambas, siempre que exista escasa peligrosidad en la comisión del hecho, determinada por sus características y consecuencias y las condiciones personales del infractor, tratamiento este que no solo requiere la certeza en torno a la ocurrencia del hecho que es constitutivo de alguno de los delitos tipificados en la norma penal, sino además, la aceptación por parte del acusado, porque si este no está de acuerdo o no abona la multa en el término de tres días hábiles siguientes a su imposición, las actuaciones se remiten al tribunal municipal popular competente.

15 Decreto Ley No. 176, de 15 de agosto de 1997, Artículo 17: "Cualquier medida disciplinaria de las que se establecen en el presente Decreto Ley se aplica con independencia de la responsabilidad penal o material exigible. La incoación del proceso penal y, en su caso, la exigencia de la responsabilidad material, no impide la ejecución de la medida disciplinaria impuesta, ni paraliza el proceso laboral correspondiente. El fallo en el proceso laboral se dicta con independencia del resultado del proceso penal y de la exigencia de la responsabilidad material". La acción disciplinaria se ejerce por la autoridad facultada en el término de 30 días hábiles posteriores a tener conocimiento de la infracción, con la posibilidad de suspenderlo por una sola vez cuando resulte necesaria la realización de una investigación previa, que puede acompañarse, o no, de la imposición de una medida cautelar. De ahí la imposibilidad de atenerse al resultado del proceso penal, pues, en la mayoría de los casos, este se resolvería pasado ese término y resultaría imposible corregir la indisciplina en el orden laboral, además de que se perdería el propósito reeducador presente en las medidas disciplinarias que demanda la prontitud en su imposición. Otro argumento se encuentra en la manera en que ha sido redactada por el legislador la infracción disciplinaria que se aborda, al contemplarla como hechos o conductas que "puedan ser" constitutivos de delito, sin importar que lleguen a serlo o no.

Esta prueba permite, a los efectos del proceso laboral, extraer dos importantes conclusiones:

Primero, que el actuar trasgresor de la disciplina del trabajo que, para este ordenamiento solo requiere una probabilidad de que pueda ser constitutivo de delito, se ha demostrado que es delictivo y ha sido llevado a cabo por el trabajador.

Segundo, que el acusado, en su doble condición de trabajador, ha estado de acuerdo con el tratamiento administrativo, lo que supone la certeza del hecho, a lo que puede atribuirse el valor de una prueba de confesión.¹⁶

A igual solución pudiera llegarse cuando se acreditase que el proceso penal se resolvió por la vía del procedimiento abreviado, por cuanto este tiene como premisas que “se trate de delito flagrante o que siendo evidente el hecho y la participación en él del acusado, este se halle confeso”.¹⁷

La importancia de estas precisiones deriva de la constatación de la introducción en el proceso laboral de pruebas que señalan la inexistencia del hecho o la no participación del trabajador sancionado, de manera más alarmante cuando iguales pruebas han sido presentadas al proceso penal y su resultado ha sido contrario, lo que indica una falta de veracidad en alguna de

ellas, que el tribunal no puede pasar por alto cuando el hecho imputado es puramente delictivo y del que no derivan otras violaciones de la disciplina laboral ajenas al delito en cuestión, como pudiera ser, entre otros, un actuar negligente, lo que ha sido constatado en varios casos conocidos en revisión.

Lo que nos interesa significar es que, en principio, no resulta racional que en dos procesos que giran sobre igual sustento fáctico, aun cuando sus objetos y finalidades sean diferentes, como son el laboral y el penal, la prueba arroje resultados diferentes, planteamiento que no puede ser absolutizado ante la probabilidad de que ello suceda. Esto significa que, cuando el tribunal de lo laboral, que es el que analizamos en este trabajo, advierta la situación comentada, debe ser profundo en la práctica de las pruebas, para llegar a su propia convicción, en correspondencia con lo cual adoptará la decisión que proceda, en un sentido u otro.

Esta línea de pensamiento es corroborada por la Sentencia No. 194, dictada por la Sala de lo Laboral del TSP el 26 de diciembre de 2008, en el proceso de revisión radicado con el número 548 de 2008, en la que se sostuvo que *el principio de la independencia de la jurisdicción laboral en relación con la penal, claramente*

16 Aunque en el proceso laboral cubano la prueba de confesión judicial no tiene un valor tasado, por estar regido por el principio de libre valoración de las pruebas, no puede desconocerse la importancia que ella adquiere, especialmente en torno a aquellos hechos que perjudican a la parte que la presta.

17 Artículo 481 de la Ley de procedimiento penal, comentada por Danilo Rivero García con las disposiciones del CGTSP, Ediciones de la ONBC, La Habana, 2008, p. 325.

refrendado en el Artículo diecisiete del Decreto Ley número ciento setenta y seis de mil novecientos noventa y siete, sobre el Sistema de Justicia Laboral en Cuba, como uno de los principios en los que este descansa, obliga a que el proceso de esclarecimiento y calificación de un determinado hecho como violatorio de la disciplina laboral, discurra en el necesario ámbito de las relaciones laborales del trabajador con su entidad, del que resulte que su conducta es lesiva al orden disciplinario vigente en el centro, habiendo actuado desde dentro o fuera de este; sin embargo, ello no es óbice para que el órgano encargado de impartir justicia, admita, disponga y practique pruebas que forman parte de un determinado proceso penal que se considere que guarda relación con el hecho analizado, solo que dichas pruebas no tienen un valor tasado, sino que necesariamente han de ser valoradas de manera lógica, racional y en interrelación con el restante material probatorio acumulado en el proceso disciplinario en cuestión.

La propia sala de justicia, en la Sentencia No. 800, de 30 de octubre de 2013, al resolver el proceso de revisión radicado con el número 196 de 2013, en su considerando, sostiene que *si bien la responsabilidad laboral resulta independiente de la penal, no pueden desconocerse los efectos que determinadas instituciones jurídico-penales acarrear al proceso laboral, cual acontece en cuanto a la aplicación del apartado tercero del Artículo ocho del Código*

penal, que presupone la existencia de un delito sancionable con privación de libertad hasta un año o multa no superior a trescientas cuotas o ambas, que carece de peligrosidad social, tanto por las características y consecuencias del hecho como por las condiciones personales del infractor, en cuyo caso la autoridad actuante no remite las actuaciones al tribunal municipal popular, para su conocimiento, sino que dispone una multa y aparejado a ella, la responsabilidad civil que correspondiese, tratamiento que está condicionado a la aceptación del trasgresor y el consecuente pago del gravamen pecuniario y del que fue objeto el reclamante, según se constató mediante la certificación emitida, el primero de octubre del año en curso, por el segundo jefe de la Policía Nacional Revolucionaria en Palma Soriano, de la que consta que quedó incurso en una multa de doscientos pesos por el delito de hurto, que abonó en el término establecido, lo que, en definitiva, confirma la ocurrencia del evento por el que fue corregido disciplinariamente, aunque ahora pretenda negarlo, a efectos del proceso que fue seguido en su contra en el orden del trabajo.

Hasta aquí hemos ilustrado algunos razonamientos e interpretaciones efectuados por la Sala de lo Laboral del TSP ante situaciones conflictuales que se le han presentado en las que colindan o coexisten, desde los intereses que a cada una de ellas compete, normas penales y laborales, lo que ha permitido salvar las omisiones o contradicciones

presentes en ellas para la solución justa de esos conflictos, actividad que continuará desarrollando, en estas y otras temáticas para cumplir con ese mandato constitucional de impartir justicia en nombre del pueblo de Cuba.

La temática no está agotada. Existen otros interrogantes pendientes de análisis, como los que plantea la relación laboral de aquellos sancionados penalmente a privación de libertad efectiva o la subsidiaria de trabajo correccional con internamiento, que serán objeto de tratamiento en otros trabajos.

Concluamos, entonces, con el eminente profesor cubano Fernando Álvarez Tabío: "Digamos al juez, parafraseando una célebre fórmula filosófica: no hagas como el alquimista que hacía oro de la nada, has como el minero, extrae la norma que ha de medir tu conducta arrancándola de lo bueno y de lo justo que se esconde en las entrañas de la ley, y así el Derecho positivo dejará de ser un cuerpo sin alma para adquirir el valor de fuerza estructurante de la vida nueva".¹⁸

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Avilés, Páger: "La labor del juez de ejecución en Cuba y su impacto en la resocialización del delincuente", en *Contribuciones a las ciencias sociales*, enero de 2010, editada por Eumed.net.

Alfonso Díaz, Elpidio y Rigoberto R. Reyes Reyes: "Las sanciones alter-

nativas. El Trabajo como medio de readaptación social", 2004, en base de datos del CENDIJ.

Álvarez Tabío, Fernando: "Tesis", en *Legalidad y Justicia*, Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros, vol. CL, Jesús Montero Editor, La Habana, 1952.

Cabrera Figueroa, Elena Margarita: "Papel del empleo en la reinserción social de los sancionados en el municipio de Yaguajay", 2002, en base de datos del CENDIJ.

Carmena Castrillo, Manuela: "El juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de las penas", en base de datos del CENDIJ.

Carmona Tinoco, Jorge U.: *La interpretación judicial constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Talleres Repromat S.A., México, 1996.

Colectivo de autores: "Hacia una modificación de la figura del juez de ejecución de las penas", en *Ciencias Penales*, revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 5, no. 7, julio de 1993.

Correa Lorenzo, Tania: "La sanción alternativa de trabajo correccional sin internamiento. Importancia del trabajo como medio de readaptación social", 2004, en base de datos del CENDIJ.

De la Cruz Ochoa, Ramón: "Intervención del presidente de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales en el acto de apertura del seminario Reforma Penal Internacional", 2005, en base de datos del CENDIJ.

Ferrari Yaunner, Majela: "La integración del Derecho ante las lagunas de la

18 Fernando Álvarez Tabío: "Tesis", p. 53.

ley”, en *Justicia y Derecho*, año 8, no. 15, diciembre de 2010, La Habana.

Grillo Longoria, José A.: *Sanciones y medidas de seguridad*, La Habana, 1998.

Guillén Leal, Isis: “El juez encargado del control de la ejecución. Resultados preliminares del trabajo en los tribunales municipales de Cienfuegos y La Habana Vieja” (tesis para optar por el grado de máster, 2004), en base de datos del CENDIJ.

Hasell, Guillermo: *Introducción al derecho* (<http://www.alipso.com>).

Hinojosa Segovia, Rafael: “Regulación general de la ejecución penal”, en base de datos del CENDIJ.

Mapelli Caffarena, Borja: “La judicialización penitenciaria, Un proceso inconcluso”, en base de datos del CENDIJ.

Ramírez Bejerano, Égil E.: “La política de empleo para los reclusos. Realidad cubana”, 2002, en base de datos del CENDIJ.

Ramos Sánchez, Mario: “Breves reflexiones sobre el control en el trabajo del juez encargado del control de la ejecución”, 2002, en base de datos del CENDIJ.

Rivero García, Danilo y María Caridad Bertot Yero: *Código penal de la República de Cuba; Ley No. 62/87 (anotado) con las disposiciones del CGTSP*, Ediciones ONBC, La Habana, 2009.

Ruiz Manero, Juan y Ulises Schmill: *El juez y las lagunas del Derecho*, Insti-

tuto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008.

Legislación

Código de trabajo.

Código penal.

Constitución de la República de Cuba.

Decreto Ley No. 176 de 1997, “Sistema de justicia laboral”.

Ley de ejecución de las sanciones penales juveniles en la República de Costa Rica, de 20 de octubre de 2005.

Ley de ejecución de sanciones para el Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 17 de junio de 2011.

Ley de ejecución de sanciones para el estado de Veracruz-Llave.

Ley de ejecución penal y supervisión de Bolivia, aprobada el 20 de diciembre de 2001.

Ley de procedimiento penal.

Ley del régimen penitenciario y la ejecución de la pena en Nicaragua, de 11 de septiembre de 2003.

Ley federal de ejecución de sanciones penales de Argentina.

Ley No. 82 de 1997, “De los tribunales populares”.

Resolución No. 200 de 2006, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Resolución No. 8 de 2005, del MTSS, Reglamento general sobre relaciones laborales.

DE UN PROCESO EJECUTIVO A OTRO

M.Sc. Ranulfo A. Andux Alfonso

juez profesional, Sala de lo Económico, TSP

EN Cuba, a partir de 1959, en el ámbito judicial, fue cada vez más escasa la promoción y tramitación de procesos ejecutivos, en correspondencia con el carácter de la economía socialista, la prevalencia casi absoluta del sector estatal y las relaciones monetario-mercantiles de nuevo tipo, no obstante las regulaciones al efecto contenidas en la Ley de enjuiciamiento civil Española (LEC), de 25 de Septiembre de 1885 vigente en el país desde el primero de enero de 1886, y ratificada por la proclama del Gobierno Provisional de la Isla, en igual fecha de 1899; por sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de septiembre de 1901; por la Orden Militar No. 148 de 1902; y la Constitución de 1901, en su séptima disposición transitoria,¹ y en el título II del libro III de la vigente Ley No. 7, de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE),² ambas de similar formulación.

En términos generales, la ejecución comporta la realización definitiva del derecho reconocido, ya sea en un título jurisdiccional, ya en uno

extrajurisdiccional, aunque la vieja LEC los haya separado: los primeros, condicionados por una actividad cognoscitiva previa del tribunal, entre los que se encuentran la sentencia firme de condena, los autos firmes que aprueban una transacción judicial, y otras resoluciones, a las cuales la ley les confiere fuerza ejecutiva (artículos 473, 212 y 388, LPCALE), a los que se asimilan los títulos parajudiciales, bajo cuya denominación podemos incluir los laudos; *contrario sensu*, los segundos, remitidos a los títulos de créditos que generan ejecución, formados contractualmente por las partes, nos colocan ante un proceso de ejecución que no tiene como precedente una sentencia de condena; deben su origen a la voluntad negocial de las partes y, por sus características sustanciales y de forma, la ley les ha conferido una especial fuerza ejecutiva, en dependencia del título que se trate, regulados de manera taxativa.

La existencia del título en poder del acreedor lo faculta para desatar el mecanismo jurisdiccional y exigir del tribunal la actuación dirigida al

1 La LEC, en el título VIII, libro IV (de la jurisdicción contenciosa), recoge lo relativo a la ejecución de sentencias, tanto nacionales como extranjeras, mientras separa la regulación del juicio ejecutivo, para la cual reserva el título XV del mismo libro.

2 Ley No. 7, vigente en Cuba desde 1978, en el libro III, unió la ejecución de sentencias y otros títulos judiciales al llamado juicio ejecutivo, siguiendo los pasos de su antecesora, la Ley No. 1261, de 4 de enero de 1974.

cumplimiento de la prestación contenida en él, en cuyo caso, el órgano compelido está en la obligación de desplegar su actividad de acuerdo con el procedimiento establecido, en dependencia del tipo de prestación ejecutable, con la única carga al ejecutante de presentar un título con los requisitos previstos que sustente la pretensión deducida, sin que el juez ejecutante cuestione la autenticidad o existencia del derecho material o sustantivo ante el reclamo del acreedor, en la medida en que la acción se fundamenta en un título obligacional que, indefectiblemente, deriva en la ejecución forzada.

El fundamento de la ejecutabilidad del título descansa en la rapidez del cobro de un crédito, por la creencia *a priori* de su validez, privilegiado con una fuerte presunción de fehcencia, certidumbre o certeza; de ahí que el procedimiento sea el medio jurídico de realización del crédito porque en él se daba al acreedor la seguridad de cobrarlo con rapidez.

Como afirma el Dr. Grillo Longoria, “la acción ejecutiva, está íntimamente vinculada al acto jurídico del que resulta la voluntad concreta de la ley y el documento que lo contiene”.³ De común, los sistemas procesales reconocen la fuerza ejecutiva de los títulos referidos a créditos contenidos en documentos privados, y los derivados de la confesión prestada a la presencia judicial que, por definición, no pueden quedar excluidos de dicho carácter, como se constata

en nuestro ordenamiento procesal, tanto en la legislación precedente como en la Ley No. 7 de 1977, que, a los fines exclusivos de acreditar su autenticidad, establece la indispensable preparación de la acción ejecutiva, mediante determinadas diligencias previas.

El resurgimiento de los procesos ejecutivos, y su proliferación en el ámbito jurisdiccional, se genera a partir de la entrada en vigor del Decreto Ley No. 233, de 21 de agosto de 2001, “De la jurisdicción y competencia de las salas de lo económico”, por el que se dispuso que estas salas conocieran tal clase de procesos, promovidos por los sujetos de la contratación económica, de conformidad con lo establecido en el libro III de la LPCAL, caracterizado, a lo largo de todo el período transcurrido, por la promoción masiva de diligencias preparatorias de la acción ejecutiva que, en más del 60%, no se ejercitaba, y producía una separación de hecho entre aquellas y el proceso ejecutivo, como si no conformaran una unidad, que se entronizó como concepto básico tanto por los operadores del derecho como por los tribunales de la materia.

Evidentemente, la falta de continuidad en la tramitación de los procesos ejecutivos, en nuestro ámbito judicial, terminó por desconocer la experiencia secular acumulada y su consecuente desnaturalización, por lo que, en la actualidad, está urgido de su recomposición.

3 Rafael Grillo Longoria: *Derecho procesal civil II. El proceso de conocimiento y el proceso ejecutivo*, p. 1012.

La unidad del proceso ejecutivo y las diligencias preparatorias de dichos juicios fueron establecidas por la jurisprudencia cubana, casi desde la vigencia misma de la LEC, como se estableció en auto de la Audiencia de La Habana, de 16 de octubre de 1875,⁴ consecuencia de las disposiciones contenidas en el párrafo primero del Artículo 1431 de dicha norma: “[...] la demanda ejecutiva se deduce a continuación de las diligencias preparatorias, dentro del mismo expediente, ante el propio juzgado y con el mismo carácter que aquellas se promovieron [...]”.⁵

Las diligencias preparatorias, dirigidas a establecer la autenticidad del título en atención a su naturaleza, quedaban sujetas a determinadas formalidades en su promoción, exigibles como requisitos de procedibilidad, sustanciación y consecuente ejercicio de la acción ejecutiva, como se constata de la práctica judicial, sintetizada en *Formularios civiles*, de Pérez Lobo-Bustamante, que, en sus aspectos más trascendentes, reseña a continuación:

- Imprescindibilidad de expresar, con la promoción, la razón del deber.
- Expresar las acciones extrajudiciales practicadas y su inutilidad, llegado el día de su vencimiento; por ejemplo, requerimiento de pago ante notario, sin oposición de tacha de falsedad a la firma.⁶

- La cédula de citación librada para la confesión de la deuda debe hacerse con expresión de la cantidad que se reclama y la razón del deber, con el apercibimiento de tenerse al citado por confeso, de no comparecer sin justa causa apreciada por el tribunal.
- En el acta de comparecencia del deudor a la citación, para reconocer firma o confesar deuda, solo se plasma el resultado; reconocida la firma, aunque se niegue la deuda, ya queda preparada la vía ejecutiva, sin necesidad de ningún otro pronunciamiento. Confesada la deuda, también queda preparada dicha vía.⁷
- En estos casos, se presentará la demanda en los mismos autos de las diligencias preparatorias. Se exige la consignación del elemento causal, haya diligencia preparatoria, o no, gestión de cobro al vencimiento, exigibilidad del crédito, fundamentos de derecho y súplica.⁸
- Solo en caso de incomparecencia, se dictará auto que declare confeso a un deudor.⁹

Llama la atención la aproximación de las formulaciones contenidas en nuestras normas procesales positivas, con las contenidas en otros ordenamientos, como tendencia contemporánea, referidos “al proceso de estructura monitoria, con posibilidad-

4 “Las diligencias preparatorias de dichos juicios ejecutivos son parte integrante de los mismos” (Juan J. E. Casasús: *Ley de enjuiciamiento civil*, t. II, p. 233.

5 *Ibíd.*, p. 239.

6 Rafael Pérez Lobo y Jesús Pérez Bustamante: *Formularios civiles*, pp. 236-237.

7 *Ibíd.*, pp. 240-241.

8 *Ibíd.*, p. 250.

9 *Ibíd.*, p. 245.

des de fulminante culminación, si es que el demandado no deduce oposición, se aplica a pretensiones que aparecen dotadas, desde su inicio, de fuerte presunción de certeza o fehaciencia, en punto a su adecuación con la regla de derecho sustancial”.¹⁰

La promoción del proceso monitorio requiere de la aportación de cierto principio de prueba del derecho del peticionario, en correspondencia con lo que se exponga como fundamento de hechos, que incluye, con carácter esencial, el origen y cuantía de la deuda, lo que, estimado por el tribunal, requerirá al deudor, mediante providencia, para que, en el plazo fijado, pague o deduzca oposición; en este último caso, se resolverá definitivamente en el juicio que corresponda, con eficacia de cosa juzgada material.¹¹

El espacio interpretativo de la norma positiva procesal cubana, que no precisó la separación de actuaciones respecto a las diligencias preparatorias de la acción ejecutiva y esta, contenidas en los apartados segundo y tercero del Artículo 486 y en los artículos 487, 488, 491, 482 y 493, de la LPCALE de 1977,¹² los principios que informan esta clase de proceso, ya apuntados, y las tendencias contemporáneas para la

rápida realización del crédito por el acreedor, posibilitan la construcción interpretativa del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), con absoluto sustento legal y sin mengua de los derechos y garantías de los justiciables, sino que, por el contrario, se amplían en relación con la práctica precedente, con la que se produce una sustancial ruptura.

Cabe precisar, como colofón de lo expuesto, el argumento esgrimido por el Dr. Juan Mendoza Díaz referente al desempeño del CGTSP, por mandato del Artículo 121 de la Constitución de la República, y las disposiciones del Artículo 19, incisos g) y h), de la Ley No. 82, “De los tribunales populares”, dirigida a establecer una práctica uniforme en la interpretación y aplicación de la ley, mediante instrucciones generales de carácter obligatorio cuando afirma que “son instrumentos normativos que el Consejo de Gobierno adopta *ex officio*, con el propósito de armonizar las prácticas jurisdiccionales; 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 subsi-

10 Julio Maier, en colectivo de autores: *Reformas procesales en América Latina*, p. 103.

11 José Garberí Llobregat: *Ley de enjuiciamiento civil y legislación complementaria*, pp. 188-189.

12 LPCALE, 1977, Artículo 486. La construcción del proceso contenida en la Instrucción No. 215 de 2012 amplía las garantías del debido proceso, si tenemos en cuenta que, contrario a la práctica precedente, al sustanciarse la diligencia preparatoria de la acción ejecutiva, en cumplimiento de los dictados del párrafo primero del Artículo 487, con la citación, se le da traslado al deudor no solo de lo concerniente a esta, sino de la demanda ejecutiva, que la contiene.

diaria 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”.¹³

Sentado lo anterior, se deja establecido el fundamento de las formulaciones contenidas en la Instrucción No. 215, de 12 de abril de 2012, dictada por el CGTSP, en el ejercicio de su facultad constitucional, dirigida a garantizar la interpretación y aplicación uniforme de la ley, erigida sobre los pilares que, a continuación, se relacionan:

a) La acreditación de la razón del deber y las gestiones previas

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.¹⁴

b) Unidad del proceso ejecutivo

CUARTO: En los supuestos previstos en los apartados 2, 3 y 5 del Artículo 486 de la LPCALE, 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.¹⁵

c) Suma concentración, oralidad e intermediación

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 la LPCALE. Al verificar la citación al demandado, con entrega de copia de la demanda, se le aperibirá 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.¹⁶

13 “Las fuentes formales del Derecho procesal civil”, en Juan Mendoza Díaz (coord.), *Leciones de Derecho procesal civil*, pp. 16-17.

14 Instrucción No. 215, de 13 de abril de 2012, apartado primero.

15 *Ibid.*, apartado cuarto.

16 *Ibid.*, apartado séptimo.

La labor integradora del CGTSP resulta un imperativo impostergable, mientras se aguarda por una reforma procesal general, de la que, a su vez, proactivamente, va marcando sus derroteros.

La economía de mercado, en la que forzosamente se inserta toda la economía mundial, con mayor o menor preponderancia, precisa de fórmulas jurisdiccionales que acentúen la seguridad jurídica, doten al acreedor de mecanismos que garanticen, de diferente manera, la defensa del crédito en dicho contexto, atendiendo al modo de su documentación, y estimulen, cada vez más, su utilización en el tráfico mercantil.

De tal suerte, la nueva percepción del proceso ejecutivo, partiendo de su concepción originaria, de los principios que lo informan y de las derivaciones actuales del proceso civil en general, racionaliza la actuación judicial general y garantiza la efectiva materialización de su

cometido, que tiene, como corolario, la máxima realización de la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Casasús, Juan J. E.: *Ley de enjuiciamiento civil*, t. 2, Cultural S.A., La Habana, 1937.
- Colectivo de autores: *Reformas procesales en América Latina*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, 1993.
- Garberí Llobregat, José: *Ley de enjuiciamiento civil y legislación complementaria*, Ariel S.A., Barcelona, 2000.
- Grillo Longoria, Rafael: *Derecho procesal civil II. El proceso de conocimiento y el proceso ejecutivo*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Mendoza Díaz, Juan (coord.): *Lecciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- Pérez Lobo, Rafael y Jesús Pérez Bustamante: *Formularios civiles*, t. 2, Cultural S.A., La Habana, 1947.

EL ESTADO DE INSOLVENCIA DE LAS ENTIDADES ESTATALES

M.Sc. Ibrahím Elizalde Almeida,
juez profesional, Sala de lo CALE, TPP de Sancti Spíritus

Esp. María de los Á. Venegas Pentón,
asesora jurídica de la sucursal CIMEX, Sancti Spíritus

LA Resolución sobre los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobada por el VI Congreso del PCC recomienda a la Asamblea Nacional del Poder Popular, al gobierno y a los organismos correspondientes, que elaboren y aprueben, según el caso, las normas jurídicas necesarias para crear la base legal e institucional que respalde las modificaciones funcionales, estructurales y económicas que se adopten.

El Lineamiento No. 17 dispone que “Las empresas estatales o cooperativas que muestren sostenidamente en sus balances financieros pérdidas, capital de trabajo insuficiente, que no puedan honrar con sus activos las obligaciones contraídas o que obtengan resultados negativos en sus auditorías financieras, serán sometidas a un proceso de liquidación o se podrían transformar en otras formas de gestión no estatal, cumpliendo con lo que se establezca al respecto” y los números 07, 14 y 18 propenden a “...la eficiencia empresarial, la no intervención en las finanzas internas de las misma y la eliminación de los subsidios por pérdidas...”.

La obsolescencia de nuestras legislaciones con respecto a la temática obliga a comenzar a trabajar en la implementación de lo dispuesto, como parte de la actualización del modelo económico cubano.

Tomando en cuenta lo anterior, abordamos aspectos relacionados con la insolvencia y la situación que presenta nuestro país en este sentido y, además, proponemos 16 bases para una futura ley sobre el tema.

En el caso de Cuba, su estudio reviste gran importancia para todos los operadores jurídicos, dado el número de personas que afecta y su vinculación con diferentes ramas del Derecho que, en sus regulaciones, abordan elementos de las situaciones de iliquidez, y en la práctica no cuentan con un soporte adecuado para su aplicación.

La actuación, en nuestra práctica económica, de diferentes tipos de sujetos creados al amparo de la legislación nacional, y el hecho de que muchas de ellas, en determinadas circunstancias, pueden entrar en un estado de iliquidez, hace necesario que se cuente con los procedimientos adecuados que permitan sanear la posición económica de estas cuando

sea posible, o poder perseguir con herramientas adecuadas a las que tratan de eludir sus obligaciones y responsabilidades adquiridas frente a los trabajadores y al Estado.

Diversas razones fundamentan la necesidad de la existencia de normas jurídicas suficientes y coherentes que regulen el tratamiento que se debe seguir en tales situaciones y en las cuales se determinen las consecuencias que, desde el punto de vista jurídico, tendría para estos actores la declaración de una situación de crisis, la precisión de los órganos y el procedimiento para declararlos, además de las consecuencias que lleva implícitas para el deudor, las administraciones, los trabajadores y todos los involucrados.

Toda actividad económica que se realiza en la esfera del comercio, lleva aparejados riesgos inherentes a su desempeño. Siempre debe, y puede concebirse, la posibilidad de pérdidas.

Cualquier gestión empresarial, en determinada circunstancia, puede encontrarse temporal o definitivamente privada de cubrir los gastos con los ingresos provenientes de su ejercicio e, incluso, con su patrimonio.

Surge, entonces, el concepto de "crisis de la empresa". Se considera como tal la situación que pone en peligro la continuación del ejercicio de la actividad o la existencia de las organizaciones por causas ajenas a la voluntad del empresario.¹ Esta

situación puede originar un conflicto de intereses entre grupos variados de personas. Está por un lado el interés del empresario, titular de la explotación, quien asume el riesgo de la crisis de la empresa y se encuentra obligado a desembolsar el valor del patrimonio para satisfacer los intereses crediticios, cargando por consiguiente con las pérdidas.

Por otro lado, se encuentra el conjunto de acreedores con créditos pendientes frente al deudor, interesados en satisfacer sus beneficios.

Un tercer grupo de involucrados lo constituyen los trabajadores de la empresa en crisis, afectados en la obtención de sus ingresos y en la estabilidad de sus puestos de trabajo, la administración y por consiguiente, el Estado, como generador de servicios públicos que pueden entrar en conflicto con la entidad o actividad en crisis. Por último, los agentes económicos que operan en el país, considerados en su conjunto, sobre todo cuando se trata de grandes empresas capaces de influir en la macroeconomía, y que pueden afectar los intereses de clientes o consumidores de bienes y servicios de las empresas en crisis, y cuya disolución lesiona sus intereses, de manera especial cuando no hay bienes o servicios sustitutivos de los que producía la empresa.

Estas situaciones han dado lugar al surgimiento, a lo largo de la historia, de una serie de procedimientos

1 Javier Ibáñez Jiménez: "Cuestiones generales sobre insolvencia de la empresa", en *Crisis de la Empresa: Insolvencia, suspensión, quiebra y otras soluciones concursales. Cien preguntas claves y sus respuestas*, p. 11.

que, teniendo sus inicios en la antigüedad, han adquirido en el presente diversos desarrollos, dada la existencia en el comercio de gran cantidad de actores económicos con disímiles características, pero siempre evolucionando en función de hallar una alternativa a la situación concursal,² transitando en su inicio por la liquidación del patrimonio del deudor, hasta las posiciones más modernas en que, dados los intereses en juego, no se plantea la eliminación del afectado de la vida del comercio, sino su recuperación y reinserción en el tráfico mercantil.

Lo cierto es que la crisis de las empresas lleva consigo buscar la alternativa para resolver la situación, a partir de dos posibles soluciones:

1. Continuación de la empresa: Posible cuando la situación de crisis es reversible y pretende evitar la desaparición de la empresa y el reparto de su patrimonio.
2. Liquidación de la empresa: Presupone una insolvencia irreversible que hace imposible su continuidad.

La insolvencia es una declaración que se hace cuando ya no existe forma alguna de poder pagar las deudas. Dicha situación ha sido denominada también en la evolución del Derecho como “quiebra”, aunque existen autores que establecen distinciones entre ambas y, por supuesto, con la suspensión de pagos.

COMPORTAMIENTO LEGAL DE LA INSOLVENCIA EN CUBA

El Código de comercio vigente en nuestro país entró en vigor por el Real Decreto del 28 de enero de 1886 y tuvo aplicación desde el primero de mayo de ese mismo año. En él se regularon las instituciones de la quiebra con igual corte liquidatorio que el de la legislación española. Se plasmaron los aspectos sustantivos de la institución, es decir, sujetos, órganos, tipos y efectos, y por ser nuestra legislación heredera de la dictada en la antigua metrópoli, llevaba la impronta de sus propias características.

Los aspectos procedimentales fueron argumentados en la Ley de enjuiciamiento civil, puesta en vigor en nuestro país el 1.º de enero de 1886, que no establecía disposiciones adjetivas relevantes en relación con el Código de comercio de 1829 que rigió en España, que recogía disposiciones tanto sustantivas como adjetivas, y que fue sustituido por el de 1886, que solo contenía, respecto a ello, disposiciones de orden material.

En este sentido se plantea que el último Código, el de 1886, no argumentó cláusula derogatoria específica en relación con el de 1829, sino solo modificaciones en su articulado, por lo que debe entenderse que, en el orden procesal, durante la vigencia de la Ley de enjuiciamiento

2 En el Derecho internacional se conoce como el juicio universal que se establece para liquidar el patrimonio de un deudor que suspende el pago de sus deudas vencidas, líquidas y exigibles.

civil, eran de aplicación no solo las disposiciones de esta, sino también, aquellas del Código de comercio de 1829 que no fueron expresamente derogados.

En este sentido, y teniendo en cuenta esta fundamentación, tres son los cuerpos jurídicos que hasta la derogación de la Ley de enjuiciamiento civil, estuvieron vigentes en nuestro país, y que regulaban la institución:

- El Código de comercio de 1829, en lo que no fue modificado.
- El Código de comercio de 1886.
- La Ley de enjuiciamiento civil de 1886.

La Ley de 24 de junio de 1911 modificó los artículos 870, 871, 872 y 873 del Código de comercio de 1886, introduciendo la suspensión de pagos como estado preliminar anterior a la quiebra, pues esta, con anterioridad, era considerada una especie de quiebra forzosa.

En la actualidad, se encuentran vigentes los dos primeros cuerpos jurídicos antes citados, por no haber sido expresamente derogados.

Con el triunfo revolucionario de 1959, muchas de las instituciones reguladas en el Código de comercio quedaron en desuso. No obstante, ningún cuerpo jurídico se pronunció por su derogación oficial.

La Ley de enjuiciamiento civil quedó derogada por la Ley No. 1261, de 21 de enero de 1974,³ la que a su vez lo fue por la actual Ley No. 7, “De procedimiento civil, administrativo, laboral y económico”, las que

no dispusieron pronunciamientos sobre el procedimiento de insolvencia, cuestión que hizo envejecer más al Código de comercio, no solo por obsolescencia de algunos artículos, sino también por falta de aplicabilidad y por la carencia de un procedimiento que viabilizara su desarrollo práctico.

En el año 1979 se dictó el Decreto Ley No. 24, que declaró inaplicable a la actividad de la empresa estatal las instituciones reguladas en el Código de comercio y la legislación civil, por lo que permaneció en desuso una vez más, el citado Código.

Si bien la aplicación de la legislación civil en el actuar empresarial fue reivindicada por la Ley No. 59 de 1987, Código civil, que en su Disposición final primera estableció el carácter supletorio de esta ley con respecto a otras legislaciones especiales, el Código de comercio en la actividad empresarial estatal permaneció sin posibilidades de aplicación por falta de rescate legislativo, debido a las transformaciones operadas en la legislación y el envejecimiento de algunas de sus normas. Solo determinadas instituciones específicas, necesarias para operar en el espacio de las transformaciones económicas actuales han recobrado vigencia, en muchos casos por disposiciones gubernamentales.

El Código civil de 1987, al establecer las formas de propiedad en el capítulo II del título II libro segundo, reconoce como propiedad esta-

3 Ley de procedimiento civil y administrativo.

tal socialista los centrales, bancos, fábricas, empresas e instalaciones económicas. Su Artículo 139 señala que los bienes estatales asignados a las empresas y otras entidades se encuentran bajo la administración de estas, las que dentro de las limitaciones establecidas en la ley, en consonancia con sus fines y las tareas de la planificación, ejercen el derecho de posesión y disposición de dichos bienes.

Las entidades y empresas estatales, por mandato constitucional, solo responden con sus medios financieros, lo que lleva a pensar que en caso de regulación de los procedimientos de insolvencia, para ponerlos a tono con esta realidad, conllevaría a establecer procedimientos que permitieran el saneamiento de estas entidades a los efectos de que puedan restablecer, en caso de crisis, sus medios para el cumplimiento de sus obligaciones frente a terceros; empero, el Código no establece regulación alguna sobre el tratamiento a las posibles situaciones de insolvencia de ninguna de estas entidades.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial, las regulaciones existentes están referidas a la responsabilidad civil por actos ilícitos, aspectos estos que consideran casos muy específicos de responsabilidad, de escasa aplicación a los que nos ocupan, quizás solo valorables en algunas situaciones de quiebra punible.

De manera que, en la actualidad, los cuerpos jurídicos vigentes en nuestro país para el tratamiento del estado de insolvencia de las entidades que realizan actividades de

comercio son el Código de Comercio de 1885, extensivo a Cuba en 1886, y el de 1829, en lo que no fue modificado por el primero, y que regulan como soluciones para ello los procedimientos tradicionales de quiebra y suspensión de pagos. A este efecto, pueden ser de aplicación las pocas regulaciones de carácter procesal contenidas en el Código de 1829, que no fueron derogadas ni por la entrada en vigor del de 1885 ni por la Ley de enjuiciamiento civil de 1886.

En cuanto a las categorías de orden sustantivo, se encuentran vigentes las contenidas en ambos códigos, al no haber sido derogados expresamente por legislación posterior alguna, aunque en la práctica se encuentren en desuso.

Las normas procedimentales específicas, excepto las muy pocas comprendidas en el Código de 1829, son inexistentes, pues el cuerpo legal que las contenía en detalles, es decir, la Ley de enjuiciamiento civil, fue derogada por ulteriores legislaciones, sin que estas dispusieran regulación alguna en sustitución de la ley anterior, acerca de la forma, órganos encargados de declarar y tramitar las situaciones que abordamos y los demás aspectos que constituyen sus requisitos procesales.

De este modo, y aunque en desuso, están vigentes los preceptos de carácter sustantivo que expresan el contenido y definen a las instituciones estudiadas, empero estas carecen de la forma, el procedimiento, que les permita cobrar vida en la práctica, por lo que en nuestra realidad, son de imposible aplicación.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Como se ha expresado, en la realidad jurídica cubana han surgido cuerpos legales que ya se dirigen a esbozar y sistematizar la institución de la quiebra.

Por una parte, el Decreto Ley No. 177, Sobre el reordenamiento del seguro y sus entidades, plantea la posibilidad de la declaración de quiebra de las entidades aseguradoras.⁴

Por otro lado, el Decreto Ley No. 175, de 1997, modificativo del Código penal, en el capítulo IX, del título XIII, del libro II, adiciona una sección cuarta, que en su Artículo 337.1 incorpora en nuestra legislación el tratamiento jurídico penal a casos denominados de insolvencia punible, los que se tipifican en tres formas diferentes, a saber:

- a) El deudor que para sustraerse al pago de sus obligaciones, se alce con sus bienes, los oculte, simule enajenaciones o créditos, se traslade al extranjero o se oculte sin dejar representante legal o bienes en cantidades suficientes para responder al pago de sus deudas o realice cualquier otro acto de disposición patrimonial en defraudación de los derechos de sus acreedores.
- b) El que sea declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos, cuando la insolvencia sea causa-

da o agravada intencionalmente por el deudor o por persona que actúe a su nombre.

- c) El que en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos, presente datos falsos relativos al estado financiero, con el fin de lograr la declaración de aquellos”.

Se tipifican así tres casos de los considerados en la legislación mercantil como quiebra fraudulenta.

En el año 1996, como otro de los cuerpos que esbozan esta problemática, se promulgó la Resolución No. 238, del MICONS, “Sobre el registro de constructores y contratistas”, que exige a los que van a inscribirse en este el acreditar su solvencia económica.

Es menester señalar que el Decreto Ley No. 192 de 1999, del Sistema financiero cubano, establece dentro de las garantías de los créditos tributarios el orden de prioridad que estos tienen para su cobro frente a la masa, ante la declaración de quiebra.

Para el “sector cooperativo”, hay que tener en cuenta que en nuestro régimen de propiedad se reconocen las Cooperativas de Producción Agropecuaria (CPA), las Cooperativas de Créditos y Servicios (CCS), y las Unidades Básicas de Producción Cooperativa (UBPC) que, por el papel que desempeñan en la economía y en el cumplimiento de sus planes, son reconocidos como sujetos de la contratación y desarro-

4 No obstante ello, no se define la forma o procedimiento en que pudiera decretarse esta situación.

llan actividades mercantiles con los demás sujetos, por lo que necesitan en este ámbito una determinada protección y regulaciones particulares para resolver sus estados de insolvencia. Es válido hacer alusión a que, en el año 2002 fue promulgada la Ley No. 95, "Sobre las cooperativas de producción agropecuaria y las cooperativas de créditos y servicios", que en su Artículo 80 establece como causa excepcional para iniciar el proceso de disolución en una CPA, a instancias de la ANAP a propuesta u oído el parecer del MINAG o del MINAZ, según corresponda, la quiebra económica.⁵

Los tipos de quiebra, en general, que pudieran ajustarse de la práctica internacional, fundamentalmente a nuestros antecedentes son: *Quiebra fortuita, culpable y fraudulenta*, amén de las variaciones que pudieran sufrir, en el caso de nuestra economía la determinación de las causas y las consecuencias para los gestores de la actividad. Al adoptar en principio este criterio clasificador, tenemos en cuenta que las variables de la determinación de uno u otro pueden sufrir cambios en nuestro caso, dadas las características de nuestra actividad empresarial, por una parte, y por otra, la proscripción en nuestra sociedad de conductas que inciden en la actividad de la economía del comerciante, y que están conceptualizadas en el vigente Código, como la circunstancia de la dilapidación de caudales en el juego, por citar un

ejemplo, aunque sí pudiera considerarse en los casos en que participe capital extranjero.

El elemento que junto al procedimiento puede configurarse el más crítico, por estar por demás insertado en él, es el de los órganos de la quiebra. Al no existir regulación procesal que viabilice la materialización de los presupuestos de insolvencia, no existe determinación acerca de los órganos intervinientes en este procedimiento, como bien pudieran ser los órganos jurisdiccionales, de gestión, de vigilancia o inspección, sean estos estatales o no, y los presupuestos de actuación de los órganos deliberantes, entendidas como tales las juntas generales de acreedores.

La necesidad de mantener una rigurosa exigencia en las actuales condiciones, en el logro y la elevación de la eficiencia económica de las entidades que responden a intereses del Estado, ha conllevado a los órganos de gobierno a precisar las consecuencias que en el orden económico y jurídico tendrán los estados de insolvencia de estas entidades.

Las reformas económicas operadas en Cuba conectaron con la necesidad de la búsqueda de nuevas formulaciones legales en materia de contratación económica, a los efectos de elevar la autonomía y responsabilidad de las entidades, y de nuevos mecanismos procedimentales para lograr la eficacia de estas

5 Existe esbozada, en esta legislación, la posibilidad de una declaración de quiebra en estos tipos de entidades. Lo que no existe es el procedimiento para llevarlo a cabo.

instituciones. Se valora así un nuevo modelo de contratación económica y comercial que ponga a nuestro país en conexión con la práctica internacional, abordando las instituciones que mundialmente son comunes en esta actividad y que al mismo tiempo garanticen la necesaria operatividad e independencia de las entidades. Sería prudente que se analizara la posibilidad de comprender, en la legislación adjetiva, el conocimiento de los procesos de insolvencia por los tribunales de lo económico, respecto a entidades estatales cubanas con dificultades económicas, sin entrar a considerar otros tipos de entidades surgidas al amparo del ordenamiento jurídico cubano.

Lo cierto es que ante la posibilidad de regulación de un procedimiento de insolvencia en nuestro país, como procedimiento especial, es necesario tener en cuenta que, en nuestra Constitución están regulados diversos tipos de propiedad, por lo que un procedimiento semejante deberá tener presente los mecanismos de protección de la propiedad estatal y cooperativa, y la intervención que pudiera tener el Estado en estos procesos, cuando se trate de entidades que representan estos tipos de propiedades.

Por otro lado, nuestro sistema empresarial está inmerso en un profundo proceso de perfeccionamiento, que deberá llevar a que las empresas adquieran la máxima autonomía, pero esto no implica que, una vez logradas esas etapas, desaparezca la posibilidad de crisis y

que una entidad, una vez perfeccionada, por determinadas circunstancias pudiera encontrarse con una situación de insolvencia, y no existen regulaciones al respecto para darle soluciones a esta situación.

Desde 1998, el país se ha enfrascado en una lucha por elevar la eficiencia económica de nuestro sistema y, a tales efectos, en agosto de ese año se promulgó el Decreto Ley No. 187, “Bases generales del perfeccionamiento empresarial”, que establece las vías y procedimientos para lograr este empeño. Posteriormente fue emitido el Decreto Ley No. 252 “Sobre la continuidad y el fortalecimiento del sistema de dirección y gestión empresarial cubano”, de 7 de agosto de 2007, complementado mediante el Decreto No. 281 “Reglamento para la implantación y consolidación del sistema de dirección y gestión empresarial estatal”, de 16 de agosto de 2007. Ante estas normativas nos preguntamos: ¿qué suerte correrán estas entidades cuando una vez perfeccionadas entren en situaciones de dificultades de solvencia económica o de crisis?, ¿qué procedimientos emplear para prevenirlas o solucionarlas una vez establecidas?

Una legislación coherente en esta materia es necesaria para uniformar el tratamiento en los diferentes casos a las crisis de las empresas estatales, con procedimientos que pueden ir desde su reflotamiento por diferentes métodos financieros, normativos, administrativos, transformación en otras formas de gestión, etc., hasta su liquidación, en

caso de que no sea posible revertir la situación y el Estado no tenga interés en ello por la poca importancia de la entidad en crisis.

Esto conllevaría también a una toma de conciencia, aun mayor, de las administraciones en la dirección de las entidades, al logro de una mayor disciplina económica, exigiendo responsabilidad conforme establecen los procedimientos de este tipo a las personas que por negligencia originan la falta de solvencia de sus organizaciones, y obliga a contar con el obrero y ponerlo en el eje de las decisiones trascendentales de la actividad de su centro laboral y a hacerlo más responsable de su participación por las consecuencias que para este pueden desprenderse de la ineficiencia de su colectivo, y a la consecución de una mayor independencia operativa de las entidades.

Consideramos que la definición sobre la base de su desarrollo histórico no debe sufrir, en una futura concepción, variaciones en el orden de su formulación. Se trata de una realidad económica que origina una consecuencia jurídica, cuya declaración debe estar regulada por un procedimiento establecido al efecto. Ya analizábamos la inexistencia actual del procedimiento, aunque su conceptualización y posibles consecuencias en el orden sustantivo estén definidas en el Código de comercio.

También resulta primordial considerar todas y cada una de las consecuencias que implica la declaración de insolvencia, y que, claramente, no se trata solo de condo-

nar las deudas. Para esto, tanto en nuestra vida personal como empresarial, sería importante asegurarse constantemente de que vamos a ser capaces de cubrir nuestros pasivos exigibles con nuestros activos, económicamente analizando, para no caer en la insolvencia. De ese modo no existirían las deudas entre entidades.

Es importante acotar que las instituciones financieras, en su función de intermediarios financieros entre las entidades y el Estado, necesitan también contar con una legislación reguladora de la insolvencia (quiebra), toda vez que los bancos otorgan créditos a las entidades, los cuales necesitan ser recuperados en su totalidad y, de no ser posible, en el supuesto de que existiera una norma reguladora al respecto, se podría solicitar su ejecución ante los tribunales competentes.

Con la propuesta se procura asegurar la mayor protección posible a los acreedores, ser justos, legales, leales y equitativos conforme a las normas del Derecho internacional sobre la insolvencia. Corresponde, en este caso, a nosotros, los juristas, la profundización en el estudio y búsqueda incansable de cuantas alternativas jurídicas existan o puedan existir, para el logro de una mayor divulgación de las ventajas de regular la insolvencia.

Las bases que se pretenden elaborar tienen la finalidad, de que, por el órgano o nivel que corresponda, se instituya un procedimiento que contenga regulaciones organizativas y funcionales que brinden so-

lución a la problemática de la insolvencia en Cuba.

Para la consecución trazada, deberán tomarse en cuenta las siguientes bases, con énfasis en el hecho de que existe la real posibilidad de que se puedan incluir otros de igual e incluso superior importancia a los que se enuncian:

1. Definiciones de las terminologías relacionadas con la insolvencia, la quiebra y la suspensión de pagos, siendo de utilidad la valoración de los criterios diferenciadores entre estas tres figuras.
2. Deslindar el campo de aplicación de dicha norma a las entidades estatales que poseen personalidad jurídica y patrimonio propio, tales como: empresas estatales u organizaciones superiores de dirección empresarial —dígase uniones, asociaciones, grupos, etc.—, excluyendo las unidades básicas.
3. Precisar el nivel de facultad del Estado, a través del organismo al cual pertenezca la entidad con problemas financieros, para intervenir, si así lo estima, y asumir las obligaciones de esta, respondiendo ante los acreedores en el lugar y grado de la entidad deudora.
4. Limitar el régimen de responsabilidad de sus obligaciones a sus recursos financieros, incluyendo las cuentas por cobrar.
5. Establecer el órgano jurisdiccional que conocerá y resolverá el proceso de insolvencia, que lo debe ser la materia económica de los tribunales populares.
6. Definir el tratamiento legal para la entidad que, poseyendo cuentas

por cobrar suficientes para cubrir todas sus deudas o pasivos, prevea la imposibilidad de cumplir en las fechas de sus respectivos vencimientos.

7. Delimitar quiénes pueden solicitar la suspensión de pagos, la que podría tener lugar a través de la propia entidad (deudor) o de sus acreedores hasta el número de diez.
8. Concretar los documentos que se deben presentar para tramitar la solicitud de suspensión de pagos, tomando en cuenta quién lo solicita.
9. Partiendo de la relación existente entre el activo y el pasivo, el tribunal dispondrá la naturaleza del estado de insolvencia, transitoria o definitiva.
10. En los casos de insolvencia transitoria, precisar los quorums requeridos para la propuesta de convenio e impedir que otros acreedores puedan ejercer acción judicial contra el suspenso y considerar nulo cualquier acuerdo bilateral entre deudor y acreedores.
11. Determinar los efectos que provocará la declaración de suspensión de pagos o insolvencia para las partes, y demás factores vinculados con la decisión.
12. Precisar el tribunal competente para conocer sobre los procesos de suspensión de pagos o quiebra, que lo será el del domicilio legal del deudor.
13. Reglamentar la manera en que se conformará la Comisión liquidadora, y sus funciones y facultades.

14. La Comisión liquidadora que se cree deberá estar integrada por personal capacitado del Ministerio de Finanzas y Precios, el Ministerio de Economía y Planificación, y del Banco Central de Cuba.
 15. Disponer la manera en que quedará disuelta la entidad, y la cancelación de esta en los registros correspondientes y cuentas bancarias.
 16. Determinar las normas que regirán con carácter supletorio.
- Curso de legislación mercantil*, Manual LEX no. 22, Editorial LEX.
- Dávalos Mejía, Carlos F.: *Quiebra y suspensión de pagos*, 2.^a ed., t. III, México, 2000.
- Fernández Dávalos, R.: *Las empresas mixtas*, La Habana, 1992.
- Ibáñez Jiménez, Javier: *Insolvencia y crisis de empresa. Cien preguntas claves*, Editorial Dykinson, S.L., 1957.
- _____ : *Crisis de la empresa: insolvencia, suspensión, quiebra y otras soluciones concursales*, Madrid, 1997.
- Pérez Álvarez, Cristina: "Consideraciones acerca del régimen legal de la disolución de las sociedades anónimas en Cuba", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 14, julio-diciembre de 1999.

BIBLIOGRAFÍA

- Barrero Buitrago, Álvaro: *Manual de procedimientos concursales*, Ediciones Librería del Profesional, Colombia, 1997.
- Broceta Pont, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil*, 8.^a ed., Editorial Tecnos, 1990.
- Colectivo de autores: *Economía cubana: del trauma a la recuperación*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1998.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional. Grupo de trabajo sobre el régimen de insolvencia, 22.^o período de sesiones, Viena, 6-17 de diciembre de 1999; y 33.^o período de sesiones, Nueva York, 12 de junio al 7 de julio de 2000.
- Revista Actualidades BANDEC*, volumen 3/00.
- Revista Actualidades BANDEC*, volumen 7/03.
- Sánchez de Bustamante, Antonio: *Derecho internacional privado*, Habana Cultural S.A., 3.^a ed., La Habana, 1943.
- Uría, R.: *Derecho mercantil*, 24.^a ed., Madrid, 1997.
- Vega Vega, J.: *Comentarios a la legislación cubana sobre asociaciones económicas con empresarios extranjeros*, La Habana, 1997.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA DETERMINACIÓN DE GUARDA Y CUIDADO

Lic. Astriz Ramírez Núñez,
jueza profesional, TMP de Santiago de Cuba

LAS grandes transformaciones que en los últimos años se han suscitado en el derecho familiar cubano han tenido su incidencia en la práctica judicial, sin requerir la modificación legislativa de las normas imperantes. Entre estas, resaltan con preponderancia los asuntos vinculados al Derecho de familia en los que se hallan involucrados menores de edad. El proceso de determinación de guarda y cuidado, por su alcance, se erige como unos de los que más tributa a la radicación de las secciones de familia de los tribunales municipales populares. La alta responsabilidad que les viene atribuida a los órganos de la administración de justicia en tales cuestiones recaba de la sistematización de los criterios teóricos y prácticos que permitan dotar al tribunal de los elementos suficientes para adoptar decisiones certeras, que logren su materialización plena en consonancia con lo decidido.

El tema del régimen cautelar es uno de los más complejos en la teoría del Derecho procesal. La complejidad viene dada, entre otros aspectos, por su ubicación en este ámbito. La doctrina casi nunca se muestra pacífica respecto a definiciones; la polémica, en el presente caso, gira

en torno a si estamos en presencia de una fase, de un procedimiento o de un proceso autónomo.

Las medidas cautelares están preordenadas a evitar los efectos perniciosos que pueda producir, en los procesos judiciales, su casi inevitable lentitud. Sirven para que el juez, en cada caso concreto, utilice los medios que considere necesarios para que el objeto de la pretensión sea factible; esto es, que la sentencia, que reconoce el derecho, sea ejecutable. Es el llamado *periculum in mora*, que constituye el fundamento más claro de las medidas cautelares.

ACERCAMIENTO A UNA DEFINICIÓN

La función de las medidas cautelares va más allá del aseguramiento de la ejecución de la sentencia y comprende, consecuentemente, la efectividad de esta. Ello implica que debe garantizarse una amplia tutela, otorgando amplios poderes, a las partes y al tribunal, que se traduzcan en la flexibilidad para adoptar medidas conducentes a evitar la lesión o daño del derecho y, por el método de la no taxatividad, una gran libertad para seleccionar la cautela

más apropiada a las circunstancias, incluyendo las medidas, denominadas anticipativas.

Con las medidas cautelares, se pretende evitar los peligros inherentes a la duración del proceso judicial y sus irregularidades (legislativa y de su actuación) y con ello garantizar, incluso *a priori*, antes de la interposición de la demanda, la efectividad futura del derecho que se afirma en aquella, previniendo la frustración del resultado de dicho proceso.

Es un principio generalmente aceptado, incluso elevado a rango constitucional, pues el derecho a una tutela judicial efectiva comporta el derecho a la tutela cautelar. Las dilaciones del proceso, a veces indebidas, pueden atentar contra la realidad de la tutela que se solicita y se obtiene de los órganos de justicia.

Es precisamente la imposibilidad de la declaración instantánea de un derecho reclamado, mediante sentencia, la necesidad de que esta solo puede ser el resultado de la actuación de un proceso jurisdiccional, la causa última de los riesgos de ineffectividad, de donde se deduce el fundamento, común a todo el régimen de las medidas cautelares y su finalidad.

En la actualidad, cuando la resolución rápida de los conflictos es un imperativo, dada la naturaleza de los

intereses en juego, se acentúa con creces la polémica de las medidas cautelares. La tendencia doctrinal de dotarlas de un mayor contenido que rebase el mero aseguramiento como función tradicionalmente admitida de estas, para referirse a la anticipación de la ejecución, vuelve con una gran intensidad y preocupación.

Las medidas cautelares se enmarcan entre las tutelas judiciales urgentes, de conjunto con las resoluciones anticipatorias¹ y las medidas autosatisfactivas;² tienen como rasgo típico que estriban en el predominio de la celeridad, con una consecuente reducción de la cognición y la postergación del contradictorio para responder con urgencia a la tutela jurisdiccional y hacerla más eficaz.

Estas no constituyen un fin en sí mismas, no tienen vida propia, contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia, tienen una naturaleza coactiva, y son procedimientos incidentales, pues garantizan el cumplimiento de lo que es una pretensión principal.

En el horizonte teórico del régimen cautelar, uno de los elementos de mayor trascendencia, unido al de los presupuestos, es el de sus características, pues facilitan su identificación en los ordenamientos

- 1 Tutela anticipada: Permite al juzgador reconocer materialmente la totalidad o parte de la pretensión del actor, encuentra en el demandado una conducta procesal expresada en un manifiesto propósito dilatorio o en abuso del derecho de defensa.
- 2 Medida autosatisfactiva: Requerimiento jurisdiccional urgente, fundamentado en la verosimilitud calificada, es decir, signada por una fuerte probabilidad de su atendibilidad del derecho material alegado, que se agota con su despacho favorable, el cual satisface las necesidades del requirente, a quien no le es menester promover concomitantemente, o con posterioridad, otra acción para conservar los efectos prácticos obtenidos.

procesales, y auxilian al juez en el proceso de su adopción.

Estas características que la identifican, y la diferencian de otras instituciones, son las que se relacionan a continuación:

- *Instrumentalidad*: Referida a la relación de subsidiariedad que existe entre la medida cautelar y la sentencia de mérito, pues la resolución precautoria facilita el logro de lo pretendido en el proceso principal. Es precisamente esta característica la que distingue a las medidas cautelares de otras instituciones procesales y, a su vez, la define, lo que se manifiesta en el hecho de que solo pueden solicitarse estando pendiente un proceso principal y, cuando se autorizan previamente a este, quedan vinculadas a su incoación en un término perentorio, decurso del cual sin verificarlo produce el efecto extintivo de la medida que se hubiera adoptado. Su extinción, lógicamente, 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, de la estimación de la demanda, al desplegarse los efectos propios de la sentencia dictada se produce su extinción, aunque no siempre automáticamente, y, en su caso, se convierte en medida ejecutiva.
- *Jurisdiccionalidad*: Solo puede ser dispuesta por un órgano investido de esta función estatal. Esta característica se refiere a la obligatoriedad de que las medidas cautelares sean dispuestas por un órgano jurisdiccional. En el campo

del proceso penal es donde esta característica adquiere relevancia, a fin de limitar que otros órganos puedan adoptar medidas cautelares. En el proceso civil, tales medidas son consustanciales al desempeño jurisdiccional, como una subfunción, por lo que esta característica no tiene mayor nivel de conflictividad.

- *Provisionalidad*: Relación de tipo cronológico entre la resolución por la que se adopta una medida cautelar y la definitiva. La provisionalidad de las medidas cautelares proviene de su función aseguradora ya indicada, lo que hace que tenga una virtualidad limitada en el tiempo. Sus efectos no se extienden más allá del que demore en obtenerse, en el proceso a que se vinculen, la sentencia firme. Entonces, se hace verdaderamente inútil el mantenimiento de estas, y se produce su extinción o modificación por una medida ejecutiva, resultante de los supuestos en que la pretensión sea desestimada, la sentencia principal sea cumplida, o se hayan realizado actos ejecutivos que excluyen la necesidad de las cautelares.
- *Mutabilidad*: Está asociada a la provisionalidad, o sea, que el tribunal disponga medida diferente a la solicitada o que, después de adoptada, sea modificada, atendiendo a que puede modificarse en todo momento y en cualquier dirección, ya sea para sustituirla por otra de las que existan en la ley o por una medida de tipo innominada; el juez puede mantener la medida y solo incrementar su ámbito de aplica-

ción, haciéndola más onerosa para quien la soporta, o incluso puede decretar el cese de la medida, generalmente a solicitud de quien la sufre, ya sea por haber desaparecido las condiciones que motivaron su adopción o por la prestación de una fianza liberadora.

- *Proporcionalidad* (homogeneidad): Idoneidad de la medida solicitada. Ha de existir correspondencia entre la pretensión deducida, o a deducir en demanda, y el objetivo de la medida cautelar. Esta característica se encuentra vinculada a la situación en torno a ciertas modalidades de tutela cautelar, en particular las de provisional satisfacción, tendentes a posibilitar una cautela de mayor agresividad respecto al sujeto pasivo, a partir de la innovación, lo que, previa y provisionalmente, satisface la pretensión deducida en el proceso, de forma total o parcial.

CLASIFICACIÓN

Entre los criterios de clasificación de las medidas cautelares que la doctrina ha formulado, resalta el emitido por el eminente procesalista cubano Juan Mendoza Díaz, profesor titular de Derecho procesal y miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, el que las estudia desde tres características fundamentales:

- I. Según la forma en que están legisladas, pueden clasificarse en:
 - a) *Nominadas, típicas o específicas*. Aquellas que aparecen descritas en la ley, identificadas con una denominación específica y definición de los presupuestos

para su adopción. (Ejemplo: el embargo de bienes.)

- b) *Innominadas, genéricas, indeterminadas o inespecíficas*. Las que carecen de una identificación expresa que las denomine y, por lo general, dejan en manos del juez la adopción de la modalidad coactiva que considere más conveniente a la situación de peligro, siempre que se den los presupuestos genéricos para la adopción. Se trata de la posibilidad de reconocerle al juez civil el poder general de ordenarlas, aunque no estén expresamente previstas en la ley. Las medidas indeterminadas posibilitan que la ausencia de una específica para un peligro concreto no implique una desprotección.

- II. Según sus efectos sobre la situación planteada, pueden clasificarse en:

- a) *Conservativas*. Las que tienden a mantener el estado de hechos existentes al momento de la formulación de la demanda. Lo que se trata es de evitar que el demandado introduzca algún cambio que pueda hacer ilusoria la sentencia. Son las que se proponen un prohibir o un imponer. El embargo también se considera una modalidad de este tipo de medida.

- b) *Innovativas*. Medidas que se proponen la transformación de un estado de hechos, ya que modifica la realidad existente. No persigue solamente asegurar una futura ejecución, sino la evitación de perjuicios hasta la resolución definitiva del asunto, pues, cuan-

do se ordena la realización de una prestación de este tipo para evitar un daño inminente, la medida va más allá del simple aseguramiento y produce el efecto de una satisfacción anticipada de la acción.³ (Ejemplo: la pensión provisional.)

III. Según lo que se trata de preservar, se clasifican en:

Medidas para asegurar bienes. Encaminadas sobre bienes del patrimonio del demandado.

Medidas dirigidas a personas. Dirigidas a la propia persona del demandado o los hijos, en casos de Derecho de familia. (Ejemplo: guarda y cuidado provisional.)

Los efectos de las medidas cautelares se vinculan, entonces, con estas características y la naturaleza jurídica de la tutela cautelar, y están determinados por el contenido mismo de cada medida cautelar.

PRESUPUESTOS QUE EXIGEN SU ADOPCIÓN

- Apariencia del buen derecho o *fumus boni iuris*: Apreciación temprana que realiza el juez sobre la base del derecho probable, pero aún no demostrado.

Se configura a partir de dos elementos: la situación jurídica cautelable y su *acreditamiento*. El primero está muy vinculado a la pretensión del proceso principal, pues, en dependencia de ella, de la situación jurídica a que se refie-

ra, corresponderá la medida concreta que exija y, por tanto, será el objeto de ella. Su determinación se produce a través de diversos modos, conforme al derecho positivo. La instrumentalidad será, entonces, la que determine la medida que debería adoptarse.

Quien interese la adopción de una medida cautelar necesita justificar el derecho que reclama. Importa tanto la delimitación de la situación jurídica cautelable como el grado de demostración de esta. Sin su *acreditamiento*, se posibilita la correspondiente absolució por el juez; con él, partirá el tribunal de la verosimilitud de la situación alegada y, por tanto, de la probable estimación de la pretensión principal.

- *Periculum in mora* (peligro por la demora y por la infructuosidad): No es el simple temor a un daño jurídico, sino un riesgo de daño irreparable, evitar peligro inminente.
- Caución o contracautela: Solicitud cautelar que implica una garantía ante daños y perjuicios que se puedan ocasionar al que ha de sufrir la medida por el hecho de la adopción de esta, si al final la sentencia no resulta favorable al actor. La contratutela es el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la solicitud no sea acogida.

Es regla general que quien interese la adopción de una medida cautelar deba, en caso de obtenerla, prestar una fianza, a fin de responder por los posibles daños y perjuicios que puedan causarse al

3 W. Kisch: *Elementos de Derecho procesal civil*, p. 381.

demandado; constituye, pues, una garantía patrimonial concreta y específica del sujeto pasivo, ante la medida cautelar de 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 y equivale, respecto a las medidas cautelares, al instituto de caución o garantía.

Las medidas cautelares pueden ser solicitadas a instancia de parte, o de oficio, y siempre decidirá el órgano jurisdiccional, mediante la resolución que corresponda; todo está en dependencia de la naturaleza del proceso que se promueva. La medida puede solicitarse antes de interponerse la demanda, en el momento de su interposición, o en cualquier momento posterior durante el proceso, dirigida a condicionar la prestación de fianza o caución. El monto se fija en relación con el efecto de la medida solicitada.

La actividad cautelar es, ante todo, una actividad jurisdiccional que cumple una función garantista del aseguramiento de la ejecución de la sentencia y de la efectividad de esta; se extiende, incluso, a la anticipación del fallo. Aun cuando no exista unanimidad de criterios, se acentúa la idea de la naturaleza procesal autónoma de dicha actividad cautelar por sobre el criterio del carácter incidental de esta, en el proceso declarativo, pues la tutela cautelar no identificada con la del proceso principal tiene un objeto propio y exige la aplicación de normas procesales específicas. Considero que deben verse

como un procedimiento, una forma de actuación garante de la eficacia procesal.

A modo de definición, las medidas cautelares han de considerarse como aquellos medios o instituciones que, directa o inmediatamente, pretenden conjurar el peligro que representa la propia existencia de un proceso declarativo para una futura ejecución o, mejor, el tiempo que el juicio declarativo tarda en sustanciarse.

EN LA NORMATIVA CUBANA

El 10 de enero de 1855, la promulgación de una real cédula (cuerpo legal que extendió a los tribunales de ultramar la organización española del ministerio fiscal) cohesionó y fortaleció el ejercicio de las funciones judiciales de los procedimientos correspondientes; de ahí que sea, definitivamente, en la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) donde se ubican los antecedentes de la legislación procesal civil cubana y, por ende, la temática sobre las medidas cautelares y su procedimiento.

La LEC reguló, como medidas cautelares, el embargo preventivo, el depósito judicial, el aseguramiento de bienes litigiosos y la cautela general de clausura. Todas ellas se sustentan en el principio de Derecho procesal y constitucional de que sentencia dictada, sea sentencia cumplida; es decir, la efectividad de esta como finalidad del vasto y complicado proceder judicial, partiendo de la presunción en favor del actor o solicitante de un resultado procesal

estimatorio y partiendo, también, de una probabilidad que haga suponer o desconfiar de la eficacia de la sentencia, que justifica la adopción de algunas de aquellas medidas, según corresponda.

Esta ley comprendió, como fórmula de cierre de la tutela cautelar, el Artículo 1426 (concordante con el 1428 de la ley procesal española vigente). En su momento, suscitó la duda, por el riesgo de abuso, dado el exceso que comportaba su ambigüedad e indeterminación (en su aplicación existen manifestaciones de ello). Dicha indeterminación supone, de algún modo, una amenaza para la utilidad práctica de las medidas del tipo aludidas, que comportan cierta singularidad.

La legislación procesal civil cubana discurrió, también, por las órdenes militares del gobierno interventor norteamericano, de 1898 a 1902 y otras disposiciones normativas dispersas: Ley de procedimiento civil y administrativo (Ley No. 1261 de 1974), y la vigente Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), Ley No. 7 de 1977 –modificada por el Decreto Ley No. 241, de 26 de septiembre de 2006– que, como su antecedente, la LEC, en vigor en Cuba a partir de 1886, no contiene una sistemática coherente, en relación con las medidas cautelares, sino referencias dispersas. Entre estas, podemos citar:

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 alimentaria provisional en las reclamaciones sobre alimentos.
- d) Medidas provisionales sobre guarda y cuidado de los hijos y pensión alimentaria 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) 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 Cuba, se aprecia la ruptura con su antecedente, la LEC. Así, se abandonaron medidas cautelares tales como el aseguramiento de bienes litigiosos y las del Artículo 1426 de la referida ley –1428 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 y elementos del procedimiento, como la contradicción.

La ley procesal civil cubana, al tratar sobre las facultades de los tribunales (Artículo 41), alude a la facultad para exigir caución, 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 sistematización 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 y cuantía, en atención a su naturaleza, y la forma y término en que tiene que prestarse esta, de modo que constituye un esquema general para cuantas modalidades de caución adopte el tribunal.

En la citada norma, se establece la regulación sobre los actos preparatorios en el proceso ordinario civil y se significa su distinción con las medidas cautelares con las cuales no se identifican, ni por su estructura, ni por su función. No obstante, es frecuente su utilización práctica como forma de cautela, lo que constituye una fórmula recurrente al efecto, respecto a las pretensiones referidas a obligaciones de hacer, no hacer o dar, en particular la diligencia de exhibición de la cosa mueble, a la que se le conoce comúnmente como exhibición y depósito de cosa mueble.

En su apariencia, la diligencia de actos preparatorios participa de al-

gunas de las características de las medidas cautelares (por ejemplo, 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 este; conjuran el riesgo de desaparición de bienes y, entre otros efectos, comportan caución, por el modo de su tramitación. La alusión expresa al depósito o secuestro, cual medida cautelar, lo es en clara referencia al embargo preventivo, y no 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; no constituyen una medida cautelar, incluso, cuando impliquen cierta cautela.

En el proceso sumario, en los casos de alimentos, se autoriza, como medida provisional o cautelar, la fijación de una pensión que deberá pagar el demandado, mientras se sustancie el proceso, la cual, en ningún caso, podrá exceder de los límites establecidos en el párrafo final del Artículo 463 de la LPCALE, exigible esta por la vía de apremio; y contra la resolución que la decreta, no se admitirá recurso alguno.⁴

Es una clásica medida provisional anticipativa que se produce en el desarrollo del proceso, de oficio, peculiaridad del proceso civil cubano, que no excluye el carácter cau-

4 2.º párrafo del Artículo 369 de la LPCALE.

telar 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), y no se franquea recurso alguno contra dicha decisión, que se ejecuta de inmediato, incluso, forzosamente, y queda sujeta a las resultas del proceso.

El proceso de divorcio también autoriza la adopción de medidas provisionales anticipativas, esta vez con carácter preceptivo y con audiencia de la parte demandada. El Artículo 385 de la precitada ley establece que el tribunal, con vistas al resultado de la comparecencia a la que se refiere el artículo precedente, resolverá mediante auto lo que corresponda sobre las medidas, ateniéndose a lo que los cónyuges hayan decidido, o decidiendo en otro caso lo que proceda. A diferencia de la pensión provisional, en el caso de los alimentos, esta decisión sí puede ser recurrida. Aquí, aunque las partes precisen en sus solicitudes regímenes abiertos sobre el objeto de aquellas medidas sobre guarda y cuidado de los hijos y pensión alimentaria de estos y del cónyuge con derecho a percibirla, el tribunal necesariamente tendrá que pronunciarse sobre el particular, guiándose, en última instancia, por lo que resulte más beneficioso para los menores.

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 apunté, y queda el

poder cautelar ceñido a lo que resulte más beneficioso para aquellos.

La ley prevé una cautela anticipada, atendiendo al destino de los bienes objeto de expropiación forzosa, y autoriza a poner estos en posesión del actor; 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, resulta impostergable en el orden de la satisfacción de necesidades sociales por la administración.

La declaración de rebeldía del demandado provoca que, a instancias de la parte contraria, se decrete la retención de sus bienes, en cuanto basten para asegurar lo que sea objeto del proceso. Resulta un modo peculiar de caución que depende obviamente del proceso principal, pero se extingue con la personería en autos del demandado; resulta nota significativa en la tramitación de dicha diligencia por la remisión que se hace al embargo, tal como establece el Artículo 440 de la ley ritualaria civil.

A pesar de sus imperfecciones, el embargo es la única de las medidas cautelares o de las formas de caución que tienen una regulación sistemática en el derecho positivo cubano. Se autoriza respecto a responsabilidades pecuniarias derivadas de un documento, siempre que el deudor se halle ausente, pretenda ausentarse o pueda presumirse

que tratará de hacer desaparecer u ocultar sus bienes; o sea, siempre que se acredite documentalmente la prueba, mediante una prueba semiplena o *prima facie*, o exista el riesgo de imposibilitarse la ejecución de la sentencia que se dicte respecto al asunto principal, por la concurrencia de las circunstancias establecidas por la ley, que incluye la presunción de la provocación artificial de un estado de insolvencia.

En el Artículo 463 de esta ley, se relacionan los bienes inembargables, que comprenden a los de propiedad estatal: vivienda permanente del deudor, instrumentos o medios de trabajo (incluidos los vehículos que ostenten tal carácter), pensiones alimentarias, tierras que se califiquen como vitales, área de autoabastecimiento del pequeño agricultor y demás bienes inherentes a ella (incluyendo aperos de labranza, animales y cría de estos), y 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 este, en los que la inembargabilidad alcanza solo la mitad del monto de dichos ingresos, a lo que se añade la inembargabilidad que precisa el Código civil cubano vigente, que preceptúa la responsabilidad patrimonial de las empresas estatales solo en el orden financiero, y excluye cualquier otro componente patrimonial.

La precaución en esta clase de medidas 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 puede producirla el embargado, una vez ejecutada la medida, en cualquier momento, formulando impugnación, que ha de sustentarse en la inexistencia de los presupuestos legales de la cautela, cuya sustanciación se verificará por la tramitación incidental, sin que se franquee recurso alguno contra lo resuelto mediante auto.

Si en el acto de ejecutarse el embargo, la persona –contra la que se decretó– paga, consigna o constituye 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, también, 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 halle el deudor, ya aducida como presupuesto general del embargo.

Siempre que se intente la acción ejecutiva respecto a los títulos de créditos que generan ejecución, se solicitarán al mismo tiempo, según el Artículo 492 de la LPCALE, las medidas cautelares o de aseguramiento que correspondan a su derecho; en definitiva, la cautela se concreta al embargo, pues al no existir más medidas cautelares que estén expresamente aludidas y las tutelas

específicas ya indicadas, ni regularse ninguna medida asegurativa, fuera del alcance de aquella, no es posible recurrir a ninguna otra, por lo que es ociosa, por su inutilidad, la formulación restante del precepto.

Las diligencias preventivas del proceso sucesorio constituyen una forma concreta de cautela. Con ellas, se impide la sustracción u ocultación de bienes, documentos, libros o efectos cuyo valor lo ameriten, 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, cuando se designa al 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 a este que rinda cuentas.

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

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

La entrada en vigor del Decreto Ley No. 241 en 2006, modificativo de la LPCALE, introduce, en la parte correspondiente al procedimiento económico, lo relativo al embargo y otras medidas cautelares, y se conforma un catálogo de medidas, que se reseñan en el Artículo 803, cuya aplicación se hace extensiva al proceso civil y se resumen en las siguientes:

1. Embargo preventivo de bienes. Inmovilización de un bien, imposibilidad de usar y un bien disponer de este. Tiene que solicitarlo el actor, de oficio. El tribunal que dispone la medida conocerá del proceso principal. Puede hacerse antes, con la demanda y durante el proceso, en un plazo de 30 días; se computa el plazo a partir del momento en que se realiza la diligencia en el proceso civil y, en el económico, a partir de que se presenta la solicitud.
2. Depósito y secuestro. Persiguen custodia de bienes. El bien puede quedar en manos del poseedor o del solicitante de la medida, con la obligación de preservarlo a resultas del proceso.
3. Anotación preventiva en registro público. Tiene carácter preventivo, no represivo, porque realmente solo informa a terceros sobre la pendencia de litis. No significa que no puedan realizarse acciones con el bien específico, sino que el encargado del registro debe dar a conocer el litigio existente.
4. Aseguramiento de medios probatorios. Especie de prueba anticipada para asegurar la efectividad del proceso.

5. Suspensión o abstención de actividad o conducta determinada. Resulta ser la inmovilización del *statu quo* de determinados bienes o situación jurídica, durante el desarrollo y culminación del proceso.

6. Cualquier otra medida orientada a garantizar la eficacia del proceso.

De igual modo, en dicha norma, se establece la forma de proceder para la imposición de las medidas cautelares. Su adopción procede cuando concurren circunstancias debidamente acreditadas que evidencien que ciertamente existe el riesgo de producirse un daño irreparable para la parte actora, de no adoptarse la medida. Cuando corresponda el aseguramiento de obligaciones de pago, debe presentarse, además, prueba documental, para que pueda inferirse la existencia cierta y actual de la deuda. Por parte del tribunal, se valoran los eventuales perjuicios que se pudieran derivar de la imposición de la medida para el demandado o un tercero.

Cuando el tribunal conoce de la solicitud de la medida cautelar, debe dar traslado de esta al demandado en tres días. Se cita a las partes a vista, para que sean oídas, y debe ser resuelto, sin más trámites, lo que en derecho proceda. Puede ser adoptada de forma directa, si el caso lo amerita, antes de la celebración de la vista; está sujeta a modificación, sustitución o revocación, en dependencia de las circunstancias que generaron su disposición.

El procedimiento deberá ser con contradicción, rápido y preferente

para lograr su propósito. Comprenderá, con gran amplitud, la tutela jurídica preventiva. Ha de aplicar el método de la no taxatividad, posibilitando la libertad de seleccionar la cautela más apropiada a las circunstancias y puede incluir la imposición de conminaciones, de efectos disuasivos del incumplimiento, estimulantes del cumplimiento voluntario de la decisión; obviará la ejecución forzosa y abarcará cualquier pronunciamiento judicial, sea una sentencia declarativa, constitutiva o de condena.

DETERMINACIÓN DE GUARDA Y CUIDADO Y RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN

La guarda y cuidado es uno de los deberes y facultades de los progenitores, que deriva de la titularidad de la patria potestad. Se entiende como el conjunto de funciones necesarias para el cuidado directo del niño. Su contenido comprende la convivencia con el hijo menor, diligencia en su cuidado y debida protección. De las consecuencias que, en relación con los hijos, se derivan de la ruptura de la convivencia de los progenitores, quizás sea esta la más trascendente e importante para la vida presente y futura de los menores.

Doctrinal y legislativamente, a la guarda y cuidado le han sido reconocidas varias modalidades: la unilateral, la compartida o alternativa, la conjunta, la que queda a cargo de tercero y, dentro de esta, la guarda a los abuelos.

De las citadas modalidades, en la norma familiar cubana vigente (Ley No. 1289, de 14 de febrero de 1975), se acepta la *guarda y cuidado unilateral*, que comporta esta responsabilidad a cargo de un progenitor u otro, sea por acuerdo o por decisión judicial.

Con respecto al acuerdo privado de los padres, se podrá adoptar cualquier variante de guarda, pero si este se adopta en el trámite de divorcio, solo será aprobado, mediante escritura pública o resolución judicial, si aquella se atribuye a uno de los progenitores, en correspondencia con la guarda unilateral.

En la guarda y cuidado unilateral se trata de decidir con quién va a vivir el menor, cuando los progenitores no convivan. Esta es la que corresponde a uno solo de los progenitores, mientras que el otro queda limitado a disfrutar de la convivencia con su hijo, según el régimen que se establezca para la comunicación o visitas. Esta modalidad es la que, de manera general, solicitan o acuerdan las partes, o en la que, en caso de discordancia, establece el juzgador. Aparece refrendada en nuestro país en el Artículo 89 del Código de familia.

La *guarda alternativa o compartida*, se aplica en los casos de crisis de la pareja constituida por sus progenitores. Está destinada a compartir por temporadas esta responsabilidad. La alternativa de tiempo para la convivencia del menor con un padre u otro se establece por períodos cortos de 15 días a un mes, o etapas más largas, que pueden ser semestres o años.

Esta variante es el sistema para alternar períodos iguales de convivencia de cada progenitor con el menor. Asimismo, la atribución de la guarda a un progenitor, en amplia relación del infante con el otro, para facilitar el contacto libre, no sujeto a un régimen de visita, se considera como un supuesto de guarda alternativa.

La *guarda conjunta* procura igual efecto que el ejercicio conjunto de la patria potestad. Su reconocimiento constituye la responsabilidad global del niño, que comprende tanto el poder de decisión sobre su dirección, como su cuidado personal.

En Cuba, es conjunto el ejercicio de la patria potestad. Ambos progenitores asumen el poder de decisión sobre la dirección y asistencia de los hijos, aunque no convivan y uno solo de ellos ostente la guarda y cuidado, considerada en función del cuidado personal del niño.

Lo usual en derecho es que el hijo menor se encuentre bajo la guarda y cuidado de uno de los progenitores, cuando estos no conviven. La modalidad de *guarda a cargo de tercero* es una situación excepcional dispuesta en circunstancias que justifican esa solución.

La doctrina plantea inconvenientes a este tipo de guarda, como la necesidad de definir cuáles pueden ser las circunstancias en que procede, quiénes estarán facultados para tal decisión, y cuál será la posición jurídica del guardador y de los padres.

Este tipo de guarda comprende el cuidado personal del niño, para lo cual se requiere desarrollar las funciones parentales exigidas por la

convivencia diaria, por tanto el tercero guardador necesita igual autonomía de actuación que la que correspondería al progenitor guardador.

Los padres, en este caso, no conviven con el hijo, pero sí les corresponden los derechos-deberes de la patria potestad y el ejercicio conjunto, que no ostentará el tercer guardador, pues este solo está facultado para realizar las funciones necesarias relacionadas con el cuidado personal del menor. Su situación es distinta a la del progenitor guardador porque en este concurre, también, el ejercicio de la patria potestad.

El juzgador adoptará esa solución en circunstancias excepcionales porque esta modalidad de guarda priva a los progenitores de la convivencia con el hijo, al asumir el tercero esas funciones. Se ha considerado que solo se podría justificar tal decisión ante la existencia de las mismas causas que conducirían a privar a los padres de la patria potestad.⁵

Existe la posibilidad de encomendar a un tercero el cuidado directo del niño, no por las situaciones graves que comprometen los derechos-deberes de la patria potestad, sino debido a circunstancias

especiales que aconsejan esta solución en interés del menor, sin que estos hechos constituyan causas de privación de la patria potestad a los padres.

Los procesos imperantes en el Derecho procesal civil son dos: los de conocimiento, juicios declarativos, en los que se reclama del órgano jurisdiccional una declaración de voluntad, o sea, una sentencia, tras conocer el fondo del asunto. El otro tipo de proceso civil, el ejecutivo, está concebido no para declarar derechos dudosos o controvertidos, sino para llevar a efecto los que se hayan reconocido por actos o en títulos.

En los procesos de conocimiento se encuentran los sumarios.⁶ Entre estos la LPCALE distingue los generales y los de alimentos. En los primeros, se encuentra el proceso sobre el que versa nuestra investigación: el de determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación, asunto cuyo conocimiento está atribuido a los tribunales municipales populares, según se establece en el Artículo 5 de la LPCALE, modificado por el Decreto Ley No. 241. A través de este asunto, el órgano jurisdiccional deberá definir a cargo de qué

5 J. L. de los Mozos y M. J. Herrero García: "Comentario al artículo 103", p. 858.

6 Según el Artículo 358, se tramitarán en proceso sumario:

1. las demandas de contenido económico en que la cuantía de lo reclamado o el valor de los bienes sobre los que se litigue no exceda de mil pesos;
2. los conflictos que surjan con motivo del ejercicio de la patria potestad cuando la ejerzan ambos padres;
3. los conflictos que surjan entre los cónyuges sobre la administración y disfrute de los bienes comunes;
4. las reclamaciones sobre alimentos;
5. las controversias que surjan entre partícipes en relación con la administración y uso de la cosa común.

Las reclamaciones sobre alimentos a que se refiere el apartado 4, se sustanciarán de conformidad con lo dispuesto en los artículos 368, 369, 370 y 371.

padre quedará conferida la guarda y cuidado de los hijos, y la comunicación que han de tener los menores y el progenitor que no la ostente.

La sustanciación de este proceso, al amparo de la norma citada, discurre sin mayores inconvenientes procesales. Por la naturaleza sensible de las cuestiones que pudieran aflorar, se impone en todo momento que el juez desempeñe un papel activo y que las decisiones de cualquier índole que se adopten respondan al interés superior del infante sobre el que verse la litis.

Al admitir la demanda, el juez se hace responsable de que esta contenga una relación viable, o sea, han de estar determinados, con expresa exactitud: sujeto, objeto, causa y todos los requisitos formales que han de observarse, teniendo en cuenta las exigencias legales de los artículos 224 y 225 de la LPCALE.

Especial atención merece lo referido a los sujetos que intervendrán en el proceso, los que incluso no estarán constreñidos a los progenitores (las partes por excelencia), sino a las otras personas que pudieran tener un interés directo en el asunto, y que el tribunal pudiera llamar terceros, si, por la lectura de la promoción se advierte que el conflicto que ha generado el proceso guarda relación con esta persona. En esta posición cabría citarse a los abuelos u otros terceros interesados, entre los que se ubicaría a familiares del infante, o no.

En esto, resulta muy importante la declaración de conformidad del demandado con los hechos de la demanda hecha por el tribunal, pre-

via solicitud del actor. Si aquel no contesta la promoción establecida en su contra, el órgano jurisdiccional puede dictar la sentencia que proceda, pero esto no debe convertirse en un mecanicismo del tribunal, que deberá recurrir a la institución del mejor proveer con vistas a recabar los elementos suficientes en los que deberá sustentar su fallo.

Decidida la apertura del proceso a pruebas, se hace uso del Artículo 260 de la ley de trámites y, si se trata de defectos meramente formales en su proposición, se concederá un término no mayor de dos días para que lo subsanen. Deberá garantizarse que se cumpla con el principio de inmediación, para así evitar la incongruencia en la resolución adoptada.

Para la determinación de la guarda y cuidado, el juez ha de percibir la imposibilidad de que uno de los padres tenga a su cuidado al menor, mediante el análisis de si el progenitor a quien se le otorga podrá asumir las más elementales acciones que integran tal institución: convivencia diaria, cuidados, expresiones de amor filial y enseñanzas –tanto en el orden educativo como en el social y moral, acordes con la edad del niño–, lo que puede implicar desvelo, protección, disposición y ocupación, todo con la inmediatez que resulta materialmente imposible sin la presencia física de uno de los padres.

El juez ha de tomar las previsiones necesarias para corroborar que al progenitor al que le será otorgada la custodia goce de buen comporta-

miento social, y que las circunstancias que hicieron llegar el asunto al tribunal sean lo suficientemente peligrosas para el desarrollo del menor como para que sea imprescindible la variación de tal cuidado.

La conducción del proceso, en aras de lo más beneficioso para el menor, es la premisa de todo juez, obligado por su conocimiento a mantener una actitud activa para lograr celeridad. También se evidencia la transparencia con que discurre tal proceso, cuando, desde momentos tempranos, salen a relucir los elementos que aportan al juez la correcta dirección de este y que lo ayudarán a esclarecer todos los hechos vinculados a la litis, los que indudablemente trascenderán al fallo y, con adecuada racionalidad, evitarán dañar la estabilidad y el equilibrio del menor.

Los jueces, para determinar sobre la guarda y cuidado y el régimen de comunicación entre padres e hijos, en primer lugar, deben acogerse al acuerdo de los padres y, de no mediar acuerdo, o ser atentatorio con los intereses del menor, el tribunal decidirá únicamente lo que resulte más beneficioso para el infante y establecerá, para el progenitor al que no se le confiere la guarda y cuidado, la comunicación con el menor, con la periodicidad que cada caso en concreto requiera.

Así, será otorgada la custodia del menor al padre en cuya compañía se haya encontrado este hasta el momento de la litis; se preferirá a la madre, si se hallaba en compañía de ambos, salvo que, por razones específicas del caso de que se trate, sea

aconsejable, en interés superior del niño, adoptar cualquier otra solución, teniendo en cuenta que el padre es el sustituto natural de la madre. Para dar comienzo a dicha custodia, siempre que implique cambios bruscos en el menor, que supongan desestabilidad y desequilibrio, se requerirá emplear ayuda especializada, paciencia y dedicación, a fin de recuperar las normales relaciones que deben existir entre padres e hijos, de modo que el menor pueda satisfacer, en el orden de familia, sus necesidades e intereses, como resulta su incuestionable derecho.

La fase decisoria es el momento de declarar la norma aplicable y los hechos probados como ciertos, en lógica apreciación del principio de congruencia a que se refiere el Artículo 146 de la ley de procedimiento. Asimismo, con vistas a una buena ejecución de la sentencia, se sugiere fijar la fecha en que comenzará a surtir efecto lo establecido, sin detenerse a analizar si el proceso ha de entrar en la fase ejecutoria o no.

En la fase ejecutoria, resulta controvertido que se adopten providencias, en aras de lo más beneficioso para el infante, incluso con el vínculo de los especialistas infanto-juveniles. Es necesario esperar a que las partes insten al tribunal para la ejecución de la sentencia, y mantener la instancia que resolvió al margen de lo acontecido con el menor, con el que se ha sido en exceso celoso durante toda la litis. Es dable, dada la naturaleza, la permisión de una mayor actuación oficiosa en esta fase del asunto, sin que ello signi-

fique la inactividad de la parte ejecutante, lo que dificultaría el cumplimiento de la sentencia.

Una novedad que se incorpora a este tipo de proceso —como parte de los asuntos vinculados al Derecho de familia— son las disposiciones emitidas por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CG-TSP), que marcan un comienzo en el mejoramiento del procedimiento familiar, y llegan a satisfacer las necesidades reales de la sociedad.

La Instrucción No. 187, de 20 de diciembre del año 2007, dispone que el tribunal, en los asuntos de la naturaleza que nos ocupa, convocará a los interesados a la celebración de una comparecencia, agotando las posibilidades que ofrece el Artículo 42 de la LPCALE, identificando como momento de su realización, de no haberse personado la parte demandada, antes de dictarse la resolución en que se disponga la práctica de pruebas o se prescinda de ella; de existir oposición, cuando se tenga por evacuado dicho trámite.

También, la citada disposición prevé que, siempre que sea racionalmente aconsejable, el tribunal deberá oír al menor involucrado que cuente con más de siete años de edad, por vía de exploración, en un ambiente propicio y con absoluta privacidad, utilizando como preferencia la sede de la Casa de Orientación a la Mujer y a la Familia, de la Federación de Mujeres Cubanas en el territorio, u otro lugar con condiciones apropiadas para el acto que se realiza.

Resalta la posibilidad de que, cuando resulte racionalmente be-

neficioso, el órgano jurisdiccional llame, en calidad de terceros, a los abuelos del menor y oír el parecer del fiscal al respecto, e incorpore, adicionalmente, la participación del equipo multidisciplinario, coordinado por la Federación de Mujeres Cubanas, a los efectos de contar con el criterio de profesionales especializados en la materia familiar.

A través de esta Instrucción, se reafirma la posibilidad de que el tribunal garantice la equidad procesal, incluyendo las medidas de tipo cautelar, en presencia de la expresa situación a la que se contrae el Artículo 40 de la LPCALE. Asimismo, el apartado octavo estipula que el órgano actuante adoptará las medidas necesarias con el objetivo de alcanzar la efectiva ejecución de las resoluciones que se dicten como solución de los conflictos relacionados con el objeto de estudio.

Ya en 2009, el máximo órgano de justicia en Cuba dictó una disposición relacionada con el proceso sumario, que reitera lo relativo a la celebración de la comparecencia y la intervención del equipo multidisciplinario, e introdujo como nueva terminología, la escucha del testimonio de los menores, sin precisar la edad.

Esta norma, en el apartado tercero, establece que “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 LPCALE, en lo referido al embargo de bienes y otras medidas cautela-

res, a los efectos de asegurar de manera eficaz el ulterior cumplimiento de las obligaciones de índole civil decretadas por sentencia firme”.

Actualmente, se encuentra vigente la Instrucción No. 216, de 17 de mayo de 2012, que dejó sin efecto la 187, y estableció nuevos aspectos para el proceder en los procesos de familia, con el objetivo de que los tribunales cuiden, 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.

Asimismo, dispuso que 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. Cualquier indicador con relación a la edad quedó eliminado.

Otra cuestión que certeramente se estableció en la instrucción citada está referida a la participación de los abuelos y familiares que tengan estrecha cercanía a lo controvertido, cuando así se advierta por el juzgador, del resultado de la comparecencia. A partir de ese momento se les dispensará el tratamiento procesal previsto para los terceros.

Esta nueva instrucción, a diferencia de la 187, estableció un conjunto de medidas cautelares, además de las previstas en los artículos 460 y 803 de la LPCALE, en concordancia con la especial naturaleza de la materia familiar. El tribunal puede

adoptarlas de oficio o a instancia de las partes, y son las siguientes:

1. Restitución de la custodia del niño, la niña o el adolescente, en caso de retención indebida.
2. Prohibición o autorización del cambio de la residencia del niño, la niña o el adolescente.
3. Asignación de la custodia provisional del niño, la niña o el adolescente, a uno de los padres, a abuelos y, excepcionalmente, a otras personas mientras dure el proceso.
4. Permanencia del niño, la niña o el 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, tras la separación de los padres, y 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 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 el incidente en el referido plazo.

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.

El tribunal 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 niños, niñas y adolescentes.

Como se puede observar en el contenido de la Instrucción, se le da un papel protagónico a los abuelos en la determinación de la guarda y cuidado del menor. Provisionalmente, se asigna la custodia del menor a los abuelos, y de forma excepcional, a "otras personas", mientras dure el proceso, sin especificar cuáles pudieran ser.

De conjunto con la Instrucción, se instituyó la Metodología para la comparecencia que se convoca a tenor del Artículo 42 de la LPCALE, las Reglas mínimas para la escucha de los menores de edad, y para la constitución y funcionamiento del equipo multidisciplinario en el procedimiento de familia, y la proforma de dictamen. Así, se hace más viable la tramitación de los procesos de familia relacionados con menores, al atenderse el principio del interés superior del niño y lograrse uniformidad en la realización del proceso, lo que marca un paso de avance en el Derecho procesal de familia.

En el caso concreto del Tribunal Municipal Popular de Santiago de Cuba, la mayoría de los procesos de este tipo se establecían por existir desavenencias entre los padres de los menores, en relación con el régimen de comunicación del progenitor que no ostentaba la guarda y cuidado del menor. Se evidenció que, en los procesos promovidos por el padre del menor para solicitar la guarda y cuidado del menor a su

favor –los que constituyeron nueve asuntos desde 2010 hasta el primer trimestre de 2012–, se declaró *con lugar* la demanda, ya que las madres presentaban problemas en el orden penal, maltrataban al menor o simplemente lo abandonaban. En todos los casos se aprecia que los menores se encontraban bajo el cuidado del progenitor.

Durante la celebración de comparecencias, nos percatamos de que, pese a la labor conciliadora del tribunal, y especialmente en los casos en que no se logró acuerdo con las partes, los padres iban al proceso resentidos por los problemas personales entre ellos. Se separaban del asunto para cuestionarse mutuamente aspectos que dieron al traste con la relación, alejados totalmente de los intereses del menor.

Ante las situaciones descritas, el juez ha de tener claro que su decisión repercute únicamente sobre el menor, y que con su decisión se le pudiera ocasionar un desequilibrio total y un daño a su estabilidad, muchas veces sin tener edad o capacidad para comprender lo que sucede a su alrededor, pues ciertamente ha de producirse un cambio de costumbres y modo de vida en él.

Otra cuestión que nos llamó la atención gira en torno a la poca participación que se les da a los abuelos en los asuntos de este tipo, incluso los conflictos que se suscitan entre los progenitores, relacionados con los infantes, guardan relación con aquellos y, en el mejor de los casos, son estos los que tienen, de hecho, la custodia de los menores.

Con este análisis hemos podido apreciar los logros alcanzados a través de la implementación de disposiciones emitidas por el CGTSP, en aras de perfeccionar el procedimiento familiar, al dotar al órgano jurisdiccional de mejores herramientas para su actuación, con lo que se garantiza el ejercicio pleno y efectivo de los derechos y garantías de los destinatarios de la gestión judicial.

A MODO DE CONCLUSIONES

La actividad cautelar es una actividad jurisdiccional que cumple una función garantista del aseguramiento de la ejecución de la sentencia y de su efectividad, que se extiende a la anticipación del fallo, con objeto propio, y que exige la aplicación de específicas normas de procedimiento.

La presencia de las medidas cautelares en la normativa cubana data de la LEC (1886), muchos de cuyos postulados fueron enriqueciendo, de manera dispersa, leyes cubanas, incluida la 1261 (1974), de procedimiento civil y administrativo, y la vigente No. 7 de 1977 (LPCALE), modificada por el Decreto Ley No. 241, de 2006, que constituye un verdadero catálogo de medidas cautelares dedicadas al procedimiento económico, aplicables también al proceso civil.

La norma familiar vigente en Cuba instituye, como modalidad de la guarda y cuidado, la unilateral, y atribuye esta responsabilidad a uno de los progenitores, por acuerdo entre estos o por decisión judicial. Este instituto tiene una especial connotación en las relaciones familiares actuales,

dada la complejidad y características especiales inherentes a ella.

La Instrucción No. 216, de 2012, del CGTSP, establece medidas cautelares propias para los asuntos vinculados al Derecho de familia. Incorpora la necesidad de la asignación de la custodia provisional del niño, la niña o el adolescente a abuelos y, excepcionalmente, a otras personas, mientras dure el proceso.

La adopción de medidas cautelares en los procesos de determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación, en los casos que resulte conveniente, propiciará dotar al interesado de una tutela judicial urgente, dada la naturaleza de los intereses que se protegen, y con el objetivo de alcanzar la efectiva ejecución de la resoluciones que se adopten.

BIBLIOGRAFÍA

Andux Alfonso, Ranulfo A.: *Las medidas cautelares del proceso civil*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 2000.

Colomer Hernández, Ignacio: *La motivación de la sentencia, sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

De los Mozos, J. L. y M. J. Herrero García: "Comentario al Artículo 103", en *Matrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo título IV del Código civil*, 1982.

Ferrer Iriba, J.: "Comentario a la Sentencia de 29 de marzo de 2001", *CCJC*, no. 50, enero-marzo de 2002.

Grillo Longoria, Rafael: *Derecho procesal Civil II. Proceso de conocimiento y*

proceso de ejecución, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986.

Guerra Caballero, Sady: "El juez en la determinación de la guarda y cuidado y régimen de comunicación", en *Justicia y Derecho*, año 9, no. 17, diciembre de 2011.

Kisch, W.: *Elementos de Derecho procesal civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940.

Linacero de la Fuente, M.: "Custodia de menores. Conflicto entre el padre y los abuelos", en *Poder Judicial*, no. 30, junio de 1993.

Peral Collado, Daniel: *Derecho de Familia*, La Habana, 1978.

Velazco Mugarra, Miriam P.: *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, Ediciones ONBC, La Habana, 2008.

Verdera Izquierdo, B.: "Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados", en *La Ley*, año XXIII, no. 5669, 2002.

Legislación

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

Convención Internacional de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Ley de enjuiciamiento civil.

Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, "De procedimiento civil, administrativo, laboral y económico", modificada por el Decreto Ley 241, de 26 de septiembre de 2006.

Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, Código civil.

Ley No. 1259, de 14 de febrero de 1975, Código de familia.

Decreto Ley 241, de 26 de septiembre de 2006.

Instrucción No. 187, de 20 de diciembre de 2007.

Instrucción No. 191, de 14 de abril de 2009.

Instrucción No. 216, de 17 de mayo de 2012.

Jurisprudencia

Sentencia No. 4, de 19 de enero de 1984, en *Boletín del TSP*, La Habana, 1984.

Sentencia No. 8, de 31 de enero de 1984, en *Boletín del TSP*, ed. extraordinaria, La Habana, 1984.

Sentencia No. 25, de 28 de febrero de 1986, *Boletín del TSP*, ed. extraordinaria, La Habana, 1986.

Sentencia de 5 de octubre de 1987 (RJ 1987/6716).

Sentencia de 11 de octubre de 1991 (RJ 1991/7447).

Sentencia de 12 de febrero de 1992 (RJ 1992/1271).

Sentencia No. 805, de 31 de diciembre del 2002, expediente 845/2002.

Sentencia de 31 de diciembre de 2003, expediente de casación No. 921/2003.

ALEJANDRO GARCÍA CATURLA, MÁRTIR DE LA JUDICATURA

Cor. Ismael Lema Águila,
presidente, Sala de lo Militar, TSP

*“La muerte me está rondando, ay, mamá
Pa’ llevarme al cementerio [...]”*¹

A. G. Caturla

*“No tiene la virtud más enconados enemigos
que los que la ven de cerca”*²

José Martí

CADA 12 de noviembre el pueblo de Remedios rinde homenaje a Alejandro García Caturla, a quien un día otorgó la condición de Hijo Eminente y Distinguido de la ciudad, y 10 años, 10 meses y 19 días después, en el año 1940, vio morir por la acción homicida de uno de sus propios ciudadanos, lo cual no dejó de ser un hecho insólito, pues si bien representaba a la autoridad judicial, fue asesinado por alguien que por su ocupación debió ser un auxiliar de esa propia jurisdicción.

La memoria popular cubana ha registrado su nombre como un célebre músico y compositor. El *Diccionario de la Música Cubana*, del conocido biógrafo y técnico Helio Orovio, lo describe en 17 páginas –la reseña más extensa de todas las que aparecen en dicho catálogo– de la siguiente manera: *Las ramas de su universalidad actualísima estuvieron siempre finalmente unidas al tronco musical de la nación, nutridas por las múltiples raíces que lo integran. No tomó su profesión de abogado como un simple modus vivendi. Su preocupación por la justicia lo llevó a realizar importantes trabajos [...]. Su carácter, en permanente lucha contra los convencionalismos sociales y artísticos, lo llevó a la muerte.*³

Las investigaciones hasta el momento realizadas, en torno a la vida del músico, develan una personalidad consagrada al derecho, al punto de sacrificar su talento para el arte y el éxito personal que le deparaban por cumplir con dignidad la profesión que había asumido. Las circunstancias en que se produjo la muerte motivaron en la historiadora María Antonieta

1 *Cantos de cafetales*, creada en Quemado de Güines por encargo de su amiga y admiradora María Muñoz, inspirada en el son *Mamá, la muerte me está buscando*, 1937.

2 Ramiro Valdés Galarraga: *Diccionario del pensamiento martiano*, no. 9137, p. 686.

3 Helio Orovio: *Diccionario de la música cubana*, p. 167.

Henríquez un interrogante que se convierte, además, en desafío para los investigadores del derecho: ¿Mártir acaso de la judicatura?⁴

El contexto jurídico en que le correspondió a Caturla ejercer el difícil y complejo mundo de la justicia penal difiere del actual sistema judicial en aspectos esenciales, como el carácter colegiado de todos los tribunales, denominados también “populares” no solo porque imparten justicia en nombre del pueblo de Cuba, sino porque su integración la componen jueces profesionales junto con los legos, que en ese entonces no existían. Su estructura en el nivel inferior al provincial, solo cuenta con tribunales municipales populares. Veamos cuáles eran las características de aquella organización en la que Alejandro García Caturla ejerció sus funciones de juez municipal, primero, y de instrucción en el momento del crimen.

La Ley orgánica del poder judicial, aprobada por Decreto presidencial No. 127, de 27 de enero de 1909, dejó intactos los presupuestos jurídicos fundamentales marcados por leyes españolas vigentes, habida cuenta de que no existían razones para modificar en este momento las leyes de enjuiciamiento, tanto la de lo civil como la de lo criminal, que con un diseño y contenido avanzados en su época fueron instauradas en la Isla durante las postrimerías del dominio colonial español. Para mantener una adecuada coherencia, la mencionada Ley de 1909 compiló las leyes españolas y decretos reales, las órdenes militares y las leyes del Congreso cubano.

Se conservaron, en esencia, las mismas clases de tribunales que existían hasta el momento en el país: Tribunal Supremo, audiencias y juzgados, estos últimos clasificados como juzgados de primera instancia, de instrucción, correccionales y municipales. La división judicial se correspondía con la territorial que había adoptado el país desde la propia constitución de la República en 1902: distritos, partidos y términos municipales. El Tribunal Supremo, en la capital de la República; una audiencia, en cada uno de los distritos; en cada partido, uno o más juzgados de primera instancia, instrucción y correccionales, y en cada término municipal, uno o más juzgados municipales. En el transcurso de los años, fue sufriendo ajustes.

Los tribunales, denominados así en términos genéricos, se integraban de forma colegiada en el Tribunal Supremo y las audiencias, cuyos miembros pertenecerían a la “magistratura”, mientras que los juzgados tenían una composición unipersonal, considerándose sus jueces como integrantes de la “judicatura”.⁵ En cuanto a la función de impartir justicia, cada uno la ejercería en el territorio de su jurisdicción y de manera general, los jueces (municipales y correccionales) fallarían en primera instancia los asuntos según su competencia. Los jueces de primera instancia y de instrucción tendrían otras funciones; los primeros, en cuanto a conocer de asuntos civiles y de

4 María Antonieta Henríquez: *Alejandro García Caturla*, p. 10.

5 Andrés M. Lazcano y Mazón: *Comentarios a la Ley orgánica del poder judicial*, p. 15.

las apelaciones contra los fallos acordados en los juzgados municipales, por la condición de jueces de cabecera del partido judicial.

En cambio, el juez de instrucción tenía como responsabilidad la de instruir las causas y practicar las diligencias necesarias en estas; es decir, investigar los delitos, como parte de la judicatura, pero sin potestad para fallar⁶ son funciones que en la actual organización del sistema judicial, a partir de una definición ajustada a los principios del sistema acusatorio, corresponden al instructor policial o al fiscal, no a los jueces, como entonces.

Además, estaba obligado el juez de instrucción a cumplir otras tareas judiciales en auxilio e inspección a los juzgados pertenecientes al mismo partido judicial, por disposición del presidente de la Audiencia. Pueden entenderse, entonces, las tareas que ocupaban a Caturla en el momento del fatídico acontecimiento.

- I -

Los sucesos que produjeron la muerte del juez de instrucción Alejandro García Caturla se narran con precisión en la Sentencia No. 536, dictada el 14 de junio de 1941, por la Audiencia de Las Villas, correspondiente a la causa número 850 del año anterior, que radicó el Juzgado de instrucción de Remedios, seguida contra José Argacha Betancourt, por un delito complejo de asesinato cualificado por alevosía, atentado a la autoridad y daños a la propiedad:

[...] Enterada la expresada Benedicta Espinosa Espinosa que en el referido atestado no se había hecho constar el motivo de los maltratos de que había sido objeto por parte de su concubino comisionó a su hermana Eufemia Espinosa Espinosa para que compareciera ante el Juzgado de instrucción y denunciara el hecho, lo que hizo esta el día doce del expresado mes de noviembre de mil novecientos cuarenta en que concurrió al Juzgado de instrucción de Remedios y compareció ante el juez doctor Alejandro García y de Caturla, que se encontraba en funciones de su cargo [...].⁷

Existían relaciones de concubinato entre el autor del crimen José Argacha Betancourt, y Benedicta. El primero, pese a tener como ocupación la de custodio en la Cárcel de Remedios, la obligaba a ejercer la prostitución y participaba en el producto de ese ilícito comercio, hasta que ella se negó y Argacha la golpeó despiadadamente, causándole contusiones y escoriaciones en la cara y otras partes del cuerpo. Los vecinos se enteraron y dieron parte a la policía.

6 *Ibíd.*, p. 16.

7 Sentencia No. 536, dictada el 14 de junio de 1941 por la Audiencia de Las Villas, en la causa número 850 de 1940, del Juzgado de instrucción de Remedios, p. 2.

El atestado fue presentado ante el Juzgado correccional,⁸ porque la acusación únicamente se refería a las lesiones leves, cosa que no conformó a Benedicta y, desde la cama donde se recuperaba, trató de poner en manos de la justicia las verdaderas causas del abuso, con pretensiones de un castigo mayor. Es así que la hermana procuró en su nombre la actuación del juez de instrucción, quien, al conocer de la denuncia y amparado en la causa número 848 radicada en ese juzgado, se personó en el domicilio de la perjudicada y esta ratificó sus imputaciones.

El día 12 de noviembre de 1940, Alejandro García Caturla, en sus funciones de juez de instrucción del partido judicial de Remedios, cumplía, dentro del límite de sus atribuciones y competencia, todo cuanto la ley le demandaba en el sentido de defender los derechos que se encomendaban a su tutela. Antes, siendo ya Doctor en Derecho Civil, desde el 19 de enero de 1927, con título expedido por la Universidad de La Habana, había actuado como juez municipal en Placetas, Caibarién, Ranchuelo, Palma Soriano y Quemado de Güines. En los dos primeros como suplente, y titular en los restantes.

La formación intelectual de Caturla estuvo privilegiada por la condición económica y social de la familia, en cuyo seno transcurrió su infancia y la etapa juvenil. Sus padres eran personas instruidas, sucesores de una naciente burguesía asentada en la Villa de Remedios,⁹ que disfrutaba en el siglo XIX de las bondades económicas ofrecidas por la industria azucarera en la zona, en un ambiente de tradición patriótica por estar el origen de su familia ligado a las guerras independentistas de los cubanos contra el dominio español.

Otro componente social importante que caracterizaba los asentamientos ubicados en la región norte de la actual provincia de Villa Clara, desde finales del siglo XVIII y en el siguiente, en la actual ciudad de Remedios, fue la cultura negra, de manifestaciones rituales determinantes en la formación étnica de la zona y que influyeron de forma ostensible en el futuro músico.

El brigadier de origen español José Caturla Spering se instaló en ese territorio a principios del siglo XIX. Poseedor de un ingenio, se convirtió en una de las figuras más prominentes en el fomento de la agricultura. José Ca-

8 Estos estaban integrados por los jueces correccionales, modalidad instaurada en el sistema judicial cubano por la intervención norteamericana, que seguía un procedimiento sumarisísimo por delitos y contravenciones, instaurado por la Orden militar 213 de 1900. Lazcano y Mazón: *Op. cit.*, p. 16, y Ramón de la Cruz Ochoa: "Las ideas penales en la primera mitad del siglo XX", en Andry Matilla Correa, *El Derecho como saber cultural*, p. 284.

9 La Villa de Remedios fue fundada en el primer cuarto del siglo XVI por el capitán español Vasco Porcallo de Figueroa. Notas de la historiadora de la ciudad de Remedios, Natalia Paola Ramos, fallecida el 17 de octubre de 1992, citado por María Antonieta Henríquez: *Alejandro García Caturla*, p. 12.

turla de Rojas fue uno de sus hijos, quien tuvo una personalidad influyente en la vida social de la ciudad, de tal índole que llegó a ser su alcalde. Del matrimonio entre Caturla de Rojas y Laudelina García Carrillo, fue concebida, entre otros nueve hijos, Diana Victoria, madre de Alejandro, procreado en matrimonio con su primo Silvino García Balmaceda, comandante del Ejército Libertador.

No faltaría su padre a cuanto labor sirviera para enaltecer a los mártires por la independencia de Cuba, mientras su madre era poseedora de una fina sensibilidad artística que la mantendría presente en reuniones y tertulias de la sociedad remediana, dejando escuchar sus ejecuciones al piano.

Fue este el entorno familiar y social que rodeó a Caturla en los primeros años de su vida, luego de su nacimiento el día 7 de marzo de 1906, que marcó su proyección futura hacia el arte y, en general, lo introdujo en los laberintos de la sociedad en que vivió y desarrolló su obra.

Se inició desde su infancia, por tradición familiar y vocación propia, en el estudio del piano y el violín; además, incursionó en el canto. Recibió educación musical por maestros de su ciudad natal; de la capital del país, en su juventud; y, en cierto momento en que tuvo la oportunidad de viajar a Francia, fue instruido por una conocida profesora de París. Una de sus obras alcanzó notorio éxito en los festivales sinfónicos iberoamericanos de Barcelona en el año 1929, que le valió obtener la distinción otorgada por el Ayuntamiento de Remedios.

Dos composiciones presentadas en el Concurso Nacional de Música, organizado en el año 1938 por la Dirección de Cultura de la Secretaría de Educación, se alzaron con un primer premio y mención, respectivamente. Fundó orquestas de conciertos en Caibarién y La Habana, además de haber compuesto diversas piezas musicales, tanto de carácter popular como sinfónicas. Impartió conferencias y publicó críticas especializadas en diversas revistas de la época. Llegó, incluso, a interpretar el piano acompañante de películas silentes en varios cines de la capital del país. Alejo Carpentier, su amigo personal y destacado crítico, lo catalogó como uno de los más importantes compositores de toda nuestra historia, y de los mejores dotados que haya tenido América.

La pasión por el arte y la perspectiva cultural con que apreciaba su difusión, le introdujo desde joven en el periodismo como cronista social y crítico teatral. Impartió clases y conferencias sobre la pedagogía musical y sobre la música nueva de su época. Su dedicación al arte le retribuyó un profundo placer estético y goce de servir a la cultura de su pueblo; por ello, consideró el arte no como pasatiempo, sino como función fisiológica.

Para desarrollar su obra y trascender en el mundo de la composición musical, estimando que el grueso esencial de su creación se produjo después de 1927, fecha a partir de la cual comenzó a ejercer en la judicatura, Caturla distribuyó con mucho orden su tiempo disponible entre la profesión

judicial y su pasión por el arte. No parecían compatibles una con la otra, pero lo cierto es que nunca las abandonó, a pesar del esfuerzo y sacrificios que para él y su familia implicó. Tanto en la creación artística como en la impartición de justicia halló, un sentido para la vida.

No es, entonces, casual que el pensamiento del joven Alejandro, cultivado a través de la abundante correspondencia que mantenía con amigos y personalmente durante sus constantes visitas a la capital del país, se mantuviera actualizado en las nuevas tendencias culturales y críticas especializadas sobre la creación musical, pero a su vez de las modernas corrientes jurídicas. Incursionó, durante su trayectoria profesional en el desarrollo del derecho, mediante su colaboración con publicaciones nacionales y locales. Presentó artículos en la revista *Repertorio Judicial*, diseñada para la divulgación de trabajos vinculados al derecho y, además, fundó, junto con su hermano Othón García Caturla, la revista *Atalaya*, publicación remediada que tuvo un corte progresista, de clara proyección martiana, donde se exponían obras poéticas de las figuras nacionales más importantes, ensayos y críticas musicales.

Dedicó tiempo al estudio de problemas acuciantes en el terreno judicial. Desarrolló un proyecto sobre la creación de juzgados correccionales de tercera clase. Participó en la elaboración de otros proyectos, como la reforma del Código electoral y expuso fundadamente sus puntos de vista sobre el Proyecto Laredo-Bru, que establecía las bases para un nuevo Código penal en 1935, en el que consideró oportuno elogiar la compilación de todas las disposiciones dispersas, emitidas a partir de la intervención norteamericana y, entre otras propuestas, exigió mayor rigor punitivo para las conductas delictivas relacionadas con el juego ilícito, y el reforzamiento de medidas preventivas para contrarrestar la mendicidad y la delincuencia infantil.

Alternaba este proceso intelectual con la creación musical. Escribió Alejo Carpentier, en ocasión de su muerte, [...] *Alejandro García Caturla ejerce las funciones de juez en Remedios. Es totalmente ignorado por la estólida «cultura oficial» de la época, a pesar de que sus obras se publican en Nueva York y en Europa. Dicen algunos que el ejercicio de su carrera no le era engorroso: Por el contrario, algunas sentencias suyas se citaban como ejemplo de jurisprudencia y se reproducían en revistas especializadas.*¹⁰

Los dos temas antes mencionados: el juego ilícito y el tratamiento penal a los menores de edad, fueron, entre otros, objeto de su preocupación, tanto en el plano jurídico como en su componente social; por ello, dedicó reflexiones y propuestas en artículos y sentencias que posteriormente circularon en el sector por la importancia de su contenido. Continuar el estudio profundo de estos materiales constituye una tarea imprescindible que permitirá conocer más a fondo el pensamiento del juez y el verdadero aporte de su obra.

10 Radamés Giro (selección y prólogo): *Caturla, el músico, el hombre*, p. 183.

– II –

En los siguientes pasajes de la sentencia que comentamos se hace notar el carácter y profundidad con que desempeñaba sus funciones en la judicatura:

[...] Conocido ese hecho por el procesado y por un hermano suyo que se encontraba en la casa de la concubina cuando se constituyó en ella el Juzgado y sabiendo que actuaba de juez de instrucción el doctor Alejandro García y de Caturla, que tenía fama de enérgico e inflexible y temeroso de que lo procesara hizo ese mismo día un escrito que remitió al señor presidente de la Audiencia, tildándolo de parcial y no conforme con esta gestión decidió personarse ante el citado juez [...].¹¹

En una de las prevenciones dirigidas por el Tribunal Supremo a los jueces, acordada en sesión que se efectuó el día 13 de octubre de 1930, se alertaba [...] *que esta suprema potestad que la Constitución y las Leyes les ha conferido, los obliga a una gran prudencia sin vacilaciones y a una sostenida energía sin arrogancia, manteniéndose siempre por encima de los intereses de las partes en las contiendas judiciales que hayan de resolver [...].¹²*

Era este mandato suficiente para que el juez Caturla actuara en cualquier asunto con apego a los procedimientos vigentes. Pero sus conceptos sobre la honestidad y la honradez lo hacían proceder con estricta rectitud y sin titubeos a la hora de cumplir con su deber.

Desde joven, se identificó con el pensamiento progresista de los intelectuales de su época, aglutinados alrededor de figuras como la de Fernando Ortiz, que junto con otros destacados investigadores, intentaban [...] *descubrir el verdadero rostro de la patria, por el lado de la historia política y económica, o de la etnografía y el folklore, o de la tradición intelectual y patriótica. Si algo los distinguía y vinculaba, por encima de sus diferencias individuales, era la fe común en la educación y la cultura como caminos de salvación nacional [...].¹³*

Muchos de estos intelectuales eran también juristas, como lo fue el propio Fernando Ortiz, promotor en Cuba de lo que se llamó “positivismo criminológico”, quien se nutrió del Derecho penal y la criminología italiana, portador por tanto de una nueva postura antropológica que daba un contenido humano al Derecho penal, renovando los conceptos racionales de la escuela clásica, ajena a los múltiples problemas sociales existentes en la época.¹⁴ Fernando Ortiz creó su propio bufete, del que fueron alumnos prominentes Martínez Villena y Pablo de la Torriente Brau.

11 Sentencia No. 536, p. 2.

12 Lazcano y Mazón: *Op. cit.*, p. 10.

13 Cintio Vitier: *Ese sol del mundo moral*, p. 153.

14 Matilla Correa: *Op. cit.*, p. 286.

Existió una evolución del pensamiento jurídico cubano de avanzada con respecto a otros países latinoamericanos, confirmado con la promulgación del primer Código penal en la región (Código de defensa social de 1936), que partió en su concepción de privilegiar la función preventiva del Derecho penal, por encima de la retributiva, en defensa de la sociedad, sin desconocer al individuo. Este código estuvo precedido por otros proyectos, uno de los cuales se debió, también, a la obra de Fernando Ortiz, quien, además, cruzó ideas con Caturla en cuanto a la indagación en las raíces afrocubanas de nuestra nacionalidad.

El carácter de las relaciones que fomentó el joven con los círculos intelectuales de la época, convertidos en verdaderos centros de debates y desarrollo de las nuevas ideas, que, sin obviar el papel de las ciencias en general, se concentraron fundamentalmente en la cultura y el derecho, despertaron en el creador fuertes inquietudes, marcando su postura ante las nuevas y revolucionarias corrientes sociales y políticas, pese a que no militó en organización o partido alguno, pues sus funciones judiciales se lo impedían.

Sus gestiones en pos de perfeccionar los conocimientos sobre la música, más allá de su tierra natal, lo llevaron a conocer y compartir ideas de vanguardia en el arte, con figuras importantes de la literatura cubana, como Alejo Carpentier, de cuyos textos se valió aquel para sus composiciones musicales.

En cuanto a José Antonio Portuondo, destacado ensayista y crítico de arte con orientación marxista, Caturla intercambió también correspondencia y este publicó opiniones acerca de su obra, reconociéndolo como formidable creador de ritmos nuevos. Además, lo elogió encomiablemente cuando, en plena lucha contra Machado, estando la Universidad clausurada y en medio de una tensa situación en la República, Caturla creó una Orquesta de Conciertos en Caibarién para difundir esa música en el pueblo. Tenía, a su entender, un sentido político aquella aventura. Lo consideró un hombre de izquierda en el más alto sentido de la palabra, porque entendía perfectamente el proceso histórico.

De Nicolás Guillén, musicalizó algunos poemas, como hizo también con la obra de José Zacarías Tallet. Además, se vinculó con importantes autores con quienes compartió el mundo de la composición musical, entre otros los conocidos: Amadeo Roldán, Ernesto Lecuona y Gonzalo Roig, y el compositor español nacionalizado en Cuba y entrañable amigo, José Ardévol. También con el pintor Eduardo Abela sostuvo relaciones de amistad.

La República en que vivió, mediatizada desde su propia creación en 1902, fue la antítesis de todos los valores patrios y la dignidad derrochados en las maniguas cubanas por sus padres y abuelos. [...] *El saqueo de la hacienda pública se multiplicaba de año en año, de gobierno en gobierno, al igual que el juego y la prostitución, la inestabilidad de los empleados,*

*el acorralamiento de los obreros y la miseria de los campesinos sin tierra, eran angustiados [...].*¹⁵ Los constantes enfrentamientos de las clases populares con las fuerzas públicas fueron catalizando las posiciones de izquierda y paulatinamente se alzaron voces intelectuales de prestigio contra los desmanes del gobierno, que pronto despertarían la conciencia nacional, adormecida por la frustración que dejó el despojo de la victoria contra España en la oportunista intervención norteamericana.

Se incorporaron a la lucha figuras surgidas del estudiantado universitario como Julio Antonio Mella, Rubén Martínez Villenas y Antonio Guiterras, quienes en su momento protagonizaron rebeliones populares contra los regímenes tiránicos, como el encabezado por Gerardo Machado.

La crisis económica de 1920 trascendió al resquebrajamiento de las estructuras sociales en su conjunto. En estos mismos años, se recibió el influjo de importantes acontecimientos internacionales. La fundación del primer Estado obrero y campesino en Rusia contribuyó a la difusión de la ideología marxista-leninista como sustento de aquel grandioso acontecimiento; la Revolución Mexicana, con su programa democrático-agrario y la amplia participación popular; el movimiento de reformas universitarias en Argentina, y la lucha contra las constantes intervenciones yanquis en el área que propagaron un profundo sentimiento popular antimperialista en Latinoamérica, formador de una nueva conciencia y manera de actuar en los sectores más combativos de la sociedad cubana.

Algunos de estos intelectuales, con los que, de una manera u otra, Caturla mantenía contactos adoptaron en este período una postura enérgica en contra del proceso de reforma constitucional que prorrogó al gobierno de Machado. Encabezada por Martínez Villena, un grupo compuesto por estas personalidades de las ciencias y la cultura, firmó, en marzo de 1927, un Manifiesto contra la tiranía, acto conocido como La protesta de los 13, que además suscribieron Juan Marinello, Fernando Ortiz, Emilio Roig y el propio Alejo Carpentier, entre otros destacados intelectuales cubanos, provocando inmediatamente la reacción violenta del régimen.

El encarcelamiento de muchos de sus miembros, entre ellos de su amigo Carpentier, motivó la atención de Caturla desde Remedios. Este grupo nucleó lo que fue denominado como *Minorismo*, que sintetizó polémicas ideas y tendencias en defensa del arte nuevo, el vernáculo especialmente, y comenzó a retomar un pensamiento auténticamente cubano y renovador en el plano cultural. Carpentier advirtió insistentemente a los músicos que se vinculaban al minorismo sobre el infinito caudal de la música popular y folclórica cubana, poco cultivada en sus distintas variantes.

Caturla se identificó incondicionalmente, mostrando su expresa disposición a suscribir todo lo que sus miembros acordaran. Fue, de este grupo, un reno-

15 Vitier: *Op. cit.*, p. 152.

vador intelectual; por eso, en octubre de 1927, publicó en Remedios, bajo su dirección, un periódico denominado *Los Minoristas*.¹⁶

Fue un hombre que despreciaba las opiniones de los ignorantes y los malintencionados y los prejuicios de todo tipo. Refiere, sobre él, el músico José Ardévol: [...] *es un hombre entero, seguro de sí mismo, vitalísimo y apasionado, honesto sin hipócritas puritanismos; cordial y generoso, pero intolerante con la mediocridad, rebelde y audaz, con coraje para enfrentarse a todo, siempre inconforme con la injusticia y la corrupción que le rodeaba, sin prejuicios de ningún tipo, sinceramente interesado en lo negro, más allá del punto de vista exotizante [...]*.¹⁷

Esta última cualidad hace referencia, sin duda, a las relaciones matrimoniales de Caturla con dos mujeres negras, con las que procreó 11 hijos, respecto a los cuales dijo, unos días antes del crimen, “[...] como somos hijos de la muerte y ahora yo trabajo y ellos están bien (los niños) pero yo no sé cómo la pasarán cuando yo falte, voy a preparar el testamento [...]”.¹⁸ Estas relaciones le trajeron más de un enfrentamiento con los prejuicios raciales de la época, ámbito en que también desafió a la sociedad discriminatoria y profundamente racista en que vivió.

– III –

Testigos del día de los hechos refieren que, en horas de la tarde, Caturla realizó el itinerario acostumbrado. Acudía todos los días en ese horario a las oficinas del correo para revisar su correspondencia; primero, pasaba por la casa de su padre. Ya en esa dirección, caminaba por la calle de José María Espinosa, hoy Independencia; se detuvo frente al reloj del parque y miró hacia él: eran las 6:30 p.m., continuó su camino.

Refieren los hechos probados en la Sentencia No. 536, de la Audiencia de las Villas, que, momentos antes del crimen, Argacha Betancourt, después de merodear en horas de la tarde por la casa del padre de Caturla, consiguió encontrarlo en la esquina que forman las calles José María Espinosa y Maceo: “[...] estuvieron conversando algunos minutos normalmente y sin que en ninguno de los dos se advirtieran gestos ni actitudes violentas y sin que se haya podido determinar lo que hablaron [...]”.¹⁹

Nada se conoce exactamente sobre si pudo haber pretendido Argacha la abdicación del juez o simplemente le pidió clemencia. Lo cierto es que Caturla mantuvo en ese momento una postura firme y serena, suficiente para provocar la colisión de sentimientos humanos opuestos. No era de

16 Henríquez: *Op. cit.*, p. 62.

17 *Ibid.*, p. 135.

18 *Ibid.*, p. 148.

19 Sentencia No. 536, p. 2.

esperar que el juez abandonara el cumplimiento de sus obligaciones. Una descripción de su actitud profesional testimoniada por uno sus colegas, Juan E. Casasús, publicada en la revista *Repertorio Judicial*, puede despejar este interrogante: “Ese, su santo amor por la justicia, cuya vara nunca supo, en sus manos, inclinar, ni la dádiva del opulento ni la súplica del amigo, ni la amenaza del poderoso, le concitó múltiples, airados enemigos, que más de una vez cruzáronse en el camino recto de su noble vida [...]”.²⁰

Una de sus primeras muestras de inconformidad fue la manifestación que se produjo contra el dictador Machado en los últimos meses de su gobierno, que lo comenzó a identificar de alguna forma con la lucha política que se libraba. En ocasión de que un importante director organizara un concierto de música contemporánea al frente de la Orquesta Filarmónica de La Habana, pidió a Caturla y a otros músicos, como Amadeo Roldán y José Ardévol, unas “fanfarrias” para el final de uno de los programas. Todos de acuerdo decidieron que esas piezas aludieran a la ida del tirano. Informado disimuladamente el público de la intención de las obras, ovacionó cada número musical durante varios minutos.

Sus enfrentamientos directos contra los desmanes e injusticias que se cometían desde el poder comenzaron a presentarse en el año 1934, cuando fungía como juez municipal²¹ de Ranchuelo, cargo por el que había optado en busca de promoción en la carrera judicial. Libró desde allí pequeñas batallas a favor del respeto a las leyes vigentes. Eran tiempos en los que los asuntos judiciales le ocupaban también en suplencias en los juzgados de primera instancia, instrucción y correccional de Santa Clara y visitaba registros civiles de la zona.

La caída de Machado, dos años antes, no había cambiado la situación político-social que atravesaba el país. Las fuerzas militares, en contubernio con el Gobierno y la derecha, implantaban el terror; hasta el poder judicial, siempre conservador, salvo escasas excepciones individuales y, aunque pálidamente, se opuso al militarismo extremo.

Caturla se vio obligado a reaccionar contra los excesos de una sociedad corrupta. Empezó en esa localidad una batalla contra los hermanos Trinidad, propietarios de una fábrica de tabacos y cigarros. Falló siempre en contra de sus pretensiones y los obligó a pagar el jornal a los trabajadores. Tuvo, también, que denunciar a las autoridades judiciales de la Audiencia de Las Villas —y estas disponer una investigación— por las amenazas de un juez suplente, quien se manifestaba inconforme con la actuación enérgica

²⁰ *Ibíd.*, p. 130.

²¹ Fungió con anterioridad como juez municipal suplente segundo de Placetatas, nombrado el 24 de diciembre de 1927; y en el cargo de juez municipal suplente de Caibarién, desde el 6 de febrero de 1929, hasta el 11 de octubre de 1933, cuando se le designó al mencionado Tribunal Municipal de Ranchuelo, donde tomó posesión el 18 del propio mes y año.

de Caturla contra un sujeto antisocial que este individuo amparaba. Las investigaciones que se realizaron comprobaron la postura digna del juez y neutralizaron las intenciones de alterar el orden y el buen desempeño judicial. No obstante, Caturla solicitó permutar para el término municipal de Palma Soriano, traslado que le fue aceptado y, el día 16 de julio de 1935, tomó posesión en dicho Juzgado.

Una vez más, resultó su actuación intolerante a los abusos de poder. Se enfrentó en el nuevo cargo al juego ilícito, mal extendido en la zona y el país en general, por el contubernio y la protección de las propias autoridades. La denuncia a una red en la que participaban personajes importantes de la política local motivó la actuación del juez, quien, sin titubeos, impuso las correspondientes sanciones a los culpables. También falló contra una compañía norteamericana propietaria del central Miranda, por infringir la Ley de nacionalización del trabajo en varias ocasiones, disponiendo el pago de una multa.

Los acontecimientos relatados sucedieron entre octubre y el 2 de diciembre de 1936. La reacción no se hizo esperar. El 11 de este último mes, en horas de la noche, fue atacado en su vivienda con disparos de perdigones que se incrustaron en la puerta de la casa. El suceso hizo, incluso, que se divulgara entre los pobladores la falsa noticia de la muerte del juez municipal, deseada ya por unos cuantos. Fue esta la primera agresión física que generaba su desempeño incorruptible y limpio ante el delito y los desmanes de los poderosos. No quedaron dudas de la posición ante la ley de los autores de este intento de asesinato, aunque ninguno fue procesado.

Ante el acoso y el peligro de muerte, gestionó su regreso a la provincia de origen y optó por una plaza vacante que dejó, en el Juzgado de Quemado de Güines, el fallecimiento del juez que la ocupaba. Le fue concedida por la Sala de Gobierno de la Audiencia de Las Villas y, en esa nueva responsabilidad, tomó posesión el 8 de febrero del año 1937. Allí le correspondió enfrentar el oscurantismo, entronizado en la población, debido a la incultura e ignorancia de las capas pobres: fue una pareja, denunciados porque simulaban ser santeros y sacaban restos humanos del cementerio para ciertos ritos que tenían un carácter tenebroso y timaban a personas con falsas esperanzas de solucionar sus necesidades. Fue en este lugar y seguramente por los sucesos anteriores, donde se inspiró a escribir la obra musical *Cantos de cafetales*, ya mencionada.

Los peligros que acarreaban su desempeño y, en general, los diversos riesgos y privaciones que generaban su actividad judicial fue motivo de fluido intercambio con sus familiares y amistades más cercanas, como lo fue con Alejo Carpentier, quien, en más de una ocasión, expresó su tristeza por verlo “encartonarse en su carrera jurídica”, lejos de los grandes centros de arte y reconoció que Caturla había renunciado a la fama.

El 8 de agosto de 1938, tomó posesión en el Juzgado de instrucción de Remedios. Su recto desempeño le había granjeado la confianza de los ma-

gistrados de la Audiencia de Santa Clara, y pronto comenzaría a integrar sala como magistrado interino de la provincia. En ocasión de su presencia habitual en la Audiencia y en el propio mes de enero del año de su muerte, llegó a sus manos una carta que le dirigieran los presos de la Cárcel de Santa Clara, donde le decían: *...es Ud el verdadero juez, que no ha manchado la toga tan honrada y justa para obrar según la ley lo explica [...] es Ud el juez justiciero que no se aparta de ley para beneficiar al malvado por ninguna cantidad [...] venga honorable y digno Doctor Caturla, que lo esperamos [...] como el verdadero justiciero que no [...] se deja coaccionar [...]*.²²

Aunque los maltratos por los cuerpos represivos del régimen eran usuales, tuvo Caturla que iniciar auto de procesamiento contra un policía, hermano del sargento primero del Puesto Militar de Remedios por golpear de forma abusiva a un detenido. Sus expresiones sobre el caso fueron conocidas en el pueblo: “De ninguna manera pueden maltratar a un preso, yo soy la máxima autoridad, no lo hago ni consiento que se haga”.²³ Poco tiempo después, en el poblado de Zulueta, se produjo la muerte de un joven y se conoció en las investigaciones que el autor había sido un teniente del Ejército, al cual procesó Caturla con exclusión de fianza.

No tardaron las máximas autoridades militares de la provincia en personarse ante el juez de instrucción pidiéndole modificar el auto de procesamiento, en postura arrogante y autoritaria. Caturla, mostrando una actitud inmovible, rechazó la solicitud con argumentos y, seguidamente, expresó al oficial que “[...] no olvidara que él también estaba dentro de los predios y ámbitos del juez de instrucción, que no podían ser quebrantados ni por el terror ni por la fuerza [...]”.²⁴ Por supuesto, esta conducta determinó que inmediatamente comenzaran las gestiones para lograr el traslado del juez y fuera sustituido por un juez venal que respondiera a intereses ajenos a la verdadera justicia. Era, indiscutiblemente, una figura perturbadora para los acostumbrados a imponer sus intereses ante el poder judicial.

Comenzaron a propagarse en el pueblo rumores acerca de la posible muerte del juez. No solo personas allegadas del Juzgado le alertaron: “[...] doctor, cuídese, Ud es muy joven, y es un crimen que le pase algo [...]”, le dijo uno de los secretarios. La noticia llegó a oídos de su madre, Diana y, como otros miembros de la familia, se llenó de grandes preocupaciones, pero reaccionó y solicitó garantías para la vida de su hijo al coronel Gómez Gómez, jefe militar de la provincia en Santa Clara, el que le dio a entender que el juez estaba contra el Ejército y que ya en el Estado Mayor se decía eso e, impudicamente, prometió designar una pareja de escoltas para el juez, los mismos que querían matarlo. Al conocer de esta respuesta, Ca-

22 Henríquez: *Op. cit.*, p. 117.

23 *Ibid.*, p. 120.

24 *Ídem.*

turla expresó a su esposa: “[...] si yo por cumplir con mi deber tengo que andar con una pareja de guardaespaldas, que me maten [...]”; y concluyó: “[...] está visto que yo no sé administrar justicia en Cuba [...]”.²⁵

Rogándole su madre, Caturla escribió un telegrama al Ministro de Defensa [...] *RESPECTUOSAMENTE SOLICITO DE UD. EFICACES GARANTÍAS PARA MI VIDA PERSONAL Y FAMILIAR PUNTO NOTICIAS CIERTAS LLEGADAS A MI SE PLANTEA POR MIEMBROS DE EJERCITO Y POLICÍA NACIONAL ESTE DISTRITO DARME MUERTE COMO CONSECUENCIA DISGUSTO PRODUCIDO POR HABER PROCESADO DIA DIECISEIS CORRIENTES EN CAUSA 759/940 JUZGADO INSTRUCCIÓN ESTE PARTIDO [...] HERMANO SARGENTO PRIMERO ESCUADRON ESTA CIUDAD BERNARDO MISMOS APELLIDOS PENSANDO APROVECHAR CIRCUNSTANCIA ENCONTRARME GIRANDO VISITAS JUZGADOS MUNICIPALES CUARTA CLASE ESTE DISTRITO POR DESIGNACION PRESIDENTE AUDIENCIA ENCLAVADOS EN LUGARES APARTADOS PUNTO.*²⁶

– IV –

El día 12 de noviembre de 1940, luego de recibir un anónimo, pidió garantías al Ministro de Gobernación, en misiva donde solicitaba la renovación de su licencia para portar arma de fuego en su condición de juez de instrucción del partido judicial de Remedios, acorde con lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto Ley No. 685.²⁷ No hubo más tiempo para respuestas.

[...] *pero este después de haber andado algunos pasos retrocedió y desenfundando un revólver Colt Calibre treinta y ocho de la propiedad del Estado que portaba con licencia por razón del cargo de Vigilante de la Cárcel de Remedios que desempeñaba, siguió apresurada y sigilosamente al doctor García de Caturla y ya próximo a él lo llamó y al virarse este que caminaba desprevenido y no esperaba tal agresión, el procesado le hizo un disparo a menos de un metro de distancia con el que lo alcanzó y al llevarse una mano instintivamente a la herida y continuar girando sobre sus pies le hizo otro disparo a boca tocante cuyos proyectiles le produjeron la muerte instantes después [...].*²⁸

La sentencia describió en detalles los hechos públicos y notorios en que muchas personas certificaban que José Argacha Betancourt disparó y dio muerte al Dr. Alejandro García Caturla. Los dictámenes periciales también lo acreditaron. La información con que se contaba permitió caracterizar al culpable “[...] de dudosa conducta, de baja condición moral y de mala si-

25 Giro: *Op. cit.*, p. 211.

26 Henríquez: *Op. cit.*, p. 121.

27 Ídem.

28 Sentencia No. 536, p. 2.

tuación económica [...]” y del occiso, como póstumo reconocimiento, se acreditó en el documento judicial que “[...] era un excelente funcionario judicial probo, competente y celoso de cumplidor de su deber y un músico y compositor genial reconocido así por la crítica nacional y extranjera”.

El tribunal impuso la sanción que correspondía, según las leyes y la gravedad del crimen, pero no se develaron sus verdaderas causas. El sistema judicial estaba incapacitado para esclarecerlas y sus autoridades carecían de soberanía suficiente para demostrar que el criminal no fue otra cosa que un instrumento de la corrupta sociedad engendrada por la República mediatizada. Quedaba al desnudo la ineficacia del poder judicial para impartir la verdadera justicia que se necesitaba.

En un artículo publicado en la revista *Repertorio Judicial*, después de la muerte de Caturla, con el título “In Memoriam”, escrito por Juan E. Casasús, colega que compartió estrados con Caturla, refiere que [...] *no le permitieron recoger «los frutos sazonados de su mente fecundísima» pero se caracterizó por ser «competente, estudioso, probo, justo y, por encima de todo, valiente, con aquel coraje que pedía Marco Tulio y como tiene que serlo quien sirva a la causa de Temis en nuestra tierra».*²⁹

Puede concluirse, con todo fundamento, después de conocer los testimonios y hechos relatados, que no tenía la aludida historiadora, precisamente, un interrogante, sino la certeza de que Alejandro García Caturla es, con todo mérito, un mártir de la judicatura; pero, sin duda, dejó respetuosamente a los juristas confirmar tal declaración y es lo que ha pretendido este trabajo, que constituye un nuevo acercamiento, continuidad de otros que lo preceden.

BIBLIOGRAFÍA

De la Torriente Brau, Pablo: *Presidio Modelo*, Ediciones La Memoria, Centro Cultural Pablo de la Torriente Brau, La Habana, 2010.

Del Junco, Alberto y José Portuondo: *Ley de enjuiciamiento criminal*, Úcar, García y Cía., La Habana, 1946.

Expediente personal no. 10, Legajo no. 11, Secretaría de Gobierno, Tribunal Supremo Popular (formado con copias fotostáticas del juez municipal suplente segundo de Remedios, Dr. Alejandro García de Caturla).

Giro, Radamés (selección y prólogo): *Caturla, el músico, el hombre*, Ediciones Museo de la Música, La Habana, 2007.

Hart Dávalos, Armando: *Ética, cultura y política*, Centro de Estudios Martianos, La Habana, 2006.

Henríquez, María Antonieta: *Alejandro García Caturla*, Ediciones Museo de la Música, La Habana, 2006.

29 Henríquez: *Op. cit.*, p. 129.

- Lazcano y Mazón, Andrés M.: *Comentarios a la Ley orgánica del poder judicial*, t. I, Editorial Selecta, La Habana, 1955.
- Le Riverend, Julio: *La República*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1973.
- Matilla Correa, Andry (coord.): *El Derecho como saber cultural*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011.
- Orovio, Helio: *Diccionario de la música cubana*, Editorial Letras Cubanas, La Habana, 1981.
- Pérez Mederos, Dayri; Oscar García Lora y Humberto Álvarez Luis: "Alejandro García Caturla, ejemplo de dignidad, justicia y ética", Biblioteca del Tribunal Supremo Popular.
- Pogolotti, Marcelo: *La República de Cuba al través de sus escritores*, Editorial Letras Cubanas, La Habana, 2002.
- Prada, Pedro: *La Secretaria de la República*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2001.
- Sentencia No. 536, de 14 de junio de 1941, por la Audiencia de Las Villas, dictada en la causa número 850 del año anterior, que radicó el Juzgado de instrucción de Remedios, Fondos de Archivo, Museo Nacional de la Música.
- Tabares del Real, José A.: *Guiteras*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2006.
- Vitier, Cintio: *Ese sol del mundo moral*, Centro de Estudios Martianos, La Habana, 2011.

Legislación

- Ley orgánica del poder judicial de la República de Cuba, Decreto Ley No. 127, de 27 de enero de 1909.
- Código de defensa social, Decreto Ley No. 802, de 10 de febrero de 1936.
- Ley de organización del sistema judicial, Ley No. 4, de 10 de agosto de 1977.

EJEMPLOS DE INTRANSIGENCIA REVOLUCIONARIA

Lic. Plácido Batista Veranes,
presidente, Sala de los DCSE, TSP

*“Solo lo que se entiende plenamente y se ama con el entendimiento,
puede ser traducido a los hechos con segura fecundidad”.*

Juan Marinello

ESTE artículo constituye un homenaje a cuatro magistrados de la extinguida Audiencia de La Habana, en especial, al Dr. Jesús Valdés García, que asumieron una posición de vanguardia, a finales de 1960, contra elementos reaccionarios del sector judicial.

Tuve conocimiento de los hechos en 1974, cuando un grupo de estudiantes del curso regular de la Escuela de Ciencias Jurídicas fuimos insertados en dicho tribunal, como parte de los planes de estudio-trabajo. El Dr. Valdés nos relató lo acontecido, en el enfrentamiento político-ideológico a un grupo de magistrados (confundidos unos, y de conciencia otros), que no querían asimilar los cambios producidos por la Revolución triunfante.

También nos incitó a escribir acerca de todo aquello, si queríamos. Me interesé, más por curiosidad que por deseos de redactar, y me cedió algunos datos sobre el particular, como el número del Acuerdo adoptado en la plenaria de jueces efectuada al respecto, ejemplares de *Bohemia* y de la *Revista Cubana de Jurisprudencia* (donde el intelectual y revolucionario Juan Marinello elogiaba un Acuerdo emitido por el Tribunal Supremo que reafirmaba la valiente posición mantenida por esos magistrados, en apoyo al Gobierno Revolucionario), etcétera.

Han transcurrido casi cuatro décadas y mi deuda con el Dr. Valdés sigue en pie. Ahora que tanto se nos incentiva a escribir, y que resulta tan necesario el conocimiento de situaciones históricas surgidas en el ejercicio de la judicatura en la etapa revolucionaria, pretendo abordar el asunto, sin muchas pretensiones, también como homenaje al 40.º aniversario del Sistema de Tribunales Populares.

La Revolución, en su lucha por lograr los objetivos que la llevaron al triunfo y para afianzar los intereses de la inmensa mayoría del pueblo, desde los primeros momentos, adoptó medidas políticas, económicas y sociales tendentes a esos fines. Así, la ley fundamental de la República, de 7 de febrero de 1959 (sancionada por el Consejo de Ministros del Gobierno Revolucionario), en la primera disposición transitoria adicional, estableció que todas las disposiciones legales y reglamentarias penales, civiles y administrativas promulgadas por el alto mando del Ejército Rebelde –durante

el desarrollo de la lucha armada contra la tiranía derrocada el día 31 de diciembre de 1958—, continuarían en vigor en todo el territorio de la nación, hasta que se instaurara el gobierno de elección popular, salvo modificaciones o derogaciones posteriores.

Entre las leyes dictadas en ese momento histórico, figuraron las del 10 de octubre de 1959: Ley No. 2, sobre cómo proceder con aquellas personas participantes en la farsa electoral del 3 de noviembre de 1958, como candidatos a cargos electivos; y No. 3, acerca de la Reforma agraria, con carácter provisional (posteriormente, fue superada en magnitud y profundidad por el Gobierno Revolucionario).

En esa etapa, la organización judicial y la labor de los tribunales, en sus actividades jurisdiccionales y administrativas, no sufrieron cambios importantes, salvo la forma de nombrar a los magistrados de las audiencias que, por la Constitución de 1940, ya se había agregado un turno más a los dos existentes anteriormente: uno, los de ascenso por rigurosa antigüedad en la categoría inferior, y dos, el de concurso, para añadir un tercer turno, mediante el ejercicio teórico y práctico de oposición, al que podían concurrir funcionarios judiciales, fiscales y abogados no mayores de 60 años de edad.

Los abogados en ejercicio debían reunir los demás requisitos exigidos para poder ser nombrados magistrados de las audiencias y del Tribunal Supremo. Por esta vía, y mediante tal procedimiento, específicamente después de las vacantes ocasionadas por fallecimientos, jubilaciones, renuncias y la depuración judicial que se ejecutaba, el organismo se nutrió de un importante grupo de jóvenes juristas y funcionarios que rindieron una importante labor en el ejercicio de la judicatura, los que se destacaron por sus concepciones ideológicas y, aunque eran minoría, libraron una verdadera batalla contra elementos reaccionarios que permanecían en el sector.

La depuración efectuada en esos momentos era necesaria para la erradicación de jueces y personal auxiliar que habían colaborado de manera importante y esencial con el derrotado régimen tiránico.

A medida que la Revolución avanzaba en su carácter popular y antimperialista, se apreciaba que esa depuración era insuficiente, pues aún existían elementos retrógrados, como el magistrado (traidor) Francisco Alabau Trelles, quien, mediante espurios alegatos, impugnaba las reformas judicial y agraria, con el pretexto de asegurar su mezquino propósito: reforzar las maniobras urdidas por el imperialismo y la oligarquía explotadora; y hacer ineficaces los beneficios derivados, en primer lugar, de esas reformas, en bien de los trabajadores, campesinos y contra los terratenientes y, en segundo, hacia otras leyes revolucionarias.

Esta posición, abiertamente contrarrevolucionaria, provocó que, en la revista *Bohemia* del 17 de abril de 1960 (no. 16) fuera publicado un artículo dirigido a la opinión pública, titulado “La justicia debe estar al servicio del pueblo”, el cual, entre otras ideas, expresaba:

Adviene la Revolución y se renuevan los componentes judiciales, pero pronto resulta ostensible cómo los resultados no se compadecieron con el propósito que inspiró la renovación y promoción. ¿Quién puede dudar que el cambio de régimen que se opera por la Revolución que asume el poder en nombre del campesino y del trabajador, del hombre sencillo del pueblo había de reflejarse en la administración de Justicia? Así ha ocurrido en verdad en buena parte. Pero no en todo, ni siquiera en lo que es más importante. Cierto que hay un poder revolucionario que gobierna y hace leyes para el pueblo. Entre hombres de pueblo y hombres que gobiernan no hay diferencia alguna. El Ejército Rebelde es el pueblo uniformado. ¿Podemos decir lo mismo de los componentes de la administración de justicia? ¿Es cierto que son el pueblo administrando justicia? ¿Es cierto que las leyes se interpretan conforme a los intereses del pueblo? ¿Es cierto que en el quehacer diario ya no se atiende primero al poderoso que al hombre humilde? En una palabra, ¿es cierto que estamos incorporados a la Revolución?

Y, más adelante, añadía:

Convengamos que con la llamada Reforma Judicial, lejos de incorporarnos al proceso revolucionario, nos alejamos y de continuar en esa trayectoria, llegaría el día en que estemos frente a la Revolución y frente al pueblo. Por eso rechazamos todo intento de estructurar integralmente la administración de justicia por la libre y sin contar con el Poder Revolucionario, por considerarlo perjudicial, toda vez que conduce a dividir el Poder Revolucionario en momentos en que es más necesaria su unidad para la defensa de la Patria. Y entendemos que el único medio para incorporarnos a la Revolución es el de que todos y cada uno de los componentes de la Administración de Justicia comiencen a realizar los actos positivos de sentidos revolucionarios, evitando ser instrumentos de privilegios derrotados, so pretexto de la vigencia de supuestos principios jurídicos.

El mencionado artículo fue acogido con entusiasmo y reafirmado por muchos funcionarios, magistrados y personal auxiliar vinculados a la administración de justicia. Entre ellos, se destacaron los magistrados que redactaron la siguiente solicitud:

Sr. Presidente, Audiencia de La Habana, diciembre 8 de 1960.

Señor: los que suscriben, Magistrados de diversas Salas de la Audiencia de La Habana, a usted ruegan que en el día de mañana, una vez terminada la Sala de Gobierno que se integra todos los viernes, se sirva convocar a un Pleno de todos los Magistrados, con la finalidad de hacer constar su solidaridad con el Gobierno Revolucionario y manifestar diáfananamente que en ningún momento hemos sido interferidos en forma alguna en el libre ejercicio de nuestras funciones. Respetuosamente, Dr. Francisco M. Hernández Llópiz, Dr. Francisco V. Jérez Pacheco, Dr. Jesús Valdés García y Dr. Humberto Hernández Nodarse. (Expediente 272 de 1960, Sala de Gobierno de la Audiencia de La Habana.)

En virtud de tal solicitud, fueron citados los integrantes del Pleno de la referida Audiencia, con excepción de los doctores Manuel Hernández (había renunciado como presidente de la Audiencia) y Arsenio Roa Uriarte (presidente de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo, de licencia); también, por estar de licencia, los magistrados Rafael Herrera Téllez (Sala Primera de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo), Cayetano Socarrás (con tal condición desde el mes de noviembre y, vencida esta, no se había reintegrado, indisciplina por la que se dio cuenta a la superioridad) y Alberto Hernández (enfermo). Otros dos no citados fueron Fabio Raymundo Sánchez (celebraba un juicio en la Audiencia de Santa Clara) y Enrique González Pérez de Alejo (presidente de la Sala Tercera de lo Criminal, presentó excusa el día anterior por estar indispuesto).

Librada la correspondiente convocatoria, el Pleno sesionó con la presencia de Fernando Suárez de Ceballos, Oscar Quintana Fernández-Ávila, Humberto Hernández Nodarse, Gabriel de la Torre Campuzano, Francisco V. Jérez Pacheco, Francisco M. Hernández Llópiz, Jesús Valdés García, Andrés de J. Pérez Bustamante e Isidro A. Vilches González, quienes votaron en favor de la solicitud; y los también magistrados Manuel L. Gómez Calvo, Joaquín Ruiz Aramburu, Pedro Lucas Lozano Urquiola, José Argote Valdés, Francisco Firmat Pividal, Armando Rodríguez Valdés, Eradio Bacallao Coto, Julio César Trujillo Hernández, Conrado del Castillo Ruiz, Antonio Bueno Hernández, Álvaro R. García Rojas, Ricardo L. Granda Deben, Alfonso F. Rego Fernández, Máximo Martínez Vélez, Antonio Méndez Anaya, Mario de Rojas Mateo de Acosta, Olga Prohías Quintero y José Montero Céspedes, en contra.

La mayoría de los magistrados que votaron por declarar *no haber lugar* para la solicitud alegaron, como argumentos, que el Pleno carecía de facultades para hacer pronunciamientos de ese tipo, pues las oportunidades para reunirse estaban específicamente determinadas en la Ley orgánica del poder judicial y la convocada no era una de ellas; además, porque la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, por disposición de 5 de noviembre de 1934, ratificada en años anteriores, había expresado que les hacía saber a las audiencias que únicamente era lícito convocar y reunir al Pleno del Tribunal “en los casos en que un precepto de cualquier ley vigente de la República lo autorice y no otras”. Con ese tecnicismo jurídico, se dejó de hacer un inclaudicable pronunciamiento en apoyo al emergente Gobierno Revolucionario.

Como respuesta a tal actitud, los cuatro magistrados firmantes de la solicitud de convocatoria al Pleno, en otro acto de patriotismo y lealtad hacia el pueblo y los principios revolucionarios, y reiterando su intransigencia contra ese desfavorable pronunciamiento del Pleno, emitieron su voto particular, el cual reproduzco a continuación:

Los que suscriben salvando su voto por discrepar absolutamente del acuerdo de la mayoría en el sentido que a continuación se expresa: Primero.- que

invocar acuerdos del Tribunal Supremo correspondientes a los años 1932, 1933 y 1934, o de cualquier otra época anterior a la Revolución, para impugnar la competencia del Pleno en asunto de tan extraordinaria importancia como es HACER CONSTAR nuestra solidaridad con el Gobierno Revolucionario, y que en ningún momento hemos sido interferidos en forma alguna en el libre ejercicio de nuestras funciones, revela a plenitud el resuelto y deliberado propósito de encontrar un pretexto legal, cualquiera que este fuera, inclusive uno tan desacreditado como el de que se ha servido la mayoría, pero que pudiera servirle desde una posición formal legalista para negar su apoyo al fondo de la cuestión planteada. Segundo.- que tal actitud es tan inconsecuente y grave, cuanto que ha tenido que pasar por alto el reciente acuerdo del Pleno del actual Tribunal Supremo con motivo del abandono del cargo y asilo del traidor Emilio Menéndez, y del que hace caso omiso para adherirse a los acuerdos correspondientes al Tribunal Supremo de las épocas de los dictadores Machado y Batista. Tercero.- que se ha comentado insistentemente, que desde hacía algún tiempo el expresidente de esta Audiencia Manuel Hernández y otros Magistrados estuvieron celebrando reuniones mediante las cuales aquel trató de ganarse adeptos que se solidarizaran con su desertión, y algunos se mostraron resueltos a simultanearlos y otros a imitarlos en oportunidades posteriores y previamente convenidas. Que asimismo es público y notorio, que distintos funcionarios judiciales de este Distrito y empleados de esta Audiencia, con distintos pretextos, pero con el único designio de servir a la restitución del poder extranjero en nuestra patria, abandonaron su territorio para refugiarse en el del enemigo y desde allí atacarla y frente a estos hechos se ha mantenido por este Tribunal una actitud pasiva, no obstante tenerse conocimiento de los mismos. Cuarto.- que tal conducta pudiera interpretarse como un apoyo al plan general de agresión del imperialismo norteamericano, y que va encaminado a estimular la desertión en grupo, el asilo de funcionarios, la fuga a Norteamérica, propagar la alarma, la confusión, la falsa idea de la ausencia de garantías en el país, todo lo que pone de entredicho la lealtad al juramento prestado, y plantea la necesidad de aclarar dicha situación. Quinto.- que si este Tribunal ha tenido competencia en ocasiones para acordar la ayuda para la Reforma Agraria, para contribuir a la colecta para la compra de aviones y armas para defender a la Nación y ayudar a los planes de industrialización del Gobierno por el mismo fundamento, la tiene ahora para aportar una vez más su contribución, e impedir en lo que a este Tribunal se refiere, la campaña traicionera de los enemigos de la Nación. Sexto.- que en tal virtud, los que suscriben declaran que nunca había sido ni más legítimo, ni más honrado un acto de este Tribunal, que cuando como en este caso, se le depara la oportunidad de defender y mantener contra todo enemigo nacional o extranjero las leyes revolucionarias, como nos ordena el juramento por todos prestados. La Habana, 14 de diciembre de 1960. (Expediente 272 de 1960, Sala de Gobierno de la Audiencia de La Habana.)

Los sucesos expresados trascendieron de forma notable en la población y crearon una verdadera conmoción en la opinión pública, que provocó la intervención, en los medios televisivos, del Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz, donde críticamente enjuició esos acontecimientos.

La depuración judicial que se desarrollaba se profundizó, librándola de obstáculos y trabas que impedían la toma de conciencia del momento histórico en que el país vivía y estaba necesitada de la unidad de todos. En tal sentido, el 21 de agosto de 1961, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo adoptó el Acuerdo No. 783, que dispuso:

Primero.- que en todos los tribunales y juzgados de la República se organicen cursos de estudio y divulgación sobre el socialismo y la misión fundamental de la justicia socialista, sobre las leyes fundamentales de la Revolución y los métodos de interpretación para la debida protección de la legalidad socialista; sobre la Declaración de La Habana, donde se fijan los objetivos básicos de nuestra Revolución democrática y socialista. Segundo.- los referidos cursos de estudio se organizarán e impartirán de modo que no interfirieran el ejercicio normal y preferentemente del trabajo judicial. Tercero.- se designa a los compañeros Santiago Cuba, Fernando Álvarez Tabío y José García Álvarez para que organicen, y lleven a efecto la realización de los cursos de estudio correspondientes a los trabajadores del Palacio de Justicia, coordinando esas tareas con los demás tribunales y juzgados de la República, de tal modo que pueda ser realizado con carácter uniforme y con las orientaciones del presente Acuerdo, a su vez a los compañeros que habrán de encargarse de cada Distrito Judicial de impartir y coordinar estos cursos, atemperándose a los que acuerde la comisión antes designada. Cuarto.- proponer a las Facultades de Ciencias Sociales, Economía y Derecho de las Universidades oficiales un intercambio cultural en la forma que en definitiva se acuerde. Quinto.- los cursos de estudio a que se refiere este Acuerdo deberán comenzar lo antes posible, a partir del primero de septiembre del presente año de la Educación. (Acuerdo No. 783, de 21 de agosto de 1961, Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.)

Acerca del mencionado Acuerdo, el eminente intelectual, político y revolucionario Juan Marinello publicó un artículo que tituló “Un acuerdo ejemplar”, en el cual, entre otros pronunciamientos decía que: “Su significación es tan relevante como su pertinencia. Se trata, a todas luces, de uno de los documentos de mayor relieve del actual proceso revolucionario, y ello está confirmado por la violencia con que lo han saludado los enemigos de nuestro pueblo”.

Igualmente, el líder de la Revolución y Primer Ministro del Gobierno, en aquel momento, expresó que el Acuerdo era digno de aplausos, pues pasados los días de ímpetu transformador que tenía como objetivo barrer una realidad corrompida, antipopular y antinacional, e iniciada la etapa en que, establecidas las normas fundamentales, ha de robustecerse la legalidad revolucionaria, donde las leyes revolucionarias debían aplicarse con

firmeza y sabiduría, no cerrándole a los ciudadanos el camino de decir sus quejas o reparos, pues una Revolución sin ordenamiento jurídico propio lleva camino de convertirse en subversión anárquica, porque un movimiento liberador de la magnitud histórica como el nuestro, que supo consolidar en leyes sus objetivos, principios y propósitos y, aplica esas leyes con acierto, tiene asegurada la victoria. (*Revista Cubana de Jurisprudencia*, no. 1, enero de 1962.)

La conducta revolucionaria e intransigente mantenida por los cuatro homenajeados, dignos magistrados que supieron mantenerse firmes, tuvo en la Audiencia de La Habana una acertada respuesta con la creación de los círculos de estudio en toda la extensa jurisdicción que, entonces, tenía la provincia de La Habana. Se responsabilizó al Dr. Jesús Valdés García al frente del grupo de magistrados que los impartiría, y se designó a prestigiosos magistrados para atender determinados territorios: el de San José de las Lajas lo presidió el Dr. Mario Ugido Rivero; en Jaruco, el Dr. Humberto Hernández Nodarse; y, en Güines, el Dr. Fernando Suárez Ceballos.

De esa manera, se fue cumpliendo con el espíritu trazado por el Acuerdo referido, que constituye el inicio de un ejemplo que, hasta nuestros días, han mantenido los tribunales populares: el de impartir justicia en nombre del pueblo de Cuba, en defensa de la Revolución y la Patria socialista.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo No. 783, de 21 de agosto de 1961, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

Discurso de apertura de los tribunales, a cargo del Dr. Enrique Hart Ramírez, presidente del Tribunal Supremo.

Expediente 272 de 1960, de la Sala de Gobierno de la Audiencia de La Habana.

“La justicia debe estar al servicio del pueblo”, en *Bohemia*, no. 16, La Habana, 17 de abril de 1960.

Marinello, Juan: “Un acuerdo ejemplar”, en *Revista Cubana de Jurisprudencia*, no. 1, La Habana, enero de 1962.

EL ROL DEL ABOGADO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

M.Sc. Guillermo Rodríguez Gutiérrez,
abogado, Bufete colectivo de La Lisa

En la mayoría de los procesos judiciales es común la participación de los profesionales de las Ciencias Jurídicas dedicados al oficio y al arte de “abogar” por las personas que son partes interesadas en dichos asuntos; constituye esta una garantía de protección en el ejercicio de los posibles derechos que crean asistirle. Ellos son el enlace entre el justiciable y el tribunal. Es el abogado el portador de la pretensión del necesitado, con un sentido profesional, técnico jurídico y ético.¹ De ilustres juristas, y especialmente abogados, está permeada nuestra historia, y los profesionales de hoy debemos honrar ese legado con nuestra modesta participación en los procesos donde debemos intervenir, y una actitud íntegra ante la vida.²

Cierto que es considerada una profesión liberal, pero en nada alejada de la defensa de los intereses públicos y de toda la sociedad, en tanto contribuye a la protección de los derechos individuales tutelados por aquella.³

En Cuba, dicho ejercicio goza de las más amplias garantías, aun cuando tiene un diseño organizacional *sui géneris* respecto a otras latitudes.⁴

- 1 Decreto Ley No. 81, de 8 de junio de 1984, Ediciones MINJUS, Ciudad de La Habana 1985, p. 3: “POR CUANTO: El ejercicio de la abogacía en nuestra patria se efectúa en atención al interés público de esa misión y a su trascendencia social, conforme a determinadas normas, toda vez que la actuación ante los tribunales y otros órganos jurisdicciones está íntimamente relacionada con la realización de la justicia socialista, la represión de las conductas antisociales, el debate sobre derechos e infracciones de normas establecidas y la interpretación y aplicación de las leyes”.
- 2 Fidel Castro Ruz: Discurso de clausura ante la Asociación Americana de Juristas, La Habana, 17 de septiembre de 1987, obtenida del folleto *Información Jurídica del Centro Nacional de Desarrollo Profesional* (número extraordinario) de Ediciones ONBC, pp. 9-10. “Muchos revolucionarios en la historia del hombre han sido abogados; quizás, porque tomaron conciencia, fueron capaces de alcanzar esos valores y desempeñaron un importante papel en la historia”. “Martí, era abogado, Agramonte, era abogado; Céspedes, era abogado; muchos de nuestros próceres de la independencia eran abogados; Lincoln, era abogado; Lenin, era abogado; Marx, era abogado”. “Y si un abogado cualquiera en esas épocas históricas desempeñó un papel importante ¿qué no podrán desempeñar miles de abogados?”.
- 3 Delio Carreras Cuevas: *Cultura para el abogado*, Ediciones ONBC, 2001, p.137: “El abogado y la capacidad de interpretar correctamente las leyes es cosa grave y seria, independientemente de ser el acto de defender en juicio o pleitos o de alegar de la justicia o derecho de las partes, que se valen justamente del abogado para ese fin”.
- 4 Juan Mendoza Díaz: *La abogacía en Cuba*, Ediciones ONBC, La Habana, 1993, p. 11. “Los abogados de la Organización no tienen la condición de empleados, sino la categoría de miembros de esta asociación profesional y están sujetos a un régimen laboral

Aunque la actuación de los abogados en los procesos civiles y de familia tienen distintas etapas, desde el instante en que contacta la persona interesada con el profesional hasta que obtiene la sentencia o resolución que finiquita el proceso, el presente trabajo se concentra básicamente en algunos apuntes de su labor técnica en el inicio de la entrevista con el cliente y en su papel en la comparecencia que es convocada por el tribunal, en virtud del Artículo 42 de la ley de trámites civiles y la aplicación de la Instrucción No. 216 de 2012, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP).

Pretendemos analizar y demostrar la importancia que reviste la presencia del abogado en dicho momento procesal y la contribución que este puede legar a la justicia familiar, cuando se prepara y actúa con exquisita profesionalidad, ética y humanismo, propio de una auténtica formación familiarista, a la vez que se realiza una valoración crítica de las normativas más íntimamente relacionadas con la labor profesional del abogado en esta materia y su posible perfeccionamiento.

PREPARACIÓN ESPECIALIZADA

No hay que ser necesariamente erudito ni tenaz y eficiente conocedor de la psicología, la sociología, la medicina, la antropología, la filosofía y otras ramas del saber para ser abogado particularmente dedicado al Derecho de familia. Lo más trascendente, lo primario, es ser un buen ser humano, tener sensibilidad natural, amor hacia los niños, la familia, estar consciente de la importancia de la formación armónica e integral de los infantes y adolescentes, tener una actitud ética, ser capaz de defender con vehemencia los mejores valores humanos, ser veraz, y tener habilidades para conciliar.

No se debe asumir un contrato para defender un asunto en materia familiar cualquiera que este sea, como un número más, ni para cumplir un plan de contratación, y ello comienza desde que se sienta ante el letrado la persona a desahogar su pena, rencor, rechazo, sus dudas, inquietudes o su problemática en ese ámbito. Desde ese primer contacto, se puede ganar o perder la batalla, que no es la contienda contra el adversario, sino la lucha por alcanzar un acuerdo o una solución viable y beneficiosa para todos, particularmente para los menores que puedan estar en el centro del conflicto. El conjugar armónicamente el interés de parte que debe defender el abogado, con el expresado fin, requiere de una labor muy profesional. La actuación letrada en todo caso es convencer, motivar para llegar a ese fin o solución beneficiosa siempre que sea viable, y como primera opción antes de litigar.

y disciplinario diferente del de los juristas que trabajan en otros organismos, lo que se corresponde con las exigencias que sobre el particular quedaron establecidas, en los Principios básicos sobre la función de los abogados, aprobados en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente”.

Es clásico en el cotidiano bregar que se califique a los abogados, en dependencia de la materia del derecho que habitualmente más trabajan, en penalistas, laboristas, civilistas, etc.; pero, dentro de este último, se va haciendo más indispensable una especialización, en Derecho de familia, como familistas, con una carga transdisciplinaria, desde el lado más sensible del derecho, el más humano.

Es curioso que, a pesar de ser los asuntos de familia abrumadoramente los más asiduos en las estadísticas de los tribunales de instancia⁵ y, por consiguiente, lo que más hacen los abogados civilistas, no por ello significa que estén imbuidos en su actuación de un auténtico espíritu familista, pues lo que ha sucedido es una asimilación de las bases y principios litigantes del proceso civil, que es, además, supletorio para las otras ramas. No obstante, la situación actual ha ido cambiando, entre otras variadas acciones, con las nuevas instrucciones del máximo órgano de justicia del país.

Esta especialización, no ya por el simple incursionar en esta materia, sino desde la óptica organizacional o gremial, no es nueva en el mundo. La más antigua es la Unión Internacional de Avocats (UIA), unida a varias instituciones de este corte creadas en el Reino Unido.⁶

Los cubanos debemos alcanzar igual especialización tomando en cuenta y respetando las características de la familia cubana, sus bases políticas, económicas, sociales.

Aunque es muy importante la transdisciplinarietà, no necesitamos ser psicólogos de profesión, ni sociólogos, aunque incorporar conocimientos básicos o tener un bagaje en ese orden contribuye a una mejor inserción y a que la natural vocación se desarrolle y fortalezca. Es por ello que resultó de gran utilidad la preparación que, en el último lustro, se pudo materializar con denodado afán en la formación de nuevos másteres en Derecho de familia, sustentados en la transmisión de altos conocimientos de distintas disciplinas, por valiosísimos profesores y académicos que no solo han renovado su espíritu y conciencia del Derecho de familia, sino que, además, han continuado alentando su estudio y profundización en bien de una superior justicia familiar.

5 La mayoría de los procesos que se tramitan en la jurisdicción civil son cuestiones de índole familiar. Según estimados del Tribunal Supremo Popular (TSP), que rectora la aplicación de las normas familiares en el sistema judicial cubano, más del 80% de los asuntos de que conocen y resuelven los tribunales en Cuba son de orden familiar. En 2008, los tribunales civiles municipales tramitaron alrededor de 42 600 casos y, de ellos, el 80,5% guardaba relación con el Derecho de familia: los divorcios constituyen más de la mitad de los casos con el 57,7% de la radicación y los juicios sobre alimentos representan el 9,3%. (Liyelis González García: *La violencia intrafamiliar y el procedimiento especial de familia*, trabajo de Diploma bajo la dirección de la M.Sc. Yamila González Ferrer, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 2010, p. 67.)

6 Paulo Lins E. Silva: "La historia y la ética del abogado de familia" (conferencia magistral en Abogacía, 2012, Palacio de Convenciones), en *Abogacía y derecho, gestión de conflictos jurídicos*, Ediciones ONBC, La Habana, 2012, p. 151.

Cuando llega el cliente al bufete, generalmente está plagado de angustias, preocupaciones por el conflicto, en ocasiones, viene acompañado de otro familiar, fundamentalmente cuando son muy jóvenes, o bien de su nuevo cónyuge. Nada obsta para que, en ese conocimiento previo, el abogado convoque y se entreviste, si resulta necesario y los interesados aceptan, a los abuelos u otros parientes cercanos que puedan darle luz sobre el caso, antes de proceder a la contratación formal del asunto.

En este tipo de materia, es mucho más importante que en otros tipos de contiendas escuchar con detenimiento toda la historia del cliente, y que lo esencial de esta quede reflejada en el cuaderno de trabajo, como exigen nuestros parámetros de calidad, porque sin duda estamos ante pasiones encontradas, sentimientos lacerados, y casi todo el conflicto actual tiene un fundamento histórico en esa familia, en un pasado, a veces en una formación dislocada que se recibió desde la infancia, en un hogar disfuncional, y que los actuales actores inconscientemente reproducen.

También debe observarse la proyección de la persona, edad, nivel alcanzado, extracción social, pero únicamente para aumentar la capacidad de comprensión del interlocutor y, hasta cierto punto, tratar de ponerse en su lugar, mas siempre tratando de despojarse de prejuicios por cuestiones de género, raza, origen nacional, y cualquier otro elemento discriminatorio.

Generalmente, es el abogado el primer profesional del derecho que conoce del caso o a quien se aproxima el interesado. Somos la primera barrera, el primer eslabón, y de ese primer contacto pueden derivarse muchas cosas a favor o en contra, puede que la persona resuelva incluso el conflicto en esa sola consulta profesional, ética, profunda; puede derivarse en mediación, esclarecerse puntos oscuros para el cliente, quedando despejado mejor el objeto del conflicto.

En la consulta, en ocasiones, el cliente devela problemas de la más profunda intimidad, que no acontece necesariamente en otras materias, donde es frecuente que el cliente oculte o niegue aspectos importantes del hecho o de su conducta aun a su propio defensor; por tanto, es recomendable tener un ambiente relajado de privacidad.

De modo que siempre la primera opción será lograr un acuerdo satisfactorio, aun cuando en apariencia, por el relato del cliente, sean supuestamente irreconciliables las posiciones. En última instancia, no hay que olvidar que estamos escuchando la posición de una sola de las partes. De concurrir ambos en un mismo acto, entonces, ya es señal inequívoca de que puede objetivamente obtenerse dicho concurso y no debe perderse la oportunidad que ese momento ofrece.⁷

7 Lins E. Silva: p. 166: "De nosotros, abogados de familia, debe partir un principio de conducta ejemplar en el cumplimiento de la práctica profesional. Somos responsables por el destino del futuro de la base social del Estado, y si hiciéramos de nuestra militancia una

Para los que nos dedicamos al Derecho de familia, es básico, además de profundizar la relación abogado-cliente por derroteros más conciliadores, cambiar igualmente el estilo de confrontación con el colega con el cual se enfrenta en el estrado, no para ceder libérrimamente, ni para tener una actitud pasiva, pues ello contraviene con su función, sino que en un principio no debe ver a su compañero como un enemigo, sino como un posible colaborador. Si las circunstancias resultan muy adversas e irreconciliables en el conflicto, habrá que litigar inexorablemente, pero que ello sea producto, en todo caso, de la posición contumaz del cliente, nunca porque el abogado haya atizado las pasiones o las diferencias entre las partes.

PECULIAR INTERVENCIÓN EN LOS ACTOS JUDICIALES

De todos los actos procesales, en la sustanciación de estos asuntos, es a la comparecencia a que se contrae el Artículo 42 de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), a la que precisamente le dedica primordial atención la Instrucción No. 216, del CG-TSP, una de las disposiciones más renovadoras y audaces dictadas por el máximo órgano de justicia del país en esta materia,⁸ que le permitió a la justicia familiar adecuarse a las nuevas tendencias del Derecho procesal y a las corrientes filosóficas de la mayor protección a los derechos de los menores.⁹

Este precepto se convirtió, de un artículo virtualmente preterido dentro del ritualismo procesal, en el artífice y valladar que salva las peculiaridades de la materia familiar, otorgándole una dimensión que le permite fomentar y procesar las delicadas y complejas especificidades de los conflictos de familia, a falta de una modificación legislativa y ser, además, un momento propicio para el llamamiento al proceso de terceros con interés legítimo.

Este es el escenario donde se desarrollan trascendentales acciones para todo el proceso ulterior, donde se gesta la acción conciliadora con

mercantilización en búsqueda de beneficios materiales y subjetivos, eso traería consecuencias desastrosas y nos haría responsables por un futuro inestable e incierto de la propia nación en que vivimos”.

8 Instrucción No. 216, de 17 de mayo de 2012, del CGTSP, publicada en la *Gaceta Oficial de la República*, en la edición ordinaria no. 21, del viernes 22 de junio de 2012, pp. 681-683.

9 Olga Mesa Castillo: “La experiencia de las salas de justicia familiar: Validación de la naturaleza y el enfoque interdisciplinario del Derecho de familia”, conferencia impartida en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, en Mar del Plata, Argentina, octubre 2012, p. 15: “Sobre estas disposiciones del Tribunal Supremo, algunos procesalistas patrios consideran críticamente que solo consiguen mitigar las disfunciones del proceso civil en vigor, mediante su flexible interpretación, pero que en definitiva no satisfacen los requerimientos necesarios de un procedimiento especial para asuntos de familia”.

las partes, interviene siempre el fiscal, se escucha a los abuelos, con el carácter de terceros intervinientes, tendremos la valoración técnica y asesora del equipo multidisciplinario, si bien este tiene una intervención previa necesaria con el acceso a las actuaciones, y deriva la posterior escucha al menor, si fuera dispuesto.

Así, la fuerza colectiva, cada cual desde su rol, puede lograr aportes a la solución del conflicto.

Sin duda, la intención de los redactores de la instrucción es el contacto directo y escucha de las partes y, en ese orden, van pronunciándose los demás que participan, pero el abogado es el último en dicha escala de prelación, hasta el punto de que puede celebrarse el acto sin su presencia, lo que devela que, al menos en este acto, no es precisamente para ser escuchado.

Ahora bien, disponer la celebración de la comparecencia aun sin la representación letrada, lo cual consideramos que debe ser muy excepcional, pues es obligación elemental del abogado asistir a todos los actos del proceso, no significa que, cuando esté presente, sea minimizado su alegato.

Al citarse a los abogados, según la Metodología anexa a la instrucción, se observa que es al único al que se le fija una clara advertencia, al señalársele que podrá intervenir, pero sin repeticiones de lo ya expuesto.

Transpira la norma un cuidado o prevención respecto a la participación letrada, que llama sin duda a la reflexión, y que pudiera haberse basado en la experiencia práctica o antecedentes de situaciones con determinados operadores que, en ciertos casos, no hayan articulado intervenciones con el verdadero espíritu familista que debe caracterizar estos asuntos, y se les haya hecho difícil desprenderse del espíritu litigante y contradictorio del procedimiento civil tradicional, dificultando los acuerdos, cuando estos pudieran objetivamente lograrse en el caso concreto debatido; igualmente criticable resulta que utilicen su intervención como una prolongación de la fase de alegaciones, o para suplir omisiones en sus escritos polémicos, porque ello lacera a aquellos que, con exquisita profesionalidad, han realizado su labor contribuyendo a la conciliación o se afanan en esa dirección.

De lo anterior, se colige, en primer lugar, más que una crítica, el alertar que todos los abogados deban contribuir eficazmente a elevar su papel en los procesos de familia, sin dejar de cumplir su función defensora, e incrementar la profesionalidad con intervenciones atinentes al momento procesal en que se hallen, concretas, prácticas, cargadas de buena fe, positividad, humanismo, ánimo conciliador, aportando soluciones, en fin, poco a poco, hacerse imprescindibles, no por su condición de letrados en sí, sino por su aporte beneficioso y sustancial en el debate y la posible solución a la controversia, lo que no sucede actualmente ni es el objetivo de la instrucción, pues ciertamente la regulación de que la ausencia del abogado

no es causa para la suspensión del acto sitúa teóricamente en un plano secundario su papel.

El derrotero a seguir, en mi opinión, debe ser la constante superación e, incluso, la habilitación de abogados con una concepción renovada, actual y esencialmente humana del Derecho de familia, desprovistos de beligerancia banal, apertrechados de la importancia de preservar en el proceso los más altos valores de la familia, aun cuando el acuerdo difiera de la pretensión originalmente esgrimida, o de la contestación.

La Instrucción No. 216 precisa los fines de la comparecencia:

- Sanear el proceso, es decir, dejar bien esclarecidos los hechos y las pretensiones, concretizando lo que es objeto del debate y sustrayendo todo aquello que lo enturbie.
- Fijar los términos del debate donde quedarían definidas no solo las posiciones claras de cada parte, sino el enfoque de cada una de ellas y el marco en el cual se desarrollará la controversia.
- En los casos en que resulte pertinente, por su naturaleza disponible, fomentar el diálogo constructivo mediante la conciliación para lograr acuerdos.

Aunque estos objetivos son fines en sí mismos, el fin último de cualquier modo lo sería el acuerdo que armonice con los intereses familiares.

La participación de los abuelos como terceros se dispondrá según el apartado quinto, luego del resultado de la comparecencia, si resultara imprescindible; pero ello, considero, no obsta para que el letrado, desde la fase de alegaciones, dibuje esta posibilidad y, además, su posible admisión, dado el conocimiento adelantado que tiene del conflicto, fundamentalmente en el caso del actor.

Se pretende con ello proteger la relación afectiva abuelos-nietos tan necesaria igualmente en la formación de nuestros niños, niñas y adolescentes.

El tribunal, de no mediar acuerdo, procederá a pronunciarse sobre la admisión de las pruebas oportunamente propuestas; o sea, ello excluye cualquier intento de proponer alguna otra no incluida en los escritos polémicos. Pudiera quererse en ese acto introducir nuevos documentos o pruebas, quizás a raíz de los propios debates acontecidos que, aunque atinadas en el fondo, procesalmente no son admisibles, pese a la importancia que pudieran tener para el interés del menor, ni en ese momento ni en todo el proceso, si se es coherente con las limitaciones que, al menos para las partes, supone el Artículo 248 en relación con el 623, apartados 3 y 4, de la ley procesal, pudiendo únicamente de oficio obtenerse una flexibilización de la admisión de pruebas para mejor proveer, lo que califica como un motivo adicional de las trabas o inconvenientes que alberga el procedimiento civil para resolver o enfrentar las peculiaridades de los asuntos de familia.

El CGTSP, y todos los académicos y especialistas que contribuyeron a que se dictara una Instrucción como la No. 216/2012 merecen todo el reconocimiento de la comunidad jurídica del país. Dicha instrucción fue audaz y

muy oportuna, y no creemos que, por ahora, se le deba pedir mucho más, ya que surge por la voluntad integradora y el ejercicio de la función tuitiva que le viene asignada a los tribunales que, por las posibilidades derivadas del ritualismo del proceso civil, lo hace más limitado.

El apartado noveno introduce la novedosa y valiente decisión de las medidas cautelares que garantizan un nivel de ejecutabilidad inmediata, lo que favorece a la justicia. Sobre este aspecto, mucho se ha escrito, y podría ser objeto de otros trabajos en profundidad, pero baste decir que el abogado debe saber aprovechar con inteligencia, y de forma previsoramente, este tipo de medidas en beneficio no solo de la pretensión, sino básicamente cuando lo considere oportuno para el interés del menor o adolescente, previa discusión con el cliente de la forma y tipo de medida a solicitar.¹⁰

El abogado tiene que despojarse del “ánimus” de litigar, del interés de “ganar” el proceso a toda costa obteniendo la pretensión de su mandante, aunque esta no sea congruente con lo mejor para el menor. Tiene que ser capaz de motivar a su poderdante, ejercer una función pedagógica, hacerlo razonar y reflexionar previo a la comparecencia. No obstante, debe ser particularmente cuidadoso en el accionar por la “calidad” y autenticidad del acuerdo a que se arribe, porque no puede sentir ninguna de las partes que existe determinada presión para lograrlo a ultranza ni que se vulneran sus derechos, a fin de evitar que se produzcan recursos posteriores contra la resolución que aprueba el acuerdo, como ha sucedido excepcionalmente, y parecería contradictorio, si es que se había logrado un entendimiento sólido y, además, porque un acuerdo consciente, que las personas entiendan y asimilen, es mucho más fácil su ejecución.

El litigar a toda costa pone en posición vulnerable a su cliente, al ir contra el espíritu mismo reinante en estos procesos; no es inteligente ni beneficioso para nadie y dificulta la labor del juzgador.

El abogado se sitúa, físicamente en el acto, al lado de su cliente, según la Metodología, para poder comunicarse constantemente entre ambos, y hacerlo en privado durante el acto, si se solicita.

No obstante, creo, teóricamente hablando, pues no está así regulado actualmente, que para cuando, a criterio del tribunal, bien de oficio o a instancia de partes, a pesar de haberse realizado un esfuerzo por todos los intervinientes, no se haya podido alcanzar un acuerdo, se creará un

10 Instrucción No. 216, de 17 de mayo de 2012, CGTSP. En la fundamentación del noveno apartado, se refiere que: “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 se aprecie que existen circunstancias que las hagan aconsejables; para lo que se aplicará, en lo pertinente además de las normas que regulan el embargo de bienes y las medidas provisionales, las disposiciones contenidas de los artículos 40 y del 799 al 810 de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico”.

espacio de menor tensión para las partes, como lo es la sede judicial, y sea una de las vías a emplear la concesión a estas y sus representantes de conciliar por sí mismas, en un término prudencial, y que presenten el acuerdo al que arribaron, haciendo un símil con el tratamiento dado a las partes en procedimiento económico, en el Artículo 772 de la LPCALE, conforme quedó introducido por el Decreto Ley 241/06, aunque con las adecuaciones correspondientes que no signifiquen una dilación excesiva en la solución del conflicto.¹¹

De cualquier modo, en la práctica, en general, los jueces de oficio o a instancia de las partes o sus letrados, acceden a que estos, por un tiempo prudencial y todo dentro del mismo acto, se reúnan, a fin de que arriben a un concenso, limando asperezas, e informen de si llegaron, o no, a un acuerdo concreto que, en tal caso, someten a la consideración y aprobación del juzgador.

Particularmente en la experiencia vivida, ha dado muy buenos resultados el conversar primero los letrados entre sí, para que a continuación, cada uno contacte con su representado por separado, incorporando, si fuera el caso, a los abuelos por esa línea y, posteriormente, un encuentro conjunto de todos, pero llevando ya una propuesta concreta de acuerdo acompañada de la correspondiente fundamentación previamente concensuada con las partes en los contactos individuales que se sostuvieron por separado, primando en todo momento la franqueza y la transparencia.

En muchos casos, somos padres, abuelos, tíos, padrastros, o cualquier otra posición dentro de la familia y con frecuencia transmitimos nuestra propia experiencia personal que pueda servir de pauta para llevar la comprensión a los litigantes, pero todo ello de forma correcta, e inteligente, sin imposiciones, respetando las especificidades del caso, y buscando los puntos comunes, tratando de no retroceder en lo logrado e ir directo a aquello que pueda quedar de discrepancia; no obstante, todo debe hacerse con relativa agilidad y concreción, sin perder la profundidad de lo que se discute, pues tampoco puede constituir ello un escenario que se prolongue

11 Decreto Ley No. 241/2006, Consejo de Estado, *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria no. 33, de 27 de septiembre de 2006, p. 330, Artículo 772: "En cualquier estado del proceso, cuando el tribunal aprecie que se hace necesario o aconsejable que las partes alcancen mayor grado de comunicación al objeto de establecer, o resolver por sí mismas, algunos de los extremos asociados a las pretensiones deducidas, puede fijar un plazo prudencial para que éstas procedan a conciliar.

"En su caso, a solicitud de las partes, el tribunal podrá disponer una prórroga del término concedido para la conciliación.

"Dentro del término fijado por el tribunal, o de la prórroga concedida, las partes vendrán obligadas a presentar a este informe con los resultados alcanzados en la conciliación".

Artículo 773.- "Celebrada la conciliación, si las partes llegaran a acuerdo concluyente, el tribunal verificará los extremos que consten de la transacción e impartirá, en su caso, su aprobación mediante auto fundado por el cual se pondrá fin al proceso".

excesivamente en el tiempo, ya que el tribunal por lo regular espera por ese y otros señalamientos más, y estamos en presencia de un solo acto, que no admite innecesaria dilación.

Las partes deben estar alertadas por el representante procesal, amén de lograr el acuerdo que resulte válido y beneficioso, de que cualquier manifestación en el acto puede tener la fuerza probatoria de la confesión judicial, a tenor del punto 16 de la Metodología para la celebración de la comparecencia, anexa a la Instrucción No. 216 en relación con el Artículo 260 de la LP-CALE y sobre lo cual no sería preciso articular pruebas, confesión que puede beneficiarle o perjudicarlo a su interés.

En el accionar del letrado en estos procesos, si bien no siempre puede haber sido todo lo loable que se demanda en determinados casos, no debe obviarse que el abogado familista es representante procesal; pero, a su vez, ha de desdoblarse, según se requiera, en asesor, consejero, confesor, conciliador, hasta censor del cliente, nunca defensor a ultranza, nunca provocador de situaciones de conflicto. Esos son los abogados a que debemos aspirar y que, de hecho, tenemos, solo que hay que motivarlos, prepararlos, convocarlos. Creo que una experiencia plausible la constituyeron las ediciones de la Maestría interdisciplinaria de Derecho de familia.

Distinto es que el tribunal aprecie que hay una posición manifiestamente obstaculizadora al diálogo para lo cual baste con hacer un llamado al representante que incurra en dicha actitud, o la aplicación, ante la reiteración, de las correcciones disciplinarias previstas en los artículos del 184 al 193 de la LPCALE.

Las características del proceso obligan a que el abogado tenga o acuda con buena fe y voluntad conciliadora, pero, por otra parte, también tiene que acudir desde los escritos polémicos, con las pruebas de que intente valerse en el caso de los procesos sumarios e incidentales, y consciente de que no puede modificar en la comparecencia. En el ordinario, es salvable en la fase probatoria, al ser posterior a dicha comparecencia, el periodo de proposición.

Las pruebas que tradicionalmente más se emplean son las documentales privadas o públicas, según sea el caso, de distintas organizaciones sociales que están presentes en la comunidad, en el entorno existencial del conflicto, vecinos, de centros de trabajo o estudios, de los médicos de familia u otros profesionales de la salud que hayan atendido al menor por dolencias o tratamientos determinados o bien por situaciones de índole psicológica que se deriven del conflicto, testificales de familiares, amigos y otros, sin descartar periciales de diferente índole, en dependencia del elemento fáctico que se desee probar.

En este aspecto, las situaciones pueden ser diversas, en dependencia del asunto y de la profesionalidad del letrado, pero no debe abusarse de la articulación de pruebas que, en muchos casos, resultan innecesarias para

el logro de la pretensión que se formula. En ocasiones, hay personas caprichosas en cuanto a su interés de proponer determinada prueba, que es a todas luces innecesaria o improcedente, bien en calidad o en su extensión y, en tal caso, con sumo cuidado, es deber convencerla del error, con todo el arsenal técnico-profesional con que cuenta el letrado, y con el apoyo de la ley, amén de dejar consignada en la entrevista, o en la hoja de trámites, lo que finalmente se decida alrededor de ese punto por la responsabilidad que ello reviste en la relación abogado-cliente y la calidad en el servicio jurídico.

Es por ello que la instrucción aporta precisiones que son indicaciones dadas al juzgador para examinar, de oficio, con independencia de que hayan sido propuestas por las partes oportunamente, tanto a testigos representantes de las organizaciones de masas de la comunidad, maestros vinculados a la educación de los menores y otros funcionarios afines, incluida la revisión de los expedientes que estén habilitados por las entidades oficiales en relación con el asunto en disputa.

Los letrados, en el contenido de las pruebas o en las testificales, deben evitar los interrogatorios que, tal vez sin llegar a ser capciosos, sugestivos o impertinentes (recae en ellos la improcedencia procesal apreciable por el juez), en el fondo, sutilmente, lleven cargas de agresividad hacia la contraparte o a la condición de madre o padre. Es deber de todos tender a la perfección en el tratamiento ético de estos asuntos.

La Dra. Olga Mesa Castillo sabiamente nos alerta que “el Derecho de familia es un derecho específico y singular, perfectamente diferenciado del Derecho civil, su naturaleza jurídica se basa en consideraciones ideológicas, políticas y éticas y en los altos intereses sociales contenidos en las instituciones por él tuteladas”.¹²

En ese cauce, la prestigiosa catedrática pondera al Derecho de familia más público que privado y más social que público, y coincide con prestigiosas juristas argentinas¹³ en la llamada “humanización, internacionalización o constitucionalización” del Derecho de familia que, a mi juicio, lo vincula cada vez más con la doctrina general de los derechos humanos.

Mención aparte, del único acto que se realiza *inaudita pars* y particularmente vetado para los abogados: La escucha del menor. Aquí solo interviene el fiscal, el juez ponente (o sea, excluye también a los jueces legos) y un psicólogo del equipo multidisciplinario, y su objetivo es claro, y no obstante la importancia de la labor del letrado, no se debe victimizar al menor, pero creo que deben valorarse para el futuro ciertas excepciones, por ejemplo en los adolescentes, dado el progresivo incremento de su capacidad volitiva y en dependencia de cuál es el punto neurálgico de la disputa.

12 Olga Mesa Castillo: *Derecho de familia*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2010, p. 25.

13 Aida Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera: “Matrimonio, orientación sexual y familiar, un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica”, en *La Ley*, Buenos Aires, 04/06/2010, p. 1, citado por Olga Mesa Castillo, *Op. cit.*, p. 16.

La exploración del menor en lo penal tiene sus antecedentes y características propias, diferentes ciertamente al concepto de escucha y donde el abogado sí participa, aunque las partes no están directamente en el escenario visual del menor, cuando se practica en la fase preparatoria por ser víctimas de delitos contra el honor o la sexualidad, y con sus peculiaridades en el juicio oral, pero con presencia de las partes.

En el esfuerzo por armonizar el ordenamiento procesal civil cubano con las peculiaridades de la justicia familiar, se ha dado un fenómeno curioso frente al principio tradicional de supletoriedad de las normas del Derecho civil, que algunos estudiosos llaman supletoriedad invertida, pues ha sido el éxito demostrado de la aplicación de las novedosas prácticas de la justicia familiar las que han servido de sustento para hacerlas extensivas a los procesos civiles, como aconteció con la aprobación de la ya derogada Instrucción No. 191/2009 y la vigente Instrucción No. 217/2012, ambas del CGTSP.¹⁴

De modo que los abogados civilistas han visto invadir el procedimiento con las influencias de los cambios de visión provenientes de la justicia familiar, y a tono con ello deben ser, también, artífices de su correcta aplicación en lo que les concierne.

A MODO DE CONCLUSIONES

El Derecho de familia pretende alcanzar una visión cada vez más humana, más integradora, que garantice una real y efectiva tutela pública a sus destinatarios. La actuación de nuestros jueces es vital y el eje central alrededor del cual se sustenta la calidad en la solución del conflicto; sin embargo, ello no es lograble completamente si no es con la intervención, desde el primer momento del conflicto, de abogados con una concepción renovada, diferente, humana y particularmente ética y profesional del Derecho de familia, ya que, por lo general, son los pioneros en la atención a estos asuntos, y la puerta de entrada al conocimiento del tribunal y los demás participantes en el proceso.

La posibilidad de acuerdo no nace siempre en la comparecencia misma, sino que sus bases pueden surgir desde la entrevista que sostiene por primera vez el cliente con el abogado, mucho antes de la concertación del contrato de servicios jurídicos.

No debe ser nunca la primera opción la de sostener un espíritu beligerante en los asuntos de familia, como acontece frecuentemente en las contiendas patrimoniales, pues resulta particularmente sensible esta impronta, cuando

14 Instrucción No. 217, de 17 de julio de 2012, del CGTSP, publicada en el no. 32 de la edición ordinaria de la *Gaceta Oficial de la República*, el 6 de agosto de 2012.

nos encontramos en el centro de la litis o del proceso a niñas, niños o adolescentes, aunque ello no excluye que, si fuera necesario, se litigue con la profesionalidad, técnica y pasión necesarias, pero llevar ese derrotero solo como ultima ratio.

Es por todo ello que, en atención a las corrientes actuales del Derecho de familia, resulta tan atinente desarrollar una vocación auténticamente familiarista, en los profesionales que se desempeñan en esta rama, como sustento del nuevo rol que deban desempeñar en el proceso.

Se requiere de una especial sensibilidad y actuación ética no solo con el necesitado incurso en la problemática familiar, las demás partes o terceros intervinientes, sino igualmente hacia los colegas que actúan como contrapartes y hacia los juzgadores.

Los abogados, en cada actuación, debemos partir del principio de ver al letrado que representa a la contraparte como un colaborador, con el cual se debe trabajar a fin de llegar a una solución o propuesta que facilite el acuerdo, que responda a lo mejor para los menores dentro de las peculiaridades del asunto concreto sometido al tribunal, e incluso lograr fuera de los estrados una labor igualmente consecuente que contribuya, con su asesoría, al cabal cumplimiento de las decisiones judiciales.

La aprobación y puesta en marcha de la Instrucción No. 216/2012, del CGTSP, no solo constituye un importante hito para pretender armonizar las peculiaridades de la justicia familiar con el procedimiento civil vigente, sino también sienta una posición de avanzada de nuestros magistrados, aunque, como toda obra humana, es susceptible de mejorías y de rediseñar, en mi opinión, un mejor papel de los abogados en el proceso.

En este aspecto, deben encaminarse los esfuerzos en dos direcciones, que converjan y se unan por un mismo fin: de una parte, el salto que se necesita de la membresía de abogados de alcanzar un mayor nivel de profesionalidad, humanidad, espíritu conciliador, apoyados en la ciencia del derecho y en la transdisciplina en función de las peculiaridades del proceso familiar; la continuidad de maestrías, especialidades o al menos de cursos de postgrado es una corriente que no debe abandonarse. De otra parte, que se avance paralelamente en la más apropiada integración de los abogados en la solución de los conflictos familiares, como garantía de avanzar mucho más en la obtención de una verdadera justicia familiar. Nuestras niñas, niños y adolescentes lo agradecerán.

ACTUALIDAD JUDICIAL

Lic. Celaida Rivero Mederos
especialista judicial, TSP

MÉRITO JUDICIAL

CON motivo del 40.º aniversario de la constitución del Sistema de Tribunales Populares, se rindió homenaje a compañeros que han contribuido, de manera destacada, a la administración de justicia en Cuba.

En primer lugar, por su ejemplar actitud, consagración y notable contribución al desempeño efectivo y transparente de la justicia, se les entregó el Reconocimiento al Mérito Judicial al Comandante en Jefe Fidel Castro; al General de Ejército Raúl Castro; y a José Ramón Machado Ventura, segundo secretario del Partido Comunista de Cuba.

Asimismo, fueron reconocidas varias personalidades del ámbito jurídico, jueces y trabajadores del Sistema, por su consagrada, ejemplar y sostenida trayectoria en nuestros tribunales: José R. Amaro Salup, Juan Escalona Reguera, Graciela Prieto Martín, Plácido Batista Veranes, Carlos M. Díaz Tenreiro, Nancy O. Morales González, Eulogio A. Roque Díaz, José F. León Rivas, María M. Fagundo Morín, Miriam Quintana Iglesias, Martha M. Miranda Milord, José R. González Guadarramas, Carmen R. Rojas Álvarez, Nereida M. Castañeda Delgado, Pablo Prendes Lima, Ramón Rodríguez Bernal, Roque E. Silvera Reyes, Claribel

Lorenzo Morffi, Elio A. Estrada Heredia, Alberto E. Sánchez Concepción, Liduvino B. Reyes Gutiérrez, Manuel Meléndez Blanco, José M. Liranza Tamayo, César Morales Acosta y Juan A. Ortega Landestoy.

DESARROLLAN I.º SIMPOSIO SOBRE PROCEDIMIENTO DE FAMILIA

El 17 de septiembre de 2013, se desarrolló el *I Simposio sobre la práctica judicial en el procedimiento de familia*, organizado por el Tribunal Supremo Popular (TSP) con vistas a trabajar por el perfeccionamiento de la labor de los tribunales en la solución de conflictos en esa materia.

Las sesiones se centraron en tres paneles:

- 1.-“La conciliación judicial en los procesos de familia”, a cargo de las juezas Isabel Arredondo Suárez (TSP) y Greisy Gutiérrez Turiño (TPP, La Habana).
- 2.-“La comparecencia conforme al Artículo 42 de la LPCALE; calidad de su celebración en los procesos de familia”, por las juezas Yanet Alfaro Guillén (TSP) y Mailín Merencio Martín (TPP, La Habana)
- 3.-“La interdisciplina en los procesos de familia”, de Yomays Olivares Gaínza (TPP, La Habana).

Además de las ideas centrales explicadas por los ponentes en cada uno de ellos, las múltiples intervenciones de los participantes enriquecieron sobremanera los debates, en particularlas de Rubén Remigio Ferrero, presidente del TSP; Carlos Días Tenreiro, presidente de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP; Olga Mesa Castillo y Juan Mendoza Díaz, catedráticos de la Universidad de La Habana; Ariel Mantecón, presidente de la ONBC; Teresa Amarelle, secretaria general de la FMC; y Yamila González Ferrer, secretaria de la UNJC, entre otros directivos, especialistas y jueces que ejecutan estas experiencias en el ámbito del procedimiento de familia.

De especial interés fue la conferencia magistral impartida por el psicólogo Manuel Calviño, en la que esbozó los elementos que caracterizan los cambios que se han ido produciendo en la familia cubana.

En las palabras de clausura, Remigio Ferrero remarcó que, entre todos, debemos seguir construyendo un camino y un propósito en el ámbito de resolver los conflictos familiares, cuestión esta que va más allá del papel de los tribunales, pues no termina en ellos, sino con su seguimiento. Finalmente, acotó que existen asuntos que requieren de la intervención de la interdisciplinariedad, con un dictamen que ayude al tribunal en la toma de decisión o en la conciliación de un diferendo.

(Para mayor información, y detalles, véase el material audiovisual preparado por el TSP, disponible en el Centro Nacional de Documentación e Información Judicial y sus unidades territoriales).

REUNIÓN DE BALANCE ANUAL

El 31 de enero de 2014, se realizó la reunión de balance anual del Sistema de Tribunales Populares, donde se analizaron los resultados de los principales indicadores de trabajo de la actividad judicial, durante 2013.

Sobresalieron los temas relacionados con el cambio de competencia en la materia penal, los avances en el perfeccionamiento del proceso civil, la uniformidad en la práctica del procedimiento de familia, el impacto de calidad como resultado de la capacitación a la totalidad de los jueces de lo laboral y la actuación de los nuevos sujetos del sector no estatal en los procesos económicos. También se revisó el comportamiento de la atención a la población, los resultados de las inspecciones a la actividad judicial, la evaluación del desempeño de cuadros, jueces y trabajadores, la actividad de formación y desarrollo, los resultados de la labor investigativa, los avances en la informática y en el mejoramiento constructivo de las sedes judiciales.

Rubén Remigio Ferrero, presidente del Tribunal Supremo Popular (TSP) reflexionó acerca del llamado que hiciera el General de Ejército Raúl Castro Ruz, en la primera sesión ordinaria de la VIII legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, el 7 de julio de 2013, a la lucha constante en el fortalecimiento de un clima permanente de orden, disciplina y exigencia en la sociedad cubana, en particular cuando recalcó que “los órganos estatales, cada

uno en lo que le corresponde, entre ellos los tribunales, deben contribuir a este empeño, siendo los primeros en dar ejemplo de apego irrestricto a la ley, reforzando así su autoridad ante la sociedad y asegurando el apoyo de la población (...).”

Finalmente, se dio a conocer la creación de dos nuevas direcciones: 1) Comunicación Institucional y Relaciones Internacionales; y 2) Organización, Planificación e Información, esta última con un activo papel en la implementación de la Instrucción No. 1, del presidente de los Consejos de Estado y de Ministros, para la planificación de los objetivos y actividades en el Sistema de Tribunales Populares.

Estuvieron presentes Homero Acosta Álvarez, secretario del Consejo de Estado, José Luis Toledo Santander, presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular, y representantes del Comité Central del Partido, del Sindicato de la Administración Pública, la Fiscalía General de la República, los ministerios del Interior y de Justicia, y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos. Asistieron, también, jueces del TSP, los presidentes y vicepresidentes de los tribunales provinciales e invitados, entre ellos, el Consejo de Gobierno del TPP de La Habana y los presidentes de los tribunales municipales de ese territorio.

JORNADA CIENTÍFICA

Entre los días 23 y 24 de enero de 2014 se desarrolló la jornada

científica del TSP, en el que fueron presentadas 24 ponencias de todas las materias, con la que concluyó todo el proceso preparatorio previo al VII Encuentro Internacional Justicia y Derecho.

El encuentro contó con una conferencia magistral, a cargo de la Dra. Martha M. Moreno Cruz, acerca de *Las transformaciones de la economía cubana desde el prisma jurídico*; y la presentación de dos libros: *Luis M. Buch, Justicia y Revolución*, esbozado por su principal colaborador, José Félix León Rivas –presidente de la Sala de lo Civil, de lo Administrativo, de lo Laboral y de lo Económico del TPP de Pinar del Río–, quien reseñó las diferentes facetas de Buch como político, revolucionario y juez de este alto órgano de justicia, personalidad de la judicatura cubana homenajeada en el año del 40.º aniversario de la constitución de los tribunales populares; y *Los tribunales en Cuba, pasado y actualidad*, presentado por su autor, Yumil Rodríguez Fernández, funcionario de la Secretaría del Consejo de Estado, acompañado por Homero Acosta Álvarez, secretario del Consejo de Estado, quien destacó el valor de este texto, en el que, por primera vez, se recoge parte de la historia de la administración de justicia en Cuba.

APORTE JURÍDICO

El máximo órgano de justicia participó en la 23.ª edición de la Feria Internacional del Libro con *Enfoque de la práctica judicial en sede penal*,

de un colectivo de autores, en su mayoría, jueces de la Sala de lo Penal, presentado por su coordinadora María Caridad Bertot Yero; y *Compilación de disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular* (en las materias civil, administrativa y de familia), de Carlos M. Díaz Tenreiro y Yanet Alfaro Guillén, presidente y jueza, respectivamente, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP. Asimismo, Yumil Rodríguez Fernández, funcionario de la Secretaría del Consejo de Estado, presentó *Los tribunales en Cuba, pasado y actualidad*.

También se presentaron varios textos jurídicos de Ediciones ONBC: *Ley No. 105/08, de Seguridad Social*, de Raúl Lino Avello Peña; *Decreto Ley No. 305, "De las cooperativas no agropecuarias"*, de Bismark La O Sierra; *Decreto Ley No. 304, "De la contratación económica"*, de Manuel Félix Roig; *Estudios sobre el proceso penal*, de Danilo Rivero García; *Fundamentos del derecho ambiental cubano*, de Orlando Rey Santos; *Código penal anotado y concordado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular*, de Danilo Rivero García y María Caridad Bertot Yero; y *Abogacía 2013*, de un colectivo de autores.

COLABORACIÓN VIETNAM-CUBA

Entre los días 10 y 15 de marzo de 2014, visitó la sede del TSP una amplia delegación vietnamita, encabezada por Truong Hoa Binh, presidente del Tribunal Popular Supremo

de la República Socialista de Vietnam. Fueron recibidos por su homólogo cubano, Rubén Remigio Ferro.

Ambas partes ratificaron la disposición de consolidar y diversificar la colaboración bilateral entre dichas instituciones judiciales. Hoa Binh afirmó que esta visita fortalece y promueve los vínculos históricos que unen a nuestros heroicos pueblos y, cual muestra solidaria, realizó un donativo de equipamiento informático. Por su parte, Remigio Ferro ratificó el compromiso esencial de acompañar el proceso de perfeccionamiento del socialismo y de continuar impartiendo una justicia eficaz, y entregó al jefe de la delegación el Reconocimiento al Mérito Judicial, la más alta condecoración que otorga el Sistema de Tribunales.

Como parte del programa de atención a la visita, el también miembro del Secretariado del Comité Central del Partido Comunista de Vietnam y la delegación acompañante fueron recibidos por Esteban Lazo, presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular; Homero Acosta, secretario del Consejo de Estado; José Ramón Balaguer, jefe del Departamento de Relaciones Internacionales del Comité Central del Partido; María Esther Reus, ministra de Justicia; y Rafael Pino, vicefiscal general de la República.

La delegación del hermano país, además, sostuvo un encuentro, en Santa Clara, con el presidente del TPP de Villa Clara y su Consejo de Gobierno, y visitó el Complejo Monumentario Ernesto Che Guevara, acompañada por Remigio Ferro.

La visita vietnamita al TSP fue un gesto de reciprocidad a la realizada al Tribunal Popular Supremo de Vietnam, en septiembre de 2013, por una delegación de nuestro máximo órgano de justicia, encabezada por su presidente, Rubén Remigio Ferró. En aquella ocasión, la representación cubana fue recibida, incluso, por Truong Tan Sang, presidente de la República Socialista de Vietnam, y Nguyen Van Dua, segundo secretario permanente del Comité del Partido de Ciudad Ho Chi Minh, entre otras distinguidas autoridades.

XVII CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA

Durante los días 2, 3 y 4 de abril de 2014, se desarrolló la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, en Santiago de Chile en la que participó una representación del TSP integrada por Oscar M. Silvera Martínez, vicepresidente, e Hilda García Galano, directora de Comunicación Institucional y Relaciones Internacionales.

Bajo el eje temático *Una justicia de futuro: planificada, integrada y tecnológicamente desarrollada*, se concentraron las reflexiones realizadas con la evaluación de los temas preparados por los grupos de trabajo, los que dieron continuidad a proyectos iniciados en ediciones anteriores:

- Participación, información, transparencia y acceso a la justicia en materia ambiental
- Proyecto de Plan iberoamericano de estadística judicial

- Transparencia, rendición de cuentas e integridad de los sistemas de justicia iberoamericanos
- Instituto Iberoamericano de Altos Estudios Judiciales
- Portal iberoamericano del conocimiento jurídico

Particularmente, y en ocasión de esta edición, se originaron otros proyectos:

- Tecnología de los poderes judiciales
- Cooperación judicial internacional
- Protocolo iberoamericano para garantizar la seguridad de las y los juzgadores como base de su independencia
- Protocolo iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, con especial énfasis en la justicia con enfoque de género
- Buenas prácticas en la planificación estratégica de los poderes judiciales.

Fueron renovados y/o ratificados los integrantes de las seis comisiones de trabajo de la Cumbre. Cuba está representada en las de Ética judicial, Justicia medioambiental, y Seguimiento de las Reglas de Brasilia.

Quedó designada como sede, y secretaría Pro-témpore de la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana, la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, con el tema *Hacia la consolidación de la seguridad jurídica, la cultura de paz y el desarrollo social*.

Como sede alterna se designó la Corte Nacional de Justicia de la República de Ecuador y, a la vez, sede prioritaria para la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana.

Se hicieron reconocimientos a las representaciones de las autoridades judiciales de México y Bolivia (donde se desarrollaran las reuniones preparatorias) y a Guatemala y Colombia (sedes de las rondas de talleres); y, en especial, a Chile, por la excelente organización y facilitación de los trabajos de coordinación y preparación de la Cumbre.

A la par que se desarrollaba la Asamblea en plenario, por iniciativa de Chile, se mostró la V Feria de Justicia y Tecnología, espacio en el que se apreciaron múltiples herramientas tecnológicas de utilidad para la fun-

ción jurisdiccional. Asimismo, mediante cuatro mesas de conversación, se expusieron temas relacionados con seguridad informática, digitalización y gestión documental, gestión judicial, expediente digital, interconexión e interoperabilidad, gestión del conocimiento y tecnología al servicio de la justicia oral.

La Feria se propuso demostrar las posibilidades de los recursos tecnológicos en función de mejorar los niveles de desempeño y calidad de la labor de los jueces y las oficinas judiciales.

EL UNIVERSO DE LOS NÚMEROS (I)

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez,
editor-corrector del TSP

LA celebración del XL (o 40.º) aniversario del Sistema de Tribunales Populares propició la reiterada referencia a esa cifra (de forma oral o escrita) en múltiples ocasiones, y no siempre se hizo en las formas acertadas, razón que me motivó a insertar aquí el universo de los números –parcialmente abordado antes–, aunque, para ello, sea imprescindible interrumpir la serie “Mejoremos algunas expresiones”.

Lo trato de manera independiente (en tres ediciones), pues, en verdad, reviste caracteres especiales: en primer lugar, porque, adentrarse en él, exige tantos detalles que, antes que comentarlo, es mejor reproducir íntegramente lo que al respecto compendian las fuentes mejor acreditadas para ello; en segundo, porque tratar sus temáticas por separado, siempre exigiría determinadas aclaraciones, en relación con otros aspectos, que complicarían la idea y dejarían margen para la duda y la inquietud; en tercero, porque recoge múltiples conocimientos de cultura general, necesarios para todos; y, en cuarto, porque, independientemente de que, en algunos casos, se admita más de una variante, estamos obligados a definir la norma nuestra o, dicho de otro modo, a determinar cuál de esas formas debemos usar, para lograr homogeneidad en los textos, en especial, los que serán publicados, pues esto consituye, también, un elemento de la imagen institucional.

Con ese objetivo, me remití a la última edición de la *Ortografía de la lengua española* (2010) e, incluso, quiso la suerte que, en el proceso de búsqueda, me obsequiaran un ejemplar de la segunda reimpresión de esta, producida en mayo de 2012 en México, cuyo cuerpo central abarca 745 páginas (otras 52 las dedica a textos preliminares).

Sin duda alguna, se trata de un texto excesivamente abarcador, con infinidad de pormenores y detalles, al que siempre habrá que volver para necesarios ajustes. Como resultaría imposible reproducir en *Lapsus cálamí* todo lo que allí se recoge acerca del asunto que me ocupa, preferí contrastarla con otra fuente valiosísima (el *Diccionario panhispánico de dudas*, impreso en Madrid en octubre de 2005), y de esta, extraer los elementos esenciales, a los que, cuando resulta imprescindible, sumo las precisiones recogidas en la *Ortografía*, mediante redondas blancas, entre corchetes.

En cuanto al original, respeto íntegramente el texto. La única alteración consiste en que subdivido los párrafos para evitar su excesiva extensión, propia de un diccionario, pero no adecuada para los objetivos didácticos de

Lapsus cálami. Las particiones (no mutilaciones) de estos las identifico con tres puntos entre corchetes.

En este viaje a través de los números, procedo de la siguiente forma: las palabras introductorias y finales, las presento en redondas blancas; lo citado textualmente, en *cursivas blancas*, sin comillas de inicio y cierre de párrafos; y las acotaciones que intercalo entre párrafos, en ***cursivas negras***. Por supuesto, en cada una de estas partes, hay elementos (como los ejemplos y las estructuras nuevas) que exigen diferenciarse del resto, lo cual se logra cambiando el tipo de letras.

Y me permito otra observación: Para no mutilar el texto, en dos de las entregas de “El universo de los números”, es imprescindible repetir parte de lo citado al respecto bajo el subtítulo CON NÚMEROS CARDINALES Y ORDINALES, en “Evitemos incorrecciones (III, final)”, publicado en la edición no. 16, de junio de 1911, entre las páginas 157 y 159.

He aquí, lo recogido al respecto en el mencionado *Diccionario* (pp. 461-463):

NÚMEROS. *Existen dos sistemas básicos para representar los números mediante signos: la «numeración arábiga», llamada así porque fue introducida en Occidente por los árabes, y la «numeración romana», heredada de los romanos. Además, los números pueden representarse mediante palabras, denominadas «numerales» (→ NUMERALES). [...]*

En la numeración arábiga, cualquier número puede representarse mediante la combinación de solo diez signos, llamados cifras o dígitos: 0, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9; la numeración romana se basa en el empleo de siete letras del alfabeto latino, a las que corresponde un valor numérico fijo (→ 3.1). [...]

Debido a su mayor simplicidad, la numeración arábiga sustituyó en la Edad Media al sistema romano, que ya no se emplea en la actualidad, salvo en unos pocos casos (→ 3.2). [...]

En los textos escritos pueden emplearse tanto cifras como palabras (→ 1). Para el uso de cifras o de palabras en la indicación de la fecha y la hora, → FECHA, 2 y HORA²; 3. Para la ortografía de los números escritos con cifras, → 2.

1. Uso de cifras o de palabras. *La elección de cifras o de palabras en la escritura de los números depende de varios factores: el tipo de textos de que se trate, la complejidad del número que se deba expresar y el contexto de uso. [...]*

Sin duda, estos tres factores influyen (y hasta determinan) en la forma en que debiéramos escribir siempre (me refiero, en particular, a los materiales que genera el Sistema de Tribunales).

Así, en general, en textos científicos y técnicos es más normal, por su concisión y claridad, el empleo de cifras, y resulta obligado cuando se trata de operaciones matemáticas, cómputos estadísticos, inventarios, tablas, gráficos o cualquier otro contexto en que el manejo de números es constante y constituye parte fundamental de lo escrito. [...]

Por las mismas razones de concisión y claridad, en carteles, etiquetas, titulares periodísticos y textos publicitarios es también general el empleo de cifras. [...]

Por el contrario, en obras literarias y textos no técnicos en general, resulta preferible y más elegante, salvo que se trate de números muy complejos, el empleo de palabras en lugar de cifras. A este respecto pueden ofrecerse las siguientes recomendaciones generales:

1.1. Se escribirán preferentemente con letras:

- a) Los números que pueden expresarse en una sola palabra, esto es, del cero al veintinueve, las decenas (treinta, cuarenta, etc.) y las centenas (cien, doscientos, etc.): Me he comprado cinco libros: tres ensayos y dos novelas; Este año tengo cincuenta alumnos en clase; A la boda acudieron trescientos invitados.*
- b) Los números redondos que pueden expresarse en dos palabras (trescientos mil, dos millones, etc.): Acudieron cien mil personas a la manifestación; Ganó tres millones en un concurso.*
- c) Los números que se expresan en dos palabras unidas por la conjunción y (hasta noventa y nueve): Mi padre cumplió ochenta y siete años la semana pasada; En la Biblioteca de palacio hay treinta y cinco manuscritos.*

No es recomendable mezclar en un mismo enunciado números escritos con cifras y números escritos con letra [sic]; así pues, si algún número perteneciente a las clases antes señaladas forma serie con otros más complejos, es mejor escribirlos todos con cifras: En la Biblioteca de palacio hay 35 manuscritos y 135 226 volúmenes impresos, 134 de ellos incunables.

No obstante todo lo anterior, es una norma bastante generalizada en el universo editorial (libros, publicaciones periódicas,...), nacional e internacionalmente –y mucho más simple–, escribir los números del uno al nueve, con letras; y todos los demás, con cifras, siempre que no se combinen ambos elementos. Es, por cierto, la línea que seguimos en los trabajos que revisamos a diario, en la revista Justicia y Derecho, y en todo lo que se procesa con vistas a su aprobación oficial.

Además, para nuestros textos, en cuanto a estos tres primeros incisos, recomiendo una excepción, con dos situaciones: Escribir con cifras los números de artículos (Artículo 2, del Código penal; Artículo 630, de la LPCALE); y, de igual forma, los números de leyes, decretos leyes, resoluciones, acuerdos, dictámenes, instrucciones, sentencias,... siempre que vayan encabezados por la palabra número: Ley No. 82, Acuerdo No. 307, Instrucción No. 215, Sentencia No. 443,...

d) *En textos no técnicos es preferible escribir con letras los números no excesivamente complejos referidos a unidades de medida. En ese caso, no debe usarse el símbolo de la unidad, sino su nombre: Recorrimos a pie los últimos veinte kilómetros (no *los últimos veinte km). Cuando se utiliza el símbolo es obligado escribir el número en cifras (→ 1.2d).*

Esta fuente usa el asterisco (*) delante de palabras, frases, cifras, etc., para indicar usos incorrectos, inadecuados o no recomendados. Respeto aquí tal manera de presentarlos.

e) *Todos los números aproximados o los usados con intención expresiva: Creo que nació en mil novecientos cincuenta y tantos; Habría unas ciento cincuenta mil personas en la manifestación; ¡Te lo he repetido un millón de veces y no me haces caso!*

f) *Los números que forman parte de locuciones o frases hechas: No hay duda: es el número uno; Éramos cuatro gatos en la fiesta; Te da lo mismo ocho que ochenta; A mí me pasa tres cuartos de lo mismo.*

1.2. Se escribirán con cifras:

a) *Los números que exigirían el empleo de cuatro o más palabras en su escritura con letras: En verano la población asciende a 32 423 habitantes (más claro y de comprensión más rápida que treinta y dos mil cuatrocientos veintitrés). [...]*

En algunos documentos, como cheques bancarios, contratos, letras de cambio, etc., por razones de seguridad, la expresión en cifras va acompañada normalmente de la expresión en palabras: Páguese al portador de este cheque la cantidad de veinticinco mil trescientos treinta y ocho euros [25 338 €].

Considero que podemos seguir esta norma, también, en los casos de sentencias en las que se fijan cantidades numéricas contables. Como ejemplo, tomo un caso real publicado y lo adecuo a tal propuesta: Esta unidad deberá restituir el bien mediante la reposición de mil seiscientos cuarenta y cuatro kilogramos (1644 kg) del producto, en un término de 15 días. De no hacerlo, se procederá a la indemnización por los perjuicios causados, en una suma ascendente a novecientos ochenta y dos pesos con veinticinco centavos, en moneda nacional (\$982,25 CUP).

b) *Los números formados por una parte entera y una decimal: El índice de natalidad es de 1,5 (o 1.5, en los países que usan el punto como separador decimal) niños por mujer. [...]*

En cuanto al uso de la coma (,) o el punto (.) para separar la parte entera de la decimal (→ 2.3).

También en este caso, en cheques bancarios, contratos, letras de cambio, etc., la expresión numérica suele acompañarse de la expresión lingüística: Páguese al portador de este cheque la cantidad de

mil doscientos treinta y cuatro euros con veinticinco céntimos [1234,25 €].
[...]

*El sustantivo cuantificado por una expresión numérica decimal, incluso si esta designa cantidad inferior a la unidad, debe ir en plural: 0,5 millones de pesos (y no *0,5 millón de pesos).*

- c) *Los porcentajes superiores a diez: En las últimas elecciones votó el 84% de la población. No debe dejarse espacio de separación entre el número y el signo %. [...]*

Hasta el diez suele alternar el empleo de cifras o palabras en la indicación de los porcentajes: El 3% (o tres por ciento) de los encuestados dijo no estar de acuerdo con la medida. [...]

*El símbolo % debe leerse siempre «por ciento», no *«por cien», salvo en el caso del 100%, que puede expresarse en letras de tres modos: cien por cien, cien por ciento o ciento por ciento (→ ciento, 3). [...]*

*No debe usarse el signo % cuando el porcentaje se expresa con palabras (*el tres %). Tanto si se escribe con cifras como con palabras, la expresión de los porcentajes debe quedar dentro de la misma línea [no partir así]: *3 / %, *tres / por ciento, *tres por / ciento.*

Para los casos tratados en el inciso c), valgan tres precisiones: –En todos los casos de porcentajes, preferimos la cifra con el signo: el 3%, el 10%, el 90%.

–Cuando sea imprescindible escribir 100% con letras, optamos por la tercera variante: ciento por ciento.

–Quede claro que el signo % debe leerse (y escribirse) por ciento; pero el sustantivo correspondiente a esto no se identifica como el por ciento, sino como el por ciento o el porcentaje (variante validada por nosotros en los textos del Sistema de Tribunales).

- d) *Los números referidos a unidades de medida, cuando van seguidos del símbolo correspondiente: Madrid dista 40 km de Guadalajara; Mañana se alcanzarán los 35 °C. No se deben escribir en líneas diferentes la cifra y el símbolo: *40 / km, *35 / °C.*

- e) *Los números seguidos de la abreviatura del concepto que cuantifican: 5 cts. (‘cinco céntimos’), 45 págs. (‘cuarenta y cinco páginas’), 2 vols. (‘dos volúmenes’). No se deben escribir en líneas diferentes el número y la abreviatura: *5 / cts.*

- f) *Los números pospuestos al sustantivo al que se refieren (expresado o no mediante abreviatura), usados para identificar un elemento concreto dentro de una serie: página 3 (o pág. 3), habitación 317 (o hab. 317), número 37 (o núm. 37), tabla 7, gráfico 15, etc.*

En textos generales, usaremos siempre las variantes sin abreviaturas, con dos excepciones:

–En las notas bibliográficas y la bibliografía, para identificar la (o las) página(s), usaremos p. y pp. (según se trate de una o

varias, respectivamente): p. 2, pp. 2-3. Esto, por supuesto, nada tiene que ver con las fichas de catalogación (solo para el uso de bibliotecas, archivos, centros de información o documentación, etc.).

–En cuanto a la palabra número, para cuestiones bibliográficas, en general, preferimos la abreviatura no.: Justicia y Derecho, año 10, no. 19. Cuando se trata de la identificación de documentos oficiales (como indiqué después de los tres primeros incisos de 1.1), escribimos No.: Ley No. 82, Acuerdo No. 307,...

2. Ortografía de los números escritos con cifras. Para escribir correctamente los números expresados en cifras, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a) Al escribir números de más de cuatro cifras, se agruparán estas de tres en tres, empezando por la derecha, y separando los grupos por espacios en blanco: 8 327 451 (y no por puntos o comas, como, dependiendo de las zonas, se hacía hasta ahora: *8.327.451; *8,327,451). Los números de cuatro cifras se escriben sin espacios de separación: 2458 (no *2 458). En ningún caso deben repartirse en líneas diferentes las cifras que componen un número: *8 327 / 451.

b) Nunca se escriben con puntos, comas ni blancos de separación los números referidos a años, páginas, versos, portales de vías urbanas, códigos postales, apartados de correos, números de artículos legales, decretos o leyes: año 2001, página 3142, código postal 28357.

c) Para separar la parte entera de la decimal debe usarse la coma, según establece la normativa internacional: el valor de π es 3,1416. No obstante, también se admite el uso anglosajón del punto, extendido en algunos países americanos: el valor de π es 3.1416.

En este sentido, la variante que recomienda la Ortografía no me parece la más acertada, pero es una referencia importante y enriquecedora que no debemos pasar por alto. Como abordarla aquí in extenso significaría una digresión, paso tal tópico para el final de esta primera parte de “El universo de los números”; y, allí, además, incluyo mi opinión (ver Observación).

d) Las cantidades que tienen como base un sustantivo de significación numeral como millón, millardo, billón, trillón y cuatrillón, siempre que, al menos, las tres últimas cifras de su escritura en números sean ceros, podrán abreviarse mezclando el uso de cifras y letras en su escritura: 327 millones, 3,6 billones, 2 cuatrillones. Son sustantivos, entre otras cosas, porque si se expresa el elemento que cuantifican, este debe ir precedido de la preposición de: 327 millones DE habitantes, 2 millardos DE dólares. [...]

Este método abreviado no es válido para las cantidades en miles, ya que mil no es un sustantivo (la forma sustantiva es millar), sino que

*forma parte de adjetivos numerales compuestos de dos palabras, en cuya escritura no deben mezclarse cifras y letras; así, no debe escribirse *154 mil personas o *12 mil millones, por la misma razón que no escribimos *30 y siete ni *cincuenta y 4. Debe escribirse 154 000 personas, 12 000 millones (o doce mil millones; (→ 1.1b).*

e) En la expresión abreviada de los numerales ordinales (→ ORDINALES), se utilizan cifras seguidas de letras voladas. Como corresponde a las abreviaturas, se escribirá punto entre la cifra y la letra volada (→ ABREVIATURA, 6d): 1.º (primero), 2.ª (segunda), 3.ª (tercer).

3. Uso de los números romanos

3.1. La numeración romana se basa en el empleo de siete letras del alfabeto latino, a las que corresponde un valor numérico fijo: I (= 1), V (= 5), X (= 10), L (= 50), C (= 100), D (= 500), M (= 1000). Para escribir correctamente un número utilizando este sistema, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

*a) Aunque en textos antiguos se usaban a veces letras minúsculas para representar los números romanos, hoy deben utilizarse solo letras con forma mayúscula. Cuando se refieran a sustantivos escritos en minúscula, se recomienda escribirlos en versalitas (letras de figura mayúscula, pero del mismo tamaño que las minúsculas): siglo v, páginas XIX-XXIII; y en versales (letras mayúsculas de tamaño superior al de las minúsculas, cuando vayan solos o se refieran a sustantivos escritos con inicial mayúscula: Alfonso X, II Congreso Internacional. Cuando los números romanos se usan con valor ordinal, no deben acompañarse de letras voladas: *tomo VI.º, *II.ª Guerra Mundial.*

Respecto al uso de las versalitas, otras dos observaciones:

–Aunque tal forma de identificar los siglos fue establecida desde hace mucho tiempo, y la recogen varias normas editoriales, no la hemos seguido, hasta hoy; pero la aplicaremos a partir de ahora.

–En cuanto al uso de las versalitas para identificar páginas, (→ 3.2g).

*b) No debe repetirse hoy más de tres veces consecutivas una misma letra; así, el número 333 se escribe en romanos CCCXXXIII; pero 444 no puede escribirse *CCCCXXXIII; se escribe CDXLIV. No obstante, en la Antigüedad, podían repetirse hasta cuatro veces consecutivas las letras I y X.*

*c) Nunca se repetirá dos veces una letra si existe otra que por sí sola representa ese valor; así, no puede escribirse *VV, para representar el número 10, porque ese valor lo representa la letra X.*

d) Cuando una letra va seguida de otra de valor igual o inferior, se suman sus valores: VI (= 6), XV (= 15), XXVII (= 27).

e) Cuando una letra va seguida de otra de valor superior, se le resta a la segunda el valor de la primera: IV (= 4), IX (= 9), XL (= 40), XC (= 90), CD (= 400), CM (= 900).

f) El valor de los números romanos queda multiplicado por mil tantas veces como rayas horizontales se tracen encima: así, $\overline{\text{L}}$ (= 50 000), [...]

3.2. En la actualidad, solo se usan los números romanos, casi siempre con valor ordinal, en los casos siguientes:

a) En monumentos o lápidas conmemorativas, para indicar los años: MCMXCIX (= 1999). Esta costumbre está cayendo en desuso y actualmente es más normal usar la numeración arábiga.

b) Para indicar los siglos: siglo xv, siglo xxi. Se escriben siempre pospuestos al nombre. No deben usarse, en este caso, números arábigos: *21.

c) Para indicar las dinastías en ciertas culturas: los faraones de la xviii dinastía. Se escriben normalmente antepuestos al nombre. Pueden sustituirse por la abreviatura del numeral ordinal correspondiente: la 18.^a dinastía.

d) En las series de papas, emperadores y reyes de igual nombre: Juan XXIII, Napoleón III, Felipe IV. Se escriben siempre pospuestos al nombre.

e) En la numeración de volúmenes, tomos, partes, libros, capítulos o cualquier otra división de una obra [y] en la numeración de actos, cuadros o escenas en las piezas teatrales: tomo III, libro II, capítulo IV, escena VIII. Se escriben pospuestos al nombre. [...]

En muchos de estos casos, pueden sustituirse por las abreviaturas, antepuestas o pospuestas, de los numerales ordinales correspondientes: tomo 3.^o o 3.^{er} tomo, capítulo 12.^o o 12.^o capítulo; e incluso por números cardinales, aunque en ese caso el número solo puede ir pospuesto al nombre: tomo 3, volumen 2, capítulo 7.

En textos generales, seguimos la primera variante; pero, en todo lo relativo a referencias bibliográficas, preferimos lo establecido en algunas normas editoriales: abreviaturas y números arábigos (t. 2, vol. 1).

f) En la denominación de congresos, campeonatos, certámenes, festivales, etc.: II Congreso Internacional de la Lengua Española, XXIII Feria del Libro de Buenos Aires. Se escriben antepuestos al nombre. Si el número resulta excesivamente complejo, se prefiere, en su lugar, el uso de las abreviaturas de los numerales correspondientes: 78.^o Campeonato Mundial de Ajedrez.

Como no se define qué se considera “excesivamente complejo”, tenemos que fijar nuestra norma. Para los casos incluidos en este inciso, considero que podríamos seguir la numeración romana hasta el XXX; y, a partir de ahí, usar la forma abreviada de los ordinales: 31.^{er}, 32.^o, 33.^{er}, 34.^o, etc. En nuestro contexto, un buen ejemplo, sería: 40.^o aniversario de los tribunales populares.

Una norma que, para estos casos, hemos seguido siempre (ahora, la limitamos hasta el XXX) consiste en anteponer el número romano al sustantivo o posponer el correspondiente arábigo, principalmente cuando se trata de conmemoraciones: XX aniversario o aniversario 20.

g) *Para numerar las páginas de secciones preliminares de una obra (prólogo, introducción, etc.), con el fin de distinguirlas de las del cuerpo central: El autor cita a Cervantes en la página xvii del prólogo. Se escriben pospuestos al nombre.*

h) *Para presentar el mes en la expresión abreviada de las fechas (→ FECHA, 2c).*

Hasta aquí, lo que la mencionada fuente recoge, en cuanto a los números (pp. 461-463). Correspondería ahora abordar lo relativo a las llamadas o remisiones que hace el *Diccionario*, en el texto citado (NUMERALES, ORDINALES, CIENTO, FECHA, HORA Y ABREVIATURA), pero esto lo trataré en las próximas ediciones.

OBSERVACIÓN

Siguiendo el patrón anterior, presento lo citado en *cursivas blancas*, sin comillas (tomado de *Ortografía de la lengua española*, p. 666).

Los procedimientos utilizados para separar la parte entera de la decimal en la escritura de los números han sido variados y muy diversos a lo largo de la historia. Pero ya entre finales del siglo xvi y principios del xvii se asentó el uso de los dos signos que perviven en la actualidad con este fin: el punto, utilizado por el italiano Giovanni Antonio Magini, y la coma, elegida por el neerlandés Wilbord Snellius.

El arraigo de cada una de estas opciones ha sido tal que el uso del punto o la coma como marcador decimal en la escritura de los números aún pervive, con distinta distribución geográfica, en las lenguas que utilizan el alfabeto latino.

Al igual que se hizo con la forma de separar los grupos de tres cifras en la parte entera de los números, los organismos internacionales de normalización han intentado establecer un uso general común para marcar la separación entre la parte entera y la parte decimal, inclinándose por dar preferencia a la coma en todos los documentos de difusión internacional. Así lo establece la ISO en su norma ISO 31-0, al igual que la Conferencia General de Pesos y Medidas, organismo encargado de las convenciones de uso en metrología y en el sistema internacional de unidades. No obstante, este último organismo decidió admitir ambos signos en su vigesimosegunda reunión, celebrada en 2003, reconociendo que la recomendación general de emplear como marcador decimal la coma puede entrar en conflicto con

la costumbre asentada en las lenguas o países que usan para ello el punto. **[Lo mismo puede suceder –considero– en el caso contrario].**

En el ámbito hispánico, el uso de cada uno de estos signos se distribuye geográficamente casi a partes iguales [y continúa la Ortografía, en la página 666, con la indicación de que la coma se emplea en Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, España y Paraguay; mientras que se usa el punto en México, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Puerto Rico, República Dominicana, Venezuela y entre los hispanohablantes de Estados Unidos; al tiempo que en Bolivia, Costa Rica, Cuba y El Salvador, se utilizan ambos. Y concluye:] con el fin de promover un proceso tendente hacia la unificación, se recomienda el uso del punto como signo separador de los decimales.

En realidad, no entiendo esta decisión académica. Si bien es cierto que, según su estadística, son más los países que usan el punto, también lo es que, en general, son esos los que reciben mayor influencia anglosajona (yo precisaría “estadounidense”); y, además, ya estaban la ISO 31-0 y la decisión de la Conferencia General de Pesos y Medidas.

Nosotros usamos la “normativa internacional” con la coma (,). No tenemos por qué seguir la variante anglosajona, aunque esté aceptada y sea la recomendada por la Academia.

Nos “vemos”.

BIBLIOGRAFÍA

Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Diccionario panhispánico de dudas*, Santillana Ediciones Generales, S. L., Madrid, 2005.

_____: *Ortografía de la lengua española*, Editorial Planeta Mexicana, S.A. de C.V., México, 2012.

