
SUMARIO

- 3** • Proceso civil
Una mirada crítica a algunos medios de impugnación
Dr. Juan Mendoza Díaz y M.Sc. Carlos M. Díaz Tenreiro
- 31** • La sentencia penal
Acerca de una propuesta de redacción
Esp. María Caridad Bertot Yero
- 38** • *La capacidad jurídica y el ejercicio de la capacidad (II, final)*
Dra. Caridad del C. Valdés Díaz
- 64** • *Práctica y reflexiones sobre la Instrucción No. 187 de 2007*
Esp. Lourdes de las M. Bautista Gutiérrez
- 75** • *La regulación penal del delito informático*
Lic. Yaneisy Porven Hondares
- 86** • *El juez en la determinación de guarda y cuidado
y régimen de comunicación*
Lic. Sady Guerra Caballero
- 93** • *La curatela como institución de guarda*
Esp. Anaely Barroso Bueno
- 111** • *El reconocimiento de unión matrimonial no formalizada*
Lic. Gardenia Pereira Ruiz
- 133** • *El efecto jurídico patrimonial en las uniones de hecho*
Lic. José Félix León Rivas y Lic. Ohannys Urra Álvarez
- 154** • *El control constitucional en la historia del constitucionalismo
cubano*
M.Sc. Yumil Rodríguez Fernández
- 174** • *Acceso a la justicia desde la actuación de los tribunales*
Esp. Oscar Manuel Silvera Martínez
- 181** • *Actualidad judicial*
Lic. Sergio Ravelo López
- 183** • *Aproximación a SE*
Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

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

Director

Esp. Oscar Manuel Silvera Martínez

Consejo editorial

Presidenta

Dra. cor. Lourdes M. Carrasco Espinach

Demás miembros

M.Sc. Carlos M. Díaz Tenreiro

M.Sc. Narciso A. Cobo Roura

Esp. Vivian Aguilar Pascaud

Lic. Andrés R. Bolaños Gassó

Esp. María Caridad Bertot Yero

Compilación y clasificación

Lic. Celaida Rivero Mederos

Composición y diseño

Lic. Ramón Caballero Arbelo

Edición

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Corrección

Lic. Norma Castillo Falcato

Nota: Los trabajos expresan los criterios de los autores.

Redacción

Avenida Independencia, entre Tulipán y Lombillo,

Plaza de la Revolución, La Habana

Teléfono: (537) 855 5035, extensión 184

E-mail: celaida@tsp.cu; ravelo@tsp.cu

ISSN 1810-0171

Publicación semestral

Año 9, no. 17, diciembre de 2011

PROCESO CIVIL

UNA MIRADA CRÍTICA A ALGUNOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

*Dr. Juan Mendoza Díaz
Profesor titular de Derecho procesal,
Universidad de La Habana*

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

1.- LA CONSTITUCIÓN de la República de Cuba fue aprobada en 1976 y sigue la tónica de los textos constitucionales de los países del extinto campo socialista, por lo que no tiene un claro carácter normativo; sus postulados esenciales requieren, por lo general, de un desarrollo legislativo posterior.¹

El derecho a la impugnación de las resoluciones judiciales no está recogido dentro del catálogo de los derechos fundamentales, ni en ningún otra parte del texto constitucional.

La plasmación positiva del derecho a impugnar, en sede de enjuiciamiento civil, está recogido en el Artículo 601 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), la cual específicamente postula que: “Las resoluciones judiciales son impugnables, según el caso, por medio de los

recursos de súplica, apelación y casación”.

La doctrina cubana hace una distinción entre “medios de impugnación” y “recursos”. Dentro de la primera, están comprendidos todos los medios en manos de las partes para combatir decisiones judiciales, por lo que es visto como el género, mientras que los “recursos” son la especie, pues son aquellos medios que sirven para sindicar resoluciones judiciales que aún no han adquirido firmeza. Esta posición terminológica hace que la revisión no esté comprendida en el catálogo de los “recursos” y la Ley lo identifica como “proceso de revisión”.²

La otra posición doctrinal del sistema procesal cubano es identificar el término “instancia” con la existencia de niveles de conocimiento jurisdiccional, de tal suerte que se habla de “doble instancia” cuando estamos en presencia de un doble nivel de

- 1 Marta Prieto Valdés: “Reflexiones sobre el carácter normativo de la Constitución”, en *Temas de Derecho constitucional*, pp. 26-34.
- 2 Rafael Grillo Longoria *et al.*: *Derecho procesal civil III, medios de impugnación y procesos especiales*, pp. 23-53.

juzgamiento, típico del recurso de apelación, pero cuando se está ante un nivel de conocimiento judicial y un análisis posterior limitado al Derecho, típico del recurso de casación, se dice que existe una única instancia.³

2.- El catálogo de recursos en el ordenamiento procesal civil cubano define tres únicas modalidades, dos que pueden calificarse como *recursos propios*, la apelación y la casación, y un *recurso impropio*, la súplica.

Los dos primeros están concebidos para combatir las sentencias, y cualquier otro tipo de resolución que no sea específicamente una sentencia, pero que ponga fin a un proceso, lo que hace imposible su continuación. El recurso de súplica se inscribe dentro del tipo que la doctrina alemana denominó “remedio procesal”, que va dirigido a combatir resoluciones de naturaleza interlocutoria, como las providencias y los autos, y, en la mayoría de los casos, tiene una función propedéutica, o sea, preparatoria del recurso que, en su momento, podrá establecerse contra la resolución definitiva.

En el sistema procesal cubano, no existe un desarrollo explícito de las implicaciones que puedan derivarse del *derecho a los recursos* que recoge el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto de San José de Costa Rica. Del segundo, Cuba no es signataria, por no formar parte de la Organización de Estados Americanos, desde que fue expulsada en 1962. El primero fue

rubricado por nuestro país en fecha reciente, por lo que no tiene aún un reflejo correlativo en la normativa interna.

No obstante las anteriores referencias, el enjuiciamiento civil, objeto de este análisis, se ajusta a las líneas conceptuales de ambos instrumentos internacionales; en tal sentido, no existen decisiones jurisdiccionales que estén excluidas de la posibilidad de ser impugnadas. Todas las sentencias que dictan los tribunales municipales populares son susceptibles de un recurso de apelación ante un tribunal provincial y, eventualmente, de un control en casación, según la naturaleza del asunto; y las dictadas en primera instancia en los tribunales provinciales populares pueden ser impugnadas a través del recurso de casación ante el Tribunal Supremo Popular (TSP). Las decisiones que dicten los tribunales, durante la tramitación de un proceso, mediante autos o providencias, son susceptibles de ser sindicadas mediante el recurso de súplica.

En la regla general anterior, hay que precisar la excepción que se aprecia en materia probatoria, donde se limita la posibilidad del recurso a aquellas decisiones que impliquen una limitación del derecho a la prueba de las partes, o sea, cuando el tribunal deniega algún medio de prueba propuesto, pero expresamente no se admite recurso contra la decisión de este, que acepta las pruebas propuestas, aunque la Ley no lo prohíbe,

3 Juan Mendoza Díaz: “Principios del proceso penal”, en *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, pp. 51-126.

4 | *Justicia y Derecho*
Año 9, No. 17, diciembre de 2011

tampoco se admite recurso contra la decisión de incorporar de oficio medios de prueba, a través de la figura de la prueba para mejor proveer, que regula el Artículo 248 de la LPCALE.

3.- Por mandato constitucional,⁴ los tribunales cubanos, en todos los niveles, están integrados por jueces profesionales y ciudadanos que, con iguales derechos y deberes, participan en las decisiones. Los primeros forman parte del sistema judicial y son inamovibles, mientras que los otros, a los que la norma cubana denomina “legos”, son electos y participan durante determinados períodos del año en las funciones de administrar justicia. Esta integración, entre muchos otros aspectos estructurales, garantiza la imparcialidad e independencia de las decisiones, que postula el Artículo 122 de la Constitución.⁵

DE LOS RECURSOS, EN GENERAL

1.- El ordenamiento procesal civil cubano regula los recursos en un estricto catálogo *numerus clausus*, de tal manera que las resoluciones judiciales solo pueden ser combatidas por los medios específicamente regulados en la Ley, que son la súplica, la apelación y la casación. El enjuiciamiento civil se diferencia del

penal en que, paralelo a los recursos específicamente regulados, coloca en la ley otros instrumentos en manos de las partes para combatir decisiones judiciales interlocutorias, como “la protesta” que, a pesar de no estar regulada específicamente en el catálogo de los recursos, en el cuerpo del ordenamiento, se franquea su posibilidad para combatir decisiones tales como la no admisión de determinados medios de prueba propuestos por las partes, o contra la decisión que adopta el tribunal en el desarrollo del juicio oral, al no admitir una pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente. La protesta, por lo general, se resuelve de forma inmediata por el mismo tribunal que adoptó la decisión y tiene un carácter propedéutico, por lo que se inscribe en la categoría, ya mencionada, de los remedios procesales.

2.- El sistema procesal cubano actual se apartó de la consideración de la normativa precedente, de estimar la nulidad como recurso, la cual, en el enjuiciamiento civil nuestro, es un incidente que se tramita en el proceso principal, encaminado a subsanar violaciones procesales que se detecten antes de que se dicte la sentencia.

La aclaración anterior de que la detección del quebrantamiento procesal debe ser previa a la sentencia está dada porque la norma deja cla-

4 Artículo 124.- Para los actos de impartir justicia todos los tribunales funcionan de forma colegiada y en ellos participan, con iguales derechos y deberes, jueces profesionales y jueces legos.

5 Artículo 122.- Los jueces, en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley.

ro que, cuando se dicta esta, no procede la solicitud de nulidad, sino establecer el recurso correspondiente (apelación o casación).

La Ley exige que, para decretar la nulidad de las actuaciones procesales, debe existir una violación que no encuentre enmienda o solución por otra vía y que el supuesto perjuicio que se señala sea de una relevancia capaz de producir indefensión.

La nulidad puede ser solicitada por las partes o decretada de oficio por el tribunal. La parte que propició la violación tiene vedado el camino para solicitarla.

Tal tramitación transita por los pasos que la norma procesal establece para los incidentes, o sea, un procedimiento apendicular al proceso principal, que comprende los escritos contradictorios de las partes, los medios de prueba y demás actuaciones indispensables para arribar a una decisión.

Contra la decisión del tribunal que desestima la pretensión de nulidad no cabe recurso alguno, sin perjuicio del derecho de la parte interesada en reproducir el tema al momento de establecer el recurso contra la sentencia definitiva.

3.- En nuestro ordenamiento procesal, son recursos ordinarios la súplica y la apelación y es extraordinario el de casación.

A pesar de la aceptación doctrinal generalizada del *agravio* como

elemento esencial del derecho a recurrir, la normativa cubana no lo tiene explícitamente reflejado, aunque puede interpretarse su exigencia de lo regulado en el Artículo 605 de la LPCALE.⁶ En ese artículo, se deja sentado que los quebrantamientos formales no tienen la relevancia suficiente para producir la revocación de una decisión, por lo que la parte debe fundamentar en su solicitud que la violación cometida le produce un determinado perjuicio con la suficiente relevancia, lo cual, en la terminología jurisprudencial cubana, se denomina como defecto formal que “trasciende al fallo”.

Por su carácter propiciatorio de doble juzgamiento, el recurso de apelación admite que la parte que lo establece proponga determinados medios de pruebas para que se practiquen por el tribunal superior. La práctica de pruebas en sede de apelación está supeditada a que, de alguna manera, se haya limitado la capacidad probatoria de la parte en el tribunal inferior; en tal sentido, la norma dispone que solo se practicarán pruebas si:

- a) Se hubiera denegado su práctica en la primera instancia.
- b) Cuando se hubiera admitido, pero por determinada razón no se practicara.
- c) Por tratarse de pruebas sobrevenidas.
- d) En el caso del demandado rebelde que se personó, vencido el pla-

6 Artículo 605.- Ninguna resolución judicial podrá ser revocada por motivos de forma a menos que la omisión o defectos padecidos hayan podido causar un real estado de indefensión.

zo de pruebas, y no tuvo por ello la posibilidad de proponerlas.

4.- La regla general que prevalece en el enjuiciamiento cubano establece que la interposición de un recurso lleva aparejado un efecto suspensivo sobre lo decidido.

No obstante lo anterior, la normativa concibe dos excepciones a esta regla general, que son las denominadas *ejecución provisional afianzada* y *ejecución parcial*.

La primera es la regulada en el Artículo 606 de la LPCALE, el cual indica que el tribunal tiene la posibilidad de disponer que se ejecute la sentencia cuando la demora pueda ocasionar un perjuicio irreparable para la persona a cuyo favor se dictó la resolución. A fin de salvaguardar los intereses del recurrente, la norma exige que el tribunal fije una fianza a la parte que interesa la ejecución. El cometido de esta es derivar sobre ella los eventuales daños y perjuicios que puedan producirse si el tribunal superior revoca la sentencia recurrida.

La *ejecución parcial*, regulada en el Artículo 613 de la LPCALE, es de excepcional presencia en la realidad, pero parte del supuesto en que el recurrente limita su recurso a puntos específicos de la sentencia, lo cual permite estimar que los restantes aspectos fueron consentidos y, en tal sentido, adquieren firmeza, por lo que la parte interesada puede solicitar la ejecución sobre estos aspectos sin necesidad de pagar fianza.

DEL RECURSO DE CASACIÓN

1.- El diseño de la casación cubana actual, basado en el modelo francés, proviene del legado del Derecho español.⁷ Durante la primera intervención norteamericana en Cuba, la casación se modifica, por la Orden No. 92, del Gobernador Militar de los Estados Unidos, de 26 de junio de 1899, pero la institución siguió manteniendo las líneas generales del modelo precedente, basada en la existencia de dos grandes campos de impugnación: 1.- *la infracción de ley o de doctrina legal*; y 2.- *el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio*.⁸

2.- En 2006, se promulgó el Decreto Ley No. 241, cuyo cometido esencial fue la creación de un modelo procesal especial, dedicado al proceso económico, que se adicionó a la Ley de Procedimiento Civil vigente y cambió su denominación. Los autores de la norma “aprovecharon” la reforma para introducir ligeras modificaciones a la normativa procesal civil tradicional, algunas de las cuales alcanzaron al recurso de casación.

Los cambios estuvieron dirigidos, esencialmente, a limitar el número de los asuntos que tradicionalmente eran conocidos por el TSP a través del recurso de casación, a fin de atemperar la normativa a las transformaciones que se habían produci-

7 España hizo extensivo el recurso de casación a Cuba por Real Decreto de 23 de enero de 1855. Ver Marina Dujarric Hart: *El recurso de casación*, p. 11.

8 Alberto Sánchez Ochoa: *El recurso de casación en lo civil*, pp. 74-75.

do en el país en el campo económico con posterioridad a la desaparición del socialismo en Europa del este.

Las dos modificaciones que se introdujeron fueron: 1.- Aumentar de mil a 10 000 pesos el monto de los asuntos que se resuelven en primera instancia por los tribunales provinciales populares y que pueden ser objeto de análisis posterior en casación, a fin de evitar que asuntos de poca relevancia económica lleguen al máximo órgano jurisdiccional del país. El monto de mil pesos lo fijó el legislador en 1974, cuando esa cantidad significaba una suma de importancia para las demandas civiles. Con los cambios ocurridos en el país en los últimos años, fundamentalmente a partir de la legalización de la tenencia de divisas convertibles, por el Decreto Ley No. 140, de 13 de agosto de 1993, esa cantidad se relativizó y aumentó el número de asuntos poco relevantes que eran resueltos por los tribunales provinciales populares y conocidos en casación por el TSP; 2.- Cerrar la posibilidad del conocimiento en casación de los procesos de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes y del caudal hereditario, que son conocidos en primera instancia por los tribunales municipales populares, con una segunda instancia de apelación ante los tribunales provinciales populares. Antes de la reforma, estos procesos de liquidación gozaban de un doble juzgamiento en municipio y provincia y, luego, la posibilidad de un examen en casación, lo cual resultaba desproporcionado, además

de impropio, por tratarse de una modalidad procesal en la que, por lo general, lo que está en juego no es justamente la recta aplicación de la norma sustantiva, sino el buen tino del juzgador a la hora de hacer prevalecer un criterio de partición, lo cual se satisface plenamente en dos niveles de juzgamiento, sin necesidad de convertir al TSP en un órgano fiscalizador de la liquidación.

3.- Estas modificaciones han significado una disminución sustancial de los asuntos que anteriormente eran del conocimiento de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP. El recurso de casación que regula el ordenamiento procesal civil cubano actual, a tono con su naturaleza de *recurso extraordinario*, solo procede cuando se dan determinados supuestos que la Ley regula bajo la denominación de *motivos*, conocidos en el argot de la curia como *causales*. El modelo de casación posterior a la derogación, en 1974, de la normativa española eliminó la distinción tradicional entre causales de *quebrantamiento de forma* y las de *infracción de ley*, nomenclatura que aún impera en la normativa procesal penal; no obstante, persiste en la Ley una distinción entre unas y otras, de lo que se derivan consecuencias muy claras en caso de que el recurso se admita. Cuando este procede por alguna de las causales de infracción, el TSP se subroga en lugar y grado del TPP y dicta una sentencia en los mismos términos en que debió hacerlo el órgano inferior. Cuando el recurso se admite por una causal

propia de las de quebrantamiento, se anulan las actuaciones hasta el momento en que se violó la norma procesal y estas se devuelven al órgano inferior.

Las causales de casación están recogidas en el Artículo 630 de la norma procesal, en número de 13, de las cuales las 10 primeras se consideran propias del error *in iudicando*, mientras que las tres restantes son consustanciales al error *in procedendo*.

El apartado 1 del Artículo 630, de la LPCALE establece como motivo de casación: "Que la sentencia o resolución contenga infracción por falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida, con trascendencia al fallo, de las leyes, de las interpretaciones de estas emanadas del Consejo de Estado, de las instrucciones de carácter obligatorio dictadas por el Pleno del Tribunal Supremo Popular o su Consejo de Gobierno, recogiendo la experiencia de las leyes, o de las decisiones dictadas por esos órganos al evacuar consultas de los Tribunales sobre conflictos entre leyes y otras disposiciones de rango normativo inferior".

Se trata de un típico motivo enrumado al control del cumplimiento del derecho sustantivo que se aplicó al fondo de la controversia. En la normativa española precedente, este motivo se reguló en el Artículo 1689 y se limitó a la infracción de la ley

sustantiva y de la doctrina legal. El concepto de ley infringida nunca tuvo mayores complicaciones interpretativas y comprende todo el derecho aplicable, de conformidad con el catálogo de fuentes formales del sistema jurídico del país. No sucedió lo mismo con lo relativo a la doctrina legal, sobre la cual autores españoles y cubanos dedicaron bastante espacio a su estudio, en aras de determinar su verdadero alcance, de tal suerte que un profesor la denominó "término perturbador".⁹ Sin posibilidades de adentrarnos en este tema, podemos resumir que se asimiló la doctrina legal con la jurisprudencia y, por ello, se le dio carácter vinculante a las soluciones que sobre un determinado aspecto legal emanaran del máximo órgano de justicia de forma reiterada.

Cuando se produjo la reforma procesal cubana de 1974, que derogó la vigencia de la normativa española, se introdujo una sustancial modificación a este motivo de casación, a tono con las corrientes que prevalecían en esos momentos en la doctrina cubana, marcadas por la influencia de la denominada Teoría del Derecho socialista, de corte esencialmente soviético.¹⁰ La jurisprudencia no se consideró fuente de Derecho; por esa razón, el lugar que ocupaba la doctrina legal en este precepto se sustituyó por un catálogo de modalidades interpretativas, ema-

9 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 8.ª ed., p. 160.

10 Julio Fernández Bulté: "Prólogo", en *Perspectiva del Derecho cubano actual*, t. 1, p. 20.

nadas de diferentes órganos. En primer término, una interpretación auténtica que realizó el Consejo de Estado de las normas que dicta el poder legislativo. Se incluyeron, también, diferentes tipos de interpretaciones a las leyes de los órganos gubernativos del TSP, que constituyen la fuente principal de la cual se nutre la virtualidad de este artículo, pues el CGTSP genera numerosas decisiones interpretativas que sirven para lograr una correcta aplicación de la ley y que suplen la función que, en otros ordenamientos, tiene la jurisprudencia como fuente de Derecho.¹¹

En esta causal, no es lícito aducir cuestiones fácticas; así, si se adicionan otros hechos o se contradicen o desconocen los ya establecidos por la sentencia, en realidad, no se examinaría la ley aplicable al caso, sino una versión de la sentencia distinta a la dictada por la sala *a quo* y que, por su relación con el fondo, excluye las infracciones procesales que pueden ser combatidas mediante otras causales.

También, indistintamente, se usan los supuestos diferenciados de falta de aplicación, interpretación errónea y aplicación indebida. El recurrente, al invocar esta causal, además del precepto que autoriza la interposición, debe señalar la ley que estima infringida, con la precisión del precepto en que específicamente se advierte la vulneración, y argumentar, si acusa su falta de aplicación, cuál sería el realmente aplicable; si esti-

ma que fue mal interpretada una norma, cuál es el sentido que debió conferírsele; y, si denuncia aplicación indebida, exponer la razón por la que los hechos que estableció el tribunal de instancia no son subsumibles en la norma que sostiene el fallo.

Cualquiera que sea la vulneración del orden jurídico que se denuncia por el motivo debe haber trascendido al fallo. No basta que, en la motivación de la sentencia, el tribunal inferior razone con una norma mal elegida y deje, por ende, de aplicar la correcta; o que, eligiendo bien la norma, la malentienda, ya que se precisa que tal infracción alcance a la parte dispositiva, de lo contrario no trasciende el razonamiento erróneo y sería inútil en la práctica la casación, pues el fallo subsistiría, aunque variarían los fundamentos en que se sustentaba. En ocasiones, se ofrece una amalgama de argumentos y artículos que no permiten a la sala poder discernir los términos del recurso, por lo que se ve impedida de determinar cuál es el problema jurídico que se somete a su consideración.

En esta causal, es preciso tener en cuenta el respeto de la situación de hecho que la sentencia cuestionada haya dejado establecida para que se pueda examinar en el fondo la infracción que se aduzca; al respecto, el TSP ha determinado que "(...) para objetar el fondo de la sentencia impugnada en casación al amparo del apartado primero del Ar-

11 Juan Mendoza Díaz: "Las fuentes formales del Derecho procesal civil", en *Lecciones de Derecho procesal civil*, pp. 16-17.

10 | *Justicia y Derecho*
Año 9, No. 17, diciembre de 2011

título seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, viene precisada la recurrente a respetar los supuestos de hecho en que descansa la misma, sin contradecirlos, afirmando otros en contrario, y en el de examen la inconforme, haciendo caso omiso a la naturaleza del amparo escogido, contradice los acreditados en la sentencia combatida al sostener que no posee otro lugar de residencia, lo que obliga al rechazo del primer motivo del recurso (...).¹²

Otra sentencia exterioriza claramente el sentido que fundamenta la causal en comento, cual es la vulneración de la llamada premisa mayor de la sentencia; al respecto, el órgano superior de justicia en Cuba ha señalado "(...) que el éxito de un motivo de casación con fundamento en el ordinal primero del Artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico debe transitar obligatoriamente porque se origine una transgresión de la norma jurídica aplicable al caso controvertido, bien porque el Tribunal la haya elegido mal y como lógica consecuencia haya dejado de aplicar la correspondiente, o que habiéndola elegido bien la haya interpretado erróneamente, y en el presente asunto al aducirse por el casacionista en el motivo segundo de su recurso la infracción por aplicación indebida del Artículo sesenta y cuatro de la Ley General de la Vivien-

da y por falta de aplicación de lo establecido en el Artículo sesenta y cinco, última pleca, y de la Disposición Transitoria Tercera, plecas tercera y quinta del citado cuerpo legal, ello no acontece, pues acreditado que el demandado es el propietario del inmueble de la litis y que la sentencia discutida ha dejado establecido que el demandante lo ocupó por mera autorización del titular, sin que se demuestre la ejecución de ampliaciones o reconstrucción del inmueble discutido por quien reclama, obvio resulta la improcedencia de considerar que el referido propietario está limitado en el ejercicio de la acción de cese de convivencia (...).¹³

El segundo motivo de casación, recogido en el Artículo 630.2, se refiere a "que el fallo no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, o que, sin haberse cumplido las formalidades a que se contrae el Artículo 45, otorgue más de lo planteado, omita resolver sobre alguna cuestión propuesta, o contenga disposiciones contradictorias".

Este motivo es el comúnmente conocido como *causal de incongruencia*, y está referido a corregir la actuación del tribunal, cuando en su fallo se apartó de lo originalmente pretendido por partes, ya sea concediendo más de lo solicitado, o menos, o cuando la decisión no es coincidente con la naturaleza de lo interesado o es manifiestamente contradictoria.

12 *Cuadernos de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba*. Sentencia No. 1139, de 30 de noviembre de 2009 (rollo de casación 1281-2009).

13 *Ibíd.* Sentencia No. 15, de 28 de enero de 2009 (rollo de casación 1611-2008).

Con este motivo, se trata de controlar el cumplimiento del principio dispositivo, en virtud del cual el tribunal debe resolver en correspondencia con lo que las partes solicitan. En este tópico, contrasta la mención al Artículo 45 de la LPCALE, que resulta un *rara avis* en un enjuiciamiento civil y que se explica por los matices propios de la ley procesal cubana, marcada por la naturaleza de nuestro sistema social, en el que prevalece un interés tutelar estatal sobre los conflictos típicamente privados. El mencionado Artículo 45 brinda la posibilidad de que el tribunal incorpore al proceso aspectos que no fueron originalmente planteados por las partes y, si cumple con las exigencias de alertar a las partes y permitirles proponer pruebas sobre estos nuevos elementos, tiene la posibilidad de fallar sobre ellos sin incurrir en la causal de incongruencia. Se obvia que esta no alcanza a los fundamentos, por lo que es intrascendente lo argumentado en los considerandos. Al razonar la infracción, no se distinguen bien los supuestos (el fallo incongruente, el excesivo, el omiso o diminuto y el contradictorio). Se olvida que no procede para denunciar oscuridad, omisión o equivocación formal, para lo que el Artículo 150 de la ley procesal cubana reserva la aclaración de oficio o a instancia de parte; acerca de este apartado, la sala de casación afirma:

“(...) para la casación de una sentencia con sustento en el ordinal segundo del Artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico,

el fallo de la interpelada debe incurrir en la infracción de que no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, o sea, sin haberse cumplido las formalidades a que se contrae el Artículo cuarenta y cinco de dicha Ley resuelva cuestión o cosa distinta a la pretendida otorgue más de lo pedido, omita resolver sobre alguna de las propuestas, o contenga disposiciones contradictorias que impidan su ejecución; el Artículo ciento cuarenta y seis de la mencionada Ley de Procedimiento Civil dispone que las sentencias deben ser congruentes con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, haciendo las declaraciones que estas requieran, estimándolas o desestimándolas y el incumplimiento de lo expresado se constituye en causal de casación, de lo que puede resumirse que existen cuatro situaciones que pueden ocasionar por este motivo la nulidad de la sentencia que se interpela, a saber: el fallo incongruente, que es el que no guarda coincidencia con las pretensiones deducidas por las partes en el pleito, fallo excesivo, que es el que concede más de lo pedido por las partes, con la excepción de que por el Tribunal se haya hecho uso de lo dispuesto en el Artículo cuarenta y cinco de la citada Ley de Trámites Civiles, fallo omiso o diminuto, que es el que no hace declaración sobre alguna de las pretensiones deducidas en el asunto —no se trata de que se dé menos de lo pedido ya que ello es facultad del órgano jurisdiccional—, y el fallo contradictorio, que es aquel que contiene pronunciamientos in-

compatibles entre sí, de tal suerte que se excluyen y se hacen ineficaces, y en el caso, el demandante solicitó que se anulara la resolución cuatrocientos ochenta y nueve de trece de marzo de dos mil ocho dictada por la Dirección Municipal de la Vivienda de Guanabacoa por la que se declaró su cese de convivencia en la vivienda de la litis y al declararse sin lugar la demanda sucede que no se otorgó más de lo pedido, lo que obviamente no constituye incongruencia alguna pues, además esta se refiere a lo resuelto en el fallo que se cuestiona y no a las consideraciones en que el juzgador lo sostiene (...).¹⁴

El motivo tercero de casación permite cuestionar una sentencia a partir de “que el fallo sea contrario a la cosa juzgada o haya desestimado la litispendencia, alegadas como excepciones en el proceso”.

La ley de procedimiento cubana, siguiendo la tradición del derogado enjuiciamiento español, hace una distinción entre las *excepciones dilatorias* y las *perentorias*. Las primeras son aquellos medios de ataque en manos del demandado, encaminados a combatir cuestiones de orden formal, relativas a la válida constitución de la relación jurídica procesal; se interponen en el plazo concedido para contestar la demanda y antes de hacerlo y tienen un efecto paralizador del curso de proceso. En el catálogo de las excepciones dilatorias, se en-

cuentra la *litispendencia* (Artículo 233.4, LPCALE), o sea, la existencia de un proceso promovido con antelación en el mismo tribunal u otro, en el que se den los elementos de identidad subjetiva, objetiva y de la causa, que haga presumir la posibilidad de que, si no se paraliza el nuevo proceso, puedan dictarse dos sentencias que resulten contradictorias por estar referidas al mismo objeto.

Las excepciones perentorias son medios de defensa en manos del demandado, encaminados a combatir cuestiones relativas al fondo de la litis; se interponen al momento de contestar la demanda y se resuelven en la sentencia. A diferencia de las dilatorias, la ley cubana no brinda un catálogo de excepciones perentorias, sino que hay que encontrarlas en el universo de aquellas contingencias fácticas que puedan tener un efecto impeditivo, extintivo o excluyente de los efectos jurídicos contenidos en la pretensión del actor. La única excepción a esta regla está justamente en la excepción de *cosa juzgada* que, en caso de ser la única que el demandado pretende esgrimir contra el actor, no debe esperar a presentarla cuando conteste la demanda, sino que puede interponerla como si se tratara de una dilatoria, o sea, antes de contestar la demanda, lo cual hace que el tribunal resuelva lo procedente de forma anticipada, a pesar de referirse a un medio de defensa dirigido al fondo de la litis.¹⁵

14 *Ibíd.* Sentencia No. 29, de 29 de enero de 2009 (rollo de casación 6-2009).

15 Juan Mendoza Díaz: *El proceso ordinario de conocimiento (actitudes del demandado)*, pp. 40-44.

El motivo de casación que analizamos tiene como objetivo salvar los errores cometidos por el tribunal que dictó la sentencia, en el caso de que se haya establecido como excepción dilatoria la *litispendencia* o, como perentoria, la *cosa juzgada* y, existiendo mérito para admitirlas, fueron desestimadas.

En ocasiones, se desconoce que el motivo que cabe para anular la sentencia que la desestima, no cabe contra la que declara la existencia de la cosa juzgada, que es denunciable por el apartado primero, aspecto que motiva el siguiente razonamiento del TSP:

“(...) acogida como fue en su momento por el Tribunal *a quo* la excepción perentoria de cosa juzgada material, alegada oportunamente por el no recurrente y tramitada como si se tratara de una excepción dilatoria de conformidad con lo establecido en el Artículo doscientos treinta y cuatro de la citada Ley, no debe desconocerse que la seguridad jurídica es considerada su fundamento, de ahí la trascendencia que entraña su determinación correcta en un proceso en que se hubiere alegado, con relación a otro anterior, por lo que en tal sentido resulta necesario señalar que las exigencias de identidad de la cosa juzgada material contenidas en el Artículo trescientos cincuenta y dos de la Ley de Trámites están referidas a los sujetos, el objeto del litigio, conocido en la doctrina como el *petitum*, y la causa de pedir, o *causa petendi*, y con relación a esta última por ser la única cuestionada por el recurrente ha de señalarse que la doctrina

reconoce la existencia de dos teorías, la primera, que resulta ser la de la sustanciación, para la que los hechos controvertidos son los que determinan la causa de pedir, esta teoría es perfectamente válida cuando de acciones personales se tratare, mientras que la segunda es la de la individualización, específicamente aplicable para las acciones reales, y está fundamentada en la identificación de la relación jurídica como determinante de ésta; últimamente se ha producido una confluencia de ambas posiciones, de forma tal que, para determinar la *causa petendi* es necesario apreciar de conjunto tanto los hechos como los fundamentos de Derecho en que se basa la solicitud, así de la conjugación de ambos es posible identificar la causa de pedir del proceso, por lo que no resulta en el caso correcta la estimación de la misma por parte del Tribunal, ya que en el primero de los procesos, el recurrente fue interesando indemnización en correspondencia con las piezas que alegaba le faltaban al tractor, y en este, pidió la devolución del bien, más indemnización por piezas en mal estado, entonces no puede negarse que en todo caso fuere cual fuere la causa de la indemnización el resultado condenatorio no sería el mismo, debiéndose abundar en el sentido que, resulta acertado admitir el juicio que esgrime el inconforme, en cuanto a la falta de similitud entre ambos procesos, en lo referido a la causa de pedir, al existir diferencia entre las pretensiones establecidas en ambos procesos, pues debe dejarse esclarecido que en virtud de las conside-

raciones que anteceden, la diferencia entre la causa de pedir contenida en la demanda del primer proceso, y el subsiguiente, destruye la identidad de ambos, razón por la cual debe estimarse el presente recurso, y en consecuencia debe el Tribunal dar traslado al demandado para contestar la demanda por un término equivalente al que le restaba para contestar, y que interrumpió al personarse planteando la excepción perentoria de cosa juzgada (...).¹⁶

El ordinal 4 del Artículo 630 de la LPCALE establece como motivo de casación: “La falta de legitimación, activa o pasiva, oportunamente propuesta e indebidamente negada en la sentencia, siendo procedente, o aceptada cuando no lo sea”.

Este motivo está encaminado a controlar la correcta apreciación de una de las instituciones más confusas que tiene el Derecho procesal, la legitimación. El sistema procesal cubano heredó la confusión normativa que tenía la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil española, lo que dio lugar a una interminable polémica doctrinal encaminada a determinar si la legitimación tiene naturaleza procesal o material, tema que dividió a la doctrina en España por años, hasta la promulgación de la actual Ley de enjuiciamiento civil, y que en Cuba sigue viva, teniendo en cuenta que la normativa que provoca esta confusión está aún vigente.¹⁷

Sin adentrarnos en este asunto, baste resaltar que, en nuestro país, la apreciación de la falta de legitimación, a que hace referencia este precepto, se constriñe especialmente al vínculo con la relación jurídica material que, por lo general, se relaciona con la existencia del derecho subjetivo.

Para el éxito de esta causal, no es suficiente que concurra la falta de legitimación, ya sea activa o pasiva, sino que en su oportunidad se hubiera promovido la cuestión que desestima el órgano jurisdiccional, a pesar de ser procedente, o que se acepta siendo improcedente. Sobre este asunto, el TSP se ha pronunciado con reiteración:

“(...) aunque en la doctrina científica se sostiene un 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 ge-

16 *Cuadernos de la Sala...* Sentencia No. 29, de 29 de enero de 2009 (rollo de casación 6-2009).

17 Carlos M. Díaz Tenreiro: “Consideraciones sobre el concepto de legitimación”, en Juan Mendoza Díaz (coord.), *Lecciones de Derecho procesal civil*, pp. 118-126.

nérica 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 sólo 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 (...).¹⁸

El ordinal 5 del Artículo 630 de la LPCALE describe así el quinto motivo de casación: “La falta de personalidad en el actor o en el demandado o en sus respectivos representantes por insuficiencia o ilegalidad del poder de que se hayan hecho uso los representantes para comparecer o por carecer el que haya comparecido, como autor o demandado, del carácter o las condiciones que se

atribuya para poder hacerlo por sí, o a nombre de otro”.

Este motivo de casación está relacionado con la excepción dilatoria contenida en el Artículo 233 de la LPCALE, que se conoce comúnmente como *falta de personalidad* y que, bajo ese rubro genérico, comprende una multiplicidad de situaciones relacionadas con la capacidad de las partes para comparecer en juicio, pero que en sede de este motivo abarca dos aspectos más específicos, el primero es el relativo a las insuficiencias en el documento acreditativo del mandato, o sea, del poder de representación, ya sea por reputarlo ilegal o insuficiente; el otro es mucho más complejo, pues comprende un concepto sobre el cual existe mucha polémica en la doctrina y es el referido a la carencia por el actor o el demandado de esa especial condición que se necesita para comparecer en un proceso en aquellos casos en que se ha producido una subrogación en la titularidad del derecho, al que nuestra ley denomina *carácter*. Por la confusión normativa a que hicimos referencia, que los cubanos heredamos del derecho español precedente, para nosotros el carácter es un tipo específico de legitimación que es necesario acreditar *in limine litis*, o sea, al momento de interponer la demanda (Artículo 226, LPCALE), en aquellos supuestos en que la persona que comparece es distinta de la que ostentaba la titularidad de la relación jurídico-material, ejemplos tales como

18 *Cuadernos de la Sala...* Sentencia No. 430, de 29 de mayo de 2009 (rollo de casación 476-2009).

los del heredero que litiga en una reclamación asociada a relaciones generadas por el causante o cuando el actor es el acreedor que se subrogó en el crédito originario, etc.; en todos estos casos, hay que acreditar documentalmentemente con la demanda esa especial condición que se alega para comparecer y es a eso concretamente a lo que nuestra ley denomina *carácter* y que es objeto de control mediante este motivo de casación.

En el ordinal cinco no se distinguen con claridad las tres situaciones jurídicas diferentes que hace confluir la LPCALE, al regular la falta de personalidad: la representación procesal, el carácter o representación con que se comparece y la capacidad procesal. El motivo de casación se tipifica solo cuando se les reconoce a las partes o a sus representantes una personalidad que realmente no poseen y no en el supuesto en que se les hubiera negado.

El sexto motivo de casación, contenido en el ordinal 6 del Artículo 630, es el siguiente: “La falta de estado del proceso por no haberse ejercitado la acción por todas las personas que debieron hacerlo o no haberse demandado a todos los obligados a la ejecución o cumplimiento de lo que se reclame y siempre que se trate de obligaciones indivisibles”.

A primera vista, este motivo puede parecer de los que identifican un error *in procedendo* que, de acogerse, motivan la nulidad de lo actuado y la retroacción al momento procesal en que debía intervenir la parte que estuvo ausente del proceso, pero no es así; esta falta de estado está

considerada en nuestra ley un error *in iudicando*, por lo que su recepción obliga al TSP a dictar nueva sentencia, en los términos que debió hacerlo la instancia inferior. Se trata de una decisión que tiene como condición que la obligación sea invisible, de tal suerte que ineludiblemente el pronunciamiento alcanzará al que está vinculado a ese tipo de relación, haya comparecido en el proceso, o no. No obstante, este motivo trae aparejada una confusión interpretativa pues, en esta última situación, el TSP dictará una sentencia con efectos hacia una persona que no tuvo participación en el proceso, lo cual es impropio y daría lugar, en caso de que alcance a bienes, a la posibilidad de que el perjudicado pueda establecer el proceso de amparo en actuaciones judiciales, a que hace referencia el Artículo 393 de la LPCALE.

Esta causal solo procede en los casos de sentencias de condena donde lo reclamado sea una obligación de naturaleza indivisible, y es indiferente a su control el resto de los supuestos en que pudiera encontrarse presente la falta de estado, en detrimento del acceso al recurso de los múltiples casos de litisconsorcio necesario y cuasi necesario que se resuelven sin cumplir el principio de contradicción.

El ordinal 7 del Artículo 630 regula como séptimo motivo de casación: “Haber concurrido a dictar sentencia uno o más Jueces cuya recusación fundada en causa legal e intentada en tiempo, se hubiese estimado, o desestimado no obstante ser procedente”.

Esto permite replicar ante el TSP el diferendo que las partes hayan planteado durante la tramitación del proceso en la instancia inferior, relativo a combatir la competencia subjetiva de los jueces que intervinieron, mediante el incidente de recusación que regula la ley procesal. Se haya estimado la recusación en el proceso de base, o no, el motivo permite que el más alto órgano de justicia revise el caso, no para retrotraer las actuaciones, cuando la decisión sobre el juez impugnado haya sido indebida, sino para enmendar los errores cometidos en cuanto al fondo de la controversia.

El ordinal 8 del Artículo 630 regula la como octavo motivo de casación: “Haber sido dictada la sentencia por un número de votos conformes inferior al legalmente requerido”.

Al igual que el anterior, este combate aspectos relativos a la adecuada conformación del órgano jurisdiccional de base; pero, de idéntica manera, la decisión no es de anulación y retroacción, sino que se incluye entre los motivos de error *in iudicando*, de tal suerte que el TSP dicta sentencia en los términos que debió hacerlo el tribunal inferior.

El motivo noveno, que regula el ordinal 9 del Artículo 630, dispone: “El error, con trascendencia al fallo, en la apreciación de una prueba, dejando de reconocer la eficacia que la ley le atribuya expresamente o valorándola de modo irracional o arbitrario, y siempre que, en ambos casos, sea suficiente por sí o en relación con otras igualmente válidas, para tener por justificada una situación de he-

cho a favor del recurrente, distinta a la que se hubiera tomado en cuenta para dictar sentencia”.

Es uno de los motivos que más se utilizan en el foro cubano para impugnar en casación, aunque muchas veces se encauza mal, lo que motiva múltiples señalamientos del TSP, el cual llama la atención del recurrente por hacer un uso inadecuado del precepto, pues se pretende cuestionar la capacidad de la instancia inferior para valorar los medios de prueba.

Tal precepto permite combatir la actuación de ese órgano, en materia de valoración de pruebas, en dos direcciones: 1.- Cuando no se le dio a un medio de prueba el valor específico que la ley le confiere; y 2.- Cuando, en el ejercicio de la libre valoración de las pruebas, el tribunal actuó de forma irracional o arbitraria.

Con relación al primer aspecto, en la ley procesal, rige el principio de libre valoración de pruebas; no obstante, persisten en la norma dos medios que tienen un valor preestablecido, a los que se les denomina pruebas legal y tasada. El primero es la prueba de confesión (Artículo 262, LPCALE). La declaración de una parte, que responde a preguntas formuladas por la otra, y acepta hechos personales que le son perjudiciales, tiene un valor de prueba plena y libera de la práctica de otros medios probatorios en esa dirección. El otro tiene un valor vinculante, es el instrumento público notarial (Artículo 294, LPCALE), pero no en su totalidad, sino en aquellos aspectos plasmados en el documento sobre los cuales el funcionario

pudo ontológicamente extender su dación de fe. Estos se dividen entre aspectos que lo hacen hacia los comparecientes y los que lo hacen hacia terceros. Tienen valor para los comparecientes, la fecha del documento, el motivo del otorgamiento y las declaraciones hechas por los comparecientes; por su parte, también lo tienen hacia terceros, el hecho que motiva el otorgamiento y la fecha del otorgamiento.¹⁹

La primera parte del motivo de casación que comentamos está referida a que el tribunal inferior no le otorga a uno de estos dos medios de prueba el valor que la ley le confiere, o sea, que no es un motivo para combatir la valoración del tribunal sobre otros medios en los que impera su libre valoración, sino sobre estos dos específicos que tiene un baremo de medición predeterminado.

El segundo aspecto del motivo abarca a los restantes medios de prueba. Está referido a que se pueda reputar de arbitraria o irracional la valoración que el tribunal hace de un medio de prueba determinado, o sea, no es para cuestionar la libre apreciación que tienen los tribunales sobre estas, pues eso no tiene cabida en casación, sino solo cuando es posible sostener que la valoración hecha es irracional o arbitraria.

Este motivo califica entre los errores *in iudicando*, razón por la cual el TSP dicta una nueva sentencia en el caso de que se acoja favorablemente. Ahora bien, para que esto ocurra,

el motivo exige que se aprecie el error en la valoración de la prueba por el tribunal inferior y que, como resultado de este error, se justifique una situación de hecho distinta de la que se declaró en la sentencia que se impugna; de esa forma, el TSP dará por probados hechos diferentes de los que fueron declarados por la instancia inferior y dicta el fallo que corresponda.

También se exige precisar el precepto vulnerado, delimitar cuál es la prueba cuya apreciación errónea se acusa y en qué consiste la infracción, es decir, si se dejó de considerar alguna de las practicadas o si se valoró erróneamente. La prueba debe tener, por sí o en su relación con otras de las practicadas, suficiente entidad para destruir la situación fáctica que sostiene el fallo, porque resultaría intrascendente que se demostraran hechos o consideraciones presentes en la motivación de la sentencia, pero que no afecten la decisión; y, por último, que la nueva situación de hecho ha de ser beneficiosa a quien recurre. La causal primera es la más utilizada por los recurrentes, porque permite discutir la valoración de la prueba, con los límites que le impone la técnica del recurso. En un caso en que se discute la llamada premisa menor de la sentencia, el TSP se ha pronunciado de la manera siguiente:

“(...) el único motivo del recurso razonado sobre la base de lo regulado en el ordinal noveno del Artículo

19 Juan Mendoza Díaz: “La prueba en el proceso civil”, en *Justicia y Derecho*, año 3, no. 5, pp. 46-48.

seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico es improcedente, porque además de incumplir quien recurre con uno de los requisitos que permiten dar adecuada viabilidad a un recurso que se encausa por el citado apartado, cual es la cita del precepto regulador de la prueba que se ha vulnerado, pues las mencionadas no tienen tal carácter, ello evidentemente le impide expresar con la necesaria precisión cuál o cuáles son los errores en que incurre la sentencia discutida al apreciar las pruebas a que el motivo se refiere consistentes en testimonial y de libros, es preciso señalar que los relacionados medios probatorios fueron valorados conforme a los principios de la razón y de la ciencia y las reglas de la lógica siendo insuficientes para desvirtuar el fundamento fáctico del fallo combatido (...) de lo que es claro deducir que la intención de la inconforme es sustituir con su propio criterio el que se formó el juzgador de instancia respecto a los medios probatorios referidos lo que no puede ser admitido (...).²⁰

El ordinal 10 del Artículo 630 establece como motivo de casación: "Cuando, por razón de la materia, haya habido abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, conociendo un asunto que no corresponda a los Tribunales de Justicia, o dejando de conocer cuando hubiere el deber de hacerlo".

Los artículos del 1 al 4 de la LPCALE definen la dimensión y alcance de la

función jurisdiccional que ejercen los tribunales cubanos. Se especifican cuáles son los asuntos que les corresponde resolver a los órganos judiciales y se deja sentado que la jurisdicción en materia civil es indeclinable, sentido en el cual los tribunales no pueden rehusar el conocimiento de un asunto que, por imperio de la ley, les corresponde resolver (Artículo 3).

Dada las características del sistema económico y social del país, donde prevalece una normativa de carácter socialista, en la práctica jurídica existen muchos asuntos en los que se confunde la naturaleza del derecho material que se aplica, por la interrelación que existe entre lo civil y lo administrativo, en temas tales como la propiedad inmobiliaria urbana y rural, entre muchos otros campos. Esto provoca que, en ocasiones, se puedan presentar casos de invasión de la función jurisdiccional del campo judicial al administrativo o viceversa.

En nuestra ley, existe un procedimiento específico denominado *De los conflictos de atribuciones entre las autoridades judiciales y administrativas* (artículos 16 al 20), que está concebido para dirimir las discrepancias que puedan darse entre los tribunales y los órganos de la administración, cuando uno invade el campo de actuación del otro en el desempeño de la función jurisdiccional. Mediante este procedimiento, se puede llegar, incluso, hasta el TSP, el que definitivamente dirime el diferendo.

20 *Cuadernos de la Sala...* Sentencia No. 511, de 16 de junio de 2009 (rollo de casación 560-2009).

Ahora bien, el motivo de casación que comentamos está concebido para que lo utilicen las partes que están involucradas en un proceso ante los tribunales de justicia, cuando se dicta una sentencia que excede el campo de actuación que la ley le permite, o un tribunal se abstiene de conocer un asunto que por ley le corresponde.

A pesar de estar entre los errores *in iudicando*, los efectos que produce su apreciación favorable son diversos. En el caso que se considere que el tribunal inferior cometió abuso por exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, la nueva sentencia del TSP corrige el error y se pronuncia en la verdadera dimensión que debió hacerlo el órgano inferior. No ocurre lo mismo cuando el recurso de casación se debe a que este denegó conocer un asunto, pues en tal caso la sentencia del TSP indica que el asunto sea conocido y resuelto por el tribunal competente.

Acerca de este tema, el máximo órgano de justicia en Cuba se ha pronunciado de la manera siguiente:

“(…) porque ciertamente la facultad revisora que en los artículos seiscientos cincuenta y cuatro y siguientes de la citada Ley de Trámites se le concede a la vía jurisdiccional, expresamente está referida a las decisiones y actos de la Administración, conceptualizada ésta como los órganos contemplados en el Artículo seiscientos cincuenta y cinco, y necesariamente emanados de funcionario que por disposición legal asu-

me su representación, de ahí que tratándose lo que es objeto del debate de un mero dictamen, además emitido por personas que no ostentan el referido carácter, obvio resulta que la pretensión deducida ante la Sala de instancia no solo no encuentra cabida en el referido supuesto, sino tampoco en la categoría de acto impugnabile a que se contrae el Artículo seiscientos setenta del citado cuerpo legal Adjetivo, lo cual fue acertadamente advertido por la sala *a quo* en el Auto interpelado; apreciación la expuesta que en modo alguno se traduce en reconocerle virtualidad jurídica al cuestionado Dictamen, habida cuenta que por propia naturaleza, en el orden del Derecho administrativo, exclusivamente constituye elemento que pudiera o no ser observado su contenido por quien, en el ejercicio de sus funciones, le viene atribuida la consideración de que la Resolución que pronuncie se traduzca en acto del alcance y connotación a que se hizo mención, y que de algún modo trascienda la decisión que adopte a la situación a que aquel se contrae, la que en virtud de ello mantiene absoluta vigencia, por cuya razón obligado resulta concluir que carece de sustento legal la infracción que la recurrente aduce ha incurrido el órgano juzgador(...)”.²¹

Los restantes motivos que regula el Artículo 630, comprendidos en los ordinales 11, 12 y 13, son los que la doctrina denomina errores *in procedendo*, por lo que, en caso de que se

21 *Ibíd.* Sentencia No. 602, de 30 de junio de 2008 (rollo de casación 576-2008).

acojan por el TSP, la decisión que se adopta es de nulidad de actuaciones y retroacción del proceso al momento en que se cometió el error. Según la ley, para que se aprecie alguno, previamente la parte que lo alega debió usar el remedio procesal oportuno, o sea, denunciar en su momento la violación, en lo que se conoce en el argot forense cubano como “preparar el recurso”.

El del ordinal 11 establece: “La falta de emplazamiento de las personas que debieron ser citadas como partes en el proceso”.

Se refiere a la mala actuación del tribunal cuando no emplazó a la persona que en la demanda se indicó como demandado; o sea, no es para corregir la falta de estado—error imputable a la parte actora—, es cuestión de fondo, con una vía de combate distinta de esta.

La falta de emplazamiento del demandado en un proceso, como requisito inexcusable preparatorio de la casación, debe ser planteada para intentar la subsanación de esa deficiencia procesal, ante el tribunal de instancia, por los medios que la ley autoriza, incluido el de solicitud de audiencia en rebeldía; al respecto, la instancia superior de justicia, en sentencia acordada, ha declarado que:

“(...) el primer motivo del recurso con amparo en el apartado once del Artículo seiscientos treinta de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, no puede prosperar, porque de su contenido se constata que lo planteado por la re-

currente no es cosa distinta a aducir no habersele emplazado debidamente en el proceso para ofrecer argumentos frente a los que se fijan en la demanda contra ella establecida, y es lo cierto que además de aparecer a foja trece de las actuaciones diligencia oficial practicada al respecto, como admite, resulta consecuente advertir que el quebrantamiento que le atribuye a la Sala *a quo* en tal sentido, atendiendo a lo previsto en el Artículo cuatrocientos cuarenta y tres de la citada Ley de Trámites debió formularlo solicitando Audiencia en Rebeldía con petición expresa de retroacción del proceso, lo que devendría intento de subsanación por parte suya, que como requisito insoslayable para su admisión en casación con el amparo escogido establece el tercer párrafo del Artículo seiscientos treinta y tres del referido cuerpo legal Adjetivo, cuyo extremo al no haberse considerado oportunamente para pronunciarse con relación a la inadmisibilidad del examinado motivo, ahora obliga declararlo improcedente (...)”.²²

El ordinal 12 establece: “La denegación de cualquier diligencia de prueba admisible en derecho, y cuya falta haya podido producir indefensión”.

Este motivo protege a la parte perjudicada en su derecho a la prueba, por una decisión del tribunal inferior que rechazó un medio de prueba oportunamente propuesto.

La ley establece que contra la resolución que admita medios de prue-

22 *Ibíd.* Sentencia No. 436, de 21 de mayo de 2008 (rollo de casación 219-2008).

ba no cabe recurso alguno; pero, cuando el órgano inferior decide no aceptar una prueba oportunamente propuesta, debe hacerlo mediante un auto, en el que fundamente las razones del rechazo. Contra este, se debe interponer el recuso de súplica, preparatorio del uso del motivo que ahora comentamos (Artículo 253, LPCALE), donde se alegue la posible indefensión que provoca la decisión, pues la negativa de no admitir una prueba no es suficiente para producir la admisión del recurso de casación, si no se aprecia que tal decisión provocó indefensión para la parte que lo sufrió.

La sala suprema de casación se ha pronunciado con el caso que a continuación se relaciona, en el sentido que requiere el éxito del recurso que se ampara en el apartado doce:

“(...) conforme la técnica que tutela el recurso que se resuelve, además de su correcta preparación, es decir que se haya intentado la subsanación de la informalidad en que consista, que la inadmisión de la prueba, admisible en Derecho, haya podido producir indefensión en el proceso, y tal requisito no se cumple en el cuestionado asunto habida cuenta que, con la de reconocimiento judicial se pretendía demostrar la existencia en la vivienda del pleito de una porción independiente en la que reside la actora lo que resulta intrascendente conforme al objeto del proceso, que lo es el cese de convivencia impetrado por la demandada que ha justificado cumplidamente su titu-

laridad, todo lo que conduce inequívocamente al rechazo del motivo bajo examen (...).²³

El ordinal 13 establece: “La estimación para el fallo de una prueba en cuya práctica la parte a quien perjudique no haya podido tener, por falta de citación oportuna, la intervención que la ley autorice”.

A pesar de que en nuestra ley no se dispone la presencia preceptiva de las partes a la práctica de las pruebas, como elemento esencial para la validez del acto, existen diferentes medios de prueba en que la ausencia de una de las partes le priva de determinadas actuaciones, cuya utilización le puede producir un beneficio para sus intereses; es el caso de la asistencia de la parte que propone la confesión al acto en que esta se realiza, lo cual permite que las partes puedan formularse preguntas y observaciones sin intervención de sus abogados (Artículo 270, LPCALE); o la posibilidad que se brinda a las partes, en la prueba de reconocimiento judicial, de realizar en el acto las observaciones que estimen oportunas (Artículo 317); o la posibilidad que se da, en la prueba testifical, de que las partes puedan interesar del tribunal que haga algunas preguntas adicionales a las contenidas en sus escritos de preguntas y repreguntas (Artículo 334), etc. En todos estos casos, está en manos del órgano que evalúa determinar si la ausencia de la parte al acto de la prueba le produjo indefensión,

23 *Ibíd.* Sentencia No. 655, de 23 de julio de 2009 (rollo de casación 714-2009).

lo cual amerita anular el fallo y repetir la prueba con su participación.

4.- Como ya explicamos, la ley procesal cubana establece, como regla general, el efecto suspensivo para todos los recursos, incluido el de casación, pero admite la posibilidad de una ejecución anticipada, en caso de que la demora pueda producir perjuicios para la parte a la que favoreció la sentencia, previo pago de una fianza que fija el tribunal.

5.- A pesar de que, en el sistema procesal cubano, la jurisprudencia que emana del TSP no tiene carácter vinculante, de tal suerte que no integra el sistema de fuentes formales del Derecho en Cuba, por imperio de las reminiscencias que aún persisten en nuestra legislación de criterios provenientes de una concepción teórica de origen soviético, la doctrina y la jurisprudencia cubana son contestes sobre el indudable valor que tienen las decisiones que dicta el principal órgano de justicia, que crean una tendencia unificadora sobre la interpretación del Derecho en toda la nación.²⁴

6.- La normativa cubana regulatoria del recurso de casación es anterior a la adopción del Código procesal civil modelo para iberoamérica, y la única reforma que sufrió nuestra ley sobre esta materia, en 2006, fue para limitar la cantidad de asuntos que podían acceder al TSP por esta vía, por lo que no existe en la norma cubana una influencia de las reglas contenidas en el Código modelo sobre la casación.

7.- Vale la pena mencionar, finalmente, el tratamiento que concede el sistema procesal cubano a la llamada *casación de oficio*, como solución para anular una sentencia o auto definitivo. Se presenta en casos en que la sala de casación encuentra en la sentencia errores que no fueron sindicados por el recurrente, pero que comprometen la validez del fallo, por lo que decide anular lo dispuesto. Existen varios fallos del máximo órgano de justicia cubano en esta dirección; vale mencionar, a guisa ilustrativa:

“(...) la casación, si bien es un medio de impugnación que la Ley reserva a las partes para la protección de sus legítimos intereses, su alcance es mucho más trascendental, ya que se encamina al eficaz restablecimiento del imperio de la Ley infringida o vulnerada por error, de ahí que sea obligado estimar implícito el objetivo de velar por la pureza en la aplicación o interpretación de la Ley en todo el territorio nacional, lo cual impone a esta Sala superior de justicia el ineludible deber de examinar de oficio los vicios que presente la sentencia interpelada, y en el presente asunto se observa que al acudir ante la Sala de instancia el letrado (...) impugnando el acto administrativo dictado por la (...) a nombre y en representación de quien dice ser su hermano no aportó el correspondiente poder notarial mediante el cual su mandante le confiere facultades para representarlo en el pleito, lo que debió ser apreciado de oficio por el tribunal a quo antes de conferir el trámite correspondiente, como lo dispone el Artículo

24 Julio Fernández Bulté: *Teoría del Estado y del Derecho*, pp. 64, 73.

doscientos veinticinco de la Ley Procesal Civil, que rige supletoriamente para el procedimiento administrativo en relación con el doscientos treinta y tres inciso dos y el seiscientos setenta y seis del expresado cuerpo legal adjetivo, lo que obviamente constituye un error que debe ser subsanado de oficio por quienes resuelven, en aplicación de lo preceptuado en el Artículo ciento setenta y ocho de la citada Ley de Trámites Civiles, y dado su alcance, debe declararse la nulidad de lo actuado en el proceso hasta la providencia de admisión de la demanda, esta inclusive y conceder un término de diez días al letrado compareciente a fin de que acredite en debida forma la representación que alega ostentar (...).²⁵

Cualquier solución que adopta el TSP en sede de casación, ya sea cuando se acoge el motivo que alega el recurrente, o cuando la sala dispone la casación de oficio, la decisión no puede ir nunca en perjuicio de quien interpuso el recurso, pues la norma cubana consagra el denominado principio de la prohibición de la *reformatio in peius*, la cual deja sentado que ningún recurso podrá resolverse en sentido que agrave la situación del que lo haya interpuesto (Artículo 604, LPCALE).

EL PROCESO DE REVISIÓN

1.- Como quedó expuesto en la primera parte de este Artículo, la nor-

mativa cubana no considera la revisión como un recurso, pues este concepto está reservado para los medios de impugnación dirigidos a combatir resoluciones que aún no son firmes. En nuestra ley, la revisión es un proceso autónomo que tiene como fundamento abrir una nueva vía de conocimiento, a partir de la formulación de una demanda, basada en situaciones excepcionales autorizadas por la ley, generalmente asociadas a situaciones anormales o fraudulentas, en torno a un asunto que antes fue resuelto, sobre el que recayó una sentencia que se hizo firme y está protegida por el efecto de la cosa juzgada. Esa es la razón por la cual el proceso de revisión se considera una excepción, al efecto general de inmutabilidad de la cosa juzgada.

Se establece una legitimación específica para promover el proceso de revisión que abarca solo a aquellos que fueron partes en el proceso originario, y a sus causahabientes. En 1983, el CGTSP adoptó el Acuerdo No. 47, de 15 de marzo, que posibilitó la promoción de oficio del proceso de revisión.

El órgano competente para conocer de este proceso es la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP, y pueden ser objeto de evaluación todas las sentencias firmes dictadas por tribunales cubanos de los diferentes niveles jurisdiccionales.

La tramitación del proceso de revisión tiene dos momentos. En pri-

25 *Cuadernos de la Sala...* Sentencia No. 638, de 11 de agosto de 2006 (rollo de casación 741-2008).

mer lugar, la referida sala evalúa la solicitud formulada y decide sobre su admisión. En caso de que se acepte, se reclaman las actuaciones y se les da traslado de la demanda a todos los que fueron parte del proceso originario y al fiscal. La presencia preceptiva de este, como parte, se asocia a la excepcionalidad que tiene tal proceso, esencialmente asociado a la existencia de graves incumplimientos, situaciones fraudulentas o incluso delictivas. La tramitación específica que asume este proceso está en correspondencia con el motivo que fue alegado, por lo que concibe la posibilidad de que se practiquen pruebas, tanto las propuestas por las partes como las que de oficio decida el tribunal.

Si el máximo órgano de justicia declara con lugar la revisión, anula la sentencia y dicta otra en sustitución de la revocada, en la que resuelve todas las cuestiones que fueron objeto del proceso originario, de acuerdo con lo que ahora resulte.

La sentencia que resuelve el proceso de revisión, ya sea que lo acoja o lo desestime, no admite recurso alguno.

2.- El proceso de revisión es muy excepcional, por lo que la ley recoge solo cuatro motivos por los que procede (Artículo 642, LPCALE).

El primero, que regula el ordinal 1 del Artículo 642, dispone que es posible admitir la revisión: "Si se obtuvieren documentos decisivos de los que no se pudo disponer a tiempo por fuerza mayor o por obra de la contraparte".

Se fundamenta en la existencia de un documento con valor suficiente

para modificar la decisión originaria, del cual no se dispuso en el proceso anterior, pero fundamentada su no aportación en la existencia de una causa de fuerza mayor o por una actuación indebida de la contraparte. Este segundo aspecto es el que motiva que el Artículo 649, *in fine*, disponga que el TSP pueda deducir testimonio para la formación de proceso penal contra la persona que obró maliciosamente.

Solo se puede hablar de la existencia de delito cuando el actuar de la contraparte, para evitar que el documento fuera aportado en el proceso originario, estuviera vinculado con una actuación de las funciones públicas, pues la persona natural que oculta un documento no incurre en delito alguno. No es el caso del funcionario que sustraiga u oculte un documento bajo su custodia, actuar que integra el delito de Sustracción y daño de documentos u otros objetos en custodia oficial y violación de sellos oficiales, previsto y sancionado en el Artículo 168 del Código penal.

La segunda causal, que regula el ordinal 2 del Artículo 642, dispone: "Si el fallo se funda en documento que al tiempo de dictarse ignoraba la parte haber sido declarado falso en causa penal o se declarare después la falsedad en dicha forma".

Esta causal reviste una particular complejidad interpretativa, asociada a que el objeto del proceso penal no es declarar la falsedad de un documento en abstracto, sino la responsabilidad que tiene la persona que realiza la falsificación. Para que exista un pronunciamiento penal so-

bre la falsedad de un documento, hay que lograr conformar una imputación penal contra un individuo en específico. Si esto no se logra, es imposible que dicho pronunciamiento alcance al documento y, por ende, no es posible esgrimirla para la revisión de la resolución judicial. La situación anterior puede llevar al absurdo de que, existiendo un documento falso, en el cual se basó una sentencia, no cabe promover el proceso de revisión, por no poderse identificar al autor de la falsedad y, por tanto, no poder ejercer la persecución penal en su contra.

La causal tercera, que regula el ordinal 3 del Artículo 642, establece: “Cuando habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido después sancionados por perjurio y su declaración hubiere servido de fundamento a la sentencia”.

Al igual que el anterior, tiene causa penal, aunque, a diferencia de este, es totalmente clara su intensión y alcance, o sea, si una persona que prestó declaración en un proceso civil, mintió y su testimonio tuvo la relevancia suficiente para formar la certeza del tribunal, y es sancionada posteriormente por perjurio, tal contingencia posee fuerza suficiente para destruir la cosa juzgada indebidamente alcanzada en el juicio precedente.

La cuarta causal, que regula el ordinal 4 del Artículo 642, dispone: “Cuando la sentencia se hubiere dictado por un Tribunal cuyos integrantes sean posteriormente sancionados por prevaricación o cohecho cometido al dictar dicha sentencia, o ha-

berse obtenido ésta por violencia ejercida sobre ellos”.

A diferencia de los anteriores, tiene su origen en la propia actuación del órgano jurisdiccional, asociado a que los jueces hayan cometido un delito de prevaricación o de cohecho en la tramitación del proceso precedente, por una parte, o que el vicio en su actuar lo motive la violencia ejercida sobre ellos por un agente exterior. La prevaricación y el cohecho están regulados en el título III del Código penal (CP), dedicado a los “Delitos contra la administración y la jurisdicción”. Comete prevaricación (Artículo 136) el funcionario público que intencionalmente dicta una resolución contraria a la ley, mientras que, para el Derecho penal cubano, comete cohecho (Artículo 152) el funcionario público que reciba o exija alguna dádiva, ventaja o beneficio, con el fin de ejecutar u omitir un acto relativo a sus funciones.

La persona que pretende esgimir este motivo de revisión tiene que lograr que en la sentencia penal se vincule al juez sancionado con el caso que se pretende revisar, pues la condena penal de este no tiene un efecto directo sobre todos los casos en que actuó, sino solo sobre aquellos en que se logró probar su responsabilidad ilícita.

El Decreto Ley No. 241, de 27 de septiembre del 2009, introdujo una quinta causal de revisión, que dispone: “Cuando, atendiendo a argumento debidamente fundamentado, se constate por la Sala la presencia de situación de haberse colocado en estado de indefensión a parte intere-

sada, con trascendencia al derecho que reclama”.

Se concibe para corregir los daños que el actuar deficiente de un abogado le puede producir a su cliente, lo cual, en nuestra sociedad, no encuentra un canal totalmente satisfactorio en el ejercicio de una acción resarcitoria independiente contra el abogado negligente o malicioso.²⁶

No es nueva la inquietud del legislador por resolver situaciones de indefensión procesal. Así, el Artículo 40 de la citada ley adjetiva había recogido la posibilidad de que, cuando en un proceso se presentara, una situación de evidente indefensión o desigualdad susceptible de causar perjuicio irreparable, no imputable a la parte que la sufriera, y no tuviera solución específica en dicha ley, el tribunal, de oficio y oídas las partes o, a instancia del interesado y oída la contraparte, podría adoptar las medidas necesarias para restablecer la equidad procesal, aunque sin alterar los términos del debate.

La modificación constituye importante instrumento a disposición del juzgador, a los efectos de conformar el ideal de justicia, esencia de esta institución procesal, en su justo equilibrio con la seguridad jurídica que ocasiona la cosa juzgada, lo que refuerza la responsabilidad y sentido de la racionalidad y equidad con que deberá actuar el máximo órgano judicial para evitar que las posibilidades que tal precepto ofrece sea impropriadamente utilizada por las partes

para reproducir la litis y asimilar la revisión a un recurso ordinario. Lo anterior enfatiza la importancia que reviste el cuidado del tribunal de revisión, que deberá garantizar su correcto uso e impedir que se desvirtúen sus fines y esencia, y admita a trámite promociones infundadas, a la vez que cuidará no rechazar las procedentes, pues ello tornaría en imposible el acceso a un fallo justo que constituye su sustento teórico doctrinal.

Acerca de este tema el TSP se pronunció en los siguientes términos:

“(...) la representante procesal de la actora fue negligente en la atención y seguimiento al asunto, pues luego de interponer el recurso contra la sentencia dictada, no comunicó dicha circunstancia a su representada, como era su deber, a los efectos de que éste constituyera nueva representación como le había manifestado; motivo por el que le fue impuesta una medida disciplinaria a la letrada responsable de semejante negligencia, lo que fue certificado por la Directora Provincial de la Organización de Bufetes Colectivos en Ciudad de La Habana; de lo que se deriva que a consecuencia directa de la negligente actuación de dicha representante procesal se vio impedida la promovente de la revisión de acceder a la segunda instancia combatiendo en apelación la sentencia dictada, la que le causa perjuicio del que no puede lograr resarcimiento estableciendo demanda contra la men-

26 Mario Rivero Enrico e Ivonne Pérez Gutiérrez: “La Revisión en materia civil”, en *Colección Jurídica*, no. 45, año 10, mayo-agosto de 2009.

cionada abogada en reclamo de responsabilidad civil por el evidente incumplimiento de las obligaciones derivadas del mandato concedido, atendiendo a que de la sentencia confirmada por el Auto interpelado se deriva la condición de heredera de su contraria en el proceso respecto al fallecido y la consecuente legitimación para resultar elegible por la Dirección Municipal de la Vivienda, que adjudicará la vivienda dejada por éste a su deceso, que se certifica libre de ocupantes, a aquel de los herederos que tuviere mayor necesidad habitacional y en consecuencia, de la especial naturaleza del aludido bien resulta la imposibilidad de resarcirse del perjuicio ocasionado mediante la interposición de la citada demanda ordinaria, por lo que no cabe dudar que concurre la situación de indefensión que por dicha parte se denuncia (...).²⁷

3.- Cuando la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP admite la demanda y abre el proceso de revisión, es posible disponer la suspensión de la ejecución de la sentencia firme. El Artículo 647 de la LPCALE dispone las dos formas en que se paraliza la ejecución: la primera es preceptiva, o sea, el tribunal la decreta de plano, si la revisión se funda en alguna de las situaciones fraudulentas o ilícitas que regulan los motivos 2, 3 y 4 del Artículo 642. Si la revisión

se admite por los motivos 1 o 5 de este Artículo 642, el actor debe solicitar que se paralice la ejecución y pagar la fianza que fije el tribunal.

A MANERA DE CIERRE

Cuando Enrique Véscovi publicó, en 1978, su libro *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, fruto de una fructífera estancia de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, colocó a la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo de Cuba, de 1974, entre los códigos más modernos del continente americano, junto a las legislaciones de Colombia, Brasil, Argentina y Guatemala.²⁸ Muchas aguas han pasado bajo los puentes después de esta afirmación del querido maestro uruguayo y, en la actualidad, el proceso civil cubano está urgido de una reforma sustancial que lo ponga a tono con los aires que, de la mano del Código procesal modelo soplan en todo el continente.²⁹

BIBLIOGRAFÍA

Cuadernos de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, La Habana, 2008 y 2009.

27 *Cuadernos de la Sala...* Sentencia No. 4, de 9 de abril de 2008 (proceso de revisión 78-2007).

28 E. Véscovi: *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, pp. 9 y 15.

29 Juan Mendoza Díaz: "Un acercamiento al proceso civil cubano", pp. 879-913.

- Díaz Tenreiro, Carlos M.: "Consideraciones sobre el concepto de legitimación", en Juan Mendoza Díaz (coord.), *Lecciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón Ballesteros: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 8.ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- Dujarric Hart, Marina: *El recurso de casación*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988.
- Fernández Bulté, Julio: "Prólogo", en *Perspectiva del Derecho cubano actual*, t. 1, Editorial Reus, Madrid, 2006.
- _____: *Teoría del Estado y del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Grillo Longoria, Rafael et al.: *Derecho procesal civil III, medios de impugnación y procesos especiales*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1985.
- Mendoza Díaz, Juan: *El proceso ordinario de conocimiento (actitudes del demandado)*, ONBC, La Habana, 2000.
- _____: "La prueba en el proceso civil", en *Justicia y Derecho*, año 3, no. 5, diciembre de 2005, La Habana, pp. 46-48.
- _____: *Lecciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- _____: "Principios del proceso penal", en *Temas para el estudio del Derecho procesal penal, primera parte*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- _____: "Un acercamiento al proceso civil cubano", Universidad Libre, Bogotá, 2008.
- Prieto Valdés, Martha: "Reflexiones sobre el carácter normativo de la Constitución", en *Temas de Derecho constitucional*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Rivero Enrico, Mario e Ivonne Pérez Gutiérrez: "La revisión en materia civil", en *Colección jurídica*, año 10, no. 45, mayo-agosto de 2009, La Habana, Unión Nacional de Juristas de Cuba (digitalizado).
- Sánchez Ocejo, Alberto: *El recurso de casación en lo civil* (Biblioteca jurídica de autores cubanos y extranjeros, vol. XXX), Jesús Montero, Editor, La Habana, 1936.
- Véscovi, E.: *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, UNAM, México, D. F., 1978.

LA SENTENCIA PENAL

ACERCA DE UNA PROPUESTA DE REDACCIÓN

*Esp. María Caridad Bertot Yero
jueza, Sala de lo Penal, TSP*

LA SENTENCIA PENAL es la resolución más importante que emana del órgano jurisdiccional, es el resultado natural del juicio oral y materializa la decisión del tribunal, después de haberse producido la práctica de las pruebas, las alegaciones de las partes y el derecho de última palabra. Por tratarse de la resolución judicial que decide definitivamente sobre la cuestión objeto del proceso, en opinión de Aguilera de Paz, expresada en sus comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM), constituye el acto solemne que pone fin a la causa, y por su trascendencia e interés, tienen que ser mayores la claridad, la solemnidad y las necesarias formalidades exigidas para su redacción.

Precisamente sobre este aspecto, el Artículo 142 de la LECRIM (1882) es muy similar al 45 de la Ley 1251 (1973) y al 44 de la Ley 5 (1977); solo difieren estas últimas legislaciones de la primera en la manera en que se reseñan las conclusiones de las partes (tercer y cuarto resultandos), pues, desde noviembre de 1964, en plenaria de los trabajadores judiciales y el Ministerio de Justicia, por acuerdo décimo de su Resolución No. 9, se eliminaron de estos los escritos de ca-

lificación de las partes, con referencia en ellos solo a las fojas del rollo donde constaban dichos escritos.

Es el Acuerdo No. 172, de 26 de noviembre de 1985, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, el que introduce un cambio de concepción acerca de los requerimientos de esta resolución, a tono con los postulados del Derecho procesal moderno, en torno a la valoración de las pruebas.

En el contexto del perfeccionamiento, en el ejercicio de la función jurisdiccional en materia penal, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, luego de un amplio proceso de intercambio de opiniones, estableció la metodología para la elaboración de la sentencia mediante la Instrucción No. 208, de 26 de abril de 2011.

Es propósito que el presente trabajo constituya un material de apoyo con vistas a la redacción de la sentencia penal; para esto, esbozo algunas ideas a partir de las reglas que establece la Ley de Procedimiento Penal y algunas de las indicaciones de la citada metodología.

El contenido de la sentencia (Artículo 44, LPP) se reseña en tres partes: encabezamiento, motivación y parte dispositiva o fallo.

Encabezamiento

El encabezamiento (apartado 1) recoge lugar y fecha en que se dicta, el delito o delitos que haya(n) dado lugar a la formación de la causa (en la LECRIM, eran los hechos que hubieren dado lugar a la formación...); nombres, apellidos, sobrenombres y apodos con que son conocidos los acusados; edad, naturaleza, estado, domicilio, ocupación y, en su defecto, circunstancias que han figurado en la causa; se consigna, además, nombre y apellidos del ponente. En las sentencias que hoy se dictan, se añaden: nombres de los padres del acusado, número del carné de identidad, nombres del fiscal y el abogado, con la precisión de si es designado o actúa de oficio, y título académico del ponente, lo cual también se incluye en el margen destinado a cada uno de los jueces que integran el tribunal.

Si nos atenemos a la letra de la ley, estos últimos datos no serían necesarios. Sin embargo, debemos detenernos en ellos: nombres de los padres y el número permanente de identificación completan la identidad del acusado; aun contando con estos, no son pocos los casos de personas que se identifican con documentos de otras; de ahí que toda precisión que permita distinguir a los individuos, debiera ser incluida. No ocurre lo mismo con el nombre del fiscal, con los grados científicos de los jueces, pues su inserción podría tomarse como una manera de preferir a quienes no los ostenten y distinguir a los jueces profesionales de

los jueces legos, lo que no es atinado en nuestro sistema de justicia. Además, puede suceder que algunos de estos últimos posea algún grado, pero no se reseña en la resolución, de manera que no es conveniente añadir tal dato. No obstante, dada la forma en que se estableció la notificación de esta resolución, en el Artículo 85 de la ley vigente, es válido consignar el nombre del abogado que representa al acusado.

Por último, me detengo en un aspecto cuyo origen desconozco: el uso indiscriminado y erróneo de mayúsculas al citar los delitos, porque, tratándose de nombre común y no propio, deben consignarse en minúscula.

Motivación

Comprende los hechos y fundamentos de derecho; los primeros se expresan en resultandos:

Los hechos

a) Los hechos enlazados a las cuestiones que han de resolverse en el fallo, con declaración expresa de los que se consideren probados. En España, de la que heredamos la primera ley procesal, se suprimieron los criticados gerundios mediante un precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial que modificó el Artículo 142, de manera que, actualmente, en párrafos separados, se consignan los antecedentes del hecho, los hechos probados, los fundamentos de Derecho y el fallo.

¿Cómo debe redactarse el hecho probado?

De manera ordenada, sin omitir los datos precisos, con un lenguaje claro y de fácil comprensión para la persona a la que va dirigida, que no solo es un graduado de Derecho: el acusado y sus familiares deben entender qué dijo el tribunal, por qué condena o absuelve y sobre qué elementos lo hace.

El juez ha de tener poder de síntesis (un relato extremadamente largo no siempre es más comprensible), dominio del lenguaje y de la gramática. No es recomendable el uso de latinismos, propios del lenguaje académico, porque alejan la narrativa de su propósito de entendimiento; tampoco la utilización de verbos en tiempos del subjuntivo, el pretérito simple es el adecuado. La exposición no debe ser problemática o dubitativa (puede ser), sino afirmativa.

La práctica de copiar los hechos, tal como los relató el fiscal en sus conclusiones, no es atinada, porque este narra lo que construyó de los datos del expediente de fase preparatoria y el tribunal los conforma del juicio, como resultado de las pruebas practicadas.

Cuando se trata de varios actos realizados por los comisores, debe iniciarse el relato por el primero que ocurrió en el tiempo, es decir, en orden cronológico; en muchas ocasiones, el fiscal comienza por el último porque fue con el que se inició la investigación. No es necesario repetir las generales de los acusados porque ya se consignaron en el encausamiento, ni tampoco aludir a que

están allí recogidas. La relación de todos los deberes funcionales del encausado, en los delitos en que ello sea necesario, confunden al lector porque se pierde la idea central del tema; solo deben consignarse aquellos que guardan relación con el actuar ilícito que da lugar al hecho que se juzga. También se distrae cuando, describiéndose una dinámica de enfrentamiento entre las personas implicadas, se describen las heridas recibidas, tratamiento seguido y calificación médico-legal; o, tratándose de actos que afectan el patrimonio o la economía, se relacionan cada uno de los bienes sustraídos con su respectivo valor en CUC y en CUP, lo que hace reiterativa y densa la narrativa. Lo conveniente sería que, luego de referir cómo ocurrió el hecho en sus aspectos relevantes, en párrafo aparte, se detallen las heridas y su carácter, los bienes y su valor.

Se trata de una mera relación de hechos de manera clara, concisa y descriptiva (no se debe hacer constar ninguna valoración jurídica), los que son contruidos en mérito a las pruebas practicadas, que no serán aludidas en el relato, pues esto corresponde al segundo resultando. Cada afirmación que se realice, ha de tener sustento en el material probatorio examinado. Los elementos subjetivos del tipo penal deben deducirse de los hechos, pero no consignarse en estos.

Todo pronunciamiento que se plasme en los fundamentos de Derecho tendrá un sustento fáctico: lo circunstancial, las eximentes, las reglas de adecuación no pueden tomar-

se como medida de la pena, si no constan en los hechos que se estimaron probados.

No es apropiado el estilo narrativo que consigna las características personales del acusado en el contexto del hecho, sin que guarde relación con este, pues rompe la armonía lógica de la exposición. Más acertado resulta, concluida la descripción de la acción, destinar un párrafo a detallar su conducta, reflejar la edad al momento de cometer los hechos, en caso de que ello tenga repercusión en la medida de la sanción (como regla de adecuación); si tiene, o no, antecedentes penales (Acuerdo No. 147, de 11 de octubre de 1984; y Dictamen No. 210, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, CGTSP); si realiza alguna función social, y relaciones y actitud en su lugar de residencia, sin ofrecer una valoración del comportamiento del encartado, ya que esto responderá a la fundamentación determinante de la medida de la sanción que se impondrá. Bien podría, además, ser este el lugar más adecuado para reseñar la salud mental que tenía el sujeto al momento de su actuar delictivo, cuando resulte procedente.

Para cada tipo de delito, existen exigencias específicas en la redacción: en los de lesiones, deberá especificarse el resultado de ellas, describir la deformidad producida y las consecuencias de la actividad funcional de la víctima, respecto a su trabajo habitual; en los culposos, se precisarán las circunstancias que permitan valorar el carácter de la acción u omisión no maliciosa y el grado en

que puede ser imputado al acusado; respecto a los delitos de robo, es imprescindible la descripción del elemento que cualifica la sustracción; cuando se trate de vivienda, en lugar de emplear el concepto, se detallará el inmueble con todas sus circunstancias (el patio, la terraza,...) porque esta descripción puede determinar igualmente la calificación. En los casos de malversación, el modo en que se realiza la apropiación de los bienes confiados, porque no basta que el resultado de la auditoría o el inventario arroje un faltante, es imprescindible establecer la relación entre este y las acciones materiales ejecutadas para lograr la defraudación. En los delitos de injuria, se señalarán las frases injuriosas y la forma en que se dijeron, los antecedentes del hecho, la ocasión en que se realizó, etcétera.

No considero correcta la práctica de añadir, al final del relato fáctico, “no se probaron otros hechos que los narrados”, pues la norma solo nos exige consignar lo que se probó de manera clara.

El número de los artículos debe consignarse en dígitos; no puedo precisar a qué se debe la práctica actual de hacerlo con letras. En cuanto a las cantidades, sería conveniente la utilización de números y letras para evitar incurrir en errores.

A partir del Acuerdo circular No. 36, de 2 de junio de 1989, del CGTSP, quedó fijada en el ordenamiento procesal la valoración de las pruebas en un segundo resultando. Adquiere aquí la máxima expresión la motivación que exige la concurrencia de dos operaciones intelectuales: la descrip-

ción expresa del material probatorio en el que se fundan las convicciones a las que se arriba, con la consignación del contenido de cada elemento de prueba, y la evaluación de ellas. La mera enunciación de estas no satisface los requisitos de la motivación, pues lo que requiere es la consideración razonada de los elementos probatorios que sirven de base a las conclusiones a las que el tribunal arriba, es decir, el órgano juzgador deberá justificar las razones por las que otorga, o no, a cada prueba un valor determinado, lo que aportó cada una en sí misma y en su relación con las restantes, y los motivos por los que no son estimados los contenidos de otras.

Es una práctica viciosa comenzar la valoración de las pruebas con la afirmación de que todas las practicadas permitieron llegar a convicción y comenzar, en ese momento, con la declaración del acusado –quizás porque es el orden que establece la ley para su práctica–, a pesar de que este pudo no declarar en el juicio, acogiendo al derecho que le es conferido o, habiendo declarado, su versión no se corresponde con lo que se estimó probado porque, entonces, ¿cómo aquella sirvió para que la sala llegara al convencimiento de que así ocurrieron?

b) Las conclusiones definitivas de la acusación y la defensa en lo que sea pertinente y la forma en que el tribunal hizo uso del Artículo 350.

En este sentido, abogo porque no solo se consignen los folios de la causa donde estos se encuentren, sino que se realice una sucinta re-

seña de sus contenidos, de manera que se pueda conocer de la simple lectura de la resolución, al menos cuál fue la calificación y la condena que estos interesan.

En cuanto a la fórmula, de haber hecho uso el tribunal de esa facultad, es conveniente que se señale en qué sentido se utilizó. Si el fiscal retiró la acusación por considerar que los hechos no integran delito, es necesario que la sala traiga al debate un hecho que sí lo constituya, sin cambiar en su esencia el objeto procesal que aquel había establecido.

Fundamentos de Derecho

a) El primero corresponde a la calificación del hecho que se estimó probado; no se trata de transcribir el tipo penal, tampoco de repetir el relato, se expondrán tan solo las razones o motivos por los que se puede afirmar que aquellos integran un determinado ilícito (acción típica, anti-jurídica, culpable y socialmente peligrosa), lo que es distinto a reproducir el tenor del delito. La fundamentación lógica de la aplicación de la ley a una conducta realizada por uno o varios individuos es lo que se conoce como “subsunción” y esto es lo que debe materializarse en el considerando destinado a la calificación.

El tribunal no está obligado a explicar las razones por las que acogió las calificaciones ofrecidas por las partes, en tanto aquellas no lo vinculan, y este solamente viene obligado a calificar el hecho que da por probado, por lo que, decidiéndose por una distinta, solo debe fundamentar su valoración.

La ley sustantiva está redactada de manera que todos los delitos son consumados e intencionales, de ahí que resulta reiterativo insistir en esto al calificar el ilícito y relacionarlos con los preceptos de la parte general donde están contemplados. Esto solo es aplicable cuando nos encontramos ante delitos cometidos por imprudencia o la realización del ilícito quedó en el acto preparatorio o en tentativa. Como regla, no debe identificarse aquí a los autores por su nombre, bastaría que se delimite la acción ilícita de cada uno, en correspondencia con la forma en que se describió su actuar en el hecho; sin embargo, cuando son varios los comisores y los hechos cometidos por ellos, es engorroso distinguir el proceder de cada uno, de modo que, en estos casos, para facilitar la comprensión de la calificación que se da al actuar de cada interviniente, pueden distinguirse por su nombre.

b) Corresponde al considerando de la participación identificar a cada partícipe con el delito que ejecutó, argumentando jurídicamente la condición en que lo hace, es decir, no basta que se precise el supuesto del Artículo 18, donde quedó incurso su intervención, debe justificarse, a través de la subsunción del hecho probado en la modalidad de la autoría o complicidad contemplada en la ley.

c) Obligada como viene la sentencia a ser congruente con las peticiones de las partes, corresponde al considerando de lo circunstancial responder aquellas, asimismo lo relativo a las eximentes, pero también

puede apreciar atenuantes no alegadas, si del relato quedaron precisadas, de ahí que siempre debe haber pronunciamiento en este fundamento de Derecho, al menos para significar que no se apreciaron; no ocurre lo mismo en el destinado a la responsabilidad civil, pues si no ejercitó el fiscal tal acción y no hizo uso el tribunal de la facultad que le confiere el Artículo 350 de la ley de trámites, no es necesario destinar un considerando a dicho aspecto, de manera que, ante este supuesto, el cuarto considerando puede quedar para la adecuación de la pena.

d) En la adecuación de la sanción, debe reiterarse que no se trata de argumentar la peligrosidad del delito porque esta la establece el legislador, es el peligro del hecho, que puede ser graduable, tomando en cuenta la manera en que se realizó, bienes dañados, magnitud del daño y significación social de la conducta. Han de precisarse los límites mínimo y máximo del marco penal conformado, después de apreciar las reglas de adecuación correspondiente, comenzando siempre por aquellas vinculadas al hecho (imprudencia, tentativa, continuado, eximentes incompletas, etc.), seguidas de las que guardan relación con el sujeto (edad, reincidencia, capacidad sustancialmente disminuida, etc.), a los efectos de determinar cómo fijó definitivamente la pena el tribunal y se pueda controlar con efectividad el uso del arbitrio judicial. Vale aquí argumentar, también, todo lo vinculado a las sanciones acce-

sorias y, si es necesario, destinar otro considerando para argumentar las razones por las que no se impone alguna que haya sido solicitada por la acusación.

Parte dispositiva o fallo

Debe significarse aquí, a todo lo conocido, que no se consignan preceptos legales, en tanto ello corresponde a la motivación, y particularizarse el título condenatorio por cada acusado, de manera que este pronunciamiento también sea claro y, ante la pluralidad de acusados y delitos, se concentren los pronunciamientos por encausado.

La responsabilidad civil, el destino de las piezas de convicción o los bienes ocupados, y la medida cautelar, son aspectos que deben ser objeto de pronunciamientos del tribunal.

EL ACTA-SENTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO SUMARIO DE LOS TMP

En lo referido a la redacción del hecho y su valoración, resulta de aplicación lo antes explicado en lo pertinente. En tales casos, lo relevante es eliminar todos los anexos innecesarios y que este documento se apegue a lo establecido en la ley de trámites en el Artículo 375: un acta contentiva de lo acontecido en el juicio, con la exposición sucinta de los hechos que se tienen por probados, la valoración de las pruebas (en cumplimiento del Acuerdo No. 172 de 1985, del CGTSP) y los pronunciamientos del fallo resultan suficientes, dada la esencia del proceso sumario. Puede ser innecesario, entonces, fundamentar la motivación del delito, lo circunstancial, la participación, la responsabilidad civil y la condena.

LA CAPACIDAD JURÍDICA Y EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD (II, FINAL)

Dra. Caridad del C. Valdés Díaz
profesora, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana

LA CARENCIA DE CAPACIDAD

La carencia de capacidad se manifiesta como una excepción al principio general *pro capacitate*, que implica la presunción *iuris tantum* de plena aptitud para el obrar de toda persona, acorde con su estado civil y como expresión del reconocimiento jurídico a la personalidad del individuo y su libre desarrollo. Así, la incapacidad supone la negación de tal aptitud requerida para el ejercicio de los derechos y la realización de actos jurídicos válidos o eficaces, que solo se presenta en determinados supuestos, frente a la ausencia de los requisitos exigidos legalmente para considerar a una persona apta para autogobernarse y tomar decisiones conscientes, con pleno entendimiento de sus efectos o consecuencias.

Es lógico que el Derecho, de acuerdo con su función protectora de la persona, encaminada a organizar del mejor modo la convivencia humana, prevea una respuesta adecuada a los intereses en juego, tanto del sujeto que por determinadas circunstancias no llega a alcanzar la plena capacidad de discernimiento o la pierde posteriormente, en mayor o menor grado, como de la sociedad en su conjunto. Tal respuesta jurídica se da a través de la figura de la incapacitación que, como se verá, siempre va acompañada de las correspondientes instituciones de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.

Teniendo en cuenta que la incapacitación conduce a modificar la situación de la persona en el grupo social donde se desenvuelve, y que casi anula la posibilidad de que actúe *per se*, es indudable que debe tener un carácter restringido, ya que la presunción general es precisamente lo contrario. Solo por causas justificadas, se privará al individuo de capacidad de obrar y se hará con el propósito de proteger su propia esfera jurídica, tanto personal como patrimonial, y la de los terceros con los que pretenda relacionarse.

Nótese que el Artículo 31 del Código civil cubano hace referencia a la incapacidad general, para todos los actos, pues, a tono con la posición adoptada por el legislador de 1987, en cuanto a la adquisición progresiva de la capacidad de obrar, las situaciones de capacidad restringida se regulan en el anterior Artículo 30. En todas las épocas, la incapacitación ha tenido un

sentido similar, encaminado a vetar la posibilidad de actuación de determinadas personas por ciertas circunstancias. El Derecho romano previó sistemas especiales de guarda, a través de la curatela y la tutela, para someter a ellos a las féminas, los locos o los pródigos, por ejemplo; y, más adelante, la situación se reitera en la mayor parte de los sistemas jurídicos. No obstante, el significado moderno de la incapacitación, como figura autónoma y completa, puede considerarse reciente, y se instaura como fruto del raciocinio de quienes colaboraron e influyeron en la codificación civil decimonónica.¹

Como la capacidad general se presume, generalmente los ordenamientos jurídicos establecen un momento temporal en la vida de la persona, a partir del cual comienza la eficacia de los actos jurídicos que realicen sin la intervención de otras personas. *Prima facie*, el no haber arribado a ese término deducido por la edad configura causal de incapacidad, pues ello supone ausencia del desarrollo mental requerido para el cabal juicio. Así, el simple transcurso del tiempo como acontecimiento natural incide en la modificación del estado civil del sujeto, que transita de la minoridad a la mayoría de edad, y alcanza con ella la plena capacidad de obrar, de lo que se deduce que en las fases precedentes no la posee.

Luego de la mayoría de edad, se presupone que el individuo tiene la suficiente madurez y entendimiento para regir su persona, administrar su patrimonio y realizar actos jurídicos eficaces, pero no siempre es así, pues puede ocurrir que no llegue a alcanzar nunca esa plena autonomía o esta se extinga posteriormente, por razones vinculadas a enfermedades físicas o psíquicas que provocan alteraciones o deficiencias incompatibles con la integridad mental necesaria para la libre actuación jurídica, o que impiden que pueda hacerse entender de modo indubitado, lo que redundaría en posible perjuicio que debe evitarse.

Es deber del Estado velar por la salud pública de los miembros de la sociedad, de acuerdo con el Derecho constitucional de todos los ciudadanos de gozar de aquella, lo que fundamenta la posible incapacitación del sujeto, acompañada de un conjunto de medidas encaminadas a la protección de su persona y bienes, en correspondencia con el hecho que originó su carencia de capacidad.

INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN

La carencia de capacidad siempre estará necesariamente vinculada a un hecho que la determina, a circunstancias que restrinjan o anulen la aptitud de la persona para comprender o querer, o que impidan una clara e

¹ María del Carmen Gete Alonso: "La incapacitación y la limitación de la capacidad", en Puig Ferriol, *et al.*, *Manual de Derecho civil*, p. 182.

inequívoca manifestación de voluntad. Sin embargo, tal incapacidad no conduce automáticamente a la incapacitación, que es cosa distinta, pues esta última requiere de previo proceso judicial que concluya con sentencia constitutiva, a partir de la cual se modifica el estado civil del individuo. Así, puede una persona ser incapaz de hecho o naturalmente y no estar incapacitada judicialmente, ante lo cual, en principio, sus actos jurídicos serán válidos.

El acto jurídico realizado por una persona con carencia de entendimiento y voluntad debe ser nulo, porque la deficiencia o anomalía que sufre incide en su nervio esencialísimo, pero no lo es *ipsu iure*, salvo que medie la sentencia judicial que la incapacita. Si tal sentencia no ha sido pronunciada por el órgano jurisdiccional correspondiente, es dudoso que pueda invocarse, a mi juicio, la carencia de capacidad de ejercicio como causal de nulidad, prevista en el Artículo 67, inciso b), del propio Código civil, pues, frente a la presunción general de capacidad, antes de la incapacitación, la persona estaría en condiciones de *poder ejercer su capacidad jurídica*. No obstante, ante la ausencia de otro precepto más exacto o concordante con la realidad, entiendo que, en tal caso, debe impugnarse el acto concreto realizado por el incapaz de hecho utilizando aquel, siempre relacionándolo con este Artículo 31, que alude expresamente a la necesidad de la declaración judicial para considerar incapacitada a la persona. Nuestro máximo foro se ha pronunciado reiteradamente en tal sentido.²

En esta línea de pensamiento, coincido con Albaladejo al considerar que la prueba, de haberse realizado el acto sin entendimiento o voluntad, puede conseguirse mediante presunciones. Se puede probar, por ejemplo, que la perturbación excluyente de los repetidos entendimiento y voluntad existía antes y después del acto, y que es de naturaleza permanente, lo cual hace *presumir* que estaba presente al realizarse el acto que se impugna, lo que

2 “(...) la incapacidad tiene un valor no simplemente declarativo, sino constitutivo, que determina que mientras una persona no esté declarada incapacitada es necesario probar la falta de capacidad en los actos que realice el presunto incapaz, en cambio una vez que se obtiene la declaración judicial al respecto, todos los actos en que intervenga serán por fuerza nulos, sin necesidad de prueba alguna (...)”. (TSP, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 669, de 30 de septiembre de 2004, segundo considerando; ponente: Arredondo Suárez.)

“(...) debiéndose significar que la estimación de la incapacidad de obrar de una persona, requiere necesaria y lógicamente de una especial tramitación, por cuanto debe estimarse que para tan trascendente calificación no basta con que adolezca de determinados trastornos síquicos, sino que es preciso que estos sean de grado tal que le impidan discernir (...)”. (TSP, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 20, de 28 de enero de 2005, segundo considerando; ponente: Acosta Ricart.)

“(...) la única prueba con valor por sí para justificar la incapacidad legal de una persona por razón de enajenación mental, no es otra que la declaración judicial llevada a efecto en el procedimiento especial establecido en la mencionada Ley (...)”. (TSP, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 727, de 20 de octubre de 2004, segundo considerando; ponente: Acosta Ricart.)

da al traste con su validez.³ Este criterio ha sido seguido también por el Tribunal Supremo Popular (TSP).⁴

La incapacidad en sí misma procede de la perturbación que altera o afecta al individuo; en su estado natural, radica en la existencia de alguna anomalía que le prive de tener comprensión o certeza sobre la naturaleza y efectos de los actos que realiza, pero no afecta su estado civil. La incapacitación, por su parte, es “una condición jurídica de la persona que afecta su capacidad y situación jurídica, consecuencia siempre necesaria de un procedimiento judicial que la declare, determine y fije el sistema de protección”.⁵ Añaden acertadamente Díez-Picazo y Gullón que el término *incapacitación* “suscita la idea de algo externo a la persona, que no es otra cosa que la declaración judicial, resultado de un proceso o procedimiento seguido para alcanzarla. El loco, por ejemplo, no cambia su estado civil de capaz por el de incapaz hasta que no termine el procedimiento judicial”.⁶ El Código civil español es claro al establecer, en el Artículo 199, que “nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley”.

SENTIDO Y ALCANCE DEL ENUNCIADO DEL PRECEPTO

El Artículo 31 señala la carencia de capacidad que tendrán las personas “para realizar actos jurídicos”. Se trata de un pronunciamiento legislativo de alcance general, que abarca todos los actos en los que pueda involucrarse un sujeto, de manera que su actuación queda vetada y corresponderá al representante legal del incapacitado obrar en nombre de aquel. Sin embargo, llama la atención que el legislador, a diferencia de la técnica empleada en el Artículo 29, se refiere solo a la incapacidad para realizar actos jurídicos, no el ejercicio de los derechos.

Considero que debe entenderse a la persona que carece de capacidad, también impedida para ejercer *per se* cualquier derecho, porque indudablemente ello constituiría un acto jurídico, máxime teniendo en cuenta la definición genérica que se consigna en el Artículo 49. No obstante, debe tenerse en cuenta que, en el caso de los derechos inherentes a la personalidad, dado su carácter intransmisible, se entiende que su ejercicio es siempre

3 Ver Albaladejo: *Derecho civil. Introducción y Parte general*, vol. I, 14.ª ed., p. 266.

4 “(...) al quedar probado que el fallecido padecía de una enfermedad que lo incapacitaba para emitir su voluntad, el testamento otorgado por el mismo padece de nulidad al faltar en su otorgamiento un requisito esencial para su validez (...)”. (TSP, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 464, de 31 de julio de 2002, primer considerando; ponente: Díaz Tenreiro.)

5 Gete Alonso: *Op. cit.*, p. 182.

6 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, p. 257.

personalísimo, de lo que se desprende una limitación de hacerlo a través de representante, tanto legal como voluntario.⁷

Si es necesario efectuar un acto que implique toma de decisiones en cuanto a la vida o la integridad física del incapacitado, como, por ejemplo, la suspensión de un tratamiento médico, debe tomarse en consideración la opinión de la propia persona, si bien generalmente se admite que, en relación con los hijos menores de edad, tales decisiones puedan ser tomadas por los padres, aunque se tilda de infundado jurídicamente tal proceder, pues resulta discutible que entren en el marco de la representación legal, dirigida precisamente a la protección del representado.⁸

LA MINORIDAD COMO CAUSA DE INCAPACIDAD

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso a) del Artículo 31, son incapaces de obrar los menores de diez años. La carencia de capacidad en este caso se justifica en función del escaso desarrollo psíquico y físico que se supone que han alcanzado las personas a esa edad. La niñez atraviesa diferentes etapas; se entiende que el individuo no razona ni se comporta igual durante toda ella.

En Roma, la primera infancia correspondía a la etapa en que la persona no poseía ningún discernimiento. En correspondencia con la procedencia etimológica del término,⁹ en principio, se limitaba al período en que el niño aún no hablaba, por lo que resultaba variable. Ya a finales de la República, por influencia de las ideas griegas, especialmente pitagóricas, el término designaba al menor de siete años. El infante era incapaz para todo acto jurídico, aunque se admitía que pudiera adquirir la posesión de manos de otra persona, por ser este un acto puramente material. Entre la infancia y la pubertad, se establecía la llamada *maior infantia*, que designaba a los impúberes luego de los siete años —hasta los doce la hembra y los catorce el varón—. En esa etapa, podían realizar con eficiencia actos jurídicos que los beneficiasen, para todos los restantes, se requería la *auctoritas tutoris*. Después de los doce o catorce, según el sexo, y hasta los veinticinco, se entraba en la pubertad y se admitía la participación efectiva en disímiles actos jurídicos, aunque para la mayoría de ellos se precisaba la asistencia de un curador. Solo después de los veinticinco, se adquiría la plena capacidad de obrar.¹⁰

⁷ *Ibíd.*, p. 339.

⁸ *Ibíd.*, p. 344.

⁹ *Infantia* se deriva de *in feri, infans*, el que por su escasa edad no puede aún hablar. Ver Clemente Díaz: *Derecho civil. Parte general*, t. 1 (1.ª parte), p. 321.

¹⁰ *Ibíd.*, pp. 322-325.

La *ratio legislatoris* de la edad que marca la incapacidad, en nuestro caso, no ha quedado clara. A los diez años, normalmente, no se han concluido los estudios primarios ni se ha alcanzado un desarrollo físico notable ni se han adquirido experiencias trascendentes que marquen el paso a la madurez. La formación del individuo, como se sabe, no depende solo del paso del tiempo, sino también de una serie de factores personales, económicos y sociales de los que se encargan diferentes ciencias. Quizás los doce años, momento en el que la mayoría de los menores inician sus estudios secundarios, y ganan cierta independencia, hubiera sido una edad más congruente con nuestra realidad social. Los diez años, al decir de Rapa Álvarez,¹¹ eran tenidos en cuenta por varios códigos civiles del antiguo campo socialista para señalar la posible participación eficaz en ciertos actos jurídicos de poca envergadura, razón por la cual posiblemente se adoptara por la norma cubana.

La minoría de edad no requiere de declaración judicial de incapacidad, por lo que tal condición se ostenta *ex lege* por el solo hecho de estar comprendido en ese rango. Así, los menores de diez años no podrán ejercer *per se* sus derechos ni realizar ningún acto jurídico eficaz, necesitan siempre para ello de un representante legal. Como afirma Rogel Vide,¹² la minoría de edad constituye un estado civil durante el cual la persona, por su bien y tomando en cuenta la protección oficial que se le dispensa, se encuentra en una situación de dependencia jurídica, respecto de otra u otras, encargadas de actuar por ella en todo caso.

En la actualidad, algunas legislaciones prevén la posibilidad de incapacitar judicialmente a los menores, cuando en ellos concurren causas que limiten su raciocinio y voluntad, y pueda presumirse que persistirán luego de alcanzada la mayoría de edad, dado que son el resultado de deficiencias o anomalías de cierta permanencia. Así se dispone, por ejemplo, en los actuales artículos 201 y 205 del Código civil español, de las reformas introducidas por la ley de 13 de mayo de 1981.

Con la incapacitación de los mismos se logra, en primer lugar, que no se produzca una fisura en la protección arbitrada para ellos con motivo de la llegada a la mayoría de edad –mayoría que, en supuestos normales, supondría el fin de la incapacitación– permitiendo que entren en juego, sin solución de continuidad, los institutos protectores consistentes en la patria potestad prorrogada o en la prolongación de la tutela. En segundo lugar, y para el supuesto posible de que la incapacitación declarada fuere determinante de un grado de limitación de la capacidad superior a la que correspondería por razón de la edad, cabe que ello se haga constar en la

11 Vicente Rapa Álvarez: “La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código civil”, pp. 118-119.

12 Rogel Vide: *Derecho de la persona*, pp. 43-44.

sentencia de incapacitación, especificándose, en la misma, los actos para los que el menor queda completamente inhabilitado, con lo cual se logra la mayor adecuación entre la esfera de actuación asignada al menor deficiente y la que, efectivamente, estuviese este en disposición de ejercer.¹³

Para la mejor protección de los hijos y evitar la promoción del expediente de tutela ante los tribunales, existe la posibilidad de prorrogar la patria potestad de los padres, en casos de discapacitados severos, antes de que estos arriben a la mayoría de edad. De igual modo, se admite la prolongación de la tutela en aquellos menores no sometidos a patria potestad. Tal posibilidad no está regulada en nuestro Código de familia, pero se prevé su inclusión en el proyecto actual que se pretende que lo sustituya.

CAUSAS DE INCAPACIDAD QUE PUEDEN AFECTAR A LOS MAYORES

El inciso b) del Artículo 31 dispone la carencia de capacidad para realizar actos jurídicos las personas mayores de edad que han sido declaradas incapaces para regir su persona y bienes. Aunque el precepto no lo señala de forma expresa, es claro que esa declaración, como ya se apuntó, tiene que realizarla el órgano jurisdiccional, tomando en cuenta determinadas causas que, en cada caso, destruyan la presunción general *pro capacitate*. No aparecen reguladas en nuestra ley sustantiva civil las causas que pueden dar lugar a la incapacitación, ni en régimen de tipificación exhaustiva (enumerándolas todas) ni siguiendo la tendencia más actual de establecer situaciones genéricas, en las que es posible que se encuentre una persona, que puedan generar la imposibilidad de autogobernarse.

El Código civil español antes vigente entre nosotros establecía, como causales que daban lugar a la incapacitación, la locura o demencia y la sordomudez, cuando iba acompañada de analfabetismo, porque se entendía que aislaba a la persona de toda posibilidad de comunicación normal con el exterior. Luego de una profunda reforma operada por la ley de 24 de octubre de 1983, dicho código abandona el sistema originario de tipificación de las causas de incapacitación: el Artículo 200 señalaba que lo son todas las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma. Díez-Picazo y Gullón¹⁴ entienden que el cambio legislativo es laudable, en tanto evita los problemas que surgían con anterioridad cuando, existiendo una enfermedad mental, por ejemplo, no encajaba en los estrechos marcos de la "locura o demen-

¹³ *Ibíd.*, p. 56.

¹⁴ Díez-Picazo y Gullón: *Op. cit.*, p. 258.

cia”, si bien advierten que, como toda norma abierta, la actual regulación tiene el peligro de la inseguridad por falta de uniformidad en su aplicación.

La exposición de causales, tanto de enfermedades como de deficiencias, incluso la que pretenda ser más exhaustiva, será incompleta y no abarcará todos los supuestos que en la vida pueden darse. Como las normas que regulan este particular, tomando en cuenta su incidencia en el estado civil de la persona, deben interpretarse de forma restrictiva, ello daría lugar a un sinnúmero de casos que pudieran quedar desprovistos de tutela jurídica. Empero, también el uso de fórmulas demasiado abiertas tiene las dificultades arriba señaladas, que pugnan con el principio general de considerar la incapacitación como excepción. Así, posiblemente resultaría más conveniente la utilización de un sistema mixto, que combine la enumeración de causales taxativas con preceptos generales que permitan la inclusión de otras situaciones no previstas por el legislador, pero que puedan apreciarse en el correspondiente proceso.

Lo anterior fue, quizás, lo pretendido por el legislador cubano del Código de familia vigente. Al señalar el Artículo 138 los supuestos de personas mayores de edad que deben someterse a la tutela, se establece que lo serán quienes “hayan sido declarados judicialmente incapacitados para regir su persona y bienes, por razón de enajenación mental, sordomudez o por otra causa”. El propósito, a mi juicio, no alcanza éxito, pues el término *enajenación mental*, aunque técnicamente superior al de *demencia* o *locura*, por ser más abarcador, es demasiado difuso, no describe la relevancia de tales padecimientos que, como regla, han de alcanzar el nivel patológico. La sordomudez, por su parte, no debe conducir a la incapacitación, salvo que conlleve la imposibilidad de comunicación con otras personas. Este requisito no se adiciona en el precepto mencionado y, además, es poco probable que se dé en nuestra realidad social, dada la atención especializada que reciben quienes padecen tal enfermedad, incluso con la opción de la comunicación mediante el lenguaje de señas, o a través de intérprete, a tenor de lo preceptuado por el Artículo 50.2 del Código civil.

La Ley de trámites se refiere, también, a la enajenación mental y la sordomudez para la declaración de incapacidad de la persona, sin hacer mención de otras causas.

Tampoco se hace referencia, en ninguna de nuestras normas, a la necesidad de que sea persistente la circunstancia que afecta a la persona e impide su propia autonomía, particular de gran importancia porque excluye situaciones momentáneas o temporales que pueden incidir en la inteligencia y voluntad del individuo, pero cuyo pronóstico no es irreversible y no deben, por tanto, conducir a la sentencia de incapacitación, que, de obtenerse, tendría que ser modificada a corto plazo.

Respecto al intervalo lúcido, como período de tiempo durante el cual se discute si las personas incapacitadas por enfermedad mental pueden reco-

brar capacidad de obrar con motivo de haber recuperado temporalmente sus facultades, nada se regula en nuestro Código. Lo anterior evidencia insuficiencia legal en esta materia, discordancia o desajuste con la realidad.

Existen, al menos, dos actos en los que se plantea la cuestión de los intervalos lúcidos, como polémica excepción a la incapacidad general que las enfermedades psíquicas pueden producir a quien las padece: el matrimonio y el otorgamiento de testamento. En cuanto al primero, ha sido dubitativa la doctrina en relación con la validez de los esponsales del enajenado en un momento de lucidez,¹⁵ pero se admite con más frecuencia la posibilidad de testar en tales casos.

Coincido con Albaladejo,¹⁶ al afirmar que el matrimonio y la *testimentifactio activa* deben ser válidos cuando se realizan por un incapacitado en intervalo lúcido, pero no considerándolos excepción al principio de invalidez que pesa sobre los actos del incapacitado, sino por hallarse comprendidos en un sector en el que la incapacitación no habrá privado de capacidad, siempre que el acto se realice con conciencia y voluntad, es decir, durante el período de lucidez.

Por el contrario, los actos que tienen relación con la esfera jurídica en la que la incapacitación suprimió la posibilidad de obrar, serán inválidos aunque se realicen en momento de lucidez, cual serían los contratos de contenido patrimonial.

El citado autor ejemplifica su criterio con lo preceptuado en el Artículo 665 del Código civil español, el cual permite que el incapacitado judicialmente teste en forma notarial, disponiendo que el notario designará dos facultativos que previamente lo reconozcan y respondan de su capacidad.

Precepto este que, según lo dicho antes, hay que entender no como caso de validez excepcional del testamento otorgado por persona incapacitada para testar, sino como prueba de que la incapacitación no priva de la capacidad para testar que tiene todo mayor de catorce años; y que otra cosa es que el que es capaz para testar no pueda hacerlo, porque no esté en condiciones para ello, si, por la causa que sea, en el momento de que se trata no se halla en su cabal juicio.¹⁷

Añade que lo mismo dicho de la capacidad para testar del incapacitado, hay que repetir para la de casarse, admitida hoy en virtud de los artículos 46 y 56 del propio Código, según los cuales también podrá considerarse válido el matrimonio que contraiga el incapacitado en intervalo lúcido. Sin embargo, el silencio que pesa sobre el Código civil cubano, en cuanto a este intervalo, se extiende al Código de familia, que exige capacidad mental para el consentimiento matrimonial en el Artículo 4, pero sin señalar si esta pudiera

¹⁵ Clemente Díaz: *Op. cit.*, p. 387.

¹⁶ Albaladejo: *Op. cit.*, p. 281.

¹⁷ *Ibíd.*

apreciarse por médicos o peritos, en caso de que un incapacitado pretendiera contraer nupcias durante dicho intervalo.

De lo anterior, se colige la importancia de que la sentencia que constituye el estado civil de incapacitado contenga los actos que podrá realizar el incapaz y bajo qué condiciones, con especial referencia a los de carácter personalísimo, entre ellos el testamento, y el matrimonio, máxime frente a la precariedad de nuestras normas en tal sentido.

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD

Desde la declaración de incapacitación existe incapacidad, con lo que se invierte la situación normal que presume la posibilidad de obrar jurídicamente en toda persona mayor de edad. Sin embargo, numerosas son las patologías que pueden dar lugar a tal declaración en una persona, y no todas provocan igual afectación ni se manifiestan de igual modo en cada sujeto; por ello, la incapacitación no debe ser uniforme, sino graduarse en cada caso con el señalamiento del régimen jurídico que corresponda, atendiendo a la capacidad natural del individuo y a la protección que habrá de dispensársele. Como regla, un importantísimo efecto de dicha declaración es proveer de tutela o guarda a quien resulta incapacitado.

El contenido y extensión de la sentencia que declara la incapacidad es controvertido, especialmente en cuanto a los actos de carácter personal y familiar, como ya se señaló. Los actos que por naturaleza, son *intuitu personae*, no los puede realizar el tutor, por lo que el reconocimiento de los intervalos lúcidos y de los actos realizados en tales condiciones constituiría una atenuación a la restricción extrema de la capacidad de obrar, a favor de la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la persona. Nuestra ley procesal no alude a la necesidad de graduar la incapacidad señalando el ámbito de actuación que será permitido al incapacitado y el que corresponde al tutor, particular trascendente que no se fija y especifica en las sentencias, por lo que toda persona declarada incapaz en suelo patrio lo será para todos los actos y en todo momento.

En sede patrimonial, los incapacitados no pueden prestar consentimiento contractual eficaz en ningún caso, y son nulos de pleno derecho los negocios que realicen luego de la sentencia que los incapacita, a tenor de lo dispuesto por el Artículo 67, inciso b), del propio Código, a diferencia de lo preceptuado anteriormente por el Código civil español, que los consideraba anulables, aunque podían convalidarse mediante la ratificación posterior del representante legal.

Al modificar el estado civil de la persona, la sentencia que declara la incapacidad también incide, lógicamente, en la responsabilidad jurídica que corresponda al sujeto. Solo será exigible al incapacitado la responsabilidad jurídica civil de tipo extracontractual, por el daño o perjuicio causado, de

forma similar a lo que ocurre en el caso de los menores de edad, pero responderán los que tengan la patria potestad o tutela del incapacitado.

La sentencia de incapacitación debe inscribirse en el Registro del Estado Civil, de oficio, a solicitud del tribunal que la dicta, para que tenga eficacia frente a terceros¹⁸ y produce efectos desde su firmeza, no con carácter retroactivo, por lo que los actos realizados con anterioridad a la resolución judicial son válidos, salvo que se demuestre la carencia de capacidad natural de la persona al momento de realizarlos.

¿Puede recobrase la capacidad luego de la incapacitación?

Aunque las causas que generen la declaración de incapacidad deben ser más o menos persistentes, de cierta estabilidad, pueden sobrevenir circunstancias que permitan al incapacitado recobrar el discernimiento y su aptitud para el autogobierno. El Artículo 160, inciso 3), del Código de familia establece que la tutela puede concluir por haber cesado la causa que la motivó.

Empero, así como el hecho de estar enfermo o disminuido no implica directamente la incapacitación, siendo necesaria la declaración judicial que cambia el estado civil, su fin tampoco se produce por el simple retorno de la capacidad natural: solo acaba con un nuevo fallo que restituye la capacidad de obrar de la que se había privado a la persona. Hasta tanto se realice el procedimiento que concluye con el pronunciamiento judicial que levanta la incapacitación, se mantiene el estado civil de incapacitado. Sin embargo, no existe en nuestra ley de trámites ninguna referencia a esta posibilidad, que debería discurrir por la misma vía procesal que el expediente de incapacidad, pero en sentido inverso, y probar que ha cesado la razón que dio lugar a la incapacitación.

Previsiones sobre la incapacidad

La tutela y otras formas de guarda legal han adquirido gran importancia en el tráfico jurídico contemporáneo, dada la comprensión más o menos generalizada de la necesidad de proporcionar adecuada protección y atención a las personas incapacitadas. Los avances científicos, médicos y so-

¹⁸ El Artículo 42, inciso e), de la Ley No. 51, de 15 de julio de 1985, del Registro del Estado Civil, en relación con el Artículo 52 de su Reglamento, Resolución No. 157, de 25 de diciembre de 1985, del Ministro de Justicia, dispone que la ejecutoria sobre incapacidad civil y tutela se anotará al margen de la inscripción de nacimiento, con el número de la sentencia, la fecha de su firmeza, número de expediente, tribunal que la dictara y resumen del contenido.

ciales han permitido un incremento de vida a la población y han dado lugar a que se presenten situaciones jurídicas especiales motivadas por enfermedades o acontecimientos que en el pasado eran poco frecuentes o desconocidas. En Cuba, la esperanza de vida al nacer se ha incrementado notablemente y hoy alcanza los 77 años, como promedio general.¹⁹

Aunque algunos seres humanos pueden gozar de gran longevidad con plena capacidad natural para obrar, no siempre es posible arribar a edades propectas en esa feliz condición, pues a la senectud le acompañan muchas veces enfermedades degenerativas, entre las que destacan el *alzheimer* y el *párkinson*, o bien los avances tecnológicos de nuestra era exponen a accidentes que motivan la pérdida repentina de la capacidad física e intelectual. Por ello, vienen recibiendo singular protagonismo figuras que se han denominado disposiciones y estipulaciones respecto a la propia incapacidad; la doctrina²⁰ indica su indubitable trascendencia social y la multiplicidad de razones que permiten aconsejar que una persona, antes de llegar a la incapacidad para autogobernarse y comunicarse, pueda prever²¹ aspectos variados de su existencia, utilizando diferentes vías, como poderes preventivos, incapacitación voluntaria, documentos con voluntades anticipadas y autodelación de la tutela o autotutela, entendida como la figura más idónea y abarcadora de autoprotección.²²

La autonomía de la voluntad en el ejercicio de los derechos subjetivos para la protección de la persona ha servido de basamento teórico a los mecanismos que, de *lege ferenda*, se han invocado para atender la cobertura de la autotutela. Así, el derecho a la libertad personal, como derecho fundamental e inherente a la personalidad, incluye la posibilidad de disponer de la propia persona, sin más limitaciones que aquellas que respondan a las necesidades ontológicas, éticas y sociales. Como expresión concreta de ese derecho, nada obsta para que una persona, en previsión de la incapacidad

19 Peláez: "Disminución acelerada de la natalidad y envejecimiento poblacional. Reto inaplazable para los cubanos", pp. 4 y 5.

20 Pueden señalarse, entre otros autores, Rivas Martínez: "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", en *Ponencias presentadas por el Notariado español*; Rivera Álvarez: "Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad", pp. 91-118; Nelly Talana de Brandi y L. R. Llorens: "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad"; Pérez Gallardo: "De la autonomía de la voluntad y de sus límites".

21 En el *Diccionario de la Lengua Española*, 1992, se recoge como significado de la palabra la acción y efecto de prever, prevenir o precaver. Prever es ver con anticipación, conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que va a suceder. Prevenir es preparar, aparejar y disponer con anticipación las cosas necesarias para un fin, previendo con anticipación un posible daño o perjuicio. Precaver es obrar con previsión de un posible peligro con ánimo de evitarlo.

22 Moreno Nápoles: "Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela" (tesis).

que pueda sobrevenir en el futuro, nombre a quien considera que debe ser su tutor e, incluso, elija sustitutos para el caso de que el designado no pueda o no quiera asumir la guarda tutelar, si bien este negocio unilateral de naturaleza no recepticia tendrá una eficacia supeditada a la decisión judicial, pues, en última instancia, es el juez quien vigila y resuelve todo lo concerniente a la institución tutelar en legislaciones, como la nuestra, que reconocen una tutela bajo control judicial. Cárdenas González afirma: “Se trata de que la ley reconozca un mayor ámbito de actuación a la autonomía de la voluntad del sujeto, pues no debe pensarse que goza de libertad absoluta para organizar su futura incapacitación, sino que sus previsiones deben ubicarse dentro de un marco jurídico flexible y generoso”.²³

Aunque no existe una prohibición expresa en nuestro ordenamiento jurídico, respecto a esta particular forma de delación de la tutela, tampoco existen las normas que la refrenden; es necesario un cauce legal idóneo para estos imperativos actuales. La figura sí ha sido prevista en el proyecto de Código de familia, aunque no de forma acabada y congruente. No se incluye, por ejemplo, en el orden predatorio de delación de la tutela, en primer lugar, a la propia persona que prevé su incapacitación, a tono con la posibilidad de autodelación de la tutela que reconoce; no se hace referencia al documento que puede servirle de expresión formal; no se regula la posibilidad de excluir parientes del posible incapacitado del cargo de tutor (la llamada autotutela negativa o de exclusión), ni se pronuncia en cuanto al registro de la previsión.

CAPACIDAD RESTRINGIDA E INCAPACIDAD

La capacidad de obrar, vinculada a la aptitud para el ejercicio de los derechos y la realización de actos jurídicos eficaces, no se manifiesta por igual en todas las personas. Para poseerla plenamente, es necesario estar dotado de cabal juicio, de entendimiento suficiente en cuanto a los efectos que producirá el actuar y de posibilidades de expresar la voluntad de manera inequívoca. Tal aptitud se presume en las personas que, con la edad determinada, han alcanzado madurez, siempre que esta no se encuentre afectada por enfermedad física o mental, situación que deberá probarse ante el órgano jurisdiccional correspondiente. Solo con la sentencia emanada de tal órgano se destruye la presunción *pro capacitate* que impera de forma general.

Pero las afectaciones a su capacidad natural de querer y entender no se manifiestan de igual modo ni en el mismo grado en todos los individuos; por

23 Fernando A. Cárdenas González: *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, p. 12.

ello, el Código civil cubano distingue entre la *capacidad restringida* que se atribuye a sujetos en situación intermedia, de acuerdo con sus cualidades personales, y la *incapacidad*, situación mucho más limitativa del actuar de la persona, ante la imposibilidad que manifiesta de regir su persona y sus bienes. Lógicamente, frente a situaciones jurídicas diferentes, debe también establecerse un diferente modo de protección, que es, en última instancia, la *ratio essendi* del régimen de capacidad progresiva que hoy se extiende en los sistemas de Derecho. La falta de una plena capacidad de obrar no genera siempre igual respuesta jurídica, pero la solución normativa que se adopte sí deberá siempre estar encaminada a la protección de los intereses y derechos de quienes la sufren. A tal fin, se instituye la representación legal del incapacitado o se exige, en supuestos de capacidad meramente restringida, un complemento de la capacidad para la realización de los actos que desbordan la esfera de actuación parcial que se les permite realizar *per se*.

INEXACTO PLURAL DEL ARTÍCULO 32 DEL CÓDIGO CIVIL

El Artículo 32 es inexacto en el plural que utiliza para referirse a las situaciones jurídicas en que se encuentran los sujetos englobados en los preceptos que le anteceden, por cuanto la capacidad restringida y la incapacidad no pueden igualarse. En el primer caso, delineado en el Artículo 30, la persona se encuentra en una situación intermedia que no le permite actuar eficazmente en todos los casos, pero tampoco carece totalmente de posibilidades de actuación, pues hay un conjunto de derechos que puede ejercitar por sí misma y de actos jurídicos en los que puede intervenir directamente, los que resultan válidos por encontrarse circunscriptos en la esfera de actuación que la ley les confiere; aquellos otros que sobrepasan ese radio de acción delimitado por la norma necesitarán asistencia de un tercero, que *complementa* la capacidad que posee. En el segundo caso, referido a las personas incluidas en el Artículo 31, la carencia de capacidad decretada por el legislador convierte en ineficaces *ipso iure* todos los actos que realice, de modo que siempre necesitará de un tercero que actúe en su nombre, *supliendo* su incapacidad de obrar.

Complementar y suplir no son términos idénticos; el complemento indica que existe capacidad de obrar, pero incompleta, solo para algunos actos, mientras que la suplencia pone de manifiesto que no existe capacidad de ejercicio, que en todo caso actuará, por la persona incapacitada, quien se encarge de representarla. La lamentable confusión terminológica que padece el precepto tiene consecuencias prácticas indeseadas. El sujeto con capacidad limitada se iguala al incapaz y, en consecuencia, no podrá obrar *per se* en actos que escapen al estrecho y desdibujado círculo que traza la norma en el Artículo 30, sino que tendrá que hacerlo por él también un repre-

sentante legal. Nótese que, admitida la capacidad restringida como situación intermedia que no priva de capacidad de ejercicio totalmente, sería mucho más favorable a la libertad de la persona, base de la presunción *pro capacitate*, que ella misma pudiese actuar, aunque asistida de otra persona que complementara su capacidad, encargada de otorgar su anuencia o aquiescencia a la actuación realizada por aquel, pudiendo incluso prestar esa aprobación luego de realizado el acto, con lo cual quedaría ratificado y, por tanto, válido para el Derecho, de modo similar a lo que ocurre con los menores emancipados, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español.²⁴

El carácter de simple norma de remisión

El precepto comentado dispone que la incapacidad de las personas referidas en los artículos anteriores se supla de acuerdo con las normas previstas en el Código de familia y en la ley procesal civil, con lo cual queda relegado a simple norma de remisión, si bien de indudable valor por su indicativo, que ha de conjugarse con lo que el texto legal establece más adelante, al regular la representación legal en los artículos 56 y siguientes.

La remisión al Código de familia es perfectamente lógica y congruente con la división adoptada por nuestro ordenamiento jurídico entre el Derecho civil y el de familia, dada la especial naturaleza de este último y abarca tanto la normativa referida a la patria potestad, que incluye en su contenido la representación legal de los hijos menores, como la tutela de menores de edad que no estén bajo xy de personas mayores de edad incapacitadas, supuesto que requiere el pronunciamiento previo de tal condición por parte del órgano jurisdiccional, luego del proceso de rigor, razón justificativa de que también se remita a las normas procesales correspondientes. Así, para la necesaria protección de las personas que no gozan de plena capacidad de obrar, se constituye una trilogía de normas a las que habrá de atenderse a fin de dotarlas de cause idóneo para su intervención en la vida jurídica: las incluidas en el propio Código civil, las pertinentes en el Código de familia y las adjetivas contenidas en nuestra vigente ley procesal.

Guarda y custodia en el actual ordenamiento jurídico

Según se indicó anteriormente, solo la patria potestad y la tutela aparecen reguladas como instituciones tuitivas de los intereses personales y patrimoniales de las personas que carecen de plena capacidad de obrar. Se

24 Manuel Albaladejo: *Derecho civil. Introducción y Parte general*, vol. II, t. 1, pp. 251-252.

destierran de nuestro contexto jurídico figuras de antiguo raigambre y probada eficacia, como la curatela, y no se franquea la entrada de otras instituciones que se van abriendo paso universalmente en esta sede, como la guarda de hecho, el patrimonio protegido o *el defensor ad litem*, todas ausentes de nuestro ordenamiento legal y que ofrecerían un mayor abanico de posibilidades de actuación a quienes se le restrinja la capacidad de obrar o se les declare judicialmente incapacitados.

Como afirma Pérez Gallardo,²⁵ algo que también le ha sido criticado con énfasis por la doctrina patria al ordenamiento jurídico cubano en este orden es la rigidez con la que están reguladas las instituciones de guarda y custodia de las personas incapacitadas, con capacidad restringida u otras personas desvalidas. El Código civil cubano de 1987 no fue complementado por otras normas que adaptaran, *v. gr.* las normas procesales o de familia a las situaciones de capacidad restringida, institución a tono con los tiempos en que fue promulgado el importante texto civil.

Añade a continuación que las personas que son declaradas con capacidad restringida “no pueden ser sometidas a las normas del Código de familia en sede de tutela, porque dicha institución está diseñada únicamente para personas con ausencia de capacidad de obrar, no para aquellas a las que el tribunal no le limita íntegramente el ejercicio de dicha capacidad”.²⁶

LA TUTELA COMO PROTECCIÓN A LOS INCAPACITADOS

De manera análoga a la patria potestad, la tutela se yergue como institución protectora de los incapacitados, al servicio de sus intereses y necesidades, concebida como auténtica potestad, no como derecho subjetivo del titular del cargo tutelar. El Código de familia cubano deja clara esa situación al establecer, en el Artículo 137, que la tutela de los menores de edad no sujetos a patria potestad y de los mayores de edad incapacitados se constituye a fin de proveerlos de guarda y cuidado, defender sus derechos y viabilizar el cumplimiento de sus obligaciones.

Se acoge al sistema de tutela de autoridad judicial, y es el tribunal el encargado de constituir la mediante resolución fundada, nombrar al tutor, removerlo si fuera preciso, fiscalizar su actuación y exigir la rendición final de cuentas al declarar extinguida la tutela. Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares deben inscribirse en el Registro del Estado Civil, como consecuencia normal del proceso previo de incapacitación que modifica di-

25 Leonardo Pérez Gallardo: “La protección legal de los discapacitados en Cuba. Una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, p. 324.

26 *Ibíd.*

cho estado para la persona sometida a la tutela, inscripción que debe disponer de oficio el tribunal y que se anotará al margen de la inscripción de nacimiento de la persona afectada.²⁷ Además se llevará un libro en los tribunales encargados de fiscalizar la tutela, que contendrá todos los datos del caso y las rendiciones de cuenta que anualmente debe realizar el tutor; este registro debe examinarse cada año por el órgano jurisdiccional, dejar constancia de ello y adoptar las determinaciones que sean necesarias para defender los intereses de los pupilos.

La aceptación del cargo de tutor es voluntaria, pero, una vez aceptado, no es posible su renuncia, salvo que para ello se justifique causa legítima ante el tribunal competente, que en todo caso será el del domicilio del tutelado. El cargo de tutor es gratuito, aunque se admite el reembolso de los gastos justificados que dimanen de su ejercicio, previa aprobación del tribunal. No se pronuncia nuestra normativa civil o familiar en cuanto a la posibilidad de indemnizar los daños o perjuicios sufridos por el tutor en el ejercicio de su cargo, incluso en detrimento del patrimonio del tutelado, si no puede obtener por otro medio su resarcimiento, como hace, por ejemplo, el Código civil español en el Artículo 220, pero entiendo que tal situación pudiera admitirse en casos concretos valorados estrictamente por el órgano jurisdiccional. Es el fiscal el encargado de instar al tribunal para la constitución de la tutela, una vez que conoce de la necesidad al respecto, en virtud de información que en tal sentido tienen el deber de comunicarle los sujetos que se relacionan en el Artículo 140 del mencionado Código de familia. En realidad, tal precepto resulta inoperante en el caso de los mayores de edad incapacitados, pues ya ha mediado una sentencia de incapacitación y, por tanto, el tribunal conoce el hecho, y debe disponer lo procedente, que sería justamente la constitución de la tutela.

Instado el tribunal por el fiscal para constituir la tutela de un menor de edad,²⁸ deberá citar a los parientes de este hasta el tercer grado de consanguinidad para celebrar una comparecencia que tendrá por objeto dilucidar a quién corresponderá el cargo de tutor. El anterior proceder demuestra la vocación familiar que se reconoce a la institución tutelar, aun cuando se siga el sistema de autoridad judicial, entendido como más protector a los intereses del pupilo, que en un sistema de tutela estrictamente familiar puede ser blanco de errores, incuria o mala fe de parientes inescrupulosos. Destaca, también, la posibilidad de ser oído que se confiere al menor con más de siete años de edad, para que manifieste su preferencia en cuanto a la persona que debe designarse como tutora, particular que, unido a la opinión mayoritaria de los parientes, deberá tomar en cuenta el órgano jurisdiccional al

27 Artículo 42, inciso e), de la Ley No. 51, de 15 de julio de 1985, del Registro del Estado Civil, en relación con el Artículo 52 de su Reglamento, Resolución no. 157, de 25 de diciembre de 1985, del Ministro de Justicia.

28 Artículo 145 del Código de familia.

tomar la decisión correspondiente. De no poder guiarse por la regla anterior, la decisión judicial deberá tener como brújula lo que a su consideración resulte más apropiado para el menor, designar tutor al pariente en cuya compañía se halle o, de no encontrarse en compañía de ningún pariente o estándolo en la de varios a la vez, preferirá a uno de los abuelos, uno de los hermanos o un tío. Excepcionalmente, puede designar tutor a una persona ajena a la familia que muestre interés en hacerse cargo del menor, cuando razones especiales así lo aconsejen.

En el caso de los incapacitados, se designará tutor atendiendo al orden de prelación de los parientes consignados en el Artículo 148 del Código de familia y, de igual modo que en el caso de los menores, cuando sean varios los parientes del mismo grado, el tribunal atenderá lo que considere más beneficioso para el incapacitado; también puede designar tutor a persona distinta de las enumeradas en el precepto, con preferencia en quien lo tenga a su cuidado y muestre interés en asumir la tutela.

Salta a la vista que solo la tutela legítima es admitida expresamente por nuestra normativa familiar; sin embargo, entiendo que puede perfectamente admitirse la tutela testamentaria que ordenen el padre o la madre para sus hijos menores o incapaces, como forma de asegurar su protección para el futuro. No hay ninguna norma que prohíba tal designación, máxime si se sabe que en el negocio jurídico testamentario pueden incluirse disposiciones de contenido no patrimonial. Los argumentos de la doctrina, en este sentido, son amplios, basados esencialmente en la justicia de tal proceder, indudablemente de gran sentimiento humano. Así, por ejemplo, afirma Rogel Vide que

el orden de la tutela arbitrado en la tutela legítima es, como su nombre indica, legal, frío, establecido para suplir la designación que el titular de la patria potestad haga, ya que nadie como él sabe quién tiene efectivamente afecto al menor o incapacitado, quién sería, en definitiva, el tutor más idóneo, que puede muy bien, en estos momentos de reducción acentuadísima de la familia, de familia nuclear, dispersa la patriarcal, ser una persona distinta de las establecidas por la ley, o un pariente que ocupe un puesto no privilegiado en el orden de los llamamientos. No creo que en esta decisión pueda la ley sustituir al padre o a la madre.²⁹

En supuestos de tutela deferida por testamento, el tribunal se encargaría de verificar si la persona nombrada reúne los requisitos exigidos para el cargo en virtud de los artículos 146 y 149 del Código de familia. De no ser así, se procedería al nombramiento de tutor de acuerdo con lo dispuesto en ese texto legal.

29 Carlos Rogel Vide: *Estudios de Derecho civil. Persona y Familia*, p. 344. Este autor propugna incluso el carácter prioritario de la tutela testamentaria respecto a la legítima, y cita en auxilio de su opinión la de otros reconocidos juristas, como Federico de Castro, Mucius Scaevola, José Manresa y Martín Granizo.

En esta línea de pensamiento, como ya señalé al comentar el Artículo precedente, podría también admitirse la autodelación de la tutela, en previsión de la incapacidad. Así, cualquier persona con plena capacidad de obrar, previendo que pueda ser declarada *a posteriori* incapacitada, podría proponer en escritura notarial un tutor para sí misma, incluso designarle sustitutos o interesar que determinada persona, pariente allegado o no, se excluya de la posibilidad de ocupar el cargo tutelar en su caso. Esta escritura debería ser revocable en cualquier momento, teniendo en cuenta que contendrá una manifestación de voluntad unilateral que puede ser variada por otra posterior que proceda del mismo manifestante: prevalecerá la última, en caso de sucesivas designaciones o exclusiones.

Tales disposiciones no tendrían efecto vinculante para el órgano jurisdiccional, simplemente se podrían tener en cuenta por el tribunal al tiempo de constituir la tutela, para determinar su procedencia o no, sin detrimento de la impugnación que también pudieran sufrir por parte de las personas llamadas por ley a ejercer la tutela o por el fiscal.

Constituida la tutela, la persona sometida a ella actuará siempre por medio de su representante legal, que realizará en su nombre todos los actos jurídicos que corresponda. No obstante, para disponer de los bienes del menor o incapacitado o, incluso, hacer inversiones o reparaciones mayores, el tutor necesita autorización del tribunal, que solo debe otorgarla cuando considere justificada la razón de necesidad o utilidad que a su consideración se expone, siempre tomando en cuenta lo más beneficioso para el tutelado. De igual modo, para actos relacionados con la guarda y custodia de la persona sujeta a tutela, como su internamiento en establecimientos asistenciales o de reeducación, también debe contar el tutor con la debida autorización judicial.³⁰

La tutela concluye, en el caso de los menores, por arribar estos a la mayoría de edad, contraer matrimonio o ser adoptados; y, en el supuesto de los mayores de edad incapacitados por haber cesado la causa que la motivó, esto es, por haber recuperado la persona sometida a ella aptitud suficiente para regir su persona y cuidar de sus bienes. En ambos casos, el fallecimiento del tutelado es también, por supuesto, causa de extinción, no así la muerte del tutor, que dará lugar, en su caso, a un cambio del sujeto que ostenta dicho cargo.

COMPLEMENTO DE LA CAPACIDAD RESTRINGIDA

Las personas que ven acotada su posibilidad de ejercicio de la capacidad a ciertos actos previstos por la ley, en atención a determinadas afectaciones

30 Artículos 155 y 156 del Código de familia.

físicas o psíquicas, necesitan de otras personas plenamente capaces para poder ejercitar los restantes derechos que poseen y realizar actos jurídicos eficaces. Tal complemento de la capacidad, que con sentido tuitivo prevén todos los ordenamientos jurídicos, puede darse a través de la patria potestad, en el caso de menores sujetos a ella, o por medio de la tutela o la curatela.

Generalmente, no es la tutela la figura ideal para el complemento de la capacidad restringida, pues la función del tutor es representar, sustituir con su capacidad la ausencia de aquella en su representado, y los sujetos con capacidad restringida no son incapaces, solo tienen ciertas limitaciones en cuanto al ejercicio de su capacidad. Sin embargo, a partir del Código Napoleón de 1804, muchos sistemas jurídicos padecieron la absorción de la curatela por la tutela, siguiendo el modelo francés, que rompe la tradición romanística de distinguir ambas figuras. Rogel Vide,³¹ siguiendo a Pesset, destaca que este carácter absorbente de la tutela se debió al establecimiento por ese cuerpo legal de una sola edad como determinante de la plena capacidad, los 21 años, a diferencia de las gradaciones anteriores que transitaban por los 12, 14 y 25 años, lo cual hace que no tengan ya razón de ser los distintos sistemas de tutela y curatela. Una sola edad, una sola institución: tutela. La protección de los locos y dementes (mayores) se organiza, entonces, siguiendo la pauta de la tutela de los menores. No obstante, según se analizó antes, no es el sistema de edad única, sino el de capacidad progresiva o gradual, el que acoge nuestro vigente Código, por lo que tal absorción de una figura por otra no se justifica.

¿Cómo pueden intervenir las personas en situación de capacidad restringida en actos jurídicos que excedan el ámbito de la simple satisfacción de las necesidades de la vida diaria? En nuestro medio, no existe en el orden adjetivo ningún proceso para la declaración de esa situación ni para dotar a la persona que se encuentra en ella de un régimen adecuado de protección o guarda. En el ámbito judicial cubano, los supuestos previstos por nuestro código sustantivo en el Artículo 30 o se incapacitan de forma absoluta o se mantienen totalmente capaces, con lo que se hace perder virtualidad a la norma y se impide que se cumplan los objetivos de esta institución.

Es evidente la necesidad de restablecer la figura de la curatela como institución de guarda a las personas en situación de capacidad restringida, incluidos los menores contemplados en el inciso a) del Artículo 30 del Código civil, no solo en cuanto a su esfera patrimonial, como solía ser tradicional en el Derecho romano, donde el curador estaba concebido para la tutela de un patrimonio: *tutor datar personae, curator rei*, sino con el propósito de complementar su capacidad en todos los órdenes.

La curatela, en esencia, es entendida hoy como asistencia tutelar que se distingue de la tutela *strictu sensu* por la delimitación de su cometido o pre-

31 Rogel Vide: *Op. cit.*, p. 329.

cisamente porque el sujeto a ella no carece de capacidad. Su finalidad principal es la asistencia a las personas en actos que pueden realizar *per se*, pero con el complemento del curador. Se erige como figura idónea para dicho complemento en los supuestos de capacidad restringida previstos por nuestro Código civil. Deberá, entonces, en el Código de familia, establecerse el régimen de constitución, ejercicio, supervisión y extinción de la curatela, lo que deberá complementarse con normas procesales adecuadas a tal fin.

La doctrina ha considerado que también la curatela puede preverse por la persona que tendría restringida su capacidad de obrar en el futuro, en la escritura notarial que pueda servir de cauce a las previsiones de su incapacidad para autodesignar tutor, o a través de una disposición autónoma.³² Empero, surge la duda en los casos en que solo se ha hecho nominación de tutor, en cuanto a si valdría para curador el designado, posibilidad que se ha considerado admisible, pero que, en sentido contrario, tendría difícil defensa.³³

En caso de la autodesignación de curador, aunque el sujeto suscriba documentos autoprotectores, conservará en alguna medida su capacidad de obrar, por lo cual deberá ser escuchado y podrá manifestar en el correspondiente proceso quién sería la persona que quiere como curador. De cualquier modo, pienso que debe ser el tribunal el encargado de nombrar al curador, sin tener obligación absoluta de atenerse a las disposiciones del propio afectado, pero sin eludir estas, razonando en cada caso lo más apropiado para aquel, tomando en cuenta todos los pormenores correspondientes. Así, como afirma Moreno Nápoles,³⁴ se conjugaría acertadamente el respeto a la autonomía de la voluntad y al libre desarrollo de la personalidad, sin renunciar a la garantía que supone la intervención del juez y su control en el régimen jurídico de las instituciones de guarda.

En el Proyecto de Código de familia que, desde hace más de una década, existe en nuestro país, se retoma la figura en los siguientes términos:

Artículo 237: La curatela es la autoridad que se confiere, con carácter transitorio, a una persona mayor de edad para que complemente la capacidad de obrar de otra persona, en aquellos actos que la ley lo requiere, por razón de:

- 1) edad;
- 2) capacidad restringida, excepto los menores de edad sujetos a patria potestad o tutela;
- 3) prodigalidad;
- 4) intereses contrapuestos.

32 Moreno Nápoles: "Análisis crítico de la actividad notarial...", p. 61.

33 Monserrat Pereña Vicente: "La Autotutela, ¿desjudicialización de la tutela?" (ponencia).

34 Moreno Nápoles: *Op. cit.*, p. 63.

NORMAS PROCESALES ENCAMINADAS A SUPLIR LA INCAPACIDAD

La jurisdicción voluntaria prevista en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico es la vía para dotar de tutor a los que padecen de incapacidad. Entre los procedimientos especiales establecidos, se regula el referido al expediente de incapacidad. En apenas tres artículos, se establece el ritual necesario para declarar judicialmente la incapacidad de una persona y proveerla de tutela. Sin entrar en detalles adjetivos que no corresponden en esta sede, sí debe decirse que se trata de una normativa que peca de excesivamente escueta y no siempre congruente con lo previsto en las disposiciones sustantivas atinentes a la materia, lo que, con relación al Código civil, se justifica debido a su precedencia en el tiempo, pero que carece de fundamento respecto al Código de familia, ya vigente al momento de comenzar a regir la ley de trámites.

Así, el Artículo 586 de la mencionada ley procesal alude a la declaración de incapacidad de una persona “por razón de enajenación mental o sordomudez”, términos que no son empleados por el legislador del Código civil, que se limita a señalar que carecen de capacidad para realizar actos jurídicos los declarados incapaces para regir su persona y bienes, sin distinguir causas, por lo que habrá de acudirse a lo dispuesto en el Código de familia a tal fin, que, en el Artículo 138, añade a las mencionadas por la ley de trámites “otras causas”, sin clasificarlas ni enumerarlas. Entiendo que, entre esas otras causas, puede encontrarse toda una gama de enfermedades físicas y mentales que dictaminarían los peritos correspondientes, pero no sería procedente la tramitación no contenciosa de la incapacidad en tales casos, a tenor del señalado precepto, que cercena esa posibilidad, por lo que, entonces, debe realizarse un juicio contradictorio, según han entendido Díaz Magrans³⁵ y Rapa,³⁶ al tratar el tema.

El Artículo 587, por su parte, para formular la solicitud al tribunal con vistas a obtener la declaración de incapacidad legítima al cónyuge del presunto incapaz, los parientes con derecho a su sucesión *abintestato* o las personas a quienes pudiera deferirse la tutela, y al fiscal en ausencia de los anteriores. Sin embargo, se advierte cierta incongruencia entre esta legitimación procesal señalada y lo dispuesto por el Artículo 141 del Código de familia, a cuyo tenor parecería que siempre deberá el fiscal instar al tribunal para la constitución de la tutela, cuando recibe la información de parientes, convivientes o vecinos, de que una persona lo necesita (supuesto de ausencia de *litis*), y en los casos de privación de la patria potestad o revoca-

35 María M. Díaz Magrans: “La persona individual”, p. 109.

36 Rapa Álvarez: *Op. cit.*, p. 120.

ción de la adopción. No debe olvidarse que, en ausencia de padres y tutores, la representación legal de los intereses de esas personas corresponde al fiscal, según lo dispuesto en el Artículo 48 de la ley procesal, y ante la existencia de intereses contrapuestos entre menores e incapaces y sus representantes legales, según prevé el Artículo 60 del Código civil.

El tribunal deberá auxiliarse de médicos especializados que corroboren la enfermedad que padece el presunto incapaz y su grado de afectación, oír el criterio del cónyuge o pariente más próximo que no haya solicitado la declaración de incapacidad y tomará otras medidas adicionales, en caso de considerarlo necesario para confirmar el estado de la persona que se pretenda incapacitar. Muy importante resulta también la propia impresión personal del juzgador, luego del examen que debe realizar. Finalmente, comprobada la incapacidad, procederá a declararla y proveerá la tutela del incapacitado.

Nada dicen las reglas procesales de la tutela de los menores de edad prevista en el Código de familia para aquellos que no se encuentren sometidos a patria potestad, ni en cuanto a la declaración de capacidad restringida prevista por el Código civil y su correspondiente complemento, como ya se ha señalado con anterioridad.

También, en tales supuestos, entienden Rapa y Díaz Magrans que debe acudirse a la jurisdicción ordinaria, por vía contenciosa, al estar reservado el procedimiento de jurisdicción voluntaria solamente a proveer de tutela a los incapacitados por enajenación o sordomudez. Además, apuntan que, en los supuestos de incapacidad parcial o capacidad restringida, el presunto afectado siempre podría cuestionarse la limitación que se pretenda imponer.³⁷ Sin embargo, este criterio no es aceptado por todos; en contra, se esgrime el contrasentido que puede significar que se prive absolutamente de capacidad de obrar a una persona mediante un proceso de jurisdicción voluntaria, siempre que no haya oposición, y tenga que acudirse a un proceso contencioso para solo restringir aquella, situación que afecta menos a la persona.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, Manuel: *Derecho civil. Introducción y Parte general*, vol. I, 14.^a ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1996.

_____: *Derecho civil. Introducción y Parte general*, vol. II, t. 1, Editorial Bosch, Barcelona, 1996.

Acedo Penco, Ángel y Leonardo B. Pérez Gallardo: *Código civil de la República de Cuba*, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

37 *Ibíd.*

- Barra, Rodolfo C.: *La protección constitucional del derecho a la vida*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Borda, G.: *Tratado de Derecho civil. Parte general*, t. 1, 10.^a ed. (actualizada), Editorial Perrot, Buenos Aires, 1991.
- Cárdenas González, Fernando A.: *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, Porrúa, México D. F., 2006.
- Castiella Rodríguez, José J.: "La persona, el estado civil y el registro civil", en Juan F. Delgado de Miguel (coord.) *et al.*, *Instituciones de Derecho privado*, vol. II, t. 1, Editorial Civitas, Madrid, 2003.
- Clemente Díaz, Tirso: *Derecho civil. Parte general*, t. 1 (1.^a parte), ENPES, La Habana, 1983.
- De Castro y Bravo, F.: *Compendio de Derecho civil*, vol. I, t. 1, 3.^a ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.
- _____: *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.
- Díaz Magrans, María M.: "La persona individual", en Caridad del C. Valdés Díaz (coord.), *Derecho civil. Parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 8.^a ed., Tecnos, 1994.
- Dihigo y López Trigo, E.: *Derecho romano*, t. 1 (2.^a parte), ENPES, La Habana, 1987.
- _____: *Derecho romano*, t. 2, 2.^a ed., Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- Enneccerus y Nipperdey: *Tratado de Derecho civil. Parte general*, t. 1, 2.^a ed. española, Barcelona, 1953.
- Espinoza Espinoza, Juan: *Derecho de las personas*, 5.^a ed., Editorial Rhodas, Lima, 2006.
- García Valdecasas, Guillermo: *Parte general del Derecho civil español*, Editorial Civitas, Madrid, 1983.
- Gherzi, Carlos A.: *Derecho civil. Parte general*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
- Gómez Treto, Raúl: "Las tendencias del Derecho civil cubano. El nuevo Código civil" (inédito).
- Hualde Sánchez, J. J.: "La personalidad jurídica", en Puig Ferriol (coord.) *et al.*, *Manual de Derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Jiménez Salinas, J. C.: "La autotutela como forma de protección a la dependencia", en www.ceoma.org/vicongreso/comunicaciones/08.doc
- Larenz, Kart: *Derecho civil. Parte general*, tr. y notas de Miguel M. Izquierdo y Macías-Picavea, EDERSA, Madrid, 1978.
- López, A. y V. L. Montés: *Derecho civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Manifiesto de las mujeres con discapacidad*: "Por nosotras y nuestras familias", en [www.imagina.org/archivos/MANIFIESTO%20Mujeres 2004.doc](http://www.imagina.org/archivos/MANIFIESTO%20Mujeres%202004.doc) (consulta: 2 de marzo de 2005).
- Mendizábal Oses, L.: *Derecho de menores*, Editorial Bosch, Barcelona, 1977.

- Mesa Marrero, Carolina: "Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio", en *Revista Jurídica del Notariado*, no. 43, julio-septiembre de 2002, *apud* Sánchez Bergara, *Op. cit.*, p. 22.
- Moraes Mello, C., T. Araújo Esteves Fraga *et al.*: *O novo Código civil comentado. Doutrina. Jurisprudência. Direito Comparado*, Editorial Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2003.
- Moreno Nápoles, R. J.: "Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela" (tesis), Universidad de La Habana, 2007.
- O'Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho civil*, Parte general, t. 1, Editorial Revista de Derecho privado, EDESA, Madrid, 1986.
- Pereña Vicente, Monserrat: "La autotutela, ¿desjudicialización de la tutela?" (ponencia), La Habana, mayo de 2006.
- _____: "De la codificación civil", en Caridad del C. Valdés Díaz (coord.), *Derecho civil. Parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Pérez Gallardo, Leonardo: "La protección legal de los discapacitados en Cuba. Una visión de *lege data* y de *lege ferenda*", p. 324.
- Puig Brutau, José: *Compendio de Derecho civil*, vol. 1, Editorial Bosch, Barcelona, 1987.
- Rapa Álvarez, Vicente: "La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código civil", en *Revista Jurídica*, no. 19, año VI, UNJC, La Habana, abril-junio de 1988.
- Real Academia de la Lengua: *Diccionario de la lengua española*, 21.^a ed., Madrid, 1992.
- Rivas Martínez, Juan J.: "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", en *Ponencias presentadas por el Notariado español*, Veracruz, Colegios Notariales de España, 1998.
- Rogel Vide, Carlos: *Derecho de la persona*, Cálamo producciones editoriales, Barcelona, 2002.
- _____: *Estudios de Derecho civil. Persona y familia*, Reus, Madrid, 2008.
- Sánchez Bergara, Sheila: "Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la *testamentifactio* activa" (tesis), Universidad de La Habana, 2005 (inédito).
- Talana de Brandi, Nelly y L. R. Llorens: *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- Valdés Díaz, Caridad del C. (coord.): *Derecho civil. Parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Von Thur, Andreas: *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, vol. I, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1946.

Legislación

Constitución de la República de Cuba, con las reformas de 1992, en *Gaceta oficial de la República*, ed. extraordinaria, no. 7, La Habana, primero de agosto de 1992.

- Código civil de la República de Cuba*, Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel Acedo Penco y Leonardo B. Pérez Gallardo, Editorial Dykinson, Madrid, 2005; y Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.
- Código civil del Reino de España*, de 6 de octubre de 1888, 24.^a ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- Anteproyectos de Código civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, La Habana, agosto de 1979, febrero de 1981, febrero de 1982, enero de 1983 y septiembre de 1985.
- Proyecto de Código civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, La Habana, mayo de 1986.
- Código de familia*, Ley No. 1289, de 14 de febrero de 1975, MINJUS, TSP, FGR y ONBC, La Habana, 2004.
- Código penal*, Ley No. 62, de 29 de diciembre 1987, La Habana.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral*, Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, La Habana.
- Ley No. 50*, de 28 de diciembre de 1984, “De las Notarías Estatales”, MINJUS, La Habana, mayo de 1986; y su Reglamento (*Resolución 70*, de 9 de junio de 1992), La Habana, MINJUS.
- Ley No. 51*, de 15 de julio 1985, *Ley del Registro del Estado Civil*; y su Reglamento (*Resolución No. 157*, de 25 de diciembre de 1985), La Habana, MINJUS, 1986.
- Proyecto de Código de familia*, versión digital de noviembre de 2004.

PRÁCTICA Y REFLEXIONES SOBRE LA INSTRUCCIÓN No. 187 DE 2007

*Esp. Lourdes de las M. Bautista Gutiérrez
jueza, TMP de Placetas*

AL ABORDAR ESTE asunto, resulta insoslayable recordar sintéticamente los cimientos básicos que circundaron la aprobación de la Instrucción No. 187, de 20 de diciembre de 2007 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), extraídos de su propio texto, que se resumen en la necesidad de seguir perfeccionando la legislación cubana en los ámbitos sustantivo, jurisdiccional y procesal, en lo que concierne al tratamiento de los asuntos relacionados con el Derecho de familia, de tal suerte que propicie la administración de la justicia familiar con una cosmovisión distinta a la de corte privatista o adversarial, típica del Derecho civil.

La labor de la judicatura cubana, hasta ese momento, acontecía bajo los auspicios del articulado que signa a la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), vigente desde 1977, calificada de avanzada en su oportunidad y posteriormente, al compararla con otros sistemas procesales del área latina; sin embargo, la práctica como criterio valorativo de la verdad imponía otras realidades, como la defensa de las ideas de la compañera Vilma Espín que, desde la década del 90, apuntaban a la existencia de tribunales especializados en asuntos de familia, de acuerdo con la medida

63 del plan de acción cubano, presentado a la Conferencia Internacional de Pekín. Esas ideas se nutrieron en la búsqueda de criterios, estudios, opiniones y transitaban por sucesivas ediciones del Seminario-taller nacional sobre procedimiento especial de familia, con la activa participación de miembros de: Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia, Unión Nacional de Juristas de Cuba, Federación de Mujeres Cubanas, Fiscalía General de la República, Tribunal Supremo Popular, jueces y fiscales en sus diferentes órganos, y Organización Nacional de Bufetes Colectivos, hasta la aprobación y puesta en vigor de la instrucción en comento.

Las causas expuestas y los azares, ¿por qué no?, posibilitaron en aquel instante que, en enero de 2008, se escogieran dos municipios para su implementación: Guanabacoa y Placetas, sitio este último en cuyo Tribunal Municipal Popular (TMP) –también en otros territorios de la provincia de Villa Clara y en el país–, el desempeño judicial ya incorporaba algunas cuestiones: acercamiento a la interdisciplina en determinados conflictos, posibilidad de llamar como testigos de oficio a quienes en la comunidad se presentaban coligados a esto, como es el caso de los maestros, personal de salud pública inser-

tado en los centros de educación en los consultorios médicos, representantes de las organizaciones de masas y gobierno del territorio, psicólogos (especialmente en casos de naturaleza filiatoria), oficiales del Ministerio del Interior que atendían los asuntos relacionados con menores en la localidad, quienes podían verter elementos de conocimiento para el juez sobre las interioridades del diferendo familiar.

En la actualidad, el resultado, de indiscutible éxito en cuanto a la aplicación de la Instrucción, ha extendido su desarrollo a los municipios cabecera de provincia, y a otros que específicamente se incorporan de manera paulatina, lo que finalmente permitirá una futura reforma legislativa en los indicados órdenes.

Con el esbozo primario de estas motivaciones, se reflexiona sobre el comportamiento un tanto práctico del asunto. Ya sobre el tercer año de la experiencia, ha presentado un seguimiento estadístico permanente y, al porcentuarlo específicamente en el órgano de Placetes, se puede afirmar que marcan el puntero de la radicación el proceso especial de divorcio por justa causa en lo radicado y en lo terminado, seguido por el sumario de alimentos y, en menor escala, lo relativo a la determinación de guarda y cuidado y regulación del régimen de comunicación, con escasos porcentajes atinentes al ordinario de reconocimiento judicial de unión matrimonial no formalizada y los consiguientes de naturaleza filiatoria, y, como cuestiones más significativas, el hecho de formalizarse la relación

procesal en buena medida con uno de los cónyuges o presunto padre fallecido, lo que apunta a los valores que atesora el país y sus ciudadanos en relación con el matrimonio y la filiación de los hijos, acompañados de un trámite en jurisdicción voluntaria ausente de litis, sin que resultara necesario abrir la polémica, debido a la prosperidad de las promociones como cuestiones más significativas.

En materia de recursos, en ningún caso se estableció súplica contra las resoluciones interlocutorias y solo resultó objeto de apelación contra resoluciones definitivas, un asunto referente a reconocimiento judicial de unión matrimonial no formalizada, cuya sentencia confirmó la sala homóloga provincial, panorama en algunos aspectos diríase tradicional, en que se ha movido el quehacer de la sección en ese territorio.

De lo anterior, en el proceso de mayor abundancia, la actitud de los demandados dibuja en buena medida la manera en que se ha desenvuelto, y es así que, de los divorcios resueltos por sentencias, el porcentaje significativo lo propició el allanamiento, en relación con la rebeldía de la parte demandada que se sitúa muy por debajo, mientras el trámite con oposición de parte, en cuanto al régimen de comunicación y la cuantía de la pensión alimenticia para los hijos menores, ocupa en números un lugar de escasa significación en comparación con los anteriores datos, y un instituto de tanto mérito como la patria potestad no presenta afectación, de lo que se aprecia consenso en que sea compartida por ambos padres.

Resulta valedero enunciar, al menos, cuatro cuestiones generales que, en doctrina, concretizan la problemática del Derecho de familia:¹

- Diversidad de procedimientos
- Diferente forma y eficacia de las resoluciones
- Contenido de estas
- Ejecución

Existe un aspecto básico, en la práctica de la aplicación de la Instrucción, que se centra en el cambio de mentalidad del funcionario para asumir el conflicto y que, en sede judicial, va más allá de la estricta observancia de lo escrito técnicamente en pos de la solución. En ello radica, en parte, el espíritu que dimana de sus indicativos porque, si de ámbito familiar hablamos, hemos de pensar en el componente humano que se aprecia en todos los sujetos que intervienen en el problema, y que se traduce para el juez en la explotación al máximo de su “capacidad”. Para las partes, la decisión judicial en sí misma abarca una serie de efectos relativos a la esfera personal y patrimonial, con derivaciones psicológico-afectivas, morales y económicas, y cuotas que, en ocasiones, muy difícilmente se superan o se asumen, en tanto es imperante la esfera volitiva de las personas, donde encuentran espacio sus propios antecedentes de índole familiar, ya dotados de valores o negativismos, los aprehendidos e incorporados en el diario a través del desarrollo en sociedad, en el colectivo laboral, los influenciados por la

comunidad y los que se gestan durante el crecimiento de la propia familia que crean, y que han movido a un proceso de aprendizaje que no va a cesar hasta la muerte, hoy más científicamente con la incorporación del enfoque de género.

Según la estadística judicial, en lo particular del municipio referenciado en líneas anteriores, la resolución de asuntos muestra el 99,9% de acuerdos totales en materia de divorcio—respecto a las previsiones formuladas en el Artículo 384 de la ley de trámites civiles— y en lo que concierne al proceso sumario sobre determinación de guarda y cuidado y regulación del régimen de comunicación—al invocar el Artículo 88 del Código de familia, y sucesivos del propio texto— signan al juzgador el uso de la función tuitiva que le viene impuesta. En el sumario de alimentos, son varios los incidentes en relación con los anteriores asuntos: rebaja y aumento de pensión alimenticia, modificación de lo acordado sobre guarda y cuidado y/o régimen de comunicación, liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, entre otros, como procesos tipo susceptibles de propiciar el acuerdo de los justiciables, brindan la medida del aludido éxito con que se ha inscrito la Instrucción No. 187 y que solo un asunto referido a pensión alimenticia, mereciera la solución puramente del arbitrio judicial, decisión que se acató por las partes, sin que se recurriera, de lo que se resalta que, en general, los procesos tramitados se han caracterizado por

1 Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo: “La ejecución en Derecho de familia”, p. 1.

la ausencia de verdadera litis, aunque resulte paradójico hasta en los que han implicado controversia.

Se mueve el pensamiento hacia lo que pudiera llamarse la magia de la Instrucción que, en el orden del procedimiento, en modo alguno resquebraja las formalidades de rigor que exhibe la rituarial ley, en lo que atañe al acceso a la justicia como mecanismo resorte para el accionar posterior, la postulación procesal, la conformación de escritos, comienzo de los actos a la hora judicial, advertencias sobre posibles causales de recusación, observancia del cumplimiento de los términos establecidos, correctivos, celeridad en la actuación judicial, amplificada para procesos tan sensibles, como el concerniente a la fijación de pensión alimenticia. ¿Dónde se halla la magia? Justo en las herramientas que introduce la Instrucción No. 187.

Llegado a este punto, las reflexiones hacen emerger diversas ideas y opiniones que generarían sucesivos comentarios y, en el intento de respetar la lógica, ha de retomarse la figura del juez actuante, amén de las bondades que pueda significar la labor mediadora como antesala de la propia del funcionario. Resta camino por andar en esos derroteros, pero voluntad y esfuerzo por desarrollar este método alternativo no se hacen esperar, con el claro entendido de que el juez, aun cuando se institucionalice esta labor previa, siempre tributará a su naturaleza decisoria para solucionar el pleito, aspecto que no ha de perderse de vista, con independencia de que, en efecto, el

anclaje no se encuentra exactamente en la cruzada de escritos, sino en el diálogo franco y abierto.

La Instrucción motiva el constante desarrollo de la esfera de conciliación en la labor judicial, ya preconizada por el código procedimental y ejercitada a través del diario desempeño, a cuyo respecto, como se conoce, el conciliador propone fórmulas que, por sí, permiten encauzar la discusión y llegar a soluciones que merecen la aceptación común; pero, a la par, resulta conocido que el conciliador, en un momento dado, frisa con la línea del mediador, que no deja de utilizar soluciones conciliadoras en el marco de la mayor ética. En todo este andamiaje, cobra un papel *sine qua non* la preparación personal del juez, su cultura en todo su diapasón, donde, al conocimiento de la legalidad, se incorporan sus máximas de experiencia que, en el particular caso de Cuba, se crecen con la participación activa en el sistema de administración de justicia de los jueces leigos que integran el tribunal.

Mientras se desenvuelve el procedimiento, funciona en el juzgador el proceso mental que transita por los estados de duda, opinión y certidumbre, hasta la certeza moral magistralmente tratada por Eisner, que finalmente ha de llevarlo a la emisión de la resolución judicial y, en consecuencia, su ejecución, donde han operado como centro las pretensiones, base para poder dar cauce adecuado a la solución del conflicto, como punto neutro en el organigrama del expediente judicial.

La soledad del juez —acompañado únicamente por los escritos devenidos del desesperado y burocrático proceso civil a que aludía Couture— tiende a situarlo en la entelequia que le impide aquilatar el justo medio en que ha de desenvolverse el procedimiento familiar. Por ello, se observó con beneplácito el hecho de que la Instrucción promoviera una amplia participación de los interesados en el diferendo, lo cual favorece el conocimiento de los hechos, diríase en sus aspectos más íntimos, en los que solo el verbo límpido, brinda la profundidad de la inconformidad, la gravedad de su naturaleza y, sobre todo, la necesidad de la solución en niveles que permitan evaluarla de adecuada, factible, posible, tangible.

No ha de desconocerse que la resolución judicial no reconstituye por sí la justa paz familiar, hay una quiebra, una grieta, una hendidura, que ha provocado el resultado de actuantes intrínsecamente humanos que debían resultar normales, mientras en la práctica no discurre así, por lo que debe acudir a las partes negativa y positiva del conflicto. En ese sentido, cuando el juez interactúa con los implicados y alcanza la parte positiva del problema, mediante el uso de los instrumentos que facilita la Instrucción, comienza una reconstrucción del conflicto sobre la base del acuerdo devenido del principio de la voluntariedad.

A tono con lo anterior, es válido hacer alusión a las posibilidades que, del articulado procedimental, brinda el 42 para interrogar a las partes en

cualquier estado del proceso sobre los hechos del litigio, hoy ajustado por la Instrucción a determinado momento del trámite, lo que también ha concedido al juzgador amplias posibilidades de conocimiento de los hechos en debate, las causas y condicionantes del litigio, para juzgar y decidir con otros indicadores en la mano; pero, además, en no pocos casos, mediante la labor del funcionario judicial, se ha viabilizado que se encaucen acuerdos en los asuntos que lo ameritan, lo que ha finiquitado de inmediato la litis o, al menos, ha servido como presupuesto saneador, lo cual la posterior Instrucción No. 191 de 2009, ha propendido para el país y extendido como práctica en los procesos de naturaleza civil.

En los logros expuestos, descuellos la participación de la interdisciplina, herramienta que también introduce la Instrucción, y que no ha dejado de constituir un reto para los juristas, psicólogos, sociólogos, psiquiatras, pedagogos, médicos y trabajadores sociales que, entre otros, han conformado el equipo técnico asesor multidisciplinario, coordinado por la Casa de Orientación a la Mujer y a la Familia, de la Federación de Mujeres Cubanas. La estable, acuciosa e inteligente labor de estos especialistas ha permitido trabajar en una simbiosis que ha significado para ellos el conocimiento del mundo del proceso, el procedimiento y los justiciables mismos por dentro, y para los jueces en específico, ha posibilitado conocer técnicas de comunicación a partir de la atención a los puntos de observación o claves de acceso ocular,

palpar y hablar e instruir sobre: roles de los padres y otros miembros de la familia, ciclos de desarrollo familiar, actividades fundamentales de los niños. También, que la situación personal que se atraviesa, si bien en materia de conflicto puede calar y lastimar, se empeora cuando se maneja mal, en especial si la afectación tiene trasunto a los menores; a la vez que contar con el criterio especializado ha brindado la oportunidad de optimizar al máximo el momento de la audiencia, incluso ajustar y preparar la ejecución de lo acordado, y ha resultado factible la educación de la familia con el trazado de estrategias de prevención, en tanto célula básica de la sociedad, cuestión que se considera clave en el sostén de esta, máxime en una situación conflictual.

En oportunidades, en contactos de trabajo muy estrechos, se ha discutido si resulta más procedente que el equipo acuda al acto judicial nutrido de los elementos del caso que puedan recopilarse fuera de la sede. Se estima que la forma de trabajo utilizada hasta hoy puede ser susceptible de modificaciones, pero se insiste en que la participación del equipo en el acto judicial ha sido provechosa y que, a partir de ahí, puede derivarse la necesidad, o no, de tal recopilación de datos para la oportunidad de dictaminar, si se requiere por escrito, y tantas otras acciones que conduzcan al objetivo básico de esta estrategia de trabajo, mientras, de otra suerte, al igual que puede acontecer con el juez, en un contexto dado, pudiera provocarse un proceso de contaminación no deseado en el es-

pecialista, de lo que la experiencia de Placetas ha demostrado que el mayor logro ha decursado a partir del seguimiento del caso extraproceso, pues es conocido que, en los estrados, no se resuelven todas las aristas del problema.

Como parte de las líneas de desarrollo político-social que encauza el Estado cubano, estos profesionales y colaboradores han abrazado la tarea de manera absolutamente voluntaria y gratuita, más allá de sus jornadas de trabajo habituales, lo que dignifica aun más la labor que realizan y, a propósito de estas jornadas, se llama la atención en tanto es clave organizarse adecuadamente para poder avanzar. Para los actos judiciales que requieren de la labor del equipo, se ha establecido un día en la semana, de manera que sea posible la armonización de los intereses de los participantes, su propia rotación, en razón del tema central del diferendo y la especialidad a que tributan.

En el contexto que se analiza, ha de hacerse referencia a un juez proactivo, que ha aprendido a humanizar el proceso y flexibilizar la función de administrar justicia que le ha sido delegada en materia de familia, de la que son conocidas su complejidad y características, su naturaleza finísima, donde se hurga en el alma, vida y corazón de las personas que se les someten, a fin de que solucionen legalmente las diferencias, discrepancias, desavenencias, disensiones, pero todo ello propiciando la satisfacción de hondos intereses humanos, afectivos y socia-

les de los involucrados en el proceso, objetivo del sistema de tribunales cubanos que no descuida la instrucción, en aras de perfeccionarse en función de una justicia superior, que propenda a la continuidad del fortalecimiento de valores esenciales en la estructura familiar, tal cual resultan los vínculos de amor, colaboración, apoyo, auxilio y respeto recíprocos entre sus integrantes, que dimanen de la legislación sustantiva vigente en Cuba y de las propias convenciones internacionales de que somos signatarios.

Al acudir a palabras de un justiciable atendido en el TMP de Placetas, cuyo matrimonio de más de 10 años, con un hijo y un proyecto de futuro, fenecía ante sí con el solo recibo del emplazamiento contentivo de la demanda de divorcio que su cónyuge había interpuesto, señaló: “Me ayudaron a comprender lo importante que es para el niño visitar y tener buena comunicación con su padre”.² Es observable, una vez más, lo hondo que ha calado la experiencia.

En esa labor profesional mancomunada, la impronta individual es clave, cuando se recorren los derroteros del pensamiento afectivo de los hombres, y el protagonismo en efecto se alcanza ante todo en relación con los niveles de sensibilidad que seamos capaces de impregnarle a la tarea. No se trata de maná que cae del cielo, hay que trabajar en las in-

terioridades de cada situación: laborar por la solución del conflicto o la prevención, esencia del Derecho socialista que se aplica, donde vale más prevenir que corregir.

Escuchar al menor por vía de exploración ha devenido una experiencia fuera de todo pronóstico. Con anterioridad los jueces reservaban estos contactos para cuestiones muy especiales.

En la Instrucción existen, además, dos aspectos particularmente significativos. El primero está dado en la intervención de los abuelos en calidad de terceros, que no ha sido exactamente requerida, sino que los padres han logrado paliar la situación problemática por sí mismos.

De otro lado, la cautela, aspecto que ha sido muy llevado y traído, amerita reflexionar a propósito de afirmaciones de Andux Alfonso, quien ha dedicado espacio al régimen cautelar y la efectividad de sentencias.³

Como experiencia en el territorio es la primicia que motivó de oficio una medida cautelar. La litis se vio obstaculizada a partir de la solicitud paterna de que le fuera conferida la guarda y cuidado de su menor hijo, al encontrarse este al cuidado de familiares distintos a la progenitora, quien se hallaba ingresada por embarazo gemelar. Según lo dictaminado por el equipo asesor, de lo que se trataba era de disponer una medida

2 Helen H. Hormilla y Dixie Edith: *Tribunales de familia*, p. 28.

3 Ranulfo A. Andux Alfonso: “Régimen cautelar y efectividad de sentencias”, p. 26. “Es un principio generalmente aceptado, incluso elevado a rango constitucional, que el derecho a una tutela judicial efectiva comporta el derecho a la tutela cautelar”.

cautelar que posibilitara que el niño se comunicara de manera adecuada con el padre, no moverlo provisionalmente del contexto familiar en que ya crecía, hasta el egreso materno, con la claridad de que, con anterioridad a la situación problemática suscitada entre progenitor y familia materna del impúber, todo marchaba, lo que fue debatido en su día en la comparecencia que se convocó al amparo del Artículo 42 de la ley de procedimiento.

La cautela conduce a su evaluación perspectiva, en la que puede haber una inactividad de partes, dada por una reserva ancestral, mientras, en otras oportunidades, se acusan en autos, especialmente durante el desarrollo de la comparecencia de que se trate, determinadas situaciones que evidencian el haber estado requeridas de cautela, aspecto que continúa sin verdaderos matices; no se cuenta en ley con un régimen cautelar acabado, que taxativamente establezca en materia de familia medidas personales y patrimoniales previas o simultáneas, que le permitan al juez adoptar decisiones antes o durante la tramitación del proceso y que posibiliten la adecuada marcha de la litis, como asegurar el cumplimiento posterior de la resolución, de lo cual se destaca como contrapartida a iniciativa de parte u oficiosa, la fórmula contenida en la Instrucción; cuando se estudia en su concepción misma y en todas sus aristas, de principio a fin, apunta a la celeridad en la tramitación, brevedad de las actuaciones y solución de los asuntos a tono con el carácter participativo relatado, se com-

prende que induce a colaborar en la rápida solución del diferendo, para ir a lo definitivo, como parte del impacto que ha significado la Instrucción.

En nuestro país, existen dos instituciones que desempeñan un papel fundamental en el desarrollo de la experiencia: la Organización Nacional de Bufetes Colectivos que, en el caso de Placetos se ha integrado a este diseño de trabajo, con el asesoramiento a sus clientes, en pos de aspirar a una justicia de familia cualitativamente superior, que echa por tierra la fórmula del perdedor y trae con fuerza la de ganar-ganar, para el bienestar familiar y, a su vez, cuida de las garantías procesales del justiciable.

La otra es la Fiscalía. El fiscal, representante de la administración general del Estado, por imperio del Artículo 47 de la ley procedimental, es parte en los procesos concernientes al estado civil y capacidad de las personas y, en todos aquellos casos en los que la ley así lo prevenga, representa y defiende a los menores e incapacitados hasta que se les provea de tutor, representantes o encargados del cuidado de sus personas y de la defensa de sus bienes y derechos, respecto a lo cual la Constitución de la República de Cuba, en el Artículo 127, la Ley No. 83, le conceden a la Fiscalía, prioritariamente, el control y preservación de la legalidad.

En atención a los indicativos de la Instrucción, cada vez el fiscal ha cobrado mayor participación en estos asuntos. Es llamado de oficio en todos los casos en que se ha reque-

rido, especialmente en los concernientes a divorcio, en los que la guarda y cuidado del menor sea solicitada por la figura paterna, lo que rompe con el esquema tradicional del petitorio en ese sentido, y en los relativos al sumario sobre determinación de guarda y cuidado y regulación del régimen de comunicación, de lo que se estimó, al inicio de la experiencia, que debía convocarse en igual sentido. Hoy se concluye que debe ser emplazado de oficio en todos los asuntos que de tal índole se convoquen, aunque lo pretendido satisfaga el carácter preferente de la madre para ejercitar la guarda y cuidado, lo que se sustenta en el hecho, por un lado, de aquilatar el valor de la comunicación; y, por otro, en relación con su valiosa colaboración como eficaz contrapartida en las gestiones extrajudiciales, además de desarrollar profundos y certeros análisis de las actuaciones, cual parte de la práctica que incorpora su desempeño, que ilustra y alerta en este ámbito distinto al carácter punitivo que en otros órdenes representa.

La intervención multidisciplinaria, la concesión de amplias facultades a las partes para formular sus alegaciones y al órgano juzgador para proceder de oficio, produce un conjunto de actos en los sujetos del proceso, dirigidos a la investigación que, en el marco de aplicación de los principios éticos que informan la actuación de los jueces en Cuba, posibilitan la protección de los derechos e intereses legítimos de los particulares, a partir de dotar al procedimiento de mayores garantías, en aras de

una tutela judicial efectiva en el tratamiento del asunto, objetivo central de la Ley de los Tribunales Populares, que accede finalmente a la motivación y racionalidad vertida en la resolución judicial, presupuestos que se aprecian como mayor logro para el municipio, no solo en la información que se obtiene para la toma de decisiones, sino en la labor de prevención y en la adopción de medidas que actúan como atenuantes del conflicto extraproceso.

Se hace extensiva la anterior conclusión, en materia de ejecución de resoluciones judiciales, que en sede familiar cobra un precio duro, difícil, por todos los sentimientos y valores que mueve, que en el territorio se ha logrado llevar a vías de hecho, tal y como se concibieron, el 100% de resoluciones en el lapso de tiempo que abarca la experiencia, en un término breve además, sin que se reporten resoluciones pendientes de ejecutar en materia de familia, salvo el impostergable que significa el enviar el auxilio judicial a otras demarcaciones, de lo que se comenta brevemente que, de por sí, el contenido de esta actividad conlleva una dedicación especial, y de lo que se destaca lo oportuno de la aprobación de la Instrucción No. 186, de 16 de octubre de 2007 por el CGTSP, que dirigida a la ejecución de sentencias civiles en lo general —en razón de que el cumplimiento de una sentencia constituye la materialización del éxito de la pretensión deducida por la persona interesada que reclama la satisfacción de algún derecho, ya de naturaleza constitutiva o declarativa,

máxime en los supuestos que generó antagonismo por la oposición manifestada por otro litigante—, incluye las decisiones derivadas de los asuntos concernientes al Derecho de familia que, en lo particular, se complica más aun cuando ello tributa al hacer o no hacer, en relación con las ya comentadas instituciones que regulan las relaciones paterno-filiales y otras análogas, lo que justifica con fuerza la participación de la interdisciplina en los casos en que se requiera para el logro exitoso de la ejecución.

De ahí que la combinación de las citadas instrucciones, en el marco de su aplicación tan cercana, a partir de los presupuestos que las generan, cierra el ciclo del conocido mandato que se circunscribe a “juzgar y ejecutar lo juzgado”, que hoy pasa por un carácter más participativo de todos los involucrados, al realizar determinados actos en el propio domicilio del obligado, tanto para cantidades líquidas como en condenas de hacer, práctica más valiosa en la solución de la discrepancia, más tendente a la educación de la ciudadanía en los valores que atesora la familia cubana, que necesariamente, desde su seno más estrecho, suponen el cultivo de los pilares nuevos que formarán la familia del mañana en ese ciclo ineluctable.

Tales vivencias, que por años se atesoran en la judicatura; ese trabajar todos los días con el hombre como ser social y la fe en el mejoramiento humano, han llevado de la mano a los protagonistas de la experiencia, para integrarse adicionalmente a la comunidad y participar con ella creciendo

juntos; y, en ese sentido, a partir de la coordinación que realizan los Comités de Defensa de la Revolución, la Federación de Mujeres Cubanas y el Ministerio de Educación en sus proyecciones locales, se ejercita una labor de divulgación importante a través de los medios de radiodifusión y televisión y en los barrio-debates, en conversatorios en círculos infantiles, escuelas primarias, secundarias básicas y preuniversitarios, sobre el quehacer del tribunal en general, la Instrucción No. 187 y otras normas permiten compartir experiencias que comienzan a socializarse a través de grupos de control y de proyectos comunitarios bastante amplios que auspicia la comisión de desarrollo local, lo que sin duda también extiende el conocimiento y acercamiento del juez a los justiciables del territorio donde, en nombre del pueblo, administra justicia.

Se concluye que la oportuna y conveniente puesta en práctica de la Instrucción No. 187 de 2007 presupone un constante reto en su dialéctica, y es acicate para contribuir con mejores empeños con la especialización de los órganos jurisdiccionales, al proceso de formación y conducción de la familia cubana, mediante la comprensión, la conciliación y la ayuda como esencias indiscutibles de la sociedad socialista en que vivimos, a través de las cuales, además de hacer más expedito el trabajo de los jueces, es claro que se logra brindar una solución más acertada y más justa a todos los asuntos sometidos a su conocimiento.

BIBLIOGRAFÍA

Chacón D. Mónica: *Tribunales de familia* (serie Informes), Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Santiago de Chile.

Andux Alfonso, Ranulfo A.: "Régimen cautelar y efectividad de sentencias", en *Justicia y Derecho*, año 5, no. 9, diciembre de 2007, pp. 20-27.

Fonseca-Herrero Raimundo, Antonio Jesús: "La ejecución en Derecho de familia", en *Cuadernos de Derecho procesal civil*, Centro de Desarrollo de Bufetes Colectivos de Villa Clara, Santa Clara.

Hormilla, Helen H. y Dixie Edith: "Tribunales de familia", en *Bohemia*, año 102, no. 6, La Habana, 2010.

Michan, Horacio José: "Tribunales de familia", en *Revista Jurídica Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 1989.

Rosario López, Lidia Sira: "Visión cubana de los principios de la ética judicial", en *Justicia y Derecho*, año 6, no. 11, diciembre de 2008, pp. 12-20.

Torres Manrique, Fernando Jesús: "Estudio sobre la conciliación judicial", en *fernandotorres[arroba]hotmail.com*.

Legislación

Código de Ética Judicial, aprobado el 24 de febrero de 2001.

Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, con sus modificaciones, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria, primero de agosto de 1992.

Instrucción No. 186 de 2009, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, 16 de octubre de 2007.

Ley No. 7, De Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, de 19 de agosto de 1977, con las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley No. 241, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, no. 33, edición extraordinaria, La Habana, 27 de septiembre de 2006.

Ley No. 82, De los Tribunales Populares, de 11 de julio de 1997.

Ley No. 1289, Código de familia, enero de 2004.

LA REGULACIÓN PENAL DEL DELITO INFORMÁTICO

*Lic. Yaneisy Porven Hondares
jueza, TMP de Sandino*

EL FENÓMENO DE la informatización, al igual que una moneda, ofrece dos caras. Una de ellas proporciona colosales ventajas y beneficios a la humanidad, ofrece un mundo de tecnología donde el almacenamiento, transmisión y acceso a la información es cada día más viable. Sin embargo, la otra, lejos de ser favorable resulta peligrosa, pues esa misma tecnología ha dado origen a un delito conocido como criminalidad informática.

El avance de la informatización debe alcanzar cada vez más efectividad, pero sin obviar el límite constituido por el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos y, en caso de disyuntiva, optar claramente por la preferencia de estos últimos: el encauzamiento del proceso en tal sentido contribuirá decisivamente a la existencia de una normativa legal.

Frente a un proceso complejo y novedoso, el ordenamiento jurídico puede preferir una de estas dos actitudes: regular jurídicamente, antes de que los peligros se materialicen, con el consiguiente riesgo de que dicha regulación padezca de insuficiencia, premura o excesiva legislación de la materia, o aguardar a que se produzca un mayor desarrollo de este fenómeno, para, de esta forma, evaluar y acrisolar mucho mejor la respuesta

jurídica y evitar, por tanto, cualquier innecesaria y precipitada intervención legislativa que pudiera entorpecer el desarrollo social.

Es esencial apreciar este proceso desde su esencia nociva y buscar, en soluciones globales, el antídoto al mal, cada vez más notorio y creciente, que la intrusión e inadecuado uso de las nuevas tecnologías han provocado en la sociedad. En fin, se hace una condición básica, para la protección de variados derechos y libertades ciudadanas, la pronta regulación del tráfico de la información.

DELITOS INFORMÁTICOS

La definición de delito ha estado determinada, en todas las fases del desarrollo de la sociedad, por el sistema de relaciones que en cada una de ellas ha predominado. En el devenir histórico de la humanidad, han sido disímiles las concepciones que sobre este concepto se han ofrecido, como la iusnaturalista, o la positivista. Este es el pensamiento seguido por el Código penal cubano que, al sentar pautas para la regulación de la noción de lo delictivo, en el Artículo 8, apartado 1, consigna expresamente: “Se considera delito toda ac-

ción y omisión socialmente peligrosa, prohibida por la ley bajo la conminación de una sanción penal”. Es fácilmente perceptible el hecho de que la conducta, para que sea valorada como socialmente peligrosa, además de cumplir con la insoslayable tipicidad, tiene que ser capaz (al menos potencialmente) de romper el equilibrio de una o varias relaciones sociales.

Sin duda, son incontables los comportamientos que por su naturaleza constituyen delito, sin embargo, nuestros esfuerzos investigativos se encaminan hacia la comprensión de la llamada delincuencia informática para la que son válidas las instituciones clásicas de la doctrina penal; pero, en algunos casos, es imprescindible revisar elementos o extremos de otros institutos.

El delito informático cobra vida a partir del avance creciente de las tecnologías de la informática y las comunicaciones (TIC). Inicialmente, los países pretendieron encuadrar estas actividades criminales dentro de figuras tradicionales, reguladas convencionalmente en los ordenamientos penales de cada uno de ellos. Sin embargo, la utilización de las TIC ha creado nuevas posibilidades de un indebido manejo, que da lugar a conductas delictivas que, por sus particularidades, no encuentran precedente en las regulaciones preexistentes y cuyas consecuencias llegan a alcanzar altos niveles de nocividad que requieren una urgente regulación por parte del Derecho penal.

Algunos autores tienden a hacer una distinción marcada entre delito

computacional e informático. Consideran al primero como aquella conducta en que los medios utilizados en su propia función constituyen una nueva forma de atacar bienes jurídicos, cuya protección ya ha sido reconocida por el Derecho penal. El ejemplo más característico es el delito de hurto cometido mediante sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática, en general, o violación del empleo de claves secretas. Y al segundo, como aquel que afecta un nuevo interés social, un nuevo bien jurídico-penal que identifican como la información almacenada, tratada y transmitida mediante los sistemas de tratamiento automatizado de datos.

Tomar partido en relación con la definición de delito informático, más que un afán técnico, significa, en primer orden, establecer si es el que se comete usando —o abusando— de las TIC, o los que atacan nuevos bienes muy específicos o, si por el contrario, comprenden ambos supuestos.

El hecho de que acciones ilícitas tradicionales se realicen con el auxilio de medios informáticos conlleva reanalizar los elementos de la descripción legal del tipo penal, pues, en muchos casos, la figura carecerá de aptitud suficiente para precisar todas las características que el uso de este nuevo instrumento le reporta al delito por ella previsto, y da lugar a la impunidad de algunos actos socialmente peligrosos. Además, tanto en los delitos convencionales como en los que se ven lesionadas relevantes relaciones sociales, nacidas al calor de los avances tecnológicos, el hecho de

estar estrechamente ligados a las técnicas de la informática va a dotarlos de un grupo de características comunes, distintivas del resto de los ilícitos. Por estas razones, parto del criterio de que un concepto adecuado debe englobar ambas conductas.

El mencionado Artículo 8.1 del Código precisa que, para que una acción u omisión sea reputada como delictiva, debe acumulativamente observarse: peligrosidad social, antijuricidad y punibilidad.

La peligrosidad social, rasgo determinante del carácter delictivo del acto, consiste en la cualidad objetiva de ciertas conductas humanas, para provocar algún daño significativo, real o potencial, a las relaciones sociales. Esta se concreta en dos momentos: el de la previsión normativa y el de la aplicación judicial.¹

*La antijuricidad*² es la segunda característica requerida para que una conducta sea considerada como delictiva, y concibe al delito no solo como fenómeno social, sino también como jurídico.

*La punibilidad*³ es el medio que emplea el Estado para encuadrar una acción u omisión socialmente peligrosa y antijurídica, entre los marcos del Derecho penal, o sea, es previsión de la sanción penal y de su uso pende el ejercicio del derecho de pena del Estado.

Asumiendo una concepción de delito informático podría decirse que, a efectos del presente trabajo, será

entendido este término como: toda acción socialmente peligrosa y antijurídica directamente vinculada con el empleo de las tecnologías de la informática y las comunicaciones, caracterizada por el uso indebido de los correspondientes sistemas, cual objeto de la acción o como medio para la comisión de un hecho delictivo susceptible de ser sancionado penalmente.

Los delitos informáticos pueden ser identificados de disímiles maneras, cada uno de ellos con rasgos propios que permiten establecer parámetros de evaluación a la hora de valorar su complejidad o nivel de peligrosidad:

- Los sujetos activos de este tipo de delito se distinguen por tener conocimientos técnicos de informática, los que permiten su desenvolvimiento en este campo y le dan la capacidad requerida para su materialización.
- Se les reconoce como acciones ocupacionales, pues, por lo general, se realizan cuando el sujeto activo se halla laborando o, de alguna manera, tiende a vincularse con su ocupación.
- Frecuentemente, son acciones de oportunidad donde el sujeto aprovecha ocasiones creadas o intensificadas en el mundo de funciones y organizaciones del sistema tecnológico y económico.
- Brindan posibilidades de tiempo y espacio: en milésimas de segun-

1 Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal*, t. 1, pp. 106-107.

2 *Ibíd.*, p. 108.

3 *Ibíd.*, pp. 124-126.

- do y, sin una necesaria presencia física, pueden llegar a ejecutarse.
- Son cuantiosos los casos y escasas las denuncias, y todo esto como resultado de la propia falta de regulación por parte del Derecho, además del desconocimiento de las víctimas de la comisión de tales acciones.
 - Muestran grandes dificultades a la hora de su comprobación, debido a su mismo carácter técnico, lo que atenta contra su punición.
 - Tienden a proliferar cada vez más, a la par del avance de las tecnologías de la informática y las comunicaciones, por lo que requieren una urgente regulación, ya que, en la mayoría de los casos, son ilícitos impunes.

El tipo penal admite la presencia de tres sujetos que se hallan en una determinada relación mutua: el activo (quien realiza la acción u omisión); el pasivo (en quien recae la acción del activo) y el Estado (llamado a reaccionar con una pena). Estos sujetos tienen una gran importancia en toda norma penal, pues existe entre ellos un conjunto de expectativas recíprocas que los conecta y, a su vez, crea una relación intersubjetiva esencial a la hora de ver al delito como un fenómeno social.

En el delito informático, distinguiré las características particulares que presentan el sujeto activo y el pasivo, no así el Estado, pues este va a presentar los mismos caracteres frente a cada uno de los hechos delictuosos.

Sujeto activo. Lo constituyen las personas comisoras de tales ilícitos.

Presentan un grupo de rasgos que no se aprecian en el común de los delincuentes, ya que son poseedores de pericia en el manejo de los sistemas computarizados, o son favorecidos por su dedicación laboral en lugares donde hay acceso a información sensible.

Sujeto pasivo. Es el titular o portador del bien jurídico, cuya amenaza o ataque constituye la esencia de la acción ilegal. En el caso del delito que se analiza, pueden ser individuos, instituciones, gobiernos, y aquellos que usan sistemas automatizados de información, generalmente conectados a otros.

En este tipo delictivo, el sujeto pasivo es sumamente importante, pues constituye el medio por el cual se conocen los ilícitos, fundamentalmente por el hecho de que muchas veces estas conductas son descubiertas por la percepción del hecho que tiene dicho afectado, pues, debido al desconocimiento que existe del *modus operandi*, perseguir tales conductas es difícil y engorroso.

Entre las características del injusto informático, se observa que muestran grandes dificultades en el ámbito probatorio —dado su elevado nivel de tecnicidad—, lo que incide en la creciente probabilidad de impunidad. Sin embargo, esta no constituye la única ni la principal causa, pues la “cifra negra u oculta” existente frente a tal clase de criminalidad, y que impide plantearse una idea cuantitativa de la magnitud que tiene este fenómeno delictivo, está dada, fundamentalmente, por el hecho de que la mayor parte de las transgresiones no

son descubiertas o no son denunciadas por sus víctimas a las autoridades responsables. Además, se dan otras causales, como falta de leyes que protejan a los afectados por estos actos; la preparación necesaria por parte de las autoridades para comprender, investigar y aplicar el tratamiento jurídico adecuado; el temor por parte de las empresas de denunciar este tipo de ilícitos por la afectación de imagen que esto pudiera ocasionarles y las pérdidas económicas que conllevaría.

Cuando nos referimos al objeto, debemos distinguir entre el material y el jurídico. El primero se constituye por la persona o cosa sobre la que recae la acción, de ahí que también se le denomine *objeto directo de la acción* que puede coincidir con el sujeto pasivo (por ejemplo, en el delito de lesiones), o no, como en el hurto, donde el objeto material se constituye por la cosa hurtada.

En cambio, el objeto equivale al bien jurídico, o sea, al bien objeto de la protección del Derecho penal. Este, lejos de ser el Derecho en sí, va a conformarse por las relaciones sociales o elementos de estas que, dado el gran interés que reportan, se ven protegidas penalmente de las acciones peligrosas que le atacan o amenazan.

La delincuencia informática supone la aparición de nuevas formas de agresión o amenaza, y de novedosos medios que permiten estas a bienes jurídicos protegidos ya por el Derecho penal y otros que, dada su novedad, son merecedores de protección específica por parte de este.

En los supuestos en que la computación solo constituye un mero medio utilizado para delinquir, el bien jurídico protegido en cada caso será el que corresponda a la naturaleza de la infracción cometida: intimidad de las personas, honor, propiedad, fe pública, etc.

En el mundo de hoy, donde la información es garantía de poder y las relaciones que en torno a ella se desarrollan adquieren gran relevancia para el Derecho, la *seguridad informática*, sin duda, se convierte en el elemento jurídicamente más cuestionado en el ámbito tecnológico.

Esta categoría será entendida como la seguridad de la operación de los sistemas de información, que tiene como bases fundamentales la integridad, disponibilidad y confidencialidad de lo que en ellos se procesa.

Integridad, en tanto tal información debe ser cierta y completa, nadie que no sea el usuario tiene derecho a cambiarla; *disponibilidad*, puesto que el usuario ha de tenerla en el momento en que la necesite, y *confidencialidad* porque, sin su consentimiento, nadie debe tener acceso a ella y menos a divulgarla.

Al clasificar este bien, ya sea como jurídico penal personal o de carácter colectivo, se toma en cuenta que responde a un interés social relacionado con la actividad empresarial principalmente; su repercusión trascenderá las bases del sistema socioeconómico, por lo que estos ilícitos deben ser situados entre los delitos de esta índole, considerado el bien referido como colectivo, aun cuando, en algunos casos, pueden

estar implicados intereses personales, como los de los propietarios de la información contenida en los sistemas de tratamiento informático.

Clasificación por el bien jurídico protegido

De acuerdo con las relaciones sociales que se protegen, los delitos pueden ser clasificados como de lesión o daño y de peligro. Cuando se habla de los primeros, se hace alusión a aquellos en los que el acto prohibido provoca un menoscabo cierto al bien particularmente resguardado; los segundos son aquellos donde el acto ilícito ocasiona un daño posible, potencial, a este objeto.

En correspondencia con esta clasificación, y atendiendo a los caracteres de la violación del sistema de la informatización y la peligrosidad que representa para la sociedad el auge creciente de estas conductas, a la par del avance tecnológico, pudiéramos estar frente a los ilícitos de daño y, en ocasiones, enfrentaríamos otros, en los que la penalidad descansa en el peligro que genera la conducta delictiva.

Cuando hablo de conductas ilícitas que atentan contra algún elemento de la informática, me refiero a un hecho delictivo informático de daño. Entre ellos, se pueden encontrar la destrucción de programas por cualquier método, la programación de instrucciones adversas a las originales que provoquen un bloqueo total o parcial al sistema,... En todos los casos, la seguridad del sistema automatizado, como objeto de protección, se lesiona, aun cuando existan

otros bienes afectados, como puede ser la propiedad.

Uno particular sería, sin duda, el relacionado con la extensión del concepto de seguridad informática que determinaría la concepción última de determinados comportamientos de daño o peligro; por ejemplo, la creación y propagación de programas malignos y el acceso no autorizado a redes o sistemas de este tipo. Otras conductas arrojan menos dificultades, o lo que es igual, el daño es fácilmente perceptible: la alteración, transformación o supresión de datos o programas.

La parte objetiva aparece conformada por los procesos que suceden fuera de la conciencia del sujeto por la exteriorización de su voluntad, que genera un daño, potencial u efectivo, a bienes jurídicos penalmente protegidos. Esta parte del delito se estructura sobre la plataforma de la conducta, el resultado y el nexo causal entre ambas.

Clasificación de acuerdo con la parte objetiva

Los delitos, según la parte objetiva, son clasificables en:

- De mera actividad. En los que, atendiendo a la figura delictiva, no se demanda la producción de un resultado, en sentido de consecuencia exterior separable en el tiempo y en el espacio, sino que la acción antijurídica se agota con el simple hacer del autor.
- De simple omisión. De acuerdo con la figura delictiva, la conducta prohibida radica en la no realización de una pretendida por ley.

- De resultado. Se produce un resultado diferenciado de la conducta separable de ella, tanto en el tiempo como en el espacio.
- De conducta indiferente. Aparentemente, no se refiere en la figura delictiva la forma de conducta ni el resultado, por lo que puede consistir en un hacer o en un no hacer.
- De acción y resultado. Aquellos en que, en la figura objetiva, se prohíbe tanto la producción de un resultado como la conducta activa para llegar a este.
- De comisión por omisión. En los cuales, el sujeto, asumiendo una conducta omisiva, causa una alteración en el mundo exterior.
- No consisten en hacer ni en no hacer. No radican en desarrollar actos de ejecución o de inejecución, sino en un decir o un tener.

Otros delitos, como la creación y propagación de programas malignos, y la introducción ilegítima a sistemas informáticos, son los que, aun cuando no generan un daño efectivo, sí crean una potencial situación de peligro para los bienes jurídicos que amenazan; por tanto, deben ser clasificados como de mera actividad.

Por último, considero que, de acuerdo con la parte objetiva, se clasifican como de acción y resultado los que radiquen en la revelación —sin estar autorizados— de información confidencial contenida en un sistema de información automatizado, lo que se incluye entre los delitos informáticos contra la privacidad.

El conjunto de procesos y fenómenos que, vinculados a la actuación

delictuosa, se suscitan en la conciencia del sujeto que la perpetra, es lo que se concibe como parte subjetiva del hecho punible. Esta se compone por la finalidad y la culpabilidad, aspectos que desempeñan roles heterogéneos en la estructura del delito, ya que la culpabilidad representa el elemento indispensable de la parte subjetiva de todo ilícito, y la finalidad, en cambio, de acuerdo con algunas figuras, se constituye como circunstancia o componente constitutivo.

Las referidas conductas transgresoras, como ya se ha dicho, son conductas caracterizadas por originar un potencial o real daño a bienes jurídicos como la propiedad, la intimidad, la fe pública, la seguridad informática, entre otros tutelados por el Derecho penal. Los agentes comisores de estas son personas, en su mayoría dotadas de una inteligencia que sobrepasa los términos medios del común de la población, por lo que resultan sujetos con potencialidades suficientes para discernir el alcance de su comportamiento.

Además, en las conductas incluidas bajo el título de este tipo delictivo, el resultado lesivo se manifiesta —ya sea de forma concreta o abstracta— en su descripción. Considero que, a la hora de asumir un juicio clasificatorio, con relación a la parte subjetiva de la estructura de este, y atendiendo solo al elemento de la culpabilidad, como insoslayable en esta, deberán concebirse los delitos informáticos como ilícitos donde la actuación del sujeto, en la mayoría de los casos (recuérdese que las fi-

guras tradicionales pueden soportar la imprudencia), va a revestir un carácter doloso, ya sea directo, mediato o eventual.

Podemos encontrar, en la doctrina, legislaciones y pautas de organismos internacionales, diversos criterios de clasificación de las referidas infracciones. Tal diversidad está dada por el hecho planteado de que este naciente fenómeno abarca desde las figuras típicas hasta nuevas posibilidades de conductas ilícitas que no son recogidas convencionalmente.

Entre las múltiples tipificaciones que se han hecho de estas figuras delictuosas, las más claras son las que lo hacen sobre la base de dos criterios: Como instrumento o medio y como fin u objetivo.

Como instrumento o medio. Se tienen a las conductas criminógenas que se valen de las computadoras como medio o símbolo en la comisión del ilícito, por ejemplo:

- Falsificación de documentos por vía computarizada (tarjetas de crédito, cheques, etc.).
- Variación de los activos y pasivos en la situación contable de las empresas.
- Planeamiento y simulación de delitos convencionales (robo, homicidio, fraude, etc.).
- Lectura, sustracción o copiado de información confidencial.
- Modificación de datos, tanto en la entrada como en la salida.
- Aprovechamiento indebido o violación de un código para penetrar a un sistema introduciendo instrucciones inapropiadas.

- Variación en cuanto al destino de pequeñas cantidades de dinero hacia una cuenta bancaria apócrifa.
- Uso no autorizado de programas de cómputo.
- Introducción de instrucciones que provocan “interrupciones” en la lógica interna de los programas.
- Alteración en el funcionamiento de los sistemas, a través de los virus informáticos.
- Obtención de información residual impresa en papel, luego de la ejecución de trabajos.
- Acceso a áreas informatizadas en forma no autorizada.
- Intervención en las líneas de comunicación de datos o teleproceso.

Como fin u objetivo. En esta categoría, se enmarcan las conductas criminógenas que van dirigidas en contra de la computadora, accesorios o programas como entidad física, con el fin de provocar un daño, como por ejemplo:

- Programación de instrucciones que producen un bloqueo total al sistema.
- Destrucción de programas por cualquier método.
- Daño a la memoria.
- atentado físico contra la máquina o sus accesorios.
- Sabotaje político o terrorismo en que se destruya o surja un apoderamiento de los centros neurálgicos computarizados.
- Secuestro de soportes magnéticos entre los que figure información valiosa con fines de chantaje (pago de rescate, etc.).

LOS DELITOS INFORMÁTICOS EN LA LEGISLACIÓN

El avance creciente de las TIC y el intercambio de información son fenómenos que no están ajenos a la realidad cubana, como tampoco lo están muchas de las conductas transgresoras que, a partir del mal uso de las técnicas de la computación y la telemática, se han originado.

Los denominados ilícitos informáticos empezaron a incidir en Cuba muy incipientemente, en el año 1995, con la detección de algunos casos aislados, su observación en los delitos tradicionales y la utilización de la tecnología para la comisión de tales hechos. Esta forma de conducta delictuosa, se comenzó a trabajar de forma especializada y, hasta la fecha, se ha procesado cierta cantidad de hechos en los que han estado presentes las TIC.

En el país, coexisten tres criterios, a la hora de darles respuesta a los ilícitos donde se involucren las tecnologías:

- Los sucesos delictivos tradicionales. Este criterio establece que los informáticos no existen, sino solo los que constan en nuestro ordenamiento jurídico, pero con un nuevo *modus operandi*.
- Delitos informáticos: Nueva forma de proceder a la que los tradicionales no le dan el tratamiento debido.
- Mixtos. Se puede tener en cuenta ambas posiciones, a partir de conductas que solo deben ser adaptadas entre los ilícitos tradicionales y otras que no poseen la respuesta

jurídica conforme a Derecho, por lo que hay que tipificarlas.

En Cuba, la radicación de esta forma de delito ha sido paradójica, debido a que las acciones, en la generalidad de los casos, han estado relacionadas con elementos de varias figuras de las descritas en el Código penal, que precisan darle un tratamiento penal. A pesar de ello, han quedado lagunas que no brindan respuestas a todos los elementos de materialización de estos comportamientos, pues muchos de los hechos ilegales fueron básicamente creados por los legisladores hace más de un siglo, cuando la informática no era más que una utopía.

La práctica ha demostrado que, haciendo modificaciones en los injustos tradicionales, como se hizo con el robo con fuerza —se incorporó un inciso relacionado con la aceptación como llave de los mecanismos de apertura magnética—, se pueden acometer otras en algunos delitos, que posibiliten ofrecer un procedimiento afín con el comportamiento y la magnitud de los actos; a la par, entiendo que hay conductas que están fuera de todo contexto legal y, para ellas, hay que establecer nuevos tipos delictivos.

Por lo anterior, asumo el criterio mixto, pues, a partir de la realidad del país, donde hay actos que se enmarcan entre las tipologías establecidas, mientras otras no se encuentran en ningún contexto legal, esta es la que se ofrece como más correcta.

En fin, el Código penal recoge un conjunto de figuras en las que varios de los denominados delitos computacionales caben perfectamente;

otros necesitarán de interpretaciones extensivas y, en determinados casos, de cambios sustanciales, en la descripción de los elementos constitutivos de los tipos penales correspondientes.

Sin embargo, comportamientos como la creación y distribución de programas malignos, y el acceso no autorizado a redes o sistemas de computación, gozan de impunidad en el sistema penal. Por tanto, una necesaria modificación a la ley penal sustantiva se hace evidente; para ello, se hará más que indispensable un estudio de la criminalidad informática en Cuba y de la efectiva incidencia de estos delitos en nuestra sociedad.

CONCLUSIONES

- El delito informático consiste en una conducta socialmente peligrosa vinculada a las tecnologías de la informática y las comunicaciones, caracterizada por el uso indebido de estas, ya sea como fin de la acción o un mero instrumento en la comisión de otro ilícito.
- A partir de la realización de estas acciones, se lesionará un nuevo bien jurídico, la seguridad informática, además de otros ya conocidos.
- La experiencia en diferentes códigos penales de países con altos niveles de desarrollo tecnológico denota una marcada tendencia a tratar tales ilícitos por las figuras tradicionales, cuando estas se ajusten al tipo penal previsto, y a

regular nuevas formas que describan estos sucesos delictivos que, por su novedad, no encuentran precedente en estos ordenamientos.

- El actual Código penal carece de un tratamiento específico de estos procederes, lo que hace insuficiente el enfrentamiento a algunos de los hechos. Se necesita una urgente regulación jurídica en la legislación penal del país.

BIBLIOGRAFÍA

- Amoroso Fernández, Yarina: "La informática como objeto de derecho. Algunas consideraciones acerca de la protección jurídica en Cuba de los datos automatizados", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 1, La Habana, noviembre de 1991, pp. 20-22.
- Artegas, Alberto: "El delito informático: algunas consideraciones jurídicas penales", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, año 33, no. 68, Universidad Central de Venezuela, Caracas, abril de 1987.
- Colectivo de autores: *Derecho penal especial*, ts. 1 y 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- De la Cuadra, Enrique: "Regulación jurídica de la informática computacional", en *Temas de Derecho*, año II, no. 3, Universidad Gabriela Mistral, Santiago de Chile, agosto de 1987, pp. 62-67.
- Grillo Longoria, José A.: *Los delitos en especie*, ts. 1, 2 y 3, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1998.
- Mir Puig, Santiago: *Compendio de delincuencia informática*, Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), Barcelona, 1992.

- _____: *Derecho penal, parte general*, 2.^a ed., Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), Barcelona, 1985.
- Organización de Naciones Unidas: "Prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo: realidades y perspectivas de la cooperación internacional" (documento de trabajo preparado por la Secretaría –A/CONF. 144/5–, VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente), La Habana, 27/08-07/09 de 1990.
- Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho penal*, t. 1, 1.^a reimp., Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- _____: *Manual de Derecho penal*, t. 2, 2.^a reimp., Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Téllez Valdés, Julio: *Derecho informático*, 2.^a ed., Editorial Mc Graw Hill, México, 1996.
- Castro Ospina, Sandra Jeannette: "Delitos informáticos: La información como bien jurídico y los delitos informáticos en el nuevo Código penal colombiano", en www.personales.ciudad.com.ar/roble/thaisdelitosinformaticos.htm.
- Viega Rodríguez, María José: "Delitos informáticos", en www.delitosinformaticos.com/delitos/colombia.shtml.
www.delitosinformaticos.com/delitos/delitosinformaticos.shtml
www.monografias.com

Legislación

Código penal de la República de Cuba, Ley No.62/1988, de 30 de abril, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.

EL JUEZ EN LA DETERMINACIÓN DE GUARDA Y CUIDADO Y RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN

*Lic. Sady Guerra Caballero
jueza, TMP de Santa Clara*

EN UNA SEPARACIÓN conyugal, siempre los más afectados son los que menos culpa tienen, es decir, los niños. Es por eso que han aparecido una gran cantidad de instituciones que pretenden resguardar los derechos de la familia, sobre todo en el caso en los que existen hijos.

La idea ha sido obtener la vía legal más asequible para llegar a una sana resolución de los conflictos de divorcio, pensando justamente en el bienestar de los hijos, con el objetivo de lograr la estabilidad, el equilibrio y la comunicación más amplia posible de los hijos con ambos padres y, fundamentalmente, con aquel que no convivan.

Los padres están dotados de un conjunto de derechos que la ley les atribuye sobre la persona y el patrimonio de los hijos menores, para facilitar el cumplimiento de los deberes de mantenimiento y educación que pesan sobre aquellos. Estos deben ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos. Estos deberes se caracterizan por ser: irrenunciables, intransmisibles, imprescriptibles.

En lugares como Cataluña, los juristas son igualmente partidarios de los criterios cubanos relativos a los deberes y derechos entre padres e

hijos, y el tratamiento que debe darse por parte de los jueces a los procesos de determinación de guarda y cuidado y régimen de comunicación. Dentro de estos deberes y derechos se encuentran:

- Velar por los hijos.
- Tenerlos en su compañía. Implica la convivencia habitual en la misma vivienda (aquí, entra el régimen de visitas y estancias, en caso de separación).
- Alimentarlos. Este deber se extingue al terminar la minoría de edad o la incapacitación de los hijos. Aunque si este está en situación de necesidad, podrá exigir ayuda económica, en virtud de la llamada obligación legal de alimentos entre parientes.
- Educarlos y procurarles una formación íntegra.
- Al tener la capacidad de obrar muy limitada (los menores de edad), se recurre al mecanismo de la representación legal.
- Tener a los hijos bajo su guarda y cuidado.
- Administrar y cuidar sus bienes.

Los estados parte de la Convención de los Derechos del Niño, de la que Cuba es signataria, velan porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de es-

tos, excepto cuando, por revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que no existe otra alternativa, pues tal separación se hace necesaria en interés del niño.

En cada caso, se ha de escuchar a ambos padres, y se mantendrán las mejores relaciones personales, y un contacto directo de modo regular con el padre que no tenga al menor bajo su guarda y cuidado salvo si ello fuera *contrario al interés superior del niño*. Es en este momento del proceso donde el juez, investido de su función tuitiva, entra a desempeñar su papel activo.

En el Derecho internacional privado, el tribunal competente para regular la guarda y cuidado, según el Código Bustamante, será al que se sometan voluntariamente las partes, siempre que, al menos una de ellas, tenga nacionalidad o domicilio en ese Estado, de no existir esta sumisión; y, salvo derecho local en contrario, el del cumplimiento de la obligación, el del domicilio del demandado o el de su residencia habitual.

En cuanto a la ley que corresponda al proceso en concreto, señala como aplicable la ley personal del hijo, ya sea ciudadanía, domicilio o residencia habitual.

En el caso de Cuba, se escogerá la ley de la ciudadanía del menor, para lo cual el juez actuante, en uso de la función atribuida, tendrá que analizar la residencia habitual del menor, por el solo hecho de vincularlo al medio con el cual mantiene su vínculo afectivo; los tribunales

cubanos tienen competencia, otorgada por la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, cuando el menor sea cubano o cuando se trate de extranjeros domiciliados en el país.

Un juez activo durante todo el proceso es garante de los beneficios del infante en los procesos de determinación de guarda y cuidado, y régimen de comunicación.

En la actualidad, el menor es sujeto de especial tutela; cada vez hay una mayor sensibilidad con los problemas que sufre la infancia y una preocupación por proteger a quienes, por su falta de madurez, necesitan ser tutelados por su fácil manipulación, para obtener una formación integral que garantice un desarrollo adecuado.

No hay nada más natural ni mejor que ambos padres ejerzan la guarda, cuidado y protección de los hijos. Sin embargo, en algunos casos, este estado no es posible o no es aconsejable, como en los momentos en que la ley arbitra otros mecanismos jurídicos para la protección de estos menores; así, subsidiariamente, depende de la autoridad del juez que tiene a su cargo la adopción de medidas durante el proceso para evitar perjuicios al menor, por medio del ejercicio de funciones específicas de protección.

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, a partir de los beneficios que ha de producir tal separación para el niño, mediante el análisis de si el padre a

quien se le otorgará podrá asumir las más elementales acciones que integran la institución en cuestión, que se traduce en la convivencia diaria que prodiga los cuidados, expresiones de amor filial y enseñanzas, tanto en el orden educativo como social y moral, acordes con la edad del niño, 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 padre al que le sea otorgada la custodia del menor goce de buen comportamiento 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. Me uno al criterio de los que relegan las pruebas documentales, insistiendo una y otra vez en el intercambio personal con las personas inmersas en la litis.

En muchas ocasiones, los padres van al proceso resentidos por los problemas personales entre ellos; incluso, en el momento de la comparecencia, se separan del asunto para cuestionarse mutuamente aspectos que dieron al traste con la relación, alejados totalmente de los intereses del menor. El juez ha de tener claro, durante todo el proceso, que su decisión repercute únicamente sobre el menor. Los padres siempre acudan al proceso con el criterio de que se gana o se pierde, mientras al niño, cuando se sustrae de un hogar para ser insertado en otro, se le ocasiona

un desequilibrio total y un daño a su estabilidad, muchas veces sin tener edad ni capacidad para comprender lo que sucede a su alrededor, pues ciertamente ha de producirse un cambio de costumbres y modo de vida en él.

La conducción del proceso, en aras de lo más beneficioso para el menor, es la premisa de todo juez, obligado por su sapiencia a mantener una actitud activa, para lograr celeridad en el proceso. También se evidencia la transparencia con que discurre este, cuando, desde momentos tempranos, salen a relucir los elementos que aportarán al juez la correcta dirección del proceso y que lo ayudarán a esclarecer todos los hechos vinculados a la litis, que indudablemente trascenderán al fallo y, con adecuada racionalidad, evitará dañar la estabilidad y equilibrio del menor.

En un análisis de la función tuitiva del momento de la comparecencia, me percaté de que existen más problemas entre los padres que los alegados por estos en sus escritos de promoción y de contestación respecto al menor. El juez, en reiteradas ocasiones, tiene que requerir a las partes para que centren sus discrepancias en la custodia del menor en común, pues constantemente se pronuncian sobre hechos propios de la pareja que dieron al traste con la relación.

Como consecuencia de estas situaciones, el VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, realizado en El Salvador, entre el 20 y el 26 de septiembre de 1992, recomendó al-

gunas cuestiones fundamentales que deben tener en cuenta los estados: establecer tribunales de familia especializados y técnicamente asesorados que contribuyan a garantizar y consolidar la convivencia familiar, y resolver con mayor justicia y eficacia los conflictos familiares, haciéndoles saber la necesidad de lograr, a pesar del divorcio existente entre ellos, una comunicación y un acuerdo respecto a todo lo que al menor concierne, en aras de un equilibrio emocional en el niño y una armonización familiar.

Evidentemente, 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 padre al que no se le confiera la guarda y cuidado, la comunicación con el menor, con la periodicidad que cada caso en concreto requiera.

La custodia del menor será otorgada al padre en cuya compañía se haya encontrado 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 y, para dar comienzo a dicha custodia, siempre que implique cambios bruscos en el menor, que suponga desestabili-

dad y desequilibrio, se requerirá emplear ayuda especializada, y paciencia y dedicación a los fines 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 inquestionable derecho.

La función tuitiva abarca todo lo que implique impulsar el proceso, desde el recibo de la demanda hasta la ejecución de la resolución judicial firme, con celeridad, una correcta tramitación, y en aras de regular el cumplimiento de lo que sea más beneficioso para el menor.

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 y causa, y con ellos todos los requisitos formales que han de observarse, teniendo en cuenta las exigencias legales de los artículos 224 y 225 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

Es inadmisibles aquí la pasividad del juez civil, ya que deviene clara deslealtad que, finalizado un proceso, el tribunal no pueda resolver por imprecisiones en estos aspectos.

La función tuitiva obliga al juez a velar por el cumplimiento de las garantías para las partes, al punto de que, ante un trámite defectuoso, la ley adjetiva en el Artículo 178 lo faculta para decretar de oficio la nulidad de las actuaciones. Aquí se manifiesta el principio inquisitivo.

Una vez activa la admisión, se hace uso del Artículo 260 de la ley

de trámites y, si se tratara de defectos meramente formales en su proposición, se les concederá un término no mayor de dos días para que los subsanen. En la proposición de pruebas, rige un sistema mixto.

En el caso del Artículo 248, las pruebas para mejor proveer rigen el sistema inquisitivo. Una de las más grandes excepciones a la pasividad del juez se encuentra consagrada en la institución del mejor proveer o iniciativa probatoria de este, la cual constituye una intervención de oficio del órgano jurisdiccional, prevista por la ley para los casos en que la prueba rendida por la iniciativa de los litigantes sea, en concepto del juez, insuficiente o deficiente, en su conjunto, o en relación con un medio de prueba determinado.

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. Así mismo, con vistas a una buena ejecución de la sentencia, se sugiere fijar la fecha en la 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 especialistas infanto-juveniles. Es necesario esperar a que las partes del proceso insten al tribunal para la ejecución de la sentencia, y mantener la instancia que resolvió, al margen de lo que ha acontecido con el

menor, con el que se ha sido en exceso celoso durante toda la litis. Es dable, dada su naturaleza, la permisión de una mayor actuación oficiosa en esta fase del asunto, sin que ello signifique la inactividad de la parte ejecutante, lo que dificultaría el cumplimiento de la sentencia. En esencia, soy del criterio de que faltan, de oficio, varias proyecciones.

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

Ante esta revolución en materia de familia, se han tenido previsiones por la complejidad de los casos que se tramitan, pues se ha analizado la posibilidad de que la guarda y cuidado de los menores sea otorgada a persona distinta de sus padres.

A raíz de esto, se aprobó la Instrucción No. 187, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, para la aplicación de la experiencia de los tribunales de familia, en la que se dispone que se ha de llamar a los abuelos como terceros intervinientes

en el acto, no para sugerir, sino para ser escuchados, en aras de esclarecer al juez, quien, en virtud de su facultad de tutela, ha de acercarse al verdadero fondo de la litis para poder conducir el proceso en atención a lo más atinado para el menor, pues, a veces, los conflictos y concesiones se van muy por encima de los intereses de este y, en particular, por el auge de las misiones internacionalistas en que, en muchas ocasiones, son los abuelos quienes se quedan al cuidado de los menores.

Esta Instrucción posibilita, además, la escucha del menor, siempre que el juez lo crea pertinente; pero en un ámbito propicio y confortable para este, lejos de las “togas” y de la majestuosidad que de por sí llevan implícitas las sedes de nuestros tribunales.

Los tribunales de familia deben ser técnicamente asesorados para que contribuyan a garantizar y consolidar la armonización familiar, y resolver con mayor justicia y eficacia los conflictos familiares; para ello, han de contar con un equipo asesor multidisciplinario, integrado al menos por psicólogos, trabajadores sociales y educadores, y la recomendación del establecimiento de un proceso ágil y eficaz, sin excesiva pluralidad de procedimientos.

En Cuba, la instrumentación del Derecho procesal de familia tiene su basamento constitucional en el Artículo 35 de la Constitución de la República que, en el Capítulo IV, expresa: “El Estado reconoce en la Familia la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabi-

lidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones”.

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

En este tipo de procesos, ha de regir el principio de impulsión de oficio, o de impulso procesal de oficio, que parte del postulado de que, una vez iniciado el proceso familiar, será dirigido e impulsado de oficio por el tribunal, que evitará toda dilación o la realización de diligencias innecesarias e inconducentes y tomará todas las medidas pertinentes para impedir su paralización.

El principio de inmediación procesal significa la presencia física del juez en todas las actuaciones procesales que se verifiquen, procurando la concentración de los distintos actos procesales, con vistas a la necesaria agilidad que debe caracterizar al procedimiento familiar.

BIBLIOGRAFÍA

Boletín del Tribunal Supremo Popular, La Habana, 1998, 2004, 2005, 2006.

Colomer Hernández, Ignacio: *La motivación de la sentencia, sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Peral Collado, Daniel: *Derecho de Familia*, La Habana, 1978.

Legislación

Código Civil de Cuba.

Código de familia.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

Proyecto de Código de familia, 2007.

www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/371.doc

www.documentalpiura.com/juridica/willyolea/olea_tuitiva.htm

vlex.com/vid/29409998/ensure_logged

www.wikilearning.com/apuntes/parte_general_y_derecho_de_la_persona_vigente_en_cataluna-las_instituciones_tuitivas/11316-7

www.bitopus.es/fitax/bitopus/bofestad/FF/FFpartid/Senten/812_899/00_846.pdf

LA CURATELA COMO INSTITUCIÓN DE GUARDA

*Esp. Anaely Barroso Bueno
jueza, Sala de lo Civil y de lo Administrativo,
TPP de Villa Clara*

LA CURATELA, A pesar de su antiguo surgimiento y desarrollo teórico y legal a nivel comparado, se alejó por años de una acogida en la legislación civil y familiar cubana. A pesar de la protección y amparo que el Estado cubano ofrece a las personas con discapacidad, en varias ramas del Derecho, no ha concebido la regulación de la curatela en las normas del Código de familia, promulgado en 1975.

Desde los tiempos de Roma, paradigma de riquezas materiales y de conocimiento, los trascendentes cuerpos legales tuvieron a bien contemplar, en unión de las instituciones civiles y familiares de la patria potestad y la tutela, a la curatela. Así la concibieron como ideal instrumento para auxiliar, asistir o complementar la capacidad de aquellos individuos que, si bien no estaban impedidos de un completo autogobierno, en determinadas circunstancias, adolecían de un acertado y conveniente poder de resolución sobre su patrimonio e, incluso, ante estas situaciones que le afectaban directamente en sus destinos personales.

Este tema tiene particular importancia dada su actualidad, el escaso debate que presenta en la doctrina cubana, y la falta de pronunciamiento en la jurisprudencia, a partir de la

ausencia de cobertura en nuestro Derecho civil y familiar, para resolver las situaciones en que se encuentran los sujetos que tienen restringida su capacidad de obrar, de las que están exceptuados la prodigalidad, los intereses contrapuestos entre padres e hijos, adoptante y adoptados, o tutor y tutelado, los menores de edad que se hallan entre los 10 y los 18 años, que no han contraído matrimonio ni están sujetos a patria potestad o tutela, los adultos mayores, los toxicómanos, entre otros, en los que sería probable la aplicación de la curatela de manera flexible y revolucionaria, alejada de esquemas.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A partir de los fundamentos y estructura de la tutela como institución originaria y globalizadora de los institutos de guarda, que en la evolución histórica del Derecho la convierten, en los distintos ordenamientos, en punto de partida para luego remitir sus reglas supletoriamente a otras instituciones de guarda, como la que es esencia de este trabajo, para resolver cuestiones que no son de necesaria particularización en cada una de ellas, por encontrar perfecta res-

puesta en aquella a la que, en no pocos casos, estos institutos le sirven de preámbulo en la vida de las personas, que padecen de limitantes que se presentan en su génesis como tal, pero evolucionan desde esta restricción de la capacidad de obrar a la incapacitación total, con lo que consiguen el exacto colofón en la tutela.

El estudio de la curatela se remonta en el Derecho romano hasta la aparición de la Ley de las Doce Tablas, la cual contenía esta figura, pero solamente para “remediar a los incapacitados accidentales”; esto es, a los *furiosi* y a los pródigos.¹

Para ello, se debe conocer que el pródigo en la administración de bienes denota falta absoluta de prudencia; como dilapidador de su propio patrimonio fue considerado y tratado desde los más antiguos tiempos de Roma como mentalmente enajenado; y la Ley de las XII Tablas hizo ese predicamento con relación a los púberes *sui iuris* que dissipaban bienes que tenían por fuente de origen la sucesión *ab intestato* del padre o del abuelo paterno.

Esos bienes debían quedar en la familia civil del llamado a heredarlos, razón por la cual, para evitar su dilapidación, las XII Tablas decidieron que el pródigo fuese declarado en interdicción y colocado bajo la curatela de los agnados y, en su defecto, de los gentiles. Contrariamente a lo que acontecía con los impúberes, tanto el loco como el pródigo podían tener descendientes que excluían en materia sucesoral a cualquier agnado, por próximo que fuera.

Para el primer caso constituía un verdadero y continuo representante, mientras que, para el segundo, se ejerce una función mucho más limitada: intervención solo en los negocios de disposición y en los que el pródigo contrajera una nueva deuda.

De lo expuesto, se concluye que la curatela del pródigo reclamaba el previo decreto de interdicción que debía ser dictado por el magistrado, dado que la prodigalidad, a diferencia de la locura, no era causa natural de incapacidad, o sea, para que el pródigo quedara incapacitado se hacía indispensable la decisión judicial que declarara esa situación. Mientras esa interdicción no se hubiese levantado por un decreto del magistrado, el pródigo en interdicción no podía celebrar actos jurídicos en virtud de empeorar su condición, pero sí aquellos que la mejoraran, por lo que podía aceptar herencia. Así, la función del curador era administrar, debía obrar solo ante prohibiciones; finalmente, rendía cuentas de su gestión.

Más tarde, y a título de protección, fue extendida la curatela a los *mente capiti*, a los sordomudos, a personas atacadas por enfermedades graves; al final, la curatela acabó por aplicarse a una incapacidad de otro orden: la que se suponía en los púberes de menos de 25 años de edad y en ciertos casos en los pupilos. Esta creación jurídica aparecía en la teoría y en la práctica como una disposición en beneficio de los varones, a los que el Dere-

1 E. Petit: *Derecho romano*, p. 13.

cho antiguo atribuía capacidad civil plena desde que dejaban de estar sujetos a la patria potestad. Estas prescripciones de la Ley Plaetoria resultaron insuficientes ya que exigía la probanza del engaño que el menor podía haber sufrido; el derecho pretoriano resolvió un medio de protección más enérgico que fue la *in integrum restitutio*, sin importar la existencia del dolo o fraude. Tal rescisión significaba que el acto realizado por el menor no había tenido existencia real y que las cosas debían volver a su estado primitivo.²

La curatela del menor de 25 años llegaba a su fin: a) por un acontecimiento relativo a la persona del protegido, como su muerte, su *capitis deminutio* y la cesación de la causa de la curatela, haber alcanzado la mayoría; y b) por ser un hecho relativo al curador, tal como su muerte, la capitudisminución máxima y media, la mínima en la curatela legítima, la aducción de causal de excusa y la destitución.

El curador, al concluir sus funciones, debía rendir cuentas de la gestión, obligación que se hallaba garantizada con los requisitos de ingreso a la curatela, como *satisfactio* e inventario, amén de que el curador, al igual que el tutor, en la administración respondía hasta de la culpa leve.

CONCEPTO

Al igual que la tutela, es una institución jurídica dirigida a salvaguardar los intereses de personas que tienen limitada su capacidad de obrar por alguna circunstancia, aunque, a diferencia de aquella, su ámbito de aplicación es mucho más restringido.

La curatela, en puridad, no permite otra cosa que complementar la capacidad del curatelado en las actuaciones concretas señaladas en la sentencia, o en defecto de que la sentencia las especifique, en los actos para los que el tutor necesita autorización judicial. No puede servir para ejercer una vigilancia y cuidado general sobre el curatelado y, además, complementar su capacidad en dichos actos concretos, cosa que, en cambio, sí permite perfectamente la naturaleza de la tutela.

Es una institución que suele utilizarse, en lo que a las personas con discapacidad se refiere, para la protección de aquellas con una deficiencia mental leve.³

Están sometidos a curatela los emancipados cuyos padres han muerto o están incapacitados, los que han obtenido el beneficio de la mayor edad y los pródigos, declarados incapaces para administrar sus bienes.

2 E. Ludwing: *Tratado de Derecho civil*, t. 4, vol. II, en www.ar.answers.yahoo.com/question/index?qid=20070301112958AAAd5Ilf.

3 La tutela, la curatela y el defensor judicial. En www.iabogado.com. Es la institución tutelar por la cual el curador limita sus funciones a complementar la capacidad del sometido a curatela, sin sustituirlo ni ser su representante. La incapacitación, un mecanismo de protección. Tiene por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido. (Consulta: 17 de junio de 2008.)

Tiene por objeto complementar la capacidad de estas personas, por lo que será necesaria la intervención del curador en aquellos actos que los menores o pródigos no pueden realizar por sí mismos, según haya dispuesto la sentencia judicial de declaración de incapacidad.

La curatela es una figura protectora del incapaz no amparado, ni por la patria potestad ni por la tutela, o de persona capaz circunstancialmente impedida, en virtud de lo cual se provee la custodia y manejo de los bienes o intereses de dicha persona y, eventualmente, la defensa de la misma persona y el restablecimiento de su salud o normalidad.⁴

Cuando se trata de la curatela típica, el incapaz a quien se protege es siempre un mayor de edad. En las otras dos curatelas, el incapaz es unas veces mayor y, otras, menor de edad.

En sentido amplio y descriptivo, señala Peralta Andia, la curatela es la institución supletoria de amparo, establecida a favor de los que se encuentran privados de discernimiento: sordomudos, ciegosordos y ciegosmu-

dos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable; retardados mentales, quienes adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; los pródigos, que incurren en mala gestión; ebrios habituales; toxicómanos; y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.⁵

La cubana Álvarez-Tabío Albo define con acierto a la curatela⁶ como la institución de guarda en el ámbito del Derecho de familia, que ampara situaciones pasajeras, accidentales, más o menos temporales y circunstanciales; se destina a actos singulares para los que se requiere un complemento de capacidad a quienes la poseen, pero con carácter limitado o insuficiente.⁷

FUNDAMENTOS

Las razones en que se sustenta la curatela, en general, y especialmente la curatela típica, son las mismas en que se asientan la patria potestad y la tutela: estado de desvalimiento

4 H. Cornejo: *Derecho familiar peruano*, t. 3, p. 34.

5 J. R. Peralta Andia: *Derecho de familia en el Código civil*, p. 574.

6 A. M. Álvarez-Tabío Albo: "Evolución del concepto de la curatela. Discapacidad y curatela".

7 *Ibíd.* De su concepto, pueden obtenerse los elementos generales e intrínsecos:

- se trata de un órgano tuitivo estable,
- de actuación intermitente,
- destinada a sujetos que gozan de cierta capacidad
- no suple la capacidad de obrar, sino la complementa,
- su función es esencialmente de asistencia y control,
- su esfera de actuación está delimitada en, sentido general, por la ley; y, en específico, por el juzgador en su sentencia,
- va dirigido fundamentalmente a la esfera patrimonial del protegido sin desdeñar algunas atenciones en el orden personal.

en que puede encontrarse una persona para ejercer sus derechos y cuidar intereses personales y patrimoniales; injusticia que entrañaría el aprovechamiento por terceros inescrupulosos de tal situación de desamparo, el germen de disociación que ello implicaría, si no se evitara, corrigiera y castigara; y sentimientos de piedad filial, solidaridad familiar o social, fraternidad humana o caridad cristiana que impulsan al hombre normal a defender y proteger a quienes se hallan en tal estado, dan sólida base a la figura protectora, en términos semejantes a los que valen para la tutela, aunque sin la primaria perentoriedad que reviste la patria potestad.

Así, una vez más, se supone de manifiesto la integración de todas estas figuras en una sola institución amparadora. Todas persiguen el mismo fin, se apoyan en semejantes razones y se valen de parecidos medios. De aquí, también, que si son aplicables a la tutela diversas normas de la potestad paterna, lo sean también a la curatela todas las normas de la tutela que no aparezcan modificadas específicamente por reglas propias.

Con muy contadas salvedades, lo que se acaba de afirmar acerca del fundamento de la curatela se puede repetir en cuanto a sus caracteres; le corresponden, también, los de la tutela. Por tanto, la curatela se tipifica por la presencia en ella de interés colectivo, no solo individual, por el

carácter público del cargo, la voluntariedad de su asunción, por la irrenunciabilidad de ejercicio, como regla general, la supervigilancia del Estado, y por los caracteres de personalísimo e intransferible, transitoriedad, y de desempeño generalmente unipersonal.

Existe un carácter en el cual no se registra igual coincidencia, y es el relativo a la presencia del guardador. Si bien, en efecto, ya no se puede aceptar con la rotundidad del antiguo Derecho que el tutor representa a la persona del pupilo, en tanto que el curador solo asiste o complementa a la del curatelado, sigue dándose en esta materia una diferencia, que puede ser sutil cuando se trata, por ejemplo, del enfermo mental total y absolutamente privado de discernimiento, pero que es bastante perceptible cuando se trata, por ejemplo, del pródigo o del mal gestor. De ello, resulta que la curatela no tiene siempre ni con la misma intensidad, el carácter de representatividad que ordinariamente se reconoce en la tutela, pero que tampoco está siempre y por entero ausente tal carácter.⁸

DIFERENCIAS ENTRE TUTELA Y CURATELA

La tutela y la curatela presentan importantes diferencias. La primera, al igual que la patria potestad, tal cual la entienden códigos como el nuestro, se dirige a prestar amparo a quienes

8 F. Messineo: *Manual de Derecho civil*, t. 3, p. 35.

atraviesan por una etapa de incapacidad natural que, por serlo, resulta inevitable. La segunda busca proteger a quienes adolecen de una suerte de incapacidad accidental, parcial o determinada, que por ello mismo no sufren todos los seres humanos.

Toda persona física tiene que pagar, en virtud de su misma natura, que ninguna ley humana puede modificar, el tributo de un desamparo insoslayable; durante ella, todos han sido, son y serán absoluta o relativamente incapaces de velar por su propia formación, ejercer sus derechos, asumir responsabilidades y hasta proveer a su sustento primario y elemental. A ellos, se refiere la patria potestad y, cuando esta falta, la tutela. No todos, en cambio, llegan a adolecer, alguna vez en su vida o por toda ella, de enfermedad mental, de la prodigalidad, la toxicomanía o la condena privativa de la libertad. Quienes las sufren se incapacitan absoluta o relativamente para ejercer sus derechos y cumplir sus deberes. A ellos, va dirigida la curatela.

De esta diferencia básica, fluye otra, que es notoria e importante: mientras que la tutela se orienta más a formar y defender a la persona del incapaz que al manejo de su patrimonio; la curatela se endereza más hacia la custodia, defensa y manejo de los bienes que al cuidado y formación de la persona; las curatelas tienen un contenido marcadamente económico, mientras que las tutelas comprenden, también, el aspecto personal de la incapacidad.

Cuando se trata de la tutela, en esas funciones radica precisamente lo más trascendente: la finalidad, mientras que nunca están presentes cuando se trata de la curatela, la cual solo busca, y no siempre, defender y proteger al incapaz, mas no formarlo ni educarlo. De aquí que, en cierto modo, la tutela reemplaza a la patria potestad, mientras que la curatela la continúa.⁹

Vistos en el ámbito teórico-doctri-
nal los conceptos de las dos instituciones tuitivas, permiten colegir que la tutela y la curatela ostentan entre sí diferencias fundamentales, puestas de manifiesto si de la naturaleza jurídica de ambas se trata. La primera es un órgano estable de actuación permanente, destinada a suplir la capacidad de obrar de quien carece de ella, en tanto está sujeta a una amplia normativa, dada la extensión de su función en cuanto a las obligaciones y responsabilidades que entraña. La curatela, por su parte, es igualmente un órgano estable, pero no permanente, al ser de actuación intermitente, destinado al complemento de la capacidad de obrar. Su función es esencialmente de asistencia y control, marcada por limitaciones a las normas que la componen, de manera general, por ley, y específicamente, por el juzgador en la sentencia que se dictara.

En cambio, no se encuentra bastante convincente la diferencia que algunos autores y legislaciones creen hallar entre ambas figuras, cuando señalan que en la tutela el guardador representa al incapaz, mientras que

9 Cornejo: *Derecho familiar...*, p. 37.

en la curatela solo lo asiste o completa; no ha de estimarse esto de forma absoluta, no tanto porque existen excepciones en ambos casos, sino porque no siempre el curador se limita a asistir o completar la voluntad del incapaz, que realmente lo representa y sustituye, como el caso del enfermo mental enteramente privado del discernimiento.

Si en la propuesta del nuevo Código de familia se establece que, salvo las normas específicamente dictadas para la curatela, esta se rige por las reglas de la tutela, pierde importancia el problema de la unificación o separación de ambas figuras, la dificultad de la unificación o separación de ambas figuras se reduce a los límites para los cuales se instituye.

EN EL DERECHO COMPARADO

Los distintos ordenamientos jurídicos modernos han contemplado en su letra la institución de la curatela, y han definido los sujetos que habrán de ser sometidos a ella, con el disfrute de la asistencia que la figura del curador le proporcionaría como complemento a su capacidad restringida por deficiencias físicas o mentales que, por una causa u otra, padecen. A continuación, se relacionan algunos códigos civiles que recogen en su preceptiva las instituciones de guarda de la tutela y la curatela, en muchos casos bajo un mismo título, con expresas distinciones entre

ellas, e implícita la supletoriedad de la primera a la segunda, en ausencia de especificaciones en cuanto a normas procedimentales.

En el Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código civil español, modificado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, resurge la curatela como un oficio que confiere a su titular la potestad de asistir en un determinado número de actos, bien a un menor incapacitado o bien a un pródigo, a fin de prestar su consentimiento para la válida celebración de negocios, y se prevé que la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido. En este cuerpo legal, aparece regulada la curatela en el Capítulo III, Sección Primera, artículos del 286 al 298, en los que se especifica los sujetos a ella: 1.- Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaron impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por Ley; 2.- Los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad; y 3.- Los declarados pródigos.

Igualmente, procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique, coloca bajo esta forma de protección, en atención a su grado de discernimiento. Se define que la finalidad de la curaduría será especificada en sentencia; de no ser así, se estimará que se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial.¹⁰

¹⁰ Artículo 290 del Código civil español. Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se enten-

Otros países europeos, que constituyen también referentes en la formación de nuestro sistema de Derecho y del Derecho civil y familiar, motivan la continuación de cómo se comporta esta institución en otros cuerpos legales, como el Código civil italiano y el alemán, que referencia Alfonso de la Cruz, en su tesis “La curatela. Necesidad de su instrumentación jurídica en nuestra ley familiar”. Estiman para similares sujetos a los mencionados como susceptibles de ser curatelados a los efectos de un complemento de su capacidad de obrar, en situaciones determinadas, en estrecha vinculación con la tutela.¹¹

Por otra parte, países de nuestra región, de similar manera, muestran en sus códigos civiles un tratamiento a la curatela, cada ordenamiento con sus matices. En el Código civil mexicano, aparecen reguladas la tutela y la curatela fusionadas en un mismo capítulo. La figura del tutor lleva aparejada la de un curador designado;¹² se nombra *curadores interinos*, cuando se cuenta con tutores de similares características o en el caso de oposición de intereses.¹³ Se establece, posteriormente, quiénes designarán por sí a los curadores, entre ellos los menores emancipados por razón de matrimonio. En la norma se precisan los alcances de la

derá que esta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial.

- 11 El Código civil Italiano regula ambas instituciones bajo el mismo título. Las concibe, para: los interdictados mayores de edad, al menor emancipado, cuando colisionen los intereses entre los hijos sometidos a una misma patria potestad o tutela entre cualquiera de ellos y el padre titular de esta o el tutor; el inhabilitado que, frente al interdicto, no es capaz (enfermo mental no grave, pródigos, ebrios y toxicómanos habituales); el *naciturus*, la herencia beneficiada; el desaparecido la herencia yacente. El Código civil alemán la concibe para el cuidado de varios asuntos en los que está entorpecido el titular de la patria potestad, o el tutor, o ante un *naciturus*, con el propósito de protegerlo en sus futuros derechos; también se reserva para: cuando el mayor de edad no incapacitado a consecuencia de un defecto físico (sordo, ciego, mudo) o de una enfermedad mental física no puede atender sus asuntos o ha sido declarado ausente; cuando se instituye un segundo heredero o heredero sucesivo aún no concebido; cuando, por colecta pública, ha sido reunido un patrimonio para una finalidad pasajera; cuando se dan los presupuestos de la tutela, pero no se ha designado tutor.
- 12 Artículo 618.- Todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrán un curador, excepto en los casos de tutela a que se refieren los artículos 492 y 500, a saber exceptuando a los menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo. Se considera expósito al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado.
- 13 Artículo 619.- En todo caso en que se nombre al menor un tutor interino, se le nombrará curador con el mismo carácter, si no lo tuviere definitivo, o si teniéndolo se halla impedido; y el Artículo 620.- También se nombrará un curador interino en el caso de oposición de intereses a que se refiere el Artículo 457.

institución y se acota que, si de la tutela solo variara la figura del tutor, esta permanecerá.¹⁴

En el caso de Chile, de manera generalizadora, el Artículo 338 del Código civil establece como sujetos de curatela a aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida. Están sujetos a curaduría general los menores adultos; los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes; y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Los artículos 390 y 391 prevén que estos representan o autorizan al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan, y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones, al igual que administran sus bienes y están obli-

gados a la conservación de estos y a su reparación y cultivo. Su responsabilidad se extiende, incluso, hasta la culpa leve. En esta legislación, tal cargo recibe distintas denominaciones, según las funciones del curador,¹⁵ las que se extienden a la protección de la persona destinataria de la institución.¹⁶

El Código civil de la República Oriental del Uruguay conceptualiza, desde sus artículos 431 y 432, en favor del que no puede dirigirse a sí mismo o administrar sus negocios, como los incapaces mayores de edad, e incluye a los dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y las personas sordomudas que no puedan darse a entender por escrito ni mediante lengua de señas, según lo establecido en la Ley No. 17 378, de 25 de julio de 2001. Se decide, entonces, la intervención de la intérprete de lenguas para la decisión de la curatela; existe curador para el ausente, de ser de

14 Artículo 626.- El curador está obligado: I. A defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor; II. A vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado; III. A dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando este faltare o abandonare la tutela; IV. A cumplir las demás obligaciones que la ley le señale.

15 Artículo 340.- La tutela y las curadurías generales se extienden no solo a los bienes, sino a los individuos sometidos a ellas.

16 Artículo 458.- Habrá lugar al nombramiento de curadores especiales en los casos siguientes: 1ro.- Cuando los intereses de los menores estén en oposición con los de sus padres o madres bajo cuyo poder se encuentran. 2do.- Cuando ambos padres perdieren la administración de los bienes de sus hijos. 3ro.- Cuando los hijos adquieren bienes cuya administración no corresponda a sus padres. 4to.- Cuando los intereses de los que están bajo tutela o curaduría general, estuviesen en oposición con los de su tutor o curador. 5to.- Cuando sus intereses estuviesen en oposición con los de otro menor o incapaz, que con ellos se hallare bajo un tutor o curador común. 6to.- Cuando adquieren bienes con la cláusula de ser administrados por persona designada o de no ser administrados por su tutor o curador general. 7mo.- Cuando la curaduría fuese para un negocio particular. 8vo.- En los casos de los artículos 67 y 81 numeral 3º del Código penal, si no corresponde la administración al cónyuge del penado.

necesidad imperiosa. También se amplían los casos en los que se procederá al nombramiento de curadores especiales, para los menores de edad que tienen intereses contradictorios con los padres o las madres que detentan la patria potestad.¹⁷

En sentido general, los códigos civiles de nuestra región y Europa prevén, como sujetos destinatarios de curatela, a las personas impedidas de su autogobierno, aun con intervalos lúcidos en el caso de los dementes, los ebrios habituales, los interdictados civiles, o los menores con intereses contrapuestos con los padres bajo cuya patria potestad se encuentran. Su alcance, en lo fundamental, lo marcan a la protección de los bienes del pupilo y, en algunos casos, de la persona, cuando coexiste o coadyuva a la tutela, y siempre se determina su esfera de actuación. Todo ello denota que el mundo contemporáneo muestra interés, preocupación y voluntad legislativa para ordenar la protección a los discapacitados e individuos que, en sentido general, tienen la capacidad restringida, de índole patrimonial, y su persona, según sea el caso.

ANTECEDENTES EN CUBA

En el Código civil de 1889, los legisladores desatendieron las herencias doctrinales recibidas desde los tiempos del Derecho romano, que concebía las institutas de guarda de la tutela y la curatela, lo que, sin

duda, se alejó de la perfección legislativa. También se estableció una edad única que determina la capacidad, y se omiten las intermedias que permitían o concedían determinada autonomía a los menores de edad, sin incluir la posibilidad de graduación ante el padecimiento de determinadas enfermedades que pueden provocar limitaciones físicas o mentales de esencia congénita o de índole accidental que dio lugar a una indefinición en las instituciones de guarda, como el representante del desaparecido o el defensor del hijo de familia.

Con atinado criterio, Álvarez-Tabío Albo estima que, si bien los legisladores pretendieron simplificar el tratamiento legal y establecieron la unidad de guarda, esta no cubre las exigencias de situaciones de diferente naturaleza que se pudieran presentar, necesidades e intereses. Se obvian las distinciones que, ante el Derecho y la realidad, tienen el menor de edad, el incapacitado por interdicción o el pródigo, escenarios en los que la protección, en ocasiones, se dedica solo a la salvaguarda de los bienes y, en otras, habrá de extenderse más allá del patrimonio y alcanzará a la persona, lo que no posibilita únicamente la tutela, unidad de guarda que sostiene nuestro ordenamiento positivo.¹⁸

La Ley No. 1289, Código de familia, promulgada el 14 de febrero de 1975, puesta en vigor el 8 de marzo de ese año, contempla en el título IV,

¹⁷ Álvarez-Tabío Albo: *Evolución...*, p. 2.

¹⁸ Artículos 137 y 138 del Código de familia vigente en Cuba.

capítulos I, II, III, IV y V, a la tutela constituida judicialmente y no da su definición, pero sí el objeto, que es la guarda y cuidado, educación, defensa de los derechos y protección de los intereses patrimoniales de los menores de edad que no estén bajo patria potestad; y para la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad declarados judicialmente incapaces. También establece que los sujetos de esta institución son los menores de edad que no estén bajo patria potestad y los mayores de edad declarados judicialmente incapaces para regir su persona y bienes, por razón de enajenación mental, sordomudez o por otra causa.¹⁹

Una mirada premonitoria a la recuperación de la curatela en la norma del Derecho familiar cubano es la propuesta legislativa contenida en el Anteproyecto del Código de familia que, en el título IV “De la tutela”, capítulo VI, “De la curatela”, se refiere a la institución pupilar no tratada con anterioridad en este Derecho, que contempla en sus comentarios el claro espíritu de asimilarla para ofrecer solución a los supuestos, donde no es necesario suplir la capacidad, como en la tutela, sino complementarla.

En los comentarios a los cambios, se define que esencialmente la curatela es la “asistencia tutelar que se distingue de la tutela por la delimitación de su cometido o porque el sujeto a curatela no carece de capacidad”, en la que se insiste el carácter transitorio que posee, y se especifican en los supuestos en que podrá ser aplicada.

En el articulado de esta propuesta de modificación legislativa, se prevé que el curador complementa la capacidad de obrar de otra persona, en aquellos actos en que la ley lo requiere, por razón de edad; capacidad restringida, excepto los menores sujetos a patria potestad o tutela, prodigalidad; intereses contrapuestos, con la clara finalidad, a partir de su constitución judicial con la presencia del fiscal, de defender los derechos, la protección de las personas e intereses patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los sujetos a ella.²⁰

Con elemental acierto, se incluye esta institución pupilar que vendría a cubrir reales situaciones que, en la práctica, quedan indefinidas para aquellas personas que no están privadas del discernimiento total, y padecen de limitaciones físicas o mentales que les afectan para el ejercicio

19 Artículos 237 y 238 del Anteproyecto del Código de familia.

20 Artículo 30 del Código civil. Tienen restringida su capacidad para realizar actos jurídicos, salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria:

- a) Los menores de edad que han cumplido 10 años de nacidos, los que pueden disponer del estipendio que les ha sido asignado y, cuando alcancen la edad laboral, de la retribución por su trabajo;
- b) los que padecen de enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente de discernimiento; y
- c) los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco.

completo de sus derechos y, gozando de parcial capacidad de obrar, podrían obtener la asistencia de una persona que les complementara en tales imperfecciones y lograr una vida completa, amén de sus supuestas diferencias.

PROPUESTA DE APLICACIÓN EN CUBA

El análisis de las consideraciones generales en torno a la capacidad, incapacidad, discapacidad y capacidad restringida, sus puntos de contacto y las diferencias entre unas y otras, con clara trascendencia a las instituciones de guarda que contemplan la doctrina y el derecho familiar en todas las latitudes y en Cuba, además de las evidentes omisiones, se traducen en la falta de respuesta que el Derecho civil y de familia cubanos ofrecen para supuestos de la vida diaria del ser humano, en los que la incapacitación está ausente y en tanto no puede ser constituida por el tribunal, conforme posibilita el derecho positivo nacional, y el individuo tiene limitada su capacidad jurídica de ejercicio, le marca claras dificultades para disfrutar de una vida plena, sin repercusiones previsibles a su patrimonio y persona de manera estrechamente relacionada.

La propuesta legislativa que constituye el Anteproyecto del Código de familia, en el Artículo 237, relaciona que estarán requeridas del complemento de su capacidad de obrar, por

el curador, aquellas personas por razón de la edad, o de capacidad restringida —excepto los menores de edad sujetos a patria potestad o tutela—; el que se considera omiso así enunciado, si en este caso es de fundamental especificación que se refiere a los menores de edad que se encuentran entre los 10 y los 18, que no se hayan emancipado a través del matrimonio, al atravesar una situación en la que se salen de la incapacitación que los años anteriores presuponían, pero no han alcanzado la mayoría de edad que significa el cumplir la segunda, y que les habilitaría totalmente su capacidad de obrar.

La intervención patrimonial se deduce por la propia naturaleza jurídica de la institución; pero, en el caso de los menores, nada se opone ni existen encarnizadas discrepancias en que pudiera el curador vincularse también en la esfera personal, en extremos como aquel de complementar los niveles de instrucción que, aun en tales años, no han conseguido.

El segundo inciso del mentado artículo del Anteproyecto alude al complemento o asistencia que requieren en la capacidad de obrar aquellas personas por razón de capacidad restringida, lo que necesariamente nos remite al Artículo 30, incisos b) y c), del Código civil,²¹ que prevé quiénes son estos sujetos, los que fija puntualmente en los que padecen de enfermedades o retraso mental que no le impiden el completo discernimiento, o que, por motivo de

21 Nuestra jurisprudencia tiene pronunciamientos consecuentes al respecto, cuando ha consignado “(...) Que visto el dictamen de los médicos, del Fiscal, el dicho del pariente

impedimento físico, no pueden expresar indubitadamente su voluntad.

La doctrina y la ley recogen las diferencias que la naturaleza y la ciencia han deslindado para las enfermedades, las de índole física, a las que no les pone impedimento por regla general, siempre que quienes las padecen puedan expresar su voluntad, incluso a través de escrituras especiales, como el Braille, para los ciegos totales o débiles visuales; o al mudo, a través del lenguaje de señas, lo que denota la ausencia de complejidades en nuestro ordenamiento civil, de acuerdo con las realidades científicas. Sin embargo, sí es claro al estimar la incapacidad en el caso de la sordomudez, al entender que quienes la padecen están privados del oído, la escritura y la lectura, por lo que se ven impedidos de expresarse inequívocamente.

Otra es la situación de los enfermos mentales con períodos críticos o no, como las esquizofrenias; quienes sufren determinado grado de retraso mental de naturaleza leve; presentan las propias limitantes que presupone el decursar de los años;

la aparición de drásticas enfermedades, como el *alzheimer*; las depresiones graves; los trastornos obsesivos compulsivos; el consumo excesivo de alcohol o drogas; el natural envejecimiento, con los niveles de deterioro progresivos que indefectiblemente provocan, todas las que impiden el normal autogobierno de la persona, son razones que, junto a la anterior, convencen de la necesaria introducción de la curatela en nuestro ordenamiento familiar.

El contenido personal que estos individuos pudieran reclamar del curador habrá de ser fijado en ley y determinada en su especificidad en la decisión del tribunal, en clara correspondencia con la propia esencia de la curatela que, en su flexibilidad, sí requiere que sea prefijado para su ejercicio en qué situaciones entrará a desempeñar sus labores de asistencia, como aquellas que tengan que ver con la terapéutica que recomienda el facultativo hasta el internamiento del curatelado. Perfectamente, pudieran aplicarse los vinculados a los deberes del curador, para que el asistido recupere su sanidad, unido a

más cercano del presunto incapaz, y lo apreciado por el Tribunal al examinar a este, coligen quienes juzgan luego de analizar exhaustivamente el presente caso, que la persona de LMDG, ciertamente se encuentra aquejada de una enfermedad mental catalogada como *Esquizofrenia Paranoide*, observándose, sin embargo, que habiendo concluido por los facultativos que designados por el Tribunal examinaron al presunto incapaz, que este padecimiento no lo incapacita para regir su persona y bienes, y habiéndose opuesto el representante del Ministerio Público por este motivo, entienden quienes juzgan que no se ha comprobado en este caso la Incapacidad pretendida para que así pudiera declararse según lo establecido en el artículo quinientos ochenta y uno de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, razones que hacen de imposible acogimiento en este proceso la solicitud realizada (...). (Considerando del Auto No. 25, de 24 de julio de 2008, recaído en el Expediente No. 9, de 2008, de la jurisdicción voluntaria sobre incapacidad de la radicación de la sección civil.)

la reinserción social, y auxiliar en la toma de decisiones familiares. El alcohol, las drogas o el avance de la edad conducen irremisiblemente a una disminución de la capacidad de ejercicio, por lo que son previsibles por el propio individuo y se manifiestan de similar manera, por lo que sus fines también pudieran ser preestablecidos en su singularidad.

Con respecto a las características cíclicas de la enfermedad, también es contraproducente la declaración de una total incapacitación, si se tienen argumentos científicos de que, pasada la etapa activa de la enfermedad, la persona puede nuevamente regir su conducta y sus bienes, y la constitución de una incapacitación lo sacaría injustamente de la vida jurídica, que lo hace depender de otra persona en todos sus actos. Estas situaciones, en algunas ocasiones, no encuentran salida efectiva en la jurisprudencia, ante la ausencia legislativa para resolverlas; y, tratándose de tan trascendente pronunciamiento a la vida del llamado presunto incapaz, los órganos jurisdiccionales se abstienen de declarar la incapacitación total con sus invariables y definitivas consecuencias, por solo haber constatado limitaciones en la capacidad de ejercicio, sin trascendencia al autogobierno.

No ofrece discusión la necesidad de aplicación de la curatela a aquellos supuestos de la prodigalidad y la existencia de intereses contrapuestos, los que tienen invariable justificación histórica en la doctrina y el acogimiento del Derecho, desde los

tiempos iniciadores de Roma hasta los ordenamientos legales modernos.

En el supuesto de la determinación de la prodigalidad que presupone las dificultades del individuo con la preservación, en sentido general, de su patrimonio, es clara la intervención del curador, para la asistencia a aquel que pone en riesgo su solvencia y la de los que dependen de él; la finalidad habrá de estar vinculada con la administración de sus bienes, controlados los actos de disposición, y complementado en su capacidad de obrar en aquellos actos que pudieran arriesgar sus propiedades. La prodigalidad por la propia causa que le hizo nacer excluiría la actuación del curador en la esfera personal.

Al revelarse la presencia de intereses contrapuestos entre padres e hijos, adoptantes y adoptados, tutor y tutelado, contenido de aplicabilidad que esencialmente lo requeriría, sería de igual manera la curatela el vehículo idóneo para salvarlos, por la posición neutral que podría asumir el curador, ya que esta institución, aparejada a su estabilidad, funciona en su transitoriedad, por lo que, zanjado el conflicto que la determinaría en su finalidad o alcance, se haría innecesario su ejercicio, todo lo que sin dificultad podría definir la judicatura al constituir la, previa determinación de las posiciones contradictorias.

A manera de resumir lo pretendido al relacionar los supuestos, el contenido y la finalidad para justificar lo imprescindible de su inclusión en la legislación civil y familiar –la que no se puede limitar a su regulación,

sino a la ampliación de esta—, con la aplicación flexible a los casos que así lo necesitaran, deberá definirse la necesidad de graduación de la capacidad para determinar el alcance real de su aplicabilidad, que se traduzca en la solución de las problemáticas en las que se ven involucradas las personas con discapacidad.

Quedaría solo por apuntar, de manera sucinta, por no ser esencia de este texto, que la curatela requeriría, en proceso previo, la declaración de la capacidad restringida, con auxilio de la medicina forense, y en la resolución que la constituya siempre se determinarán los fines para los que habrá de establecerse, con expreso pronunciamiento de las circunstancias o los actos en los que será asistido, o complementada la capacidad de la persona destinataria de su aplicación.

CONSIDERACIONES FINALES

A partir de las reflexiones antes expuestas, puede concluirse que la curatela se caracteriza por ser un órgano estable, con carácter transitorio y determinado por la ley y la judicatura en su decidir; es complemento de la capacidad de obrar que algunos individuos poseen restringida, traducida a labores de asistencia; y, en lo fundamental, dirige su aplicación a la esfera patrimonial, sin obviar algunas atenciones de índole personal al curatelado.

Asimismo y, en este sentido, a partir de la formulación actual del Código civil y el de familia, existen determinados supuestos de sujetos con la capacidad restringida que no encuentran la necesaria protección legislativa: los menores de edad que se hallan entre los 10 y los 18 años de edad, que no han contraído matrimonio y no están sujetos a patria potestad o tutela; los mayores de edad que pudieran ser declarados en estado de prodigalidad; aquellas personas que padecen de enfermedades mentales de carácter cíclico, retraso mental leve o moderado que devienen debilidades mentales o limitantes físicas que les impone la edad; quienes han sufrido las naturales consecuencias de las enfermedades cerebro y cardiovasculares, o aquellas producidas por accidentes, que le hayan colocado en similar estado de discapacidad; aquellas coyunturas de intereses contrapuestos entre los menores sujetos a tutela o patria potestad o los mayores de edad incapacitados y bajo tutela, con los tutores y los padres, respectivamente.

El ordenamiento jurídico civil y familiar, junto a la sociedad cubana actual, demandan la concreción de la reformulación de sus normas, con arreglo a los objetivos y principios que le son inherentes, para romper con la unidad de guarda existente, con la regulación de instituciones pupilares como la curatela, que permitan completar la capacidad del afectado, y que se ofrezca un cauce legal determinado para su graduabilidad y declaración judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, M.: *Curso de Derecho civil*, 10.^a ed., Editor SL, Barcelona, 2005.
- Álvarez-Tabío Albo, A. M.: "Evolución del concepto de la curatela. Discapacidad y curatela", en *Nuevos perfiles del Derecho de familia*, Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006.
- Castán Tobeñas, J.: *Curso Elemental de Derecho civil*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941.
- _____: *Derecho civil español, común y foral*, t. 1, vol. II, Editorial Reus, Madrid, 1931.
- _____: *La ordenación sistemática del Derecho civil*, t. 1, vol. II, Editorial Reus, Madrid, 1987.
- Clemente Díaz, T.: *Derecho civil, Parte general*, t. 1 (1.^a parte), Editorial ENPES, La Habana, 1983.
- Colín, A. y H. Capitant.: *Curso elemental de Derecho civil*, t. 2, Editorial Reus, Madrid, 1942.
- Cordero Cutillas, I.: "Discapacidad e incapacidad judicial en el Derecho civil, ¿Conceptos sinónimos?", en *Problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, Editorial Caja-Sur, Córdoba, 2001.
- Cornejo, H.: *Derecho familiar peruano*, t. 3, 1968.
- Díaz Magrans, M. M.: "La persona individual", en *Derecho civil, Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Díez-Picazo, L.: *Líneas de inspiración de la reforma del Código civil en materia de tutela*, Madrid, 1984.
- Díez-Picazo, L. y A. Gullón Ballesteros: *Sistema de Derecho civil*, 8.^a ed., Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1994.
- Egea García, C. y A. Sarbia Sánchez: "La clasificación internacional de funcionamiento, de la discapacidad y la salud. Una visión de futuro", en <http://192.168.26.2/intranet/SITIO%20CENDIJ/index.htm>. (Consulta: 24 de septiembre de 2008.)
- Escalonilla Morales, B.: "Aspecto personal de las instituciones protectoras de las personas incapacitadas", en *Revista del Poder Judicial*, en <http://192.168.26.2/intranet/SITIO%20CENDIJ/index.htm>. (Consulta: 24 de septiembre de 2008.)
- Espín Cánovas, D.: *Manual de Derecho civil español*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984.
- Fábrega Ruiz, C.: *Protección jurídica de la tercera edad*, Editorial Colex, 2000.
- Gete Alonso, M. del C.: *Manual de Derecho civil*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Guilarte Martín-Calero, C.: *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Editorial Mac Graw-Hill, Madrid, 1997.
- Heras Hernández, M. del M.: "La tutela administrativa del Artículo 239.3 del Código civil español, como mecanismo de protección de los mayores incapaces", en *Nuevos perfiles del Derecho de familia*, Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006.
- La Cruz Berdejo, J. L. y S. R. Francisco de Asís: *Derecho de familia*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.
- Lasarte López, C.: *Principios de Derecho civil, Parte General y Derecho de la persona*, Editorial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- _____: *Principios del Derecho civil*, t. 4, 3.^a ed., Editorial Pons, Madrid, 2002.
- Ludwing, E.: *Tratado de Derecho civil*, t. 4, vol. II, en www.ar.answers.yahoo.com/question/index?qid=20070301112958AA51lf. (consulta: 21 de julio de 2008.)

- Madrigal, C., R. Enríquez y P. J. Yagüe: *Derecho civil, familia y sucesiones. Judicatura*, t. 3, Centro de Oposiciones, Madrid, 1985.
- Martínez Gallego, E. M.: *Incapacitación de los mayores, tutela y autotutela, de protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004.
- Mesa Castillo, O.: *Derecho de familia*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.
- _____: “El niño discapacitado en Cuba. Disquisiciones jurídicas desde un enfoque de políticas públicas” (ponencia), San Juan, 2006.
- O’Callaghan, X.: *Compendio de Derecho civil*, t. 4, Editorial Revista de Derechos Privados, 3.ª ed., 1991.
- Peral Collado, D.: *Derecho de familia*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1980.
- Peralta Andia, J. R.: *Derecho de familia en el Código civil*, 3.ª ed., Editorial Moreno S. A, Lima, 2002, en www.pj.gob.pe/cij/institucion_supletoria_amparo_familiar%20C%204.208.pdf. (Consulta: el 17 de junio de 2008.)
- Pérez Gallardo, L. B.: “La protección legal a los discapacitados en Cuba: Una visión de *lege data* y *lege ferenda*”, en *Nuevos perfiles del Derecho de familia*, Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006.
- Pérez González, E.: *Manual de Psiquiatría forense*, Ediciones ONBC, La Habana, 2005.
- Petit, E.: *Derecho romano*, [s. n.] 1996.
- Puig Peña, F.: *Tratado de Derecho civil español*, t. 2, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, [s. f.]
- Rapa Álvarez, V.: “La relación jurídica, categoría esencial en el nuevo Código civil”, en *Revista Jurídica*, no. 19, La Habana, 1988.
- Rotondi, M.: *Instituciones del Derecho privado*, Editorial Labor S. A., Madrid, 1953.
- Sánchez Bergara, S.: “Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la testamentifacción activa” (trabajo de diploma), Facultad de Derecho, La Habana, 2005.
- Sánchez Román, F.: *Estudios de Derecho civil, común y foral*, t. 4, Madrid, 1912.
- Santos Urbaneja, F.: “Dos cuestiones relativas a la protección legal de las personas mayores. ¿Qué debemos proteger? ¿Qué significa capacidad para decidir por sí mismas?”, en *Problemas legales sobre tutelas, asistencia y protección a las personas mayores*, Editorial Caja-Sur, Córdoba, 2001.
- Torres García, T. F.: “Discapacidad e incapacitación”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2006.

Legislación

- Anteproyecto de Código de familia (última versión), La Habana, 2007.
- Código civil de Chile, actualizado en 2000, en <http://192.168.26.2/intranet/SITIO%20CENDIJ/index.htm>. (Consulta: 24 de septiembre de 2008.)
- Código civil de la República de Cuba, Ley No 59/1987, de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, MINJUS, La Habana, 1988.
- Código civil de México (última reforma publicada: DOF 31-12-2004), en <http://192.168.26.2/intranet/SITIO%20CENDIJ/index.htm> (Consulta: 24 de septiembre de 2008.)
- Código civil de Uruguay, reformado en 1994 y 1995, en <http://192.168.26.2/>

- intranet /SITIO%20CENDIJ/index.htm*. (Consulta: 24 de septiembre de 2008.)
- Código civil del Reino de España, de 6 de octubre de 1888, 16.^a ed., Civitas, Madrid, 1993.
- Código de familia de la República de Cuba, Ley 1289 de 1975, MINJUS, La Habana, 1999.
- Constitución de la República de Cuba, con las reformas de 1992, en *Gaceta Oficial*, edición extraordinaria, no. 7, primero de agosto de 1992.
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989), UNICEF.
- Ley 1, de 7 de enero de 2000, Ley de enjuiciamiento civil, en *Boletín oficial del Estado*, de 8 de enero, 2000.
- Ley 41, de 18 de noviembre de 2003, de protección patrimonial a las personas con discapacidad y de modificación al Código civil, la Ley de enjuiciamiento civil y la Normativa tributaria, en *Boletín oficial del Estado*, no. 277, de 18 de noviembre de 2003.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral, y Económico, Ley No 7, de 19 de agosto de 1977, MINJUS, La Habana, 1999.
- Ley No. 51, de 15 de julio de 1985, Ley del Registro del Estado Civil, y su Reglamento, contenido en la Resolución No. 157, MINJUS, La Habana, 1986.

EL RECONOCIMIENTO DE UNIÓN MATRIMONIAL NO FORMALIZADA

Lic. Gardenia Pereira Ruiz
jueza, TMP de Santa Clara

RESULTA COMPLEJO EL estudio de situaciones fácticas reguladas por el ordenamiento jurídico —que alcanzan en la humanidad un carácter global—, en las que se incluyen las uniones no formalizadas, como alternativa a la legalización del matrimonio, y abarca un conjunto de heterogéneas realidades que postergan, ignoran o rechazan el compromiso matrimonial, de estabilidad, responsabilidad, derechos y deberes, los que han sido válidos para países desarrollados o en vías de desarrollo.

Las uniones heterosexuales son simples, carentes de efectos matrimoniales, acordes con los nuevos enfoques de la familia en el derecho emergente. Se incluyen los matrimonios formalizados como las uniones de hecho.

Esta última concepción adquiere, de una forma u otra, amparo legal, sobre todo en los países latinoamericanos, que ofrecen normativas para uniones sostenidas entre un hombre y una mujer a quienes les son atribuidos efectos jurídicos, aunque estos no contraigan matrimonio. Sin estar ajena a esta realidad, nuestra legislación aborda el tema de manera similar, e incluso prevé posibles

modificaciones que no deben excluirse del Derecho de familia.

En tal sentido y sin ánimo de reiteración, al ser una cuestión abordada y traída a la reflexión por diferentes juristas, es necesario puntualizar cuestiones que no están ajenas a nuevos interrogantes.

EVOLUCIÓN SOCIOJURÍDICA

Tiene su origen legal en el Código de Hammurabi, bajo la denominación de concubinato o uniones de hecho. Recogida por el *ius gentium* en el Derecho romano, surge como la convivencia de la pareja integrada por un hombre y una mujer que viven como esposos, pero, por alguna causa, no podían o no deseaban contraer *justae nuptiae*.

El concubinato fue visto como una unión monogámica socialmente aceptada que no constituía ninguna deshonra y fue admitido a la par que el matrimonio; llegó a ser, incluso, una de las formas de casamiento. La gran desventaja que tuvo frente al matrimonio, era que no producía efectos jurídicos, solo la concepción, las prácticas sociales y las uniones con personas de clase social inferior fueron las que distinguieron a esta unión.¹

1 A. Montes de Oca y Peña: "Concubinato", p. 2.

Ya para la Edad Media, su práctica encontró barreras frente a la Iglesia católica. Más tarde, fue aprobado, en los fueros y partidas, que se podía contraer matrimonio siempre que no existiera alguna prohibición. No se ha podido desterrar esta institución de la práctica social en la que se presenta para el Derecho moderno con gran fuerza y, a pesar de que no la recogen algunas legislaciones, es amparada por la mayoría los países, principalmente latinoamericanos.

La Constitución cubana de 1940 reconoció una figura en el texto legislativo como equiparación matrimonial,² tenía como objetivo reconocer una serie de derechos patrimoniales, cuando se diera una razón de equidad, lo que dicho más claramente buscaba proteger a la mujer en este tipo de unión, cuando por una razón u otra llegaba a su fin: la protección de la mujer o concubina y, por ende, a sus hijos, a defenderlos del desamparo en que quedarían cuando no pudieran contar con su único sostén en aquella sociedad: el hombre.

La doctora Mesa Castillo³ explica que una unión no formalizada que se mantenía en el tiempo, lo que implicaba un acuerdo de voluntades o consentimiento continuativo, no constituía matrimonio; solamente lo era cuando el consentimiento inicial se declaraba ante autoridad, con determinados requisitos y solemnidades.

Para Torres y Trujillo,⁴ “los sucesivos cuerpos legales cubanos que en

obligado sentido de orden legal han tocado el tema, con criterio humano y jurídico y dándose cuenta de la propia naturaleza que inspira al ser humano, y que obedece desde el punto de vista de la reproducción a reglas biológicas inflexibles, se ha querido, a su modo de entender el fenómeno, si bien no brindar protección en toda la magnitud y sentido de la palabra, sí regular en todos sus aspectos la aproximación fuera de solemnidades del hombre y la mujer para que no se convierta en arbitraria y sin medida, reconociéndola, si bien no como matrimonio con el que no establece identidad, para la Constitución de 1940 y un tanto diferente, en la formulación del Código de familia de 1975, sí lo comparó para considerarla igual a los fines que no quedaran sin amparo legal los derechos que a la pareja unida por esta forma familiar le pudieran corresponder, de tal suerte que si el matrimonio es la regla general que impone el legislador, no con carácter imperativo y excluyente de todo otro formado fuera de él, puede entenderse que al lado de la familia legítima fundada en el matrimonio, aparece este otro grupo unidos por vínculos de sangre y afecto recíproco, con reconocimiento social de pareja y con vida en común, y consecuencia de los instintos genésicos y que lo viene a constituir la familia natural o ilegítima.

“Se le considera como uno de los problemas morales más importantes

2 Olga Mesa Castillo: “El tratamiento jurídico a la unión de hecho en Cuba”, p. 4.

3 Olga Mesa Castillo: *Derecho de familia*, p. 8.

4 I. Torres Roig y C. Hernández Trujillo: “La singularidad en las uniones de hecho: Una mirada por dentro”, en *Nuevos perfiles del Derecho de familia*, p. 34.

del Derecho de familia y es tratado como un acto jurídico, es decir, es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico, al cual solo se le reconocen algunos efectos”.⁵

Resulta entendible que muchas legislaciones, específicamente latinoamericanas, aborden su regulación, dígase desde las posiciones que alcanzan respecto a tal fenómeno y los requisitos que estas exigen para que puedan alcanzar respaldo jurídico en la sociedad.

UNIONES NO FORMALIZADAS EN LATINOAMÉRICA

En Panamá, partiendo de lo que refiere su Constitución, se prevé que la unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante 10 años consecutivos, en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil,⁶ de tal forma que existe un régimen especial para las uniones de hecho que luego pretendan ser reconocidas, que cumplen con los requisitos de singularidad, estabilidad, capacidad legal y tiempo, tal como lo preceptúa el Artículo 59 del Código de la familia.

La norma arriba citada y contenida en el Código de la familia entró en

vigencia en 1995; le reconoce efectos patrimoniales a las uniones de hecho que han sido reconocidas como matrimonios, y a aquellas que no lo son, siempre y cuando la pareja (hombre y mujer) hayan convivido y cumplan con los requisitos que exige la norma.

En México,⁷ el reconocimiento por parte del Derecho va en contra de la voluntad de las mismas concubinas, las cuales precisamente desean que su unión no sea reconocida. Al menos en los concubinatos establecidos entre personas que no tienen entre sí impedimentos matrimoniales, algunos autores han llegado a afirmar la existencia de un verdadero pacto que da origen a un estado de concubina, pues no hacen lo que podrían legalmente hacer. Se mantienen por propia voluntad fuera de la ley. El concubinato requiere de estabilidad y permanencia, con lo cual se diferencia de las uniones sexuales pasajeras o esporádicas (no hay estabilidad) o de aquellas relaciones sexuales habituales que no van acompañadas de cohabitación (no hay permanencia). Son cuatro, por tanto, los elementos del concubinato: situación de hecho extramatrimonial, relaciones sexuales, comunidad de habitación, cierta duración de esa unión.

Los efectos jurídicos del concubinato en el Derecho civil mexicano produce: derecho a la sucesión legítima, pensión alimenticia post mórtem a

5 Montes de Oca y Peña: “Concubinato”, p. 3.

6 Artículo 56 de la Constitución de Panamá.

7 I. Escalona: *La familia en el Derecho civil mexicano*, p. 17.

favor del sobreviviente necesitado, presunción de filiación y pensión alimenticia entre vivos mientras subsista el concubinato.

En Perú,⁸ para que se estime realmente la existencia de concubinato, es necesario que: haya unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer; sus integrantes se encuentren libres de impedimento matrimonial para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, y duración mínima de dos años continuos.

Se establecen reglas para la probanza del concubinato que prescriben la necesidad de un principio de prueba escrita; sin embargo, este requisito ha sido objeto de crítica, porque no en todos los casos será posible conseguir tal tipo de prueba, sobre todo en casos de parejas de escaso nivel educativo; en ocasiones, existe solamente la posibilidad de ofrecer testigos, o algunos indicios de la relación. Referente a la disolución del concubinato, son cuatro a las que se hace mención: muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral.

Similar a lo preceptuado en las normativas de Ecuador, donde la unión estable de un hombre y una mujer sin vínculo matrimonial con otra persona da lugar a una sociedad de

gananciales en la que es menor la protección, pues, además de requerirse la habilidad nupcial, los efectos no son totales, ya que no son los de un matrimonio, sino meramente patrimoniales.⁹

Otros países, como El Salvador,¹⁰ Guatemala,¹¹ Honduras,¹² Nicaragua,¹³ Paraguay¹⁴ y Venezuela, dejan librada la regulación de las consecuencias de la unión de hecho sin que se establezcan concretamente cuáles son estas; en Argentina, solo en una provincia se contempla la regulación de la unión de hecho en la legislación, que es el caso de la Constitución del Chaco.

Otras legislaciones prefieren no reconocer la tutela jurídica a esta figura por diversas razones. Tal es el caso de España, que no contempla la institución del reconocimiento judicial de matrimonio no formalizado, y tiene en cuenta, como requisito fundamental, el consenso según su legislación, que solo prevé la institución del matrimonio cual la unión de un varón y una mujer, con carácter jurídico cuando nace del consentimiento de los contrayentes y en el consentimiento tiene su fundamento; se necesita la existencia de una común voluntad de los contrayentes prestada de manera libre.

Alberdi¹⁵ explica que las uniones de hecho, como convivencia estable

8 A. Sánchez Manayay: "La formalización del concubinato", p. 5.

9 Artículo 23 de la Constitución de Ecuador.

10 Artículo 33 de la Constitución de El Salvador.

11 Artículo 89 de la Constitución de Guatemala.

12 Artículo 101 de la Constitución de Honduras.

13 Artículo 72 de la Constitución de Nicaragua.

14 Artículo 51, 2.º párrafo, de la Constitución de Paraguay.

15 C. Alberdi: "Las uniones de hecho" (digitalizado), p. 1.

de una pareja, comienzan a reconocerse en España en los textos legales y en las resoluciones de los tribunales a través de los efectos personales y patrimoniales que se les vienen otorgando, en caso de ruptura, a la pareja y a los hijos comunes. Para que una unión se considere “unión de hecho”, con ciertos efectos legales, debe tener la característica de la estabilidad y la permanencia consolidada durante cierto tiempo y que los miembros de dicha unión se hayan proyectado públicamente de una forma conjunta con la creación de una comunidad de vida y de intereses partiendo de un núcleo común.

Se puede apreciar que existen diferentes posiciones en países que amparan esta figura y otros en que se niega su regulación. La necesidad de agrupar estas posiciones frente a la jurisprudencia lo ha considerado la doctora Mesa Castillo:¹⁶

- Unas dan efectos amplios a la unión de hecho, es decir, equiparan los efectos de la unión de hecho con los del matrimonio; pero, para que se produzcan estos, requieren que exista habilidad nupcial, de manera que la unión de hecho, de personas afectadas por un impedimento matrimonial, no tendría los efectos del matrimonio, como en Bolivia, Panamá y Uruguay.
- Un segundo grupo requiere también habilidad nupcial, pero le da solamente efectos limitados. Así

ocurre en Ecuador y en Perú, donde la unión estable de un varón y una mujer libres de vínculo matrimonial con otra persona da lugar a una sociedad de gananciales. La protección es así menor porque, además de requerirse la habilidad nupcial, los efectos no son totales, no son todos los efectos del matrimonio, sino solamente los patrimoniales.

- Un tercer grupo no requiere habilidad nupcial, pero asigna a la unión efectos limitados. En el Artículo 226, párrafo 3, de la Constitución brasileña, se establece que, a los efectos de la protección del Estado, es reconocida la unión estable del hombre y la mujer como entidad familiar, en la que la ley facilita su conversión en casamiento; es decir, da la protección del Estado, pero no los efectos propios del matrimonio.
- Por último, en El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua dejan librada la regulación de las consecuencias de la unión de hecho a la ley, sin establecer concretamente cuáles son ellas; en Argentina, se produce una anomalía porque hay una provincia que se refiere a la unión de hecho.

REGULACIÓN EN CUBA

Por ser un principio constitucional el reconocimiento de la unión matrimonial no formalizada, Cuba regulari-

¹⁶ Mesa Castillo: “El tratamiento...”, p. 8.

za, de forma similar a los países latinoamericanos, la institución que viene analizándose y, en este sentido, prevé que la ley regula la formalización, *reconocimiento* y disolución del matrimonio y los derechos y obligaciones que de dichos actos se derivan.¹⁷

Antes de continuar valorando esta figura, es decir, el reconocimiento como tal de las uniones matrimoniales no formalizadas, es necesario detallar lo que se conoce, en el ordenamiento jurídico cubano, como matrimonio no formalizado, refiriéndose a las uniones de hecho, concubinatos, o unidos en matrimonio.

Sin apartarnos de lo que se pretende con este modesto trabajo, veamos pues la normativa del Código de familia cubano, cuando en su tercera sección "Del matrimonio no formalizado",¹⁸ el Artículo 18 regula que "la existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio cuando fuere reconocido por tribunal competente".

De lo antes citado se colige que las uniones matrimoniales no formalizadas no poseen vida jurídica por sí, y preservan solo para su existencia los requisitos reseñados en la

norma, como bien lo refrendó el legislador, una vez que se proceda a reconocer judicialmente dichas uniones, en tanto no encuentra gracia en el articulado relativo a la familia.

De tal forma, solo producen efectos legales las uniones reconocidas judicialmente o formalizadas en su caso. Así lo afirma la doctora Mesa Castillo,¹⁹ cuando diferencia terminológicamente unión matrimonial, matrimonio formalizado y matrimonio reconocido, este último referido al acto mediante el cual una persona concurre ante un tribunal competente para que, por resolución judicial, se reconozca que entre esa persona que ante el tribunal insta y otra (fallecida o viva) existió una unión matrimonial y con aptitud legal en fecha anterior.

REQUISITOS PARA RECONOCER LA UNIÓN NO FORMALIZADA

El reconocimiento de unión matrimonial no formalizada, como es traducida por nuestra legislación familiar, desde el Artículo 18, enumera una serie de requisitos²⁰ para que esta pueda prosperar: *aptitud legal, singularidad, estabilidad* y, en casos determinados, la *buena fe*, para situaciones en que concommiten la unión

17 Artículo 36 de la Constitución de la República de Cuba.

18 En el anteproyecto para modificar el Código de familia, en la sección segunda, es regulada como "De la unión no formalizada", denominación que cambia, pues solo es matrimonio el constituido entre un hombre y una mujer con los requisitos legales exigidos.

19 Mesa Castillo: *Derecho...*, p. 10.

20 *Ibíd.*, pp. 74-77.

habida con anterioridad que se pretende reconocer y un matrimonio que no se ha disuelto por uno de los miembros de la pareja, o es desconocido por la otra. Para ello, tomamos, además, consideraciones al respecto del Tribunal Supremo Popular (TSP).

La aptitud legal. Está dirigida a la capacidad física, mental y legal requerida. La capacidad física constituye la diferencia de sexo, indispensable para que pueda legalizarse la unión conyugal, que debe tratarse de la alianza de un hombre y una mujer.

La capacidad mental se refiere al goce pleno de salud mental o que haya arribado al menos a los 10 años de edad, previsto por el Artículo 31 del Código civil cubano, que regula las personas que se encuentran totalmente incapacitadas para comprender el alcance de sus acciones y dirigir su conducta, previa declaración de incapacidad, mediante resolución judicial.

En consecuencia, la capacidad legal es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, que se manifiesta respecto a relaciones jurídicas determinadas.²¹ En este sentido, la capacidad jurídica se desdobra en capacidad de derecho o goce y capacidad de hecho, de obrar o de acción. Es esta última la que realmente nos interesa, ya que la capacidad de goce se adquiere desde el nacimiento de la persona natural cuando adquiere derechos y obligaciones.²²

En cuanto a la capacidad de obrar, requisito previsto por el Artículo 18 del Código de familia, para que sea reconocida una unión no formalizada, esta se traduce como potencia del sujeto y no como esencia a la que hacíamos alusión anteriormente, habida cuenta de que no es más que la aptitud para el ejercicio de los derechos, sin la intervención de terceros, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas que se manifiestan a través de la realización de actos jurídicos, entre los que podemos citar el reconocimiento judicial de la unión no formalizada. La aptitud legal permite a su poseedor ejercer por sí todos sus derechos y realizar actos jurídicos eficaces y que, amparado por la ley civil sustantiva cubana, en el Artículo 29.1, se alcanza cuando la persona arriba a la mayoría de edad, a los 18 años cumplidos o por emancipación del menor, al contraer matrimonio, condición que conserva, aunque sin arribar a los 18 años no exista el vínculo que una vez lo unió en matrimonio.

La singularidad. Implica la no concurrencia para cualquiera de los unidos, un matrimonio anterior formalizado u otra unión estable concomitante, la que no puede apreciarse de forma desvinculada de la estabilidad de la unión.

La Sentencia No. 368, de 30 de marzo de 2001, del TSP, en su único considerando, expresa: "Es el período en el cual se interesa sea reco-

21 C. Valdés Díaz: *Derecho Civil. Parte general*, p. 109.

22 Artículo 28.1 del Código civil cubano: La persona natural tiene capacidad para ser titular de derechos y obligaciones desde su nacimiento.

nocida judicialmente la unión marital que existió entre los mismos como un verdadero matrimonio, sin que pueda entenderse que el hecho de mantener otras relaciones amorosas no quiebre su real significado, pues singular es solo uno y no más...”.

Para situaciones en la que solo se propone como prueba de la singularidad el nacimiento de hijos habidos durante la unión, mediante la Sentencia No. 512, de 30 de septiembre de 1994, el TSP señala que no puede estimarse el requisito de singularidad de la unión aun cuando de esta haya nacido un hijo, si consta que una de las partes se encontraba casada con tercera persona.

Referente a este requisito, la Sentencia No. 279, de 24 de mayo de 2007, del TSP, puntualiza: “Resulta improcedente la atribución de efecto retroactivo que se pretende dar al matrimonio que el recurrente formalizó con tercera persona en fecha posterior al emplazamiento para contestar demanda en que se interesaba reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado que se aduce que sostuvo con la demandante del proceso, por lo que no existe falta de singularidad y se pone de manifiesto la clara intención de perjudicar el derecho pretendido...”.

La estabilidad. Se refiere a la constancia, durabilidad, permanencia, invariabilidad, firmeza, inalterabilidad, solidez de la pareja. Además, implica una convivencia perdurable, firme y relativamente ininterrumpida que fomenta de manera notoria y pública una posesión constante de estado de cónyuges. No se le atribu-

ye este estado legal a los miembros de la pareja, debido a la inexistencia de vínculo matrimonial formalizado, pero su esencia radica en el sostenimiento mutuo de una economía familiar y de la educación de los hijos comunes, en caso de haberlos.

En la Sentencia No. 236, de 31 de mayo de 1993, del TSP, se apunta que “(...) la sentencia que reconozca una unión matrimonial no formalizada es de carácter declarativo y no tiene otro efecto que la constatación de la existencia de una situación de hecho, y nada impide que el reconocimiento se efectúe durante el período de tiempo en el que a juicio del Tribunal, concurren los requisitos que exige el artículo 18 del Código de familia, norma esta que de su claro texto no permite inferir que su aplicación esté vedada para las uniones que tuvieron un término aproximado de dos años como erróneamente sustenta la Sala que resolvió el recurso de apelación, y de ahí que resulta obligado estimar que incurrió en la infracción que se denuncia”.

En cuanto a estos requisitos, la existencia de índole contenciosa del proceso de reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada implica necesariamente la ausencia de voluntad de uno de los miembros de la pareja, analizado así en el Acuerdo No. 329, de 5 de agosto de 1980, Dictamen No. 108, del CGTSP, pues, al existir consenso, lógicamente se haría innecesario un litigio, de manera que se resuelve por lo preceptuado en el Artículo 19 del Código de familia que se posibilita la formalización del matrimonio con efecto retroactivo.

Así mismo, muchas personas creen erróneamente o confunden su estado civil una vez reconocida la unión, en cuanto a este particular, la sentencia que se pronuncia al respecto es meramente declarativa-extintiva, para un período pasado en el tiempo y, por tanto, ya no existe cuando se requiere el proceso, no confiere estado conyugal definido, excepto la viudez, no se es soltero, ni casado, ni divorciado.²³ Sintetizando, es necesario tomar criterios como los sostenidos por la doctora Mesa Castillo²⁴ al respecto:

1. En el orden sustantivo, la valoración de la voluntad, en la unión no formalizada, es apreciada con un carácter continuativo, renovado de momento a momento, como en el concepto clásico de la *affectio maritales*.
2. Sobre la base de la apreciación de la voluntad continuativa, se acepta que, aun faltando esta al final de la relación, en uno de los unidos, sea por muestreo o por dissentimiento de alguno para continuarla, estando vivos ambos, se admita demanda de reconocimiento por el otro componente de la pareja.
3. La sentencia que reconoce la existencia de una unión matrimonial no formalizada tiene, entonces, carácter declarativo. Se limita a constatar y declarar el momento de comienzo y extinción de una situación de hecho, que es pretérita y debe disponer a su vez que, en el tér-

mino durante el cual existió la unión, hubo un matrimonio con los mismos efectos que el matrimonio formalizado.

4. Los excontrayentes o compañeros de la unión matrimonial reconocida obtienen por la sentencia judicial el estado civil de casados, lo que ha sido en pretérito, durante la vigencia de su unión. Los estados conyugales son cuatro: soltero, casado, viudo, divorciado. La soltería se pierde con el primer matrimonio y no se recupera más. El que una vez fue casado ya no vuelve a ser soltero, a no ser que su matrimonio se anulara con nulidad absoluta. El divorciado presenta tal estado conyugal porque ha mediado el divorcio, como causa de extinción del matrimonio, y la viudez porque uno de los cónyuges o contrayentes ha fallecido y la causa de extinción del matrimonio es la muerte.

MATRIMONIO PUTATIVO

Una vez analizados los tres requisitos que exige la normativa familiar para que sea reconocida una unión matrimonial no formalizada, el legislador prevé, en el segundo párrafo del Artículo 18 del Código de familia, para casos *sui generis*, la evaluación del requisito de *la buena fe*, por la concomitancia de la unión que se pretende reconocer y un matrimonio habido con anterioridad, que no se

23 Mesa Castillo: "El reconocimiento...", p. 86.

24 Mesa Castillo: *Derecho...*, p. 18.

ha disuelto con uno de los miembros de la pareja y es desconocido por la otra, por lo que la unión reconocida, al equipararse a los matrimonios putativos, se convierte en unión no formalizada putativa.

En orden civil, se obra de buena fe, al desconocer por ignorancia o error excusable la existencia de ese previo matrimonio formalizado o unión a favor del contrayente reconocido; puede surtir efectos legales al obrar estando los hijos protegidos en cuanto a sus derechos, aun si el proceder de sus padres no fuera de buena fe.

El anteproyecto que pretende modificar la Ley No. 1289, de 1975, mantiene esta figura; solo puntualiza algunos términos, a diferencia de la legislación actual, en el Artículo 17, segundo párrafo, al referir que, cuando la unión no formalizada estable no sea singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio o en unión no formalizada anterior, la unión surte plenos efectos legales a favor de la persona que actúe de buena fe y de los hijos e hijas habidos de dicha unión.

En doctrina, por aplicación analógica, en algunas legislaciones nacionales, se ha llegado a considerar al matrimonio putativo como la unión de hecho, en contradicción con los propios postulados de esta doctrina desarrollada por el Derecho canónico desde el siglo XI, y recepcionada más tarde por las legislaciones civiles, siempre relacionada con la institución del matrimonio, en este caso en el que se haya ignorado de

buena fe la existencia de una causa de nulidad.²⁵

La valoración de la buena fe, en principio, opera *iuris tantum*. Se encuentra firmemente ligada a la figura del matrimonio putativo a lo largo de su evolución histórica. La consecuencia más importante del matrimonio putativo es su eficacia, como si fuera válido, pues el Código de familia, al referirse a él, aunque no hace mención a este como tal, en el Artículo 48, prevé que “el matrimonio declarado nulo producirá, en todo caso, los derechos previstos en este Código solo para los hijos habidos en el mismo y para el cónyuge que ha obrado de buena fe”.

En el caso de las uniones de hecho o uniones no formalizadas que devienen putativas, para que se produzca el reconocimiento de la buena fe, solo se limitarán, en general, en lo siguiente:

- Debe existir en la realidad social una unión de hecho, con los caracteres de estabilidad y aptitud legal para contraer matrimonio, excepto en cuanto al impedimento de ligamen, pues la violación o desconocimiento se refiere solo a la falta de singularidad de la unión.
- Debe intervenir la buena fe, que se presume, en la creencia de la validez y singularidad de la unión, al menos por uno de los compañeros permanentes o convivientes o por ambos.
- Por aplicación analógica de la doctrina del matrimonio putativo, la buena fe debe existir al momento de

25 Olga Mesa Castillo: “La unión de hecho de buena fe”, p. 1.

comenzar la unión concubinaria, sin que el conocimiento posterior de la existencia del impedimento de vínculo imposibilite reconocer, a favor del conviviente, los efectos de la buena fe.

Son primicias teóricas que gobiernan para que pueda conformarse una unión de hecho de buena fe que, valorados en un período pasado para concederle efectos retroactivos al tiempo de iniciada la unión, se distorsiona y complejiza su virtualidad.

Estas cuestiones trascendentales en el ámbito legal, luego de ser reconocida la unión como putativa, se tornan complejas en diferentes puntos, como el estado civil que adquiere cada uno de los miembros de la unión, promociones para liquidar la comunidad matrimonial de bienes o caudal hereditario, según el caso que se presente.

EFFECTOS SEMEJANTES Y EXCLUYENTES

Han sido varios los criterios de algunos estudiosos, en cuanto a las semejanzas y diferencias que sostienen las instituciones del matrimonio y del reconocimiento de la unión matrimonial no formalizada, y hacemos nuestros los efectos jurídicos semejantes mantenidos por la doctora Mesa Castillo,²⁶ con especial mención de los efectos excluyentes para esta figura:

- Surgen derechos sucesorios para el contrayente supérstite en caso

de muerte del otro y, por esa misma causa, derecho a ser pensionado por la seguridad social.

- Tanto en el caso de muerte, como ínter vivos, surge el derecho a liquidar la comunidad matrimonial de bienes. Las dificultades en cuanto al procedimiento de tal liquidación, entre el matrimonio formalizado y el reconocido, se basan en que, en el primero se verifica en las propias actuaciones del proceso de divorcio; y, en el segundo, se logra mediante la interposición de un proceso ordinario con trámites dilata-dos y complicados para obtener el reconocimiento judicial de la unión y la división de los bienes comunes.
- La ejecutoria recaída en sentencia firme de reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada se inscribe en el Registro del estado civil, correspondiente al domicilio del promovente. Las inscripciones se realizan estableciendo el lapso de duración de la unión que se reconoce como matrimonio igual al formalizado durante dicho lapso.
- Los hijos habidos de la unión, si no habían sido reconocidos por el progenitor, en su oportunidad, como tales hijos, se presume, a través del reconocimiento judicial de la unión matrimonial, como hijos de ambas personas unidas en esa relación conyugal.
- En el reconocimiento de la unión, en caso de muerte, se confiere al contrayente supérstite la califica-

26 Mesa Castillo: *Derecho de familia*, p. 19.

ción de viudo o viuda. En el presente o en el pasado, son las mujeres más que los hombres las que promueven el proceso.

De ello, se derivan los siguientes efectos excluyentes a las uniones no formalizadas del matrimonio:

1. No es aplicable el llamado contenido personal de las relaciones conyugales formalizadas, referente a los derechos y deberes entre cónyuges, pues, al momento del reconocimiento, ya se ha extinguido la relación que lo ha promovido y carecería de lógica esa exigencia con carácter retroactivo.
2. No procede exigir el pago de una pensión provisional o definitiva al momento de reconocer la unión, estando vivos ambos excontrayentes; es posible en el matrimonio formalizado al momento de fallarse el divorcio, si los cónyuges hubieran convivido por más de un año o procreado durante el matrimonio, porque tal medida se establece en caso de divorcio y el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada no se extingue por causa de divorcio.
3. Le son ajenos, en la práctica, los derechos y deberes alimentarios entre cónyuges que se ejercitan durante la vigencia del matrimonio y no una vez extinguido este.
4. Conforme a Derecho se carece de parentela por afinidad, que se adquiere con el matrimonio legalizado y termina con la extinción de este.
5. No procede, en principio, ejercer la tutela del otro miembro de la pareja declarado incapaz.
6. No se califican como cónyuges los unidos. Este término se destina a los miembros de la pareja en el matrimonio formalizado, tratamiento semántico, diferenciado, que acarrea determinados efectos jurídicos.

EL PERÍODO NO RETROTRAÍDO

Es importante dejar bien claro, para nosotros los juristas principalmente, cuáles son las finalidades que persigue el legislador al amparar esta figura: si bien se ha acreditado el carácter que posee la unión no formalizada en nuestra legislación, solo produce efectos jurídicos en el plano marital en su contenido económico, cuando es reconocida la unión, dejando expedita la vía para proceder con la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes o del caudal hereditario. Sin embargo, puede suceder que, bajo el desconocimiento o por error de parejas que formalizan su unión,²⁷ no tuvieron en cuenta el inicio de su relación, susceptible de retrotraerse a esta fecha, y solicitan por la vía judicial el reconocimiento de este período de tiempo. ¿Sería correcto este actuar?, ¿cómo quedaría en relación con la unión ya formalizada?

27 En este caso, ya no se exigen los requisitos del Artículo 18 del Código de familia, solo los que se exigen para formalizar el matrimonio, pues ya no se pretende reconocer.

La sección tercera del Capítulo I del Código de familia, en el Artículo 19, norma lo siguiente:

“La formalización o el reconocimiento judicial del matrimonio entre el hombre y la mujer unidos en la forma señalada en el artículo que antecede, retrotraerá sus efectos a la fecha de iniciada la unión, de acuerdo a *[sic]* lo manifestado por los cónyuges y testigos en el acta de formalización del matrimonio o la declarada en la sentencia judicial”.

Al respecto, la doctora Mesa Castillo²⁸ pronuncia lo siguiente:

“El reconocimiento solo cubre un período de la convivencia, lo que no es lógico que resulte lo idóneo para una pareja que continuará su vida matrimonial en el futuro. Existiendo la posible retroactividad de los efectos en el matrimonio formalizado, al momento de iniciada la unión, al que se accede con un procedimiento sencillo que necesita del consentimiento de los cónyuges y la manifestación de los testigos ante funcionarios facultados; por lo que sería absurdo que estando vivos ambos contrayentes y existiendo la voluntad de continuar la relación, seleccionar el reconocimiento que entraña todo un proceso ordinario con proposición de pruebas y participación del Fiscal, logrando efectos más limitados que la formalización, que proyecta los efectos hacia el futuro”.

La Sentencia No. 152, de 31-3-04, del TSP, señala que: “(...) el hecho que la recurrente y su cónyuge no

retrotrajeran el matrimonio no formalizado que formalizaron en mil novecientos ochenta y siete al momento en que iniciaron su relación matrimonial, no impide que de esta posteriormente solicite al tribunal competente que se le reconozca los años de la unión matrimonial que mantuvo con su difunto esposo”.

Si lo que se persigue es continuar una vida matrimonial formalizada, la lógica supone, en principio regulado por el legislador, que debe retrotraerse la formalización al momento de iniciada la relación marital; pero si, por error, no fuera determinado este momento por los contrayentes, no le es ajeno, luego, reconocer judicialmente este período que queda fuera de la formalización, visto por las sentencias citadas, sin que resulte contradictorio con lo antes analizado.

No obstante, cabe la interrogante, como abordábamos anteriormente de qué estado puede identificar a los cónyuges partícipes una vez formalizada la unión y reconocida por sentencia judicial la etapa no retrotraída. Anticipadamente, exponíamos que, una vez que se reconoce por vía judicial una unión no formalizada, sus integrantes adquieren la condición de divorciado o viudo, según el caso; ya que hablamos de tiempo pretérito, no existe unión en la que se declarara inicio y conclusión y que, luego, formalizaran, presentando un nuevo estado conyugal. Por supuesto, en el acontecer práctico, conllevaría a que, una vez solicitada la

28 Mesa Castillo: *Derecho...*, p. 20.

liquidación de la comunidad de bienes, previo proceso de divorcio, se computaran dos períodos completamente diferentes para la unión reconocida judicialmente y para la formalizada, con término previsto por el ordenamiento jurídico.

El anteproyecto que pretende modificar la actual ley sustantiva familiar articula²⁹ que la pareja que ha formalizado su unión y desea darle carácter retroactivo a esta, a fin de que surta efectos desde la fecha en que de hecho se inició la unión, puede promover el reconocimiento judicial del tiempo anterior a su formalización, siempre que reúna los requisitos establecidos. Se decreta el término de un año de caducidad para promover el proceso de reconocimiento judicial, para los casos en que, después de formalizado el matrimonio, deseen reconocer el tiempo anterior a dicha formalización, punto prenormativo que no comparto, por lo sostenido anteriormente y, además, al eliminarse el carácter retroactivo del matrimonio solo mediante el reconocimiento judicial, este período adquiere carácter declarativo, fundamentado por la doctrina cubana y con limitados efectos jurídicos.

Legitimación para promover el reconocimiento

La solicitud de reconocimiento puede ser promovida por el sobreviviente de la pareja, por los herederos del fallecido o por un miembro de

la pareja al dar por terminada la relación sin que llegaran a formalizarla. El Acuerdo No. 329, de 5 de agosto de 1980, Dictamen No. 108, del CGTSP, trata sobre la interpretación y alcance del Artículo 18 del Código de familia y la ejecutoria de la sentencia que reconoce la existencia de la unión matrimonial no formalizada. Dándole continuidad, el anteproyecto de modificación del Código de familia traduce que la acción para promover el reconocimiento judicial de la unión no formalizada corresponde a ambos cónyuges conjuntamente, y a los hijos e hijas y causahabientes.

Se estima que estos procesos se promueven con el fin de liquidar la comunidad de bienes que se deriva del reconocimiento de la unión matrimonial no formalizada y, por otra parte, adquirir los derechos hereditarios, en casos de fallecimiento de una de las personas unidas.

Términos para ejercitar el reconocimiento

Para situaciones que se presenten, como lo es la figura que venimos analizando, en la que no se establecen términos para actuar, el Código civil cubano es preceptivo al regular, en el Artículo 114, una prescripción de cinco años con carácter general para asuntos en los que no se distinga otro término, y solo puede ser alegada por la contraparte en el proceso, excepción que no corresponde

29 Artículo 19, Anteproyecto de Código de familia.

ser valorada por el tribunal, dada la estricta observancia de la ley de trámites civiles, al prever solo las excepciones que pueden ser apreciadas de oficio; de estas, se excluye la prescripción de la acción.³⁰

Al respecto, el TSP se ha pronunciado en el sentido de que, en el reconocimiento judicial, la acción va ligada al contenido económico, ya que los efectos y consecuencias no pueden ser otros que el patrimonial, y en esa dirección suponerla como una acción imprescriptible³¹ queda fuera del alcance del Artículo 124 del Código civil.

En el proyecto de estudio realizado a los efectos de modificar el Código de familia, se plasmó la imprescriptibilidad de la acción para solicitar el reconocimiento en casos de fallecimiento de una de las personas unidas o en los de incapacidad de una de ellas. Esta acción puede ser ejercida por la persona supérstite o la que conserva la capacidad, y por sus hijos e hijas comunes. En el caso de estos últimos, el derecho a solicitar el reconocimiento es imprescriptible, cualquiera que fuera la situación de cesación de la unión de sus padres.

Se plantea un término de caducidad³² de cinco años para el ejercicio de la acción en los otros casos; por

ejemplo, cuando un miembro de la pareja deja al otro, o abandona el país y el término de un año para liquidar la comunidad de bienes, conformado en virtud del matrimonio reconocido, según el Artículo 40 del Código de familia. En este sentido, el anteproyecto de modificación de la propia ley ha previsto, para que se resuelva esta laguna, dejar un término de caducidad, no de prescripción, mientras que la sentencia no sea basada en el fallecimiento de un miembro de la pareja; ahora bien, si es a causa del fallecimiento, la acción es imprescriptible, como lo es la acción para la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes en un proceso sucesorio.

LA PRUEBA DURANTE EL PROCESO

Dos son los momentos en los que podemos hablar de prueba para esta institución: la primera ha sido utilizada por el juez para arribar a convicción; y reconocer dicha unión no formalizada, una vez que por sentencia firme se le atribuya el carácter de reconocida.

En este último sentido, doctrinalmente se ha afirmado que el único medio de prueba admitido en Dere-

30 Artículo 225 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

31 Sentencia No. 313, de 30 de mayo de 2007, del TSP.

32 Establece su diferencia con la terminología de prescripción, pues se analiza en el anteproyecto al Código de familia que las acciones tienen una connotación diferente a las que tienen las del Derecho civil, dadas las características de las relaciones que él regula; por lo que, aunque conforme a la doctrina estas acciones son imprescriptibles, se puede crear inestabilidad o incertidumbre en las futuras relaciones de los miembros de esa pareja disuelta, incluso desde el punto de vista económico. Sobre todo, cuando uno de ellos ha contraído matrimonio formalizado o iniciado una nueva relación estable.

cho, de la existencia del matrimonio reconocido, es la certificación de su inscripción en el Registro del estado civil, documento que curiosamente deviene, también, prueba de la extinción de la unión, dado los términos de la sentencia, previsto por la norma cubana, en el Artículo 72 del la Ley 51, de 8 de julio de 1985.

Las certificaciones del Registro del estado civil tienen eficacia para probar con efectos jurídicos el hecho que las motiva; en este caso, que existió una unión no formalizada entre dos personas, considerada matrimonio igual al formalizado, desde la fecha en que se inició hasta aquella en que concluyó.

La prueba por la que se pretende que sea reconocida la unión como posesión constante de estado marital debe reunir los requisitos de aptitud legal, singularidad y estabilidad, junto a las actas de inscripción del nacimiento de los hijos reconocidos por ambos progenitores como hijos propios de la unión, según el Artículo 22 del Código de familia que sustenta la probanza de la existencia de esa unión de hecho.

Este propio artículo protege a la unión matrimonial no formalizada, aun cuando esta no ha trascendido legalmente, y es evidente, durante la unión, se refleje la superestructura jurídica que se extiende durante el matrimonio formalizado, regulado y protegido por el Código de familia, una vez reconocida judicialmente la unión.

Durante la práctica de la pruebas en este tipo de proceso, fundamentalmente en la testifical, es necesario retomar criterios sostenidos por los especialistas Jones Morrison y Bermúdez Hernández,³³ sucintamente expuestos sobre este tipo de prueba. La práctica de estas está regida, en general, por los principios que informan el derecho probatorio con la finalidad de plenitud de garantías procesales, en tributo a una justicia civil efectiva, donde la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos se regula en el Artículo 348 de la ley de trámites. Muchos hechos, por su naturaleza, no pueden ser documentados por escrito, entonces la prueba de testigos adquiere carácter indirecto, en virtud del cual el juez o tribunal obtiene conocimiento de los hechos que se tratan de esclarecer en el pleito. Una vez admitida y practicada la prueba de testigos, con sujeción a la normativa legal, el tribunal sancionador no puede negarle fuerza probatoria ni prescindir de ella, bajo el supuesto de que no es el medio de prueba idóneo para probar los hechos litigiosos, sino que está obligado a apreciarla, con el valor que corresponde.

En el tipo de proceso por el que se ventila el reconocimiento de la unión matrimonial no formalizada, durante la práctica de esta prueba, el juez debe llegar al conocimiento de los hechos a través de la declaración de los testigos y que se está en presencia de una unión de hecho que reúne los

33 O. Jones Morrison y V. Bermúdez Hernández: "La prueba testifical en el contexto del Derecho probatorio" (ponencia), pp.19-27.

requisitos ya analizados, como la convivencia de la pareja, con perdurabilidad, y período de la unión, que no sea clandestina; la inexistencia de infidelidad de los miembros de la pareja; también debe extraer del testigo razones de conocimientos por la propia naturaleza de los hechos que necesitan demostrarse, para darle viabilidad al reconocimiento judicial de la unión. Al amparo del Artículo 42 de la ley de trámites civiles, el tribunal puede, según no fueran esclarecidos determinados hechos a través de la prueba testifical, oficiosamente citar a personas que contribuyan a la demostración de particulares, como las fechas puntuales de inicio y fin de la relación.

LA NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO

Durante el estudio realizado, el reconocimiento de una unión no formalizada mediante sentencia puede ser susceptible de vicios, que no fueron observados por el tribunal durante la sustanciación del proceso. Bajo la preceptiva civil, se establece un término para que sea anulada la sentencia dictada y se declare sin lugar la demanda que la originó.

El Código de familia regula la nulidad del matrimonio como una de las causas de su extinción. Paradójicamente la limita a los matrimonios formalizados y al judicialmente reconocido, pues, a través del Artículo 18,

se le atribuyen los efectos propios del matrimonio formalizado al reconocido.

Cuando se haya reconocido una unión no formalizada, puede ejercitarse la acción de nulidad,³⁴ contra la sentencia que declare el reconocimiento en casos de inobservancia del tribunal. Para ello, cuenta con un término de seis meses. Transcurrido este, el reconocimiento quedará convalidado de pleno derecho. Ahora bien, para el caso en que uno de sus integrantes, en el momento de iniciada la unión, no posea la edad que exige la normativa, es decir, incumple con el requisito de aptitud legal para reconocer la unión, dada la temprana edad en que comenzó su relación, si no llegó a ejercitarse la acción correspondiente, queda convalidado el reconocimiento al arribar a la edad establecida.

LIQUIDACIÓN DE COMUNIDAD MATRIMONIAL DE BIENES

El Acuerdo No. 67, de 17 de mayo de 1988, del CGTSP, plantea que no puede liquidarse una comunidad mientras esta no haya sido declarada; de ahí que la sentencia que se dicte, las dos pretensiones ejercitadas, de reconocimiento de la unión y de liquidación de la comunidad de bienes, no puede ir más allá de la disposición de que se liquide la comunidad a que dio origen el matrimonio reconocido por esa misma sentencia, a partir de la cual aquella se acomodará en lo pertinente a las dispo-

34 Artículo 47 del Código de familia cubano.

siciones correspondientes a la discusión de la herencia.

En los casos en que haya primado un matrimonio putativo, la liquidación se sujetará al período probado y reconocido judicialmente a favor de la persona que obró de buena fe; quiere esto decir que solo se liquidan los bienes comunes, producto de la unión no formalizada reconocida judicialmente, amén de la concomitancia de matrimonio con tercera persona. En los demás casos, la liquidación de la comunidad se probará a través del proceso incidental de los bienes presumidos como propios y los comunes que establece el Artículo 30 del Código de familia.

Cuando la vivienda es considerada bien común, adquirida en concepto de la comunidad matrimonial de bienes, nos encontramos ante una liquidación que, además de regirse por los preceptos básicos del Código de familia, necesita ampararse en la legislación inmobiliaria para que pueda tramitarse con fines de adjudicación, previa liquidación.

Para situaciones en las que se plantea la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, previo reconocimiento de una unión matrimonial no formalizada, en la que integrando los bienes comunes, exista una vivienda adquirida para este tiempo reconocido, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP, en la Sentencia No. 1343, de 29 de diciembre de 2000, señaló que, en relación con el reconocimiento del derecho de propiedad, trae causa de la unión matrimonial no formalizada que existió entre los contendientes y que fuera reconocida judicial-

mente, la cual, en virtud del Artículo 18, surte efectos propios del matrimonio y, a tenor del Artículo 19 del Código de familia (1975), retrotrae sus efectos, por lo que obviamente se extiende a la adquisición de los bienes que obtuvieron en el período en que fue reconocida, y entre cuyos bienes se encuentra un inmueble urbano constituido por vivienda.

Sin mediar reconocimiento de la unión no formalizada, para el unido en matrimonio no formalizado, el legislador prevé, en el Artículo 78 de la Ley general de la Vivienda (LGV), modificado por el Decreto Ley 233, de 2 de julio de 2003, que cuando la vivienda estuviera ocupada al momento del fallecimiento del propietario por personas que no fueran herederas del propietario, se le impone la condición de cumplir un tiempo de convivencia distinto y muy superior que al cónyuge sobreviviente de matrimonio formalizado, en este caso de 10 años, que solo tendrían que convivir cinco años con el propietario si mediara previo reconocimiento judicial.

PROTECCIÓN A HIJOS MENORES DE LA UNIÓN

Dada la naturaleza de este tipo de proceso, resultan evidentes diferentes efectos jurídicos que no podrán tener alcance una vez reconocido el matrimonio, especialmente lo referido a las medidas provisionales para hijos menores procreados durante la unión matrimonial, particulares propios del proceso de divorcio. El legislador prevé su regulación por el

procedimiento sumario en lo concerniente a la guarda y cuidado, régimen de comunicación, y en caso de procesos para fijar la pensión alimenticia solicitada a favor del infante, cuestiones merecedoras de tutela, que obviara el legislador al equiparar esta institución con el matrimonio, en cuanto a efectos jurídicos.

Explica la doctora Velazco Mugarra³⁵ que, aunque el Código de familia reconoce que la existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer, con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surte todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente, cuando sea reconocida por tribunal competente o de formalizado con carácter retroactivo por funcionario facultado e incluso reconoce la unión matrimonial putativa con todos los efectos a favor de la persona que haya actuado de buena fe y de los hijos habidos de la unión, no ofrece la posibilidad de adoptar medidas provisionales para la atribución de la guarda y cuidado de los hijos menores de edad, cuyos progenitores se encuentran en una de estas situaciones, que solo se prevé para el divorcio.

Afirmo los ya sostenidos criterios de la doctora Olga Mesa Castillo, en diferentes foros nacionales e internacionales en los que abogó por la necesidad de una asesoría técnica especializada para la creación de tribunales especializados de familia o para la adaptación del procedimien-

to, que pueden permitir el establecimiento de reglas para unificar en una sola vía el conocimiento de estas contiendas legales, con la previa conciliación de las partes, a los fines de ofrecer la posibilidad de encontrar una solución aceptable, basada en el entendimiento mutuo que podría evitar el proceso judicial contencioso en algunos casos.

En los municipios de Guanabacoa y Placetas, en el año 2008, por la necesidad de reformulación de determinados aspectos contenidos en la legislación familiar, y atemperándose a los cambios propiciados por el desarrollo de nuestra sociedad, en correspondencia con lo postulado en la Convención sobre los Derechos del Niño, de la que Cuba es signataria, con carácter experimental, se implementó que, cuando lo que se litigara fuera la custodia de un niño o una niña, estos serían oídos por el tribunal que conociera el asunto y, con el asesoramiento de un equipo técnico asesor multidisciplinario, posibilitara el acceso de los jueces a criterios profesionales especializados, para dotarlos de mejores elementos para sus decisiones. En la actualidad, esta experiencia se aplica en todas las provincias del país.

POSIBILIDAD DE EXIGIR ALIMENTOS PARA EL HIJO

Apenas haré referencia a este punto, dada su complejidad, y trata-

35 Miriam Velazco Mugarra: *Ineficacia procesal para determinar la situación jurídica de los hijos menores en la crisis de la pareja de sus progenitores*, p. 11.

ré de no desviarnos del objetivo general del trabajo. Solo tomaré pinceladas de los criterios sostenidos por la doctora Mesa Castillo.³⁶ Tener en cuenta que, de los procesos presentados en que se pretende el reconocimiento de una unión matrimonial no formalizada, en ninguno de los casos se presentó la promovente en estado de gestación, y hago énfasis en el género, debido a que fue la figura femenina quien accionó en cada uno de los asuntos tramitados en el municipio de Santa Clara.

Se infiere que la posibilidad de obtener alimentos a favor del concebido solo cabe en el supuesto fáctico de que ambos progenitores hayan estado casados durante la época de la concepción. Se hace referencia al proceso especial de divorcio, no así al proceso sumario en caso de alimentos, contemplado también en la preceptiva de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, y la razón está dada en que, según dispone el Artículo 74 del Código de familia, opera la presunción *iuris tantum* de paternidad a favor del cónyuge de la mujer encinta, quien vendrá obligado a proporcionar alimentos, con independencia de que por la vía judicial establezca las acciones pertinentes para destruir tal presunción.

Si la mujer estuviera unida de hecho con un hombre, y fruto de esa unión lo es el concebido, antes del nacimiento tampoco podría interesar alimentos a favor de este, pues no

estaría constituida legalmente la relación filiatoria, la que se prueba, y solo después de su nacimiento podría reclamar alimentos, salvo que dicha unión reuniera los requisitos de singularidad y estabilidad con aptitud legal de los miembros de la pareja, a que se contrae el Artículo 18 del Código de familia y pueda reconocerse judicialmente como matrimonio. Este trámite procesal se considera bastante dilatado, aunque pienso que realmente el tiempo computado para la tramitación de un reconocimiento no se extiende durante todo el período de gestación, o al menos los últimos meses, por lo que, desde este punto de vista, puede tratarse en el sentido de que no cubre las necesidades del concebido, lo que causaría molestias y traumas durante el embarazo y, dado el tiempo de duración de este, sería lo más común que el proceso no pudiera concluirse antes del parto.

CONCLUSIONES

- Las uniones no formalizadas tienen su precedente legal desde el Código Hammurabi, bajo la denominación de las uniones de hecho o concubinatos. Esta institución adquiere hoy amparo en determinados ordenamientos jurídicos, como los latinoamericanos, que en su generalidad plantean que, aun cuando no se haya formalizado matrimonio, pero se cumplan los

36 Olga Mesa Castillo: *Una visión reflexiva acerca del derecho de alimentos a favor del concebido*, p. 12.

- requisitos que establecen sus legislaciones, le atribuyen efectos jurídicos.
- Por ser un principio constitucional el reconocimiento de la unión matrimonial no formalizada, Cuba regula de forma similar a los países latinoamericanos y, en este sentido, prevé que la ley regula el *reconocimiento* de las uniones previo cumplimiento de los tres requisitos que exige la normativa familiar. Las uniones matrimoniales no formalizadas en nuestra legislación no poseen vida jurídica por sí. Como bien lo refrendó el legislador, una vez reconocido judicialmente, dependen del cumplimiento de requisitos, en tanto no encuentra gracia en los artículos relativos a la familia.
 - Existen semejanzas y diferencias que sostienen las instituciones del matrimonio y del reconocimiento de la unión matrimonial no formalizada, partiendo de los efectos jurídicos que puedan producir.
 - La formulación legal del reconocimiento de la unión matrimonial no formalizada no permite que puedan regularse diferentes situaciones surgidas por los efectos jurídicos que produce.
- Hernández Cruz, L.: "La liquidación de la comunidad de bien inmueble urbano" (tesis), La Habana, septiembre de 2008.
- Jones Morrison, O. y V. Bermúdez Hernández: "La prueba testifical en el contexto del Derecho probatorio" (ponencia), Villa Clara, 2007.
- Mesa Castillo, O.: *Derecho de familia*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- _____: "El reconocimiento de la unión matrimonial no formalizada: mito y realidad", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 3, La Habana, 1991 ([www:/vlex.com/vid/matrimonio-formalizado-mito-realidad-45042815](http://www.vlex.com/vid/matrimonio-formalizado-mito-realidad-45042815)).
- _____: "El tratamiento jurídico a la unión de hecho en Cuba" (ponencia presentada en el III Encuentro Internacional sobre protección jurídica a la familia y al menor), La Habana, 1999.
- _____: *La situación del Derecho familiar en Cuba, tema XIV: Prospec-tiva jurídica del Derecho familiar en el Siglo XXI* (conferencia impartida en el XV Congreso Mundial de Derecho de Familia), México, 2008.
- _____: "La unión de hecho de buena fe" (ponencia presentada en el XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia), Sevilla, 18-22 de octubre de 2004.
- _____: "Una visión reflexiva acerca del derecho de alimentos a favor del concebido", en *Temas de Derecho de familia*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, Cristina: "Las uniones de hecho" (digitalizado), en www.unionesdehecho.272DOC01.htm.
- Escalona, I.: "La familia en el derecho civil mexicano", en ivanescalona@hotmail.com, México, 2000.
- Montes de Oca y Peña, A.: "Concubinato", en corporativo@mop.com.mx.
- Rodríguez Corría, R.: "El menor ante la responsabilidad civil" (ponencia presentada en la III Conferencia Internacional de Derecho de Familia), Universidad Central, Santa Clara, 14-20 de febrero de 2004.

Sánchez Manayay, A.: "La formalización del concubinato" (ponencia presentada en el IX Congreso Internacional de Derecho de Familia), Ciudad de Panamá, 1996.

Torres Roig, I. y C. Hernández Trujillo: "La singularidad en las uniones de hecho: Una mirada por dentro", en *Nuevos perfiles del Derecho de familia*, Rubin-
zal Culzoni Editores, Panamá, 2006.

Valdés Díaz, C.: *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.

Velazco Mugarra, M.: "Ineficacia procesal para determinar la situación jurídica de los hijos menores en la crisis de la pareja de sus progenitores" (ponencia presentada en la VI Conferencia Internacional de Derecho de Familia), Ciudad de La Habana, 2006.

Boletín del Tribunal Supremo Popular (1985-2007).

Revista Cubana de Derecho (2005-2008).

Constituciones latinoamericanas. Bases de datos políticos para las Américas,

1998. *Análisis comparativo de las constituciones de los regímenes presidenciales*, en www.georgetown.edu/pdba/comp/Derechos/Familia/html.

Legislación

Constitución de la República de Cuba.

Ley No. 1289/1975, Código de familia.

Ley No. 59/1987, Código civil.

Ley No. 65/1988, Ley General de la Vivienda.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

Ley 51/1985, Ley del Registro del estado civil.

Decreto Ley No. 233/2003. Modifica artículos de la Ley General de la Vivienda.

Instrucción No. 187, de 20 de diciembre de 2007.

Compendio de acuerdos en materia civil, Tribunal Supremo Popular, 1974-2005.

EL EFECTO JURÍDICO PATRIMONIAL EN LAS UNIONES DE HECHO

*Lic. José Félix León Rivas
presidente, Sala de lo Civil, de lo Administrativo,
de lo Laboral y de lo Económico, TPP de Pinar del Río*

*Lic. Ohannys Urra Álvarez,
consultora jurídica, Pinar del Río*

A LO LARGO de la historia, el matrimonio ha sido considerado el núcleo fundamental alrededor del cual se constituye la familia. Es la expresión supraestructural de la monogamia, con la cual cobró fuerza la presunción de paternidad y la discriminatoria clasificación de hijos legítimos e ilegítimos. Antiguamente, solo los primeros podían llevar el apellido familiar y ser depositarios del patrimonio de sus antecesores.

La formalización de la unión entre un hombre y una mujer, primero por la vía religiosa y, después, por la civil, se ha concebido requisito indispensable para que sea reconocida legal y socialmente con todos los efectos personales y económicos que acarrea. Los ritos matrimoniales, diferentes en cada sociedad y momento histórico, constituyen el mecanismo inequívoco por el cual la pareja se adhiere a esta institución, reconocida y protegida por el Estado y el Derecho.

“El matrimonio, como institución, no es (...) una injerencia indebida de la sociedad o de la autoridad, una imposición desde el exterior en la realidad más privada de la vida; es, por el contrario, una exigencia intrínseca del pacto de amor conyugal y de la profundidad de la persona humana”.¹

Paralelo al lazo conyugal santificado u oficializado, han coexistido, desde tiempos inmemoriales, relaciones no formalizadas que gozan de reconocimiento social y jurídico como los matrimonios o categorías similares.

Las llamadas uniones de hecho, matrimoniales o concubinatos constituyen un fenómeno fáctico al que ninguna formación económica social ha podido escapar. Aun cuando han sido atacadas, tanto social como legislativamente, en lo fundamental, a través del desconocimiento o la discriminación de sus integrantes y descendientes, las relaciones consensuales han impuesto su presencia y

1 Benedicto XVI: “El fundamento antropológico de la familia”, *apud* Leonardo B. Pérez Gallardo, “El divorcio por mutuo acuerdo: mitos y tabúes”, en *Derecho notarial*, t. 3, p. 234.

constituyen hoy una tendencia casi generalizada.

Las relaciones no oficializadas han sido abordadas históricamente como concubinatos.² Su esencia se ha mantenido casi inalterable, ya que se fundamenta en la vinculación afectiva y de convivencia entre los componentes de las parejas. Conllevan una dependencia económica análoga a la de un matrimonio y se definen como la cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer, no legalizada, lo que supone una unión continua y de larga duración.³

Son vistas, además, como la unión no legal pero persistente, convenida o realizada entre personas libres de distinto sexo, cuya única diferencia con el matrimonio radica en la no santificación del vínculo.⁴ Estas uniones matrimoniales, conyugales, también conocidas en las legislaciones más avanzadas como matrimonios no formalizados o de hecho, se juzgan peyorativamente como vínculo ilícito entre personas de diferentes escalas sociales, modelo alternativo al matrimonio o preámbulo de proyecto de vida en común.

En la actualidad, esta figura amplía sus marcos al incluir en tales situaciones a las parejas heterosexuales y a las homosexuales. De ahí que criterios amplios las definan como la unión de dos personas en plena capacidad, a fin de convivir de forma estable y singular en una relación de

afectividad análoga a la conyugal. A los fines de este trabajo, asumimos tal conceptualización, aunque la circunscribimos a las uniones heterosexuales, ya que las homosexuales requieren de una investigación propia para ser tratadas.

Más allá de los conceptos, es un hecho ya probado que tanto el matrimonio como la unión matrimonial no formalizada suponen la inevitable aparición de una serie de cargas, gastos, obligaciones relacionadas con la vivienda compartida, el sustento, la educación y la formación de los hijos, que constituyen lo que la profesora Olga Mesa denomina “economía del matrimonio”.⁵ Tal situación debe ser tutelada jurídicamente aunque los bienes sean pocos o ninguno al momento de formalizar el matrimonio o iniciar la vida en común. También las recurrentes discrepancias y conflictos sobre titularidad, administración y disposición de los bienes que se incorporaron o adquirieron durante la vida matrimonial, y respecto a la naturaleza jurídica de las cargas y obligaciones a cuenta de la sociedad conyugal, hacen indispensable una previsión normativa, sobre todo para esas relaciones mantenidas al margen de toda oficialización.

En las uniones matrimoniales no formalizadas, el régimen económico que inexorablemente originan se ha visto limitado por la inferioridad que aquellas asumieron desde su origen,

2 Del latín *concubinatus*, que significa “trato, vida marital del hombre con la mujer”.

3 Colectivo de autores: *Diccionario de Derecho privado*, t. 1, p. 450.

4 Colectivo de autores: *Enciclopedia Jurídica Española*, t. 8, pp. 104-105.

5 Olga Mesa Castillo: *Derecho de familia*, p. 8.

en relación con el matrimonio, por lo cual se priva a sus protagonistas de derechos o solo les son reconocidas determinadas derivaciones patrimoniales a la mujer y a los hijos habidos en la unión. A partir de la desprotección de los concubinos, se pretende erradicar la referida figura. La ineficacia de dicho propósito se sustenta en el imperativo de proteger a la familia como base de la estructura político-social, independientemente de su génesis. Ello, ligado a la naturaleza esencialmente económica de los derechos que nacen de la comunidad de vida de un hombre y una mujer (amén de los derechos personales que tienen un carácter ético y social⁶ vigente solo mientras exista la unión), ha propiciado que vaya en aumento la previsión legislativa vinculada a las uniones matrimoniales. La declaración legal de un mayor número de estos derechos a los unidos, y la regulación, en términos menos discriminatorios y más cercanos a la concepción matrimonial, de las uniones de hecho, es la vía cada vez más usada de inicio o reintento de un proyecto de vida compartido.

TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

Actualmente, el panorama legislativo internacional, en cuanto al tratamiento de las uniones consensuales y sus derivaciones patrimoniales,

es heterogéneo. Aun cuando se entremezclan equivalencia o igualdad al matrimonio, con omisión de esta figura o regulación despectiva, predominan las vertientes doctrinales y normativas en favor del reconocimiento de los derechos que originan.

La visión española acerca de este tema puede ser catalogada de compleja, si tenemos en cuenta que la normativa ibérica sobre este particular se divide en estatal, autónoma y registral. En el primero, aun cuando “con posterioridad a 1978, el Tribunal Constitucional español se ha venido pronunciando con relación a las uniones libres en el sentido de regular los efectos que las mismas producen para los miembros de la pareja”, se ha dejado sentada “la posición de que no es posible equipararlas al matrimonio formalizado, por cuanto este último es una institución social garantizada por la Constitución, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, no ocurriendo lo mismo con la unión consensual, la cual no es una institución jurídicamente garantizada por el Derecho”.⁷

No obstante, el Tribunal Constitucional de España ha venido pronunciándose sobre el tema ante el reclamo de los implicados en uniones libres en pos del reconocimiento de ciertos derechos patrimoniales, como es el caso de la pensión alimenticia. A partir de su apreciación cual unidades familiares, obtienen la protección exi-

⁶ Del latín, significa trato, vida marital del hombre con la mujer.

⁷ Colectivo de autores: *Diccionario de Derecho privado*, t. 1, p. 450.

gida a los poderes públicos en el Artículo 39 de la Constitución⁸ ante la familia, dejan sentado su no equiparación al matrimonio legal.

Al contrario de lo sucedido en el nivel estatal, los ordenamientos jurídicos autonómicos han aportado normas reguladoras de las parejas de hecho en virtud de la competencia legislativa para la “conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales (...)” que les atribuye la Constitución española (Artículo 149.1.8) con gran peso en la actualidad. Un ejemplo podemos encontrarlo en la comunidad autónoma de Cataluña, cuyo Parlamento fue el primero en regular las uniones consensuales. Consideradas una categoría distinta al matrimonio, no recogidas en el Código de familia de esta comunidad, requirieron de una normativa especial. La Ley 10/1998, de 15 de julio, regula las uniones estables de pareja.⁹

En lo relativo al patrimonio, con esta normativa, la pareja puede disponer el régimen de los bienes que

posean, los derechos y deberes, de forma verbal, por escrito privado o en documento público; también pueden regular compensaciones económicas, como pensión alimenticia, por hijos comunes, etc. Si no hay pacto, los miembros de la pareja estable contribuirán al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes en proporción con sus recursos. Tal situación equilibra un tanto la posición patrimonial de las uniones no formalizadas con el matrimonio en cuanto al régimen económico.

En la ley catalana rige el principio de que los miembros de la pareja heterosexual, si no han optado por el matrimonio es porque no desean casarse; de conformidad con ello, no se les reconocen derechos en la sucesión intestada,¹⁰ pero el sobreviviente ostenta derechos referidos a la permanencia en la vivienda común y a subrogarlo en la condición de arrendatario de esta. No tienen derecho a la pensión de viudez, ya que el Tribunal Constitucional exige el vínculo matrimonial para obtener este beneficio.

8 Benedicto XVI: “El fundamento antropológico de la familia, *apud* Leonardo B. Pérez Gallardo, “El divorcio por mutuo acuerdo: mitos y tabúes”, en *Derecho notarial*, La Habana, 2008, t. 3, p. 234.

9 La Ley también regula las uniones estables homosexuales diferenciándolas de las heterosexuales, “respetando —dice el Preámbulo— la especificidad de cada modalidad. La pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa, es por voluntad propia. La pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee. La primera es capaz de engendrar descendencia biológica, la segunda no”. Han sido varios los autores que han criticado esta división, pero es una realidad que con esta ley las uniones heterosexuales cuentan con mayor protección que las homosexuales; puesto que la equiparación con el matrimonio es mayor y gozan de menos restricciones para su reconocimiento y para el ejercicio de los derechos: las uniones heterosexuales pueden adoptar y las homosexuales no; en sucesiones, las parejas homosexuales tienen mayores dificultades para heredar, especialmente en sucesiones intestadas, etc.

10 Mata de Antonio, José María: *Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación?*, p. 197.

La regulación más abundante y básica sobre esta materia consiste en la ordenación de registros de parejas de hecho. En la actualidad existen en España unos cien registros de parejas de hecho de ámbito municipal. Sin embargo, estos registros tienen un marco de competencia mayor, pues en ellos se pueden inscribir voluntariamente las uniones no matrimoniales de convivencia estable, incluso de parejas del mismo sexo y sus efectos son más bien declarativos.

En América del Sur, la configuración jurídica de las uniones de hecho es bien disímil. Va desde un silencio legislativo total ante una realidad cada vez más cotidiana, hasta un trato igualitario o equivalente al matrimonio como base de la familia y el Estado.

Cual ejemplos de una regulación en favor de apadrinar los derechos de las parejas vinculadas fácticamente, podemos citar los códigos de familia de Panamá, Costa Rica y Bolivia. La norma de estos cuerpos legales latinoamericanos ha sido la de equiparar o asemejar las tan citadas uniones a los matrimonios en algunos de sus efectos, principalmente patrimoniales. Aún existen serios tabúes para una total identidad entre ambas figuras, fundamentados, por lo general, en conceptos ancestrales de matrimonio y en su papel dentro de la sociedad monogámica.

En los casos en que la relación marital se subordina a su formalización legal, las uniones de hecho son reguladas como institución familiar que posee puntos de conexión con el matrimonio,¹¹ pero, en puridad, no lo son. De modo distinto ocurre cuando el consorcio matrimonial se asienta en la voluntad de hacer vida en común.¹²

Por otra parte, es habitual otorgar el calificativo de convivientes a los miembros de dicha relación, lo que resalta el elemento que provoca el nacimiento de efectos jurídicos entre sus miembros: la convivencia. Puede entenderse este apelativo como un estado conyugal vigente, mientras exista la cohabitación, incluso luego de disuelta, sustentado por condiciones concretas.¹³

En lo relativo al patrimonio de las uniones, se suele extender la regulación del régimen económico del matrimonio, al primar en América el régimen convencional. No es extraño encontrarnos con el imperio de las capitulaciones matrimoniales y, en su defecto, el impuesto por ley, bien de separación absoluta de bienes, bien de participación de ganancias (artículos 37 y 40 de la ley familiar de Costa Rica).

En Bolivia, se establece para ambas categorías un régimen legal de comunidad parcial o limitada de ad-

11 El Código de familia de Costa Rica (Artículo 13) y el boliviano (Artículo 41), regulan el matrimonio formalizado y las uniones conyugales libres o de hecho, en títulos separados, como figuras afines.

12 El Código panameño (Artículo 26) no subordina el concepto de matrimonio a su formalización legal.

13 José María Mata de Antonio: *Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación?*, p. 197.

quisiciones onerosas durante el matrimonio o la convivencia, aunque en esta última es un tanto limitada la condición de bienes comunes (Artículo 162).

Tradicional es, también, en la esfera hispanoamericana que analizamos, la previsión de un proceso judicial para la declaración de la unión cuya acción está en manos de los propios convivientes, además de sus herederos, en caso de fallecimiento de uno de ellos. La previsión de una vía contenciosa, a los fines de otorgar fuerza legal a una situación de hecho y de derecho como las uniones no formalizadas, se encuentra en consonancia con el carácter especial de las relaciones familiares, entre estas las conyugales.

Otro aspecto que resalta en la esfera procedimental del tema abordado es el establecimiento de un término de caducidad para el ejercicio de la acción de solicitud de reconocimiento de la unión en caso de muerte de uno de los convivientes, aunque en algunos casos se establece, también para el caso de las rupturas voluntarias (Artículo 243). Lo anterior se debe a que no es posible dejar abierta indefinidamente la posibilidad de ejercicio de la descrita acción, pues ello colocaría en estado de incertidumbre jurídica las relaciones futuras llevadas a cabo por uno (en caso de muerte) o ambos convivientes con terceras personas y con bienes o derechos propios o comunes.

UNIONES MATRIMONIALES NO FORMALIZADAS

En el contexto cubano, las uniones matrimoniales no formalizadas han emergido como fenómeno social y jurídico que se generaliza en la actualidad. Ante el panorama nacional, es preciso prestar la debida atención a este particular, ya que, aun cuando los matrimonios siguen siendo la situación conyugal mayoritaria, la tasa de divorcios es alarmante (604 098 en el período de 1994 a 2005), disminuida en los últimos tiempos por el incremento de relaciones informales como alternativa al vínculo oficializado.

El aumento de los lazos no oficiales es apreciable, al tener en cuenta que los niveles de casamiento han disminuido de un 13,5% en 1971 a un 4,9% en 2003 por cada mil habitantes. Se ha comprobado que, luego de extinguido el primer matrimonio, de las relaciones que inician los antiguos esposos solo el 3,9% de los hombres y el 4,8% de las mujeres vuelven a formalizar el vínculo afectivo,¹⁴ lo que permite ilustrar la enorme relevancia social que posee el tema en cuestión.

Los artículos 8 y 19 del Código de familia regulan esta figura en la sección tercera del título I, "Del matrimonio no formalizado". A pesar del marcado interés del legislador de considerar a la unión voluntaria entre hombre y mujer, nunca formaliza-

14 Mayda Álvarez Suárez: *La Familia Cubana: Políticas públicas y cambios socio-demográficos, económicos y de género*, Centro de Estudios de la Mujer (CD).

da ni reconocida judicialmente como matrimonio, existe una manifiesta contradicción entre la denominación de la sección y su normativa, por la cual no hay tal matrimonio no formalizado sino unión matrimonial que al reconocerse o formalizarse se convierte en matrimonio.

Aun cuando el tribunal competente reconozca como matrimonio la unión que existió entre dos personas, ello trae aparejada una serie de efectos legales. Por las características de esta institución, determinadas consecuencias propias del matrimonio no le son aplicables por la distancia temporal que media entre el reconocimiento de la unión y su existencia material. De ahí que no podamos hablar de una transportación total de los efectos de matrimonio a la unión reconocida judicialmente.

Con respecto al matrimonio formalizado, conocemos que trae aparejado dos regímenes especiales: el personal y el económico. Al trasladar ambos a la unión matrimonial reconocida, podemos constatar que el régimen personal (artículos del 24 al 28 del Código de familia) no resulta adaptable. La pareja ya no lleva una vida en común en la que tiene cabida el conjunto de derechos y deberes de un cónyuge para con el otro.

No surge entre excónyuges la obligación recíproca de dar alimentos ni la posibilidad de ejercer tutela sobre el miembro de la pareja que es declarado incapaz, como tampoco la posibilidad de adopción del hijo de uno por el otro (artículos 123.1, 148.1 y 101 del Código de familia). En igual sentido, y aun cuando, para algunos,

más que un problema puede resultar un alivio, no opera el parentesco por afinidad.

El factor que provoca las referidas exclusiones es la condición de cónyuges exigida por ley para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones. Los unidos, mientras persiste su relación, viven como cónyuges, sin serlo a los efectos legales por falta de oficialización. La formalización del matrimonio con efectos retroactivos sí extiende la condición de cónyuges al presente y al pasado de la pareja.

Muy distinto ocurre con el régimen económico imperante, tanto en el matrimonio formalizado como en la unión reconocida judicialmente, según lo expresa el Artículo 29 del Código de familia.

Amplio es el campo de acción que, según nuestro Código de familia, tiene la comunidad de bienes como régimen matrimonial, si tenemos en cuenta que los principios doctrinales en materia de régimen económico del matrimonio establecen, por excelencia, que este nace con su celebración. La ley familiar cubana deja sentado que los derechos patrimoniales más que por la formalización o el reconocimiento judicial del trato marital, le asisten a la pareja por el hecho de haber aportado al mantenimiento del hogar común.

Analizadas estas cuestiones, podemos esbozar como derechos de unión reconocida, similares a un matrimonio formalizado, los siguientes:

Derecho sucesorio. Para el unido superviviente en caso de muerte del otro, que incluye el derecho a ser pensionado por la seguridad social.

Derecho a liquidar la comunidad de bienes. Tanto en el caso de muerte de uno de los integrantes de la pareja como cuando ambos se mantengan con vida.

Inscripción en el Registro del Estado Civil. Una vez convertida en firme, la sentencia de reconocimiento es inscrita en la oficina municipal del mencionado registro que corresponde al municipio del promovente (Artículo 58 Ley del Registro del Estado Civil, y 113 de su Reglamento).

Reconocimiento de los hijos. Por presunción de filiación, procede para los concebidos y nacidos durante el período reconocido como matrimonio, de no haber sido inscritos como tal (Artículo 74.1 del Código de familia y 45 de la Ley del Registro del Estado Civil).

Sin embargo, no en todos los casos la legislación sustantiva y procesal cubana prevé una efectiva protección de estos derechos esencialmente económicos de los unidos; tienen que emplearse otras figuras jurídicas para enmendar las lagunas legislativas o transformar sencillos trámites en complejos procesos que provocan molestias o, en los peores casos, frustran los derechos patrimoniales de los que efectivamente vivieron en matrimonio.

Concluida la relación matrimonial, formalizada o no, la distribución del

patrimonio conyugal constituye una de las cuestiones más controvertidas, lo que potencia la necesidad de establecer mecanismos procesales eficaces para el aseguramiento de los derechos patrimoniales que emanan de la vida en común, máxime si se originan en un vínculo puramente consensual.

El Artículo 5.2 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), establece como competencia de los tribunales municipales (TMP) conocer, en primera instancia, las demandas sobre reconocimiento de uniones matrimoniales no formalizadas.¹⁵

El proceso de reconocimiento judicial de unión matrimonial no formalizada adolece de un pronunciamiento legal específico referido a la aplicación de prescripción o caducidad sobre acciones y derechos implicados en él. Ante el vacío legislativo, es aplicable el término general de prescripción de las acciones civiles (Artículo 114 del Código civil). Si las relaciones expiraron hace cinco años, o más, la citada excepción puede ser presentada por el (o los) demandado(s) o por el fiscal.¹⁶

En múltiples ocasiones, los favorecidos con tal posibilidad procesal no hacen uso de ella, sobre todo por desconocimiento ante el silencio legislativo, lo cual provoca que unio-

15 El Código panameño (Artículo 26) no subordina el concepto de matrimonio a su formalización legal.

16 La legislación boliviana continúa llamándolos así, incluso después de la disolución de la unión (artículos 168 y 169). En Costa Rica, se les denomina de igual forma, aun cuando se reconoce la unión luego de su disolución (Artículo 245). En el Código panameño, al igualarse al matrimonio, son convivientes antes de su inscripción, pero luego son cónyuges, pues se mantiene la relación.

nes extintas en un pasado ya lejano irrumpen en el presente de sus protagonistas y afectan su estatus patrimonial e incluso personal.

La aplicación de un término prescriptivo no resulta atinada en un proceso que proyecta derechos nacidos en eventos conyugales acabados y no legalizados. Por ello, consideramos que, en los procesos de reconocimiento judicial de uniones matrimoniales no formalizadas, debe operar la caducidad del derecho a reconocer la relación.

Al analizar el interés jurídico protegido con la caducidad y la prescripción, comprobamos que la primera protege un interés general: la vertiginosa certitud de una situación jurídica sujeta a posible o eventual modificación; mientras que la segunda protege un interés individual: el del sujeto que podrá invocarla resistiéndose al ejercicio moroso de un derecho, sin olvidar que también la prescripción dota de estabilidad a relaciones jurídicas cuya prolongación afecta el tráfico jurídico.

En el Derecho de Familia, las acciones tienen una connotación diferente a las del Derecho civil, dadas las características de las relaciones que este regula. La valoración doctri-

nal civilista de acción de reconocimiento judicial de unión matrimonial como prescriptible no resuelve cabalmente la incertidumbre que revestirán las futuras relaciones de los miembros de esa pareja disuelta, incluso más allá del ámbito económico.

Si analizamos las causas de extinción de las uniones libres, tenemos como primordiales: la ruptura voluntaria y el fallecimiento de uno de sus miembros.¹⁷

Cuando la relación se termina por voluntad expresa de una parte, o ambas, se patentiza una negativa axiomática a la vida conyugal. Los lazos puramente afectivos que los unían se han quebrado y cada cual ha quedado en condiciones de asumir nuevos derroteros (contraen relaciones de pareja, formales o no, realizan acciones dispositivas sobre sus bienes, etc.). ¿Por qué, entonces, dejar abierto inciertamente el eventual reconocimiento ante el imperativo de intereses económicos?

¿Cuán efectivas podrían ser las consecuencias patrimoniales de una unión matrimonial reconocida, cuando por el paso de los años ya se han deteriorado, enajenado o desaparecido bienes presumiblemente comunes? ¿Cuán cierta podría ser la liqui-

¹⁷ La formalización del vínculo podría ser considerada, igualmente, una causa de extinción de la unión de hecho. Cuando los implicados formalizan matrimonio con carácter retroactivo, se incorpora el lapso de informalidad a la institución matrimonial. Dicho fin podría lograrse con un mayor grado de veracidad, a partir de la sustanciación de un proceso ordinario de reconocimiento judicial. De preverse imperiosamente esta vía en la legislación, sería atinado establecer un término breve de caducidad para el ejercicio de la acción correspondiente. El Anteproyecto se pronuncia al respecto proponiendo que este sea de un año (Artículo 20). En estos casos, ya existe un matrimonio, y prolongar su existencia se convierte en un interés propio de los esposos que no requiere de su prolongación en el tiempo.

dación de la comunidad matrimonial de bienes, concomitante con otra de matrimonio formalizado o de unión de hecho posterior?

Si tenemos en cuenta que, en las uniones matrimoniales no formalizadas, la situación jurídica afectada por el ejercicio aplazado del derecho de reconocimiento se considera definida para los implicados desde su culminación, exigiendo un rápido tránsito a su definición legal, debe operar la caducidad y no la prescripción.

Por ello, estamos contestes con la propuesta planteada en el Anteproyecto de Código de familia que, en el Artículo 20 establece un término de caducidad para el ejercicio de la acción de reconocimiento de cinco años ante la disolución de la unión por causa distinta al fallecimiento de uno de sus miembros.

Nada impide que el derecho a solicitar el reconocimiento como matrimonio de una relación consensual sea sometido a caducidad, pues, a decir de la profesora Caridad Valdés: “la opción por una u otra (prescripción o caducidad) es, más que cualquier otra cosa, una cuestión de política jurídica, por lo que cualquier derecho o poder jurídico es per se apto para ser sometido por ley a caducidad. Por ello lo más adecuado

resulta utilizar como criterio delimitador el de la interpretación en cada caso de la disposición legal”.¹⁸

Cuestión distinta ocurre cuando la relación de hecho concluye por la muerte de uno de los unidos. En principio, la pérdida de un ser querido es un acontecimiento que no se supera fácilmente, más cuando esa persona es el compañero de vida o el progenitor que nos guía y protege. Además, los derechos sucesorios como derechos personales no prescriben (Artículo 124b del Código civil) y son estos los que se ponderan al producirse el reconocimiento de la unión tras la muerte de uno de sus miembros.

En este caso, la acción no debe someterse a término alguno, tanto si la ejerce el excompañero de vida, como si le correspondiera a los hijos habidos durante la relación. Justamente, estas personas, allegadas al causante, exhibirían una posibilidad ilimitada de que se les reconozcan derechos devengados del período de convivencia matrimonial, tronchado no por intención deliberada, sino por causa natural.¹⁹

Emitida la sentencia que reconoce la unión matrimonial no formalizada como matrimonio pretérito, uno de sus efectos fundamentales es el derecho a liquidar la comunidad matri-

18 Caridad del Carmen Valdés Díaz: *Derecho Civil, Parte General*, p. 276.

19 La Sentencia No. 313, de 30 de mayo de 2007, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular acoge con lugar el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de No. 4 de 31 de enero de 2007 dictada por la Sala Primera de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Popular Provincial (TPP) de Ciudad de La Habana, que sostenía el criterio de la imprescriptibilidad de la acción dirigida a tales fines sustentado en el carácter personal de los derechos implicados, olvidando que los derechos que ostentan los antiguamente unidos están ligados al patrimonio. (*Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 2007, pp. 48-50.)

monial de bienes que se deriva de la declaración.

En analogía con el divorcio en instancia judicial, donde las diligencias de liquidación de comunidad matrimonial se tramitan en el propio expediente en que se sustanció el proceso (Artículo 392, LPCALE), luego del reconocimiento judicial, la liquidación se sustancia en trámites de ejecución.

Según se ha pronunciado el TSP: “(...) la resolución de la pretensión de liquidación de comunidad de bienes de un matrimonio judicialmente reconocido, está supeditada al éxito de la de reconocimiento de esa unión; (...) y de ahí que la sentencia que se dicte no puede ir más allá de la disposición de que se liquide la comunidad a que dio origen el matrimonio reconocido por esa misma sentencia; oportunidad a partir de la cual, aquella se acomodará en lo pertinente a las disposiciones correspondientes a la división de la herencia”.²⁰

Amén del mandato jurisprudencial, no se halla en el texto sustantivo, ni en el procesal, una remisión expresa a tales diligencias, luego del reconocimiento del matrimonio, por no ser este contemplado como causa de su extinción. No obstante, “ello no ha sido inconveniente para que la misma regla se utilice en el divorcio notarial e incluso se sigue igual trámite en los casos en los que el vínculo matrimonial se extinga por sentencia dictada en procesos de reconoci-

miento judicial de uniones matrimoniales no formalizadas”.²¹

Los artículos 392 tercer párrafo de la ley de trámites, y 40 del Código de familia establecen un término de caducidad de un año para instar la liquidación de la comunidad de bienes matrimoniales, una vez extinto el vínculo conyugal por divorcio o nulidad, transcurrido el cual los bienes muebles con carácter de comunes quedan en propiedad de aquellos que ostenten su posesión.

No opera tal postulado normativo en el reconocimiento de unión matrimonial no formalizada, por ausencia de referencia expresa, por lo que le es aplicable supletoriamente el término de prescripción de un año previsto para las acciones civiles derivadas de resolución firme (Artículo 116b Código civil).

La prolongada indefinición legal de los litigantes, con respecto a su patrimonio, impide iniciar con certeza una nueva comunidad matrimonial de bienes, que en modo alguno guarde relación con la anterior, lo que potencia las dificultades que la acumulación de diferentes liquidaciones acarrea.

La anarquía en cuanto a los bienes que pertenecen a cada una de las comunidades matrimoniales constituidas, y la enajenación, pérdida, ocultación y deterioro de los bienes, son algunas de las afectaciones que sufren los derechos patrimoniales derivados de la vida en común no oficializada.

20 Sentencia de casación No. 16, de 4 de julio de 1975.

21 Lucila Nivia González Pacheco: “La protección de los bienes integrantes del patrimonio matrimonial en el ordenamiento jurídico cubano”, p. 47.

Como apunta la profesora Olga Mesa, la intención del Artículo 40 del Código de familia (que puede entenderse igualmente con respecto al Artículo 392 de la LPCALE) fue “(...) la de eliminar complejidades, procurando la pronta certidumbre de la situación, agilizando las operaciones de liquidación y como medio de prevenir a los excónyuges de que sean diligentes en el orden de liquidar bienes, so pena de que habrá un perjuicio para uno de ellos, o para ambos, si no lo hacen así”.²²

Por consiguiente, consideramos inaceptable la no aplicación a las uniones matrimoniales reconocidas judicialmente del término de caducidad de un año que establecen los artículos 40 del Código de familia y 392, párrafo tercero, de la LPCALE. De esta forma, se vulneran tanto los intereses patrimoniales de los unidos como de los hijos, principales beneficiarios de ese patrimonio, y se prolongan azarosamente trámites judiciales.

Estamos hablando de un postulado normativo concebido precisamente para resolver problemas prácticos que se avizoraban luego de extinto el matrimonio, pues, como dijera el profesor Peral: “Como quiera (*sic*) que la demora en la práctica de la liquidación trae graves inconvenientes y conspira contra la viabilización de la misma (...) el Código de familia procura simplificar esa situación mediante una disposición que

constituye una singularidad propia de nuestra legislación”.²³

Aun cuando la liquidación de la comunidad responde a un interés eminentemente personal, los bienes que la conforman no permanecen ajenos al tráfico jurídico, por lo que deben ser valoradas las repercusiones de la indeterminación de su estatus sobre terceras personas. En consecuencia, continúa primando “un interés general que es el interés comunitario en la pronta certidumbre de una situación jurídica que se encuentra pendiente de una posible o eventual modificación”.²⁴

El Artículo 44 del mencionado Anteproyecto de Código de familia plantea que, transcurrido el plazo de un año de la extinción del matrimonio por cualquier causa, excepto la muerte, sin iniciarse liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, cada cónyuge queda como propietario único de los bienes muebles de propiedad común, cuya posesión haya mantenido a partir de dicha extinción.

La salvedad expresada tiene su soporte en que la acción para pedir la partición de la herencia es imprescriptible y la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes está inmersa en el referido proceso sucesorio.

El proceso de reconocimiento de unión matrimonial se promueve, casi generalmente, cuando hace prolongado tiempo feneció la relación. Ello

22 Olga Mesa Castillo: *Derecho de Familia*, p. 68.

23 Daniel Peral Collado: *Derecho de Familia*, p. 62.

24 Luis Díez-Picazo y A. Gullón Ballesteros: *Sistema de Derecho civil*, p. 464.

provoca que muchos de los bienes integrantes, en algún momento, de la comunidad patrimonial no existan, se hayan deteriorado o empleado en beneficio personal; pero, al promover las diligencias para la liquidación de la comunidad matrimonial, se incluyen como bienes en mano común.

En virtud del Artículo 29, segundo párrafo del Código de familia, es procedente la mencionada inclusión; pero, en ocasiones, resulta poco operante, ya que, al no constar corpóreamente los bienes por ser fungibles o deteriorarse por el paso del tiempo, resulta extremadamente arduo al tribunal disponer el pago reclamado.

Ante tal panorama, y considerando que no provocaría una laceración a los derechos de los anteriormente unidos, proponemos ver la liquidación sobre los bienes comunes existentes al producirse la firmeza de la sentencia que declaró el matrimonio pretérito.

Si los miembros de la pareja han dejado transcurrir más de cinco años desde su ruptura para pedir el reconocimiento judicial de su unión de hecho y, obtenida una sentencia estimatoria postergan la liquidación hasta casi un año después, su propio actuar negligente o imprudente va en detrimento de sus derechos patrimoniales. No podemos pretender que cada persona se convierta en depositario pasivo de los bienes que posee y, previendo una latente liquidación, los preserve intactos. La dinámica cotidiana es más rica y el Derecho no puede encasillarla.

Si bien nuestras propuestas están encaminadas a propiciar una mayor intervención del tribunal para limitar la declaración de matrimonios vetustos y liquidaciones postergadas, lo fundamentamos sobre el carácter eminentemente social que tiene el Derecho de familia y particularmente en Cuba.

NECESIDAD DE MEDIDAS CAUTELARES

La actividad jurisdiccional de los tribunales se manifiesta a través de dos funciones: declarativa (juzgar) y ejecutiva (hacer ejecutar lo juzgado), entre las que media un período más o menos prolongado; este, por su mero transcurso o por actuación del perjudicado, puede convertir en inútil la resolución que se dicte.²⁵ Una de las formas de evitarlo es mediante medios asegurativos previos o concomitantes al proceso principal.

Las medidas cautelares aparecen como los medios jurídico-procesales que tienen por función evitar actos que impidan o dificulten la satisfacción de la pretensión. Son las que combaten los efectos negativos de la duración de los procesos y refuerzan la efectividad de las resoluciones judiciales.

La doctrina no es uniforme al abordar los presupuestos de las medidas cautelares. Una mayoría (entre ellos, Lino Enrique Palacio y J. Ramiro Podetti) se inclina por delimitar tres: verosimilitud en el derecho –*fumus boni iuris*–; peligro en la demora –*periculum*

25 Silvia Barona Vilar: *Medidas cautelares*, p. 2.

in mora— y prestación de contracautela, mientras una minoría (a la que se afilian Carlos I. Colombo e importantes procesalistas patrios, como el profesor Mendoza) solo considera como tales los dos primeros, sin concebir la prestación de contracautela cual garantía de equilibrio e igualdad procesales.

La verosimilitud en el Derecho hace alusión al carácter de accesorias de las medidas cautelares con respecto al objeto del proceso en el cual se solicitan. Por ello, el derecho que se pretende asegurar debe ser creíble, para evitar que quien ningún sustento jurídico contenga en su petición pueda perjudicar a terceros. No precisa certeza total de juzgador.

La simple convicción con respecto al acogimiento del objeto de la pretensión principal es suficiente para acogerla. Tal persuasión se encuentra estrechamente asociada a la calidad de la prueba aportada.

El peligro en la demora, como otro presupuesto, supone el interés jurídico que justifica la medida. Su dictado pretende evitar un daño irreparable o la frustración temida se transforma en efectiva. Igualmente, debe acreditarse tal supuesto, no partiendo del temor o creencia del reclamante, sino, según aclara Podetti, “de hechos que puedan ser apreciados, en sus posibles consecuencias, aun por terceros”.²⁶

Tres principios cardinales rigen las medidas cautelares como institutos procesales:

1. Exclusividad jurisdiccional. Son los jueces quienes pueden decre-

tar su aplicación, de oficio o a instancia de parte.

2. Proporcionalidad u homogeneidad. Debe existir un balance entre la medida aplicada o solicitada y el resultado que se pretende asegurar.

3. Provisionalidad o temporalidad. Partiendo del principio *rebus sic stantibus* varían en dependencia de los motivos que las soportan, y pueden ser sustituidas o canceladas.

Inicialmente proyectadas para procesos civiles de carácter patrimonial, no es reciente su aplicación en materia familiar en las más diversas situaciones: para satisfacer necesidades urgentes en procesos de alimentos, para mantener un vínculo como en casos de divorcio con respecto a los hijos menores, etc. También se hace cotidiano su empleo para salvaguardar derechos patrimoniales de los excónyuges.

En los procesos familiares cubanos, especialmente los referidos a divorcio o reconocimiento judicial de unión matrimonial no formalizada, se han expuesto trabas ante los requerimientos de empleo de medidas cautelares. La liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, según la preceptiva del Código de familia y la Ley de trámites, adolece de preceptos que habiliten providencias precautorias para la protección de los bienes comunes. En nuestro país, los copartícipes de la comunidad que tiene su fuente en el matrimonio se ven limitados en el ejercicio de sus

26 J. Ramiro Podetti: “Tratado de las medidas cautelares”, [s. p.].

derechos, como consecuencia de la desprotección que sufren los bienes adquiridos durante la vida matrimonial una vez que se extinga esta, salvando el caso de muerte de uno de los comuneros.

La LPCALE (Artículo 527) establece que, al producirse el deceso, el cónyuge sobreviviente o cualquier heredero abintestato pueden acudir al tribunal para solicitar diligencias preventivas. El órgano jurisdiccional se constituye en el lugar señalado (v. *gr.* vivienda del causante) para inventariar los bienes existentes y nombrar gestor depositario con vistas al proceso sucesorio. Todo ello puede ejecutarse tanto a instancia de parte como de oficio, según lo amerite el caudal hereditario por su valor o estado de desprotección (Artículo 528).

Hasta proceder a la partición y adjudicación, los bienes están protegidos. El cónyuge supérstite disfruta así de protección a sus derechos patrimoniales no solo como heredero, sino también los relativos a su participación en la comunidad matrimonial de bienes que previamente habrá que liquidar. No ocurre ante el divorcio o el reconocimiento judicial de unión matrimonial no formalizada, también causas de extinción del matrimonio, a pesar de que, como expresa De la Fuente López: "...la muerte constituye la causa más natural de extinción del vínculo matrimonial real y tristemente no es la más común".²⁷

El divorcio constituye hoy la principal causa de conclusión del matrimonio y muy unido a este fenómeno, o quizás consecuencia directa de él, encontramos el incremento de relaciones de pareja puramente consensuales. Según el Censo de Población y Vivienda de 2002, un 35% de la población mayor de 15 años poseía el estado conyugal de casados, y el 26% la condición de unidos.

"Cuba ostenta la mayor tasa de divorcio de América Latina y el Caribe y la duración promedio del primer matrimonio es de cinco años. Paralelo al aumento del divorcio se ha dado un fuerte incremento de la consensualidad en los grupos menores de veinte años (...) Nada apunta hacia la desaparición de la pareja humana, pero sí hacia una ruptura y distancia con modelos tradicionales de relación que ya no le son funcionales, ni a los individuos ni a la sociedad en su conjunto".²⁸

El principal argumento para obstruir la aplicación de medidas cautelares en los procesos de reconocimiento judicial está referido a la pretensión que con él se resuelve: declarar como matrimonio una relación consensual; pero, al analizar el fin último o motor impulsor de estos, se destruiría toda incompatibilidad.

Según se ha comprobado en la práctica judicial el reconocimiento de unión matrimonial no formalizada casi siempre se solicita por una de

27 Jorge de la Fuente López: "Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de familia. Ideas en torno a esta polémica", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 38, 2002, p. 26.

28 Patricia Arés: "Psicología de la familia, Pareja: retos y realidades", en *Mujeres*, no. 4, p. 73.

las partes interesadas en compartir bienes adquiridos durante la unión, beneficiarse con posibles herencias y legalizar trámites de viviendas. Son pocas las parejas que las solicitan sin motivaciones materiales. Incluso dichos procesos tienden a ser interpuestos ante la imposibilidad de realización de sus efectos patrimoniales al acudir directamente al órgano administrativo.

Ejemplo típico lo encontramos en las direcciones municipales de la Vivienda, donde acuden a los fines de ser tenidos como copropietarios de la vivienda construida durante la unión, o para adjudicarse la propiedad del inmueble, luego del fallecimiento de su propietario, en virtud de los postulados sobre los derechos del cónyuge superviviente que recoge la Ley General de la Vivienda.²⁹

Esta tendencia a reconocer la unión con objetivos patrimoniales da la medida de la importancia que tales derechos revisten para las partes. Por ello no deben levantarse óbices para evitar su ocultación, destrucción, daño o enajenación.

Si analizamos sistemáticamente nuestra Ley de trámites, podemos apreciar que el Artículo 40, considerado por algunos intérpretes fuente formal supletoria de arbitrio judicial, franquea la posibilidad de que el tribunal, ante una situación de evidente indefensión que amenace con provocar un grave perjuicio y que no

posea solución específica en la ley, pueda adoptar las medidas necesarias para restablecer la equidad procesal. La propia ley contempla una vía para su aplicación ante cualquier proceso, máxime cuando el TSP en la Instrucción No. 187, de 20 de diciembre de 2008, en el quinto de los aspectos aprobados, plantea que, entre las medidas que franquea el citado artículo, se incluyen las de tipo cautelar. No olvidemos que en este aspecto se incluyen, por extensión de su aplicación a los procesos civiles, las formuladas para el procedimiento económico. De los presupuestos teóricos de las medidas cautelares, salta a la vista su compatibilidad con el proceso de reconocimiento judicial de unión matrimonial no formalizada. En primer lugar, el *fumus bonis iuris* se sustenta en la posibilidad de que exista efectivamente un matrimonio de hecho entre las partes, creencia inducida a través de los medios de prueba. Además, el carácter provisional de las medidas cautelares permite su desaparición cuando el desarrollo del proceso lo demuestre.

En segundo lugar, la propia promoción del proceso de reconocimiento de unión consensual crea una muy fuerte presunción de conflicto. Las partes por sí mismas no formalizaron matrimonio y, luego de la ruptura, usualmente, por la emersión de problemas con la titularidad de bie-

29 El Artículo 70b habilita la donación del inmueble a favor del excónyuge. El 78, segundo párrafo, le confiere derecho a adquirir la vivienda de su anterior pareja, si la habitó durante los cinco años previos a su fallecimiento y solo se encuentra ocupada por no herederos de aquel, entre otros.

nes adquiridos durante la vida en común, reclaman un pronunciamiento del tribunal. Por lo tanto, el *periculum in mora* es axiomático.

Cuando el amor es razón y motivo de la relación, dar y recibir se convierten en los principios rectores de la convivencia; pero fenecido este sentimiento, es preciso tomar providencias para resguardar las huellas materiales de la compatibilidad conyugal. Con la separación nacen desavenencias, hostilidades que pueden alcanzar diversos niveles y desencadenar actos que persigan la frustración del derecho de su, ahora, contrario.

En nuestra legislación procesal civil, la concepción cautelar arroga la forma de actos preparatorios, diligencias preventivas del proceso sucesorio y el embargo preventivo de bienes (artículos 216 al 222, del 527 al 534 y del 460 al 472). Solo se encuentran bajo el concepto de medidas cautelares en el procedimiento económico (artículo 803 del Decreto-Ley 241, de 26 de septiembre de 2006, modificativo de la Ley 7).

Las diligencias preventivas son especiales, concretas; concebidas ante herencias cuya masa patrimonial es significativa y por el entramado de conflictos que suscitan, comprenden acciones no solo de conservación, sino también representación a través del gestor depositario. El caudal matrimonial está conformado mayormente por la vivienda que constituyó el hogar conyugal y determinados bienes muebles de mayor valor utilitario que monetario, por lo que no le son factibles.

El embargo como medida cautelar resulta muy agresivo para estas

cuestiones. Con él, se afectan los derechos de una persona sin que la pretensión haya sido reconocida por el juez. Se produce una excepción al principio de disponibilidad patrimonial. Su principal inconveniente para los supuestos planteados radica en que el embargo preventivo recae sobre cualquiera de los bienes del presunto deudor.

Los procesos de reconocimiento de unión matrimonial no persiguen la satisfacción de una deuda, sino la declaración de un matrimonio pasado cuyo efecto económico determina la distribución de un patrimonio. No obstante, actos de mala fe de una parte pueden afectar el derecho de la otra. Aquí puede emerger una deuda y derivar en una solicitud de embargo en los trámites de ejecución. Pero no se ajusta como medida cautelar al proceso en sí.

En virtud de las características y fines del proceso analizado, provendría solicitar, previo a la demanda, la ejecución de un acto preparatorio, en especial la exhibición de cosas muebles y el reconocimiento judicial o dictamen pericial (Artículo 216.2 y 3, LPCALE).

Con la exhibición de cosa mueble, que trae aparejado su inventariado, se deja constancia de la preexistencia de los bienes declarados integrantes de la presunta comunidad matrimonial, derivada de un potencial matrimonio. Figuraría así la descripción, el estado físico, el valor aproximado y la ubicación de estos. El reconocimiento judicial podría operar en el caso de inmuebles, semovientes o, como prevé el apartado, por el estado de deterioro de los muebles.

El patrimonio matrimonial se conforma con las aportaciones de los miembros de la pareja y son ellos los que tienen conocimiento y declaran cuáles son esos bienes, aun cuando la ley establece la acreditación de tal condición e, incluso, su presunción, a falta de prueba en contrario (artículos 30 y 31, Código de familia).

Operaría similarmente lo dispuesto en el título I del libro segundo de la mencionada ley de procedimiento, incluyendo el plazo de 20 días para la interposición de la demanda (Artículo 221) y la obligación de indemnización ante daños y perjuicios sufridos por el destinatario del acto al no presentar demanda (Artículo 222).

Puede ocurrir que, al conocer la existencia, o no, de los bienes alegados como comunes, el estado y la condición de estos, el posible demandante desista de su propósito en el plazo que se le otorga para formular demanda de reconocimiento de la unión de hecho. De tal forma se economizarían trámites con los cuales, igualmente, no se obtendría el fin último esperado.

La providencia adoptada prolongaría su justificada vigencia hasta que la sentencia estimatoria o desestimatoria del reconocimiento se haga firme. En los supuestos en que se declare la existencia del matrimonio, prolongaría sus efectos, pues el peligro que amenaza a los bienes no ha desaparecido; al contrario, puede intensificarse.

Por ello, al establecerse el término de caducidad de un año para ejercer

la acción de liquidación similar al divorcio, la medida precautoria extendería su función por igual período de tiempo, mientras es otra la razón por la cual no es dable aplicar un embargo como medida cautelar en estos casos.

La implementación de medidas cautelares no es un asunto nuevo para los estudiosos del Derecho de Familia. Entre las propuestas de conformación de la muy necesaria legislación procesal familiar, está la promoción de medidas cautelares en cualquier proceso, bien de oficio, bien a instancia de parte.

Su estimación, vinculada al patrimonio, se franquea ante la extinción del matrimonio; y su nulidad, por la actuación temeraria y de mala fe de uno de los excónyuges. Ello, sin duda, comprende su inclusión en los procesos sobre matrimonios anómalos.

La salvaguarda de la familia, ya sea su origen legal o consensual, debe seguir constituyendo premisa del legislador y la jurisprudencia revolucionaria. En tal sentido, hacemos nuestras las palabras de dos importantes juristas patrios:

La Dra. Olga Mesa Castillo, en el acto de conmemoración del trigésimo aniversario de la promulgación y puesta en vigor del Código de familia, expresó: "Queridos compañeros, solo digo que la desprotección de los derechos en el ámbito más reducido de la familia, que puede fomentar familias disfuncionales, incide en la sociedad toda. No hay sociedad sana, si no lo es también la familia, como célula elemental que es de la sociedad".³⁰

30 Olga Mesa Castillo, *Revista Cubana de Derecho*, no. 25, enero-junio de 2005, p. 19.

Y Osvaldo Álvarez Torres, conocido procesalista, quien señaló: "Por constituir la familia cubana ese remanso de paz donde se establecen los más delicados goces del espíritu, de las ideas, por ser ese el núcleo fundamental del género humano donde nacen y se forman valores e ideas, y porque sin la familia no podrá existir Patria, Revolución ni Socialismo, es que a esa sociedad en pequeño que es la familia hay que protegerla, hay que dispensarle un tratamiento especial, tanto en el ámbito de las ideas como en el de su tutela legal".³¹

Se precisa potenciar el trabajo de las secciones especializadas en Derecho de Familia, con el uso de las prerrogativas del Decreto-Ley 241 y la apertura dada por la Instrucción No. 187, del Tribunal Supremo Popular, para que se alcancen cada vez resultados más efectivos, en correspondencia con la razón en que se inspira la legislación en vigor.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Suárez, Mayda: *La familia cubana: Políticas públicas y cambios socio-demográficos, económicos y de género* (CD), Centro de Estudios de la Mujer.

Álvarez Torres, Osvaldo: "Necesidad y posibilidad de un procedimiento y una jurisdicción especial de familia en Cuba" (ponencia en IV Conferencia Internacional de Derecho de familia), La Habana, 2006.

Arés, Patricia: "Psicología de la familia, pareja: retos y realidades", en *Mujeres*, no. 4, La Habana, 2008

Barona Vilar, Silvia: "Medidas cautelares", en www.europarl.eu.int/transles/plataforma/pagina/celter/bol48.htm. (Consulta: 20-10-08, 9:30 a.m.)

Colectivo de autores: *Diccionario de Derecho privado*, t. 1, Editorial Labar S. A., Barcelona, 1950.

Colectivo de autores: *Enciclopedia jurídica española*, t. 8, Francisco Seix, Barcelona, 1910.

Díez-Picazo, Luis y A. Gullón Ballesteros: *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1, 8.ª ed., 1998.

Fuente López, Jorge de la: "Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de familia. Ideas en torno a esta polémica", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 38, La Habana, 2002.

González Pacheco, Lucila Nivia: "La protección de los bienes integrantes del patrimonio matrimonial en el ordenamiento jurídico cubano" (tesis), Facultad de Derecho, La Habana, 2007.

Martínez Labrador, Yarisel: *El reconocimiento judicial de unión matrimonial no formalizada, su origen, evolución y vigencia actual* (CD), Capítulo provincial de Derecho civil y de familia, 2002.

Mata de Antonio, José María: *Parejas de hecho: ¿equiparación o discriminación?*, febrero, 2002, en [http://wzar.unizar.es/acad/fac/eues/bibeues/REVISTA_AIS/14_AIS/AIS_14\(09\).pdf](http://wzar.unizar.es/acad/fac/eues/bibeues/REVISTA_AIS/14_AIS/AIS_14(09).pdf). (Consulta: 15-8-08, 1:10 a.m.)

Mendoza Díaz, Juan: "Las uniones consensuales: Un tema pendiente para el Derecho de familia", en *Monografías*

31 Osvaldo Álvarez Torres: "Necesidad y posibilidad de un procedimiento y una jurisdicción especial de familia en Cuba" (ponencia), p. 1.

- com.htm/unióndehecho*. (Consulta: 15-8-08, 12:15 a.m.)
- Mesa Castillo, Olga: *Derecho de familia*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- _____: "Tratamiento jurídico de la unión de hecho en Cuba", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 18, julio-diciembre de 2001, La Habana.
- Peral Collado, Daniel: *Derecho de Familia*, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1973.
- Pérez Gallardo, Leonardo B.: "El divorcio por mutuo acuerdo: mitos y tabúes", en *Derecho Notarial*, t. 3, Editorial Félix Varela, La Habana, 2008.
- Podetti, J. Ramiro: "Tratado de las medidas cautelares", en *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, t. 4, 2.ª ed., actualizada, Ediar, Buenos Aires, 1969.
- Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho civil, bienes, derechos reales y sucesiones*, Editorial Porrúa, México, 2000.
- Valdés Díaz, Caridad del Carmen: *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.
- Ley No. 5476, de 7 de noviembre de 1973, Código de familia de la República de Costa Rica.
- Ley No. 1289, de 14 de febrero de 1975, Código de familia de Cuba, en vigor desde el 8 de marzo de 1975.
- Ley de Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico, Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977.
- Ley No. 51, de 15 de julio de 1985, Ley del Registro del Estado Civil, en *Gaceta Oficial de la República*, no. 50, de 22 de agosto 1985.
- Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988, Ley General de la Vivienda, modificada por el Decreto Ley No. 233, de 2 de julio de 2003.
- Ley No. 996, de 4 de abril de 1988, Código de familia de la República de Bolivia.
- Ley No. 3, de 17 de mayo de 1994, Código de familia de Panamá.
- Ley No. 10, de 15 de julio de 1998, de uniones estables de pareja, en *Diario oficial*, no. 2687, de 23/07/1998, en <http://noticias.juridicas.com/basedatos/CCAA/ca-l10-1998.html>.
- Decreto-Ley 241, de 21 de septiembre 2006, modifica la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral.
- Resolución de 25 de marzo de 1944, de la Dirección de Registros Civiles en Cuba.
- Resolución No. 157, de 25 de diciembre de 1985, Reglamento de la Ley 5/85, del Registro del Estado Civil.
- Dictamen No. 108, en *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, segundo semestre de 1980.
- Dictamen No. 289, 17 de mayo de 1988, en *Compendio de Acuerdos en Materia Civil*, Tribunal Supremo Popular.
- Instrucción No. 187, de 20 de diciembre de 2008, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Fuentes legales

- Constitución de la República de Cuba, Ley No. 1, promulgada el 5 de julio de 1940, en *Gaceta Oficial de la República*, no. 646, de 8 de julio de 1940 (derogada).
- Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, reformada constitucionalmente en los años 1992 y 2002.
- Constitución española, de 27 de diciembre de 1978. Última modificación: 13 de diciembre de 2004.
- Código civil español de 1888, hecho extensivo a Cuba en 1889 (derogado).

Anteproyecto de Código de familia, versión de 26 de mayo 2008, FMC y UNJC.

Fuentes jurisprudenciales

Sentencia de casación No.1, de 17 de enero de 1975, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, en *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, edición extraordinaria, La Habana, 1975.

Sentencia de casación No. 18, de 16 de abril de 1977, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, en *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, La Habana, 1977.

Sentencia de casación No. 16, de 4 de julio de 1975, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, en *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, edición extraordinaria, La Habana, 1975.

Sentencia de casación No. 136, de 25 de noviembre de 1980, Sala de lo Civil y

de lo Administrativo, en Rebeca Castro Torrens, "La buena fe en el contexto del Derecho de Familia" (*Boletín ONBC*, no. 25, octubre-diciembre de 2006, La Habana).

Sentencia de casación No. 36, de 9 de marzo de 1983, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, en *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, edición extraordinaria, La Habana, 1983.

Sentencia de casación No. 23, de 14 de febrero 1983, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, *Ibíd.*

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de 23 de diciembre de 1996, No. 34/1996 (Sala Civil), en Base de datos del Tribunal Provincial Popular (CD).

Sentencia No. 313, de 30 de mayo de 2007, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, en *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, edición extraordinaria, 2008, La Habana.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO CUBANO

M.Sc. Yumil Rodríguez Fernández
funcionario del Consejo de Estado

EL CONTROL DE constitucionalidad de las leyes, denominado también defensa constitucional o justicia constitucional, ha ocupado la atención de un número importante de teóricos constitucionalistas y es, quizás, una de las temáticas que más criterios ha generado.

Se considera la columna vertebral de los estudios de Derecho constitucional, pues comprende los mecanismos que posibilitan salvaguardar el carácter fundamental y superior de la Constitución, ante el resto de las normativas legales que conforman el ordenamiento jurídico de una nación y frente a posibles ataques de quienes representan el poder.¹

Su objetivo esencial es el mantenimiento del principio de supremacía constitucional, como generador de legitimidad y estabilidad jurídica, al tiempo que constituye la garantía más eficiente de la libertad y la dignidad del individuo pues impone al poder estatal y a los ciudadanos la obligación de enmarcar sus actos en la regla que prescribe la Carta fundamental.

La doctrina registra una pluralidad de propuestas para instituir un defensor o protector de la Constitución. Sin embargo, se distinguen las posiciones de los juristas Hans Kelsen y Carl Schmitt, quienes sostuvieron posturas antagónicas que responden a ideas diferentes de Estado y de Derecho.

Kelsen, dudoso de la capacidad de autocensura y moderación legislativa de los parlamentos en lo relativo al resguardo de la jerarquía normativa de la Constitución, postulaba las bondades de un órgano autónomo con facultades de anulación de las leyes contrarias a la Constitución.²

Es decir, un sistema centralizado de constitucionalidad, encomendado solo a un órgano supremo central, un tribunal constitucional creado expresamente para ello e independiente de cualquier otra autoridad estatal. La

1 Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, p. 294. Este autor, considerado uno de los padres del constitucionalismo moderno, al referirse a este tema expresó: "[...] es la búsqueda, por el hombre político, de las limitaciones del poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo por establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la autoridad existente".

2 Hans Kelsen: *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, p. 52.

función política de la Constitución es poner “[...] límites jurídicos al ejercicio del poder, y garantía de la Constitución significa certeza de que estos límites no serán rebasados, por ello, ningún órgano es menos idóneo para cumplir con la tarea de custodiar a la Constitución que aquel que tiene el poder político para violarla”.³

Schmitt, proponía confiar esa función al gobierno y, más específicamente, al jefe del Estado; defendía que la garantía de la Constitución era una función política, y no meramente jurisdiccional, y que pretender crear un tribunal constitucional sería un grave sinsentido que acarrearía la peligrosa consecuencia de politizar la jurisdicción. En sus argumentaciones sostenía: “[...] el peligro de que, en lugar de llevar el derecho político a la política, se lleve la política a la justicia, socavando su autoridad”.⁴

Con el decursar de los años, los países, de acuerdo con sus diseños constitucionales, han ido asumiendo diversas formas de ejercer el control constitucional.

Los dos grandes modelos reconocidos en la historia del Derecho constitucional son el político y el jurisdiccional, clasificación que se sustenta atendiendo al tipo de órgano encargado de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes y actos que infrinjan los principios y derechos fundamentales reñidos en la Constitución.

En el político, la función controladora está generalmente en poder del parlamento, o en un órgano especial o autoridad no judicial. Mientras, en el modelo jurisdiccional, el control se asigna a un ente administrador de justicia, dotado de jurisdicción y competencia para ejercer el control de constitucionalidad, mediante procedimientos previstos en la ley. Por sus formas de realización, se identifican dos grandes modelos: *el difuso o norteamericano*, y *el concentrado o austríaco-kelseniano*, que se diferencian entre sí de acuerdo con los órganos que intervienen y los efectos de sus decisiones.

El primero tiene su origen en Estados Unidos en 1803, y se caracteriza porque todos los jueces y tribunales velan por la superlegalidad de la Constitución, aunque las decisiones declarativas de inconstitucionalidad tienen efecto *inter partis*, es decir, solo implica la inaplicación de la norma en el caso concreto, aunque en el sistema norteamericano el valor del precedente judicial pudiera generar un alcance mayor.

Mientras, el modelo de Hans Kelsen en la Constitución austríaca de 1920, y se identifica en lo fundamental porque la facultad de ejercer el control constitucional, como su nombre lo indica, se encuentra concentrada en un órgano.

Algunos países lo han implementado con la creación de un tribunal constitucional ajeno a todos los poderes del Estado; y otros, mediante estructu-

3 Lorenzo Córdova Vianello: *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, p. 5.

4 Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución*, pp. 137-139, *apud* Ramón Infiesta Bajés: *Derecho constitucional*, p. 55.

ras dentro del poder judicial, sea un tribunal constitucional, la corte suprema o una sala. A diferencia del modelo difuso, sus fallos tienen efecto *erga omnes*. O sea, la declaración de una sentencia anulatoria de una norma contraria a la Constitución supone la derogación de la primera, su anulación total y, por tanto, su inaplicabilidad en absoluto.

De la misma forma, con el tiempo, los países han ido mezclando elementos de uno con características del otro, o han tratado de unificar los elementos que conforman los modelos explicados, lo que ha generado en la actualidad otras clasificaciones, entre las que se hallan el mixto y el múltiple, presentes particularmente en países de América Latina.

En Cuba, con la Constitución del 21 de febrero de 1901, primer texto constitucional del período republicano, se regula por primera vez, de forma expresa, el control de constitucionalidad de las leyes, asignado al Tribunal Supremo, órgano encargado de controlar los excesos y procurar la armonía necesaria para poder realizar, conforme al ordenamiento jurídico, los fines del Derecho por medio de la defensa de la supremacía constitucional.

El Artículo 83, apartado 4to., de la referida norma, que establecía la facultad del Tribunal Supremo para ejercer el control constitucional, quedó redactado de la siguiente forma: “Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, cuando fuera objeto de controversia entre partes”.⁵

Ese modelo, que caracterizó al sistema cubano de control jurisdiccional de constitucionalidad, durante buena parte del siglo xx, se distinguió por una mezcla de los caracteres que identificaban en aquella época el control de constitucionalidad en América Latina, en la que había un fortalecimiento extraordinario del papel de la Corte Suprema de Justicia como “guardián de la Constitución”, y al imperante en el constitucionalismo norteamericano, en el que las cuestiones de inconstitucionalidad solo podían promoverse durante la sustanciación de un conflicto judicial.

Sobre la influencia de la concepción norteamericana, en el alcance y formulación de este artículo, Eloy G. Merino Brito, uno de los autores imprescindibles, cuando se estudia la historia del control constitucional en nuestro país, expresó:

[...] respondió a la práctica judicial de los Estados Unidos, donde las cuestiones de inconstitucionalidad no son conocidas por los tribunales por medio de un recurso especial, sino que la declaratoria de inconstitucionalidad surge en el curso de un litigio cualquiera como cuestión previa y necesaria para dictar el fallo, siempre que algunas de las partes hubiese hecho surgir el problema alegando que la ley que se pretende aplicar a la controversia violaba o infringía un precepto constitucional [...]⁶

5 Antonio Barreras: *Texto de las constituciones de Cuba (1812-1940)*, pp. 140-167.

6 Eloy G. Merino Brito: *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, p. 13.

Bajo esa formulación, era necesario como cuestión fundamental que hubiera controversia entre partes, en el sentido de que hubiese una “parte afectada”. O sea, no cabía que el tribunal lo invocara de oficio, ni para defender derechos ajenos.⁷

Luego, el referido precepto constitucional se complementó procesalmente mediante la Ley de 31 de marzo de 1903, que extendió la materia objeto del control a las órdenes, disposiciones y resoluciones e instituyó dos formas para la alegación de la inconstitucionalidad. La primera, por intermedio de un recurso de casación o apelación, cuando se ventilaba durante la tramitación de un proceso judicial; y la segunda, por la vía directa, en que las personas podían plantear la cuestión de inconstitucionalidad fuera de las actuaciones judiciales,⁸ regulaciones que constituyeron en aquellos momentos una modalidad de vanguardia en materia de declaración de inconstitucionalidad.

Asimismo, la mencionada ley disponía que las decisiones del Tribunal Supremo, respecto a la inconstitucionalidad de una ley, se equiparaban en sus efectos a las ejecutorias del propio tribunal en materia civil,⁹ lo que obligaba a quienes resultaban perjudicados por la aplicación de una misma norma, a impugnarlas por separado. Es decir, la ley o precepto legal, declarado inconstitucional, se mantenía en pleno vigor, susceptible de ulteriores aplicaciones, y solamente se dejaba sin efecto en el caso controvertido, pero sin decretarse su nulidad o invalidez para el futuro.

En atención a esa limitación, se promulgó la Ley de 17 de marzo de 1922, que introdujo una sustancial modificación en los efectos de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, al establecer que, siempre que el Tribunal Supremo declarase inconstitucional, en más de dos sentencias, un decreto, reglamento, resolución o disposición de carácter general, la autoridad que lo hubiese dictado estaba obligada a derogar o a modificar la dispo-

7 Según Enrique Hernández Corujo, antiguo profesor de Teoría General del Estado de la Escuela Privada de Derecho de La Habana: “La acción pública, pues, en esta materia, no estaba regulada, es más, no era permitida, dada la redacción constitucional y sus concordantes, las leyes procesales. Era necesario, bajo este sistema, como cuestión fundamental, que hubiera controversia entre partes, reglamentada por la Ley procesal concordante, en el sentido de la necesidad de que hubiese una parte afectada. De manera que aparte de otros requisitos, era limitada la acción de inconstitucionalidad solo a partes afectadas y por tanto no había acción pública”. Enrique Hernández Corujo: *La acción pública en materia de inconstitucionalidad en Cuba*, [s. p.]

8 Ley de 31 de marzo de 1903, en *Gaceta Oficial de la República*, primero de abril de 1903 (artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 8).

9 *Ibíd.*, Artículo 23. “El fallo del recurso cuando era favorable a la demanda, solo aseguraba la resolución del caso, y como los pronunciamientos del Tribunal no trascienden más que a la cuestión concreta que se resuelve y a las partes que intervienen en la controversia, la sentencia de inconstitucionalidad no impedía el daño que seguramente había de resultar de la ulterior aplicación de la norma en supuestos similares o idénticos”.

sición, o, en caso contrario, la resolución impugnada perdía toda su eficacia y dejaba de ser obligatorio su cumplimiento.¹⁰

En relación con lo que significó, en el ámbito jurídico, la Ley de 17 de marzo de 1922, Emilio Maza, ilustre abogado de la Audiencia de La Habana, afirmó:

[...] la Ley de 1922, estableció por primera vez los efectos derogatorios generales de las disposiciones declaradas inconstitucionales, efectos que se regularon en el artículo 4 de la misma, si bien era necesario que el Tribunal Supremo declarase en más de dos sentencias la expresada inconstitucionalidad, para que la autoridad que la hubiese dictado la derogase o modificase o para que en su defecto ésta perdiera su eficacia produciendo entonces la derogación general de que hemos hablado.¹¹

Posteriormente, con la Reforma Constitucional de 1928,¹² etapa que se caracterizó por una cruenta crisis política-constitucional, a partir de la prórroga de poderes protagonizada por Gerardo Machado y Morales, no se alteró en nada el ámbito del proceso de constitucionalidad establecido en la Constitución de 1901 y la Ley básica de 31 de marzo de 1903, en las que solo se autorizaba su interposición como medio de defensa de los derechos propios.

Sobre esas regulaciones, Julio Garcerán de Vall y Souza,¹³ expresó:

[...] fue, en puridad, lo que le impidió al Tribunal Supremo, privar de virtualidad y efecto al “Golpe de Estado” realizado durante la reforma constitucional de 1928, ejecutada con violación del procedimiento específico [...] Urge ensanchar la esfera del proceso, autorizando para su interposición, no solo a quien alegara un derecho particular lesionado, sino además, permitir el de acción pública, para la defensa directa e inmediata del Código Estatal.

Sin embargo, esas reformas al proceso de inconstitucionalidad no se alcanzaron ni con el Decreto No. 1298, de 24 agosto de 1933,¹⁴ (por medio del cual, después, se restableció en toda su fuerza y vigor la Constitución de 1901, y se dejó sin valor la Reforma Constitucional de 1928), ni con los *Estatutos del Gobierno Provisional de Cuba*,¹⁵ de 14 de septiembre de 1933, pues fueron disposiciones que no variaron el sentido y alcance del recurso de constitucionalidad.

10 Ley de 17 de marzo de 1922, en *Gaceta Oficial de la República*, 23 marzo de 1922 (Artículo IV).

11 Emilio Maza: “El recurso de inconstitucionalidad: sus fuentes actuales”, en *Revista Cubana de Derecho*, año XVIII, no. 2, p. 143.

12 Antonio Barreras: *Op. cit.*, p. 214.

13 Julio Garcerán de Vall y Souza: *El proceso de inconstitucionalidad*, p. 175.

14 Decreto No. 1298, de 24 agosto de 1933. Se puede consultar en: Antonio Barreras: *Op. cit.*, pp. 247-250.

15 *Estatutos del Gobierno Provisional de Cuba*. Se puede consultar en: Barreras: *Op. cit.*, pp. 252-254.

Juan Manuel Gutiérrez y Quirós,¹⁶ al hacer un balance de la experiencia del control de constitucionalidad hasta ese momento en el país, manifestó: El derecho a discutir la constitucionalidad de las leyes, fue acogido con tanto entusiasmo, que no hay artículo de la Constitución que no haya sido objeto de análisis [...] No siempre se ha escogido esta vía para defender los preceptos constitucionales, sino que en no pocas ocasiones se ha utilizado el recurso de inconstitucionalidad como un motivo de ensayo, y se ha tomado al Tribunal como si fuera palestra dedicada a lides teóricas de derecho público.

Años después, un avance esencial en la configuración del control constitucional en Cuba fue la Ley Constitucional de 3 de febrero de 1934, que mantuvo el control en poder del Tribunal Supremo, con lo que se reafirmó el modelo de control concentrado, e introdujo cambios sustanciales en la regulación de esa institución, al establecer, junto a la vía de “parte afectada”, instituida por la Constitución de 1901, dos vías nuevas para promover las cuestiones de inconstitucionalidad: La instada por veinticinco ciudadanos, o más, para la impugnación directa de las leyes, decretos-leyes, acuerdos, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones o actos de cualquier clase, independientemente del poder, autoridad o funcionario que los hubiese dictado; y la configurada por la acción pública de un solo ciudadano, reservada para las normas legales u otros actos que regulaban el ejercicio de los derechos garantizados en la Constitución, lo que da una idea de la rápida evolución que experimentaba el control de constitucionalidad en el país.¹⁷

En ambos casos, los recursos podían promoverse en cualquier momento e, incluso, a la vez;¹⁸ y, si se declaraba la inconstitucionalidad de una disposición, esta no podía volverse a aplicar en ninguna forma ni con ningún

16 Juan Manuel Gutiérrez y Quirós: *Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales el 1.º de septiembre de 1931*. También se puede consultar en: Andry Matilla Correa (compil.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, pp. 23-53. Según el propio Quirós, desde que se promulgó la Ley de 31 de marzo de 1903 hasta el mes de septiembre de 1931, el Tribunal Supremo recibió 670 recursos, de los que declaró 64 *con lugar*, para un 9,5%.

17 Interesante resulta el comentario de Juan Clemente Zamora quien, al analizar los mecanismos de defensa constitucional instrumentados por los textos constitucionales hasta ese período en nuestro país, refirió: “Jorge Alvarado en su obra titulada *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, publicada en Madrid en 1920, y Rodolfo Reyes en su obra *La defensa constitucional*, también publicada en Madrid en 1934, han considerado la legislación cubana como la más perfecta existente hasta la fecha de publicación de sus libros”. Ver: Juan Zamora Clemente: “La defensa de la Constitución en la legislación cubana”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, t. 1, vol. II, octubre-diciembre, pp. 115 y ss.

18 En ese sentido: Sentencia No. 51, de 5 de noviembre de 1937. En: Juan J. E. Casasús: *La Constitución a la luz de la doctrina magistral y de la jurisprudencia*, p. 633.

pretexto, lo que favorecía los efectos *erga omnes* de toda sentencia declaratoria de inconstitucionalidad.¹⁹

Con esa formulación, sin antecedentes en el Derecho constitucional cubano, se abría paso a la denominada “acción pública de inconstitucionalidad o recurso de inconstitucionalidad por acción pública”, destinada fundamentalmente a conceder al pueblo la protección necesaria y eficaz contra los desmanes y desorbitaciones del poder político. Asimismo, se recogía y ampliaba el principio de la “eficacia derogatoria general”, característico de los modelos concentrados de control de constitucionalidad reconocido parcialmente en la Ley de 17 de marzo de 1922, a las decisiones del Tribunal Supremo, donde se requería, al menos, tres sentencias para desencadenar el resultado derogatorio.

Del mismo modo, no se restringía el uso del recurso de inconstitucionalidad a las leyes, decretos y reglamentos, como en 1901, sino también se utilizaba contra órdenes o disposiciones de cualquier clase y cualquiera que fuese la autoridad o funcionario que la hubiese dictado, con lo que los resortes de esa defensa eran inmensos.

Un amplio comentario sobre lo que significó la Ley Constitucional de 3 de febrero de 1934 aparece en las siguientes argumentaciones de Enrique Hernández Corujo:

La importancia de estas innovaciones, fueron de trascendencia indudable, abriéndose el camino de la acción pública, en materia de inconstitucionalidad, ejercida por ciudadanos no afectados, en mayor o menor número, por medio de esas dos vías nuevas, según fuese la parte constitucional infringida, con lo cual, a mi juicio, la defensa de la Constitución, se hacía mixta, o sea, el ciudadano la iniciaba, y el Tribunal la completaba mediante la medida reparadora del estado de derecho quebrantado. [...] La amplitud de esa acción pública [...] demuestra, los nuevos causes en materia de defensa constitucional de aquella época [...] el paso de avance dado por esa Constitución, en tal materia, es digno de aplauso y estudio.²⁰

Abrogada la Ley Constitucional de 1934,²¹ surgió una nueva etapa constitucional en nuestro país, que comenzó con la Ley Constitucional de 11 de junio de 1935. Este texto, en esencia, conservó las vías de acción pública

19 Ley Constitucional de 3 de febrero de 1934, en *Gaceta Oficial de la República*, 3 de febrero de 1934. Artículo 78, apartado 5.º, y Artículo 38. Consultar, además, sentencias No. 29, de 20 de octubre de 1934, y No. 104, de 19 de diciembre de 1936. En: Casasús: *Op. cit.*, p. 98.

20 Enrique Hernández Corujo: *Lecciones de Derecho Constitucional Cubano*, pp. 102-104. Consultar, también: Emilio Maza: “En defensa de la acción pública”, p. 14; Julio Garcerán de Vall y Souza: *Op. cit.*, p. 214; Guillermo de Montagú: “El recurso de constitucionalidad de un solo ciudadano”, en *Repertorio judicial*, 1948, año XXXIV, no. 1, enero, pp. 4 y ss.

21 Fue suspendida el 8 de marzo de 1935, por Acuerdo del Gobierno Provisional en Pleno. Ver: *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, no. 13, de 8 de marzo de 1935, pp. 1 y 2. En el texto del Acuerdo, se recogía esencialmente lo siguiente: “Suspenden-

de inconstitucionalidad introducidas por su antecesor, al reproducir casi literalmente las regulaciones relativas al control de constitucionalidad.²² Tal semejanza entre ambos textos constitucionales hizo afirmar a Andry Matilla Correa,²³ lo siguiente: “Con tal proceder de continuidad, en el punto que nos ocupa, de la Constitución de 1935 en relación con la de 1934, puede sostenerse que no solo se respaldaban las bases de ese régimen jurídico previamente trazadas, sino que dicho régimen jurídico se apuntala”.

Así la historia, tras las crisis políticas provocadas por los habituales golpes de Estado de la década de los treinta, primero se firmó en Guáimaro la *Constitución de 1940*, el 1.º de julio, texto que estuvo vigente en el país, a partir del primero de octubre de ese año, y que mantuvo, al igual que en las constituciones anteriores, el recurso de inconstitucionalidad en poder del Tribunal Supremo,²⁴ pero con una nueva modalidad, al instaurar, en el sistema de control judicial de constitucionalidad, el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales (TGCS), institución que no fue creada ajena al máximo órgano de justicia, sino como una de sus salas, presidida por el Presidente del Tribunal Supremo, e integrada por no menos de quince magistrados.²⁵

A este podían acudir desde el Presidente de la República hasta cualquier persona individual o colectiva que hubiese sido afectada por un acto o disposición que se considerara inconstitucional,²⁶ y, en todos los casos, las sentencias que declaraban la inconstitucionalidad de algún precepto o disposición legal tenían efecto *erga omnes*, es decir, no podían ser aplicados nuevamente por ninguna autoridad.²⁷

der la Ley Constitucional de la República, con todas sus modificaciones posteriores a su promulgación, en todo el territorio nacional, mientras se mantengan los estados de huelga y las propagandas sediciosas y revolucionarias con la finalidad de alterar el orden, de quebrantar la paz y de sustituir el actual régimen de gobierno; sin que dicha sus pensión indique, en forma alguna, el restablecimiento y vigencia de anteriores constituciones y Estatutos Constitucionales”, “La suspensión total de la Ley Constitucional que se acuerda por la presente, durará y se mantendrá hasta nuevo acuerdo adoptado por el Poder Ejecutivo y el Consejo de Estado conjuntamente; y queda facultado el Poder Ejecutivo o sea el Presidente de la República y su Consejo de Secretarios para acordar y dictar cuantas medidas creyere oportunas y convenientes, al objeto de conservar el orden público, mantener la paz del país y asegurar y garantizar la vida y la hacienda de los ciudadanos [...]”.

22 Ley Constitucional de 11 de junio de 1935, en *Gaceta Oficial de la República*, 12 de junio de 1935. Artículo 38, segundo párrafo y Artículo 84, cuarto párrafo.

23 Andry Matilla Correa: “El control jurisdiccional de constitucionalidad en Cuba (1901-1959): Recuento histórico de sus líneas generales”, en *Panorama de la ciencia del Derecho en Cuba*, p. 109.

24 Constitución de la República de 1940, en *Gaceta Oficial de la República*, 8 de julio de 1940 [Artículo 174, inciso c)]

25 *Ibíd.*, Artículo 172, primer párrafo.

26 *Ibíd.*, Artículo 183.

27 *Ibíd.*, Artículo 194. Ver: Sentencia No. 8, de 22 de enero de 1941, en Juan J. E. Casasús: *Op. cit.*, p. 645.

Ese sistema, que se pudiera calificar de mixto, dejó atrás el modelo concentrado, reconocido en las constituciones que la antecedieron, y tuvo su origen, según se ha podido advertir, en el modelo español implementado en la Constitución de 1931 (Tribunal de Garantías Constitucionales), aunque agrega el término “sociales”, debido a que resolvía asuntos laborales y sociales.

Sin embargo, el sistema cubano se apartó sustancialmente del español, pues, mientras aquel reflejaba el típico modelo concentrado de corte kelseniano, independiente del Poder Judicial, el TGCS era parte del propio Tribunal Supremo, como una de sus salas, a diferencia también del modelo norteamericano, donde todos los jueces tenían la facultad para revisar la constitucionalidad de las normas legales.

Al respecto, Domingo García Belaúnde, expresó:

[...], lo que consagró la Carta de 1940 era una especie de control concentrado en una sala al interior del Tribunal Supremo y de ahí su gran diferencia con el modelo norteamericano, que es difuso [...] el caso cubano es un planteamiento original en el tema del control constitucional, [...] porque creó una figura intermedia [...].²⁸

Al TGCS se le reconocía como función principal solucionar los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos-leyes, decretos, resoluciones o actos que infringieran los derechos y garantías reconocidos en la Constitución o que impidieran el libre funcionamiento de los órganos del Estado, pero también tenía facultad para resolver otros asuntos, fundamentalmente de naturaleza política que, si bien lo diferenciaba en algo de los sistemas imperantes en las constituciones anteriores, le posibilitaba una mayor y eficaz defensa de la carta magna.

Es de destacar la competencia atribuida al mencionado órgano para conocer las consultas de jueces y tribunales sobre la constitucionalidad de las leyes, particular que representó un cambio sustancial en el funcionamiento de esas estructuras, que solo centraban su actuación en decidir sobre las cuestiones de constitucionalidad sometidas a su jurisdicción.²⁹

Asimismo, en la Constitución de 1940, a diferencia de las constituciones estudiadas, también se dedicaba una sección independiente para la regulación de la inconstitucionalidad, en la que se definía como facultados a acudir al tribunal, al igual que en los textos constitucionales precedentes, a “las partes afectadas por la aplicación de una disposición” y a “veinticinco ciudadanos”, e incorpora a “los interesados en los juicios, causas o negocios de que conozcan la jurisdicción ordinaria y las especiales”,³⁰ y quedó sin efecto la vía del

28 Domingo García Belaúnde: “El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no.109, p. 2.

29 Constitución de la República de 1940, en *Gaceta Oficial de la República*, 8 de julio de 1940. Artículo 182.

30 *Ibíd.*, Artículo 194.

recurso por “un solo ciudadano”, instaurada y refrendada por las constituciones de 1934 y 1935, lo que se debió a la nueva redacción empleada en la Constitución de 1940, para regular los derechos fundamentales de los ciudadanos, a quienes se les reconocía la posibilidad de perseguir las infracciones de sus derechos sin caución ni formalidad alguna y por simple denuncia, a diferencia de las constituciones anteriores, en la que se exigía ajustarse a los requisitos establecidos para los recursos de inconstitucionalidad.³¹

Del mismo modo, merece resaltarse, en virtud de su importancia en el curso histórico del control jurisdiccional de constitucionalidad en Cuba, y por marcar un período transitorio en el desarrollo y solución de los conflictos de esa naturaleza, la Disposición Transitoria Única a la Sección Segunda del Título XIV de la propia Constitución de 1940, la que le confería al Pleno del Tribunal Supremo la competencia para conocer, hasta tanto se creara la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, de los recursos de inconstitucionalidad restablecidos en la Ley Constitucional de 1935.³²

Esa regulación trajo como resultado que solo se admitieran y resolvieran el de *parte afectada* y el de *acción pública*, y se excluyeran los que se incorporaron en la nueva Constitución. Un ejemplo notable que confirma lo anteriormente comentado es la Sentencia No. 60, del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 1941, que, en uno de sus pasajes, refiere:

Según ha declarado ya este Pleno, el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, es el competente para conocer, sin excepción, entre otros asuntos, de los recursos contra los abusos del poder, según establece el artículo 182, inciso f, de la vigente Constitución: recursos indudablemente excluidos del conocimiento de este Pleno, tal como hoy está organizado y funciona, a virtud de lo ordenado en la única disposición transitoria a la sección segunda, del Título décimo cuarto, la cual, por otra parte, al mantener provisoriamente, su jurisdicción respecto de los recursos de inconstitucionalidad, según se regulan en la ley constitucional de 1935, hasta tanto sea creada la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, indica sin duda razonable, que las demás materias de la competencia de ésta, y precisamente, entre ellas, los recursos de abuso de poder, han sido eliminados de la jurisdicción de aquél.³³

31 Mario Nin y Abarca: “El recurso de inconstitucionalidad en la Constitución de 1940”, en *Revista Cubana de Derecho*, año XV (nueva serie), no. 4, octubre-diciembre, 1941, pp. 485 y ss. Ver, además: Artículo 38 de las constituciones de 1934 y 1935, y el artículo 40 de la Constitución de 1940.

32 Constitución de la República de 1940, en *Gaceta Oficial de la República*, 8 de julio de 1940. Disposición Transitoria Única a la Sección Segunda del Título XIV.

33 En igual sentido: Sentencias No. 54, de 15 de septiembre de 1943, y No. 99, de 14 de diciembre de 1945, ambas del Pleno del Tribunal Supremo. Contrario a ese proceder: Sentencia No. 110, de 21 de noviembre de 1941. “En la misma, el Pleno reconoce la vía del recurso por un solo ciudadano que había sido suprimida por la Constitución de 1940”. Tomadas de: Juan J. E. Casasús: *Op. cit.*, pp. 572 y 650.

Posteriormente, el citado proceso transitorio quedó extinguido definitivamente con la promulgación de la Ley No. 7, de 31 de mayo de 1949, con la cual cobró vida real el TGCS, al ver normado su funcionamiento y, básicamente, el procedimiento a seguir para conocer de los asuntos en los que era competente, los que, de acuerdo con las atribuciones fijadas a ese órgano por la Constitución de 1940, se clasificaban para su tramitación en: 1) Asuntos constitucionales que se promuevan por acción privada dentro o fuera de actuaciones judiciales, 2) Asuntos que se promuevan por acción pública, 3) Consultas de jueces y tribunales, 4) Recursos contra los abusos de poder, 5) Recursos de *habeas corpus*, 6) Apelaciones contra resoluciones del Tribunal Superior Electoral, 7) Expedientes de separación de los magistrados del Tribunal de Cuentas, 8) Recursos de apelación o casación en asuntos de naturaleza laboral o social y 9) Cuestiones jurídico-políticas y de legislación social.³⁴

En la esperada norma, se regulaba el recurso de inconstitucionalidad dentro de las actuaciones judiciales que, por su formulación, se correspondía con el de *parte afectada*,³⁵ el que podía ser interpuesto contra la resolución dictada en última instancia (a diferencia de la Ley de 31 de marzo de 1903, donde el juez o tribunal encargado de resolver el proceso se abstenía de dictar resolución sobre este extremo, y las partes eran libres de presentar el recurso de casación o apelación ante el Tribunal Supremo), y desarrollaba la vía de *acción pública de inconstitucionalidad*,³⁶ donde se instituye, tanto para los interpuestos por no menos de veinticinco ciudadanos, como aquellos otros a petición individual, un nuevo requisito que no aparecía en las leyes constitucionales que la antecedieron, “ejercitar la acción de constitucionalidad en el término de un año”, cuya inobservancia convertía en extemporáneo el recurso e insignificantes sus efectos. Sobre el establecimiento del término para la articulación del recurso, Emilio Maza, quien se pronunció en varias ocasiones sobre su improcedencia, afirmó: “[...] la Ley 7 de 1949 al regular la acción pública de inconstitucionalidad cometió un grave error de técnica y con ello atacó de paso una garantía del Derecho Ciudadano; estableció un término de prescripción para el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad”.³⁷

Asimismo, es de notar que la Ley No. 7, de 31 de mayo de 1949, reiteraba lo dispuesto en la Constitución, en cuanto al efecto derogatorio de las sentencias que declaraban la inconstitucionalidad de una disposición legal o administrativa,³⁸ y se revivía el recurso de acción pública promovido por un

34 Ley No. 7, de 31 de mayo de 1949, en *Gaceta Oficial de la República*, 7 de junio de 1940. Artículos 1, 2, 13 y 16.

35 *Ibíd.*, Artículo 22.

36 *Ibíd.*, artículos 52 y 57.

37 Emilio Maza: *En defensa de la acción pública*, p. 20.

38 Ley No. 7, de 31 de mayo de 1949, en *Gaceta Oficial de la República*, 7 de junio de 1940. Artículo 73.

solo ciudadano que, como ya se expresó, se había suprimido del texto constitucional, al reconocer la posibilidad de establecerlo a una persona mayor de edad, o más, contra las disposiciones legales o actos que nieguen, disminuyan, restrinjan o adulteren los derechos o garantías consignados por la Constitución o que impidan el libre funcionamiento de los órganos del Estado.³⁹ Sin embargo, esa vía de inconstitucionalidad, al no corresponderse con los postulados constitucionales, no tuvo una acogida favorable en la mayoría de los magistrados del TGSC, quienes con sus decisiones contribuyeron a que desapareciera la llamada acción pública de un solo ciudadano.

Un reflejo de lo anteriormente comentado aparece en la siguientes argumentaciones de Francisco J. Ponte Domínguez,⁴⁰ al evaluar la Sentencia No. 233, del Tribunal de Garantías, de 5 de diciembre de 1950, que resolvía un recurso de inconstitucionalidad promovido por acción pública individual:

El fallo fue bien explícito considerando que la Constitución cubana era celosa, en extremo, para mantener el respeto de las normas fundamentales; pues adoptó, por ello, el sistema de la primacía constitucional en lo judicial, en atención a lo cual todo juez o Tribunal resulta obligado a prestar acatamiento a los preceptos de la Carta Política del Estado, aunque para ello deba incumplir lo establecido en disposiciones de rango jerárquico inferior, emanadas de los otros Poderes del Estado, a cuyo logro instaura el novedoso régimen de las consultas y el principio de la preferencia de la Constitución, en caso de conflicto entre normas ordinarias y las constitucionales.

No obstante, todo ese desarrollo en lo relativo al control constitucional que encarnaron la Constitución de 1940 y la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de 1949 que, de alguna manera, representaba la concreción de diversas experiencias que venían desde atrás, se vio violentamente truncado con el golpe de Estado del entonces general Fulgencio Batista, quien dejó sin efecto la Constitución de 1940 y la reemplazó por los Estatutos Constitucionales de 1952,⁴¹ los que mantuvieron, en relación con el TGCS, las mismas regulaciones, aunque, en la práctica, el tribunal no desempeñó su papel y se consagró a avalar las atrocidades del régimen, con lo que el control se convirtió en una pura entelequia y el Tribunal cayó en absoluto descrédito, y se puso fin, como dijera Francisco Hernández Segado, “[...] a una de las etapas más sugestivas y enriquecedoras del control de constitucionalidad en toda América Latina”.⁴²

39 *Ibíd.*, Artículo 57.

40 Francisco J. Ponte Domínguez: *El recurso de inconstitucionalidad por acción pública* (folleto). Se puede consultar, además, en: Andry Matilla Correa (compil.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, pp. 360 y 361.

41 *Ley Constitucional de la República de Cuba de 1952*. Artículos 147, 157, 158 y 169.

42 Francisco Fernández Sagado: “El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952)”, en *Revista de Derecho*, vol.12, no. 1, 2001, pp. 205-228.

Con tales acciones, el TGCS cayó en descrédito total, en especial con el fallo al que arribó ante el recurso de inconstitucionalidad presentado por Ramón Zaydín y Márquez Sterling,⁴³ a nombre de 37 ciudadanos, con el propósito de restablecer, mediante los procedimientos legales en aquella época, la supremacía de la Constitución de 1940 y rescatar los principios de soberanía nacional del pueblo cubano, dada la actuación ilegítima de Fulgencio Batista.⁴⁴ La decisión del Tribunal legitimó el régimen instaurado y dejó una triste huella en la actividad judicial, al declarar que quedaba fuera de su ámbito jurisdiccional toda reclamación no surgida de controversias que se suscitaban sobre la validez de disposiciones, normas, resoluciones o actos con relación a la Constitución de la República.

La Sentencia No. 127, de 17 de agosto de 1953, que declaró sin lugar el mencionado recurso, expresaba en uno de sus pasajes:

[...] que analizados con criterio legal los sucesos del 10 de marzo de 1952 [...], se arribó a la conclusión de la real existencia de un gobierno de facto, situación que se produce cuando se quebranta violentamente la organización y funcionamiento de los órganos del poder político mediante actos de fuerza victoriosos que culminan en la asunción de las funciones del poder público del Estado, [...] cuando los gobiernos de facto adquieren investidura plausible, es decir, cuando por su fortaleza y estabilidad logran el asentamiento de los gobernados mediante el acatamiento de los habitantes al nuevo orden político, y el reconocimiento de las naciones que forman la comunidad jurídica internacional, pueden abrogar las normas del régimen anterior y darse su propio orden legal, [...] pero como la convivencia social no se concibe sino en un estado de derecho, las normas dictadas por el gobierno de facto vienen a sustituir a la Constitución y las leyes que de hecho perdieron su vigencia, constituyéndose así un nuevo orden jurídico [...].⁴⁵

En relación con la referida decisión, lo cual nos releva de cualquier comentario, Fidel Castro Ruz, en su alegato *La historia me absolverá*, expresó:

Se acaba de discutir ruidosamente la vigencia de la Constitución de 1940; el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales falló en contra de ella y a favor de los Estatutos; sin embargo, señores magistrados, yo sostengo que la Constitución sigue vigente. Mi afirmación podrá parecer absurda y extemporánea; pero no os asombréis, soy yo quien se asombra de que un tribunal de derecho haya intentado darle un vil cuartelazo a

43 Ex Primer ministro de Batista en el mandato constitucional 1940-1944 y profesor de Derecho de la Universidad de La Habana.

44 Ramón Zaydín y Márquez Sterling *et al.*: *Recurso de inconstitucionalidad contra la llamada Ley Constitucional de 4 de abril de 1952*, [s.p.]

45 Ver referencia en: Yanel Gómez Benítez: *La historia del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales (1940-1953)*, pp. 152 y 153.

la Constitución legítima de la República... Si el Tribunal de Garantías Constitucionales aceptó semejante situación, ¿qué espera para colgar las togas?... Al fallar a favor de los Estatutos, no quedó abolida nuestra ley suprema; sino que el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales se puso fuera de la Constitución, renunció a sus fueros, se suicidó jurídicamente. ¡Que en paz descanse!⁴⁶

Posteriormente, con el triunfo de la Revolución, y la promulgación de la Ley fundamental, el 7 de febrero de 1959, se mantuvieron casi similares las regulaciones referidas al TGCS.

Esa época se caracterizó por la deserción de buen número de jueces que, por muchos años, fueron guardianes distinguidos de privilegios y de ventajas que la ley confirmaba y defendía, e incapaces de servir a los nuevos rumbos. No obstante, muchos magistrados patriotas realizaron una labor abnegada, colaborando con eficacia en el impulso de liberación nacional y social que imperaba en Cuba.

Vale destacar, en esa etapa, el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 1959, la que —consciente de que si se interpretaba la recién promulgada Ley de Reforma Agraria con viejos preceptos rigoristas de Derecho civil, se podía confundir a los jueces encargados de cumplir las disposiciones de aquella Ley y malograr, quizás, los benéficos efectos sociales que ella perseguía—, aprovechó la oportunidad que le brindaba un comunicado del Instituto Nacional de la Reforma Agraria que denunciaba el abusivo empleo de recursos legales de constitucionalidad por parte de personas interesadas en hacerla fracasar, para hacer pronunciamientos que, en forma de prevención, dirigió a los funcionarios judiciales y que sirvieron de reglas de interpretación a las que debían acudir, no solamente en la estricta aplicación de la Ley expresada, sino en cualquier otra en la que concurrieran circunstancias análogas a las que contempla el caso específico a que el acuerdo se contrajo.

El mencionado Acuerdo expresaba:

[...] que la medida interesada se encamina al placible fin de evitar que los altos designios de la Ley de Reforma Agraria se malogren por el uso indebido de procedimientos que, aunque revestidos de apariencia de legalidad, tienden en verdad al logro de aquel torcido propósito; y de ahí que la Sala, a la par de la obligación en que está de procurar por los medios legítimos a su alcance que se imparta la debida protección a los particulares que de buena fe acudan a los Tribunales ejercitando derechos de que lícitamente se hallen asistido, no pueda olvidar, especialmente en este trascendente momento histórico, su deber de velar, en lo que a la Administración de Justicia particularmente concierne, porque no se entorpezca la implantación efectiva de la referida Reforma, que el inte-

46 Fidel Castro Ruz: *La historia me absolverá*, pp. 78-81.

rés general imperiosamente reclama, adoptando a dicho fin las medidas legales necesarias para impedir que maliciosamente se utilicen los Tribunales con solo aviesos fines de entorpecer que los grandes postulados de la Revolución, como la Reforma aludida, puedan tener pronta y eficaz realización.

Para remediar en lo posible los peligros apuntados, agregaba la Sala, al dirigirse a los jueces y tribunales de la República, en uso de las facultades que le estaban expresamente confiadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial,

[...] en cumplimiento de los deberes impuestos a la autoridad que representan, y siempre, desde luego, bajo las más estrictas responsabilidades de cada uno, deben mantenerse en actitud constantemente vigilante, examinando las promociones en que intervengan con todo el cuidado que la relevante importancia de la cuestión exige, a fin de impedir, en la forma y oportunidad que brinde la Ley en cada caso, que puedan quedar meros instrumentos de personas que mediante subterfugios legales o mejor o peor elaborados, so pretexto de ejercitar derechos legítimos, se propongan en realidad impedir que se cumplan debidamente los propósitos que la referida Reforma significa para los grandes intereses del país.⁴⁷

Igualmente, con el desarrollo y consolidación del proceso revolucionario, se fueron introduciendo otras modificaciones a la Ley fundamental, vinculadas a ese órgano, y los procedimientos relativos al control de constitucionalidad; entre ellas, la Ley de Reforma Constitucional, de 11 de marzo de 1960,⁴⁸ que facultó al TGCS a conocer las impugnaciones y recursos vinculados a las cuestiones jurídico-políticas y a las de legislación social; y la Ley de Reforma Constitucional, de 20 de diciembre de 1960⁴⁹, a partir de la cual se cambió la denominación del tribunal, el cual, desde ese momento, tomó el nombre de Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, instancia a la que se extendió la competencia para conocer conflictos agrarios.

Pero esa estructura, es decir, la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, ante las nuevas transformaciones económicas, políticas y sociales, dejó de existir con la entrada en vigor de la Ley No. 1250, "Ley de Organiza-

47 Enrique Hart: "Discurso del Presidente del Tribunal Supremo, en el Acto de Apertura del año judicial el 1ro. de septiembre de 1961", en *Revista Cubana de Jurisprudencia*, no. I. año I, enero de 1962, pp. 13 y 14. En ese mismo sentido, se pronunció la Sentencia No. 7, de 3 de junio de 1969, de la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales. Consultar en *Boletín del Tribunal Supremo*, no. 3, año IV, pp. 186-189.

48 *Leyes del Gobierno Provisional de la Revolución*, Folletos de Divulgación Legislativa. no. XVIII, p. 1.

49 *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, 20 de diciembre de 1960.

ción del Sistema de Tribunales”, de 23 junio de 1973,⁵⁰ aprobada por el Consejo de Ministros, que creó el sistema único de tribunales en todo el país y eliminó, de forma definitiva y hasta el presente, *el modelo de control jurisdiccional de constitucionalidad*, al no atribuir la competencia para ejercer tal control a ninguna de las nuevas estructuras que integraban el sistema judicial.

En el siguiente comentario de la Dra. Martha Prieto Valdés, se observan otros motivos, quizás los más importantes por los que desapareció la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales:

Su desaparición [...] fue resultado de una pérdida paulatina de eficacia en la medida en que se transformaba el aparato estatal, se modificaban las funciones de los órganos y se ausentaba el elemento de la contrariedad individuo-Estado como fenómeno general, y entre los Poderes públicos en particular y se trasformaban las funciones, en la esfera social, del nuevo Gobierno provisional que legitimaban la nueva forma de organización política.⁵¹

Esa realidad, luego, fue refrendada por la Constitución de la República de 24 de febrero de 1976, en virtud de la cual la función de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales, recayó en la Asamblea Nacional del Poder Popular, única con facultad constituyente y legislativa en el país.⁵²

Sus antecedentes se encuentran en el sistema de Derecho de corte germano-francés, impregnado por las transformaciones de un proceso revolucionario cuya fuente principal es la norma, y que impuso una nueva legalidad, bajo el principio de hacer cumplir sus decisiones, no de cuestionarlas; de centralizar el poder, no de separarlo y equilibrarlo, que doctrinalmente lo justifica el criterio de quien mejor puede defender la Constitución es el pueblo y, en su defecto, sus representantes.

Del mismo modo, tuvo una gran influencia del modelo constitucional socialista, derivado en lo fundamental de la experiencia del constitucionalismo soviético, en el que cobró notable importancia el principio de unidad de poder y centralismo democrático.

Este modelo significó un cambio sustancial en el sistema cubano de control de constitucionalidad y, en atención a las modalidades antes expuestas, nos permite calificarlo como “control político parlamentario concentrado”, clasificación que rompe por completo con nuestra tradición de confiar la

50 *Gaceta Oficial de la República*, edición ordinaria, 23 de junio de 1973.

51 Martha Prieto Valdés: “El Sistema de Defensa Constitucional Cubano”, en *Revista Cubana de Derecho*, no. 26, julio-diciembre de 2005, p. 472.

52 Constitución de la República, de 24 de febrero de 1976, Reforma constitucional de 12 de julio de 1992. Artículo 75, incisos c), ch), r) y s), donde se faculta a la Asamblea Nacional del Poder Popular para decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales y revocar las disposiciones y acuerdos que infrinjan la Constitución. En el Artículo 70, se le reconoce como el único órgano con potestad constituyente y legislativa en el país.

defensa del texto constitucional a los tribunales de justicia, específicamente al Tribunal Supremo.

No obstante, ello no significa que haya la posibilidad del control externo judicial, en el que el tribunal, en el marco de la sustanciación de los procesos judiciales, pueda pronunciarse respecto a la presencia de una infracción de la Constitución, o no, y aplicarla e invocarla directamente para resolver los conflictos o litigios que se le presenten.

Esto, en modo alguno, representaría declarar la inconstitucionalidad de la norma, pues solo tendría efecto entre las partes del proceso, y posibilitaría a los tribunales defender la Constitución durante la tramitación de los asuntos a su cargo, y cumplir con el principio de que los jueces, en su función de impartir justicia, solo deben obediencia a la ley.⁵³ Tal afirmación adquiere relevancia, si advertimos que la obligación de cumplir la Constitución supone la posibilidad de su aplicación directa, y los órganos del Estado, funcionarios, empleados y ciudadanos están obligados a acatarla y tenerla como punto de partida y rectora de su actuación.

De la misma forma, nada se opone a que los tribunales, en particular el Tribunal Supremo Popular, de acuerdo con su experiencia en la práctica judicial, pueda solicitar a la Asamblea Nacional que se declare la inconstitucionalidad de las normas jurídicas que no se correspondan con los principios postulados en la Constitución, atribución similar a la que se le reconoce en el Decreto-Ley No. 272, “De la Organización y Funcionamiento del Consejo de Ministros”, de 16 de julio de 2010, donde se autoriza al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular a solicitar al Consejo de Ministros la revocación o suspensión de las decisiones, disposiciones y acuerdos que contravengan las normas superiores de obligatorio cumplimiento o que produzcan afectaciones en el país.

Vale recordar a Fernando Álvarez-Tabío, cuando dijo:

Los tribunales al aplicar la Constitución no están imponiendo un veto a determinado órgano del Estado. Los jueces; al fallar un caso concreto; están en el deber de buscar la norma aplicable, y cuando desechan una para escoger otra, no están derogando, ni vetando la norma desechada, sino declarando cuál es el derecho en el caso concreto sometido a su decisión.⁵⁴

Por tal razón, los tribunales en su función jurisdiccional deben tener una alerta pupila constitucional y ser un escudo impenetrable contra cualquier disposición o acto que contravenga los principios consagrados en el texto

53 Martha Prieto Valdés expresó: “La aplicación directa de la Constitución por los tribunales de justicia, además de desarrollar su carácter de normativa límite, marco y patrón, permitirá emplearla como instrumento de control, y la desarrollará como garantía superior”, conferencia en evento internacional Garcini in Memoriam, Memorial José Martí, La Habana, 2009.

54 Fernando Álvarez-Tabío: *El recurso de inconstitucionalidad*, pp. 8-9.

constitucional, pues, como dijera el profesor Julio Fernández Bulté: “Siempre, y hoy más que nunca, defender la Constitución es Defender la Revolución”.⁵⁵

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez-Tabío, Fernando: *El recurso de inconstitucionalidad*, Librería Martí, La Habana, 1960.
- Bajes, Ramón: *Derecho Constitucional*, Imprenta P. Fernández y Cia., La Habana, 1950.
- Barreras, Antonio: *Texto de las constituciones de Cuba (1812-1940)*, Editorial Minerva, La Habana, 1940.
- Casasús, Juan J. E.: *La Constitución a la luz de la doctrina magistral y de la jurisprudencia*, Cultural S. A., La Habana, 1946.
- Castro Ruz, Fidel: *La historia me absolverá*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1983.
- Constitución de la República de 1940, en *Gaceta Oficial de la República*, 8 de julio de 1940 [Artículo 174, inciso c), Artículo 172, primer párrafo, Artículo 183, Artículo 194]
- Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976, ref. en 1992, Editora del MINJUS, La Habana.
- Córdova Vianello, Lorenzo: *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 2009.
- Decreto No. 1298, de 24 de agosto de 1933. Se puede consultar en Antonio Barreras: *Op. cit.*, pp. 247-250.
- Estatutos del Gobierno Provisional de Cuba*. Se puede consultar en Antonio Barreras: *Op. cit.*, pp. 252-254.
- Fernández Bulté, Julio: “Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy”, en *El Otro Derecho*, no. 2, Bogotá, 1994.
- Fernández Sagado, Francisco: “El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952)”, en *Revista de Derecho*, vol. 12, no. 1, 2001 [s. l.]
- Gaceta Oficial de la República*, edición ordinaria, 23 de junio de 1973.
- Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, 20 de diciembre de 1960.
- García Belaúnde, Domingo: “El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 109, México, 2004.
- Garcerán de Vall y Souza, Julio: *El proceso de inconstitucionalidad*, Librería Martí, La Habana, 1947.

55 Julio Fernández Bulté: “Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy”, en *El Otro Derecho*, no. 2, p. 24.

- Gómez Benítez, Yanel: *La historia del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales*, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2001.
- Gutiérrez y Quirós, Juan Manuel: *Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales el 1.º de septiembre de 1931*, Tribunal Supremo, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Cia., La Habana, 1931.
- Hart, Enrique: "Discurso del Presidente del Tribunal Supremo, en el acto de apertura del año judicial el 1.º de septiembre de 1961", en *Revista Cubana de Jurisprudencia*, año I, no. I, Imprenta Nacional de Cuba, enero de 1962.
- Hernández Corujo, Enrique: *La acción pública en materia de inconstitucionalidad en Cuba*, Imprenta y Papelería de Rambla y Bouza y Cia., La Habana, 1935.
- _____: *Lecciones de Derecho Constitucional Cubano*, Editora O'Reilly, La Habana, 1942.
- Infiesta Bajés, Ramón: *Derecho constitucional*, Imprenta P. Fernández y Cia., La Habana, 1950.
- Kelsen, Hans: *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, no. 5, 1.ª edición, México, 2001.
- Ley de 31 de marzo de 1903, en *Gaceta Oficial de la República*, primero de abril de 1903 (artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 8).
- Ley de 17 de marzo de 1922, en *Gaceta Oficial de la República*, 23 de marzo de 1922 (artículo IV).
- Ley Constitucional, de 3 de febrero de 1934, en *Gaceta Oficial de la República*, 3 de febrero de 1934 (Artículo 78, apartado 5.º, y Artículo 38).
- Ley Constitucional de 11 de junio de 1935, en *Gaceta Oficial de la República*, 12 de junio de 1935 (Artículo 38, segundo párrafo y Artículo 84, cuarto párrafo).
- Ley No. 7, de 31 de mayo de 1949, en *Gaceta Oficial de la República*, 7 de junio de 1940 (artículos 1, 2, 13 y 16, 22, 52 y 57).
- Ley Constitucional de la República de Cuba, de 1952, Editora Continental S.A., La Habana. (Artículos 147, 157, 158, y 169), no. XVIII, Editorial Lex, La Habana, abril de 1960.
- Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona, 1982.
- Matilla Correa, Andry (compil.): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Editorial Porrúa, México, 2009.
- _____: "El control jurisdiccional de constitucionalidad en Cuba (1901-1959): Recuento histórico de sus líneas generales", en *Panorama de la ciencia del Derecho en Cuba*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, y Lleonor Muntaner Editor, Palma de Mallorca, 2009.
- Maza, Emilio: "El Recurso de inconstitucionalidad: sus fuentes actuales", en *Revista Cubana de Derecho*, año XVIII, no. 2, Imprenta F. Verdugo, La Habana, 1944.
- _____: *En Defensa de la acción pública*, [s.m.d.]
- Merino Brito, Eloy G.: *El Recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, Cultural S.A., La Habana, 1938.

- Montagú, Guillermo de: "El recurso de constitucionalidad de un solo ciudadano", en *Repertorio judicial*, Asociación Nacional de Funcionarios del Poder Judicial, año XXXIV, no. 1, Linotipos Sierra, La Habana, enero de 1948.
- Nin y Abarca, Mario: "El recurso de inconstitucionalidad en la Constitución de 1940", en *Revista Cubana de Derecho*, año XV (nueva serie), no. 4, octubre-diciembre de 1941, Imprenta de F. Verdugo, La Habana, 1941.
- Ponte Domínguez, Francisco J.: *El recurso de inconstitucionalidad por acción pública*, Talleres del Centro Superior Tecnológico, Ciudad Escolar, La Habana, 1958.
- Prieto Valdés, Martha: "El Sistema de Defensa Constitucional Cubano", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 26, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, julio-diciembre de 2005.
- Sentencia No. 8, de 22 de enero de 1941, en Juan J. E. Casasús: *La Constitución a la luz de la doctrina magistral y de la jurisprudencia [s.m.d.]*
- Sentencia No. 51, de 5 de noviembre de 1937, en Juan J. E. Casasús: *La Constitución a la luz de la doctrina magistral y de la jurisprudencia*, 1.^a edición, Cultural S. A., La Habana, 1946.
- Sentencia No. 54, de 15 de septiembre de 1943; Sentencia No. 99, de 14 de diciembre de 1945, del Pleno del Tribunal Supremo; Sentencia No. 110, de 21 de noviembre de 1941, en Juan J. E. Casasús: *Op. cit.*
- Sentencia No. 7, de 3 de junio de 1969, de la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, en *Boletín del Tribunal Supremo*, año IV, no. 3.
- Zamora Clemente, Juan: "La defensa de la Constitución en la legislación cubana", en *Revista Mexicana de Derecho Público*, vol. II, t. 1, México D.F., octubre-diciembre de 1946.
- Zaydín y Márquez Sterling, Ramón *et al.*: *Recurso de inconstitucionalidad contra la llamada Ley Constitucional de 4 de abril de 1952*, La Habana, 1953.

ACCESO A LA JUSTICIA DESDE LA ACTUACIÓN DE LOS TRIBUNALES*

Esp. Oscar Manuel Silvera Martínez
vicepresidente, TSP

UNO DE LOS temas que mayor atención recibe en los círculos académicos y políticos es la permanente idea de medir o valorar de algún modo la efectividad de los derechos que les corresponde defender y hacer valer a las instituciones judiciales, lo que se revierte en la necesidad de incluir enfoques sociológicos, politológicos, económicos y administrativos al problema del acceso a la justicia, que se puede definir como “un acceso de todos a los beneficios de la Justicia y del asesoramiento legal y judicial, en forma adecuada, a la importancia de cada tema o asunto, sin costos o con costos accesibles, por parte de todas las personas físicas y jurídicas, sin discriminación alguna por sexo, raza, religión o nacionalidad”.¹

Sin embargo, suele existir, con razón, mayor cantidad de bibliografía y análisis sobre la situación de las limitaciones del acceso real de las personas o grupos vulnerables o más desfavorecidos a la administración de justicia, y el tratamiento y empeño de los estados y organizaciones para procurar esa posibilidad.

En Cuba, como resultado de la obra de la Revolución, se alcanzan altos niveles de educación que posibilita a las personas conocer sus derechos. La propia existencia de un proyecto social y político participativo, que tiene su fundamento y esencia en la voluntad popular de *alcanzar toda la justicia*, dota a nuestro pueblo de mecanismos de reacción ante la injusticia y la arbitrariedad.

No puede obviarse en este análisis que el desconocimiento del Derecho es una de las barreras culturales que impiden el acceso al sistema de impartición de justicia y, además, favorece la falta de dominio de su función como sistema de convivencia y orden social, lo que provoca, en buena medida, criterios erróneos y desvirtuados de la justicia y del papel de los denominados “operadores del Derecho”.

En ese sentido, y sin tampoco desconocer que mucho puede y debe realizarse para seguir perfeccionando la cultura jurídica de la población, también responsabilidad de los tribunales,² pretendo realizar un esbozo de la forma y manera en que los jue-

* Ponencia presentada en el V Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 2010, actualizada con los datos estadísticos al cierre de ese año.

1 Horacio M. Lynch: “Acceso a la justicia y profesión legal” (informe), 13 de abril de 1997.

2 El Artículo 4 de la Ley No. 82 establece que los tribunales, entre sus principales objetivos, tienen:

ces con su actuación definen la efectividad y prevalencia de la justicia en sus decisiones que, a fin de cuentas, es lo que justifica la intervención estatal en la solución de los conflictos sociales.

Desde el punto de vista jurídico, existe consenso en que el tratamiento de este tema discurre por tres ramas fundamentales: el *derecho constitucional*, que establece el alcance del acceso a la justicia como garantía individual y las correlativas obligaciones del Estado en el establecimiento y funcionamiento de los tribunales; el *derecho procesal*, a partir de la definición de las reglas de competencia, los procedimientos en sentido estricto, hasta lo relacionado con el desempeño profesional de los intervinientes en la relación jurídica procesal; y el *derecho administrativo*, en lo referido a la organización y funcionamiento de la justicia, régimen disciplinario, responsabilidad, formas de ingreso, elegibilidad, formación, desarrollo y ética de los funcionarios judiciales.

La Constitución de la República de Cuba, aprobada por referendo popular el 15 de febrero de 1976,³ en los

artículos 41 y 42, define que “todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes”, y que “la discriminación por motivo de raza, color de la piel, sexo, origen nacional, creencias religiosas y cualquier otra lesiva a la dignidad humana está proscrita y es sancionada por la ley”. Estos derechos encuentran su correlato en la obligación del Estado de “realizar la voluntad del pueblo trabajador” y “garantizar la libertad y dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad”.⁴

La Constitución dedica los artículos 120 al 126 a definir con claridad que “la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a su nombre por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instituye”; y al carácter independiente de los jueces, la obligatoriedad del cumplimiento de los fallos judiciales por los organismos estatales, entidades económicas y sociales y los ciudadanos, y el carácter colegiado de los actos de impartir justicia en el

“h) elevar la conciencia jurídica social, en el sentido del estricto cumplimiento de la ley, formulando en sus decisiones los pronunciamientos oportunos para educar a los ciudadanos en la observancia consciente y voluntaria de sus deberes de lealtad a la patria y de respeto a las normas de convivencia social”.

3 El anteproyecto de la Constitución de la República de Cuba, durante 1975, fue sometido a la discusión pública de más de seis millones de personas. El 15 de febrero de 1976, se realizó un referendo popular con la participación del 98% de los electores, de los cuales el 97,7% votaron de forma positiva. La Constitución fue modificada en los años 1978, 1992 y 2002 y, en este último caso, ocho millones 198 237 electores ratificaron el contenido socialista de la Constitución y aprobaron dejar expresamente consignado el carácter irrevocable del socialismo y del sistema político y social revolucionario.

4 Artículo 9 de la Constitución de la República de Cuba.

Sistema de Tribunales, en el que participan con igualdad de derechos y deberes los jueces profesionales y legos.

La previsión constitucional de independencia de los tribunales en los actos de impartir justicia se refuerza con la administración del presupuesto que, en las condiciones del país, resulta suficiente para la adecuada atención a los jueces, trabajadores y sedes de los órganos jurisdiccionales. No obstante, ni las regulaciones económicas o presupuestarias, ni los principios, normas y procedimientos establecidos son suficientes para garantizar una adecuada administración de justicia, sin conocer cómo los jueces ejercen sus funciones en la práctica cotidiana.

Es este aspecto el que supone, para el caso cubano, un modelo distinto de concreción y respeto al acceso a la justicia. No basta que el sistema jurídico y político garanticen el ejercicio y protección de los derechos y los medios para actuar, sino que es de imperiosa necesidad constatar que se cuenta, a la vez, con los medios para asegurar a cada conflicto con relevancia judicial una solución oportuna, ágil y justa, pero estos atributos, en última instancia, dependen de cómo y en qué sentido los jueces asumen su responsabilidad de administrar *la justicia*, que es atributo irrevocable del pueblo en cuyo nombre se actúa.

Si procuramos definir los aspectos o elementos esenciales que iden-

tifican al modelo de administración de justicia cubano como socialista y revolucionario, sus fundamentos no estarían solamente en los postulados constitucionales, en la forma de elección de los jueces y la vigencia de las normas legales de contenido humanista, con procedimientos desprovistos de cargas y trámites dilatorios e innecesarios para resolver el fondo del asunto, sino en la actitud de los jueces para reflejar permanentemente en su actuación los valores y atributos que caracterizan al pueblo; ello se concreta en la adopción de decisiones justas y comprensibles, como resultado de procedimientos participativos, inclusivos y transparentes que manifiestan, en adecuado equilibrio, el interés social e individual a partir de entender, asumir y defender que la administración de justicia es, en primer orden, un *servicio público*, como afirmara el Dr. Rubén Remigio Ferro, presidente del Tribunal Supremo Popular.⁵

Ahora bien, ¿cómo y en qué medida se concretan estos aspectos en la práctica judicial cubana?

Datos actualizados permiten afirmar que, en los jueces cubanos, existe una adecuada representación de sectores o grupos sociales anteriormente desfavorecidos en Cuba.

De las 1152 personas que hoy asumen funciones de jueces profesionales en todo el país, 893 son mujeres (77,5%), 572 son jóvenes menores de 35 años (49,6%) y 369 son negros (32%).

5 Discurso pronunciado por el Dr. Rubén Remigio Ferro, en la apertura del V Encuentro Internacional *Justicia y Derecho*, el 26 de mayo de 2010.

Esta estructura generacional, de sexo y étnica, demuestra no solo las reales posibilidades de acceso de todos los sectores sociales a la judicatura, sino su indiscutible representatividad en la administración de justicia. La cantidad de jueces profesionales está determinada por la necesidad de propiciar una adecuada preparación de estos, bajo el prisma de un desempeño profesional eficiente y de calidad.

Esta situación incide en un aspecto característico de la actividad de los tribunales en Cuba: la agilidad o celeridad con que se resuelven o deciden los asuntos judiciales.

Al finalizar 2010, en el Sistema de Tribunales se resolvió el 94% de los asuntos penales y, en el Tribunal Supremo Popular, por ejemplo, la resolución de los recursos de casación se realizó en un promedio de 90 días, aunque se alcanzan niveles superiores de agilidad en los asuntos con acusados en prisión provisional. Esta situación, que es el resultado del control y la exigencia multisectorial sobre el sistema penitenciario, evita en Cuba la presencia de un fenómeno presente en muchos países, que son los denominados *presos sin condena u olvidados*, que se mantienen en prisión en espera de la solución del proceso por varios años y, en muchos casos, en términos iguales o superiores a los que les corresponderían, de ser sancionados.

Los tribunales municipales populares, en lo civil, resolvieron el 87,3%

de los asuntos, mientras que en la instancia provincial ese indicador alcanzó el 76,1%. En la especialidad administrativa, la resolución de los procesos, en el nivel provincial, fue del 75,6%; en la laboral, alcanzó el 98,6% (de ellos el 81,3% en término inferior a los 24 días hábiles) y, en la materia económica, se alcanzó una resolución general del 92%.⁶

Si bien la ejecución o cumplimiento de las resoluciones judiciales en la materia penal se ha mantenido estable y en niveles adecuados, en los últimos años, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en cumplimiento de las recomendaciones realizadas por la Asamblea Nacional del Poder Popular, adoptó varias decisiones encaminadas a lograr mayor efectividad en la ejecución de las sentencias dictadas en las materias civil, administrativa y económica.

La adopción de acciones conjuntas con las autoridades del Instituto Nacional de la Vivienda⁷ permitió un mayor control judicial sobre el cumplimiento de las sentencias por sus direcciones municipales. Como resultado, las 2414 sentencias pendientes de ejecución en junio de 2008 se redujeron a 150 al cierre de 2010, lo que demuestra mayor efectividad en este indicador, requisito indispensable para la validez y el cumplimiento de la tutela judicial efectiva.

En 2010, se continuó trabajando en las conciliaciones de las salas de lo

6 Informe de balance del Sistema de Tribunales Populares, 2010.

7 Indicaciones conjuntas Tribunal Supremo Popular-Instituto Nacional de la Vivienda, La Habana, 14 de febrero de 2008.

económico de los tribunales provinciales populares con los bancos para el control efectivo de las diligencias de embargo, lo que incide positivamente en la reducción de sentencias pendientes de ejecución cada año.

Estos son algunos de los indicadores que miden los índices de adecuada eficiencia de la administración de justicia, pero no tendrían mayor validez e impacto en la población, si no estuvieran acompañados, de una parte, por niveles óptimos de calidad y, por otra, de una actuación responsable, transparente y ética de los jueces y trabajadores del Sistema de Tribunales.

Las principales vías por las que se logra obtener y gestionar la calidad del trabajo judicial en Cuba son:

a) Evaluación de los procesos judiciales por los tribunales superiores al resolver los medios de impugnación⁸ o los procedimientos especiales de revisión. Esta posibilidad obliga al tribunal a pronunciarse sobre la tramitación general del proceso y se convierte en un insustituible mecanismo para precisar los errores o deficiencias que más inciden en la solución de los asuntos. Tales elementos se instituyen a la vez como premisas para definir las acciones de formación y capacitación de los jueces y el personal auxiliar y para las actividades de supervisión de la actividad jurisdiccional.

Datos actualizados del Tribunal Supremo Popular demuestran que la confirmación de las sentencias que son recurridas ante ese máximo órgano de justicia, en todas las materias, se comporta entre el 80% y el 90%, lo que es reflejo adecuado de certeza en las decisiones judiciales, máxime cuando el índice de recurribilidad de las partes es bajo, como consecuencia de la aceptación del fallo de los tribunales.

b) Sistema de preparación, formación y superación de los jueces y secretarios que, en el caso de los jueces de nuevo ingreso, comprende la realización del Diplomado de Administración de Justicia, con una visión fundamental de adquisición de habilidades y destrezas prácticas para un mejor desempeño laboral. Para encauzar, realizar y controlar todas esas acciones, el máximo órgano de justicia tiene en su estructura la Dirección de Formación y Desarrollo, que incluye la Escuela de Formación Judicial, el Centro Nacional de Documentación e Información Judicial y el Departamento de Investigaciones. En la actualidad, el 39% de los jueces tienen títulos académicos de máster, especialista o doctor. En este sistema de preparación, es privilegiada la consolidación de valores, de una cultura general integral y las informaciones

8 Las leyes procesales en Cuba (Ley de Procedimiento Penal y Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico) establecen la apelación y la casación como recursos o medios de impugnación que generan el examen de los asuntos por el tribunal superior.

- de carácter territorial, nacional e internacional.
- c) Evaluación del desempeño profesional sistemático de los jueces y trabajadores judiciales.
 - d) Existencia y constante perfeccionamiento de un sistema de supervisión de la actividad jurisdiccional que abarca todas las instancias y materias del Sistema de Tribunales.
 - e) En cumplimiento de lo establecido en el Artículo 63 de la Constitución de la República de Cuba,⁹ en los tribunales funciona un sistema de atención a la población que permite, a través de la tramitación y control de los planteamientos de la ciudadanía, identificar los errores e insuficiencias presentes en el trabajo judicial y adoptar las medidas que posibiliten su erradicación. Este sistema cumple, además, con el objetivo de brindar información a las personas que concurren a los órganos jurisdiccionales para derivar a la mejor opción procesal, en una actuación que pudiera considerarse, como afirma un sector de la doctrina, *tribunal de múltiples puertas*.

Como apunté anteriormente, no es posible hablar de acceso a la justicia cuando de forma permanente o temporal la población pierde confianza en la administración de justicia, por falta de transparencia en la actuación de los jueces y trabajadores judicia-

les. En Cuba, se constata que mayoritariamente los jueces y trabajadores actúan con apego a los valores humanos, sensibilidad y sentido del deber que caracterizan a nuestro pueblo.

Estos elementos, que tienen como fundamento el propio desempeño de la función judicial, y de conocer y compartir en varios tribunales con numerosos jueces y trabajadores, procuran aportar ideas y concepciones a la afirmación y realidad insoslayable de que la administración de justicia en Cuba constituye una de las conquistas de la Revolución.

Conscientes de nuestras insuficiencias y de las vías y métodos para superarlas, lo que caracteriza al modelo cubano es la plena convicción de sus responsables de garantizar procesos transparentes, ágiles, justos y con decisiones ejecutadas y cumplidas. Esa es la concepción del acceso a la justicia que define la Constitución de la República de Cuba al establecer, entre los valores superiores del ordenamiento jurídico, la justicia social.

BIBLIOGRAFÍA

Informe de balance del Sistema de Tribunales 2010, La Habana, 20 de enero de 2011.

Lynch, Horacio M.: "Acceso a la justicia y profesión legal" (informe presentado ante la Conferencia Regional de la Internacional Bar Association), 13 de abril de 1997.

9 Artículo 63. Todo ciudadano tiene derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir la atención o respuestas pertinentes y en plazo adecuado, conforme a la ley.

Remigio Ferro, Rubén: "Vocación de justicia: propia, universal y efectiva" (discurso pronunciado en la apertura del V Encuentro Internacional Justicia y Derecho), en *Justicia y Derecho*, año 8, no. 14, junio de 2010, La Habana, pp. 8-14.

Legislación

Anteproyecto de la Constitución de la República de Cuba, 1975.

Constitución de la República de Cuba.
Indicaciones conjuntas Tribunal Supremo Popular-Instituto Nacional de la Vivienda, La Habana, 14 de febrero de 2008.
Ley No. 82, "De los Tribunales Populares", de 11 de julio de 1997.
Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.
Ley de Procedimiento Penal.

ACTUALIDAD JUDICIAL

Lic. Sergio Ravelo López

J' del Departamento de Divulgación e Información, TSP

HACIA UN MAYOR NIVEL PROFESIONAL

El día 12 de septiembre, se inició el Diplomado de Administración de Justicia que, desde 2003, imparte la Escuela de Formación Judicial. En esta ocasión, contó con una matrícula de 60 jueces, 35 de ellos recién graduados de Licenciatura en Derecho, en cursos regulares diurnos, y los 25 restantes, profesionales que aprobaron el ejercicio de oposición.

El acto inaugural, transmitido en tiempo real a todos los tribunales provinciales populares, a través de una videoconferencia, estuvo presidido por el Dr. Rubén Remigio Ferro, quien enfatizó en la relevancia de este programa de formación inicial para la preparación ética y técnico-profesional de quienes comienzan la carrera judicial. Participaron en el acto de apertura, además, integrantes del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (TSP) y directivos vinculados al área de formación y desarrollo, entre otros.

El programa de estudio tiene, como base, un examen diagnóstico que permitirá encauzar sus objetivos hacia las particularidades de cada matriculado. Además, constituye una novedad la anteposición del componente laboral a las actividades lectivas que se impartirán, de forma concentrada, en la sede de la Escuela de Formación Judicial.

Con creciente calidad

Con el encuentro Justicia y Derecho en la sede del TSP, culminó en todo el país el proceso de realización de tales eventos, que contaron con la presencia de los integrantes del Consejo de Gobierno y otros directivos de este alto órgano de justicia. De las ponencias merecedoras de premios en los certámenes preparatorios serán seleccionadas las participantes en el VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho, que se realizará, del 23 al 25 de mayo de 2012, en el Palacio de Convenciones de La Habana.

ÁMBITO INTERNACIONAL

Cooperación

El TSP continuó ampliando sus convenios de colaboración con instituciones judiciales extranjeras, lo que permite profundizar los intercambios en asuntos de interés común.

Durante el segundo semestre del presente año, se afianzaron los acuerdos con los máximos órganos de Justicia de Venezuela, Brasil, Mozambique, Argentina, China, Rusia, Belarús, Francia, y con el gobierno vasco.

Cumbre iberoamericana

Invitados por el Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Ana María Mari

Machado y Oscar Manuel Silvera Martínez, vicepresidentes del TSP, del 28 de junio al 3 de julio, participaron en Caracas en la segunda ronda preparatoria de talleres de la XVI Cumbre Iberoamericana, que se efectuará en Argentina en 2012.

Distinguidos visitantes

Una delegación del Segundo Tribunal Intermedio Popular de Shanghai, China, encabezada por su presidente, Wang Xinfang, visitó el primero de agosto la sede del TSP. La recibió su titular, Dr. Rubén Remigio Ferro, quien enfatizó el buen estado de las relaciones existentes entre ambas instituciones. También se efectuó un fructífero intercambio entre la delegación e integrantes del Consejo de Gobierno del TSP.

Wang Xinfang agradeció las informaciones recibidas y expresó que el encuentro fue reflejo del afecto especial que ha caracterizado las relaciones entre ambos pueblos.

Con especialistas brasileños

Entre el 11 y el 15 de septiembre, dos directores del área de informática del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil visitaron la sede del TSP y la Universidad de Ciencias Informática (UCI), como parte del convenio de colaboración entre ambas instituciones, lo que permitirá un sustancial apoyo al proyecto de informatización de nuestro Sistema de Tribunales.

Fructífera visita

El Dr. Rubén Remigio Ferro, presidente del TSP, encabezó una de-

legación de nuestro máximo órgano de justicia al Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, entre el 26 de septiembre y el 2 de octubre. Este intercambio permitió continuar el proceso de consolidación y ampliación del convenio bilateral entre ambas instituciones. Acompañaron al Dr. Remigio Ferro, Eduardo Rodríguez González, vicepresidente; Maricela Sosa Ravelo, presidenta de la Sala de lo Penal; Vivian Aguilar Pascaud, presidenta de la Sala de lo Laboral; Isabel Inés Arrendondo Suárez, magistrada de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo; y Dámaso Castañet Betancourt, jefe del Departamento Independiente de Relaciones Internacionales.

Visita de trabajo a Santo Domingo

Ana María Mari Machado, vicepresidente del TSP, en cumplimiento de una invitación de la Suprema Corte de Justicia y Consejo del Poder Judicial de República Dominicana, participó como invitada, entre el 3 y el 6 de octubre, en la celebración del V Centenario de la instauración de la Real Audiencia de Santo Domingo, primer tribunal de América.

Importante reunión

El Esp. Oscar Manuel Silvera Martínez, vicepresidente del TSP, participó en Brasilia, entre el 19 y 22 de octubre, en la VI Cumbre Judicial de UNASUR, encuentro en que Cuba ha estado presente en calidad de invitada.

APROXIMACIÓN A SE

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez
Editor-corrector, TSP

ALGUNOS COLEGAS ME han pedido que trate acerca de la partícula *se*, en sus diferentes usos y, específicamente, en lo que concierne a la concordancia que debe establecerse con este elemento, y su relación con la voz pasiva.

Pudiera parecer sencillo ofrecer una regla general o línea a seguir, para proceder adecuadamente, cuando se está en presencia de ella, mas no es así.

Incluso, hay quienes solo la entienden como forma impersonal y, en consecuencia, proceden, pero desconocen que hay otros *se*, con sus particularidades.

Trataré de abordar la mayoría de las formas y funciones de *se*, con detalles y ejemplos, pero evitando la excesiva teorización, pues ello puede complicar aun más la situación, ya que este es un elemento que aglutina otras muchas cuestiones de la sintaxis.

Antes de sentarme a escribir, pensé muchas veces acerca de la forma más conveniente de enfocar este elemento gramatical para un público no especializado en cuestiones lingüísticas, con la consiguiente “traducción” de lo que dicen los especialistas en los libros, no de fácil asimilación por todos.

Finalmente, consideré mejor ofrecer los aspectos generales de algunos de los tipos de *se* existentes y, después, analizar casos concretos, pues incluso quienes conocemos esto y lo aplicamos en el trabajo diario, también tenemos momentos de vacilación en cuál variante debe aplicarse.

Una somera hojeada a *se* basta para indicar —y reiterar— que existen varios; entre ellos, los siguientes:

- 1.- Reflexivo de tercera persona
- 2.- Recíproco de tercera persona
- 3.- Reflexivo de pasiva
- 4.- Pronombre indefinido
- 5.- Forma verbal con *-se*.

Cada uno de ellos podría requerir varios trabajos, si en realidad se quisiera un tratamiento a fondo, pero el perfil de la sección, el público al que está dirigida esta y, por supuesto, la complejidad de comprensión que el asunto implica, haría demasiado denso el texto, y excesivamente monótona y tediosa su lectura y decodificación.

Se es un pronombre personal átono que, como los demás (*me, te, le, la, lo, nos, os, les, las, los*) puede ser antepuesto o pospuesto (enclítico) al

verbo. La lengua actual prefiere la primera variante, aunque utiliza siempre la segunda, cuando se trata de infinitivo, gerundio e imperativo.

Como la mayoría de los ejemplos que se indicarán aquí serán casos antepuestos, dedico unas líneas a la posposición. Veamos:

Con *infinitivo* (terminaciones *-ar, -er, -ir*): *amar-se, inmolar-se; romper-se, caer-se, partir-se, arrepentir-se.*

En el caso del *gerundio* (finales *-ando, -iendo*): *mirando-se, acurrucando-se, rompiendo-se, despidiendo-se.*

Para el *imperativo*: *siéntese, acomóde-se, acérque-se, váyase.*

Se: reflexivo de tercera persona

Como verbo reflexivo, se conoce aquel en el que la acción recae en quien la realiza, o sea, tiene por complemento el mismo sujeto.

El *se* reflexivo de tercera persona puede ser:

- a) Acusativo o complemento directo (C. D.): *Juan se lava* (*se* es el acusativo).
- b) Dativo o complemento indirecto (C. I.): *Juan se lava la cara* (*se* es el dativo; y *la cara* —parte del cuerpo que ha sido lavada—, el complemento directo de la oración, es decir, el acusativo).

Se: recíproco de tercera persona del plural

Por verbo recíproco se entiende el que expresa la acción de unos sobre otros y de estos sobre aquellos.

En el caso de *se* como recíproco, hay dos posibilidades:

- a) Complemento directo: *Los dos amigos se ven a menudo.*
- b) Complemento indirecto: *Los jugadores de dominó se están viendo las caras* (donde *las caras* es el complemento directo; y *se*, el indirecto).

Se: forma verbal

En la conjugación, es una de las formas correspondientes al pretérito (imperfecto y pluscuamperfecto) de subjuntivo. Ejemplos:

- a) Con imperfecto: *No creo que acudie-se mucha gente.*
- b) En pluscuamperfecto: *Si hubie-se ido, su situación no sería tan compleja.*

En estos casos, el habla prefiere la terminación en *-ra* (acudier-*ra* y hubie-*ra*), aunque tanto una como otra son correctas.

Se: reflexivo de pasiva

Cuando el sujeto paciente de una oración en voz pasiva es cosa, no persona, la estructura "ser + participio" puede sustituirse por la forma reflexiva. Así, *La casa fue vendida* se transforma en *La casa se vendió*; y *Las puertas fueron cerradas*, en *Se cerraron las puertas*.

En ambos casos, la nueva oración se denomina *pasiva con se* o *pasiva refleja*. Tal construcción —una de las más típicas de la sintaxis española (aunque también existe en portugués)— solo puede aplicarse a la tercera persona del singular o del plural.

Aclaraciones terminológicas

Ante la posibilidad de que algunos lectores no recuerden con exactitud en qué consisten ciertos términos y expresiones que he mencionado aquí, se imponen estas aclaraciones *a priori*.

Por oración activa se conoce aquella en la que el sujeto realiza la acción expresada por el verbo, y el complemento la recibe. En tal caso, estamos en presencia de un sujeto agente y un complemento paciente.

A la inversa, la oración pasiva es aquella en la que el sujeto recibe la acción, y el complemento la ejecuta. Se trata, entonces, de un sujeto paciente y de un complemento agente.

Aclaro con un ejemplo:

- *Él* (sujeto) *leyó el libro* (complemento). En esta oración activa, el sujeto es *agente* porque realiza la acción (leer) y el complemento es *paciente*, pues la recibe (es lo leído).
- Si la convertimos en pasiva: *El libro* (sujeto) *fue leído* por *él* (complemento), el sujeto es *paciente* porque recibe la acción (es lo leído) y el complemento es *agente*, por realizarla (quien lee).

Como puede verse, de la activa a la pasiva, el sujeto de la primera se convierte en el complemento agente de la segunda; y el complemento de aquella, en el sujeto paciente de esta.

DE LA PASIVA A SE

Tras las necesarias aclaraciones, puedo analizar fácilmente dos ejemplos que cité antes:

- *La casa fue vendida* es una oración pasiva, pues *la casa* (sujeto paciente) recibe la acción (fue vendida) de alguien, que no sabemos quién es. En este caso, cuando la convertimos en *pasiva con se*, no hay problemas con la concordancia —objetivo central de este trabajo—, pues el sujeto paciente de esta (la casa) es singular y se dice, normalmente, *La casa se vendió*.
- *Las puertas fueron cerradas* es, también, una oración pasiva, ya que *las puertas* (sujeto paciente) es el elemento oracional que recibe la acción (fueron cerradas) de alguien, que tampoco conocemos. Pero ahora, al reestructurarla como *pasiva con se*, la situación es otra.

Muchos creen que la concordancia solo puede ser en singular porque equiparan a *se* con el pronombre *alguien* –como recurso auxiliar– y eso no es estrictamente así. Si el sujeto paciente de la pasiva –como ya dije– es cosa, puede establecerse en el mismo número (singular o plural) que esté aquel. Como, en esta ocasión, es cosa y está en plural (las puertas), caben por igual *Se cerró (se cerraron) las puertas*.

Todo esto es válido para cuando vayamos a construir una oración con *se* que pueda ser sustituida por una pasiva simple. Este recurso es válido como auxiliar, mas no siempre es posible tal sustitución.

Pero ¿qué sucede cuando el sujeto paciente es persona? Muy sencillo. En tal caso, al transformar la oración pasiva simple en pasiva refleja, la concordancia siempre será en singular. (Aquí sí cabe utilizar el pronombre *alguien* como recurso auxiliar.) En consecuencia, *Los profesores fueron atentamente escuchados* se convierte en *Se escuchó atentamente a los profesores*.

SE IMPERSONAL

En muchas ocasiones, *se* acompaña a verbos intransitivos en tercera persona del singular, a los cuales les imprime un sentido de impersonalidad. Ejemplos: *Aquí se vive bien* y *En esta brigada se trabaja mucho*.

Tal construcción, se puede aplicar a verbos transitivos con complemento directo de persona, como en *Se les ve poco por aquí* (donde el C. D. está representado por *les*). Pero no es posible en el caso de verbos transitivos con complemento directo de cosa, porque este cumple la condición del sujeto paciente de pasiva analizado antes.

Valga un ejemplo:

En *Se vertieron sobre los hombres las más altas enseñanzas*, el C. D. (*las más altas enseñanzas*) es el complemento agente; y, siguiendo el patrón establecido antes, también es el sujeto paciente de la pasiva *Las más altas enseñanzas fueron vertidas sobre los hombres*. De ahí que la concordancia sea de acuerdo con el número de aquel; en este caso, plural.

Vuelvo a la estructura *Se cerró –cerraron– las puertas*. Prefiero que argumenten dos conocidos gramáticos españoles: Samuel Gili Gaya (*Curso superior de sintaxis española*) y Manuel Seco (*Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*).

Reproducir lo expresado por ambos (con ejemplos similares), también permite combatir erróneas interpretaciones de quienes alegan que, en cuanto a la concordancia con *se*, el primero de ellos dice que debe ser en singular, lo cual no es cierto. Veamos:

La vacilación presente entre *se venden botellas* y *se vende botellas*, *se alquilan habitaciones* y *se alquila habitaciones*, tan discutidas por los gramáticos, depende de que prevalezca la idea de que las botellas son vendidas (impersonal pasiva) concertando el verbo con su sujeto pasivo,

o de que un sujeto indeterminado (impersonal activa) *vende botellas*. La construcción pasiva es la tradicional y predomina en la lengua literaria; la impersonal activa se abre camino principalmente en el lenguaje corriente, sin que esto quiera decir que falten ejemplos de uno y otro uso en ambos dominios del idioma. Hay además preferencias locales a favor de una u otra construcción en diferentes zonas geográficas de la lengua española.¹

La forma *se* es empleada también, sin valor reflexivo, como indicador del sentido pasivo en la oración: *Se vendió la casa*, “fue vendida la casa”. Esta construcción pronominal pasiva solo se presenta en 3.^a persona (singular o plural) y siempre referida a cosas. Como el sustantivo que acompaña al verbo es su sujeto gramatical, el verbo tiene que ir en singular o plural, según vaya en singular o plural ese sustantivo.²

Es decir, si se trata de cosa en singular, no hay dificultades. Estas se presentan en el caso de cosa en plural, para el que Gili considera válidas ambas variantes: *Se vende –venden– botellas*, mientras Seco solo acepta el plural. Yo, también, pero no debo decir que la otra sea inadecuada. He ahí la causa de lo que expresé antes.

Por supuesto, esto no debe confundirse con las situaciones de persona, en las que solo es posible el singular:

Cuando el sujeto era persona nacía ambigüedad: *Se ayudan los estudiantes* lo mismo podía significar acción recíproca, que pasiva (*los estudiantes son ayudados*). Desde el siglo XV comienza a fijarse en este caso la práctica de poner el verbo en singular acompañando al sujeto pasivo con la preposición *a* (*se ayuda a los estudiantes*), con lo cual se distingue netamente de la recíproca. [Y] quedaron convertidas en oraciones activas de sujeto indeterminado (*se*) con el verbo en tercera persona de singular (*ayuda*) y un complemento acusativo de persona con la preposición *a* (*a los estudiantes*).³

Hasta aquí, todo lo que me pareció necesario exponer para que los interesados en los usos de *se* y su relación con la concordancia saciaran su sed de conocimientos.

Sé que, aunque traté de encontrar las palabras más claras y precisas en la “traducción” de lo que expresan los textos al respecto, no siempre fue posible lograrlo, por cuanto, en estos menesteres, hay terminología “intraducible” y ello, muchas veces, reduce todo a un círculo vicioso en el que se repiten las mismas palabras y estructuras, sin que haya otra forma de decirlo.

1 Samuel Gili y Gaya: *Curso superior de sintaxis española*, pp. 76-77.

2 Manuel Seco: *Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, pp. 343-344.

3 Gili y Gaya: *Op. cit.*, p. 76.

ACOTACIÓN IMPRESCINDIBLE

No debo concluir este texto dedicado a *se*, su relación con la concordancia y el vínculo con las oraciones pasivas, sin acometer una breve incursión por nuestro entorno inmediato, el contexto jurídico, en el que se reiteran la voz pasiva y la impersonal con *se*, en detrimento de las oraciones activas, cuando, en realidad, estas son más directas, y son las preferidas en el lenguaje corriente y el literario.

Según expresó la licenciada Gisela de la C. Docampo Alba, “el estilo jurídico usa, y abusa, de la voz pasiva y de las frases impersonales con *se*, a diferencia del español cotidiano, que prefiere la voz activa: *fue sometida a la prueba, es informado de las causas, se declaró inadmisibile el recurso*”.⁴

Esta aseveración es el resultado de una acuciosa búsqueda a través de sentencias, autos, actas notariales, libros de texto, leyes, códigos,... en los que la autora localizó suficientes ejemplos, como los que, a diario, encuentro en mi quehacer como corrector de estilo y editor.

Podría citar muchísimos ejemplos al respecto, pero los considero innecesarios, cuando ya he explicado bastante al respecto. Para cerrar, solo quiero citar un caso con el que choco a menudo: unas veces, usado en voz pasiva (*Fue decidido por el tribunal*); otras con *se* (*Se decidió por el tribunal*).

Por supuesto, ambas formas son correctas, pero mucho más elegante, concreto y breve sería expresarla en voz activa: *El tribunal decidió*.

BIBLIOGRAFÍA

- Docampo Alba, Gisela de la C.: “Mis primeras impresiones acerca del estilo jurídico”, en *Justicia y Derecho*, año 8, no. 15, diciembre de 2010, La Habana, pp. 138-144.
- Gili y Gaya, Samuel: *Curso superior de sintaxis española*, 2.^a ed., La Habana, 1974.
- Rodríguez Gómez, Juan Ramón: “Acercamiento al estilo”, en *Justicia y Derecho*, año 5, no. 9, diciembre de 2007, pp. 67-68.
- _____: “Se impone SE”, en *el habanero*, 6 y 27 de julio, 10 y 31 de agosto y 21 de septiembre de 2004, La Habana, p. 2.
- Seco, Manuel: *Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, 9.^a ed. –8.^a reimp.–, Madrid, 1994.

4 Gisela de la C. Docampo Alba: “Mis primeras impresiones acerca del estilo jurídico”, p. 143.