
SUMARIO

- 3 • *El debido proceso y la doble conformidad judicial*
Esp. Maricela Sosa Ravelo
- 18 • *Casación y cuestionamiento de los hechos: ¿quimera o realidad?*
Esp. Odalys Quintero Silverio
- 35 • *La imparcialidad de los jueces en el proceso penal*
Esp. tte. cor. Roselia Reina Batlle
- 45 • *La dinámica defraudadora en el delito de estafa*
Lic. Yanet Castillo Delgado
- 58 • *La atenuante de obrar bajo la influencia de amenaza o coacción*
Esp. Hugo R. Benavides Gómez y Lic. Dayán G. López Rojas
- 69 • *La Constitución cubana en la argumentación de sentencias civiles y administrativas del TSP*
Dra. Majela Ferrari Yaunner y Esp. Isabel Arredondo Suárez
- 82 • *Administración, por no progenitores, de bienes atribuidos a menores*
Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo
- 107 • *La tutela cautelar en el proceso civil cubano*
Dra. Ivonne Pérez Gutiérrez
- 126 • *La acción subrogatoria como protección al derecho de crédito*
Esp. Aniley Vento Domínguez
- 142 • *Representación de las partes en el proceso laboral*
Lic. Arianna Ima Paz
- 149 • *Justicia y educación ambiental*
M.Sc. Pablo Prendes Lima
- 158 • *Ética, moral y justicia*
Lic. Yamira Téllez Loredó
- 165 • *La toga: el más valioso de los atuendos*
Lic. Ysmaray Hinojosa Pérez
- 169 • VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho
 - *Relatoría de las sesiones de trabajo*
Dra. cor. Lourdes Carrasco Espinach
- 176 • *Actualidad judicial*
Lic. Sergio Ravelo López
- 178 • *Mejoremos algunas expresiones (II)*
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

M.Sc. Carlos M. Díaz Tenreiro

M.Sc. Narciso A. Cobo Roura

Esp. Vivian Aguilar Pascaud

Lic. Andrés R. Bolaños Gassó

Esp. María C. Bertot Yero

Esp. Maricela Sosa Ravelo

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

E-mail: celaida@tsp.cu

ISSN 1810-0171

Publicación semestral

Año 10, no. 19, diciembre de 2012

EL DEBIDO PROCESO Y LA DOBLE CONFORMIDAD JUDICIAL

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

EL *debido proceso* es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo en el proceso, y debe tener la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

Este principio procura el bien de las personas, como el de la sociedad en su conjunto, a las que se les tiene que dar la posibilidad de defender adecuadamente sus pretensiones en el proceso y en su concepción tiene como base fundamental el principio de legalidad, al requerir que las formalidades y ritos procesales a los que se sometan las partes hayan sido prefijados por el legislador de manera clara y precisa, las cuales han de ser observadas a plenitud a fin de que permitan un juicio imparcial y transparente.

Esta tarea está atribuida al juez o al tribunal competente, el cual también debe ser el establecido previamente por la ley, es decir, que el debido proceso exige el cabal funcionamiento de la institución del “juez natural”, lo cual legitima la impartición de la justicia penal.

El derecho a la defensa constituye otro de los pilares de esta concepción, el cual ha de ser seleccionado

por el sindicado o, en su defecto, nombrado de oficio. Este abogado defensor, de común acuerdo con su representado, ha de tener la posibilidad de aportar pruebas, conceder las que se recopilan por la acusación y controvertirlas con otras, condición indispensable para que conforme un proceso debido.

Otro de los principios que recoge esta sistemática es la presunción de inocencia del inculcado. Es imperioso tener presente que todo acusado, más que presumirse inocente, lo es, hasta que el tribunal competente demuestre definitivamente lo contrario, en un proceso pleno de garantías.

La decisión no solo debe ser motivada o fundada, sino, además, congruente; esto es, no debe existir un desajuste entre el fallo judicial y los términos del debate procesal. La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho y la circunstancia descrita en la acusación.

En la sentencia condenatoria, el tribunal podrá dar al hecho una calificación distinta a la de la acusación o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia. Pero el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto del invocado en la acusación,

si previamente no fue advertido por el juez presidente sobre la modificación posible de la calificación jurídica. Confluyen aquí, en primer lugar, una de las reglas básicas del proceso acusatorio: el principio de congruencia entre la sentencia y los hechos descritos en la acusación; en segundo lugar, el principio del *iura novit curia*.

El debido proceso ha sido recogido como parte de convenios internacionales. Así, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, suscrita el 10 de diciembre de 1948, Artículo 10.- “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

También consta regulado en el Artículo 14, primer párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Asimismo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, Artículo 8:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligacio-

nes de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y

h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Como se observa, el debido proceso establece la recurribilidad de las sentencias, de manera que el acusado que haya sido encontrado culpable por un tribunal de primera instancia pueda impugnar tal deci-

sión ante otros jueces de superior jerarquía, con capacidad para anular ese fallo. Tal posibilidad ofrece la garantía de una decisión más cierta por parte del órgano judicial y, a la vez, le da la confianza necesaria al sujeto declarado culpable de que puede alegar ante otro tribunal las presuntas infracciones o quebrantamientos que considere que fueron cometidos en su caso y conseguir la subsanación de estos, de resultar con lugar su petición.

En Cuba, la garantía de recurrir las sentencias dictadas por los tribunales provinciales en el procedimiento penal ordinario, encuentra su concreción en el Artículo 67 de la Ley de Procedimiento Penal, a través del recurso de casación, para el cual se establecen causales de impugnación por infracción de ley y quebrantamiento de forma;¹ lo que significa que no se puede hablar de la existencia de la doble conformidad judicial, en tanto esta presupone que las partes, de manera amplia, puedan denunciar todos los agravios que consideren de la resolución de la primera instancia, incluyendo los hechos y las pruebas.

Entre juristas, doctrinarios y jurisprudencia en el mundo se observa que no existe total consenso sobre el tipo de recurso que debe adoptar el derecho procesal para garantizar la doble conformidad. En el análisis

acerca de la forma en que se debe instrumentar la doble instancia en el procedimiento ordinario de los tribunales provinciales en Cuba, no se pueden perder de vista los criterios doctrinales y jurisprudenciales que hoy se mueven en el sentido de las transformaciones de la casación, y las ventajas y desventajas de la apelación, todo ello, en el contexto cubano.

En el Tribunal Supremo Popular (TSP) se reciben con regular frecuencia recursos de casación en los que los recurrentes, a pesar de no contar con cauce legal para ello, muestran su inconformidad con los hechos y con la valoración de las pruebas realizadas por el tribunal *a quo*, lo que evidencia las insatisfacciones con la actuación de la sala de juicio en el sentido antes planteado, sin que cuenten con el mecanismo efectivo que propicie la doble conformidad judicial, porque aun cuando los jueces del órgano superior están impregnados de la importancia del valor justicia, de la racionalidad en las decisiones, los recursos en torno a este tema siempre van a pender de la voluntad de los jueces del tribunal superior, en cuanto a analizar lo planteado en sus tesis, para, de ser cierta, anular la sentencia de oficio, o que se les rechace el recurso por no contar con respaldo legal para realizar tales cuestionamientos.

1 Ley No. 5 de 1977, "De Procedimiento Penal", Artículo 67, apartado primero: "Las sentencias definitivas dictadas en materia penal en primera instancia por las salas correspondientes del Tribunal Supremo Popular y por las salas de lo Penal y delitos contra la Seguridad del Estado de los tribunales provinciales populares [...]"; artículos 69 (recurso de casación por infracción de ley) y 70 (recurso por quebrantamiento de forma).

LA DOBLE CONFORMIDAD JUDICIAL

La doble conformidad judicial tiene su expresión en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Resolución 2200, de 19 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la que fue suscrita por el Estado cubano el 28 de febrero del año 2008. En el apartado quinto del Artículo 14, se establece lo siguiente: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito en la ley”.

Como se observa, la doble conformidad judicial está muy relacionada con los medios de impugnación, que constituyen las vías que tienen las partes de un proceso penal para que la sentencia judicial o el proceso sean revisados, como otro instrumento más de protección. A este criterio de legitimación recursiva bilateral, se opone Maier, al considerar que es un derecho exclusivo del acusado.²

El derecho a recurrir para la doble conformidad es independiente de la existencia real o efectiva del defecto o injusticia que se reclama a

través de él. Sobre ello, Clariá Olmedo manifestó que la falta de razón en el reclamo da lugar a que el recurso sea declarado sin lugar, pero no es una razón para declarar inadmisibile el recurso.³

Gimeno Sendra⁴ señala que, cuando solo el acusado “[...] tiene la posibilidad de recurrir en casación, sus posibilidades quedan limitadas a demostrar que la Audiencia violó una norma determinada de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o del Código penal, que incurrió en error en la valoración de la prueba que tiene, como ya sabemos, un contenido concreto y limitado. Cuando por el contrario, lo que tiene es la posibilidad de buscar un nuevo conocimiento de la causa, cuando a ello se añade la posibilidad de realizar prueba, es evidente que el condenado en esta ocasión, se tiene que sentir más garantizado en su derecho a obtener la tutela efectiva con el contenido justo y certero que impone la ley”.

Jiménez Asenjo afirma que, aunque algún sector doctrinal pretende demostrar que el recurso de casación es una verdadera segunda o tercera instancia, la opinión dominante la considera como un medio de impugnación *sui generis* que cumple su

2 Julio B. Maier: *Derecho procesal penal*, p. 709. En este sentido, argumenta que solo la condena penal dictada por un tribunal de juicio es recurrible y únicamente lo es por el condenado para alcanzar la doble conformidad; la absolución —salvo el caso de aplicación de medida de seguridad y corrección— y la condena no recurrida a favor del imputado quedan firmes por su pronunciamiento y cualquier persecución posterior debe ser considerada un *bis in idem*.

3 Jorge Clariá Olmedo: *Tratado de Derecho procesal penal*, p. 342.

4 Vicente Gimeno Sendra *et al.*: *Lecciones de Derecho procesal penal*, p. 420.

misión estrictamente político-judicial propia y se organiza sobre bases diferentes a la de una instancia.⁵

Pastor⁶ indica que el recurso de casación es un medio de impugnación constreñido solo a las cuestiones de Derecho. Tradicionalmente, ha visto justificado su ámbito dogmático de revisión limitado en "(a) El fin político de asegurar la unidad del derecho objetivo; (b) a través de una interpretación de la ley, final y suprema, que asegure la uniformidad de la jurisprudencia; (c) garantizando así accesoriamente, la igualdad; (d) respetando la decisión soberana del jurado sobre los hechos; (e) las limitaciones impuestas por los principios de oralidad, inmediación y concentración del juicio penal; (f) para lograr así, también, una menor carga de tareas de los tribunales superiores encargados del recurso. Si al cumplir con todas las exigencias se pueden, además, eliminar reso-

luciones judiciales incorrectas, ello es procedente. Pero en la dogmática tradicional de la casación penal ello es procedente si —y solo si— esa eliminación está al servicio de aquellas exigencias".

No se entiende el motivo por el que los condenados por delitos más graves ven reducidas sus capacidades de impugnación al recurso de casación, el cual, desde el principio, limita consecuentemente la posibilidad de obtener una sentencia distinta a la recurrida; parece que hubiese sido más adecuado permitir a estos condenados la misma posibilidad que a los demás.⁷

Rivero García y Pastor consideran que la doble instancia, de manera amplia, es una segunda primera instancia, porque el tribunal superior, al practicar la misma prueba u otras, no está controlando lo que hizo el tribunal de instancia, sino resolviendo conforme a lo apreciado por él, sin que esta segunda sentencia sea

5 Enrique Jiménez Asenjo: *Derecho procesal penal*, p. 339.

6 Daniel Pastor: *La nueva imagen de la casación penal*, p. 33.

7 Gimeno Sendra *et al.*: *Op.cit.*, p. 418. Resultan sorprendentes, a primera vista, que, en los hechos jurídicos más graves y significativos que, en primera instancia, ...le sea negada al acusado una segunda instancia fáctica. En igual sentido, se pronuncia Roxin Claus: *Derecho procesal penal*, p. 357. Coincide plenamente con este criterio. *Cfr.* Ley de Procedimiento Penal, de Cuba (artículos 67 y ss.), Código procesal de Guatemala (artículos 437 y ss.), Código federal de procedimientos penales de México (artículos 363 y ss.), Código procesal de Venezuela (para delitos cuya sanción sea mayor a 16 años de privación de libertad, artículos 451 y ss.; para los de 4 a 16 años, prevé la apelación y, contra esa sentencia, el recurso de casación), Código procesal alemán (artículos 333 y ss.), Código procesal penal de Honduras (Artículo 359), Código procesal de El Salvador (Artículo 421), Código procesal de Costa Rica (Artículo 44).

Los códigos procesales penales de Nicaragua, Perú y México sí prevén el recurso de apelación contra las sentencias de mayor rigor; y, en el caso de los dos primeros, contra lo resuelto en apelación, recurso de casación, artículos 362 y ss., artículos 425 y ss. y artículos 363 y ss., respectivamente. *Cfr.*, también, Código procesal de Bolivia (Ley de 25 de marzo de 1999, artículos 416 y ss.) y Código procesal penal de Paraguay (Artículo 466).

revisada por ningún otro órgano, por tanto vuelve el tema de la doble conformidad.⁸

Gimeno Sendra, Víctor Moreno y Cortés Domínguez consideran que la instrumentación del sistema de jurados anglosajón es el enemigo de la doble instancia; en él, se concibe la jurisdicción penal en único grado y, en lo que se refiere a sentencias definitivas, se desestima el doble grado de jurisdicción mediante el recurso de apelación, porque se considera que el recurso por excelencia es el de casación, al no estar facultado el tribunal para revisar los hechos y las pruebas del tribunal de juicio por prohibirlo el principio de inmediación. Siguiendo esta línea, los códigos procesales de Venezuela y de Alemania prevén solo el recurso de casación contra las sentencias dictadas por tribunales de jurados.⁹

Vélez Mariconde se pronuncia a favor de la única instancia contra las resoluciones de los tribunales de juicio y, en consecuencia, que no se revisen las cuestiones de hecho y de la prueba; en igual sentido, se muestran procesalistas como De la Rúa y Bacigalupo, quienes sostienen que la sentencia

es dictada luego de un debate oral en el que el tribunal y las partes han apreciado la prueba y discutido las cuestiones con los beneficios de la inmediación y concentración; la identidad física del juzgador es el tercer principio necesario para asegurar la mejor sentencia. No sería posible, entonces (para estos autores), admitir ninguna clase de recurso en el mérito: el tribunal de alzada estaría impedido de revalorar las pruebas o modificar los hechos por cuanto no ha participado del debate. Si se le admitiera, lo valioso de la inmediación se perdería.¹⁰

Desde el surgimiento de ese derecho, caracterizado por un procedimiento escrito, la apelación es recurso que ha permitido el examen de los hechos y de las pruebas. Manzani lo define como un medio de impugnación ordinario, suspensivo, devolutivo y extensivo que se propone mediante declaración, por la cual es impugnada en todo o en parte, por razón del hecho o de derecho.¹¹ De esta manera, ha sido recogida dicha institución en los códigos procesales penales de los diferentes países.¹²

8 Danilo Rivero García: *Temas de estudio de Derecho procesal penal*, p. 84; y Pastor: *Op. cit.*, p. 161.

9 Gimeno Sendra *et al.*: *Op. cit.* p. 417. Cfr. Código procesal penal de Venezuela (Artículo 455) y Código procesal penal alemán (Artículo 333).

10 Fernando de la Rúa: *Teoría general del proceso*, p. 3.

11 Citado por Jiménez Asenjo: *Op. cit.*, p. 327.

12 Ver Ley No. 5 de 1977, "De Procedimiento Penal" (artículos 58 y ss.); Código procesal de Guatemala (artículos 409 y ss.), Código procesal de Nicaragua (artículos 380 y ss.), Código federal de procedimientos penales de México (artículos 363 y ss.), Código procesal de Bolivia (artículos 397 y ss.), Código procesal de Perú (artículos 416 y ss., con la excepción del efecto suspensivo para las sentencias condenatorias en las que se haya impuesto sanción de privación de libertad, que se ejecuta provisionalmente), Código procesal penal alemán (artículos 312 y ss.).

Para lograr el doble conforme, la discusión entre si debe tener una única instancia o la doble, o si es a través de la apelación, la casación o cualquier otro, no es pacífica, pues Maier, Pastor y Llovet se pronuncian en el sentido de que con una casación que permita la revisión de todo error, realización de prueba parcial sobre los hechos discutidos y la incorporación de las causales de revisión es posible lograr la doble conformidad judicial.¹³

La entrada a los sistemas de derecho de los tribunales de juicio hizo que, en varios países del área, eliminaran la apelación sobre las resoluciones definitivas del tribunal de juicio y, generalmente, instituyeran en estos el recurso de casación.

Ejemplo de ello aconteció en el código procesal penal de Costa Rica, de 1973, en el que se eliminó la doble instancia y, con ello, el recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva, que hasta ese momento contemplaba el Código de 1910, el que, conforme al modelo del código procesal argentino de 1939 y a las enseñanzas de Vélez Mariconde, estableció que, contra la sentencia dictada en el juicio oral y público, solamente era posible presentar recurso de casación.

En la exposición de motivos de la citada ley consta como fundamento del recurso de apelación “que había sido una necesidad de que varios jueces en tribunal colegiado revisaran la solución que un juez unipersonal ha resuelto, por aquello de que cuando intervengan varias personas se reduce la posibilidad de errores”.¹⁴

El código modelo para iberoamérica, de 1988, siguió la línea de los códigos procesales de Córdoba, de 1939 y 1969, de modo que no estableció un recurso de apelación contra las sentencias condenatorias, sino previó solamente la posibilidad de que esta fuera impugnada a través de un recurso de casación limitado.

En la exposición de motivos de este, se consigna:

“Se ha seguido la tendencia moderna de regular un juicio penal de única instancia sobre los hechos que solo admite contra la sentencia un recurso limitado a las cuestiones jurídicas procesales y materiales que la afectan, el de casación [...] La omisión de un recurso amplio que abarque también los motivos de hechos, como el de apelación, obedece a razones técnicas, el juicio oral y público no concibe este tipo de recursos porque ello representaría duplicar el

13 Maier: *Op. cit.*, p. 721; Pastor: *Op. cit.*, pp. 213, 214 y ss. Los dos alegan que puede ser otro recurso sin nombre, pues no interesa el que se le dé a este medio de impugnación; lo decisivo es que permita una revisión de lo decidido tan amplia como sea posible, sin llegar a una repetición del acto de juicio, entendido como renovación integral de la discusión sobre la acusación, considerando que lo importante no es el nombre, sino el contenido. Javier Llobet Rodríguez, en *Código procesal comentado de Costa Rica*, t. 2, p. 655, aunque comparte los criterios antes expuestos, refiere que, por una cuestión de política legislativa, podrá implementarse la apelación que permita no un “juicio sobre juicio”, “sino un juicio sobre hecho”.

14 Citado por Llobet: *Op. cit.*, p. 635.

juicio, al menos al aspecto de hecho y que un principio del juicio oral y público impone que solo los jueces que presenciaron el debate están habilitados para deliberar y votar la sentencia por así imponerlo las reglas de la inmediación, y aún apelando a los métodos modernos de reproducción, la inasistencia de los jueces de fallo al debate que lo funda provocaría la pérdida de la sustancia y razón de ser del juicio oral”.¹⁵

En resumen, los que admiten que la doble conformidad judicial se alcanza con existencia de la doble instancia sientan sus bases en:

1. La múltiple instancia tiende a corregir los errores de la imperfección humana. El juez en su calidad de ser humano, se encuentra tendiente a cometer errores.
2. La múltiple instancia tiende a asegurar la aplicación de la buena justicia, y corrige las posibles imperfecciones cometidas por el juez.
3. La múltiple instancia presupone la existencia de un tribunal superior colegiado, lo que genera de esta manera seguridad a las partes, debido a la intervención de dicho tribunal.

A modo de ilustración, se cita lo expresado por Ferrajoli, quien ve la segunda instancia como una garantía: “[...] es el reexamen, a pedido de parte, del primer juicio, una garantía esencial del ciudadano y en particular, en el juicio penal, del imputado [...] Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía de legalidad

y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen. A falta del doble examen los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan sólo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio. Es evidente que este principio tiene valor sobre todo en el proceso penal, donde está en juego la libertad de los ciudadanos, en conflicto directo con la pretensión punitiva del estado”.¹⁶

En el ámbito de la doctrina en las regulaciones internacionales, se discute el significado que debe darse al término “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” recogido en la Convención Americana de Derechos Humanos y/o al “derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior”, según el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 1966.

Una de las interpretaciones es la del doble juzgamiento integral del caso; otros lo ven como la posibilidad de revisar hechos y pruebas, pero sin que llegue a convertirse en un doble juzgamiento de primera instancia.

Asimismo, Bidart Campos ha señalado que “[...] conforme al Pacto

15 *Ibíd.*, p. 634.

16 Luigi Ferrajoli: *Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia*, pp. 446-447.

de San José de Costa Rica, la doble instancia es obligatoria en el proceso penal, porque su artículo 8.2.h), consigna el *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*.¹⁷

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia de 2 de julio de 2004, en el caso de Mauricio Herrera contra Costa Rica, en la que condenó a este país por considerar que la casación penal contemplada en el Código procesal citado no es suficiente para garantizar el derecho a recurrir la sentencia condenatoria. En esta sentencia se enfatiza que en el recurso se debe garantizar un examen integral de la decisión recurrida, lo que abarca todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior. Se puntualiza que los estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio del medio de impugnación de ese recurso, siempre que el que se establezca sea eficaz para la corrección de las resoluciones contrarias a Derecho.¹⁸ En ese mismo, sentido se pronunció la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Casación Penal de Goicoechea, a través de la votación 117 de 2005, del 24 de febrero, y 179 de 2005, de 10 de marzo.¹⁹

El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, considerando que la sentencia de la Corte interamericana le da gran importancia al antecedente

existente en el caso de Césareo Gómez Vázquez contra España, respecto al de Francis Peter Perera contra Australia, a través de la Comunicación No. 536 de 1993, de 28 de abril de 1995, dictaminó que no era necesario repetir el juicio oral y público en apelación.²⁰

En la Comunicación No. 1399 de 2005, de fecha 16 de agosto, en el caso de Luis Cuartero Cuadrado contra España, negó que se violentara el derecho a recurrir en la sentencia condenatoria al resolverse en casación, con el argumento de que el Tribunal Supremo examinó con gran detenimiento la valoración de la prueba hecha por el juzgado de instrucción.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en sus resoluciones, no se han pronunciado de manera expresa, por una forma u otra de recurso (apelación o casación); sino advierten que quien prevea las normas de procedimiento de cada país garantice el control de la sentencia del tribunal *a quo*.

Como se aprecia, la doble conformidad judicial no se garantiza de igual manera en todos los países, pero constituye un reclamo en la doctrina y en los pronunciamientos de los órganos internacionales que los estados atemperen sus legislaciones para su cumplimiento efectivo, al considerarse una garantía del

17 Citado por Maier: *Op. cit.*, p. 718.

18 Llobet: *Op. cit.*, p. 635.

19 *Ídem*.

20 *Ibíd.*, p. 636.

derecho de la defensa. A continuación, expongo su comportamiento en la Ley No. 5 de 1977, “De Procedimiento Penal”.

LA DOBLE CONFORMIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

En el caso de los hechos delictivos que son competencia de los tribunales municipales populares, y en las sentencias de tribunales provinciales populares en las que se impuso pena de muerte o por procedimiento abreviado, se garantiza plenamente la doble conformidad, ya que está presente la doble instancia a través del recurso de apelación, en el que el tribunal superior, de considerarlo necesario, tiene facultades para practicar las mismas pruebas que tuvo a la vista el tribunal inferior e, incluso, otras, según lo establecido en el Artículo 381.1 de la Ley de Procedimiento Penal. Por ello, existe total armonía con lo establecido en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, aprobado por la Resolución 2200, de 19 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, suscrito por Cuba el 28 de febrero de 2008.

La Ley de Procedimiento Penal, en el Artículo 66, regula, entre otros, que contra las sentencias que dictan en primera instancia las salas de lo penal de los tribunales provinciales populares procede recurso de casación, con la excepción de las sentencias que imponen pena de muerte y que se dictan en procedimiento abreviado, en los que el previsto es la apelación. Aunque no establece taxativamente el principio que rige para la casación en el país, es el respeto por las partes y del tribunal *ad quem* a los hechos probados por el tribunal de instancia, y exige en su fundamentación causales preestablecidas relacionadas con la infracción de ley o vicios en el procedimiento recogidos en los artículos 69 y 70.

Como fue mencionado, en el TSP, a diario, se tramitan recursos de casación en los que las partes, bajo la cita de preceptos autorizantes del Artículo 70, apartados cuatro y seis, fundamentan su inconformidad abierta con los hechos probados por el tribunal de instancia y la valoración realizada a las pruebas. Ejemplos de ello son las sentencias 2863 (28 de julio de 2008)²¹ y 2911 (30 de julio de 2006).²²

El ministerio fiscal, también a través de las causales que prevé la ley,

- 21 “CONSIDERANDO: Que el motivo de forma establecido por el acusado PGS, al amparo de la causal cuatro del artículo setenta de la Ley de Procedimiento Penal, es manifiestamente improcedente porque alegándose que la sentencia es oscura y contradictoria, lo que objeta es el hecho probado y la apreciación de la prueba por parte del tribunal *a quo* y ello vulnera los principios que informan la casación” (Rollo 790 mixto de 2008, Sala de lo Penal del TSP). En igual sentido, se pronuncian las sentencias 2927, 2935, 2936, 2941, 2944, 2903, 2904, 2911, 2922, 2861, 2863, 2871, 2873, 2878, todas de 2008.
- 22 “CONSIDERANDO: Que el motivo de forma del recurso establecido por el recurrente AC, al amparo del ordinal setenta de la Ley de Procedimiento Penal, no puede prosperar, porque su fundamentación se basa en la apreciación de la prueba hecha por la Sala de

trata de cuestionar los hechos de la narrativa fáctica del tribunal de juicio. En la Sentencia No. 2776, de 28 de julio de 2008, la Sala de lo Penal del TSP resolvió el recurso interpuesto por el fiscal al amparo del ordinal quinto del Artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal.²³

En la práctica judicial del TSP, en materia penal, también existen ejemplos en los que, por la casación de oficio, se han anulado sentencias por considerarlas inmotivadas en cuanto a la fundamentación de la prueba en la que basó su decisión; asimismo, por no corresponderse los hechos con la prueba practicada. En este sentido, Candía Ferreyra ha señalado que, aunque no exista causal específica a las partes para recla-

mar, estas pueden solicitar al tribunal que haga uso de la facultad del Artículo 79 de la ley adjetiva.²⁴ En el segundo Considerando de la Sentencia No. 2926, de 20 de julio de 2008, del TSP, se expresó la obligatoriedad del tribunal de determinar terminantemente cuál o cuáles fueron las pruebas que tuvo en cuenta para determinar la responsabilidad del acusado.²⁵

Aun cuando la sala de casación del TSP haya estimado anular la sentencia, por insuficiente motivación de la prueba, con las limitaciones que presenta en las causales que autorizan este recurso, no puede hablarse del cumplimiento pleno de la doble conformidad, respecto al procedimiento ordinario de los tribunales provinciales populares,

instancia, la cual es colegiada y libre para acoger aquellas pruebas que le hayan formado convicción sobre la comisión del hecho punible ventilado y como en casación no es factible atacar el resultado probado de la sentencia y en el caso que nos ocupa (...): la causal alegada resulta a todas luces improcedente”.

23 “CONSIDERANDO: Que es doctrina reiterada por esta Sala de Casación que para la procedencia y eficacia de un motivo de fondo, es requisito indispensable, que al interponer se acepte en toda su integridad los hechos que el juzgador declaró probados, sin adición ni preterición que los modifique o altere; de ello se apartó el representante del interés social cuando con la finalidad de que se cambie el componente histórico de la sentencia, cuestiona el juicio de valor realizado por la instancia sobre el material que tuvo a su vista, y además de poner en dudas la declaración del acusado como si ese fuera el medio de prueba válido en derecho”.

24 Marcelino Díaz Pinillo, José Candía Ferreira y Danilo Rivero García: *Temas de estudio del Derecho procesal penal*, tercera parte, p. 146.

25 “CONSIDERANDO: Es necesario que la sala de instancia exprese terminantemente cuál o cuáles fueron las pruebas que tuvo en cuenta en el caso en examen para afirmar, de manera categórica que el acusado ORM, fue la persona que sacrificó la res, teniendo en cuenta que los restos de la misma fueron encontrados a las siete de la mañana, del día siguiente de la sustracción, que no se efectuaron diligencias de instrucción encaminadas a relacionar actos realizados por el acusado tendentes al sacrificio de la res, puesto que en el lugar del suceso no se recogieron muestras ni se hizo registro domiciliario en la residencia del acusado, por lo que no fue ocupado ningún medio o cosa vinculante con la muerte del animal, por lo que es necesario que esta Sala de Casación haga uso de la facultad que le otorga el artículo setenta y nueve de la Ley de Procedimiento Penal, case y anule la sentencia combatida para que la Sala de instancia dicte otra que no padezca de los defectos señalados” (Rollo de casación 936 de 2008, Sala de lo Penal, TSP).

porque la forma en que está concebido el medio de impugnación previsto en la Ley de Procedimiento Penal no garantiza que las partes puedan mostrar su inconformidad con lo decidido y evaluado por el tribunal de juicio, por el fundamento del principio de inmediación y de la libre valoración de la prueba, que a través de los años ha perdurado en la práctica judicial cubana.

En Cuba, para lograr la plenitud de la doble conformidad del condenado y del fiscal, se tiene que hacer a partir de las condiciones históricas, jurídicas y sociales porque, a diferencia del resto de los países de América Latina, que recientemente han comenzado sus reformas en el proceso penal, tiene una experiencia de más de cien años de juicio oral.

Aun cuando la apelación fue concebida en sus inicios para procedimientos escritos o tribunales unipersonales, en el procedimiento sumario, ordinario y abreviado que conocen los tribunales municipales populares de Cuba, también hay inmediación, colegiación y libre valoración de la prueba, y el recurso que se prevé es este, con las posibilidades que anteriormente fueron expuestas; entonces, ¿cuál es la fundamentación teórica para que, en los delitos y penas más graves, el recurso previsto sea limitado?

Como se ilustra, ante los pronunciamientos antes mencionados de la Corte Interamericana de Naciones Unidas, países como Argentina, Guatemala y Costa Rica han tratado de dar solución a las limitaciones de la doble conformidad, con la intro-

ducción de la doble instancia o con lo que llaman la modernización del recurso de casación, el que, de la forma en que se encuentra regulado actualmente en algunos textos, es una apelación limitada.

CONCLUSIONES

1. Antes de que una sentencia penal alcance fuerza de cosa juzgada material, el condenado y las partes deben tener la posibilidad de la doble conformidad judicial, la que está limitada en la legislación procesal penal cubana en los procesos ordinarios de los tribunales provinciales populares, pues el recurso previsto es el de la casación, a través del cual los impugnantes no pueden cuestionar los hechos, ni dar una interpretación distinta a las pruebas de la que realizó el tribunal *a quo* e incluso en aquellas no personales que no estuvieron sujetas al principio de inmediación.
2. La forma en que está concebida la impugnación para las sentencias dictadas por los tribunales provinciales en el procedimiento ordinario cubano no satisface plenamente la exigencia normativa de la doble instancia aludida en el pacto internacional de los derechos civiles y políticos y, en consecuencia, el derecho del reo a la doble conformidad judicial.
3. Si bien el mencionado pacto no resulta vinculante para el Estado cubano, hasta que lo ratifique, y para ello se cuenta con un término de 10 años, resulta convenien-

te estudiar la legislación procesal cubana, en cuanto al régimen de los recursos para contar con un medio de impugnación que permita obtener la doble conformidad como garantía frente a las sentencias condenatorias, para el acusado, y de las absolutorias para el ministerio fiscal, en el procedimiento ordinario de los tribunales provinciales populares.

4. Aun cuando se indica que la doble instancia puede traer consigo dilaciones en los procesos, y convertirse en una segunda primera instancia, no hay duda de que los legisladores deben tenerlo en cuenta y corregirlo, pero nunca la opción deberá ser abandonar la configuración de esta, por constituir una garantía para el debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, Enrique: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Ad Hoc, Buenos Aires, [s. a.]
- Batista D., Abilio *et al.*: *Acciones y recursos extraordinarios –Manual teórico práctico–*, Editorial Mizrahi & Pujol, S. A., Panamá, 1999.
- Bergosa, Victoria: *Principios del proceso*, JB. JM. Bosch, S. A., Barcelona, 2002.
- Bodes Torres, Jorge *et al.*: *Temas sobre el proceso penal*, Ediciones Prensa Latina, S. A., La Habana, 1998.
- Cadul, Omar y Abilio Batista: *Acciones y recursos extraordinarios*, Editorial Mizrahi & Pujol, S. A., Panamá, 1999.
- Carrasquero López, Francisco Antonio: *Doctrina constitucional 2005-2008*

(Colección Doctrina Judicial No. 34), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2009.

- Clariá Olmedo, Jorge A.: *Tratado de Derecho procesal penal*, Ediar S. A. Editores, Buenos Aires, 1960.
- De la Rúa, Fernando: *Teoría general del proceso*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1991.
- Devis de Echandía, Hernando: “Homenaje al maestro Hernando Devis de Echandía”, en *Revista de Derecho procesal*, Universidad de Panamá, 2001.
- Díaz Pinillo, Marcelino, José Candía Ferreira y Danilo Rivero García: *Temas de estudio del Derecho procesal penal*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- Fenech, Miguel: *Curso elemental de Derecho procesal penal*, Librería Bosch, Barcelona, 1945.
- Fernández Pereira, Julio A. *et al.*: *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7.^a ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- _____: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2.^a ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- _____: *Los valores de la doble instancia y de la nomofilarquia. Nueva doctrina Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.
- Fierro Méndez, Heliodoro: *El recurso de casación civil y penal*, Ediciones Doctrina y Ley, Santafé de Bogotá, 1996.
- Gimeno Sendra, Vicente *et al.*: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Editorial Colex, Madrid, 2001.
- Jiménez Asenjo, Enrique: *Derecho procesal penal*, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

Llobet Rodríguez, Javier: *Código procesal comentado*, t. 2, 4.^a ed., San José (Costa Rica), Editorial Jurídica Continental, 2009.

Maier, Julio B.: *Derecho procesal penal*, t. 1, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 1996.

Marcía Gómez, Ramón: *Sistema de proceso penal*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1998.

Martínez Pardo, José: "El recurso de casación penal como segunda instancia", en www.uv.es/ripj/indice.htm. [Consulta: 12 de marzo de 2009]

Mendoza Díaz, Juan: *Lecciones de Derecho Procesal Penal (Nuevo Código de Procedimiento Penal Boliviano)*, Tarja (Bolivia), 2001.

Montero Aroca, Juan *et al.*: *Derecho jurisdiccional*, t. 1, 2.^a ed., JB. JM. Bosch, Barcelona, 1991.

Núñez, Ricardo C.: *Código procesal penal de la provincia de Córdoba*, Córdoba, 1978.

Pastor, R. Daniel: *La nueva imagen de la casación penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

Pérez Vives, Álvaro: *Recurso de casación en materias civil penal y del trabajo*, Editorial Temis, Bogotá, 1966.

Portuondo de Castro, José: *Curso de Derecho procesal criminal*, Universidad de La Habana, 1942.

Rivas, María Victoria: "Derecho a las garantías judiciales y al debido proceso", en www.derechos.org/nizkor/peru/libros/cv/vi/16.pdf. [Consulta: 2002]

Rivero García, Danilo: *La redacción de la sentencia penal y el recurso de apelación*, Ediciones ONBC, La Habana, 2008.

Roxin, Claus: *Derecho procesal penal*, tr. de la 25.^a ed. alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, rev. por Julio Maier, Ediciones del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000.

Vázquez Rossi, Jorge Eduardo: "Derecho procesal penal", en <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>.

Zaffaroni, E. R.: *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*, 2.^a ed., Editorial Porrúa, México, 2000.

Legislación

Código penal alemán StGB y Código procesal penal alemán StPO, introducidos por Claus Roxin, Marcial Pons, Munich, [s.a].

"Código procesal penal de la República argentina", en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30_081934.pdf, y www.fiscalia.gov.bo/icmp/material-educativo/htm.

"Código procesal penal de la República de Bolivia", en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30_081934.pdf, y www.fiscalia.gov.bo/icmp/material-educativo/cpp.htm.

"Código procesal penal de la República de Colombia", en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30_081934.pdf, y www.fiscalia.gov.bo/icmp/material-educativo/cpp.htm.

"Código procesal penal de la República de Costa Rica", en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf, y www.fiscalia.gov.bo/icmp/material-educativo/cpp.htm.

"Código procesal penal de la República de Ecuador", en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30_081934.pdf, y www.fiscalia.gov.bo/icmp/material-educativo/cpp.htm.

"Código procesal penal de la República de Guatemala", en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30_081934.pdf.

_____: *Temas de estudio del Derecho procesal penal. Segunda parte*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

juridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf, y *www.fiscalia.gov.bo/icmp/material-educativo/cpp.htm*.

“Código procesal penal de Perú, aprobado por Decreto Legislativo No. 957 de 2004”, en *www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf*.

“Código procesal penal de la República de Venezuela”, en *www.ordenjuridi-*

co.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf, y *www.fiscalia.gov.bo/icmp/material-educativo/cpp.htm*.

Ley No. 5, de 5 de agosto de 1977, De Procedimiento Penal (versión actualizada), Ediciones ONBC, Ciudad de La Habana, 2008.

CASACIÓN Y CUESTIONAMIENTO DE LOS HECHOS: ¿QUIMERA O REALIDAD?

Esp. Odalys Quintero Silverio, jueza profesional, TSP.

LA evolución de la casación como instituto en el mundo teórico del Derecho, particularmente en el Derecho penal, impone nuevos retos al gremio de la justicia, que el cumplimiento de sus fines obliga a aceptar, en busca de vías practicables desde nuestra actualidad legislativa.

Al margen de una solución de *lege ferenda*, este trabajo pretende abordar posibles soluciones prácticas, pero no divorciadas del *tractus* de dicho instituto, que nos acercan a los fines de justicia material, pretensión de la actividad judicial.

Mi propuesta intenta, además, llegar a un acuerdo de sala sobre el tópico, que permita, en lo posible, la uniformidad en el actuar de nuestros tribunales en los procesos de casación de los que conozcan, cuando resulte procedente.

BREVE RECORRIDO HISTÓRICO DE LA CASACIÓN

La casación es un recurso extraordinario, dada su determinación

por la existencia de causales expresamente previstas en la ley, en el cual se realiza un examen limitado al Derecho, partiendo del hecho que el tribunal de primera instancia ha dado por probado.

Si bien el proceso de surgimiento del recurso fue gradual, algunos sitúan sus orígenes en la sentencia inexistente, en el Derecho romano, y otros en la *querella nullitatis*,¹ en algunas ciudades italianas; lo cierto es que la doctrina² lo ubica en el cambio político y social que se produjo en el mundo civilizado a partir de la Revolución Francesa, en ocasión de la creación del Estado de Derecho Revolucionario, regulándose, por primera vez, en el decreto de 27 de noviembre de 1790 de la Asamblea Constituyente francesa, que, en su Artículo 1, expresaba: “Habrá un Tribunal de Casación establecido junto al cuerpo legislativo”, mientras que, en el Artículo 3, fijaba sus funciones y alcance del recurso en la anulación de “los procedimientos en que hayan sido olvidadas las solemnidades legales y toda sentencia que contenga una contravención

1 Aldo Prieto Morales: *Derecho Procesal Penal*, p. 313. Así, también, Daniel R. Pastor: *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal*, pp. 18-19.

2 Javier Navarro Muñoz: “El control de la valoración de la prueba en la casación penal cubana. Necesidad de una reforma” (tesis).

adversa al texto de la ley". Fue este el punto de partida para la división de los motivos en fondo y forma.

Como recurso político, fue concebido a partir de la Revolución Francesa, para coartar el poder de los jueces a través de una institución extrajudicial que garantizara su control en la estricta aplicación de la ley. Fue esa la razón por la que se hizo necesario el reenvío para nueva sentencia,³ con la división entre cuestiones de hecho y de derecho. Sin embargo, Bacigalupo sitúa su inicio en la necesidad de acercar el juicio sobre hechos al lugar de su ocurrencia, por cuestiones prácticas, mientras que la evaluación de derecho seguía siendo función del tribunal de casación.⁴

La preferencia jurisdiccional del instituto quedó marcada en Francia por su transformación de tribunal político en *Cour de Cassation* (senado-consulta de 18 de mayo de 1803), cuyo objetivo era asegurar la vigencia del orden jurídico a través de la unificación de la interpretación jurisprudencial, fin prioritario, y solo de manera accesorio tenía asignado un fin procesal: hacer justicia en el caso concreto. La ilustración reforzó la idea del poderío popular, del juicio oral, público, con intermediación y concentración, y por jurados; de manera que, siendo de esta forma, resultaba imposible una segunda instancia, en tanto el poder soberano del jurado no admitía revisión en un

Estado presidido por la omnipotencia del señorío popular. Surge aquí la razón política preponderante del análisis de derecho y no de hecho y de la instancia única, en recurso de casación.⁵

La casación, vista desde un enfoque dogmático tradicional, tiene función esencialmente nomofiláctica dada por el fin de asegurar la unidad del derecho objetivo, a través de la interpretación de la ley por un órgano supremo que garantice su uso uniforme, con lo que colateralmente se asegura la igualdad, siempre tomando como presupuesto el respeto a la decisión del jurado sobre los hechos, y las limitaciones impuestas por los principios de oralidad, intermediación y concentración del juicio penal. A decir de Daniel R. Pastor,⁶ si estas condiciones se cumplen, es procedente eliminar resoluciones judiciales incorrectas, de manera colateral, porque los fines dilógicos o procesales, dirigidos a hacer justicia en el caso concreto, quedan desplazados por los nomofilácticos.

La justicia del caso no es una meta en la dogmática tradicional, lo que queda determinado por su proyección y origen político.

Sin embargo, a la luz de los tiempos actuales, una mirada sobre la casación genera reflexiones que tienden a un cambio en la dogmática. En la contemporaneidad, los estados en

3 Daniel R. Pastor: *Op. cit.*, p. 21.

4 *Ibid.*, p. 23.

5 *Ibid.*, pp. 29-31.

6 *Ibid.*, p. 33.

el poder no están necesitados del control ejercido por la Revolución Francesa sobre los jueces, a través de este instituto.

Uniformar el Derecho y preservar la ley, cuando la función la ejerce el Tribunal Supremo de un país (como en el caso nuestro), es una tarea quimérica, visto que el examen de los casos no ocurre de oficio, sino a partir de la instancia del agraviado y aun en el supuesto de la casación de oficio, también a partir de esta excitación. Mucho peor ocurre cuando la solución del recurso descansa, en algunos países, en cortes provinciales y no en un órgano único. La injusticia particular no puede ser una función colateral cuando el bien máspreciado de la naturaleza lo constituye el hombre. Fuerza, entonces, abrir paso a los fines dikeológicos.

La promulgación de instrumentos internacionales que sientan énfasis en los derechos humanos, a partir de la II Guerra Mundial, ha dado un giro a la dogmática de la casación, con impacto en las constituciones nacionales, facilitando el sostén teórico de los fines procesales de la casación, fundamentalmente en lo concerniente al derecho al recurso, poniendo en crisis el conocimiento limitado del caso.

Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la ONU el 16 de diciembre de 1966 en Nueva York,

en vigor desde 1976, en su Artículo 14.5 establece el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley,⁷ tratado que al ser incorporado y reconocido por las constituciones de los estados firmantes, forma parte de la dotación normativa interna de los mismos, convalidándose el derecho del sancionado de lograr la revisión tanto de la declaración de culpabilidad como de la sanción, lo que presupone un cuestionamiento de los hechos.

El Séptimo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado en el año 1984, en su Artículo 2, refrendó ese mismo derecho del condenado.⁸

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de noviembre de 1969, en vigor desde 1978, establece en su Artículo 8, apartado 2, inciso h, que una persona juzgada tiene, entre otros derechos, el de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.⁹

También el “Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia penal”, dictadas entre los años 1990 y 1992, con vistas al Noveno Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente

7 Miguel A. d'Estéfano: *Documentos del Derecho Internacional Público*, p. 176.

8 Pastor: *Op. cit.*, p. 30.

9 “Convención Americana de Derechos Humanos”.

te, conocida como “Reglas de Mallorca”, incluyó, en los artículos del 35 al 39, el derecho al recurso del condenado ante un tribunal superior. Dispone, además, el establecimiento por los estados de sistemas jurídicos de reparación en los supuestos de error judicial y mal funcionamiento de la administración de justicia,¹⁰ con lo que enfoca el recurso a su fin dikelógico.

Con estos instrumentos se aspira a luchar contra la arbitrariedad judicial, a través de la instauración de dos grados de jurisdicción que posibiliten que la sentencia obtenga un doble grado de conformidad por dos tribunales de diferente jerarquía.

Sin embargo, una impugnación realmente eficiente deberá garantizar el conocimiento no solo de derecho sino también de hecho, porque en última instancia el error de derecho susceptible de recurso tendrá que ser trascendente para su acogida y, en consecuencia, afectar los hechos, y no puede entenderse una justicia escindida en dos mitades: de hecho y de derecho, porque entonces no es justicia.

El asunto está en determinar cómo lograr disminuir la dañosidad a la justicia que supone un análisis parcial del asunto, circunscrito, en principio, a cuestiones de derecho, en un modelo tradicional.

REFUTACIONES TEÓRICAS ACTUALES A LA CASACIÓN

Frente a la prohibición total del control fáctico de la sentencia, se levantan varias tendencias, a dos de las cuales, por su carácter abarcador, me referiré: la intermedia o menos radical,¹¹ que acepta la revisión de la exteriorización formal de la convicción del tribunal *a quo* por el *ad quem*, y la radical, defensora de la posibilidad de controlar la corrección del hecho fijado libremente por el tribunal de instancia con práctica parcial de prueba durante la vista del recurso.

El establecimiento de la sana crítica suplantando los sistemas regidos por la íntima convicción surgió para poner coto a la arbitrariedad judicial, obligando a los tribunales a motivar sus resoluciones, con lo que se hace posible controlar la razón de su convicción, presumiblemente conformada sobre la base de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, esencialmente. Se intenta con ello destronar el subjetivismo judicial reemplazándolo por la objetivación de la verdad.¹² Las reglas de la lógica y de la razón, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia aceptadas, no dependen de la apreciación inmediata de lo que ocurre en un juicio oral,

10 “Reglas de Mallorca. Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia penal”.

11 Navarro Muñoz: *Op. cit.*, p. 33. Para más detalles, Vicente J. Arranz Castillero: “Cuestiones teóricas sobre la prueba en el proceso penal cubano” (tesis).

12 *Ídem*.

por tanto, son revisables sin agravio para el inconforme.

Un análisis interesante del tema lo hace Bacigalupo,¹³ partidario de la tendencia intermedia en España, quien apoya el control fáctico, para lo que distingue dos niveles en la valoración de la prueba:

- Un primer nivel, atribuible solo a los jueces de mérito, consistente en la función de fijar el hecho sobre la base de la percepción de la práctica de la prueba en el juicio oral. Es un nivel garantizado por la inmediación.
- El segundo nivel es lo que se denomina *estructura racional de la prueba* o *estructura racional de la formación de la convicción*. Consiste en la observancia de las leyes de la lógica, de los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos en el proceso de formación de la convicción por parte del tribunal.

La estructura racional de la prueba no está sujeta a la inmediación del tribunal de instancia, de manera que el tribunal de casación está en igualdad de condiciones que el *a quo*. El análisis de la estructura racional de la prueba supone el examen de la motivación de la sentencia y constituye garantía ciudadana frente al ejercicio arbitrario del poder judicial, porque el juez es libre para valorar, pero no libérrimo en su juicio, está obligado a motivar su convicción.¹⁴

No puede negarse la existencia de la posibilidad de entrar en el análisis de la convicción del tribunal juzgador a partir de la debida documentación del proceso (acta) y de la motivación de la sentencia. Por supuesto, esta opción facilita el cuestionamiento fáctico, en tanto si ilógica, irracional y alejada de la experiencia y la ciencia, es la construcción del razonamiento histórico, se están cuestionando los hechos, aunque el nivel de solución quede en manos del tribunal de instancia. Transitivamente, un error procesal redundaría en error de hechos, rompiéndose con la intangibilidad del resultado probado del instrumento sindicado.

La exigencia de motivación de la sentencia va siendo, cada vez más, una obligación constitucional, lo que trasciende a un fortalecimiento del derecho a la defensa a costa de la enervación de la inmediación.

La tendencia radical, por su parte, considera que el control de la ilogicidad de la fundamentación de la sentencia es solo un remedio de lo tradicional en tanto no amplía suficientemente el objeto de revisión de la casación penal impidiendo la eliminación de errores de hecho, razón por la que propone, dentro de ciertos límites, la posibilidad del sancionado de incorporar pruebas en la audiencia del recurso a fin de demostrar el error fáctico en que incurrió el tribunal de instancia.

13 Enrique Bacigalupo: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal*.

14 Andrés Martínez Arrieta: "Algunos aspectos del recurso de casación: La doble instancia y el control casacional", p. 14.

La tendencia radical propugna una renovación probatoria parcial que, sin llegar a reproducir totalmente el juicio de instancia, permita al agraviado demostrar con pruebas el error en el hecho fijado en la sentencia. Aboga por la impugnación contra la sentencia condenatoria, como derecho fundamental del imputado con toda la amplitud posible, a fin de garantizar la efectiva defensa y evitar los errores judiciales con categoría de cosa juzgada, sin distinguir error de hecho o de derecho.¹⁵ La práctica de la prueba en la audiencia del recurso, deberá hacerse, según su punto de vista, en condiciones de oralidad e intermediación similares a las del juicio de instancia.

La renovación en casación del debate y la prueba sobre aquellos puntos de hecho que hayan sido impugnados por el recurrente, propicia el dictado de una sentencia integrada que es el resultado de un juicio bifurcado en dos grados: uno, pleno (sobre la acusación), y otro (sobre la recepción de prueba en casación), limitada esta a la renovación de aquellas cuestiones históricas y jurídicas que el condenado haya contemplado en su impugnación.

Dos cuerpos judiciales comparan una decisión consignada en una sentencia integradora compleja, de forma perfectamente admisible y sin vulnerar los principios que informan el juicio oral.

LA CASACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL

La Ley No. 5/77, Ley de Procedimiento Penal (LPP), heredó de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (LECRIM), vigente en Cuba hasta el año 1973, la imposibilidad de cuestionar los hechos y la valoración de la prueba. El componente histórico construido por el tribunal provincial resulta intocable para el recurrente, quien aludirá en su recurso a los errores *in iure* o a los errores *in procedendo*. El cuestionamiento de las pruebas sobre las que descansa la convicción del juzgador *está vedado*.

La LECRIM, de 14 de septiembre de 1882, había incorporado fielmente de la Revolución Francesa, la casación penal con su fundamento teórico, el que exportó a Cuba y Puerto Rico en el proceso de colonización, sistema que esencialmente hoy opera en nuestro país.

El fin nomofiláctico de la casación, sigue siendo, por tanto, el teóricamente preferente en nuestro país, muy a la zaga de las necesidades y corrientes actuales.

Los artículos 69 y 70 de la LPP prevén que el recurso puede interponerse por motivos de infracción de ley (Artículo 69) o por motivos de quebrantamiento de forma (Artículo 70), con lo que protege el cumplimiento de la legalidad y uniforma la aplicación de la ley.

15 Pastor: *Op. cit.*, p. 28.

Los hechos y la valoración de las pruebas deben dejarse al arbitrio del tribunal *a quo* y el recurso se sustenta en el error jurídico, si existe, de manera que no podemos hablar de genuino derecho a la defensa y justicia material, cuando el yerro es fáctico.

La LECRIM en Cuba fue parcialmente modificada por la Orden No. 92, de 26 de julio de 1899, dictada por el interventor militar norteamericano que, con respecto a la casación, simplificó su procedimiento, suprimiendo los trámites relativos a la preparación del recurso por infracción de ley, si bien mantuvo inalterables los motivos por los cuales podía interponerse el recurso, siendo sustituida en el año 1973 por la Ley No. 1251, LPP, la que a su vez fue derogada por la Ley No. 5 de 1977 que adoptó el mismo nombre, la que fue modificada por el Decreto-Ley No. 151 de 1994 que extendió el término de interposición del recurso de cinco a diez días hábiles, y estableció el escrito de oposición de la parte no recurrente, con lo que eliminó el emplazamiento y la personería originalmente concebidos en la Ley de Procedimiento Penal, a la par que faculta al tribunal de casación, en los casos en que considerara con lugar el recurso por quebrantamiento de forma, a declarar la firmeza de la sentencia con respecto a los demás acusados recurrentes o no recurrentes, siempre que no tuvieran relación con el quebrantamiento acogido y la subsanación

del defecto advertido no trascendiera a ellos. Este último instrumento establece el carácter facultativo en la celebración de la vista.¹⁶

La distinción entre situación de hecho y de derecho continúa siendo la realidad legislativa cubana, con motivos por infracción de ley y quebrantamiento de forma, intangibilidad del resultando probado, enumeración casuística de causales autorizantes, imposibilidad de denuncia del error de hecho y de solicitud de control por el tribunal *ad quem* de la valoración de la prueba. A diferencia de la que fue nuestra metrópoli, continuamos con el modelo exportado por ella, a pesar de que ya allí han tenido lugar cinco reformas importantes:¹⁷

- La reforma de 1933 (Ley de 28 de junio de 1933 y el Decreto complementario de 30 de septiembre del propio año) que introdujo como motivo de casación la infracción de ley por error en la apreciación de la prueba basado en un documento auténtico. Consta que el fin único del recurso no puede ser la unificación de la interpretación legislativa, sino también el procesal o dikelógico, al posibilitar la modificación del hecho probado incidiendo en la justicia material. El Tribunal Supremo de España podía entonces apreciar el error de hecho, si bien limitado a la apreciación del documento auténtico, pudiendo redactar un nuevo hecho probado y, consecuentemente, determinar una nueva calificación jurídica de este.

16 Navarro Muñoz: *Op. cit.*, p. 60.

17 Martínez Arrieta: *Op. cit.*, p. 1.

- La reforma de 1949, verificada por la Ley de 16 de julio de ese año, que normó criterios que habían nacido de la práctica del Tribunal Supremo, al reordenar las causas de impugnación y ampliar las resoluciones susceptibles de ser impugnadas con el recurso a los autos de sobreseimiento libre, al tiempo que excluyó de la casación las sentencias dictadas en segunda instancia en los juicios de faltas.
- La reforma de 1985 a raíz de la promulgación de la Ley No. 6/1985, del Poder Judicial, con dos innovaciones esenciales:
 - Suprimió el término “auténticos” de la reforma anterior, referido al documento acreditativo del error invocado.
 - Adicionó en el Artículo 5, párrafo 4, la posibilidad de la invocación de la violación de un precepto constitucional para fundamentar el recurso de casación, lo que supuso un nuevo motivo de impugnación casacional, con un contenido nuevo.
- La reforma introducida con la Ley de 19 de julio de 1988, que incorporó dos nuevas causas de inadmisión de recursos de fondo: por haberse desestimado “en el fondo”, con anterioridad, recursos sustancialmente iguales y por la carencia manifiesta de fundamento.
- La modificación realizada por la Ley Orgánica No. 5/1995, de 22 de mayo, que introdujo el tribunal de jurado y, en su Disposición adicional segunda, dio nueva redacción

al Artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permitiendo la recurribilidad en casación de las sentencias dictadas por las salas de lo Civil y de lo Penal de los tribunales superiores de justicia, resolutorias de la apelación contra las sentencias dictadas por el tribunal de jurado, mientras mantenía la procedencia del recurso para las sentencias dictadas en juicio oral y única instancia.

La ley penal cubana, en su concepción teórica, sigue siendo reacia a los avances doctrinales en materia de casación, hasta el punto que la motivación de la sentencia no obra en su contenido normativo, lo que dificulta *a priori* el control sobre los hechos y su motivación. Sin embargo, el Acuerdo No. 172, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, del año 1985, establece la obligación de motivar la sentencia e introduce la sana crítica y la posibilidad del control, con aumento de garantías para el sancionado.

La LPP no incluye en sus preceptos las causales para directamente analizar los hechos y la motivación; sin embargo, de manera especial, me detendré en dos motivos, a fin de encaminar la posible búsqueda de soluciones al respecto: los apartados cuarto y sexto del Artículo 70.

El párrafo 4 de la ley de trámites franquea el recurso cuando no se expresen, en la sentencia, clara y terminantemente, los hechos que se consideren probados, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos.

A decir de teóricos cubanos,¹⁸ la oscuridad manifiesta en la causal no da pie a la discusión de la convicción de la sala ni al cuestionamiento de la convicción, posición adoptada generalmente por la mayoría de los jueces del tribunal *ad quem* que atienden materia penal. Sin embargo, la nueva óptica y fines del instituto que abordo, sin transgredir la ley, obligan a la búsqueda de nuevas perspectivas, vista la necesidad de imponer los fines dikelógicos, con lo que se fortalece la justicia y se protegen derechos fundamentales del individuo.

Con frecuencia, no obstante la prohibición, los recurrentes denuncian una oscuridad que tiene que ver con la construcción arbitraria de los hechos por el tribunal *a quo* y, al examinar el acta del juicio oral, fácil es constatar que las ausencias tienen por causa la falta de indagación en dicho acto o un constructo reñido con los principios de la lógica, la ciencia y la razón; de manera que resultan ciertas las alegaciones de los recurrentes al combatir los hechos formalmente, subyaciendo, tras la formalidad, un motivo sustancial que, en mi opinión, en atención al análisis teórico realizado, no hay que desatender por su trascendencia a la justicia del caso.

Cuando se acoge este ordinal, en estas circunstancias, generalmente la sala, obedeciendo a una interpretación mecánica del Artículo 78 de la ley adjetiva, dispone la devolución

de las actuaciones al tribunal de instancia con orientación de dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta que el vicio de oscuridad se manifiesta directamente en este trámite. Un análisis detenido del problema evidencia que la raíz del mal denunciado no es subsanable con la devolución para nueva sentencia, aunque por transitividad afecte la sentencia. Sucede, entonces, una dilación innecesaria y jurisprudencial en tanto *a posteriori*, al detectar la imposibilidad de enmendar el yerro, la instancia solicita autorización para celebrar nuevo juicio, a fin de reunir los datos necesarios para conformar el supuesto fáctico y se autoriza por el máximo tribunal dicho proceder, cuando razonablemente pudiera enviarse desde el inicio a juicio oral, acortando el tiempo de solución y el gasto humano y material.

Con frecuencia, este mismo supuesto se resuelve de diferente manera: Se rechaza la pretendida oscuridad bajo el blasón de la imposibilidad de cuestionar los hechos por la parte y se acude por el juzgador a la opción que brinda el Artículo 79 de la ley de trámites: la casación de oficio, con idéntica apreciación del contenido de la infracción, pero bajo distinta forma. Esta solución resulta eufemística y pretende sencillamente mantener incólumes las bases teóricas de la casación adoptada, al colocar al tribunal en una posición activa que no tiene por qué asumir si ya el agraviado lo

18 Danilo Rivero García: "Comentarios sobre las causales del recurso de casación", p. 122.

hizo, como en puridad debía ser a fin de mantener la imparcialidad judicial.

Ciertamente, el hecho comporta un cuestionamiento fáctico perfectamente amparable en la posibilidad de entrar al análisis de la estructura lógica, propugnado por la doctrina y por varios códigos procesales en el mundo: Costa Rica, Venezuela, España, Italia, Alemania,¹⁹ entre otros. En estos casos, el reenvío tiene lugar hasta el juicio en tanto se da un defecto procesal que afecta la percepción de la realidad por el tribunal de instancia y, en consecuencia, la determinación del hecho. En ocasiones, para tribunal conformado por jueces diferentes (Venezuela, El Salvador y Alemania).

El cambio en la perspectiva, a nuestro juicio, tiene por única barrera la mentalidad de los juzgadores. La ley no define como requisito las razones de la oscuridad ni el trámite procesal exacto hasta donde tendrá lugar el reenvío. Lo deja al análisis del juez. La doctrina ha demostrado que el examen de la estructura lógica del hecho y su motivación no constituyen vulneración a los principios del juicio oral, y si bien nuestro sistema casacional, por sus orígenes, es lo suficientemente cerrado para no admitir la práctica de nueva prueba, como propugnan las corrientes más radicales, con la arquitectura procesal que lo forma, perfectamente puede asumirse el cuestionamiento de la estructura lógica de los hechos y de la motivación, por iniciativa judi-

cial extralegal, con ganancia para la justicia concreta.

Algunos pasos se han dado por la práctica judicial cubana en este sentido, fundamentalmente en lo relativo al análisis de la estructura lógica. Así se han dictado sentencias cuya acogida tiene por base el tema en cuestión, tanto por la causal recién analizada como por la casación de oficio prevista en el Artículo 79 de la ley de trámites.

Sentencia No. 2975, de 8-8-11

CONSIDERANDO: Que constituye obligación del juzgador narrar los hechos probados con claridad suficiente para permitirle al acusado articular su defensa en igualdad de condiciones con la otra parte, dando cumplimiento a las reglas del debido proceso y a lo dispuesto en el Artículo cuarenta y cuatro de la Ley de Procedimiento Penal; proceder que no se respetó en la causa que examinamos, pues sobre aspectos de innegable importancia por su trascendencia a la calificación y al fallo, la Sala hizo mutis dejando en estado de indefensión al recurrente como ocurre al no relatarse las razones por las que OG llegó a su casa cuando sacrificaban en su domicilio el animal en cuestión; ni el conocimiento que previamente tenía sobre el particular y el grado de acuerdo existente, si existía. Tampoco se consignan las ventas realizadas por dicho inconforme, lo que aporta el sustento material de uno de los delitos por los que se le sanciona, ni la conducta del acusado, haciéndolo

19 Claus Roxin: *Derecho Procesal Penal*, pp. 472, 473 y 484.

se referencia exclusivamente a sus antecedentes penales. Si a lo dicho sumamos que del análisis del acta del juicio oral no constan los elementos de prueba que permiten asegurar que el recurrente participó en los delitos de sacrificio ilegal de ganado mayor de los apartados primero y segundo, en tanto ninguno de los acusados ni los testigos lo involucran; él no declara, ratificando lo de fase y en la fase investigativa realiza tres declaraciones, en unas negando y en otras aceptando, pero en estas últimas declarando sólo haber llegado y haber visto sacrificando al animal en su patio, por lo que le dieron carnes en pago; sin que se haya razonado por el juzgador en el segundo de los resultandos su convicción, particulares que hacen imposible controlar por el tribunal de casación el proceso intelectual seguido por la Sala para arribar a conclusión, incumpliendo con la sana crítica a la que obliga el Acuerdo doscientos treinta y nueve de mil novecientos noventa y nueve del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, a lo que se adiciona que en el segundo de los considerandos se califica a su respecto un delito continuado y se motiva uno simple, rompiendo el silogismo sentencial; fácil es concluir que procede acoger el recurso interpuesto a tenor del ordinal cuarto del Artículo setenta de la Ley de Procedimiento Penal.

Sentencia No. 2214, de 10-6-11

CONSIDERANDO: *Que una de las garantías fundamentales del pro-*

ceso para el acusado, lo constituye la observancia del principio de defensa, al que tributa con inmediatez la claridad en la redacción de los hechos probados, particular que en el caso que nos ocupa fue obviado hasta el punto que, aspectos tan importantes como la consignación del grado de conocimiento que RGF tenía de la transacción ilegal que finalmente tuvo lugar por parte del resto de los acusados lo que determina la responsabilidad del recurrente en cuestión, fueron obviados en el relato histórico. Si a lo dicho sumamos que el debido proceso, paradigma de nuestra ley, presupone la formación de convicción a partir del juicio oral, en inmediación con la prueba que se practique, con la contradicción debida y la garantía inexcusable del principio de defensa; lo que por repetido puede resultar manido y no obstante fue inobservado, habida cuenta que no existe correspondencia entre la prueba practicada en el acto del juicio oral y la sentencia dictada, al omitirse la razón alegada por el resto de los acusados a RGF, sobre la necesidad de alquilar el auto utilizado en los hechos; particular que en el acto del juicio oral quedó muy claro; fuerza concluir que los extremos señalados violan principios inobjetables de nuestro proceso y pone en crisis nuestro ideal de justicia, razón por la que procede declarar de oficio el quebrantamiento de forma, a tenor de lo preceptuado en el Artículo setenta y nueve de la ley adjetiva.

El Artículo 70, párrafo sexto, por su parte, recoge iguales posibili-

dades a las apuntadas en el ordinal cuarto de la multimencionada ley y resuelta doctrinalmente de forma semejante a lo expuesto en el ordinal anterior.²⁰ La causal se configura cuando se haya dictado sentencia en la que se requiera el cumplimiento de los artículos 350 y 357 de la LPP. A los efectos de este estudio, me concentraré en el Artículo 357.

La libre apreciación de la prueba es un principio que se consagra en este precepto, cuando dice: “El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los acusados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”. Y tal cual dije con anterioridad, nuestro sistema está adscripto legalmente a la íntima convicción, pero judicialmente, a tenor del Acuerdo No. 172, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, a la sana crítica. Como es de observar, con la sana crítica se sienta el primer presupuesto del control de los hechos probados, de manera que, si bien el Artículo exhaustivamente aborda la congruencia recursiva, también obliga al respeto de la libre valoración de la prueba practicada en juicio, a través de la sana crítica, al complementarlo con el mencionado acuerdo.

Siendo de esta forma, la asimilación de las nuevas corrientes doctrinales sobre la posibilidad de examen de la estructura lógica de la senten-

cia, partiendo de esta norma, resulta perfectamente factible, en los casos en que en el acta del juicio oral y en la motivación de los hechos no se ofrezca una visión lógica de la conformación fáctica, concurriendo otros vicios, como bien pudiera ser la falta de correspondencia entre lo probado y lo narrado.

En ese caso, a mi juicio y por esta causal, procede la acogida del recurso con prioridad a la casación de oficio, si el recurrente viene denunciando la falta, por los mismos motivos argumentados en el caso del Artículo 70, apartado cuarto, sugiriendo una única reforma relacionada con el Acuerdo No. 172, consistente en la reconsideración de su texto, a la luz del sustento teórico analizado, sobre la reserva de esta posibilidad solo para la casación de oficio.

Si el recurso es una opción de partes, para algunos teóricos incluso solo del sancionado, resulta más aconsejable proceder al respecto por esta vía y no por la de oficio que, aunque legal, evidencia parcialidad con el caso.

El punto candente consiste en la determinación de la fase a la que tendrá lugar el reenvío y a cuál tribunal. En mi opinión, la falta de correspondencia entre las pruebas practicadas en el juicio y la sentencia, vistas formalmente, podría llevar a un reenvío al mismo tribunal, en detrimento del principio de concentración y con afectación sensible de la inmedia-

20 Rivero García (*Op. cit.*, pp. 126 y ss.) enfoca su uso formal, en función de la incongruencia por defecto y sin permitir el cuestionamiento de la convicción ni de la motivación.

ción por transcurso del tiempo, y a la fase de elaboración de sentencia. Un análisis profundo del caso agrava la situación, en tanto la falta de correspondencia significa, por un lado, una carencia de objetividad del juzgador, ya comprometido con el hecho fijado, lo que lo parcializa para el nuevo conocimiento del caso y coarta la justicia concreta. En consecuencia, es aconsejable, a tono con las doctrinas actuales, reenviar para un tribunal compuesto por diferentes jueces, para la celebración de nuevo juicio, opción presente en los códigos de Venezuela, El Salvador y Alemania, y parcialmente en Nicaragua y Argentina, que reenvían para juicio, pero al mismo tribunal.

La práctica judicial cubana, también en estos casos, ha hecho sus incursiones, ofreciendo soluciones jurisprudenciales a las carencias legales. Así consta en:

Sentencia No. 2007, de 30-5-11

CONSIDERANDO: Que le asiste razón al recurrente al denunciar vulnerado su derecho a la defensa por irrespeto del principio de congruencia, habida cuenta que resulta cierto que el tribunal juzgador introdujo luego del juicio oral, en fase de elaboración de la sentencia, elementos que determinan un grado de participación en los hechos más grave que el existente y con antelación imputado por el Fiscal, lo que está proscrito en un debido proceso, y comoquiera que la decisión vulnera esencialmente los derechos del acusado, provoca la acogida del re-

curso interpuesto a tenor del ordinal sexto del Artículo setenta de la ley adjetiva.

Sentencia No. 2223, de 13-6-11

CONSIDERANDO: Que tal y como plantea el Artículo trescientos cincuenta de la Ley de Procedimiento Penal, solo es necesario la aplicación de la fórmula, cuando la variación de los hechos sea esencial, entendido el término como trascendente a la calificación o la responsabilidad del presunto autor; variante que está presente en la causa que nos ocupa, en tanto a pesar de venir defendiéndose el recurrente OPO de haber entregado dinero al inspector para no ser multado por la carencia de licencia, se introduce en el componente histórico como motivación de la posible multa: estar empleando un vehículo diferente al autorizado, elemento del que el acusado no se defendió y que da la posibilidad de inferir si existía o no necesidad de la conducta infractora que se califica, más aun cuando el propio recurrente viene negando los hechos; de lo que fácilmente se colige que realmente existe la pretendida incongruencia por exceso que protege el motivo invocado, creando indefensión en el inconforme, razón por la que procede acoger el recurso interpuesto a tenor del ordinal cuarto, que debió ser sexto, del Artículo setenta de la ley de trámites.

En resumen, si bien de *lege ferenda* no abordo una solución en el trabajo, en tanto no era ese su

objetivo, de *lege lata* propongo el abordaje del tema de manera coherente con las corrientes modernas expuestas; utilizando las variantes que el análisis de la estructura lógica de la motivación y de los hechos, la correspondencia entre juicio y sentencia, y la observancia de principios del Derecho penal, de la experiencia y la ciencia, nos permiten, a través de lo normado en los artículos 70, párrafos cuarto y sexto, y 79, de la ley adjetiva, para lo que deberá priorizarse la aplicación de los motivos invocados por el recurrente y, en última instancia, cuando no se alegue el defecto, el Artículo 79 del mismo cuerpo legal.

CONCLUSIONES

1. El modelo casacional cubano tiene su origen en la LECRIM española, heredada en la colonización, con fundamento en la casación propugnada por la Revolución Francesa.
2. La previsión legal de la casación penal cubana no satisface plenamente las necesidades del proceso penal en cuanto a la rectificación del error judicial, porque mantiene la tradicional imposibilidad de controlar la valoración de la prueba y los hechos de la sentencia de instancia.
3. La posibilidad del error humano constituye el fundamento de los recursos y abarca en los procesos judiciales no solo el yerro en la aplicación del derecho, sino también la equivocación al valorar la prueba sobre los hechos conocidos, razón por la que las legislaciones nacionales deben otorgarle, a la parte afectada, medios de impugnación eficaces para lograr su rectificación, enmienda o derogación.
4. El recurso de casación, desde su origen, tuvo un carácter eminentemente político, al concebirse como un medio para la protección y defensa del Derecho (función nomofiláctica). El análisis de la cuestión fáctica quedaba fuera del ámbito de revisión.
5. La intermediación, oralidad y libre valoración de la prueba, principios que rigen el juicio oral, propios del sistema acusatorio y surgidos a la par de la casación penal, propiciaron el dogma de la intangibilidad de los hechos declarados en la sentencia.
6. La promulgación, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, de varios instrumentos internacionales que priorizaban los derechos humanos, dentro de ellos el derecho a un recurso eficaz, ocasionaron un cambio en la concepción de la casación penal perfilándose como un verdadero derecho del condenado a que su sentencia fuera revisada por un tribunal superior y a lograr la rectificación del error judicial y la justicia en el caso concreto.
7. En oposición a la prohibición del control de la valoración de la prueba y del hecho fijado en la sentencia de instancia, emergen en el plano doctrinal dos grandes tendencias contrarias: una intermedia o menos

radical, que acepta la revisión de la logicidad de la convicción del tribunal *a quo* y otra denominada radical, que propugna la posibilidad de la renovación parcial de la prueba en casación y, por tanto, el cuestionamiento de la convicción y la motivación de la sentencia sindicada.

8. Un análisis de los postulados de la corriente intermedia demuestra que no existe incompatibilidad entre los principios del juicio oral y el control de la valoración de la prueba en casación, de tal suerte que el tribunal de recurso puede controlar todo aquello que no esté mediado por la percepción de la prueba en juicio.
9. El análisis de las normativas del país en la materia, incluido el Acuerdo 172, permite, de manera inmediata, sobre la base de la corriente intermedia, instrumentar soluciones parciales a la demanda de evaluación de las circunstancias de hecho y a la valoración de la prueba.
10. Los artículos 70, apartados cuarto y sexto, y 79, de la LPP, posibilitan con un mero cambio de enfoque teórico-jurisprudencial, resolver en parte el cuestionamiento de los hechos y de la motivación del juzgador de instancia, con reenvío al tribunal de mérito, fundamentalmente al trámite de juicio oral y preferiblemente por jueces distintos de los que originalmente conocieron del hecho, con lo que se garantiza la imparcialidad judicial y el fin dikelógico que debe presidir la casación penal.

BIBLIOGRAFÍA

- Arce Viquez, Jorge Luis: "Los órganos de la casación penal frente a la apertura del recurso de casación", en www.cienciaspenales.org/REVISTA%2008/arce08.htm.
- Arranz Castellero, Vicente J.: "Cuestiones teóricas sobre la prueba en el proceso penal cubano" (tesis), versión digital, La Habana, 2003.
- Bacigalupo, Enrique: *La Impugnación de los hechos probados en la casación penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.
- Bodes Torres, Jorge: *El juicio oral en Cuba*, Centro de Publicaciones de la Fenaje [s.m.d].
- Calamandrei, Piero: *La Casación Civil*, t. 1, vol. I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.
- D'Estéfano, Miguel A.: *Documentos del Derecho Internacional Público*, t. 1, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1976.
- De la Rúa, Fernando: "El recurso de casación penal", en IDEEM, *Teoría general del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1991.
- De León Velasco, Héctor Aníbal: "El recurso de casación penal. Los recursos en el sistema procesal penal guatemalteco y en el derecho comparado" (tesis doctoral), Universitat Autònoma de Barcelona, 2006, consultado en www.tesisenzarza.net/TESIS_UAB/AVAILABLE/TDX-0131106-195857.
- Döhring, Erich: *La prueba. Su práctica y apreciación*, MINJUS, La Habana, 1986.
- Gimeno Sendra, Vicente *et al.*: *Derecho Procesal Penal, Proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- Gómez Orbaneja, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. 1, Editorial Bosch, Barcelona, 1947.

- Jaén Vallejo, Manuel: "La compatibilidad de la casación española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales", en *www.Unifr.ch/derechopenal/articulos/htm/art-jaen.html*.
- Ledesma, Ángela Ester: "El recurso de casación: ¿Tutela el derecho consagrado por el artículo 8.2h de la Convención Americana de Derechos Humanos?", en *www.Acciónpenal.com.ar*.
- Maier, Julio B. J.: "El recurso contra la sentencia de condena: ¿Una garantía procesal?", en *Memorias del Segundo Congreso de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales*, SI-MAR S.A., Camagüey, 1997.
- _____: *Los recursos en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- Martínez Arrieta, Andrés: "Algunos aspectos del recurso de casación: La doble instancia y el control casacional", en *Cuadernos del Poder Judicial español 1992-1996* (CD-ROM), Biblioteca del Centro de Información y Adiestramiento Informático para el Abogado (CIABO), Barcelona, 1984.
- Martínez Pardo, Vicente José: "El recurso de casación penal como segunda instancia", en *Revista internauta de práctica jurídica*, no. 10, Barcelona, 2002, consultado en *www/dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=297465*.
- Mendoza Díaz, Juan: "Principios del Derecho Procesal", en *II Escuela de Verano de La Habana sobre temas penales contemporáneos* (CD-ROM), La Habana, 2006.
- Navarro Muñoz, Javier: "El control de la valoración de la prueba en la casación penal cubana. Necesidad de una reforma" (tesis), La Habana, 2007.
- Nieva Fenoll, Jorge: *El hecho y el derecho en la casación penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000.
- Pastor, Daniel R.: *La nueva imagen de la casación penal. Evolución histórica y futuro de la dogmática en el derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.
- Prieto Morales, Aldo: *Derecho procesal penal*, ENSPES, La Habana, 1985.
- Rivero García, Danilo: "Comentario sobre las causales del recurso de casación", en Colectivo de autores: *Temas sobre el proceso penal*, Ediciones Prensa Latina S.A., La Habana, 1998.
- Roxin, Claus: *Derecho Procesal Penal*, tr. por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, rev. por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- Salazar Rodríguez, Luis Alonso: "Una nueva visión del recurso de casación por el fondo (1)", en *Revista de Ciencias Penales*, San José (Costa Rica), 2006, consultado en *www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/salazar17.htm*.
- Vázquez Sotelo, José Luis: "Presunción de inocencia del imputado en íntima convicción del tribunal", en *Cuadernos del Poder Judicial Español 1992-1996* (CD-ROM), Biblioteca del Centro de Información y Adiestramiento Informático para el Abogado (CIABO), Barcelona, 1984.

Legislación

"Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", Res. 2200-A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en Miguel A. d'Estéfano: *Documentos del Derecho Internacional Público*, t. 1, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1976.

- "Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica)", en *Congreso Internacional de Derecho procesal, La Habana 2007* (CD-ROM).
- "Reglas de Mallorca. Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia penal", en www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/93/proyecto93.pdf.
- "Constitución Española de 1978", en *Base de Datos de Legislación y Jurisprudencia* (CD-ROM), Bosch, S.A., Barcelona, 2004.
- Constitución de la República de Cuba*, La Habana, 2004.
- Código Procesal Penal de Argentina*.
- "Código Procesal Penal de Costa Rica (1998)", en *Escuela de Verano de La Habana sobre temas penales contemporáneos* (CD-ROM), Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 2006.
- Código Procesal Penal de El Salvador*.
- Código Procesal Penal de Honduras*.
- Código Procesal Penal de República Dominicana*.
- Código Procesal Penal de Nicaragua*.
- "Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela (1998)", en *Escuela de Verano de La Habana sobre temas penales contemporáneos* (CD-ROM), Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 2006.
- "Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, de 14 de septiembre de 1882. Concordada y anotada extensamente", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, t. 2, Madrid, 1883.
- "Ley de Enjuiciamiento Criminal de España", en *Base de Datos de Legislación y Jurisprudencia* (CD-ROM), Bosch, S.A., Barcelona, 2004.
- Ley 1251/73, Ley de Procedimiento Penal*, MINJUS, La Habana, 1975.
- Ley de Procedimiento Penal*, ed. anotada y concordada, SI-MAR S.A., La Habana, 1997.
- Ley No. 5, de 13 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Penal*, La Habana, 2004.
- Ley No. 6, de 8 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Penal Militar*, vol. IX, MINJUS, La Habana, 1979.
- "Decreto-Ley No. 151/94, modificativo de la Ley de Procedimiento Penal", en *Gaceta Oficial de la República*, La Habana, 10 de junio de 1994.
- "Acuerdo No. 172, de 26 de noviembre de 1985", en *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, ed. extraordinaria, La Habana, 1985.

LA IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES EN EL PROCESO PENAL

Esp. tte. cor. Roselia Reina Batlle, jueza profesional, TSP.

EN ocasión de estudiar el principio acusatorio, corroboramos que este presupone la existencia de dos órganos diferentes en el proceso penal, uno que se ocupa de la investigación del hecho presuntamente delictivo, y otro, de juzgar esa posible conducta antijurídica.

Precisamente, pensando en los que realizamos la labor de juzgar y por el hecho de que conozco cuántas veces pudieron los jueces cuestionarse, de manera individual o general, si fueron realmente imparciales y qué significa serlo, decidí profundizar en el tema, con la intención de, en primer orden, contribuir de modo didáctico a que, cumplido ese análisis, se tengan elementos para concluir si nuestra actuación se corresponde con este importante componente del proceso penal y, en segundo lugar, por la garantía que representa para quienes participan en él, desde otras posiciones, teniendo presente que “no basta con hacer justicia, tiene que pare-

cerlo. No es suficiente la «justicia del resultado», si no va acompañada de la «justicia del procedimiento» empleado para la consecución de aquel”.¹

TIPOS DE IMPARCIALIDAD

El derecho a un juez imparcial constituye una garantía fundamental objetiva del proceso penal, reconocida en diferentes instrumentos jurídicos internacionales.²

A la imparcialidad se le reconocen dos dimensiones:

– La objetiva. Se vincula a la propia estructura del sistema judicial, al atribuir las funciones de investigación y juzgamiento y en la prohibición de que los jueces que resolverán sobre el fondo del asunto hayan intervenido en decisiones precedentes que puedan incidir en perjuicio sobre la que deberán tomar en el enjuiciamiento; se ma-

1 Sentencia de 17 de enero de 1970 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2 Entre los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, adoptados por el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 (del 29 de noviembre de 1985) y 40/146 (del 13 de diciembre de 1985), se recoge la imparcialidad del juez cuando se precisa, en el apartado dos, que los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo (HiperPen, software de consulta interactivo, Universidad de Camagüey).

nifiesta en una magnitud endoprocésal.

- La subjetiva: Recae sobre el juzgador, en quien radica la obligación de imparcialidad; de ahí que se vincule con una proyección exoprocésal, en tanto exige la abstención de opinar acerca de los asuntos sobre los que habrá de resolver. Tiene, además, un componente ético y axiológico, dado por los propios valores del que juzga.

La imparcialidad resulta definida por la separación o ausencia de prejuicios, de posturas parcializadas y es observada de dos maneras diferentes:

- cuando se trata de indagar la convicción personal de determinado juez en un caso concreto.
- la que se refiere a si ese profesional ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda razonable.

Al decir de Rodolfo Fernández Romo,³ la imparcialidad, como característica que define al juez en el proceso penal, “no puede suponer únicamente que el titular de la potestad jurisdiccional goce de la condición de no parte en el proceso que conoce, sino implica también que su juicio esté determinado por el ejercicio correcto de su función, es decir, por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia ajena a esta función influya en la decisión”; y afirma que “tampoco es imparcial el juzgador si lleva a la solución del caso su criterio subjetivo, en lugar del objetivo, formalmente

determinado a través de la práctica probatoria”.

Comparto el criterio de este autor acerca de que el juez imparcial es el sometido a la ley; la imparcialidad debe exigirse y predicarse procesalmente; el juez no debe, ni puede, decidir controversia alguna conforme a su juicio u opinión personal.

Es un ser humano, con su personalidad fortalecida, con una escala de valores, no le resulta fácil abstraerse de su procedencia social, sus costumbres y modo de ver la vida, a lo que se une la experiencia profesional, que no solo es importante, sino que va condicionando a todas ellas e influye en el desarrollo de su trabajo.

LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

Si se ha concebido el juicio oral como el medio más idóneo para resolver conflictos presentados en la sociedad en el orden penal y, dada la publicidad de los debates, como un instrumento eficaz para controlar la labor de los jueces, fiscales y defensores, tanto la Ley Procesal Penal Militar (LPPM) como la Ley de Procedimiento Penal (LPP) cubanas establecen su realización por los jueces en composición de profesionales y legos, e incluyen a los jueces profesionales suplentes no permanentes.

En el juicio oral, respecto a los jueces, se establecen causales de recusación que ambas leyes espe-

3 Rodolfo Fernández Romo: “El principio de contradicción”, pp. 54-56.

cifican⁴ y disponen que puede presentarse por escrito o verbalmente, pero siempre antes de iniciarse el período de práctica de pruebas, e instituye el modo de proceder cuando esto acontezca; del mismo modo, insta los límites de su participación, cuando se recurre un proceso, y prohíbe integrar el tribunal que conozca de casación, inspección judicial o revisión, cuando intervino en la celebración de la primera instancia.

Para todos los jueces, en el acto de juicio oral, rigen las mismas reglas procesales y principios éticos, tanto los de la esfera militar como los de la ordinaria.

A resultas del debate penal que en él se realiza, los jueces deben formar plena convicción, acerca de los hechos y circunstancias que han sido imputados, realizar los pronunciamientos de derecho que conciernan y adoptar la decisión que corresponda.

Se establece como regla que el juicio oral sea público, a menos que

existan razones de secreto estatal y militar o de orden moral que aconsejen hacerlo en privado;⁵ esta decisión puede adoptarse por el tribunal de oficio o a solicitud de las partes.

Se reconoce el derecho de los jueces a examinar directamente las piezas de convicción que les sean presentadas, los documentos que constituyan pruebas e interrogar a los acusados, víctimas, testigos y peritos.

En consonancia con ello, no suelen ser meros espectadores de lo que en el juicio oral acontece y, sin asumir el papel de las partes, pueden formular preguntas que contribuyan al esclarecimiento de los hechos.

Al respecto, Lourdes Carrasco señala que “esa actividad esclarecedora de los jueces no puede estar precedida de un criterio previamente concebido que se pretende demostrar o que se adopten, por su contenido y tan siquiera por su forma, actitudes que puedan identificarse con las partes, siendo impor-

4 El Artículo 41 de la LPPM dispone como causales de recusación para los jueces:

- Ser perjudicado, tercero civil responsable o haber participado en el proceso en calidad de perito, intérprete o defensor.
- Haber participado en el proceso en calidad de investigador militar, instructor fiscal o fiscal.
- El parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el perjudicado, el tercero civil responsable, el acusado, el investigador militar, el instructor fiscal, el fiscal, el defensor o cualquiera de los otros integrantes del tribunal.
- Hallarse sujeto a proceso por haber sido denunciado por el acusado, el perjudicado, el tercero civil responsable o el defensor.
- La relación de adopción, tutela o guarda legal con alguna de las personas señaladas en el apartado anterior.
- La amistad íntima o la enemistad manifiesta con cualquiera de las personas señaladas en el apartado 4.
- Cualquier otra circunstancia que permita presumir interés directo o indirecto en el proceso.

La LPP, en el Artículo 23, contempla ocho causales de recusación similares.

5 Cfr. LPPM (Artículo 294) y LPP (Artículo 305).

tante que esa actuación del tribunal se caracterice por su propósito cognoscitivo, su objetividad, imparcialidad y espíritu de justicia”.⁶

Ambas leyes procesales exigen, igualmente, que el tribunal impida las discusiones innecesarias que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, con lo que confina su actuación cuando este limita el ejercicio de los derechos del fiscal y los participantes. Esta postura acredita el carácter garantista de las referidas leyes porque, aun reconociendo que es potestad exclusiva de ese órgano el guiar el acto de justicia, refrendando facultades a su presidente,⁷ evita que se pretenda soslayar el derecho que a otros le asiste.

Al valorar el actuar de las personas que se juzgan, lo primero que debe establecerse son los hechos delictivos y la participación en ellos de estos individuos, que es, en definitiva, a lo que se dirigen las pruebas.

A mi juicio, el fin cimero es ganar claridad sobre el asunto objeto de debate; lo esencial de este controvertido aspecto está en dos elementos fundamentales. El primero radica en que, al disponerse, por propia iniciativa, la realización de nuevas pruebas no solicitadas por los litigantes, se debe tener presente su necesidad real y objetiva, de modo que trasluzca a todos el interés de ese órgano de alcanzar la verdad porque, con independencia de las facultades que otorga la ley, se debe

ser cuidadoso en su utilización, pues el papel del tribunal no es el de sustituir al gestor de la acción penal ni a quien corresponda la defensa; el otro elemento lo constituyen las formas o términos que se utilizan, porque los jueces deben mantener una posición ética, y una formulación incorrecta de una pregunta a cualquiera de los participantes en la controversia, podría asumirse como una toma de posición que ensombrecería su actuación; por ello, considero que también es válido recordar que a los juzgadores les está vedado formular preguntas de las tradicionalmente llamadas “sugestivas, capciosas e impertinentes”.

Admitir una propuesta de pruebas, o no, a practicar en el acto de juicio oral es otra de las decisiones a las que nos enfrentamos los jueces y, en ella, no creo que primen elementos tan fútiles como los de terminar rápidamente ese acto, porque es obvio que la función de juzgar, además de ser mandato constitucional, entraña una profunda sensibilidad con una actuación apegada a valores morales y éticos que reflejen esa entereza, humanismo y decoro; por tanto, no son esos los resortes que pueden implicar admitir una prueba, o no; ello requiere de un análisis objetivo basado en su pertinencia; si su práctica incide en el curso del proceso, a favor del reo, o no, siempre prima el interés de hacer justicia.

6 Lourdes Carrasco Espinach: “Sentencia penal y motivación”, p. 12.

7 Cfr. artículos 301 de la LPPM, y 307 de la LPP.

Otra arista de este asunto es que las leyes procesales vigentes en nuestro país conceden determinadas facultades al tribunal en el desarrollo del acto de juicio oral, entre ellas, las de formular preguntas a las personas que concurren ante sí. La práctica judicial ha llamado a la reflexión en cómo hacerlo de modo más efectivo y lineal, partiendo de que ha de realizarse con el propósito de complementar el conocimiento de los jueces sobre el asunto, a partir de preguntas que permitan, a quien se interroga, hacer un relato fluido de lo que al respecto conoce y sin que esto refleje ocupar posición de parte.

En lo expuesto, se hace necesario precisar dos aspectos importantes: lo trascendente que resulta la forma en que se realiza, de manera que el tribunal sostenga una quietud infranqueable cuando interviene en pos de averiguar la verdad; y que esa postura permite a las partes contendientes, desde su óptica, exponer los aspectos que consideren importantes.

Un juez no tiene pleno conocimiento de todas las materias que se someten a su decisión, ni lo logra con intervenciones innecesarias en la vista de juicio oral, se prepara para entender sobre qué versa un asunto determinado y a ello une su sentido común y experiencia porque “[...] saber no equivale a valorar [...] para criticar no es necesario un saber científico completo y [...] caben dictámenes contradictorios en materias que exigen el mismo rigor y no por ello la ciencia sufre, sino que se engrandece [...]”, como apunta Fernández Entralgo.

Consigue ser cuestionado el método empleado por el tribunal, cuando interviene en el juicio oral, pues la forma que emplee tiene reflejo de determinada parcialidad y puede deparar un perjuicio para alguna de las partes, pero ello no significa sustituir a los interesados, en tanto es obligación del tribunal decidir sobre una cuestión de la que no tenga duda, cuando ejerza sus facultades decisorias.

Deviene obligado comentario que tales facultades sustentan la libertad e independencia en el quehacer de los juzgadores, atenidos a la razón y conciencia de su papel social, a los rasgos que resaltan su identidad, como la probidad y la rectitud, y no a caprichos ni conveniencias personales, por lo que, cumplido de ese modo, en nada enerva su intervención en la práctica de pruebas.

LÍMITES DEL JUEZ EN EL JUICIO ORAL

No solo al presidente le están concedidas algunas prerrogativas en el juicio oral; estas son extensivas a todos los jueces, profesionales y legos. La disquisición está cuando el presidente concede este derecho a los no profesionales que, por su propia procedencia, pudieran no dominar los métodos para interrogar.

Considero que para evitarlo existen dos caminos: la preparación adecuada de los jueces legos, de forma general y sobre el caso, en particular; y que el presidente, sin menoscabar la facultad de aquellos, los

ayude formulando él la pregunta; luego, si atendemos el período de mandato por el que son elegidos (cinco años), pienso que, entonces, ya se impondría su experiencia y práctica.

Al respecto, concuerda Maza Martín cuando señala que “[...] tanto la privilegiada posición del Ponente en orden al mejor conocimiento previo del material probatorio disponible le sitúa en mejor lugar para apreciar la existencia de aspectos en las declaraciones que precisen aclaración o concreción, cuanto que al ser el proceso de formación de la convicción algo personal para cada uno de los Magistrados presentes, es también a cada uno de ellos a quien debe corresponder esa posibilidad de formulación de preguntas, aun cuando las mismas, por una razón exclusivamente, a nuestro juicio, de orden, hayan de canalizarse a través del Presidente”.⁸

Cuestionado, también, ha sido el orden para interrogar, en cuanto a si existe la posibilidad de hacerlo por el juez con anterioridad a quien la propuso; en este aspecto, debemos tener en cuenta la incidencia que asumir tal posición implicaría para esta visión de imparcialidad a que hacemos referencia e iría en contra del principio acusatorio y específicamente en la necesidad de que exista un órgano que acuse y otro que juzgue, como apunté precedentemente.

No ha de olvidarse que la vista de juicio es oral y pública, lo que de he-

cho implica un modo eficaz de control de esa imparcialidad del juez, como elemento que ha de caracterizar al sistema acusatorio, porque las partes en litigio tienen la posibilidad de mostrar en ese acto su experiencia, pericia y destreza en el desempeño del papel que les corresponde, lo que trae como consecuencia que se debata con profundidad la prueba interesada y, al final, el mejor desempeño de cada quien, evita intervenciones de los jueces y un mayor acercamiento a la verdad.

Nada obsta para que el tribunal, basado en su conciencia jurídica y sustentada su pretensión esclarecedora en la acusación que se le ha presentado y que se somete a debate, formule preguntas, pero insisto en que si importante es el contenido de lo que se pregunta, también lo es la forma porque a estos no les está permitido formularlas matizadas de gestos prepotentes, con síntomas de parcialidad o indiferencia ante el asunto que se cuestiona, más cuando posteriormente, en la valoración que de los elementos probatorios se realice, deben ejecutar un proceso evaluativo donde delimiten cuánto hay de verdad en lo allí acontecido y este proceso intelectual nunca puede anteceder a la práctica de las pruebas. Tampoco les puede ser ajeno formular preguntas sugiriendo respuestas que versen sobre un mismo asunto y que resulten lacerantes para quien deponga ante ellos, cualquiera que sea la condición en que lo hagan.

8 José Manuel Maza Martín: “Posibilidades y límites de la actuación de oficio de jueces y tribunales durante el plenario”.

EL JUEZ ANTE EL RETIRO DE LA ACUSACIÓN

Llama la atención que la LPPM prevé, ante la retirada de la acusación por el fiscal, la obligación de que el tribunal continúe el juicio oral⁹ y resuelva sobre la inocencia o culpabilidad del acusado. Cabe preguntarse, entonces: si, basados en que el ejercicio de la acción penal es facultad de la Fiscalía Militar y a los jueces les asiste el deber de ser imparciales, ¿cómo puede preverse que hagan suya una acción que no se corresponde con el rol que desempeñan en la relación jurídico-procesal que se estableció inicialmente?

A la luz de lo expuesto, puede pensarse que existe una violación del principio acusatorio, al permitir que un solo órgano acuse y juzgue.

Danilo Rivero García¹⁰ señala que el tribunal, bajo ningún fundamento, debe proceder por iniciativa propia al agravamiento de los términos de la acusación, o al sostenimiento de esta cuando sea retirada; el papel del tribunal debe consistir, exclusivamente, en examinar los hechos que las partes aporten, y decidir sobre su veracidad, dirigir los debates y anunciar el resultado. Afirma Rivero García que asignarle funciones de

persecución del delito, además de sacarlo de su posición de sujeto imparcial, equidistante de la acusación y la defensa, hace realidad el aforismo: “Quien tiene por juez a un fiscal, necesita a Dios como defensor”.

También indica que, contrario a este criterio, Alonso Martínez sostiene que, ante el error en la calificación jurídica, “es violento torturar la conciencia de los Magistrados hasta el punto de colocarles en la dura alternativa de condenar al acusado a sabiendas de que faltan a la Ley o cometen una nulidad, a absolverle con la convicción de que es criminal, dejando que insulte con su presencia y aire de triunfo a la víctima y su familia, tan sólo porque el Ministerio Público no ha sabido o no ha querido calificar el hecho con arreglo a su naturaleza y a las prescripciones del Código penal”.¹¹

Más adelante, señala: “Que se absuelva a un culpable ante el riesgo de condenar a un inocente por insuficiencia de pruebas pocos serán los que no lo acepten. Que, en cambio, sabedores sin duda alguna de la autoría y culpabilidad de un acusado, se haya de consentir en la vulneración de la prescripción legal por la obstinación de la acusación en no reconocer su error, más que supeditación a ultranza al principio acu-

9 En el segundo párrafo del Artículo 354 de la LPPM, respecto a los informes orales conclusivos, se establece que cuando el fiscal considere que, en atención a las pruebas practicadas durante el juicio oral, estas no confirman la acusación formulada o, de confirmarla, concurren circunstancias que excluyan la responsabilidad penal del acusado, retirará la acusación y fundamentará su decisión. En estos casos, el tribunal continuará el juicio oral y resolverá sobre la inocencia o culpabilidad del acusado.

10 Danilo Rivero García: *Temas sobre el proceso penal*, pp. 129 y 130.

11 José Antonio Martín y Martín: “Consideraciones en torno a la identidad del objeto de la sentencia penal”, pp. 337-353.

satorio se nos antoja que hay total cerrazón al sentido común y que por ilegal, contraría al propio valor superior que es la Justicia”.

Si nuestro ordenamiento reconoce la existencia del principio de legalidad, que no está constreñido solo a las acciones de la fiscalía, sino que se extiende al tribunal, bajo la luz de este principio, es razonable que pueda continuar conociendo del asunto, en tanto fueron practicadas las pruebas y se alcanzó un conocimiento efectivo del objeto del proceso, lo que permite estar así en condiciones de decidir sobre él; de lo contrario, actos establecidos ilícitamente ante ese órgano no tendrían la respuesta adecuada en Derecho y no puede pensarse que con ello se sustituya a la fiscalía.

LÍMITES EN LA ACTUACIÓN DEL JUEZ EN SENTENCIA

En el proceso penal, confluyen intereses diferentes: de una parte, establecer las medidas para lograr que sea una vía útil en la protección de una sociedad determinada; de otra, es una ruta en la que deberán ser protegidos los derechos de las personas sometidas a él, en virtud del principio de presunción de inocencia.

Es innegable el vínculo que los jueces establecen en el proceso con la pretensión punitiva, de ahí que su actividad esté limitada, pues no pueden sobrepasar sus términos ni asumir posiciones propias de la acusación, lo que está indisolublemente ligado al principio de la defensa.

El principio acusatorio enarbola la necesidad de eliminar cualquier vestigio de arbitrariedad y, en consecuencia, sobrepasar los límites mencionados significa un rompimiento en la correlación imputación-sentencia.

Si el tribunal no puede juzgar a nadie contra el que no se haya dirigido una acusación, como característica esencial del sistema acusatorio formal o mixto, representa, de hecho, una limitación en la actuación de ese órgano, pues otorgar a una persona el término de *acusado* en un proceso implica reconocerle una serie de derechos que devienen de esa condición y están intrínsecamente unidos a la pretensión del gestor de la acción penal, de la cual se defiende.

De manera similar acontece con el hecho punible que refrenda la imputación, pues tampoco puede el tribunal, por su propia iniciativa, contemplar un hecho sentencialmente distinto al imputado porque alteraría sus límites sustanciales y provocaría un estado de indefensión, en tanto, el particular por el que resultó condenado, además de no haber sido objeto de acusación, tampoco le fue informado con antelación, como es su derecho.

Lo fundamental de sobrepasar esos términos no radica solo en si tiene incidencia en la calificación jurídica que se adopte, o no; y puede, incluso, coincidir con la adoptada por el fiscal; viene dado por el contenido fáctico de la acusación, ya que en ningún caso le es dable a la sentencia apoyarse en hechos distintos a los comprendidos en la acusación definitiva, sea estatal o privada.

En definitiva, la valoración del tribunal deberá recaer sobre un hecho histórico traído al proceso por la acusación y tiene relevancia no solo el relato, sino también su subsunción normativa. Ahora bien, eso no obliga al tribunal a tener una visión única sobre los hechos, como la tuvo la acusación, pues le es permitido, sobre la base de las pruebas practicadas, narrar su propia versión, incluso modificar la versión de los hechos con circunstancias o detalles que permitan una claridad expositiva y dé lugar a una mejor comprensión de lo acaecido,¹² sin que ello implique una variación sustancial de los hechos por los que alguien resulta acusado. A mi juicio, puede no aceptar total o parcialmente esa versión de la acusación al introducir elementos surgidos del propio resultado del contradictorio, pero siempre sobre la óptica de que se corresponda con lo inicialmente imputado.

CONCLUSIONES

La imparcialidad en el juez implica:

- Una garantía del proceso penal, reconocida en instrumentos internacionales y por el propio sistema judicial.
- El ejercicio correcto de la función jurisdiccional.
- Estar alejado de la fase investigativa que antecede al asunto que va a dirimir.
- No son válidos los juicios personales, por lo que queda obligado a

actuar con equidad y racionalidad en los debates penales en los que participa.

- Limitaciones para su actuación, tanto en el juicio oral como en la sentencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Abreu García, Cristóbal Alexis: "El examen de los hechos en el recurso de casación y la Ley Procesal Penal Militar", en *Selección de Lecturas I*, Dirección de Tribunales Militares, 2005.
- Armenta Deu, Teresa: "La Reforma del proceso penal, principios irrenunciables y opciones de política criminal", en *Revista del Poder Judicial*, no. 58, Biblioteca Virtual de Derecho judicial, Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, CD, código 962313, serie penal, 2000.
- Arranz Castellero, Vicente Julio: *El juicio oral. Sus principios y las normas fundamentales que lo regulan en la legislación penal cubana*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Bodas Martín, Ricardo: "El Juicio oral" (ponencia), Biblioteca Virtual de Derecho judicial, Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, CD, código 961707, serie penal, 1996.
- Bodes Torres, Jorge: *El juicio oral en Cuba*, Centro de Publicaciones de la Federación Nacional de Asociaciones Judiciales de Ecuador, 2006.
- Carrasco Espinach, Lourdes: "Sentencia penal y motivación" (ponencia presentada en el III Encuentro Internacional Justicia y Derecho), La Habana, 2006.

12 Miguel Colmenero Menéndez de Lurca: "La iniciativa del tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal", pp. 243-294.

- Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel: "La iniciativa del tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal", en CD, código 952805.
- Cruz, Fernando: *La función acusadora en el proceso penal moderno*, Ediciones Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas, San José, Costa Rica, 1991.
- Díaz Pinillo, Marcelino: *El proceso penal*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Fernández Segado, Francisco: *Garantías constitucionales del proceso penal militar*, Biblioteca Virtual de Derecho Judicial, Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, CD código 950501, serie penal.
- Fernández Romo, Rodolfo: "El principio de contradicción" (tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas), Universidad de La Habana, 2006.
- HiperPen, software de consulta interactivo, Universidad de Camagüey, Camagüey, 2002.
- Lema Águila, Ismael: "Los actos y sujetos procesales en la fase intermedia del proceso penal", en *Selección de Lecturas III*, Dirección de Tribunales Militares, 2005.
- Martín y Martín, José Antonio: "Consideraciones en torno a la identidad del objeto de la sentencia penal", CD código 921315, Consideraciones Generales del Poder Judicial, 13/1992, pp. 337-353.
- Maza Martín, José Manuel: "Posibilidades y límites de la actuación de oficio de jueces y tribunales durante el plenario" (ponencia), CD *Cuadernos del Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, España, 1996.
- Mejías Rodríguez, Carlos Alberto: "Las circunstancias atenuantes y agravantes de la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal" (tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas), Universidad de La Habana, 2003.
- Mendoza Díaz, Juan: *Principios del proceso penal, temas para el estudio del proceso penal*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Rivero García, Danilo: *El juicio oral, antecedentes en la LECRIM. Ideas para una nueva formulación*, 2005, [s.m.d].
- _____: *Temas sobre el proceso penal*, La Habana, 2010, [s.m.d].
- Rivero García, Danilo y Pedro Pérez Pérez: *El juicio oral*, Ediciones de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2002.

Legislación

- Ley No. 6, Ley Procesal Penal Militar, en *Gaceta Oficial de la República*, 8 de agosto de 1977.
- Ley No. 5, Ley de Procedimiento Penal, en *Gaceta Oficial de la República*, 13 de agosto de 1977.
- Ley No. 62, Código penal, 30 de abril de 1988.
- Ley No. 97, Ley de los Tribunales Militares, en *Gaceta Oficial de la República*, 9 de abril de 2003.
- Ley No. 101, Ley de la Fiscalía Militar, en *Gaceta Oficial de la República*, 3 de julio de 2006.
- Decreto No. 904, Código Procesal Penal de El Salvador, 1988.
- Resoluciones 40/32 y 40/146, de la Asamblea General de Naciones Unidas, noviembre y diciembre de 1985, software de consulta interactivo, Universidad de Camagüey, 2002.
- Constitución de la República de Cuba, febrero de 1976.

LA DINÁMICA DEFRAUDADORA EN EL DELITO DE ESTAFA

Lic. Yanet Castillo Delgado,
jueza suplente no permanente, TPP de Cienfuegos.

LA estafa es un delito esencialmente intelectual y ello se debe a su naturaleza versátil. Según Goite Pierre, son diversos los medios por los cuales puede cometerse el ilícito, mediante el cual se pueden obtener bienes muebles e inmuebles y una infinidad de ventajas, provechos, beneficios y lucros.¹

Los elementos de este delito son el ardid o engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio. El sujeto pasivo realiza la disposición patrimonial que provoca perjuicios en su patrimonio, como consecuencia del error al que ha sido inducido mediante el ardid o engaño utilizado por el sujeto activo. No es preciso que el sujeto activo se beneficie para que se integre el delito. Si hay un perjuicio que daña el patrimonio de la víctima o de un tercero, bien jurídico protegido, entonces se configura el ilícito.

El ardid o engaño es el elemento esencial del tipo. Damianovich conceptualiza el ardid como el artificio, el medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento, en despliegue de una falsa apa-

riencia. En relación con el engaño, lo define como la falta de verdad en lo que se piensa, se dice o se hace creer; consiste en dar a la mentira apariencia de verdad. El despliegue de las aseveraciones o actitudes mentidas, propensamente encaminadas a causar el error en la víctima, constituye, según la autora, el medio previsto por el tipo legal.²

Engaño es faltar a la verdad, ya sea de palabra, de obra o de pensamiento. Artificio, significa la maquinación hábil o ingeniosa, lo que envuelve imperiosamente actos, y no meras palabras. Estos medios deben ser aptos para producir o mantener el error. “Debe existir una determinación causal de este elemento por aquél. En un caso, en su generación, y en el otro, en su perduración”.³

El error consiste en una idea equivocada o en un razonamiento falso. Lo primero es la representación distorsionada de la realidad en un aspecto concreto, mientras que lo segundo es un discurso violatorio de la lógica.⁴ Debe haber, necesariamente, disposición patrimonial de parte del

1 Mayda Goite Pierre: “Delitos contra los derechos patrimoniales”, p. 232.

2 Laura Damianovich de Cerredo: *Delitos contra la propiedad*, p. 197.

3 *Ídem*.

4 A ese error se puede llegar por la persuasión del agente, inducción o ajenamiento a él, caso en el cual debe actuar para hacer perdurar y mantener el error, arraigándolo en la psiquis de la víctima, a través de los artificios o engaños necesarios de la estafa (*Ibid.*, p. 161).

agraviado, de lo contrario, no se configurará ese delito.

La necesidad de que el estafador despliegue algunos medios externos y engañosos se expresa tradicionalmente en la doctrina francesa con la exigencia de una cierta *mise en scène*.⁵ Carrara manifiesta su adhesión a esa doctrina que exige que las mentiras vayan acompañadas de algún hecho exterior.⁶

La doctrina coincide en que el perjuicio es un elemento imprescindible para que se configure el injusto por ser este el que lesiona la propiedad. Damianovich razona que si no hay perjuicio no se ha defraudado, porque defraudar es una acción que al definirse conlleva el efecto, y este es, precisamente, el perjuicio, el que concibe como daño o menoscabo. No es absolutamente necesaria la existencia de un beneficio efectivamente obtenido por el autor. Es suficiente con que se lo hubiera propuesto como sentido o dirección del engaño desplegado.⁷

No constituye perjuicio lo que solamente crea el peligro. En algunas legislaciones,⁸ el delito analizado requiere como elemento constitutivo la

efectiva obtención de un beneficio indebido. Soler plantea que ni aun en las legislaciones para las cuales el beneficio obtenido es un elemento indispensable para la consumación, ese beneficio puede identificarse con la adquisición de la propiedad de la cosa. La estafa, a partir de reunir los demás caracteres, entiéndase ardid, error y perjuicio, es perfectamente posible.⁹

El perjuicio patrimonial, de acuerdo con el bien jurídico protegido por el conjunto de tipos penales en el que se encuentra incluida la estafa, “puede recaer sobre bienes muebles e inmuebles, sobre derechos o sobre trabajos a valorar económicamente. En cuanto a los derechos, por ejemplo, cuando una persona mediante engaño e inducción en error, se hace entregar el documento que acredita una obligación a su cargo”.¹⁰

Reflexiona Damianovich que la integridad del patrimonio aparece directa y estrictamente protegida a través de la incriminación a la conducta del ilícito en estudio. En este caso, la participación activa de la víctima, quien dispone con una voluntad viciada por el error, con un con-

5 Según esta teoría, para que haya estafa, no basta la sola mentira, sino que debe estar acompañada de hechos exteriores que sostengan la falsedad. La legislación y la doctrina argentina no exigen la *mise en scène*. Sin embargo, se exige cierta entidad objetiva en el ardid o engaño, es decir, algunos actos externos que demuestren que existe relación causal entre el ardid o engaño y el error de la víctima. Por esta razón, se sostiene que la “simple mentira” no basta para configurar estafa, sino que se requieren, además, algunos hechos exteriores.

6 Carrara, *apud* Sebastián Soler: *Derecho Penal Argentino*, p. 365.

7 Damianovich: *Op. cit.*, p. 195.

8 Entre los italianos se suele requerir el logro de un beneficio, y el delito no está consumado hasta que se ha producido esa circunstancia.

9 Ver Sebastián Soler: *Op. cit.*, p. 366.

10 Luis Fernando Tocora: *Derecho Penal Especial*, p. 163.

vencimiento causado directamente por el engaño del sujeto activo, convierte su entrega en la causa eficaz para el nacimiento de un derecho a favor de este último.¹¹

En el caso de este ilícito, la titularidad es perdida por el sujeto pasivo, quien la ha dispuesto con una voluntad que es aparentemente libre. No se puede obviar que está viciada por el error, como consecuencia del engaño engendrado por el autor del hecho. Ese error incide en la voluntad del individuo que efectúa, convencido, entregas patrimoniales que a su entender son resultado de una deliberación plena, pues ignora que el estafador está guiando ese proceso intelectual que precede a las determinaciones.

El beneficio que el agente espera deberá ser el resultado directo del acto nocivo de disposición patrimonial. "Para la obtención de provecho ilícito debe el agente obtener un beneficio económico ilegítimo. Por ello se ha entendido no el efectivo aprovechamiento, sino la posibilidad de disponer del bien, porque se está en poder de él".¹²

Si se entendiera el aprovechamiento como se planteó en la teoría de la *locupletatio*,¹³ el hecho de

que el agente se hiciera de la cosa, porque se le entregó o porque se le constituyó como su dominio o cualquier otro derecho sobre ella, no implicaría, de por sí, la existencia de este elemento. Faltaría que efectivamente se aprovechara de ella, usándola o disponiendo de ella.¹⁴

Según esa teoría, si alguien vende un objeto con el engaño que caracteriza el tipo penal, determinando el error en el comprador, y no logra aprovechar esa suma, porque la extraviara, no habría delito consumado, por no lograrse la obtención de provecho ilícito. Sin embargo, tal como se ha entendido doctrinal y jurisprudencialmente, basta con tener la posibilidad de disponer del bien, configurándose dicho elemento, con lo cual el ejemplo anterior tendría una perfecta estructuración típica.¹⁵

En opinión de Damianovich, el nexo causal se entabla entre el ardid, el engaño y la prestación, en cuanto son estas las actuaciones de los protagonistas del negocio en cuyo transcurso se comete el delito, aunque el patrimonio efectivamente lesionado puede tener otro titular.¹⁶

En este ilícito, el error debe determinar la entrega, como este a su vez es determinado por engaño o ardid. De tal manera que se pueda decir:

11 Damianovich: *Op. cit.*, p. 47.

12 Luis Fernando Tocora: *Op. cit.*, p. 161.

13 La "locupletatio" exige que se aproveche realmente el agente del bien sustraído. Esta tesis exige demasiado para lo que se trata de proteger, el patrimonio económico, a través de la posesión o relación de poder con bienes estimables pecuniariamente, la que se pierde para el poseedor indistintamente de que el agente la disfrute o no (Fernando Tocora: *Op. cit.*, p. 132).

14 *Ibíd.*, p. 161.

15 *Ibíd.*, p. 162.

16 Damianovich: *Op. cit.*, p. 217.

entregó por el error, y erró por el engaño. Hay una conexidad o cadena causal que se puede esquematizar como: engaño-error-entrega.¹⁷

La dinámica defraudadora, al decir del profesor de la Cruz Ochoa, “[...] consiste en la provocación de un error en el destinatario de la operación fraudulenta [...]”,¹⁸ en correspondencia con el carácter causal del engaño para la obtención del resultado, colofón de la acción pretendida por el sujeto activo del delito.

Coincido con los autores antes mencionados por considerar que en el delito de estafa la entrega es consecuencia del error provocado por el sujeto activo, determinado por el engaño o ardid que se haya utilizado para la comisión del injusto, lo cual trae consigo el perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo y un beneficio que generalmente obtiene el activo.

Puede concluirse que los elementos de tipicidad del ilícito en cuestión son: el ardid o engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio. Estos se relacionan estrechamente debido a que el ardid o engaño debe haber provocado el error de la víctima, el que, a su vez, debe ser causa del desplazamiento patrimonial perjudicial. El sujeto pasivo dispone voluntariamente en su perjuicio, pero con una voluntad viciada por el error.

Que el sujeto activo se beneficie o no, no es trascendental para que califique el delito. Si hay un perjui-

cio, y en consecuencia se daña el bien jurídico protegido, “el patrimonio de la víctima o de un tercero”, entonces, se configura el delito de estafa.

DEL MOMENTO CONSUMATIVO DEL ILÍCITO

Existe diversidad de criterios en cuanto a la determinación del momento consumativo en el delito de estafa y la posibilidad de que pueda darse en grado de tentativa. De la Cruz Ochoa plantea que “la tentativa comienza con la ejecución de las maniobras fraudulentas, esto es la exteriorización de la enajenación, objetivamente susceptible, de producir el engaño inductor de una disposición patrimonial”.¹⁹

Es posible la tentativa, en la medida que el agente realiza las maniobras conducentes a inducir o mantener en error al agraviado, con lo que obtiene la disposición patrimonial sin llegar a hacer efectivo el desplazamiento del patrimonio.

Creus reflexiona que el injusto se consuma cuando el sujeto pasivo realiza la disposición patrimonial perjudicial, sin que interese que se produzca un beneficio para el autor o para un tercero. Los actos posteriores a ese momento que compensan el perjuicio, como es su reparación, la actitud del agente que voluntariamente devuelve la presta-

17 Fernando Tocora: *Op. cit.*, p. 161.

18 Ramón de la Cruz Ochoa: *El delito de estafa*, [s. p.].

19 *Ibíd.*

ción, no dejan sin efecto el delito.²⁰ Este es el criterio adoptado por la jurisprudencia cubana.²¹

Goite Pierre, por su parte, alega que el ilícito se consuma cuando el sujeto activo alcanza la disponibilidad del bien que permite el beneficio patrimonial que requiere el tipo, lo que significa que el sujeto pasivo completó los actos de traslado de este hacia el agente comisor. Igualmente, reconoce que la conducta puede quedar en grado de tentativa.²²

La jurisprudencia coincide con la doctrina en que el hecho de recuperarse parte del dinero defraudado a la víctima del injusto, no convierte este delito en otro de cuantía menor. En correspondencia con el Dictamen No. 281, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de fecha 8 de diciembre de 1987, el delito de estafa se consuma con la producción del perjuicio patrimonial, y la circunstancia de recuperarse todo o parte de lo defraudado constituye un hecho posterior a la consumación que, como tal, carece de influencia en su calificación.

La estafa se consuma en el momento en que el sujeto pasivo realiza la disposición patrimonial, que produce un perjuicio en su patrimonio. No es necesario que el sujeto activo

obtenga un beneficio, basta con que se lo hubiera propuesto. Es admisible la tentativa que comienza con el despliegue de medios engañosos y dura mientras persista esta actividad.

LA OMISIÓN EN EL TIPO PENAL COMO CONTENIDO DEL ILÍCITO

La acción y la omisión constituyen modalidades del actuar de un sujeto, toda vez que estén orientadas a un fin determinado y sometidas por la voluntad dirigente. Se distinguen en el ámbito jurídico-penal por su relación con el perjuicio del bien jurídico protegido en la ley penal.

En la doctrina se discute si el ilícito en cuestión puede cometerse por omisión. La polémica versa al establecer si existe correspondencia entre la acción referida en el tipo comisivo, engañar, y la forma omisiva de impedir el resultado, es decir, si el no despejar un error, no causado por el omitente, es suficiente para engañar y configurar el ilícito.

Para Jescheck, resulta dudoso dónde deben buscarse los elementos, ya que en la estafa por omisión, el autor no engaña, se limita a dejar surgir o que subsista un error.²³ Al

20 Creus: *Op. cit.*, p. 472.

21 Así se pronuncian los jueces del Tribunal Supremo Popular en la Sentencia No. 626, de 9 de marzo de 2006. En esta se consigna “[...] que el particular relativo a la devolución de los bienes objeto del delito a sus dueños no desvirtúa la calificación adoptada correctamente en su día por la Sala de Justicia, porque este fue solo el resultado de la búsqueda de las víctimas para recuperar los bienes que mediante engaño logró el recurrente obtener para beneficio propio [...]”.

22 Goite Pierre: *Op. cit.*, p. 463.

23 Jescheck, *apud* Gladis Romero: “La estafa por omisión”, [s. p.].

respecto, Mir Puig señala: “Es posible, por ejemplo, que socialmente puedan verse determinadas omisiones como engaños suficientes para dar lugar a delitos de estafa”.²⁴

La doctrina española actual asume que puede darse la omisión en el tipo penal. Rodríguez Devesa plantea que “[...] el engaño puede realizarse con palabras o con actos concluyentes, por un hacer activo o por una omisión”.²⁵ Sin embargo, la jurisprudencia española no ha admitido totalmente la comisión por omisión del delito en estudio. En reducidos casos se han estimado determinadas omisiones como engaños suficientes para constituir el tipo de estafa. Por ejemplo, en la sentencia de 6 de diciembre de 1974 se calificó

el ilícito al no declarar un accidente, para cubrirlo, al suscribir el seguro.

Empero, en forma más frecuente se ha admitido que existe engaño por omisión cuando se ocultan vicios o defectos de las cosas vendidas, o cuando se dispone de una cosa como libre, sabiendo que estaba gravada,²⁶ y en algunos casos de polizonaje.²⁷

La doctrina argentina considera que la simple mentira no constituye ardid o engaño y, por tanto, no basta para configurar la estafa. Soler estima que el problema del silencio se soluciona de modo similar al de la mentira, “[...] se requiere que vaya acompañado de un actuar engañoso positivo o bien que exista el deber jurídico de hablar o de decir la verdad”.²⁸ Agrega que con ese fin no

24 Mir Puig, apud Gladis Romero: *Op. cit.*, [s. p.].

25 Rodríguez Devesa, citado por Gladis Romero: *Op. cit.*, [s. p.].

26 En la sentencia del primero de marzo de 1983 se consideró omisiva la disposición como libre de cosa gravada. En dicha sentencia se consigna que “la modalidad especial de estafa tipificada en el Artículo 531, 2º, Código penal, exige como requisitos básicos el engaño y la defraudación. El engaño específico consiste en que el sujeto activo del delito conozca la existencia de un gravamen sobre la cosa mueble o inmueble y lo oculte maliciosamente, provocando un error en el adquirente de la misma, sufriendo así un perjuicio patrimonial cierto, conocido y precisado con más o menos exactitud en el orden cuantitativo”. En este caso, el tribunal considera que el engaño era omisivo, silenciando u ocultando, pero en ningún momento se hace referencia a la posición de garante ni se menciona fuente alguna del deber de actuar.

27 En la sentencia del 15 de julio de 1981 se consigna que “[...] si bien es cierto que el dolo en la estafa se caracteriza por una manipulación o maquinación engañosa con entidad suficiente para producir la operatividad del traspaso patrimonial, se puede manifestar que este al principio es susceptible de tener un carácter omisivo del que se deduce cierta nota de positividad, como es el aprovecharse de aquellas circunstancias que concurren en determinadas actividades, en cuanto que el ejercicio de éstas puede llevar implícitamente el contenido de la maquinación insidiosa causante del perjuicio”. Al respecto se considera que “[...] el hecho de introducirse, sin autorización alguna, en un vehículo de motor que se transportaba en una plataforma del tren expreso Bilbao-Barcelona, y trasladarse desde una estación de ferrocarril a otra, lleva consigo la omisión de no sacar el billete que exige el transporte de la persona, burlando la vigilancia de la policía de ferrocarriles, y da lugar al denominado delito de polizonaje”.

28 Soler: *Op. cit.*, p. 306.

basta que medie una obligación moral, debe tratarse de una obligación jurídica estrictamente determinable, cuestión que depende del examen particular de cada situación.

La jurisprudencia argentina, generalmente, no reconoce el silencio como medio de comisión del injusto. Si la víctima tiene una falsa representación de la verdad, y el agente guarda silencio y no aclara el error, no se considera punible tal conducta, a menos que el actor tenga el deber jurídico de hablar.²⁹

La simple mentira solo podrá conformar este ilícito si va acompañada de hechos exteriores del estafador destinados a corroborar sus palabras, o si el actor está jurídicamente obligado a decir la verdad. Esto no significa exigir la *mise en scène*³⁰ sustentada por la doctrina francesa y por Carrara.

En los delitos de omisión, es necesario que quien la haga sea garante para la evitación del resultado, o sea, por una especial posición de deber, debe responsabilizarse jurídicamente para que el resultado no se

produzca. En los supuestos en que existe un espacio temporal entre el error y el perjuicio, y el omitente no ha despejado el error, teniendo el deber jurídico de evitar el resultado, habrá estafa.³¹

La doctrina chilena rechaza, mayoritariamente, la posibilidad de que la omisión pueda realizar el contenido de ilicitud. Izquierdo Sánchez argumenta que no se trata de una omisión, sino de una acción, concibiendo que el daño se produce como consecuencia del riesgo que con su actuar, entendiéndose acción en su sentido positivo, crea el agente.³²

Según Izquierdo Sánchez, quien crea un riesgo con su conducta se constituye en garante de los bienes jurídicos que ha puesto en peligro. En razón de la conducta anterior, creadora del riesgo, aquel que la ejecuta queda erigido en custodio de ese bien, y surge, en consecuencia, el deber jurídico de actuar a fin de sustraerlo a los riesgos generados, de suerte que, si no lo hace, el resultado típico le es imputable a título de comisión por omisión.³³

29 La sentencia de primero de diciembre de 1933 de la Cámara del Crimen de la Capital consigna que “[...] el silencio respecto de circunstancias o hechos desfavorables para otro, la simple disimulación, que no alcanza a concretarse en un ardid o no asociado a actos engañosos no puede configurar estafa [...] no se ha puesto en juego ninguno de los medios positivos previstos en la ley penal capaces de causar directamente el error. Se ha limitado a invocar hechos ciertos, callando otros desfavorables”. Del análisis de esta, se infiere que tampoco admite el silencio como medio para inducir a error a la víctima, fundándose en que todos los supuestos de engaños descritos en el Artículo 172 del Código penal implican un hacer activo.

30 Según esta teoría, para que haya el medio de la estafa, no basta la sola mentira, sino que debe ella estar acompañada de hechos exteriores que sostengan la falsedad.

31 Romero: *Op. cit.*, [s. p.].

32 Cristóbal Izquierdo Sánchez: “Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante”, [s. p.].

33 *Ibid.*

El Código penal cubano regula, en su Artículo 8.1, el concepto de delito, como la acción u omisión como conducta antijurídica, punible y socialmente peligrosa. No se define expresamente la omisión, pero del análisis del precepto se entiende como el acto voluntario del sujeto activo en un dejar hacer. Si bien la conducta típica en el delito de estafa constituye un hacer, de acuerdo con su elemento esencial, esta puede cometerse por omisión, siempre y cuando el sujeto activo tenga la obligación jurídica de evitarla con su actuar.

Cuando se oculta algún vicio de una de las viviendas implicadas en un contrato de permuta, donde las partes están obligadas a comunicarlo, no se acude al Derecho penal, se resuelve por la vía civil, y se anula el contrato por vicios de la voluntad, o sea, por la existencia de un fraude civil. La conducta carece de peligrosidad social,³⁴ y al considerar el Derecho penal como de *ultima ratio*,³⁵ entonces, no se está en presencia de un ilícito penal.

Sin embargo, cuando el sujeto realiza varias permutas, en las que

oculta algún vicio o defecto, de forma reiterada e intencional, teniendo la obligación de informarlo, puede resolverse por la vía penal. Para la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, según la mayor parte de las sentencias dictadas, existe estafa si, desde el inicio, el agente comisor actuó con ánimo de incumplir. Requiere un antecedente, de modo que sea inequívoca la intención de despojar a la víctima de sus bienes, para otorgarle un aspecto criminal.³⁶ Por las consecuencias del hecho, se aprecia peligrosidad social al ser reiterativa la omisión del garante.

Del análisis efectuado puede concluirse que califica la estafa por omisión cuando el sujeto activo tiene la obligación de evitar el resultado.

LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO PASIVO DEL ILÍCITO

El sujeto pasivo es la persona física sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta reali-

34 La peligrosidad social es el rasgo más importante de la acción u omisión, determinante de su esencia delictiva. Acto socialmente peligroso es el que infringe las normas sociales que respaldan y fortalecen el sistema de relaciones. La peligrosidad social de un comportamiento está determinada también por la posibilidad real de que este sea susceptible de cometerse.

35 El Derecho penal como Derecho de última fila se aplica solamente en aquellos casos en los que la legalidad no pueda preservarse por una vía diferente y menos severa que la penal.

36 Así lo muestran las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular correspondientes a los números 2287 (3 de junio de 2005, 2477 de 2 de mayo de 2001), 2540 (14 de julio de 2006), 293 (15 de enero de 2004), 4051 (7 de septiembre de 2004) y 3919 (8 de septiembre de 2005). En la última se consigna “[...] Que aunque aparentemente los hechos probados estén en la frontera con un ilícito civil, porque el bien objeto de la transacción en que recayó el engaño a la víctima cae dentro de aquellos que tienen regulaciones especiales en el ámbito administrativo, en realidad no es ese precisamente el aspecto determinante en el caso, hay otros puntos distintivos que lo enmarca en uno de carácter penal [...]”.

zada por el delincuente, es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Se le llama, también, víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, como en los delitos patrimoniales.

Existe el sujeto pasivo de la acción, que recibe en forma directa la acción u omisión típica realizada por el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito, que es el titular del bien jurídico. Generalmente ambos coinciden, pero hay casos en los que se puede distinguir.

Como ejemplo característico que pone de manifiesto la diferencia entre el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito, se puede citar el abuso de autoridad de un policía contra un ciudadano quien es sujeto pasivo de la acción, pues el titular del bien jurídico es el Estado. En este supuesto, el bien jurídico que se lesiona es la administración y la jurisdicción.

Las personas jurídicas son entidades que, teniendo patrimonio propio, tienen capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones, según lo establece el Artículo 39.1 del Código civil. De este concepto de las personas jurídicas se desprende la necesaria presencia de dos ele-

mentos fundamentales: el económico, o sea, la posesión de patrimonio propio, y el jurídico, esto es, la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones.

El sujeto pasivo es la persona que puede tomar la disposición patrimonial que resulta perjudicial para su patrimonio. Esto significa que el sujeto pasivo no puede ser una persona que no posea el bien o que no puede disponer materialmente de este. Las personas jurídicas pueden ser, por tanto, sujetos pasivos del delito en estudio.

En el supuesto analizado, el sujeto pasivo del delito de estafa es la persona jurídica, titular del patrimonio afectado por la disposición patrimonial que ha decidido su representante o habilitado para el negocio concreto, consecuencia del error provocado por el ardid del autor.³⁷

EL CARÁCTER CONTINUADO

El actual Código penal se pronuncia sobre el delito de carácter continuado en su Artículo 11: "Se considera un solo delito de carácter continuado las diversas acciones delictivas cometidas por un mismo agente que ataquen el mismo bien jurídico, guarden simi-

37 La práctica judicial cubana no descarta la posibilidad de que la persona jurídica pueda constituirse como sujeto pasivo del delito de estafa. Así lo muestran las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular correspondientes a los números 3477 (8 de agosto de 2005) y 962 (4 de abril del año 2006). En la última se consigna "[...] que el acusado con su actuar engañoso empleando ardid, ocasionó un grave perjuicio a la empresa de telecomunicaciones ETECSA, única víctima de su ilegal proceder, único sujeto pasivo, de acciones ilegales que tuvieron un tracto continuo, pero nunca podrán considerarse de carácter continuado y en tanto comete el delito de estafa en su modalidad agravada".

litud en la ejecución y tengan una adecuada proximidad en el tiempo”.

La omisión, como conducta humana, es perfectamente apropiada para formar un delito continuado, siempre que se presente en forma plural y reúna todos los requisitos requeridos para integrar la continuidad delictiva. Cuando el Artículo 11.1 del Código penal utiliza la expresión “pluralidad de acciones delictivas” no se está refiriendo exclusivamente a las conductas activas, de hacer, sino a la noción amplia de acción delictiva en el sentido de delito y este puede ser perpetrado tanto por “acción” como por “omisión”.

Con relación a la unidad del bien jurídico, es necesario puntualizar que las diversas acciones delictivas no tienen que quebrantar, obligatoriamente, la misma disposición legal. En cuanto a la similitud en la ejecución, esas acciones tampoco tienen que ser iguales. Es suficiente que en el desarrollo de los hechos se manifiesten, en lo esencial, los mismos elementos constitutivos objetivos.

También se exige la adecuada proximidad en el tiempo de las diversas acciones delictivas, pero el Código penal no define este requisito, por lo que su determinación en cada caso particular le concierne al tribunal que conoce del asunto. En general, se comparte el criterio de que en el delito continuado se exige un dolo sistemático,³⁸ que significa un ceder psíquico constante y homogéneo del autor ante una misma situación.

Un ejemplo de lo antes expresado es el del sujeto que con conocimiento de la denegación de visas a varias personas, les hace creer que la persona que él les presenta es un funcionario que se encargará de tramitar y resolver su salida del país, razón por la que aquellos entregan su documentación y la cantidad de dinero que se les solicita, y sus víctimas pierden elevadas sumas de dinero. Este delito de estafa se califica de carácter continuado.

Respecto a los delitos que afectan bienes jurídicos impersonales, no se exige la unidad de víctimas o perjudicados, estos pueden ser los mismos o diversos.³⁹ En cuanto a

38 Esta es la corriente que acoge en la doctrina la teoría alemana del dolo continuado, criterio que igualmente comparten los juristas Sierra Hernández y Valiente Palacios porque en el delito de carácter continuado la determinación de cometer varios hechos no surge desde el inicio, pues la homogeneidad de la parte subjetiva de los distintos actos se deriva de las motivaciones semejantes que están presentes en cada uno de ellos. Por ejemplo, el sujeto comisor no plantea: me voy a dedicar a estafar o a robar, sino que al cometer el primer hecho, decide repetirlo porque se ha motivado ante la misma tentación criminal. Por tal razón, los que defienden esta posición alegan que el delito continuado justifica un trato más benigno (Tania Sierra Hernández y Sergio Valiente Palacios: “El delito continuado y el concurso ideal” [s. p.]).

39 Así se aprecia por el Tribunal Supremo Popular en las sentencias 1170 (4 de marzo de 2004), 4424 (22 de septiembre de 2005), 4433 (4 de octubre de 2005), 4653 (19 de octubre de 2005) y 2287 (3 de junio del año 2005). En la última se consigna “[...] que el motivo único del recurso, por infracción de ley, también debe rechazarse, porque parece

los que atacan bienes jurídicos altamente personales, o sea, los delitos personalísimos, el nexo de continuidad demanda que las repetidas agresiones recaigan sobre el mismo bien jurídico y que exista identidad del afectado, según lo preceptuado en el apartado 2 del Artículo 11 del Código penal cubano.⁴⁰

En conclusión, no se integra el delito continuado cuando las víctimas de la agresión a bienes jurídicos eminentemente personales sean sujetos distintos, pero la estafa de carácter continuado se integra aunque las víctimas o los perjudicados sean distintos. En los casos en que la figura objetiva no requiera el empleo de medios o formas determinadas, su diferencia no excluye la continuidad delictiva. Así ocurre cuando los ardides utilizados en los distintos casos son disímiles, teniendo en cuenta que el Artículo 334.1 del Código penal solo alude al empleo de “cualquier ardid”. Se exceptúa la estafa del apartado 1 y la del apartado 4, donde no se po-

drá apreciar la continuidad, a pesar de que existe unidad del bien jurídico, pero la figura objetiva de uno y otro no posee similitud en el modo de ejecución.

CORRECTA DETERMINACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE ESTAFA

La correcta calificación del delito y determinación de sus elementos objetivos tiene gran importancia, pues contribuye a la interpretación uniforme y coherente de la norma, a tenor del principio de legalidad,⁴¹ el cual se halla previsto en el Artículo 2 del Código penal. En el orden procesal, se aprecia en el Artículo 1 de la Ley de Procedimiento Penal, cuando dispone que no puede imponerse sanción, sino de conformidad con las normas de procedimiento establecidas por la ley. Este principio tiene rango constitucional, por cuanto el Artículo 59, primer párrafo, de la Constitución de la República de Cuba, establece

que el recurrente aspira a formular el planteamiento de que su proceder está carente de la intención de defraudar, y en verdad que la sentencia destaca, de modo muy definido y rotundo, que el acusado obtuvo que sus víctimas le hicieran entrega de sumas de dinero con destino a que les resolviera permutas y compra de inmuebles haciéndose pasar por corredor de permutas y de sus supuestas relaciones con la Dirección Municipal de la Vivienda del Municipio capitalino de Centro Habana, sumas que tomó para sí, aprovechándose de esa adquisición ilícita de cantidades de dinero de relevante ascendencia, y ello revela el indudable interés e intención de defraudar, que es uno de los elementos del delito de estafa de carácter continuado que calificara la Sala del juicio”.

40 Ver Dictamen No. 318, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, aprobado por el Acuerdo No. 9, de 19 de febrero de 1991.

41 El Derecho penal tiene un carácter estrictamente legalista, su única fuente es la ley. No existe delito o pena, si no está previsto con antelación por ella. Este principio fue formulado por el penalista alemán Anselmo Feuerbach en el conocido aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege* (no hay delito sin ley; no hay pena sin ley). De acuerdo con este principio, la ley es fuente exclusiva para establecer los delitos y las penas de tal manera que todo aquello que no está descrito en la ley como delito no puede ser castigado.

que: “Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas establecen”.

La determinación de los fundamentos teóricos que permiten establecer el tipo objetivo del delito de estafa contribuye a unificar por el órgano judicial la diversidad de criterios, con respecto al principio de legalidad. Estos sirven de base para el perfeccionamiento de la política criminal, penal, y la actividad preventiva en relación con los comportamientos antisociales, lo que eleva la efectividad de la lucha contra la delincuencia como prioridad del Estado, dada la importancia social que reviste.

La correcta determinación de cada uno de los elementos objetivos del ilícito, objeto de este trabajo, contribuye a que el órgano judicial califique correctamente los tipos penales, conforme a los hechos ocurridos, y determine qué conductas son de interés para el Derecho penal y cuáles no, lo que permite imponer una pena en correspondencia con el delito cometido, en los casos que corresponde.

CONCLUSIONES

El delito de estafa se consuma cuando el sujeto pasivo realiza la disposición patrimonial, que produce un perjuicio en su patrimonio. No es necesario que el sujeto activo obtenga un beneficio, basta que se lo hubiera propuesto.

Califica la estafa por omisión en los supuestos en que existe un es-

pacio de tiempo entre el error y el perjuicio, y el sujeto activo ha omitido despejar dicho error y el deber jurídico de evitar el resultado.

Las personas jurídicas pueden ser sujeto pasivo del delito de estafa, titulares del patrimonio afectado, como resultado del error causado por el ardid del sujeto activo. La condición de víctima de este ilícito la adquiere la persona jurídica por haber sido su representante legal quien, inducido a error, determina conforme a sus facultades la disposición patrimonial en detrimento del patrimonio social.

El delito de estafa es de carácter continuado cuando están presentes los requisitos de pluralidad de acciones delictivas, unidad del bien jurídico, similitud en la ejecución y proximidad en el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

Código de Defensa Social de 1938, La Habana, 1938.

Código penal de Argentina, Buenos Aires, 1984, p. 87.

Colorado Rivas: “Teoría del delito”, en www.universidadabierta.edu.x/Biblio/C/Colorado%20sidro-Teoria%20del%20delito.htm [Consulta: 10 de enero de 2010].

Creus, Carlos: *Derecho penal Especial*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, t. 1.

Cruz Ochoa, Ramón de la: *El delito de estafa*, Ediciones ONBC, La Habana, Cuba, 2001 [s.p.].

Damianovich de Cerrredo, Laura: *Delitos contra la propiedad*, Editorial Universidad S.R.L., Buenos Aires, 2000.

- Fernando Tocora, Luis: *Derecho penal especial*, Editorial ABC, Bogotá, 2002.
- Goite Pierre, Mayda: "Delitos contra los derechos patrimoniales", en *Derecho penal Especial*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- _____: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, 1999.
- Izquierdo Sánchez, Cristóbal: "Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante", en *Revista Chilena de Justicia*, vol. 33, Santiago de Chile, agosto de 2006.
- Ministerio de Justicia: *Constitución de la República de Cuba*, actualizada con la reforma de 1992, La Habana.
- Ministerio de Justicia: Decreto-Ley No. 175 (modificaciones al Código penal de 1988), La Habana, 1997.
- Ministerio de Justicia: Ley No. 62/87, *Código penal de Cuba*, La Habana, 1987.
- Morales Oropeza, Patricia: "Teoría del delito", en www.monografias.com [Consulta: 25 de julio de 2009].
- Pérez Duharte, Arlín: "La conducta omisiva. Entre Escila y Caribdis", en www.monografias.com/trabajos31/conducta-omisiva/conducta-omisiva.shtml [Consulta: 2 de febrero de 2010].
- Pérez Duharte y Vega Durán: "Tres interrogantes acerca de la conducta omisiva", en www.monografias.com/trabajos29/conducta-omisiva/conducta-omisiva2.shtml [Consulta: 2 de febrero de 2010].
- Plascencia Villanueva, Raúl: *Teoría del delito*, Universidad Nacional de México, 2004.
- Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho penal*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Romero, Gladis: "La estafa por omisión", en www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n2/art07.pdf [Consulta: 13 de julio de 2009].
- Sierra Hernández, Tania y Valiente Palacios, Sergio: "El delito continuado y el concurso ideal", en www.themis.umich.mx/.../C%253a%255CDocuments+and+Settings%255CPropietario%255CMis+documentos%255CPlan_ltrch [Consulta: 2 de febrero de 2010].
- Soler, Sebastián: *Derecho penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, 1992.

LA ATENUANTE DE OBRAR BAJO LA INFLUENCIA DE AMENAZA O COACCIÓN

*Esp. Hugo R. Benavides Gómez,
juez profesional, TMP de Placetas, Villa Clara.*

*Lic. Dayán G. López Rojas,
profesor de la Universidad de Matanzas.*

EL Código penal español de 1870, trasuntado a Cuba por Real Decreto de 23 de mayo de 1879, no reconoció esta circunstancia atenuante entre las causas genéricas de atenuación que, previstas en su Artículo 9, conformaron el catálogo circunstancial en aquel vetusto cuerpo punitivo. Pudiera pensarse que la situación fáctica que constituye su base pudo haber desplegado efecto atenuatorio, en alguna ocasión, por la vía de atenuante privilegiada, de acuerdo con lo que establecía el ordinal primero del Artículo 9 en relación con el

ordinal noveno del Artículo 8,¹ que reconocía la fuerza irresistible como una circunstancia exentiva de la responsabilidad criminal.

Por su parte, el Código de Defensa Social, promulgado en 1936 y puesto en vigor en 1938, tampoco reguló esta atenuante en los términos en que la concibe nuestro Código penal actual, sino que siguió la misma línea de su predecesor; o sea, daba lugar a que pudiera pensarse en su apreciación como atenuante privilegiada con referencia a la letra F del Artículo 35,² según permitía el Artículo 37-A. No obstante, dicho

1 Los artículos 8.9 y 9.1 del Código penal de 1870 eran del tenor siguiente:

8.9. “Está exento de responsabilidad criminal el que obra violentado por una fuerza irresistible”.

9.1. “Son circunstancias atenuantes todas las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

No se encontró ningún pronunciamiento jurisprudencial de la época que sustentara dicha postura, con la cual se muestran en desacuerdo los autores. Seguramente ello se debió a que los criterios teórico-científicos del momento, con total acierto lógico y con absoluta vigencia hoy día, se pronunciaban en negar la posibilidad de entender esta eximente de fuerza irresistible como incompleta, pues la voluntariedad de la acción se da o no se da, sin que sea posible una graduación de la misma.

2 El Artículo 35-F del Código de Defensa Social disponía que estaba exento de responsabilidad criminal quien obrara “impulsado por una fuerza material exterior irresistible o mediante sugestión patológica o fuerza psíquica igualmente irresistible”. Era loable el hecho de que este cuerpo legal reconociera eficacia eximente de la responsabilidad criminal a la fuerza psíquica; sin embargo, incurrió en el dislate técnico de entenderla como causa de inimputabilidad junto a la fuerza física irresistible, la cual reguló bajo el mismo precepto. Ello quizás obedecía al estado de desarrollo de la dogmática penal en

cuerpo legal reconoció, en la letra F del Artículo 38, una causal de atenuación proveniente del hecho, que guarda cierta relación con la atenuante estudiada: “haber obrado por estímulos tan poderosos que hubieren causado en el agente un miedo no insuperable”. Como tendremos oportunidad de explicar, las situaciones amenazantes o coactivas pueden provocar en el sujeto involucrado un sentimiento de temor, con influencia directa en su capacidad de motivación, lo cual constituye el fundamento de la atenuación autorizada en el inciso a del Artículo 52.

En el ordenamiento penal patrio aparece por vez primera con la entrada en vigor del Código penal de 1979, Ley No. 21, de 15 de febrero. Aquel cuerpo legal reconocía en el Artículo 52-g, tal como aparece en el Código punitivo en vigor, la atenuante de “haber obrado el agente bajo la influencia de una amenaza o coacción”.

INSTITUCIONES AFINES

Antes de explicar el fundamento que provoca los efectos atenuatorios de la conducta protagonizada por quien actúa bajo la influencia de una amenaza o coacción, es conveniente analizar las relaciones que se establecen entre esta circunstancia

y la causal de inexigibilidad que la doctrina denomina *vis compulsiva, relativa o psíquica*.

La *vis compulsiva* consiste en un incentivo exógeno, de naturaleza variada, que actúa en la psiquis de quien se ve sometido a dicho estímulo con tal intensidad que lo compele a la realización del acto típico, aunque sin anular su facultad volitiva.

Entiende Garrido Montt que el factor desencadenante de la alteración volitiva puede tener, además, carácter endógeno, aludiendo en tal sentido a “una crisis psicológica intensa y sorpresiva, un mal físico grave, etcétera”.³ En nuestra opinión, este criterio debe rechazarse, pues tales situaciones incidirán sobre la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, como primer nivel en el análisis de la categoría *culpabilidad*, y no específicamente sobre el juicio de reproche.

Este constreñimiento que actúa en la psiquis de sujeto puede ser tanto moral como material, o sea, puede tratarse de una amenaza, de un mal inminente (proferida por un tercero o derivada de un acontecimiento natural), o de un acto de violencia física, siendo lo relevante que logre decidirlo en la ejecución del acto prohibido, sin anular su capacidad de voluntad.

Realmente, no resulta trascendente en el orden práctico la distinción teórica que tanto se complejiza

aquellos años, pues en la actualidad es cuestión pacífica la naturaleza jurídica distinta de estas dos instituciones: mientras la fuerza psíquica o *vis psíquica* se considera una causa de exculpación, la fuerza física irresistible constituye una causal de ausencia de acción.

3 Mario Garrido Montt: *Derecho Penal, Parte General*, t. 2, p. 242.

en la doctrina, entre todas estas categorías dogmáticas, toda vez que sus consecuencias son idénticas: la voluntad coactada, no libre, del sujeto que se ve sometido a tales situaciones.

La *vis compulsiva* o fuerza moral irresistible, el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable comparten idéntico fundamento: el principio de inexigibilidad. En tal sentido, algunos autores entienden que la *vis compulsiva* es una forma de manifestarse el estado de necesidad exculpante.⁴

Soler, siguiendo a Shönke, entiende que la *vis compulsiva* solo se diferencia del *estado de necesidad exculpante* en cuanto a la fuente de la coacción, pues mientras en el primer caso esta proviene de un actuar humano, en el segundo surge de un acontecimiento natural.⁵

De otro lado, Bacigalupo plantea que “el miedo o la situación coactiva generada por una amenaza no son sino la consecuencia subjetiva que proviene de la situación de necesidad en la que hay que elegir entre sufrir un mal o causarlo: allí colisionan el bien jurídico amenazado y el que es necesario lesionar para evitar tal amenaza”.⁶

Con esta última postura simpatizan los autores de este estudio, pues aunque el catedrático y magistrado español no presta particular

atención a la fuente de la necesidad, basa su opinión en el fundamento común a todas estas figuras: la inexigibilidad de un comportamiento distinto a quien actúa en anormalidad de circunstancias, hallándose imposibilitado de autodeterminarse conforme a las normas jurídicas.

No obstante, vale la pena señalar, en este momento, que a diferencia del estado de necesidad, que exige para su apreciación la existencia de una situación peligrosa para un bien jurídico –tanto en su modalidad justificante como en la exculpante–, el miedo insuperable, por su naturaleza esencialmente subjetiva, cobra eficacia disculpante cuando se constata la existencia de un sentimiento de temor padecido por el sujeto, debido a su errónea creencia de que existe una situación de peligro actual para un bien jurídico, lo cual es producto exclusivo de su mente.

Para que la *vis compulsiva* cobre eficacia exculpante:

a) Debe existir una situación de naturaleza compulsiva.

El estímulo externo debe poseer tal entidad que constriña el psiquismo del pasivo, provenga ya de fenómenos naturales –un incendio, un terremoto–, o de la actuación de terceros. En nuestra opinión, es este el requisito esencial que debe estar presente para la apreciación tanto

4 Enrique Bacigalupo Zapater: *Derecho Penal, Parte General*, p. 402; Carlos Creus: *Derecho Penal, Parte General*, p. 372; y Mario Garrido Montt: *Op. cit.*, p. 242; Esteban Righi: *La Culpabilidad en materia penal*, p. 158; y Hans Welzel: *Derecho Penal, Parte General*, pp. 184-185.

5 Sebastián Soler: *Derecho Penal Argentino*, t. 2, p. 119.

6 Bacigalupo: *Op. cit.*, p. 402.

de la forma completa de la figura, como de las situaciones con trascendencia legal que de ella se derivan (miedo insuperable y agravante genérica); pues son los efectos producidos a nivel psíquico, motivacional, los que fundamentan tanto la inexistencia del reproche como el reproche disminuido.

b) La fuerza debe ser actual o inminente.

La situación de constricción debe ser palpable, debe existir objetivamente la afectación a un bien jurídico, o la amenaza inmediata y cierta de lesión, al momento en que el sujeto desarrolla su actividad. De no constatare este requisito, porque sencillamente el mal amenazante existe solo en la mente de quien se siente compulsado, entonces podría estarse ante un supuesto de miedo insuperable.

c) La fuerza que ha de impulsar al sujeto debe tener intensidad suficiente para que este la sienta irresistible.

Los estímulos (fuerza) que el agente recibe en un momento determinado han de causarle, como efecto, impul-

sos que no pueda controlar; por lo que se requiere que sus posibilidades motivadoras resulten seriamente afectadas. Si la fuerza es irresistible, el *ejecutor* del hecho delictuoso obra como un instrumento del sujeto que lo coacciona, perdiendo absolutamente el dominio del hecho, sin otra opción que la de comportarse en los términos exigidos por quien sería entonces castigado como *autor mediato*.⁷

Pero si aun estando presentes los dos requisitos anteriores, la fuerza (amenaza o coacción) era leve y pudo ser resistida, habrá que entender que quien ejecuta el comportamiento prohibido obra con dolo, llevando adelante las riendas del acontecer típico y, por ello, responderá como *autor por ejecución directa*, aunque beneficiado por la atenuante genérica que ahora se analiza; mientras que quien ejerce la coacción podría responder en concepto de *instigador*.⁸

El sujeto que ejerce la amenaza o la coacción, además de considerarse responsable bajo un título u

7 Cfr. Artículo 18.2-d del Código penal vigente. De igual criterio: Renén Quirós Pírez: *Manual de Derecho penal*, p. 66.

8 Cfr. Artículo 18.2-c del Código penal vigente. En la doctrina patria, el profesor Quirós niega la posibilidad de instigación a través de medios comisivos consistentes en la coacción o amenaza, reconduciendo tales situaciones a los supuestos de autoría mediata (Quirós Pírez: *Op. cit.*, pp. 88-89). ¿Deberá quedar impune, entonces, la aportación de quien, a través de una amenaza o coacción resistibles, hace surgir la idea delictiva en la mente de otro que obra con dolo? Respetuosamente, nos permitimos disentir de la opinión de este autor por cuanto, para poder afirmar que estamos en presencia de un supuesto de autoría mediata es requisito esencial que el instrumento obre sin dolo; ello, en el caso del instrumento inculpable por haber actuado constreñido por una amenaza o coacción, viene determinado por la propia entidad del acto amenazador o coactivo. De modo que ante supuestos de situaciones amenazantes o coactivas de escasa entidad, que no eliminan el dominio del hecho por parte del executor directo, entendemos viable la posición que asume Bacigalupo de reprochar el hecho al sujeto que crea dichas situaciones a título de instigador (Bacigalupo Zapater: *Op. cit.*, p. 526). De igual criterio: Soler: *Op. cit.*, p. 119.

otro de participación (autor mediato o instigador), en cuanto al delito cometido por el influido, podría responder, además, en concurso real, del correspondiente delito de amenazas o coacción que haya cometido en contra del sujeto que ejecuta materialmente el hecho. (Ver artículos 284 y 286 del Código penal cubano.) En todo caso, habría que analizar este particular atendiendo a las particularidades del hecho para evitar riesgos de vulneración del principio *non bis in idem* que rige la materia concursal.

Lo cierto es que, en todos estos supuestos, dígame estado de necesidad exculpante o miedo insuperable, el sujeto, si bien goza de normalidad psíquica y, por tanto, de capacidad de motivación,⁹ se halla ante una situación motivacional anormal¹⁰ que supone para el hombre medio la inexigibilidad de un comportamiento distinto; o sea, cualquier persona

normal que hubiera estado en su lugar se hubiese comportado del modo en que aquel actuó.¹¹ Ello encuentra su fundamento en que un derecho penal democrático no quiere ser un derecho de héroes, sino un derecho a la medida de la gran mayoría.¹²

La doctrina suele citar como ejemplos los de quien tiene el cañón de una pistola en la nuca para obligarlo a sustraer los valores de una caja de hierro cuya combinación conoce,¹³ y el del naufragio de dos sujetos en que uno de ellos arroja al agua al otro porque solo cuentan con una tabla capaz de soportar una única persona.¹⁴

Aunque en tales condiciones el sujeto aún puede elegir actuar de otro modo, no puede negarse que no decide libremente, sin riesgo; por lo que al hombre común, en su contexto, no se le podría pedir otra actitud. En este sentido, no puede obviarse

9 Al respecto, Garrido Montt sostiene que en las situaciones de inexigibilidad está presente la capacidad de motivación en el sujeto que se encuentra en tales condiciones, "lo que ocurre es que se dan circunstancias que hacen que el proceso motivador no tendría un curso normal: en otros términos, hay capacidad de motivación, pero el proceso motivador es el que sigue cauces anormales al encontrar un 'contramotivo' al que el derecho reconoce virtud de enervar sus órdenes o prohibiciones" (Garrido Montt: *Op. cit.*, p. 240).

10 Santiago Mir Puig: *Derecho Penal, Parte General*, p. 592. En una obra distinta, razona este propio autor en el sentido de que "la culpabilidad puede faltar también porque, pese a la adecuada recepción de la motivación, el sujeto se encuentre en el momento del hecho en unas condiciones psíquicas, debido a determinada situación, que obstaculicen la normal eficacia determinante de aquélla" (Santiago Mir Puig: *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 99).

11 El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible a dicho hombre normal. Por eso, no se castiga a quienes actúan en una situación en la que el hombre normal hubiera cedido a la motivación delictiva (causas de no exigibilidad), *apud* Mir Puig: *Función de la pena...*, p. 100.

12 *Apud* Mir Puig: *Derecho Penal...*, p. 592.

13 Citado por Carlos Fontán Balestra: *Derecho Penal, Introducción y Parte General*, p. 361.

14 Citado por Creus: *Op. cit.*, p. 275.

que el juicio de reproche consiste en un reclamo personal al sujeto concreto, por lo que solo es viable cuando el hecho le es desaprobado al autor, lo cual se determina mediante juicios de valor.

La concepción del hombre medio ha sido el baremo democrático elegido para valorar la capacidad del hombre normal en la concreta situación en que se encontraba el autor del hecho típico, excluyéndose las conductas tanto del héroe como del pusilánime. Este punto de vista es admisible siempre que se sitúe al hombre medio en la posición del autor: imaginándolo en todos sus conocimientos y condiciones personales, físicas y mentales, salvo en aquello que pudiera privarle de la normalidad de criterio propia del hombre medio.¹⁵

Es oportuno diferenciar las situaciones de *vis compulsiva* (coacción) de aquellas en que, por mediar una fuerza física irresistible (violencia), se excluye toda participación subjetiva: *vis absoluta* o *vis major*.

Refiriéndose a la fuerza irresistible, Mir Puig refiere que quien obra violentado por ella “no decide su actuación por medio de la voluntad [...] La fuerza física irresistible excluye, pues, la acción, porque supone ausencia de voluntad en el forzado”.¹⁶

En los supuestos de fuerza física irresistible, no es que el forzado obre en contra de su voluntad, en contra de sus deseos internos, sino que ni siquiera puede afirmarse la presencia de voluntad, ni interna ni exteriorizada, lo cual determina la no concurrencia de comportamiento humano como elemento base del injusto.

La diferencia fundamental consiste en que, mientras en la *vis absoluta* no interviene la voluntad, en la *vis compulsiva* sí interviene, aun cuando ella padezca una deformación que la afecta profundamente. El sujeto violentado no domina la acción, es utilizado como cosa; mientras que el coacto, ante tal situación dilemática, elige entre el mal con que es amenazado y el que le es exigido y, si bien con repugnancia, escoge y decide él.¹⁷

En la doctrina, son ejemplos recurrentes el de un peón vial que, almorzando en la obra con sus compañeros, recibe un golpe en la mano, mientras monda una naranja con su cortaplumas lesionando con este a quien tiene a su lado,¹⁸ quien es arrojado a una piscina y cae sobre un bañista al que hiere;¹⁹ y el del individuo a quien se le da un empujón para que caiga sobre una mujer encinta y le provoque un aborto, o

15 *Apud* Mir Puig: *Derecho Penal...*, p. 599. Para ilustrar las condiciones personales del autor que no serán valorables con relación al hombre medio, Mir Puig trae el ejemplo de un sujeto con antecedentes de psicopatías o neurosis, lo cual influiría en todo caso en el nivel de análisis de la capacidad de culpabilidad, pues el hombre medio es un hombre sano, sin estos padecimientos.

16 Mir Puig: *Derecho Penal...*, p. 212.

17 *Apud* Soler: *Op. cit.*, p. 339.

18 Creus: *Op. cit.*, p. 301.

19 Mir Puig: *Derecho Penal...*, p. 212.

sobre un niño de meses para que le cause lesiones o la muerte.²⁰

Lo que sucede en tales situaciones es que quien ejerce la fuerza anula completamente la capacidad de acción en el forzado. En todos estos casos, quien acciona es el que usa la fuerza; el comportamiento de la persona forzada carece de trascendencia, ya que, en el hecho, se le instrumentaliza; como dice Maurach, es “el brazo prolongado del sujeto activo de la fuerza”.²¹ Por tal razón, quien ejerce la fuerza es quien deberá responder penalmente del resultado acontecido, según los criterios de la autoría mediata.

Si bien es cierto que el Código penal cubano actual no comprende, entre el catálogo de eximentes, la de fuerza irresistible, ello no se hace necesario, por cuanto los casos que se hallen bajo estas hipótesis deben ser excluidos del concepto general de delito que ofrece el Artículo 8.1, que comienza definiendo la infracción punible como una *acción* u *omisión*.

FUNDAMENTO

La modulación que sufre el reproche culpabilístico, en virtud de producirse el hecho justiciable bajo la situación fáctica que constituye la base de esta causal de atenuación, tiene su razón de ser en que si bien la constricción psíquica padecida por el agente no es de tanta entidad como para que el orden jurídico de-

cida disculparlo por su comportamiento dañoso —el hombre medio en su lugar se habría motivado por la norma, adecuando su actuar conforme al mandato de la misma—; no puede negarse que tal acontecimiento ejerce al menos una mínima presión psicológica (debe ser constatada) que provoca que la situación bajo la cual el sujeto actúa siga siendo entendida de defectuosa, aunque carezca de la envergadura para exculparlo.

En tales condiciones, aunque subsista el juicio de reproche, este se formulará con menor intensidad, modulado de acuerdo con la irregularidad de la situación.

PRESUPUESTOS O ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

De lo analizado hasta el momento, puede concluirse que la estudiada circunstancia de mitigación de la pena tiene aplicación subsidiaria respecto a un grupo de figuras jurídicas de similar naturaleza, lo cual se determina en virtud del grado de intensidad de la situación amenazante o coactiva. Así:

- a) Si la situación coactiva asume tal grado de violencia que excluye de modo absoluto la capacidad de comportarse voluntariamente, se estará ante un supuesto de ausencia de conducta, debiéndose afirmar la inexistencia absoluta del tipo de injusto que tiene como base la

20 Fontán Balestra: *Op. cit.*, p. 228.

21 Garrido Montt: *Op. cit.*, p. 41.

acción. Faltaría el primer requisito exigido en la formulación legal de delito contenida en el Artículo 8.1 del Código penal cubano.

- b) Si afirmada la capacidad de acción, la voluntad del sujeto se muestra deformada, viciada, en virtud precisamente de la constrictión a que se ve sometido, se configurará una situación bien de estado de necesidad exculpante,²² bien de miedo insuperable;²³ siempre que la entidad de la amenaza o coacción sea tal que coloque al sujeto en una situación de no exigibilidad.²⁴
- c) Si, pese a la constatación de la existencia de una amenaza o coacción, se determina que la misma no era de tal magnitud como para encuadrarse la actuación del sujeto en

ninguno de los dos supuestos anteriores, entonces cobrará virtualidad jurídica la atenuante bajo examen.

En nuestra opinión, la apreciación de esta atenuante no presupone que el sujeto haya actuado necesariamente determinado por la amenaza o coacción concurrente al momento de la ejecución del delito, sino que es suficiente con que tal condicionamiento psíquico se haya erigido en motivo preponderante para coadyuvar a la comisión del acto ilícito, con independencia de que concurrieren, además, otros elementos subjetivos con influencia en su ejecución.

Asimismo, no basta la existencia objetiva de la situación amenazante

22 El legislador cubano no ha brindado tutela al estado de necesidad exculpante. Sin embargo, nada impide que la tan lamentable situación de orfandad normativa que rodea esta institución, abiertamente reconocida por la dogmática y por las legislaciones extranjeras (Cfr. Código penal mexicano, Artículo 15-V; Código penal de Nicaragua, Artículo 28.6; Código penal colombiano, Artículo 32.7; Código penal alemán, parágrafo 35), sea provisionalmente resuelta a través de una interpretación judicial orientada a que tales hipótesis puedan subsumirse en el último supuesto del apartado segundo del Artículo 22 del Código penal cubano, cuando brinda la posibilidad de eximir de responsabilidad al sujeto “si las circunstancias del hecho lo justifican” (Artículo 22). Por supuesto que esta interpretación se torna en cierta medida forzada, pero respetuosa del principio de que *no hay pena sin culpabilidad*. Ello se resolvería reconociéndose el estado de necesidad exculpante como una circunstancia eximente de la responsabilidad penal. No obstante, en los casos de países como el nuestro, en cuyos ordenamientos penales no aparece expresamente reconocida la referida causa de exención, ha entendido Bacigalupo que “estos casos se deben tratar por medio de una causa suprallegal (no escrita) de exclusión de la culpabilidad o por medio de la causa genérica de exclusión de la culpabilidad de la «no exigibilidad de otra conducta»” (Bacigalupo Zapater: *Op. cit.*, p. 401). Cfr. Artículo 34 del Código penal de Costa Rica, que regula taxativamente la causa de exención de responsabilidad penal denominada *Inexigibilidad de otra conducta*. También el Artículo 15-IX del Código penal mexicano reconoce la ausencia de delito con fundamento en una situación de inexigibilidad.

23 Cfr. Artículo 26 del Código penal vigente.

24 En nuestra área de cultura, el Código penal boliviano comprende a la *vis compulsiva*, bajo la denominación de *violencia moral*, como circunstancia eximente de la responsabilidad penal fundada en la inculpabilidad del sujeto (Artículo 16.3 del Código penal boliviano).

o coactiva. Es absolutamente necesario que la misma haya desplegado su efecto en la psiquis del autor del acto punible.

Todo ello se colige de la propia naturaleza de la circunstancia, así como de la justa interpretación de los términos utilizados por el legislador en la redacción del precepto “obrar bajo la influencia”.

La perífrasis verbal “haber obrado” empleada por el legislador en la redacción del precepto no debe conducir a la interpretación de que esta atenuante es solo apreciable en los delitos de acción, pues el término *obrar* habrá de entenderse en el sentido de “causar, producir”, de tal forma que también comprende la omisión.

Por supuesto que la amenaza (en caso de que provenga de un tercero), y la coacción a las que se refiere el precepto examinado, deben tener un carácter ilícito, excluyéndose de tales conceptos las acciones que anuncien el ejercicio legítimo de un derecho.²⁵

Para apreciar la virtualidad jurídica de esta atenuante, es necesario valorar cuidadosamente la personalidad del sujeto que desarrolla los actos amenazantes o coactivos, así como quién es el sujeto víctima de las mismas y las circunstancias en que aquellos actos son ejecutados. En todo caso, la gravedad del mal y su adecuación para intimidar tiene que relacionarse con la persona del amenazado y con las circunstancias

que lo rodean, pero no es preciso que la amenaza llegue a intimidar al amenazado, sino que basta con que objetivamente sea adecuada para ello.²⁶

UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO

Haciendo un bosquejo en torno a algunos de los ordenamientos punitivos latinoamericanos, se constata que el Código penal colombiano, si bien no contiene ningún precepto similar en su regulación a la atenuante bajo examen, parece tutelar las situaciones de coacción o amenaza que influyen en la ejecución del acto punible, a través de la atenuación analógica que autoriza el apartado 10 del Artículo 55, en relación con su apartado tercero, que reconoce como circunstancia de menor punibilidad “el obrar en estado de emoción, pasión excusable o de temor intenso”.

Tal interpretación se sustenta en el propio espíritu que informa dicho cuerpo legal, de cuyos preceptos se advierte que el codificador colombiano reconoció eficacia atenuante, e incluso eximente, a las situaciones de no exigibilidad de un comportamiento diferente (artículos 32.8 y 56 del Código penal colombiano).

Por su parte, el Código penal chileno, tampoco reconoce ninguna circunstancia parecida a la del Artículo 52a de la ley penal cubana. No obs-

25 Edgardo A. Donna: *Derecho Penal, Parte Especial*, t. 2-A, p. 248.

26 *Ídem*.

tante, incluye las figuras de la fuerza irresistible y el miedo insuperable en su elenco de eximentes, pudiendo reconducirse, entonces, las situaciones fácticas analizadas por la vía de la atenuación privilegiada, para los casos de configurarse de modo incompleto aquellas causales de exención de la responsabilidad penal (Artículo 10.9 del Código penal chileno en relación con el apartado 1 del Artículo 11).

El Código penal de Bolivia permite graduar la pena tomando en consideración un grupo de circunstancias generales y, entre estas, confiere eficacia atenuatoria al hecho de haber obrado el agente “bajo la impresión de una amenaza grave”. De este precepto, sí se advierte la particular similitud que guarda con la circunstancia que ahora se estudia. Aunque la redacción del precepto en nuestro Código penal no exige abiertamente que la amenaza posea un carácter grave, ello está directamente vinculado con la idoneidad que esta ha de mostrar, a los efectos de influir en la psiquis del agente, al punto de constituir un motivo impulsor de la comisión del actuar delictuoso.

Tampoco debe marcarse la diferencia en cuanto a la terminología de las frases obrar “bajo la impresión” –utilizada en la ley boliviana– y “bajo la influencia” –a la que acude el legislador cubano–, pues se trata de una diferencia estrictamente formal, en tanto lo que se pretende con ambas formulaciones es hacer constar la exigencia de que la situación fáctica, a la que se le dispensa efec-

tos atenuantes, tiene que haber determinado en cierta medida el comportamiento del sujeto influido por tal circunstancia, todo lo cual debe desprenderse inequívocamente del dibujo del hecho justiciable.

Los códigos punitivos de Costa Rica y México, a diferencia del Código penal patrio, no reconocen un elenco de circunstancias atenuantes y agravantes taxativamente enumeradas, sino que –con apego al modelo alemán de reglamentación de las circunstancias– fijan un conjunto de reglas que sirven de guía al juzgador en el momento de la fijación de la pena, disponiendo que deberán ser valoradas “las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber adecuado su conducta a las exigencias de la norma” (*cfr.* artículos 52 y 71e del Código penal Federal mexicano y del Código penal de Costa Rica, respectivamente).

Dada la amplitud del precepto, parece indudable la posibilidad de incluir en su tenor la posibilidad de apreciar como elemento de atenuación la presencia de situaciones amenazantes o coactivas que influyan de modo especial en la comisión de un delito.

BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo Zapater, Enrique: *Derecho penal, Parte general*, 2.ª ed. renovada y ampliada, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

Creus, Carlos: *Derecho penal, Parte general*, 3.^a ed. actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

Donna, Edgardo A.: *Derecho penal, Parte especial*, t. 2-A, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.

Fontán Balestra, Carlos: *Derecho penal, Introducción y Parte general*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Garrido Montt, Mario: *Derecho penal, Parte general*, t. 2, 3.^a ed. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.

Menéndez, Emilio: *Código de Defensa Social* –Concordado y anotado con la legislación y la jurisprudencia Cubanas–, Editorial Librería Selecta, La Habana, 1952.

Mir Puig, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2.^a ed. revisada, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.

_____: *Derecho penal, Parte general*, 7.^a ed., Editorial Repper, Barcelona, 2005.

Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho penal*, t. 3, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

Righi, Esteban: *La Culpabilidad en materia penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

Soler, Sebastián: *Derecho penal argentino*, t. 2, 5.^a ed., 10.^a reimp., Editorial

Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.

Viada y Villaseca, Salvador: *Código penal reformado de 1870*, 4.^a ed., Editorial Madrid, 1890.

Welzel, Hans: *Derecho penal, Parte general*, Editorial Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.

Legislación

Código penal de la República de Cuba, Ley No. 62, de 29 de diciembre de 1987.

Código penal alemán (StGB), de 15 de mayo de 1871, reformado por última vez el 31 de enero de 1998.

Código penal mexicano, de 14 de agosto de 1931, reformado por última vez el 23 de enero de 2009, en: www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf

Código penal de Costa Rica, promulgado en virtud de la Ley No. 4573, de 4 de mayo de 1970, modificado el 14 de abril de 1998, en www.oas.org/Juridico/MLA/sp/cri/sp_cri-int-text-cpenal.pdf

Código penal de Colombia, Ley No. 599, de 24 de julio de 2000, en www.habeasdata.org/Colombia_Delitos_Informaticos

Código penal de Bolivia, en www.oas.org/jgap_bol1.pdf

Código penal de Chile, en www.servicioweb.cl/juridico/Codigo%20Penal%20de%20Chile%20libro1.htm

LA CONSTITUCIÓN CUBANA EN LA ARGUMENTACIÓN DE SENTENCIAS CIVILES Y ADMINISTRATIVAS DEL TSP

Dra. Majela Ferrari Yaunner, prof. de la Univ. de La Habana.

Esp. Isabel Arredondo Suárez, jueza profesional, TSP.

EL Derecho constitucional ha sido centro de disímiles investigaciones y reflexiones, entrelazadas frecuentemente con la Teoría y la Filosofía del Derecho. Pudiera decirse que resulta este un campo fértil por la diversidad de aristas y visiones, desde las cuales se pueden realizar numerosos análisis.

Esta rama del Derecho tiene como centro de reflexión la Constitución, la que despliega una amplia gama de funciones en la sociedad y en el ordenamiento jurídico. Los estudios acerca de estas temáticas constitucionales son abordados lo mismo desde un prisma eminentemente político o jurídico-político que desde la perspectiva normativa que esta adquiere, por considerarse ley de leyes.

Al respecto, Gordillo Cañas ha manifestado que “la Constitución es la fuente *primaria* del Derecho. Es, en efecto, la norma más inmediatamente nacida del sujeto más genuinamente legiferante. Es la más directa y cabal expresión de la soberanía popular. En su condición de tal, dibuja la estructura básica de la organización de la convivencia so-

cial. Con razón la Constitución es la ley de leyes”.¹

La Constitución se ubica en la cúspide y en la base de todo ordenamiento jurídico, de lo que se deriva la necesaria comprensión de esta como fundamento y guía del resto de las disposiciones normativas. Como reservorio de conquistas sociales, políticas y jurídicas, trasciende a todo el conglomerado normativo que rige la vida de un Estado en un momento histórico determinado. Debido a la amplia gama de materias que en ella se regulan, que van desde los deberes y derechos ciudadanos, hasta la estructura estatal orgánica, pasando por trascendentes principios políticos y jurídicos, la exigencia de la observancia de sus preceptos debe ser tarea primordial de los órganos estatales y los ciudadanos de cada país.

Desde el punto de vista de su valor jurídico-normativo, adquiere relevancia, entre otros aspectos, porque se convierte en la guía obligada para el proceso de elaboración y estructuración formal y material de

1 Antonio Gordillo Cañas: “Ley, principios generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho”, en *Anuario de Derecho Civil*, p. 510. Ver, también: José Peraza Chapeau: “El Derecho Constitucional y la Constitución”, pp. 14 y 15.

todas las disposiciones normativas que a ella están obligadas a subordinarse. La unidad, tanto interna como externa, del ordenamiento jurídico de que se trate, depende de la sistemática coherencia estructural y de contenido que debe guardar cada norma con la Constitución del Estado. En tal sentido, tiene una importante función orientadora, vinculante para los órganos con facultades de crear disposiciones normativas, ya sean estas fuentes de autoridad creadora originarias o delegadas.²

Sin embargo, sería un error considerar que constituye este su único papel como protagonista por excelencia del escenario jurídico; aunque es cierto que una parte importante de su eficacia la adquiere indirectamente cuando sus preceptos y

principios se reflejan, defienden y desarrollan en las normas de menor jerarquía, ya que al realizarse el Derecho a través de estas, también requiere aplicabilidad la Constitución.³

Sobre este particular, ha manifestado Peraza Chapeau que “[...] la Constitución es un hecho jurídico, y como instrumento jurídico es la forma y fuente principal de expresión del derecho del Estado. El Estado crea todas las normas basándose en la Constitución, pues esta es el presupuesto inviolable de la legalidad de las demás leyes”.⁴

Es cierto que la Carta Magna irradiaba al ordenamiento que se le subordinaba, el que le sirve, a través de sus normas, como instrumento de realización y aplicación, aunque de forma

2 Según Fernández Bulté: “Se habla de *fuentes de autoridad creadora*, aludiéndose a la procedencia de la autoridad y, con ello, de validez y legitimidad de una norma jurídica. En ese sentido se dice, por ejemplo, que la fuente de autoridad creadora de tal disposición jurídica es que ella fue adoptada por el Parlamento, es decir, el órgano legislativo, o por el Ejecutivo en uso de las facultades que tiene al respecto. En este sentido, en la doctrina jurídica española contemporánea se emplea mucho significar que la fuente jurídica de nivel más alto es la Constitución y que las demás normas son *fuentes subordinadas*. Todavía es interesante que, en relación con esas fuentes subordinadas (que pueden ser, por ejemplo, incluso una Ley del parlamento) esa subordinación puede producirse *por recepción* o *por delegación*. Esto es tanto como decir, que se trata de distinguir las también llamadas *fuentes reconocidas* de las que se conocen como *fuentes delegadas*. La delegación no es más que el otorgamiento a ciertos órganos, de la capacidad o facultad para producir determinadas normas. De ese modo, el órgano constituyente, representante máximo de la supuesta soberanía nacional, dicta la Constitución, en uso de esa soberanía, y esta es la fuente de nivel más alto. Entonces, la Constitución delega en el parlamento la función de hacer leyes y, en el ejecutivo, digamos por ejemplo, la de hacer reglamentos. Esas normas, entonces leyes, reglamentos, serían fuentes de Derecho por delegación” (Julio Fernández Bulté: *Teoría del Estado y el Derecho*, p. 21).

3 Refiere Fernández Bulté que, “de hecho, todo proceso de creación del Derecho, de creación de normas jurídicas, se inspira en la legitimidad que le confiere la Constitución, la cual confiere a determinados órganos la capacidad para crear normas jurídicas y confiere a las normas creadas, cuando se hacen en obediencia a su letra y espíritu, la debida legitimidad. En ese sentido esa es, sin duda, la primera y más importante norma de reconocimiento de un ordenamiento jurídico” (*Ibid.*, p. 22).

4 Peraza Chapeau: *Op. cit.*, p.15.

indirecta. No obstante, consideramos que la Constitución debe asumir, también, un papel protagónico directo en la argumentación de las soluciones ante la amplia gama de situaciones que, en la vida jurídica del Estado, deben resolver los operadores del Derecho en su actividad profesional.

Esta práctica puede contribuir a contrastar las normas constitucionales con aquellas que se le subordinan, por estar contenidas en las disposiciones normativas de diferente rango por debajo de la Carta Magna, lo que constituiría una forma de control permanente de la constitucionalidad de estas.

Igualmente, se debe abandonar aquel criterio restrictivo que ha instituido a la Constitución solo con un sentido programático, orientador desde arriba y desde fuera, sin compromiso directo con la argumentación jurídica.

Al respecto, manifiesta Prieto Valdés que “la noción inicial emergió del propio hecho de que el legislativo —en tanto representante popular y de aquellos que habían logrado acce-

der a las bancadas políticas—, con esta fórmula se aseguraba como órgano supremo de poder en la sociedad. Este diseño se vio desplazado por la idea de la Constitución como conjunto de normativas de aplicación directa por todos los órganos estatales, ahora instrumento jurídico de límite y control del poder, a la vez que garante de derechos y de diseños, que podía ser reclamada e invocada por todos. Ya no sería, entonces, el legislativo el único intérprete del decir constitucional, sino que cedía [*sic*] y compartiría autoridad con otros órganos estatales. Esta nueva forma vino a justificar la inclusión de los tribunales frente a la inacción del legislativo, o del ejecutivo autorizado, y para corregir la desarmonía de decisiones o de disposiciones dentro del propio ordenamiento jurídico”.⁵

La aplicación directa de esta disposición normativa suprema podría servir, igualmente, para suplir la falta de pronunciamiento específico sobre un tema en el resto del ordenamiento jurídico, ya sea porque las normas que debieran regular la ma-

5 Martha Prieto Valdés: “En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario”, p. 7. La misma autora ha referido que “su eficiencia puede disminuir en tanto sus principios, valores y postulados pueden no ser instrumentados jurídicamente, y en tal caso el legislador, incumpliendo con los mandatos constitucionales, provoca inaplicación o, como prefiero llamar, una inconstitucionalidad por omisión. También puede suceder que las leyes de desarrollo se dicten con carácter restrictivo respecto a la preceptiva constitucional, y en tal caso el legislador está impidiendo el pleno desarrollo del mandato y puede excluir a quienes tenían el derecho o el deber de [...], o incluir y reconocerle derechos o deberes a quienes no estaban contemplados en el diseño inicial, lo cual sienta las bases para que se cree un cauce hacia la noción de inseguridad jurídica. El punto medio es posible cuando la Constitución no es solo programa, sino también ley, cuando no hay reduccionismo o simplificación de su concepción” (Martha Prieto Valdés: “Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución”, en Pérez Hernández y Prieto Valdés: *Temas de derecho constitucional cubano*, pp. 26 y 27.

teria se encuentren en proceso de elaboración, por haberse incumplido un mandato constitucional expreso, o sencillamente porque, debido a cualquier causa ajena, o no, a los órganos encargados de crear disposiciones normativas, se ha generado una laguna de la ley.⁶ En este último caso, la Constitución adquiere especial significación para los fines de la integración del Derecho.

Ante la necesidad de solucionar determinados conflictos jurídicos para los cuales no existe pronunciamiento en la normativa específica, pueden aplicarse principios del Derecho contenidos en la Carta Magna o preceptos de ella mediante la utilización del método analógico. Cualquiera de estas variantes será inequívocamente un recurso a la autointegración, mecanismo que debe resultar preferente ante la heterointegración, teniendo en cuenta que es siempre mejor buscar dentro del propio ordenamiento antes de hacerlo fuera, en aras de la seguridad jurídica y la legalidad como principios rectores en la aplicación del Derecho.⁷

Para ilustrar las ideas anteriores, resulta útil mencionar la Sentencia No. 42, de 27 de enero de 2006, siendo ponente la jueza María Carrasco Casí (Expediente 1438-05, casación administrativa), de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular (TSP), donde se reconoce que “[...] la Constitución de la República es la norma de mayor jerarquía dentro del Ordenamiento, su preceptiva se aplica de forma directa a falta de regulación sobre el tema de que se trate o cuando no exista armonía entre las que complementan sus preceptos [...]”.

No obstante, se puede afirmar que, en esta sentencia, solo se declaran dos de las funciones principales que la Constitución adquiere de cara a su aplicación directa y utilidad para los órganos jurisdiccionales y otros con facultades decisorias sobre cuestiones jurídicas.

Durante los últimos años, en Cuba, se ha abogado por una mayor aplicación de la Constitución en las sentencias de los tribunales de justicia.⁸ Sin embargo, mediante un proceso paulatino de concientización de su impor-

6 Al respecto, puede consultarse a Majela Ferrari Yaunner: “Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba”, pp. 47 y 48.

7 “Hoy día, la doctrina coincide en que la heterointegración es un mecanismo que se encuentra rechazado, ya que el ordenamiento jurídico es una unidad total y cerrada. Se evidencia que este es un procedimiento propio de sistemas jurídicos poco desarrollados, que presupone otro mejor y más perfecto al que recurrir. El intérprete debe acudir, ante la necesidad de integrar, a mecanismos que le permitan utilizar normas, principios y fuentes propias, lo que ha motivado que en un análisis de prelación, se acuda a la autointegración, quedando la heterointegración como una técnica doctrinal prácticamente en desuso” (Majela Ferrari Yaunner: “La integración del derecho ante las lagunas de la ley. Una mirada doctrinal”, p. 17).

8 En el caso cubano, Prieto Valdés ha manifestado: “En una oportunidad sostuve, y aun lo hago, que el texto cubano no es un texto de límite al poder, sino de consagración de

tancia, cada vez son más las sentencias que, en su argumentación, hacen alusión a diferentes preceptos de nuestra ley de leyes. Demostrar esta afirmación es el objetivo fundamental de las presentes reflexiones, a modo de ilustrar la existencia de sentencias que, en los últimos tiempos, abogan por mencionar preceptos constitucionales para fundamentar decisiones judiciales.

En este trabajo, se realiza una serie de consideraciones a partir del análisis de algunas sentencias de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP, fundamentalmente en el período comprendido entre los años 2004 y 2009. Esto no significa, en modo alguno, que el resto de las salas del mismo órgano, o de tribunales provinciales y municipales, no la utilicen, como también se verá. Sin embargo, por la importancia que tienen las sentencias de dicha sala, en cuanto a marcar improntas a las que se le subordinan metodológicamente, es loable mostrar todo lo que en este sentido se ha avanzado.

La Constitución cubana, en el Artículo 121, tercer párrafo, establece, haciendo referencia a las facultades del Consejo de Gobierno del TSP, que este “[...] imparte instruccio-

nes de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley”.⁹

La mayoría de las sentencias que se exponen a continuación utilizan la alusión constitucional a partir de la interpretación sistemática de las normas contenidas en el ordenamiento jurídico, de modo que, a partir de las normas constitucionales, se fundamenta, igualmente, con otras normas que desarrollan aquellas, demostrando argumentaciones más acabadas desde una visión sistémica del ordenamiento.

La interpretación y aplicación sistemática del Derecho utilizando la Constitución no puede confundirse con la función integradora que puede adquirir un precepto constitucional ante determinados casos de lagunas de la ley, pues esta sería otra función, su distinción parte de la comprensión acerca de la diferencia entre interpretación e integración jurídicas.

Cuando hablamos de preceptos, estamos incluyendo, por supuesto, aquellos que contienen principios, lo que le concede mucha más relevancia a su alusión. Al respecto, Zagrebelsky ha planteado: “Si el derecho

conquistas y que en la práctica jurídico-política inicial, se tuvo como documento patrón jurídico aunque con posterioridad no ha sido de aplicación directa. Pero también he afirmado, y sostengo, que no existe disposición constitucional o legal que impida la realización o eficacia directa de la voluntad popular constituyente. Todo lo contrario. No hay fundamento constitucional para no invocarla; no hay nada que limite para que ella sea, como debe ser y fue concebida, como disposición normativa superior del ordenamiento jurídico, expresión cimera del Derecho vigente” (Prieto Valdés: “En pos de la aplicabilidad...”, p. 14).

9 Constitución de la República de Cuba, en *Gaceta Oficial de la República*, no. 3 (extraordinaria), de 31 de enero de 2003.

actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley".¹⁰ Aunque este criterio ofrece un análisis interesante que sustenta el carácter informador de la Constitución con respecto a todo el ordenamiento, lo que se logra muchas veces por la cantidad de principios que en esta se enuncian, nos parece demasiado extremo el criterio del autor, ya que no es solo en la Constitución donde aparecen enunciados importantes principios.¹¹

Con respecto al capítulo 1 de la Constitución de la República, denominado "Fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado", haremos referencia al Artículo 9, contenido de los fines y funciones del Estado, el que, según dicho precepto:

"[...] a) realiza la voluntad del pueblo trabajador y encauza los esfuerzos de la nación en la construcción del socialismo; mantiene y defiende la integridad y la soberanía de la patria; garantiza la libertad y la dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad; afianza la ideología y las normas de convivencia y de conducta propias de la sociedad

libre de la explotación del hombre por el hombre; protege el trabajo creador del pueblo y la propiedad y la riqueza de la nación socialista; dirige planificadamente la economía nacional; asegura el avance educacional, científico, técnico y cultural del país;

"b) como Poder del pueblo, en servicio del propio pueblo, garantiza que no haya hombre o mujer, en condiciones de trabajar, que no tenga oportunidad de obtener un empleo con el cual pueda contribuir a los fines de la sociedad y a la satisfacción de sus propias necesidades; que no haya persona incapacitada para el trabajo que no tenga medios decorosos de subsistencia; que no haya enfermo que no tenga atención médica; que no haya niño que no tenga escuela, alimentación y vestido; que no haya joven que no tenga oportunidad de estudiar; que no haya persona que no tenga acceso al estudio, la cultura y el deporte;

"c) trabaja por lograr que no haya familia que no tenga una vivienda confortable".

En cuanto a diferentes particulares de esta regulación, se pronuncian las sentencias No. 1201, de 8 de diciembre de 2008 (Expediente 1390-08, casación administrativa); y la No. 431, de 29 de mayo de 2009 (Expediente 483-09, casación administrativa).

En este propio capítulo constitucional, aparece un importante principio de igual rango que irradia a todo

10 Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil*, p. 114.

11 Ver Ferrari Yaunner: "La integración...", p. 26.

el ordenamiento y al ejercicio del Derecho en nuestro país; es este, precisamente, el de legalidad que, aunque lo podemos encontrar en numerosas sentencias de la mencionada sala,¹² algunas de ellas lo refieren expresamente vinculado a su regulación en la ley de leyes. Hacemos referencia al Artículo 10 de dicho cuerpo normativo, el que establece que “todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad”.

La Sentencia No. 130, de 25 de abril de 2008, siendo ponente Carrasco Casí (Expediente 148-08, casación civil), por ejemplo, expone en el primer CONSIDERANDO: “[...] por el principio de legalidad a que se contrae del artículo diez de la Constitución de la República a él están sometidos todos los órganos del Estado, sin excluir a los Tribunales, cuestión que se reafirma en el inciso a) del Artículo cuatro de la Ley de Tribunales”.

Igualmente, puede encontrarse pronunciamiento expreso acerca de este precepto en la Sentencia No. 1173, de 16 de diciembre de 2005, siendo ponente el juez Orlando González García (Expediente 1311-05, casación administrativa); y la No. 9, de 27 de enero de 2009, siendo po-

nente Carrasco Casí (Expediente 1620-08, casación administrativa).

En el artículo siguiente, es decir, el 11, se preceptúa lo referente al ejercicio de la soberanía del Estado cubano. Este contenido es abordado en la Sentencia No. 117, de 10 de abril de 2008, siendo ponente González García (Expediente 152-08, casación civil).

La Sentencia No. 164, de 27 de febrero de 2009, siendo ponente la jueza Isabel Arredondo Suárez (Expediente 54-09, casación administrativa), manifiesta, haciendo referencia al Artículo 21 de la Carta Magna, que: “[...] con el objetivo de lograr el cumplimiento de fines superiores como inequívocamente resulta el garantizar que la propiedad personal sobre la vivienda tenga el sentido social que le atribuye nuestra Constitución, ajeno a mecanismos de enriquecimiento y de explotación”.

En cuanto al Capítulo II, referido a la “Ciudadanía”, la Sentencia No. 1170, de 16 de diciembre de 2005, siendo ponente González García (Expediente 1331-05, casación administrativa), hace referencia a los artículos 28 y 29c) constitucionales. El 28 preceptúa que “la ciudadanía cubana se adquiere por nacimiento o por naturalización”; y el 29, inciso c) indica que “son ciudadanos cubanos por nacimiento: los nacidos en el extranjero de padre o madre cubanos, previo el cumplimiento de las formalidades que la ley señala”.

12 En cuanto a la mención al principio de legalidad, con mayor o menor nivel de profundización, se han encontrado 126 sentencias, entre 2004 y 2009. Estas pueden encontrarse ordenadas en Ferrari Yaunner: “*Los principios...*”, anexo 2.

Existen sentencias que citan la responsabilidad patrimonial de la administración contenida en el Artículo 26 de dicha disposición normativa suprema, referido a que “toda persona que sufre daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios o agentes del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley”. En este sentido, se pronuncia la Sentencia No. 221, de 31 de julio de 2009, siendo ponente la jueza Marta Acosta Ricart (Expediente 238-09, casación civil).

Uno de los capítulos más citados en las sentencias que analizamos es precisamente el IV, referido a la familia. El Artículo 35 manifiesta que “el Estado protege la familia, la maternidad y el matrimonio. El Estado reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones”; este es referenciado en la Sentencia No. 250, de 31 de agosto de 2009, siendo ponente el juez Andrés R. Bolaños Gassó (Expediente 270-09, casación civil).

La sentencia No. 55, de 31 de enero de 2006, siendo ponente Acosta Ricart (Expediente 915-05, casación civil), en cuanto a un tópico especialmente importante al respecto, expresa: “[...] así vemos como en efecto en nuestro caso tiene rango constitucional la obligación de los padres en la formación y educación de sus hijos, lo cual debe comprender la forma-

ción de valores, dentro de los que ha de encontrarse en lugar cimero el amor a la familia, pues la familia es la célula fundamental y natural de la sociedad, a la que se le atribuyen responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones, según el Artículo treinta y cinco de la Constitución de la República de Cuba, mientras que por su parte en el Artículo treinta y ocho del propio cuerpo legal se establece que los padres tienen el deber de dar alimento a sus hijos y asistirlos en la defensa de sus legítimos intereses y en la realización de sus justas aspiraciones, así como el de contribuir activamente a su educación y formación integral como ciudadanos útiles y preparados para la vida en la sociedad socialista; desde otro orden [...]”.

Resulta interesante, igualmente, el pronunciamiento que se encuentra en la Sentencia No. 185, de 30 de junio de 2009, siendo ponente Carrasco Casí (Expediente 128-09, casación civil), donde se razona que “[...] la Constitución de la República de Cuba es centro de todo nuestro sistema jurídico al establecer los principios más importantes y puntos de partida para todas las ramas del Derecho, de ahí su orden jerárquico como garantía de cualquier derecho, entre los que se encuentran los regímenes jurídicos establecidos en el Código de familia y en la Ley del Registro Civil, los que deben interpretarse compatibles con los principios que sobre dichas mate-

rias consagran los artículos treinta y cinco y treinta y siete de la mencionada Constitución, en cuanto a que el Estado protege a la familia y debe garantizar mediante procedimiento legal adecuado la determinación y reconocimiento de la paternidad y por tanto al previsto en el Artículo cincuenta y cuatro de la citada Ley del Registro Civil que confiere derecho a los padres a reclamar la filiación entre otros casos [...].”

El Capítulo VII, referido a los “Deberchos, deberes y garantías fundamentales”, también ha sido utilizado en la argumentación de sentencias por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP, específicamente en lo concerniente a la irretroactividad relativa de las leyes, refrendada como solución a los conflictos sobre la vigencia temporal del Derecho en el Artículo 61 de dicho cuerpo normativo, el que establece: “Las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando sean favorables al encausado o sancionado. Las demás leyes no tienen efecto retroactivo a menos que en las mismas se disponga lo contrario por razón de interés social o utilidad pública”.

Este precepto es invocado en las siguientes sentencias: No. 77, de 31 de enero de 2005, siendo ponente la jueza Lucía Hernández Pérez (Expediente 1467-04, casación administrativa); 904, de 14 de noviembre de 2006, siendo ponente Acosta Ricart (Expediente 1013-06, casación administrativa); 1288, de 26 de diciembre de 2008, siendo ponente Díaz Tenreiro (Expediente 1551-08, casación administrativa); 1297,

de 26 de diciembre de 2008, siendo ponente Díaz Tenreiro (Expediente 1535-08, casación administrativa); y 423, de 29 de mayo de 2009, siendo ponente González García (Expediente 517-09, casación administrativa).

El derecho de queja a que se refiere el Artículo 63 del texto constitucional es tratado por sentencia recaída en el expediente de casación administrativa 127-2007, ponencia de la jueza Arredondo Suárez, que afirma: “[...] si bien la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en sus artículos seiscientos setenta y dos y seiscientos setenta y siete provee de mecanismos que, en correspondencia con el sesenta y tres de la Constitución de la República, protegen a los administrados ante el silencio o inactividad formal de la Administración, ello con el evidente propósito de alcanzar el justo y necesario equilibrio entre aquella, encargada de prestar disímiles servicios y dotada de múltiples prerrogativas y potestades y aquellos con los derechos y garantías jurídicas que les franquea la ley, siendo éste el caso de la presunta denegatoria, ficción procesal que posibilita la interposición de demanda contenciosa-administrativa decursado el plazo legalmente fijado aunque no exista respuesta expresa del órgano encargado de resolver, evitando así la indefensión en casos de pasividad administrativa y dando paso al control jurisdiccional de la legalidad del actuar de la Administración, dado el carácter eminentemente revisor de la justicia administrativa, empero no es posible obviar que en

la ley adjetiva cubana sólo se franquea tal garantía ante la no solución de un recurso en el término legal, situación que difiere de la acontecida en el pleito”.

En varias sentencias, podemos encontrar la alusión a los “Principios de organización y funcionamiento de los órganos estatales”, contenidos en el Capítulo IX constitucional, previstos en su Artículo 68, más específicamente los referidos a la subordinación y el centralismo democrático. Es este el caso de las siguientes sentencias: 985, de 29 de octubre de 2004, siendo ponente el juez Bolaños Gassó (Expediente 1019-04, casación administrativa); 417, de 26 de mayo de 2007, siendo ponente Bolaños Gassó (Expediente 491-09, casación administrativa); 874, de 28 de septiembre de 2007, siendo ponente Acosta Ricart (Expediente 868-07, casación administrativa); 981, de 30 de octubre de 2007, siendo ponente Acosta Ricart (Expediente 1127-07, casación administrativa); 1275, de 27 de diciembre de 2007, siendo ponente Bolaños Gassó (Expediente 1310-07, casación administrativa); 177, de 29 de febrero de 2008, siendo ponente Díaz Tenreiro (Expediente 188-08, casación administrativa); 787, de 18 de agosto de 2008, siendo ponente Bolaños Gassó (Expediente 855-08, casación administrativa); 791, de 18 de agosto de 2008, siendo ponente Bolaños Gassó (Expediente 813-08, casación administrativa); 1075, de 31 de octubre de 2008, siendo ponente Bolaños Gassó (Expediente

1265-08, casación administrativa); 1143, de 20 de noviembre de 2008, siendo ponente Bolaños Gassó (Expediente 1328-08, casación administrativa); sentencia No. 271 de 30 de marzo de 2009, siendo ponente Acosta Ricart (Expediente 178-09, casación administrativa); 397, de 19 de mayo de 2009, siendo ponente Bolaños Gassó (Expediente 400-09, casación administrativa); la sentencia en que fue ponente Arredondo Suárez (Expediente 1051-04, casación administrativa); 664, de 24 de julio de 2009, siendo ponente Acosta Ricart (Expediente 682-09, casación administrativa); 730, de 7 de agosto de 2009, siendo ponente Acosta Ricart (Expediente 1594-08, casación administrativa); y 971, de 13 de octubre de 2009, siendo ponente Díaz Tenreiro (Expediente 1130-09, casación administrativa).

El Capítulo X de la Constitución cubana, encargado de regular lo referente a los “Órganos superiores del Poder Popular”, también se ve reflejado en la argumentación de algunas sentencias de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP:

La Sentencia No. 369, de 7 de noviembre de 2008, siendo ponente González García (Expediente 446-08, casación civil), por ejemplo, cita el Artículo 77, referido a la entrada en vigor de las disposiciones normativas, que establece: “Las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional del Poder Popular entran en vigor en la fecha que en cada caso determine la propia ley.

”Las leyes, decretos-leyes, decretos y resoluciones, reglamentos y de-

más disposiciones generales de los órganos nacionales del Estado, se publican en la *Gaceta Oficial de la República*".

Otro de los artículos mencionados es el 90, contentivo de las atribuciones del Consejo de Estado, siendo el caso de la Sentencia No. 822, de 17 de agosto de 2005, siendo ponente Bolaños Gassó (Expediente 875-05, casación administrativa).

Por su parte, el Capítulo XIII, "Tribunales y Fiscalía", también es citado en varias de las sentencias analizadas. Tal es el caso de aquellas que refieren la independencia de los jueces en su función de impartir justicia, debiéndole obediencia solo a la ley, disposición contenida en el Artículo 122 de la Constitución. Entre las que citan dicho artículo, se pueden encontrar las siguientes sentencias: 78, de 31 de marzo de 2009, siendo ponente Arredondo Suárez (Expediente 54-09, casación administrativa); 228, de 13 de agosto de 2009, siendo ponente González García (Expediente 268-09, casación civil); 247, de 31 de agosto de 2009, siendo ponente Díaz Tenreiro (Expediente 269-09, casación civil); 248, de 31 de agosto de 2009, siendo ponente Díaz Tenreiro (Expediente 267-09, casación civil); 249, de 31 de agosto de 2009, siendo ponente Díaz Tenreiro (Expediente 265-09, casación civil); y 775, de 21 de agosto de 2009, siendo ponente Bolaños

Gassó (Expediente 757-09, casación administrativa).

Resulta interesante destacar que como ejemplo de interpretación sistemática, en estos casos la alusión a dicho precepto constitucional viene seguida del análisis de la correspondencia que existe al respecto entre la Carta Magna y la Ley de los Tribunales,¹³ la que refiere este mismo particular en el Artículo 2, apartado primero.

Igualmente, la sentencia No. 962, de 29 de septiembre de 2008, siendo ponente el juez Bolaños Gassó (Expediente 1144-08, casación administrativa), hace referencia a la facultad de revocación de los jueces que corresponde solamente al órgano que los elige, en correspondencia con el Artículo 126 constitucional.

El Artículo 127, referido a los objetivos de la Fiscalía, también es mencionado en las siguientes sentencias: 435, de 30 de junio de 2006, siendo ponente Acosta Ricart (Expediente 381-06, casación civil); 267, de 18 de mayo de 2007, siendo ponente Bolaños Gassó (Expediente 284-07, casación civil); 314, de 9 de abril de 2008, siendo ponente González García (Expediente 301-08, casación administrativa); y 516, de 17 de junio de 2009, siendo ponente González García (Expediente 636-09, casación administrativa).

No deben concluir estas reflexiones sin comentarse una importante sentencia del Tribunal Provincial

13 Ley No. 82, "De los Tribunales Populares", aprobada por la Asamblea Nacional, en la sesión del 11 de julio de 1997, y publicada en la *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraordinaria, de 14 de julio del mismo año, que comenzó a regir el primero de enero de 1998.

Popular de Ciudad de La Habana, la No. 1, de 14 de enero de 1998, de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo, que, aunque no ha sido dictada por el TSP, ha marcado una impronta importante en cuanto a la aplicación de principios constitucionales con fines integradores ante una laguna de la ley. Esta, correspondiente al expediente civil 128 de 1996, en proceso ordinario sobre ejercicio del derecho a la libre determinación de la sexualidad, siendo ponente el juez Rafael Enrique Dujarric Hart, expresa en su octavo Considerando:

“[...] nuestro ordenamiento jurídico carece de norma directa de aplicación, y siendo la transexualidad bajo examen un fenómeno real que nuestro Derecho no puede ni debe desconocer, resulta necesario encontrar una que permita solucionarlo, y nada más conveniente para ello que recurrir a la autointegración, es decir, a la fuente dominante de nuestro sistema jurídico, la Constitución de la República, que establece en su capítulo destinado a los derechos, deberes y garantías fundamentales y concretamente en su Artículo 62 [...]”.

Esta vía de solución fue seguida por algunos tribunales municipales en sentencias ante casos similares. Un ejemplo de ello es la 285, del Tribunal Municipal Popular de Artemisa, de fecha 30 de septiembre de 2003, dictada en proceso ordinario sobre nulidad parcial de inscripción de nacimiento, la

que establecía en su último Considerando: “[...] comenzando por la Constitución de la República de Cuba que en su Artículo cuarenta y dos preceptúa como lesiva a la dignidad la discriminación del sexo, por lo que no puede marginarse, ni dejar sin protección jurídica a quien ha decidido pertenecer anatómica y síquicamente a un sexo diferente al biológico, no lacerando esta libertad los fines ni existencia del estado, de lo contrario sería posible como dispone el Artículo sesenta y dos de la citada ley [...]”.¹⁴

En sentido general, ha sido nuestra intención demostrar que la Constitución cubana va ganando paulatinamente el lugar que le corresponde dentro de la práctica judicial cubana, al menos en la materia objeto de estudio. La necesidad de alusiones a los preceptos de la Carta Magna en sentencias de los tribunales nacionales ha constituido un reclamo que está siendo escuchado por los jueces. Las sentencias referenciadas en este trabajo muestran la amplia gama de disposiciones constitucionales a las que se acude por nuestros magistrados para fundamentar sus decisiones judiciales.

El camino es largo aún, este se convierte en un reto de permanente vigencia para que no se convierta la Constitución en letra muerta o solo en programa político; su valor normativo esencial obliga a que las normas que contiene necesiten proyectarse hacia la vida jurídica nacional.

14 De la citada sentencia del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, han surgido muchas otras en tribunales municipales, incluso con una argumentación mucho más pormenorizada.

BIBLIOGRAFÍA

Fernández Bulté, Julio: *Teoría del Estado y el Derecho*, segunda parte, 2.^a reimp., Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

Ferrari Yaunner, Majela: “La integración del derecho ante las lagunas de la ley. Una mirada doctrinal”, en *Justicia y Derecho*, no. 15, año 8, La Habana, diciembre de 2010.

_____: “Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba” (tesis), Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 2010.

Gordillo Cañas, Antonio: “Ley, principios generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 41, fascículo II, Centro de Publicaciones, Madrid, abril-junio de 1988.

Peraza Chapeau, José: “El Derecho Constitucional y la Constitución”, en Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés (compiladoras): *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

Prieto Valdés, Martha: “En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario”, en *Revista Cubana de Derecho*, no. 31, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, enero-junio de 2008.

_____: “Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución”, en Lissette Pérez Hernández y Martha Prieto Valdés (compiladoras): *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

Zagrebelsky, Gustavo: *El derecho dúctil*, 6.^a ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005.

Legislación

Constitución de la República de Cuba, en *Gaceta Oficial de la República*, no. 3 (ed. extraordinaria), La Habana, 31 de enero de 2003.

Ley No. 82, “De los Tribunales Populares”, aprobada por la Asamblea Nacional el 11 de julio de 1997 y publicada en la *Gaceta Oficial de la República*, edición extraordinaria, de 14 de julio del mismo año. Comenzó a regir el primero de enero de 1998.

ADMINISTRACIÓN, POR NO PROGENITORES, DE BIENES ATRIBUIDOS A MENORES

Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo,
profesor de la Universidad de La Habana

ANTE el dogma de la indelegabilidad de la patria potestad en el Derecho familiar cubano: ¿Podría excluirse a los progenitores, o a uno solo de ellos, de la administración de los bienes de los hijos? Posibles alternativas de *lege lata* a tal propósito testamentario.

El Derecho familiar cubano, al regular el contenido de la patria potestad en el Código de familia, ha sido bien parco en materia de administración y disposición del peculio de los hijos por sus progenitores. La doctrina patria tampoco ha sido nada prolija en este tema, al menos a nivel de manuales, monografías o artículos científicos publicados en las principales revistas del sector jurídico. No pretendo llenar las lagunas bibliográficas al respecto, sino por el contrario, llamar la atención sobre una minúscula partícula del macrosistema familiar relativa a la posibilidad de excluir a los progenitores, o a uno de ellos, de la administración de los bienes de los hijos menores de edad.

El Derecho vigente regula como contenido de la titularidad de la patria potestad la administración y cuidado de los bienes de los hijos; pero, a diferencia de otras normas legales,

nada se invoca sobre el usufructo legal de dichos bienes. El Código de familia alude a la administración de los bienes, pero en el entendido de actos que tiendan a dar rentabilidad a los bienes de los menores, uso, disfrute e, incluso, a velar porque tal utilización sea en provecho de estos, de modo que se revierta en beneficio de su propia economía. En ninguno de sus preceptos, el Código de familia admite el usufructo legal por los progenitores, de la misma manera que la administración es atribuida a ambos progenitores, en razón de la titularidad y ejercicio dual de la patria potestad, establecido *ex lege* en el Artículo 83.

La aplicación de los contados preceptos legales destinados a regular la administración y disposición de los bienes de los menores de edad por sus progenitores ha llevado de la mano a la exégesis de que tal administración forma parte de la titularidad y ejercicio de la patria potestad y, en consecuencia, todo padre o toda madre, por el solo hecho de serlo, tiene a su cargo la administración de los bienes de los menores, de la cual se excluyen, solo y únicamente con motivo de la privación o de la suspensión de la patria potestad, pero mientras ostenten esta, di-

cha administración les es inherente. Empero, en el ejercicio de la función pública notarial, no han sido pocos los casos en que alguno de los progenitores, sobre todo con motivo del divorcio, cuando van a testar, expresan su fundamentada preocupación por el destino de los bienes que pretenden atribuirles a sus hijos, a título de herencia o de legado, en cuanto no desean que el otro progenitor sea quien administre los bienes que dispone a favor de su hijos menores. Los interrogantes que nos formulan son de diversa índole, motivadas en esencia por el pertinaz deseo de apartar de dicha administración al otro progenitor, que un día fue su compañero o compañera de una relación de hecho o su cónyuge.

En esencia, la pregunta que en principio nos formulan es si puede excluirse a un progenitor de la administración de los bienes de los hijos menores. En principio, en el contexto del ordenamiento jurídico familiar cubano, la respuesta parece ser negativa.

Las normas reguladoras de la patria potestad admiten pocas posibilidades al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Son, por naturaleza, normas imperativas, inderogables por la voluntad de uno de los progenitores, ni siquiera por el común acuerdo de ambos. La patria potestad se erige en una institución de orden público, de férreo puño, inderogable¹ y, en este terreno, a diferencia del Derecho comparado, como tendremos

1 En fecha reciente, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular (TSP), en la Sentencia No. 210, de 31 de mayo de 2011 (primer considerando, ponente: Díaz Tenreiro), ha dicho que “[...] su carácter natural es noción sistematizada y sostenida por la doctrina científica [...] pasando por la disputa respecto a su concepto, que va desde estimarla como una institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida demandada por las necesidades de estos, hasta el conjunto de derechos y deberes que concierne a los padres sobre la persona y el patrimonio de sus hijos no emancipados como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole o la que comprende un singular complejo de derechos y obligaciones; puesto que en buena parte son derechos a cumplir obligaciones o derechos-deberes, o sea que el derecho no tiene como contenido la protección de un interés de un titular frente a una contraparte, sino la satisfacción del titular precisamente en beneficio de la otra parte; no hay bilateralidad porque la prestación se hace en interés del destinatario, y ciertamente la voluntad del que la ejerce tiene cierto grado de coercibilidad jurídica en casos extremos en que se encuentre en grado de peligro; en resumen, se puede considerar la patria potestad como el conjunto de derechos-deberes ejercidos por los progenitores en beneficio de los hijos menores de edad no emancipados, de acuerdo con la personalidad de estos; definición que si bien no resulta del todo clara de la noción que incorpora nuestro Código, de todos modos su fundamento descansa en la función tuitiva de su ejercicio en interés del menor, lo que implica indefectiblemente el acomodar la potestad de padre y madre a las concretas circunstancias y necesidades del mismo a fin de que este pueda cumplir con el pleno desarrollo de su personalidad, para lo cual requiere, salvo en situaciones excepcionales, tanto de la figura del padre como de la madre, de ahí que la evolución social ha conducido a la transformación de la patria potestad de un poder absoluto de carácter privado —en beneficio de los progenitores—, en una función tuitiva de carácter

ocasión de estudiar, no da cobertura a excepciones en torno a la administración de los bienes de los menores. Conforme al Derecho positivo, las normas sobre administración son de *ius cogens*, no dando alternativas a normas voluntarias que disciplinen la administración de dichos bienes, según los dictados del disponente, atribuyente o dador.

Ante tales circunstancias, ¿qué alternativas se proponen?, ¿qué posibles soluciones pueden dárseles?, ¿cómo compatibilizar las normas vigentes con la realidad social de estos tiempos?, ¿es realmente justo que se admita la administración de los bienes de los menores por terceros distintos de los progenitores y, a su vez, es verdaderamente justo que al testador no se le permita determinar qué personas considera más idóneas para que administren los bienes dispuestos a favor de menores de edad?

También, solo en principio y nada más, creo justo ofrecer opciones que abran alguna brecha a ese férreo muro, cuasi infranqueable, que lo es

el instituto de la patria potestad. Si el Código de familia no admite excepciones a la administración de los bienes de los menores por los progenitores, ¿qué puede hacer el testador que quiere excluir de la administración a la madre o al padre de estos?

Como posibles alternativas, cabría argüir el empleo de la figura del albacea, con amplias facultades para administrar la herencia hasta el momento de la partición hereditaria,² y expresas atribuciones de administrar los bienes atribuidos a los menores hasta que estos arriben a la mayoría de edad, entendiéndose el término *expresas* no porque sea necesario que el testador se pronuncie respecto de esta facultad, la cual le viene dada *ex lege*, según el Artículo 506.2b del Código civil, sino por la manera en que le atribuye la facultad, o sea, por el plazo tan largo que puede concederle al albacea para que se mantenga administrando la herencia. Es cierto que, más que un albacea, pudiera parecer que este se convierte en un tercero administrador, que en

social y de orden público —en beneficio de los menores—, con el control del ejercicio, por lo que dicha transformación ha condicionado la modificación de su naturaleza jurídica, a configurarse como un conjunto de poderes, destinados a cumplir determinados deberes y obligaciones que por ley les vienen impuestos a los padres; por otra parte, entre los principios fundamentales que informan la institución están el de igualdad de los progenitores, función dual y la intervención del juez para salvaguardar el interés de los hijos sujetos a la patria potestad”.

- 2 Según ratifica la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP, en la Sentencia No. 877, de 29 de diciembre de 2000 (primer considerando de la primera sentencia, ponente: Acosta Ricart): “[...] el albacea nombrado por disposición unilateral de última voluntad tiene como función primordial ejecutar las disposiciones contenidas en el instrumento, para cuya finalidad tiene la facultad de la administración del caudal relicto, no obstante ello, no resultad [*sic*] el albacea titular de ningún derecho real en patrimonio ajeno, pues no adquiere un derecho subjetivo, sino que, tan solo queda autorizado, a la vez que legalmente obligado, a desarrollar sobre la herencia, cierta actividad de gestión, y disposición [...]”.

buena medida sustrae a los progenitores de la administración de los bienes de su hijo, pero le es dable al testador el nombramiento de albacea en estas circunstancias, pues, en todo caso, los bienes, mientras el caudal se mantenga en administración, no han pasado aún a ser titularidad de los hijos menores. En definitiva, el plazo de duración del albaceazgo es el que dispone en el testamento el testador (Artículo 506.3) y en este sentido no se fija por el legislador un límite temporal para el desempeño del cargo. Precisamente el transcurso de dicho plazo es motivo de terminación del albaceazgo, a menos que los herederos, de común acuerdo, o en su defecto el tribunal, concedan una prórroga para que el albacea pueda cumplimentar su encargo.

Nada priva que el testador atribuya, al albacea nombrado, facultades para administrar la herencia hasta que los herederos instituidos (menores) arriben a la mayoría de edad, eso sí, siempre que no se proceda a la adjudicación hereditaria, pues, de lo contrario, entraríamos en el supuesto objeto de este texto. No se olvide que en esta primera aproximación al tema, intento ofrecer una alternativa ante el silencio en nuestro ordenamiento jurídico de un precepto que permita la sustracción de la administración de los bienes de menores a sus progenitores. Insisto, ha de tratarse de bienes que forman parte de la comunidad hereditaria, aún no adjudicados a los menores, en relación con los cuales, forman-

do parte del caudal relicto, serían administrados por el albacea, hasta que se proceda a su adjudicación, de modo que la partición hereditaria implícitamente quedaría supeditada a un plazo suspensivo (la mayoría de edad de los menores).

En este orden, pueden existir distintos supuestos, según el testador sea, o no, progenitor del menor e, incluso, no siéndolo, sea pariente entre aquellos a los que la ley les impone el deber de legítima (*v.gr.*, abuelos o demás ascendientes). Para ser más explícito, teniendo en cuenta la intangibilidad cualitativa de la legítima, que supone que esta no puede ser objeto de ninguna condición o gravamen (Artículo 492.2, Código civil), no creo válido, conforme al Derecho vigente, que el testador pueda supeditar el patrimonio atribuido a los menores, como pago de la legítima, a una administración duradera por el albacea que suponga mantener la herencia en estado de indivisión, hasta que el menor arribe a la mayoría de edad, porque con ello le sustraería de su propia adjudicación, la cual corresponde precisamente durante su minoría de edad, en razón de ser legítimo asistencial.

Resultaría un verdadero contrasentido que una legítima de tipo asistencial se limitara en su adjudicación, para evitar que el patrimonio pasara a titularidad de los menores y, con ello, a la administración de sus progenitores, los cuales, sin duda, la tendrían como parte del contenido de la patria potestad de la que ellos son titulares. Ello supondría un gravamen a la legítima que le sería atribuida por tes-

tamento, pero no adjudicada hasta que arribaren a la mayoría de edad. No se trataría de una conculcación de su intangibilidad cuantitativa, no habría preterición ni menoscabo de la cuantía de la cuota legitimaria, sino un atentado a la intangibilidad cualitativa. Es cierto que el albacea podría administrar y rentabilizar los bienes, pero estos estarían en comunidad hereditaria (de ser varios los menores), o en todo caso en administración, no en titularidad plena a favor de los menores y ahí, precisamente, radicaría la vulneración de la intangibilidad cualitativa de la legítima.

Lo cierto es que resulta justo compatibilizar la voluntad del testador con las normas imperativas que rigen en nuestro ordenamiento jurídico, sean las de la legítima (artículos 492 y siguientes del Código civil) o las de la patria potestad (artículos 82 y siguientes del Código de familia). En tal sentido, es admisible, en principio, como opción, ante la inexistencia de una norma legal que permita excluir a los progenitores de la administración de los bienes dispuestos por el testador en su testamento, a favor de sus hijos menores, utilizar la vía del albacea con facultades de administración de la herencia hasta que los menores arriben a la mayoría de edad, lo cual será admisible en todo caso cuando los bienes atribuidos formen parte de la cuota de libre disposición del testador. Bienes que serían atribuidos a título de herencia o de legado por un tercero, no

progenitor, o por uno de los progenitores. No así cuando fuere uno de los progenitores, y el legado o la herencia atribuidos lo sean a título de legítima asistencial a la que tienen derecho dichos menores, si cumplen con los requisitos establecidos en el Artículo 493.1a del Código civil, precisamente en estricto respeto a la prohibición contenida en el Artículo 492.2 del propio texto legal, particular sobre el cual volveré a insistir en otros acápite.

La atribución de facultades de administración de la herencia al albacea tampoco contravendría el sentido de la patria potestad en el Derecho familiar cubano, pues el albacea actuaría como tal, mientras el caudal hereditario no haya sido adjudicado a los herederos, durante el interinato que supone la situación jurídica de comunidad hereditaria, caracterizada por su transitoriedad, incidentalidad, forzosidad y universalidad,³ de modo que no se sustraería a los progenitores de la administración de los bienes de los hijos, pues por ley la administración del caudal hereditario le corresponde a los ejecutores testamentarios que en principio serían los herederos instituidos, salvo que se nombre un albacea por el tiempo que considere oportuno el testador (Artículo 505, Código civil). Tratándose de bienes que forman parte del caudal hereditario indiviso, no compete a los padres de los herederos menores de edad, instituidos, la administración, sino precisamente al albacea que a tales fines

3 Leonardo B. Pérez Gallardo: "Comunidad hereditaria", pp. 380-381.

fue nombrado por el testador en su testamento.

Razones que justifican la atribución, por el testador, a un tercero, de la administración de los bienes que, a título de herencia o de legado, dispone a favor de menores, sujetos a la patria potestad de sus progenitores

De muy diversa naturaleza podrían ser calificadas las razones que llevan al testador a incluir en su testamento, en aquellos ordenamientos jurídicos que así lo admiten,⁴ la expresa exclusión de la administración de los bienes de los menores por sus progenitores. Había anticipado que, en mi condición de notario, algunos progenitores divorciados han pensado en esta cautela, en ocasiones movidos por el rencor, lo cual no debiera ser causa que justifique tal exclusión; por ello, parto de la tesis de que en todo caso debiera admitirse un control judicial de la cláusula testamentaria, cuando el progenitor excluido la impugnara por no obedecer a una razón que la justifique. De este modo, solo cuando pasare el control judicial, quedaría admitida la exclusión propuesta por el testador en su testamento. No obstante, no cabe duda de que la cláusula pudiera resultar enteramente útil cuando se tratare de progenitores que, sin

ser pródigos, judicialmente declarados, haya pruebas de que no administrarán diligentemente los bienes atribuidos al menor, bien porque los dilapiden, o no tengan habilidades para darle la rentabilidad que el testador quiere que tenga, en beneficio del propio menor, o porque tengan ciertas discapacidades que le harán bastante difícil poder administrar en condiciones óptimas el patrimonio atribuido, vía testamentaria, al menor. El testador busca dejar el patrimonio en manos de la persona más idónea y experta en provecho del menor.

A mucho lamentar, y ello lo he comprobado en el ejercicio de la profesión, no siempre los progenitores velan porque los bienes de sus hijos menores de edad produzcan rentas, sean utilizados en beneficio de estos, o sean diligentemente cuidados y conservados. Por esa razón no es de extrañar que uno de los progenitores tema por el buen fin de los bienes que le atribuye a su hijo (v.gr., que la vivienda adjudicada a un menor sea arrendada clandestinamente, o se utilice para fines no lícitos; o que el vehículo de motor, igualmente otorgado por idéntico concepto, sea utilizado por el progenitor para fines delictivos, o de otra naturaleza y no para el esparcimiento y las necesidades vinculadas con

4 Ver, en los códigos de familia correspondientes, los artículos 227 (El Salvador); 334.1 (Panamá); 186, segundo párrafo (Honduras); 145, tercer párrafo (Costa Rica); 274.2 (Bolivia). Igualmente, en los respectivos códigos civiles, los artículos 295 y 296 (Colombia); 272 (Venezuela); 289, segundo párrafo y 290 (Ecuador); 266.4 (Uruguay); 293.2 (Argentina); 250 (Nicaragua); 164.2 (España); 250.2 (Chile); 436.1 (Perú); 1693.III (Brasil); y 1888.1c) y 2 (Portugal). También, los artículos 83 b) del Código de la niñez y la adolescencia del Paraguay; y 430 del Código civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República, en materia federal.

la salud o la formación educacional y cultural del menor, por solo citar algunos de los tantos ejemplos que me vienen a la mente).

¿Puede el testador establecer las reglas de la administración de los bienes atribuidos a menores de edad? Las tensiones frente a la naturaleza de *ius cogens* de las normas del Derecho de familia

En el Derecho comparado, en principio, entre los bienes de los hijos, de los cuales se puede excluir a los progenitores, se admiten los recibidos a título de herencia o de legado (incluso de donación), cuando así expresamente lo haya establecido el disponente. Se trata de una brecha abierta en el ámbito de actuación de los progenitores, de modo que tratándose de bienes atribuidos por tales conceptos, cabe admitirlo, en respeto de la autonomía de la voluntad del disponente.

Varsi Rospigliosi –al comentar el Artículo 436.1 del Código civil peruano, a cuyo tenor “están exceptuados de usufructo legal: 1.- Los bienes donados o dejados en testamento a los hijos con la condición de que el usufructo no corresponda a los padres”– expresa que “esta norma radica en el principio de que el donante o testador puede por su propia decisión determinar expresamente la persona a quien otorga su liberalidad”,⁵ o sea, sin más cortapisas, el disponente puede establecer la persona que tendrá a su cargo la administración, o el usufructo –tal

como lo regula el ordenamiento jurídico peruano–, de los mencionados bienes.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de esta disposición testamentaria? Si el testador puede excluir, a los progenitores, de la administración de los bienes de los menores por así admitirlo el Derecho, no tengo duda de que podría modalizar la propia administración, en el supuesto de que no los excluya, fijándole reglas de estricto cumplimiento, reconocidas en el testamento.

En un informe elaborado por José Ángel Martínez Sanchiz, notario de Madrid, a petición de una letrada, nombrada, por testamento, administradora de los bienes dispuestos por la testadora a favor de sus hijos menores, según el tenor literal del Artículo 164.1 del Código civil español, y a los fines de sustentar una apelación establecida, en tanto que, al fallecer la testadora, la administradora recaba del juez la pertinente autorización para vender el piso adjudicado a los menores, ante lo cual se le deniega por falta de legitimación, por estimar que el peticionario habría de ser el padre de los menores, motivo por el cual se interesa el mencionado informe en el que el reconocido notario sostiene que “la posibilidad de que el disponente a título gratuito excluya al padre de la administración de los bienes dejados a los hijos menores de edad no representa ninguna novedad y remonta en el tiempo a la Novela 117, capítulo I: «Posquam

5 Enrique Varsi Rospigliosi: “Comentario al Artículo 436”, pp. 113-114.

relinquerint filiis partem quae lege debetur, quod relinquum est suae substantiae” pueden dejarlo “sub hac conditione, ut, pater, aut qui omnino eos habet iu potestate, neque usufructum, neque quod libet penitus habeat participium»”.

García Goyena, de quien extrae la cita antecedente Martínez Sanchiz, según refiere, “se preguntaba si era viable privar al padre, no solo del usufructo legal que por entonces se le reconocía, sino también de la administración y concluía positivamente, «puesto que si puede quitarse al padre el usufructo que es lo útil y positivo: ¿por qué no la administración que es una carga y de grave responsabilidad?»”.⁶

En otro trabajo del propio autor, publicado mucho antes, sostiene que “si el disponente establece solo la administración de los bienes sin indicar su ámbito objetivo, hay que suponer que han sido sustraídas a los padres todas sus facultades, incluidas las dispositivas que el Código concibe como de extraordinaria administración pero dentro de éstas al fin y al cabo”.⁷ Años atrás, Prada González, otro notario madrileño, había dicho que “hay que entender [...] que el disponente puede excluir no solo la patria potestad sino, por el argumento de que quien puede lo más, puede lo menos, modalizarla, imponer condiciones o añadir requisitos

a la administración por los padres de estos bienes”.⁸ No cabe duda de que el testador, de la misma manera que le es dable excluir a los progenitores de la administración de los bienes de los menores, puede limitar ciertas facultades a los progenitores, establecer condiciones, presupuestos, reglas de administración de los bienes y sobre el destino de sus frutos, autorizaciones previas, o ciertos controles a la administración paterna y materna de los bienes, incluso puede nombrar pluralidad de administradores, ya sean terceros ajenos a los progenitores, o uno de los progenitores con un tercero, fijando las reglas de la administración conjunta, conforme con los principios de la solidaridad o los de la mancomunidad. Tales reglas deben estar expresamente establecidas en el testamento.

Mucho más polémico es que el testador establezca un estatuto que habilite al administrador de los bienes con facultades que la ley no concede a los propios progenitores, como pudiera ser eximirlo de la autorización judicial para disponer de dichos bienes. A mi juicio, tal cláusula sería nula por contravenir una norma de Derecho imperativo. En consecuencia, no le sería dable ir más allá del régimen permisivo y que conste que no me estoy fundamentando en las reglas legales

6 José Ángel Martínez Sanchiz: “Administrador testamentario de bienes de menores. Legitimación para disponer” (versión digitalizada).

7 José Ángel Martínez Sanchiz: “Influencia del Derecho público sobre el Derecho de familia”, p. 147.

8 José María de Prada González: “La patria potestad tras la reforma del Código civil”, p. 300.

contenidas en el Código de familia cubano, sino en las establecidas en aquellos cuerpos normativos (la mayoría de los códigos civiles y de familia iberoamericanos) que aun permitiendo la exclusión *ex voluntate* de los bienes recibidos por los menores por herencia o legado, ninguno de ellos admite la dispensa de la autorización judicial para disponer de dichos bienes que tendría que solicitar, del juez, el administrador nombrado por el testador.

Cabe también la posibilidad de que el testador excluya de la administración a uno solo de los progenitores, en el caso de que sea un tercero distinto a estos quien resulte testador. El tema es complicado, pues en la práctica resulta bien difícil, si los progenitores están casados, que uno de ellos, a espaldas del otro, realice la administración. No obstante, difícil, pero no imposible.

Aunque en el Derecho comparado se admite la posibilidad de excluir

a los progenitores de la administración de los bienes de sus hijos, no se establece de manera expresa que el testador nombre necesariamente administrador. Si este se limitara a la exclusión, sería el tribunal o juez competente, según el caso, quien debería designar un administrador judicial, así al menos se regula en algunos de los códigos civiles y de familia consultados,⁹ atribuyéndoles por analogía las facultades que al efecto tienen los progenitores, o supletoriamente, aplicando las normas del mandato.

¿Cabe la exclusión de tal administración cuando los bienes atribuidos se hacen en pago de la legítima a la que los menores tendrían derecho?

Uno de los tópicos que más polémicas ha suscitado en este orden es el de delimitar si es posible excluir a los progenitores de la administración de los bienes de los hijos menores, cuando lo que se atribuye en

9 De ahí la fórmula legal establecida por algunos códigos. Así, el Código de familia de El Salvador establece en el Artículo 227, primer párrafo, que “la administración estará a cargo de la persona designada por el donante o testador y, en su defecto, por la que nombrare el juez”. El Artículo 274, último párrafo, del Código de familia de Bolivia a tal fin dispone: “Estos bienes se administran por el curador que se nombre, salvo que al hacerse la atribución de ellos se designe un administrador”. Posición similar adopta el Código civil de Venezuela en el Artículo 272: “Los bienes excluidos de la administración de los padres, serán administrados por un curador especial que al efecto debe nombrar el Juez de Menores, siempre que el donante o el testador no hayan designado un administrador”. Por su parte, los códigos de familia de Costa Rica y de Honduras admiten el nombramiento de un curador especial, sin que se esclarezca si ello corresponde al testador o al juez. No obstante, cabría interpretar que el nombramiento judicial, siempre sería supletorio al voluntario hecho por el propio disponente (artículos 145, tercer párrafo, y 186, segundo párrafo, respectivamente, de los códigos de familia de Costa Rica y Honduras).

El anteproyecto de Código de familia de Nicaragua en el Artículo 285 asume, por el contrario, la primera de las posiciones anunciadas, al establecer que dichos bienes “serán administrados por la persona designada por el causante y en su defecto y sucesivamente por el otro progenitor o por un administrador nombrado por la autoridad judicial”.

concepto de herencia o de legado se hace como pago de la legítima a la que estos tienen derecho. Ante todo, hay que descartarlo en aquellos ordenamientos jurídicos que no reconocen las legítimas. Desde la perspectiva del ordenamiento cubano, no hay duda de que, al no admitirse esta posibilidad, no hay cabida a que se suscite esta interrogante, al menos por ahora, o de *lege lata*, otra cuestión sería en un futuro.

En el Derecho positivo comparado hay códigos que expresamente asumen una posición a tal fin. Por la negativa, se afilian el Código de familia de Bolivia en el Artículo 274.2 *in fine* y el Código civil de Venezuela en el 272.1 *in fine*. Por la positiva, el 1188.2 *in fine* del Código civil de Portugal. En España, el silencio del legislador ha atizado verdaderas polémicas doctrinarias, si bien la doctrina mayoritaria se afilia a una posición permisiva. Para Llamas Pombo, siguiendo el criterio de Linacero de la Fuente, a quien cita el autor, el silencio del legislador español en el Artículo 164 del Código civil sobre este particular debe interpretarse como permisivo de la exclusión de la administración por los progenitores de los bienes de los hijos menores atribuidos por el testador a título de legítima. El profesor salmantino justifica esta posición sobre la base del estudio de los antecedentes parlamentarios a la modificación del Artículo 164 en 1981, ya que a su tenor “en los tra-

bajos parlamentarios se proponía exceptuar la legítima estricta de la posibilidad de excluir la administración paterna por voluntad del disponente, sin que dicha excepción prosperase en la redacción definitiva del precepto”.¹⁰ Prada González también se erige partidario de esta posición y en tal sentido afirma que, en verdad, “no han variado las normas sobre gravamen de la legítima pero lo cierto es que el establecimiento de una administración ajena, más que un gravamen sobre la legítima del hijo lo que implica es una limitación de los derechos de la patria potestad del padre cuya regulación hoy se ha flexibilizado y en la que, en cierto grado, se ha introducido la autonomía de la voluntad, razón por la cual no resulta aventurado aceptar que al no establecer el precepto restricciones sea posible la exclusión que permite, incluso respecto de los bienes recibidos en pago de legítima”.¹¹ Posición reiterada también por Martínez Sanchiz que combate ambos argumentos, el de la intangibilidad cualitativa de la legítima y el del carácter imperativo de las normas reguladoras de la patria potestad.¹² Con idénticos argumentos también Prats Albentosa.¹³

En el Derecho argentino, Borda se opone a esta posición. A su juicio, “si es verdad que el art. 293 habla de testamento en general, salta a la vista que sólo alude a la disposición voluntaria de los bienes”, “La legítima

10 Eugenio Llamas Pombo: *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, p. 81, en nota 229.

11 Prada González: *Op.cit.*, p. 299.

12 Martínez Sanchiz: “Influencia del Derecho público...”, p. 148.

13 Lorenzo Prats Albentosa: “Las relaciones paterno-filiales (II)”, p. 471.

ma escapa totalmente a la voluntad del causante, que no puede imponer sobre ella ningún gravamen ni condición (art. 3598, C. Civil)”, “Salvo casos excepcionales, todo el régimen jurídico de la familia está estructurado sobre normas imperativas. Lo son también las que atribuyen la administración y el usufructo a los padres. Está bien que así sea. Juega en este caso una cuestión de solidaridad y cohesión familiar. La privación a los padres del derecho de administración introduce en el hogar un motivo de desconfianza, una situación anormal, una disminución de la autoridad paterna. Y lo más grave es que en la mayoría de los casos esta exclusión estará fundada no en el interés del hijo, sino en el odio a los padres. Porque contra la mala administración paterna la ley ha previsto sus remedios”.¹⁴ En la propia doctrina argentina, Méndez Costa abraza la misma posición, utilizando incluso los argumentos del maestro Borda. A su juicio, el derecho a la legítima es independiente de la voluntad del causante, exteriorizada en su testamento, además de apoyarse en el Artículo 3598 del Código de Vélez Sársfield que prohíbe cualquier condicionamiento a la legítima que, de darse, se tendrá por no escrito.¹⁵

En mi criterio, en verdad, la exclusión de la administración de los bienes de los menores, atribuidos ya como herencia o como legado y

no en estado comunitario o en indivisión y administración, alternativa que he propuesto de *lege lata* para el Derecho cubano, al utilizar la figura del albacea, nada riñe con el carácter imperativo de las normas reguladoras de la legítima, pues en todo caso se merma el contenido de la patria potestad; pero, precisamente en todos aquellos ordenamientos en que se da cabida a esta excepción de la administración de los progenitores sobre los bienes de los hijos, la rigidez con la que se ha perfilado la patria potestad cede ante la expansión de la autonomía de la voluntad en este orden. No hay por qué, entonces, darle un tratamiento especial de contra-excepción a los bienes atribuidos como pago de la legítima.

La fórmula que se propone, a modo de *lege ferenda*, en el Derecho familiar cubano

Pocos ordenamientos jurídicos del continente han dejado de regular esta posibilidad franqueada al testador, tal cual es el Derecho cubano. Por fortuna, el Artículo 124 del anteproyecto de Código de familia lo reconoce. A tal fin, se dispone:

“La madre o el padre puede por testamento nombrar un administrador de los bienes y derechos deferidos a título de herencia o de legado a favor de sus hijos o hijas, si a su fallecimiento, estos no hubieren alcanzado la plena capacidad jurídica. Dicho administrador, de aceptar

14 Guillermo A. Borda: *Tratado...*, p. 174.

15 María Josefa Méndez Costa: *Bienes de los menores. Administración, disposición y usufructo*, p. 55.

el cargo, tiene facultades de representación en los actos en los que se administre dichos bienes y derechos. Igualmente tiene facultades para disponer de ellos, para lo cual requiere autorización judicial, con audiencia fiscal”.

”En caso de que esta disposición atente contra los intereses del menor de edad puede ser ejercitada la acción de nulidad correspondiente, conforme con la legislación civil, por el progenitor supérstite o por el fiscal”.

Vale la pena hacer un estudio de este Derecho, proyectado por la impronta que puede tener en la realidad sociojurídica cubana. El mérito más significativo lo es el reconocimiento mismo de la autonomía de la voluntad al disponente y las brechas que se abren en un terreno tan hermético como el del contenido mismo de la patria potestad. La norma tiene un sello novedoso que la aparta, a la vez que la distingue del resto de los ordenamientos jurídicos. En primer orden, quiero referirme a que no se da el tratamiento de condición suspensiva a la exclusión de la administración por los progenitores de los bienes de los hijos, ni tampoco se refiere a la negativa de aquellos de representar a los hijos en la aceptación de la herencia o en la adjudicación del legado. Eso sí, se mantiene el presupuesto, para que esta se aplique, de que los destinatarios de la atribución, a título de herencia o de legado, sean menores de edad al momento del fallecimiento

del testador, porque si no lo fueran, la administración de los bienes les correspondería a ellos *per se*, en razón de tener plena capacidad jurídica (Artículo 29 del Código civil).

Una buena parte del Derecho iberoamericano se afilia a la tesis de que la exclusión opera como *conditio facti*, esto es como un elemento accidental de la institución de heredero o del legado, lo que por demás está prohibido en el Código civil cubano (artículos 481, para la institución de heredero, y 498, para el legado), a tal punto que se ha entendido la necesidad de respetar la voluntad del testador en la manera en que ha dispuesto la exclusión de la administración de los bienes de los menores, porque, de no admitirse, serían estos indefectiblemente perjudicados, ya que al no cumplirse la condición suspensiva, se incumpliría con el elemento accidental del cual pende la adquisición del derecho subjetivo a suceder, ya sea a título de herencia, o de legado. Como dice Borda, “de no admitirse esta condición, el autor de la liberalidad que creyera que la administración de los padres sería ruinosa podría abstenerse de hacerla, con el consiguiente perjuicio para el hijo, que la ley desea evitar”.¹⁶ Este tratamiento no lo ofrece, a modo de ejemplo, el Código civil español. Y me adscribo a esta posición. No creo que deba verse en la exclusión en la administración de los bienes de los menores un supuesto de condición suspensiva. No se trata de que

16 Borda: *Op. cit.*, p. 174.

el testador nombre a los menores como herederos o como legatarios, supeditada la adquisición del derecho al cumplimiento irrestricto del hecho de que sus progenitores no administren los bienes. La exclusión es impuesta como modo o carga a la atribución, con el carácter coactivo que tiene el cumplimiento del modo. Empero, una buena parte de nuestros ordenamientos jurídicos del continente sí le atribuyen la naturaleza de condición y así se ha explayado la doctrina científica. Clasifican, entre ellos, los códigos civiles de Colombia (Artículo 296), Venezuela (272.1), Ecuador (289, segundo párrafo), Uruguay (267 *in fine* y 268), Argentina (293.2), Perú (436.1), Brasil (1693 III) y el Código de la niñez y de la adolescencia del Paraguay (83b. Si se interpreta como una condición, su incumplimiento supondría la no adquisición del derecho por el destinatario de la atribución (ya como herencia o como legado), incumplimiento atribuible, por demás, a terceros (en este caso, los progenitores). Dado que si los padres se niegan a que el administrador nombrado asuma sus funciones, y deciden administrar los bienes, la condición se tendría por incumplida y, en consecuencia, no llegarían los menores a ser ni herederos ni legatarios. El atributario no tendría manera de controlar el cumplimiento de dicha condición, precisamente en razón de su minoridad

y a que quienes deberían cumplir el hecho en que consiste la condición (en este caso, la abstención a administrar los bienes) serían sus propios progenitores quienes a su vez ostentan su representación legal. La doctrina que ha estudiado el tema en Argentina insiste en que estamos en presencia de una condición, de ahí que se ha entendido que el fundamento de esta disposición testamentaria “[...] reside en evitar que el autor de la liberalidad se abstenga de disponerla si no puede someter los bienes a una gestión distinta de la que corresponde por ley ante la suposición de que el testador o donante está al tanto de circunstancias que le conducen a preferir otra administración en el interés exclusivo del hijo”.¹⁷

No obstante, en el Derecho comparado, el tratamiento es disímil. Así, en el Derecho salvadoreño, su Código de familia regula la disposición del testador como una prohibición impuesta por este a los progenitores del menor, pero que no constituye una condición de la adquisición misma de los bienes atribuidos a título de herencia o de legado (Artículo 277). El Código de familia de Panamá lo cataloga como una disposición u orden del testador (334.1). Los códigos de familia de Honduras y de Costa Rica tampoco le dan el tratamiento de condición (186, segundo párrafo, y 145, tercer párrafo, respectivamente), limitándose a con-

17 Méndez Costa: *Op. cit.*, p. 55. Al parecer, esta posición se abandona en el anteproyecto de Código civil y comercial de la nación en el Artículo 686c, que ofrece una redacción más directa que su precedente. Se trata, sencillamente, de una disposición testamentaria modalizada.

siderarlo una mera disposición del testador, pero sin definirla. El Código civil de Bolivia refiere que se trata de una determinación (274.2), término ambiguo que poco aporta a la verdadera naturaleza jurídica de esta disposición testamentaria. El Artículo 266.4 del Código civil de Uruguay regula esta figura, pero sin catalogarla de condición ni aportar nada novedoso sobre su verdadera esencia.

En todo caso, la exclusión de la administración de los progenitores nos les priva a estos de representar a sus hijos menores en la aceptación de la herencia,¹⁸ a menos que se nieguen a ello, supuesto para el cual corresponderá tal representación al administrador designado por el testador o, en su defecto, al nombrado judicialmente. De todos modos, en el Derecho cubano proyectado sí se deja explícito que el administrador nombrado tiene facultades para representar a los menores en los actos relativos a dichos bienes, tal como explicaré.¹⁹

Ámbito de aplicación subjetiva de la figura. Su utilizabilidad tan solo por los progenitores del menor

El Anteproyecto de Código de familia cubano sí limita la posibilidad de utilizar esta figura tan solo a los

progenitores, o sea, está pensado para el supuesto de cónyuges divorciados que desconfían el uno del otro de la pericia y productividad en la administración de los bienes por parte del progenitor sobreviviente. En buena técnica, no tiene razón de ser que el ámbito de aplicación subjetiva de la norma se limite con exclusividad a los progenitores del menor, pues la misma razón se pudiera esgrimir cuando un tercero,²⁰ distinto a aquellos, quisiera utilizar idéntica fórmula, extendida la exclusión a ambos progenitores. Si lo puede hacer un progenitor frente al otro, por qué impedírselo a aquel testador que ha querido beneficiar a los hijos menores de otros, excluyendo a los progenitores de la administración de los bienes que, de ordinario, les hubiere correspondido. Si un progenitor tiene recelo frente al otro, en iguales circunstancias se podría encontrar aquel testador, distinto al progenitor. En tal sentido, el legislador cubano debería tener como referencia el Derecho comparado, que alude al testador, sin exigir vínculos parentales concretos con el menor beneficiado.²¹

18 Posición que pudiera refutarse doctrinalmente; pero, a mi juicio, el testador de lo que excluye a los progenitores es de la administración de los bienes que les transmite por causa de muerte a los hijos menores de estos, quienes para poderlos disfrutar (los menores) tienen antes que convertirse en herederos o legatarios del causante. Si la atribución es a título de herencia, en ordenamientos como el cubano y el español, a modo de ejemplo, para convertirse en heredero primero, hay que aceptar la herencia.

19 *Vid. infra.*

20 Entiéndase distinto a los progenitores, pues pudiera ser el testador un pariente allegado del menor, *v.gr.*, el abuelo.

21 En ningún ordenamiento consultado se alude expresamente al padre y a la madre como testadores.

Facultades del administrador sobre los bienes

Otro de los tópicos, no menos importante, es el que comprende las facultades de las que es investido el administrador sobre los bienes. En primer orden, a diferencia del resto de los ordenamientos jurídicos, el contenido de la disposición testamentaria no sería meramente negativo o excluyente de la administración de los bienes por el menor, sino a la vez positivo, en el sentido de nombrar un administrador. La fórmula legal que se propone en el ordenamiento jurídico familiar cubano supone el nombramiento de un administrador, o sea, no se trata únicamente de excluir a los progenitores de la administración, sino también de indicar quién va a administrar esos bienes. Empero, ¿qué acontecería si el testador se limita a excluir al otro progenitor de la administración de los bienes, sin nombrar al administrador? ¿Se tendría por ineficaz la exclusión? A mi juicio, no; y, aunque la norma proyectada no lo regula, no cabe duda de que el nombramiento de dicho administrador correspondería al tribunal, para lo cual lo más certero sería el cauce, en principio, de los trámites de la jurisdicción voluntaria. No se le puede imponer al testador el nombramiento de administrador. Si excluye al otro progenitor es porque su intención es que no sea este quien administre los bienes, y le resulta indiferente aquella persona que cautelarmente nombre el tribunal. Y digo indiferente, pues si tuviera un marcado interés por una persona,

la hubiera nombrado expresamente en calidad de administrador. De ahí la posibilidad, aunque no regulada, no prohibida, de poder establecer una delación sustituta; esto es, llamar alternativamente a un segundo administrador para que asuma el cargo en el supuesto de que el primer llamado no quiera (renuncia) o no pueda aceptarlo por razón de enfermedad, emigración, premuerte o discapacidad sobrevenida que le resulte incompatible con el desempeño del cargo. Tómese en consideración que no enuncio a modo de *numerus clausus* los supuestos por los cuales el administrador nombrado no quiere o no puede asumir el cargo, pues pueden existir otras situaciones que le imposibiliten hacerlo.

La administración supone cualquier acto conservativo, de custodia, de gobierno, gestión, gerencia de los bienes de los que es titular del menor. Así, *v.gr.*, darlos en comodato, préstamo, arrendamiento, o velar por el adecuado uso y disfrute por parte del menor. Pero, además, tiene facultades de representación para concertar cualquiera de los contratos enunciados u otros de naturaleza análoga y para aquellos actos que pueden comprometer el patrimonio del menor, por tener naturaleza dispositiva, para lo cual estaría también habilitado el administrador nombrado, siempre que solicite autorización judicial, con intervención fiscal.

A modo de epítome, el administrador tiene plenas facultades para los actos de administración, y para aquellos de disposición, cuando así

fuere habilitado por el testador; pero, en todo caso, previa autorización judicial, una vez probada la utilidad y/o necesidad que el acto dispositivo representa para el menor, previo dictamen fiscal. El Derecho proyectado cubano deja bien explícito que al testador no le es dable eximir al administrador de la solicitud de autorización judicial. Y es lógico, si esa facultad no se les concede a los progenitores, *a fortiori*, no se le puede atribuir a un tercero distinto de estos. Es explícito el marcado contenido de naturaleza pública que tienen ciertos extremos regulados en el Artículo 124 del anteproyecto, entre ellos, el que se comenta. Tratándose de bienes de menores de edad, compete con exclusividad al tribunal valorar si es aconsejable autorizar al administrador la enajenación de un bien de titularidad de dicho menor, de modo que la autonomía de la voluntad cede ante normas de naturaleza imperativa, como aquellas tuitivas del patrimonio del menor; por ejemplo, las de control sobre los actos dispositivos del patrimonio, admisibles tan solo si estos resultan útiles y/o necesarios para la satisfacción de las necesidades de esparcimiento, vinculadas con la vida cotidiana, o de contenido patrimonial del menor.

Por último, en cuanto a la rendición de cuentas, el Derecho proyectado nada establece expresamente; pero, por analogía *legis*, serían de aplicación las reglas establecidas a tal fin en materia de tutela, pues este

administrador actúa como un tutor *ad hoc*, o tutor sobre determinados bienes del patrimonio del menor, y tanto el vigente Código de familia como el anteproyecto de nuevo Código de familia regulan expresamente dichas cuentas en la tutela (artículos 158 y 237, respectivamente), tema respecto del cual resultan omisos el uno y el otro en relación con los progenitores y los bienes de sus hijos menores que administran. En todo caso, sería una rendición de cuentas ante el tribunal competente.

El control judicial del contenido de la disposición testamentaria, excluyente de la administración de los bienes por uno o ambos progenitores del menor

A pesar de que no resulta habitual que en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos se regule el control judicial del contenido de esta disposición testamentaria,²² el sentido común de la doctrina científica que ha estudiado con cierto detenimiento el tema ha llevado a decir que la exclusión a los progenitores o tan solo a uno de ellos, en la administración de los bienes del menor, debe estar justificada, o al menos razonada con toda lógica.

Para Díez-Picazo, “la *lex privata* de exclusión de la administración debe encontrarse fundada en una causa razonable y justa (corresponderá la demostración de que no existió a quien la impugne) y de que no se debe producir laguna sobre la administración”.²³

22 De los ordenamientos jurídicos consultados, ninguno se pronuncia expresamente sobre tal particular.

Es claro el maestro cuando apunta que la causa excluyente de la administración, que desplaza la regla general, para dar paso a la excepción, debe ser razonable y justa, criterio de justicia y de racionalidad que ha de ser valorado por el tribunal, cuando los progenitores o el progenitor excluido se oponga(n) a la disposición del testador. Por esa razón, aduce la necesidad en tal caso de que exista “[...] una orden expresa del disponente: expresa en el sentido de que debe encontrarse la declaración en el negocio jurídico y en el sentido de que debe operar como modalización del acto traslativo”.²⁴ Similar posición adopta Llamas Pombo, quien manifiesta que el disponente debe exteriorizar el “deseo” de excluir a los progenitores de la administración de los bienes que él atribuye a favor de los hijos de aquellos, siempre que lo haga de forma expresa.²⁵ Entre los autores peruanos, Varsi Rospigliosi, quien ha comentado el Artículo 436.1 del Código civil de su país, ha insistido en la necesidad, al menos, de que la manifestación de voluntad testamentaria quede exteriorizada expresamente en el sentido de la exclusión del usufructo legal de los bienes de los menores.²⁶ En la doctrina argentina, similar posición adopta Méndez Costa, para quien, tratándose

de una condición –según el dictado del Código de Vélez Sársfiel–, sin que se exijan fórmulas sacramentales, ha de estar expresamente consignada, de modo que rechaza que esta se establezca implícitamente, cuando, por ejemplo, se le confiere la gestión de los bienes atribuidos a los menores a persona distinta de los progenitores.²⁷

Es claro que esa *communis opinio* sobre el carácter expreso de la manifestación de voluntad del testador o disponente viene dado por la excepcionalidad que supone tal disposición, y porque, además, se requieren causas verdaderamente justas para excluir a los progenitores de la administración que, de ordinario, les corresponde. El Derecho proyectado cubano es diáfano en este orden, cuando enuncia: “En caso de que esta disposición atente contra los intereses del menor de edad puede ser ejercitada la acción de nulidad correspondiente, conforme con la legislación civil, por el progenitor supérstite o por el fiscal”.

Intentemos desbrozar el camino para interpretar adecuadamente el sentido de la norma. El disponente puede manifestar su voluntad de excluir de la administración de los bienes que le atribuye a su hijo (recordemos que la norma cubana propuesta solo admite tal recurso a los progenito-

23 Luis Díez-Picazo: “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”, p. 17.

24 *Idem*.

25 Llamas Pombo: *Op. cit.*, p. 80.

26 Varsi Rospigliosi: *Op. cit.*, pp. 113-114.

27 Méndez Costa: *Op. cit.*, p. 55. No obstante, algunos códigos civiles, como el de Nicaragua (Artículo 250), admiten la exclusión implícita.

res), siempre que se justifique la exclusión, por supuesto en el caso en que el progenitor excluido se oponga a ello, y los argumentos esgrimidos tengan entidad suficiente como para sustentar que la disposición atenta contra los intereses del menor de edad, ya sea porque el administrador propuesto no sea más idóneo que el progenitor *supérstite*, o porque con la exclusión del progenitor *supérstite* se afecta la integridad, o se menoscaba el patrimonio del propio menor, precisamente por las cualidades o condiciones que tiene ese progenitor para velar con especial esmero por los bienes deferidos por causa de muerte, o para incluso ponerlos a producir. La acción dispensada por el legislador es la de nulidad, a mi juicio, porque la disposición atenta contra valores supremos del ordenamiento jurídico como el interés superior del menor, según el dictado del Artículo 3 de la Convención de los derechos del niño, en relación directa con el 67ch del Código civil, precepto este último que, como con acierto ha dicho la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP (Sentencia No. 383, de 23 de diciembre de 2010, tercer Considerando, ponente: González García), “[...] resulta susceptible de crítica al hacer depender la concurrencia de la causal de nulidad de actos jurídicos que contempla al hecho de obrar en contra de prohibición legal, cuando debió simplemente referirse al acto efectuado contrariando lo dispuesto en la ley, es lo cierto que tal prohibición se encuentra implícita y aplicable a la actuación de quienes

lo hacen de manera contraria a la que las normas legales establecen, porque las leyes prescriben modos de proceder y ha de entenderse implícita la prohibición de hacerlo de manera diferente [...]”.

De modo que la propia redacción de la norma propuesta lleva sobrentendida la prohibición de excluir a los progenitores de la gestión de los bienes de sus hijos, atribuidos a título de herencia o de legado, cuando tal prohibición conculca los intereses de los hijos menores. Competerá al tribunal, a instancias del fiscal o del progenitor *supérstite* excluido de la administración, controlar la justeza y racionalidad de la cláusula testamentaria de exclusión, sobre la base de una causa que justifique el actuar del testador. En consecuencia, si bien el testador no tiene que fundamentar en su testamento el motivo por el cual excluye al otro progenitor de la administración de los bienes de sus hijos menores, atribuidos a título de herencia o de legado, las pruebas de tal particular las deberá tener el administrador nombrado, para cuando, una vez fallecido el testador, se impugne la disposición por el *supérstite* excluido de la administración, o por el fiscal, pueda probar las causas que motivaron al testador a pronunciarse de la manera en que lo hizo. Como expone el profesor Prats Albentosa, aunque tal como establece el Artículo 164.1 del Código civil español, deba cumplirse estrictamente la voluntad del testador, no dejará de estar sujeta a los límites que tiene la autonomía

de la voluntad.²⁸ Así, por ejemplo, no podrá nombrarse como administrador a una persona que tenga intereses encontrados con el menor, ni tampoco a otro menor de edad, ni a una persona que ha demostrado inmadurez para administrar su propio patrimonio, ni a un pródigo, solo para citar algunos ejemplos.

Distinción del supuesto en que el padre o madre del menor de edad ha sido excluido *ex lege* de la administración de los bienes de sus hijos, por razón de indignidad o desheredación del progenitor respecto del causante de la sucesión

Un supuesto distinto, aunque comúnmente previsto en el mismo precepto legal, es el que concierne a la exclusión de la administración de aquellos bienes que los hijos reciben en defecto de su progenitor o progenitora declarado indigno para suceder o desheredado por el causante de la sucesión. No se trata aquí, en principio, de una disposición voluntaria del testador, sino de una consecuencia jurídica que la declaración de incapacidad sucesoria por indignidad, o la desheredación, llevan consigo. Declarado indigno uno de los posibles herederos, o desheredado por el testador, es lógico que el Derecho prevea que sea apartado de la administración de esos mismos bienes que, de no haber sido declarado indigno o desheredado, le hubieran correspondido. Lo que se persigue con ello es que,

por vía indirecta, los bienes sean disfrutados por aquellos que, en razón de su comportamiento para con el causante, están incursos en las causales de indignidad sucesoria o de desheredación. Como expone Castán Vázquez, el fundamento de la exclusión, en este caso, no es otro que “[...] evitar que el excluido recoja por un subterfugio la renta de los bienes de que le ha querido privar la Ley, si es indigno, o la voluntad del testador, si es desheredado”.²⁹

Para Varsi Rospigliosi, en la doctrina peruana, “la restricción para participar de una herencia por indignidad o desheredación es total y absoluta, es decir existe una limitación integral a participar de la masa hereditaria, de manera tal que mal podría el indigno o desheredado usufructuar los bienes que sus hijos han adquirido de ellos vía representación sucesoria”.³⁰

En la doctrina argentina, Méndez Costa expresa que el fundamento hay que encontrarlo en la eficacia de la sanción a la que es sometido el indigno o el desheredado, más que en los propios intereses del menor, en tanto que los efectos de estas se verían sensiblemente disminuidos, si por vía indirecta pudiera aprovecharse de los bienes de los hijos (ello en lo que concierne al usufructo) y precisamente el carecer del usufructo llevaría de la mano la falta de incentivación en una administración eficiente de los bienes.³¹

28 Prats Albentosa: *Op. cit.*, p. 471.

29 José María Castán Vázquez: “Comentarios al Artículo 164”.

30 Varsi Rospigliosi: *Op. cit.*, pp. 113-114.

31 Méndez Costa: *Op. cit.*, p. 51.

El tema no es nada sencillo, pues pudiera aducirse que al redimir a los progenitores de la administración de los bienes, se les libera de parte del contenido de la patria potestad, por lo que, más que una sanción, se revierte en beneficio del propio incapaz para suceder.

Opera esencialmente en la sucesión legitimaria, en tanto que, en principio, a falta del hijo legitimario (entre otras causas por desheredación o indignidad), su cuota (de legítima) corresponde a sus descendientes, y en la sucesión intestada por conducto de la representación sucesoria. En las circunstancias de nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo en materia de legítima asistencial, si el legitimario fuera incapaz para suceder *ex* Artículo 469 del Código civil, no necesariamente la porción de legítima que le hubiera correspondido pasaría a sus descendientes, pues en todo caso, como establece el Artículo 493 del propio Código civil, se requeriría el cumplimiento en los descendientes de los mismos presupuestos que debía haber cumplido el hijo del testador para ser considerado especialmente protegido (Artículo 493.1a).

El Derecho cubano regula esta circunstancia en el Artículo 472 *in fine* del Código civil, a su tenor: “El excluido por la ley no tiene la administración de los bienes que, por razón de su incapacidad, hereden sus hijos o descendientes”, fórmu-

la que, en sentido general, recogen otros códigos civiles y de familia iberoamericanos,³² pero inscribiéndose el nuestro entre aquellos que no dan solución acerca de a quién compete la administración de los bienes del menor, cuando careciere del otro progenitor o, teniéndolo, esté suspendido o privado de la patria potestad. Ni tan siquiera el legislador del Código civil estableció expresamente que la administración en tales circunstancias competiría al otro progenitor, pero ello se colige de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico (artículos 82 y 83 del Código de familia, excluido *ex lege* de la administración uno de los progenitores, le corresponderá al otro). De ahí que si el menor carece del otro progenitor, o el único que tiene estuviere suspendido o privado de la patria potestad, tendría que nombrarse en sede judicial un administrador *ad hoc* para tales bienes, dado que no procedería la tutela en la manera en que está concebida en el Código de familia que presupone en el caso de los menores de edad que no estén sujetos a patria potestad, y en este caso el menor sí que lo está con respecto precisamente al progenitor que fue declarado incapaz para suceder al causante de la sucesión. Dada la ausencia de este vacío en el ordenamiento jurídico cubano, el anteproyecto de Código de familia se propone colmarlo creando la fi-

32 Así, los artículos 227, tercer párrafo, del Código de familia de El Salvador y 334.2 de Panamá. En códigos civiles, el 289, tercer párrafo (Ecuador), 266.5 (Uruguay), 293.1 (Argentina), 250.3 (Chile), 436.3 (Perú), 1693.IV (Brasil) y 1881.1a (Portugal), y el 83c del Código de la niñez y de la adolescencia del Paraguay.

gura de una tutela *ad hoc*, en sustitución de un administrador *ad hoc*.³³ Se trataría de un tutor en los bienes, pero no en todos, sino para administrar y representar al menor en los actos jurídicos y en el ejercicio de derechos relacionados con los bienes adquiridos por sucesión *mortis causa*, en las particulares circunstancias a que se contrae el Artículo 472 del vigente Código civil.

Como se explica en la fundamentación del Artículo 240 del anteproyecto, “se incluye así, con carácter extraordinario, una tutela o un tutor sólo para actos de administración y disposición patrimonial, de los bienes tan sólo recibidos por vía hereditaria (del resto de los bienes sigue el padre administrando)”. Como expliqué, se trata de una tutela extraordinaria, excepción de la regla general de que solo los menores que no estén sujetos a patria potestad pueden estar bajo el régimen de tutela (hoy consagrada en el Artículo 138a del Código de familia). Empero, ni el Código civil ni el actual Código de familia ni el anteproyecto de nuevo Código de familia ofrecen como alternativa lo que a todas luces pudiera resultar extremadamente útil, a saber: que el propio testador prevea cómo salvar esta situación, de manera que, al igual que en la solución que se propone en el Artículo 124, se dé riendas sueltas a la autono-

mía de la voluntad del testador, de modo que si este prevé la causal de incapacidad en la que pudiera estar incurso alguno de sus hijos, nombre un tutor *ad hoc* o administrador *ad hoc*, como se le quiera llamar, para que represente y administre los bienes que recibirá el menor, y del cual quedaría excluido su progenitor. De todas formas, la posibilidad de que el otro progenitor administre los bienes siempre estará presente; solo en casos excepcionales, habría que acudir al nombramiento de un tutor *ad hoc*. A fin de cuentas, tampoco hay que dejar de tener presente estas observaciones:

- a) El nombramiento de un administrador o tutor *ad hoc* sería más que excepcional, pues a la particular circunstancia de la incapacidad sucesoria del progenitor, habría que añadir la ausencia del otro progenitor, o la suspensión o privación de la patria potestad en la que estuviera incurso.
- b) La peculiaridad de nuestra legítima asistencial, que hace que no necesariamente el nieto sea tan legitimario del causante como lo es el hijo respecto de él.
- c) La ausencia de la figura de la desheredación en las normas de nuestro Código civil.
- d) La naturaleza tan eventual que pueden tener las causas de incapacidad sucesoria, alguna de las

33 Esta es la posición que se asume en el Derecho argentino, dado que el Código de Vélez Sársfield no prevé ni la designación de administrador por el testador, ni para el caso de que el indigno o desheredado fuere el único progenitor en ejercicio de la administración. En este sentido, Méndez Costa afirma que “la solución legal se encauza por la designación de tutor especial por razonable interpretación extensiva del Artículo 303 y lo establecido en el 397 inciso 3º” (Méndez Costa: *Op. cit.*, p. 52).

cuales, como la muerte provoca-
da al propio testador por uno de
los presuntos herederos, no es
comúnmente tenida en cuenta
por el testador de manera previ-
sora en sus disposiciones testa-
mentarias.

- e) En el Derecho cubano, el supues-
to normativo que prevé el Artículo
472 del Código civil pudiera ser
de aplicación más común en una
sucesión *ab intestato*, por vía de
la representación sucesoria (Ar-
tículo 512, en relación con los
artículos 414.3 y 4 y 521.2, to-
dos del Código civil) que, en una
testamentaria por las razones ya
expuestas y precisamente en la
ab intestato, se destierran previ-
siones de naturaleza voluntaria
por parte del causante, como el
nombramiento de un administra-
dor para los bienes heredados
por un menor, en razón de la in-
capacidad sucesoria de su pro-
genitor.

Sería interesante tener como re-
ferentes las normas contenidas para
similares circunstancias en el De-
recho comparado. Algunos códigos
han intentado acercar los supuestos
que he venido estudiando, de modo
que, amén de la exclusión legal en la
administración de los bienes de los
hijos por sus progenitores, en razón
de su incapacidad sucesoria, se ha
intentado dar más protagonismo al
testador a través del nombramiento
de un administrador en este orden.
Salta a la vista la fórmula empleada
por el legislador español en las mo-

dificaciones al Código civil, en 1981
que, en el Artículo 164.2, establece
alternativas escalonadas, de mane-
ra que tales bienes “serán adminis-
trados por la persona designada por
el causante y, en su defecto y sucesi-
vamente, por el otro progenitor o por
un administrador judicial especial-
mente nombrado”, fórmula trasun-
tada años después por el legislador
del Código de familia de Panamá en
el Artículo 334.2. En este sentido,
Prada González expresa que el le-
gislator español rectifica la posición
asumida en la prístina redacción del
precepto que hacía mutis —tal como
acontece con el Artículo 472 del Có-
digo civil cubano—, respecto a quien
corresponde la administración de los
bienes heredados por el menor de
edad.³⁴

Aunque la norma proyectada no
lo diga expresamente, de la misma
manera que cabe la reconciliación
entre el testador y quien está incur-
so en las incapacidades para suce-
der (salvo la prevista en el Artículo
470 del Código civil), de manera
que el veto que la incapacidad su-
cesoria supone para heredar puede
ser alzado *ad libitum* por el testador
y el hasta ese momento incapaz
para suceder (por indignidad), pue-
de concurrir a la sucesión, a la par
le cabe manifestar expresamente
en el testamento que aun cuando
no puede concurrir a la sucesión por
la causal de incapacidad sucesoria
que le envuelve, es su voluntad que
administre el caudal que en su de-

34 Prada González: *Op. cit.*, p. 301.

fecto pasará a su descendiente, si, al momento del deceso del testador, el descendiente todavía es menor de edad, pues de no serlo le correspondería a él la administración *per se*.

Coincido con Méndez Costa cuando, en el contexto del Derecho argentino, se refiere a la desheredación, lo cual es aplicable también a las causas de incapacidad sucesoria, en el sentido de que el testador puede restringir las consecuencias de la desheredación suprimiendo uno de sus efectos, que es secundario respecto del principal, a saber: la privación de la legítima, pero siempre que así lo disponga expresamente.³⁵ Aunque, menos frecuente, también le es dable hacer lo mismo en sede de incapacidad sucesoria (esencialmente por motivo de indignidad). Pudiera incluso limitarse en el testamento a pronunciarse sobre este particular, sin hacer disposición patrimonial alguna, lo que, si bien es excepcional, no contraviene el orden jurídico.

Por último, respecto de la rendición de cuentas de este tutor *ad hoc* de la administración de los bienes confiados, sería aplicable con mayor razón (pues se trata precisamente de una tutela extraordinaria), tal como he apuntado anteriormente, las normas que sobre dicho particular se establecen en sede de tutela.

BIBLIOGRAFÍA

Borda, Guillermo A.: *Tratado de Derecho Civil-Familia*, t. 2, actualizado por G. J. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008.

Castán Vázquez, José María: “Comentarios al Artículo 164”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. 3, vol. II, 2.^a ed., Edersa, Madrid, 1982, en <http://vlex.com/vid/230486>.

D’Antonio, Daniel Hugo: “Comentario al Artículo 287”, en *Código civil comentado, Derecho de familia*, t. 2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.

Díez-Picazo, Luis: “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. 35, fascículo I, enero-marzo 1982 [s.m.d.].

Llamas Pombo, Eugenio: *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Trivium, Madrid, 1993.

Martínez Sanchiz, José Ángel: “Administrador testamentario de bienes de menores. Legitimación para disponer”, en www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=847&seccion_ver=0 [Consulta: 25 de agosto de 2012]

_____: “Influencia del Derecho público sobre el Derecho de familia”, en *Revista de Derecho Notarial*, no. CXXXII, abril-junio de 1986.

Méndez Costa, María Josefa: *Bienes de los menores. Administración, disposición y usufructo*, Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 1987.

Pérez Gallardo, Leonardo B.: “Comunidad hereditaria”, en *Derecho de Sucesiones*, t. 2, Félix Varela, La Habana, 2004.

Prada González, José María de: “La patria potestad tras la reforma del Código civil”, en *Revista de Derecho Notarial*, no. CXV, enero-marzo de 1982.

Prats Albentosa, Lorenzo: “Las relaciones paterno-filiales (II)”, en *Derecho*

35 Méndez Costa: *Op. cit.*, p. 52.

de familia, bajo la coord. de Vicente L. Montés, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

Varsi Rospigliosi, Enrique: "Comentario al Artículo 436", en *Código civil comentado por los cien mejores especialistas*, t. 3, 3.^a ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

Legislación

Código civil de la República de Argentina, de 25 de septiembre de 1869, con jurisprudencia de la CJSN, ed. a cargo de Luis F. P. Leiva Fernández, La Ley, Buenos Aires, 2009.

Código civil de la República de Bolivia, Decreto Ley No. 12760, de 6 de agosto de 1975, ed. 1998.

Código civil de Brasil, Ley No. 10406, de 10 de enero de 2002, 4.^a ed., ampliada y actualizada hasta el 20 de mayo de 2006, a cargo de Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade Nery, RT Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

Código civil de la República de Chile, de 14 de diciembre de 1855, con citas de jurisprudencia, anotaciones y concordancias, actualizada el 15 de enero del 2009, a cargo de Javier Barrientos Grandón, Editorial Jurídica Santiago de Chile, 2009.

Código civil de la República de Colombia, de 26 de mayo de 1873, puesto en vigor por Ley 57 de 1887, 3.^a ed., Legis Editores S.A., s. l., 1999.

Código civil de la República de Costa Rica, de 26 de abril de 1886 (revisado y actualizado), 9.^a ed., Porvenir, San José, 1996.

Código civil de la República de Cuba, Ley No. 59, de 16 de julio de 1987 (anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo), Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

Código civil de la República de Ecuador, con legislación conexas, concordancias y jurisprudencia, t. 1, actualizado el primero de enero de 2007, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007.

Código civil de la República de El Salvador, de 23 de agosto de 1859, ordenada por Decreto Ejecutivo de 10 de abril de 1860, en *Diario Oficial*, de 14 de abril de 1860, actualizado con sus reformas, Ricardo Mendoza Orantes (ed.), Editorial Jurídica Salvadoreña, 2006.

Código civil del Reino de España, de 6 de octubre de 1888, 24.^a ed., Tecnos, Madrid, 2005.

Código civil de la República de Guatemala, sancionado por el Decreto-Ley No. 106, de 14 de septiembre de 1963, en vigor desde el primero de julio de 1964, Ayala and Jiménez Editores, Guatemala, C. A., 1991.

Código civil de la República de Honduras, sancionado por el Decreto No. 76, de 19 de enero de 1906, Grafi-centro Editores, Tegucigalpa, [s. f.]

Código civil de la República de Italia, de 16 de marzo de 1942, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 1993.

Código civil de los Estados Unidos Mexicanos para el distrito y territorios federales en materia común y para toda la República en materia federal, de 30 de agosto de 1928, ed. concordada a cargo de Jorge Obregón Heredia, Porrúa, México, 1988.

Código civil de la República de Panamá, contenido en la Ley No. 2, de 22 de agosto de 1916, en vigor desde el primero de octubre de 1917, según Decreto No. 95, de primero de junio

de 1917, 3.^a ed., Mizrachi and Pujol, Santa Fe de Bogotá, abril, 1993.

Código civil de la República de Paraguay, Ley No. 1183, en vigor desde el primero de enero de 1987, 3.^a ed., Intercontinental Editora, Asunción, agosto de 1993.

Código civil de la República del Perú, promulgado por el Decreto Legislativo No. 295, de 24 de junio de 1984, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, ed. a cargo de Jorge Palma Martínez, Ediciones y Distribuciones, Lima, 1994.

Código civil de Puerto Rico de 1930, ed. a cargo de Ramón Antonio Guzmán, Santa Fe de Bogotá, septiembre de 1993.

Código civil de la República Dominicana, 8.^a ed., preparada por Plinio Terrero Peña, Editora Corripio, C. por A., Santo Domingo, 1987.

Código civil de la República Oriental del Uruguay, sancionado en 1914, concordado, ed. a cargo de Gustavo Ordoqui Castilla, Ediciones del Foro, Montevideo, 2010.

Código civil de la República de Venezuela, reformado en julio de 1982, Editorial Panapo, 1986.

Anteproyecto de Código civil y Comercial de la Nación, República Argentina (en soporte digital).

Anteproyecto de Código de familia de la República de Nicaragua (en soporte digital).

LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CIVIL CUBANO

*Dra. Ivonne Pérez Gutiérrez,
profesora de la Universidad de La Habana.**

AUNQUE el análisis de la regulación de las medidas cautelares en los procedimientos vigentes, en las distintas materias, excede el propósito de este trabajo, me parece oportuno pincelar algunas ideas que ilustren sobre su presencia en el ámbito procesal cubano, pues, aunque para el contexto no penal resulta algo novedoso, no presenta un mismo desarrollo en todas las materias.

Así, en el proceso penal, aparece perfectamente ordenado con un inventario de las posibles medidas y procedimiento para su adopción. Regula tanto las de carácter real (fianza en efectivo), como moral (fianza moral y obligación contraída en acta) y personal (reclusión domiciliaria y privación provisional de libertad).¹

En cuanto a los procedimientos laborales, aparece una somera mención en el Decreto-Ley No. 176/97, “sistema de justicia laboral”, que, en el párrafo segundo del Artículo 19, preceptúa la posibilidad de que la autoridad facultada adopte “medida cautelar de suspensión provisional del cargo u ocupación y del salario, o el traslado provisional a otro cargo u ocupación por el mismo término

de hasta 30 días hábiles”. Obsérvese que estamos en presencia de un procedimiento de índole administrativa, no judicial; empero, hay dos cuestiones que, en mi criterio, resultan dignas de alusión: primero, se hace referencia a la voz “medida cautelar”, hasta ese momento casi sin utilización por la legislación cubana no penal; y, segundo, la disposición a adoptar se corresponde con la típica del proceso civil referida al cese provisional en una actividad.

Por su parte, el Decreto-Ley No. 241/2006, a través de 12 artículos (del 799 al 810), regula la adopción de medidas cautelares para el ámbito de lo económico; específicamente en el precepto 803, establece seis medidas típicas o nominadas (embargo, secuestro de bienes en litigio, anotación preventiva en registro público, depósito temporal de bienes, aseguramiento de medios probatorios, y suspensión o abstinencia de actividad o conducta determinada) y una última, la fórmula de “cualquier otra medida orientada a garantizar la eficacia del proceso”, reconocida como medida cautelar genérica. Constituye esta la primera articulación de un régimen cautelar

* Además, secretaria de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal, abogada litigante en ejercicio.

1 Cfr. Capítulo II del Título IV de la Ley de Procedimiento Penal (actualizada): preceptos del 245 al 260, que articulan un régimen cautelar propio de este tipo de proceso.

en sentido estricto, pues estipula no solo el catálogo mencionado, sino también un procedimiento específico con pronunciamientos sobre competencia, momentos de solicitud/adopción de la medida, plazo de caducidad de 30 días ante solicitud previa, presupuestos y posibilidades de embargo de bienes y derechos.

Siguiendo esta tónica, pero en sede arbitral, el Decreto-Ley No. 250/2007, “De la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional”, denomina su Capítulo IX como Medidas Cautelares y, en su Artículo 26, reconoce el carácter supletorio de la jurisdicción ordinaria de la ley de procedimiento cubana. Ostenta algunas notas distintivas, entre las cuales pudiéramos indicar que no se pueden adoptar medidas cautelares de manera previa al procedimiento, salvo su solicitud en sede judicial, y que restringe la esfera de aplicación de estas, al estipular que han de recaer “[...] sobre bienes que se encuentren en posesión de las partes o referidas a su actividad”.²

Y centro en el proceso civil la mirada final de este mero repaso, como proceso guía y de aplicación supletoria para los restantes procesos no penales. De manera que la ley rituaria, antes de las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley No. 241, no estipulaba un régimen cautelar, al solo señalar la posibili-

dad de embargar bienes de manera previa o durante la tramitación del proceso en cuestión; pero así obviaba que se trata de una medida destinada a asegurar las reclamaciones de tipo pecuniario, con lo cual un gran grupo de pretensiones carecen de garantía para su consecución.

El procedimiento familiar instrumentado por la Instrucción No. 187/07, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en lo adelante CGTSP, aparece regulado, en el acápite quinto que “en presencia de la expresa situación a que se contrae el Artículo 40 de la LPCA-LE, el tribunal adoptará las medidas necesarias para restablecer la equidad procesal, incluyendo las de tipo cautelar”. Con esta disposición, el órgano gubernativo hace una previsión más que una regulación, en tanto no queda claro a qué medidas cautelares se refiere cuando estipula la adopción de medidas tendientes a restablecer la equidad procesal, incluidas “las de tipo cautelar”, pues a esa fecha no se había establecido un inventario. Situación solventada en la actualidad con la Instrucción No. 216 de 2012, del CGTSP, que establece un específico catálogo precautorio ya atemperado a los requisitos del procedimiento familiar.

Devino trascendental la entrada en vigor, el primero de junio de 2009, de la Instrucción No. 191, del CGTSP,

2 Se trata de que el tribunal arbitral pueda ordenar medidas cautelares, un tribunal disponible para las partes, en tanto se constituye según la nominación de árbitros que formulan estas en sus respectivos escritos de demanda y contestación, por lo que deviene imposible la solicitud y adopción de disposición precautoria previa al procedimiento arbitral (Cfr. Artículo 34 del Decreto-Ley No. 250 y el Artículo 3 de la Resolución No. 12/07, del Presidente de la Cámara de Comercio de la República de Cuba).

mediante la cual se hizo extensiva al proceso civil la aplicación “en lo pertinente” de las medidas cautelares previstas para el proceso económico, situación que retoma y amplía la Instrucción No. 217, de 17 de julio de 2012. Expresamente, consigna que se refiere a las obligaciones “de índole civil”, lo que motiva nuestra preocupación en el sentido de que, con ello, puede vulnerarse la supletoriedad que para los procedimientos administrativos y laborales marca la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en lo adelante LPCALE; máxime cuando un tema tan sensible como los asuntos relativos a la vivienda y a la administración tributaria se conocen y resuelven por la vía del proceso contencioso-administrativo, en el que, por demás, la suspensión del acto objeto del proceso ostenta claros signos cautelares, con fundamento en la urgencia o presumible irreversibilidad del pronunciamiento judicial, por cuanto no se debe correr el riesgo de ejecutar un acto que carece aún de firmeza y, además, otras medidas cautelares, como la anotación preventiva de litis en registro público y la abstención de conducta determinada resultan “dibujadas” para estos tipos de procesos.

Si bien resulta cuestionable la modificación legislativa por medio de instrucción de este órgano gubernativo, pues, en buena técnica jurídica, no es adecuado que una instrucción introduzca modificaciones a una ley o decreto-ley, lo cierto es que este tipo de normas ha engrandecido la práctica del Derecho en nuestro

país, pues aportan soluciones o, al menos, paliativos, a muchos problemas que las lagunas o ambigüedades legislativas ocasionan a la praxis forense.

CATÁLOGO DE MEDIDAS PRECAUTORIAS

De reciente incorporación en la normativa civil cubana, las medidas cautelares casi se desconocen por nuestros operadores jurídicos y, al no contar con una base teórica adecuada, pudiera tornarse un tanto difícil lograr una comprensión de las que tenemos expresamente reguladas en el texto legal, y de esa gran y genérica facultad del tribunal de adoptar una medida innominada.

Una vez conocidas, contamos con nuevas herramientas para lograr la efectividad de la sentencia. Sin embargo, no basta con conocer el catálogo de medidas cautelares y la posibilidad real de solicitar alguna de ellas al tribunal, hay que ponderar cuál es la que corresponde, en particular, conforme a las características propias del proceso y de la pretensión a deducir.

Embargo preventivo de bienes

La doctrina alemana lo prefiere como elemento típico y exclusivo de la ejecución forzosa, distinto de la tutela cautelar. Afirma Kisch que “[...] si yo he hecho un préstamo a una persona y temo que desaparezca su patrimonio, solicitaré el embargo preventivo y si lo prestado es una cosa y existe el

peligro de que no me la devuelva y que la convertirá en dinero, me auxilio de las medidas cautelares”.³ Constituye una medida destinada a asegurar responsabilidades pecuniarias, tal y como reconoce nuestra LPCALE en los artículos 460 y siguientes,⁴ que garantiza una futura ejecución en metálico, por lo que, concretamente, se solicita una inmovilización del patrimonio del destinatario de la medida, en cuanto resulte suficiente y congruente con lo pedido en el principal del proceso. Si lo pretendido en este no fuere dinero, siempre existirá la posibilidad de convertirlo, al tener sujetos sus bienes mediante disposición precautoria.

Su regulación normativa

El embargo constituye la única de las formas de cautela recogidas en la ley procesal civil, antes de la mencionada modificación de 2006, con un procedimiento y presupuestos precisos. Los presupuestos clásicos de las medidas cautelares resultan fácilmente identificables en su regulación. El tradicional *fumus boni iuris* se acredita con la presentación de un documento del que pueda inferirse la existencia de la deuda, en tanto el *periculum in mora* se marca por el riesgo de que el deudor pueda ausentarse del país o pueda hacer desaparecer u ocultar sus bienes, colocándose intencional-

mente en estado de insolvencia e imposibilitando, por ende, la ejecución de la sentencia que en su día se obtenga.

La solicitud de embargo, se admite, en cualquier momento del proceso, incluso antes de iniciado este, en cuyo caso se requiere de la prestación de fianza, a reserva de la ulterior presentación de la demanda. De lo anterior, puede inferirse que el legislador prevé la tradicional caución o contracautela, como un mecanismo para compulsar la promoción de la demanda.

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

En cuanto a los bienes susceptibles de embargo existen limitaciones en la propia normativa procedimental que establece, en *numerus clausus*, una relación de los que resultan inembargables.⁵

La norma regula esta medida no solo para el proceso de conocimien-

3 W. Kisch: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, tr. de la 4.ª edición alemana y adiciones de Derecho español por Leonardo Prieto Castro, vol. IV, Madrid, 1940, p. 375.

4 Artículo 460: “El actor, para asegurar las responsabilidades pecuniarias derivadas de la acción ejercitada o que se proponga ejercitar, podrá pedir, en la forma que se regula en este Título, el embargo de bienes del demandado en cantidad suficiente”.

5 El Artículo 463 de la LPCALE establece: “Podrán ser objeto de embargo, medida cautelar o asegurativa, toda clase de bienes y derechos, con excepción de los que a conti-

to, pues, en determinados supuestos, el demandante ya ostenta un título que avala la existencia del crédito y habilita, por tanto, la vía directa del proceso ejecutivo para lograr su materialización. En tales casos, se advierte el desempeño del embargo en su vertiente ejecutiva, presentándose como requisito indispensable de la demanda que se promoviere, según lo previsto en el Artículo 492 de la LPCALE. Así, se muestra no como una simple medida asegurativa, sino como un elemento intrínseco del proceso ejecutivo.

¿Qué procedimiento se sigue?

Al hacerse extensivo al proceso civil lo dispuesto en materia cautelar para el proceso económico, se produce una doble regulación de trámites para la adopción de embargo preventivo. Pudieran señalarse como denominadores comunes: adopción de medida a ruego de parte, competencia funcional, oportunidades procesales de solicitud

y, en caso de formularse de manera previa, un único plazo de 30 días para la iniciación del proceso, e identificar como elementos discordantes que, para el proceso económico: constituye una facultad del juzgador disponer la contracautela y deviene excepcional la concesión *inaudita altera pars* de la medida; en el civil: es obligatoria la fianza, cuando se solicita el embargo de manera previa al proceso, y únicamente admite la posibilidad de impugnar la adopción del embargo una vez que se haya materializado, o sea, primero se adopta la medida y luego se discute su posible improcedencia, cuando no concurran los requisitos de ley.

De manera que mientras que, en el proceso económico, se traza la regla de contradicción previa al otorgamiento, con materialización mediante la vista, en el proceso civil, se posterga el contradictorio y se limita a la impugnación de lo acordado.

Si bien para la posterior presentación de demanda, la norma con-

nuación se expresan: Los bienes del patrimonio estatal administrados directamente por el Estado y los administrados por empresas y entidades estatales, con excepción de los recursos financieros de estas y los que así se autorice en la legislación especial: 1. el inmueble que constituya la vivienda permanente del deudor; 2. los bienes de propiedad personal destinados al uso imprescindible del deudor; 3. los instrumentos o medios de trabajo de uso necesario para el ejercicio de la profesión, arte u oficio; 4. los vehículos que constituyen instrumentos o medio de trabajo personal; 5. las pensiones alimenticias; 6. las tierras integrantes del mínimo vital y el área de autoconsumo del pequeño agricultor y los demás bienes inherentes a ella, incluyendo los aperos de labranza, los animales y crías de estos". Se trata de una norma de carácter imperativo, ratificada expresamente por el Artículo 807 del Decreto-Ley No. 241 que inserta la perspectiva de que cuando se refiera al embargo de "[...] instrumentos o medios de trabajo de una sociedad mercantil, o vehículos destinados a la actividad empresarial de la misma [...] los mismos pierdan la condición de inembargables". Por otra parte, gana adeptos la propuesta de que, en materia familiar, ante la inexistencia de otros bienes y la reticencia del obligado a cumplir el mandato judicial, pierdan su categoría de inembargabilidad, cuestión que merece detenimiento mayor sobre todo en materia inmobiliaria, para lo cual solo se encuentra regulada la posibilidad de anotación en registro público.

cede idéntico plazo, no resulta de igual talante el momento inicial del cómputo, o *dies a quo*, que para el proceso económico habrá de ser el de la solicitud y para el civil, el de la práctica de la diligencia.

Estas disparidades procedimentales son aparentemente resueltas por el legislador al utilizar la clásica fórmula “en lo pertinente”, de lo que pudiera inferirse que en los procesos civiles ha de seguirse, siempre que exista, el procedimiento propio,⁶ y la diferencia de esquemas procesales ha de subsistir mientras no se conforme un régimen cautelar privativo del proceso civil.

Secuestro de bienes en litigio

Ideado para la conservación de un bien específico que resulta objeto de la reclamación, deviene imprescindible la desposesión y su entrega a un tercero que lo custodie hasta la culminación del proceso; cuando “secuestramos”, incautamos el bien de la esfera de acción del titular. Su finalidad está dada por la conserva-

ción de una cosa específica mueble o inmueble, que resulta la pretensión de un proceso, mediante la “desapoderación” de quien la posee. Así, se garantiza el mantenimiento de la integridad del bien, hasta tanto se produzca la conclusión del proceso, en la búsqueda de que con ello pueda lograrse la ejecución específica de la resolución judicial definitiva.

El secuestro, también ostenta un signo patrimonial, pero subsisten diferencias esenciales con el embargo:⁷ recae sobre cualquier bien que conforme el patrimonio de quien sea, o llegase a ser, demandado en el litigio en cuestión, y que resultare suficiente para la posterior ejecución satisfactoria de la sentencia; por su parte, el secuestro se ejecuta sobre el bien o bienes objeto de litis. Detalle que significa nuestra ley, pues, a pesar de no ofrecer concepto de la institución, sí “apellida” la medida, en tanto no se trata de una simple desposesión: el legislador marca la alusión concreta a que puede dirigirse la precaución contra uno o varios bienes,

- 6 Liliana Hernández Díaz: “En el camino a la reforma del proceso civil cubano: la Instrucción No. 191 del año 2009, del Tribunal Supremo Popular”, ponencia presentada en el V Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2010 (memorias en soporte digital), pp. 384-390. Cfr. artículos 471 y 805 de la LPCALE.
- 7 Mendoza Díaz resulta asertivo cuando enuncia concepto propio y le distingue del embargo: “Esta medida no va dirigida contra cualquier bien del demandado, sino sobre aquellos que constituyen el objeto del proceso, y se trata de una decisión cautelar más agresiva que el embargo, pues implica despojar al demandado del bien controvertido. [...] Las diferencias esenciales entre *secuestro* y *embargo* son que el primero implica una aprehensión material de un bien específico, que es el objeto del litigio, mientras que el embargo recae sobre cualquiera de los bienes del deudor que pueden ser ejecutados. En el secuestro se trata de preservar el bien objeto del litigio tal cual, con el propósito de garantizar un cumplimiento *in natura* de la obligación, mientras que en el embargo se pretende asegurar bienes que permitan, ante la negativa del deudor cumplir su obligación, convertirlos en dinero, y asegura de forma subsidiaria el cumplimiento de la obligación principal” (Juan Mendoza Díaz: “Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano”, en *Boletín ONBC*, no. 29, Ediciones ONBC, La Habana, octubre-diciembre de 2007, p. 11).

pero siempre aquellos que constituyen objeto de litis.

El propósito de esta medida radica en asegurar la ejecución de la sentencia, pero siempre y cuando el *petitum* gire en torno a la titularidad y facultades que de la misma se deriven; por ello, si en el embargo preventivo la prestación a cumplir debía consistir en dinero o en una obligación valorable pecuniariamente, aquí consiste en una obligación relacionada de manera directa con la entrega de un bien.

Depósito temporal de bienes

Obvio el orden seguido en la ley rituarial y damos paso al análisis del depósito, por su semejanza con el secuestro, en tanto ambos persiguen la custodia de bienes; de ahí que se asevere que todo secuestro es un depósito, mientras que todo depósito no constituye un secuestro. La dicotomía estriba en que, en el secuestro, se desconfía del poseedor del bien y, por ello, se busca su protección, entregándosele a un tercero; mientras que en el depósito, el bien puede quedar en manos del poseedor o del solicitante de la medida, con la obligación de preservarlo a resultas del proceso.

En el secuestro, lo que se guarda es la cosa misma en torno a la cual se reclama y, por su parte, en el depósito, se protege cualquier bien que haya sido embargado.⁸ A tono, para la solicitud del secuestro

han de acreditarse el *periculum* y el *fumus*, en un grado poco más que de mera verosimilitud, al tener en la práctica una índole punitiva. Se trata de una medida más “agresiva” y ello ha de valorarse para su adopción.

Anotación preventiva en registro público

Conocida en otros ordenamientos como *anotación de litis*, prefiero la denominación de la norma patria que precisa dos cuestiones: se hace énfasis en el carácter preventivo, no represivo, porque realmente solo informa a los terceros sobre la pendencia de litis; y, al mencionar expresamente los registros públicos en general, no se limita al Registro de la Propiedad, sino que amplía el espectro de utilización de la medida a cualquiera de los existentes en el país: Registro del Estado Civil, Registro Mercantil y Registro de Vehículos, entre otros.

Para el pedido de esta precaución, ha de atenderse a la presentación de la demanda o durante el curso del proceso porque la anotación registral se refiere precisamente a la pendencia de litis y ello con la mayor precisión posible en aras de la seguridad jurídica para terceros. Sin embargo, no se opone a la solicitud previa al proceso, pues si bien se pudiera valorar que para el pedido de esta precaución ha de atenderse a la presentación de la demanda o durante el curso del pro-

8 Aunque no se pronuncia nuestra ley sobre la procedencia del secuestro o el depósito cuando el embargo no resultare suficiente, existe consenso en la doctrina al respecto.

ceso, lo cierto es que el apelativo asignado no especifica al respecto y, en consecuencia, resulta de aplicación la norma general, pues no existen motivos para apartarse de esa genérica posibilidad de obtener la protección de la cautela antes de ejercitada la acción, máxime si tenemos en cuenta la escasa entidad que denota esta medida y el hecho de que, al no estipularse distingo en la LPCALE, puede solicitarse también en la forma cuestionada.

Me refiero a escasa gravosidad, pues esta medida no impide, en sí misma, un traspaso de titularidad, en tanto se limita a darle publicidad a la pendencia de litis, con lo cual advierte a los terceros sobre la posibilidad de retroacción de las actuaciones,⁹ cuestión en la que merece la pena detenerse porque, comúnmente, se interesa asociada a una solicitud de que se restrinja el actuar del registro al cual se dirige la comunicación y ello, a mi juicio, no resulta procedente, ya que el Registro viene obligado por ley a efectuar la inscripción de la nueva titularidad que se le acredite; amén de que la disposición precautoria tiene un destinatario: la contraparte, no el Registro.¹⁰

Limitar la actuación del registro puede resultar provechoso para quien solicita la medida o para la justicia en sí misma, pero no es una medida cautelar de anotación preventiva, salvo que el proceso en cuestión estuviese dirigido contra dicha institución. En todo caso, si queremos que prospere y que su propuesta sea con cabal técnica jurídica, cambiémosle el nombre, en tanto no constituye una anotación, sino otra medida, comprendida en el gran saco de lo genérico.

En cuanto a los presupuestos, si bien señala la ley¹¹ que ha de tratarse de “circunstancias debidamente acreditadas”,¹² no parece resultar de talante extremo, ya que los efectos para las partes son mínimos, al no afectarse ni el uso ni la disponibilidad del bien; de ahí que tampoco en este caso se exija contracautela.

Llamo la atención de que no se pronuncia la norma sobre la validez o no del Artículo 468 que al presente resulta innecesario, pues instituye que para los inmuebles se limita el embargo a librar comunicación al registro correspondiente, en cuyo caso se configura la anotación preventiva de demanda y no se trata de que lo

9 En todo caso, sería prudente recomendar a nuestros clientes que, previo a la formalización de la escritura de traspaso de titularidad, verifiquen en el Registro de la Propiedad si existe litis en torno al inmueble que pretenden adquirir.

10 Pudiere surgir la duda de si no ocurre algo similar con la congelación de cuenta bancaria que, en calidad de embargo, se solicita; pero, con ello no se limita la actuación del Banco, que mantiene en sus fondos el dinero y lo utiliza conforme a los procedimientos bancarios establecidos. Sí le produce una afectación al titular de la cuenta, destinatario de la medida y contraparte en el proceso, que verá inmovilizado su patrimonio y buscará el cese de dicha intervención.

11 En cada ocasión que en este artículo me refiero genéricamente a la norma o a la ley, sin haber formulado acotación al respecto, se trata de la LPCALE.

12 Se establece como presupuesto para todas las medidas cautelares (Artículo 804 de la LPCALE).

trascendental sea la denominación, pero, en buena técnica jurídica, unas a otras no deben solaparse. Si existe una medida con un *nomen iuris* específico, carece de sentido que le solicitemos con otro.¹³

Aseguramiento de medios probatorios

Se trata de una medida de nueva generación que constituye una especie de prueba anticipada con el fin de asegurar la efectividad del proceso.¹⁴ Algunos autores¹⁵ le niegan su carácter cautelar, con fundamento en que no se dirigen a asegurar la efectividad de la sentencia, sino de una fase del proceso; pero, más allá de garantizar la efectividad de la sentencia, se trata de proporcionar una tutela judicial eficaz y se tornaría en utópico su alcance, si carece de fuerza probatoria lo esgrimido por las partes.

El desarrollo y decisión del proceso se encuentra influido esencialmente por la prueba que se ha anticipado, la que se inserta en dicho proceso,

junto a las demás que resulten pertinentes, y contribuyen todas de forma decisiva en la resolución de la litis. Es por ello que, aun cuando la medida se dicte *inaudita altera pars*, los que pueden resultar opositores deben ponerse al corriente de la adopción de la misma, teniendo en cuenta que, de no realizarse de esta forma, se violaría la defensa en juicio de la parte que fuese o resultase contraria, si se realizara la anticipación de la prueba sin su audiencia.

Entre los presupuestos de ley, cobra relevancia el peligro en la demora, en tanto la espera por la iniciación del proceso o por el momento procesal oportuno de práctica de la prueba, podría ocasionar que, a la llegada de la fase probatoria, la prueba que se pretendía anticipar ya no pudiera producirse.

En la legislación procesal patria, hemos contado siempre con la modalidad de los actos preparatorios, en cuya virtud se verifican determinados y específicos medios de prueba de forma previa en los procesos de conocimiento. La medida

13 Artículo 468 de la LPCALE.

14 Aparece, de esta manera, en los ordenamientos revisados: Ley de Enjuiciamiento Civil española; Anteproyecto nicaragüense de 2008; Código procesal civil y comercial de la nación de Argentina; códigos de procedimiento civil de Venezuela, Ecuador y Perú; Código procesal civil de Costa Rica; y Código general del proceso del Uruguay.

15 Mantecón Ramos ofrece solución cuando asevera que “con la prueba adelantada se produce, ciertamente, una colisión de valores. Una apreciación objetiva de esta institución, un examen desde el punto de vista axiológico, permite confirmar que aquí la técnica procesal privilegia o coloca el valor eficacia por delante de otros valores, como el valor igualdad, por ejemplo, y ello resulta así porque cuando se admite que se violente la temporalidad del litigio, anteponiéndose actos de averiguación a los de alegaciones, se persigue un ideal de eficacia frente al cual cede terreno el criterio de igualdad, aun cuando se trate de rodear de garantías las diligencias de prueba adelantadas” (Ariel Mantecón Ramos: *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil*, Ediciones ONBC, colección *De Juris*, Ciudad de La Habana, 2010, p. 77).

cautelar de aseguramiento de medios probatorios amplía el espectro de aplicación a todos los medios de prueba y a todos los procesos, además de que confiere la posibilidad de su solicitud después de la iniciación del proceso. Asimismo, ambas instituciones procesales presentan como nota característica la instrumentalidad, que se manifiesta en la relación de dependencia que ostentan respecto a un proceso principal.

Resulta necesario especificar en la solicitud si se hará como acto preparatorio o como cautelar probatorio, pues, nuevamente, se presentan diferentes cauces procedimentales; a mi juicio, la petición ha de llevarse por la fórmula más amplia, en este caso, la de lo precautorio; pero, téngase en cuenta que nada obsta para que se interese como acto preparatorio, pues los requisitos son menores y se resuelve sin escuchar al destinatario —o de plano, como señala el Artículo 220—, mientras que, como medida cautelar, ha de regirse por la observancia de los presupuestos y procedimiento del Decreto-Ley No. 241.

Suspensión o abstención de actividad o conducta determinada

Regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, en el Artículo 727.7, como “la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad, la de abstenerse

de llevar a cabo una conducta, o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo”, por lo que comprende en sí misma tres posibles medidas de índole negativa y positiva. El legislador cubano eligió una denominación más sencilla: “suspensión o abstención de actividad o conducta determinada”, pero, en definitiva, comprende semejante terna de posibilidades.

Con su interposición, se pretende impedir que se modifique o cambie un estado de hecho existente, hasta tanto se obtenga la resolución judicial con que concluya el proceso. No va dirigida contra los bienes directamente, sino hacia el estado de estos y la situación de las personas, puesto que lo perseguido resulta ser la inmovilización del *statu quo* de determinados bienes o situación jurídica durante el desarrollo y culminación del proceso. Su utilización como medida cautelar se ve dificultada por su efecto de conminar a las personas a que mantengan intacto el estado de los bienes, cuando conocen que, de hacer lo contrario, no les acarreará consecuencia alguna, salvo que, de conjunto, se le nombre depositario de dichos bienes.

Se estila, generalmente, para el caso de obligaciones no pecuniarias, de hacer o de no hacer y la considero perfilada, en el contexto patrio, para la protección de la propiedad intelectual,¹⁶ aunque también pudie-

16 En la actualidad, la mayoría de los países establecen normas para la regulación jurídica y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. El Decreto-Ley No. 203/00, “De

re interesarse en sede familiar, en reclamaciones para la defensa de los derechos inherentes a la personalidad y en procesos resarcitorios.

Medida genérica

La ley procesal cubana contiene varias normas de remisión legal o clásico “saco”¹⁷ como cierre y trata con ello de subsanar cualquier omisión en las enumeraciones. De manera que no sorprende la inclusión de la medida cautelar indeterminada o “poder cautelar general”, con lo que se amplía el margen de las facultades del tribunal, se ensancha el arbitrio judicial.

Con esta autonomía o discrecionalidad judicial, el legislador ha facultado al tribunal para que elija, previo cumplimiento de los requisitos exigidos, aquella que sea más necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia. Discrecionalidad, que no arbitrariedad, la propia norma señala que la medida ha de estar “orientada a garantizar la eficacia del proceso”.

En relación con la subsidiariedad de esta medida, el Decreto-Ley No. 241 no hace prevenciones al respecto, por lo que pudiera entenderse que:

- a) Existe libertad del solicitante para acudir a la medida indeterminada, la norma no le obliga a agotar las típicas;
- b) Autonomía del órgano juzgador para adoptar la medida que considere, ya sea de naturaleza patrimonial o personal;
- c) Puede adoptarse más de una medida cautelar y de diferente clasificación, conforme a su reconocimiento legislativo.

¿Puede el tribunal disponer, entonces, cualquier medida cautelar? La respuesta es afirmativa, con algunas condicionantes: cumplimiento de los presupuestos y principios que informan la tutela cautelar; entre ellos, la necesaria rogación de parte, ya que solo en el ámbito familiar pueden los jueces disponer de oficio medidas precautorias.

Esta medida amerita un deteni-miento mayor y posterior, pues, a falta de un inventario propio del proceso civil, sirve de “comodín” que correlaciona la sabiduría de las partes y de los jueces a las circunstancias del caso en concreto, en aras de encontrar aquella disposición que mejor asegure el resultado procesal,

marcas y otros signos distintivos”, en el Artículo 130, establece un conjunto de medidas provisionales que pueden ser solicitadas por las partes al tribunal antes de iniciar la acción, conjuntamente con ella o con posterioridad y, en caso de hacerlo de manera previa, estipula la prestación de fianza suficiente. No corre igual suerte la Ley No. 14/77, “Ley del Derecho de Autor” que, en virtud de lo regulado en el Artículo 50, solo resulta sancionable por la legislación penal.

17 Recuérdese, *v. gr.*, el Artículo 6, referido a la competencia del tribunal provincial para aquellos asuntos que no la tengan expresamente atribuida; Artículo 11, de las reglas especiales de competencia; Artículo 124, funciones del juez ponente; Artículo 199, definición de costas; Artículo 216, actos preparatorios; y Artículo 223, reclamaciones en proceso ordinario, entre otros que pudieran encontrarse.

tal como ha venido haciéndose en los procedimientos familiares en los que la creatividad judicial favoreció la adopción de medidas sin precedentes en el contexto cautelar tradicional.¹⁸

DESTELLOS CAUTELARES EN NUESTRA LEY CIVIL

Para cualquier visión de futuro, debemos partir de lo precedente y, por eso, no quiero pasar por alto un somero examen de lo regulado en nuestra antigua LPCAL. De una simple lectura, se advierte la inexistencia de un régimen cautelar perfectamente concebido, encontrándose un reducido número de medidas que, además, se encuentran dispersas. Si bien establecía el embargo de bienes con una específica naturaleza asegurativa, con su análisis no se agota la regulación cautelar existente, pues se identifican en el texto normativo una serie de instituciones procesales, que poseen cierta nota precautoria.¹⁹

En el proceso sumario, en los casos de alimentos, se presenta una figura procesal con indudable carácter precautorio o asegurativo: la pen-

sión alimenticia provisional. El órgano jurisdiccional, al tener en cuenta la vulnerabilidad del derecho debatido y las graves consecuencias que pudieran derivarse de su insatisfacción, podrá autorizar, antes de dar traslado al demandado, una pensión alimenticia provisional que deberá ser abonada mientras se sustancie el proceso (Artículo 369, segundo párrafo). En la adopción de esta medida, existe una actuación de oficio del tribunal en la búsqueda de elementos probatorios, lo que se justifica por la necesidad de tutelar inmediatamente el derecho del alimentado, pues la prolongación de su estado de insatisfacción provocaría perjuicios irreparables. La pensión alimenticia estipulada en el marco del proceso sumario constituye una auténtica medida con efectos anticipativos.

Asimismo, se pueden constatar medidas anticipativas en el proceso especial de divorcio, relativas a la guarda y cuidado de los hijos menores y a la pensión alimenticia que corresponda a estos y al otro cónyuge, según el caso. La proposición de tales medidas deviene cuestión preceptiva a constar en la demanda. El tribunal procederá a su adopción

18 Cuestión analizada en los diferentes talleres de procedimiento familiar y en los encuentros Justicia y Derecho.

19 El cuarto *Por cuanto* de la Instrucción No. 191 reconoce: “La regulación de las medidas cautelares en el procedimiento civil se construye en la vigente Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico al acto preparatorio del proceso de conocimiento de naturaleza cautelar a que se refiere el artículo doscientos dieciséis, apartado segundo; al embargo de bienes regulado en el Libro Segundo, Título Séptimo; así como al embargo provisional en caso de alimentos que prescribe el artículo trescientos sesenta y nueve, párrafo segundo, de dicha ley, lo que deriva en extrema limitación a los efectos del aseguramiento del ulterior cumplimiento de las obligaciones de índole civil declaradas por sentencia firme”.

previa audiencia de la parte demandada, con lo cual también se abandona el dictado *inaudita pars*, típico de las medidas cautelares (artículos 382 y siguientes).

Resulta peculiar la modalidad de cautela adelantada que se configura en el ámbito de la expropiación forzosa y que opera en atención al destino de los bienes objeto de litis. La normativa procesal prevé la posibilidad de conferir, a instancia de la parte actora, la posesión de los bienes que serán expropiados (artículos 430 y 431).

Las diligencias preventivas del proceso sucesorio constituyen una forma concreta de cautela, establecida ante el peligro de sustracción u ocultación de determinados bienes, documentos o libros, una vez producido el deceso de su titular (artículos 527 y siguientes). Resulta evidente la finalidad cautelar de las diligencias preventivas, en tanto tienden a la conservación y aseguramiento de ciertos bienes, en función de garantizar la efectividad del proceso sucesorio que se inicie. La vida de estas diligencias se encuentra condicionada a la iniciación del proceso en el plazo perentorio establecido en la ley, pues, de lo con-

trario, se procederá a la distribución con fines sociales de los bienes asegurados. Aquí, también surge una dificultad de tipo procedimental, pues cabría preguntarse si, conforme a las regulaciones actuales, se pueden, o no, solicitar estas diligencias de inventario y designación de gestor depositario, conjuntamente con la demanda o en momento posterior. A mi juicio, nada obsta para que así sea; pero, entonces, el procedimiento a seguir será el estipulado por el Decreto-Ley No. 241.

Por último, llama la atención que el legislador hace mención a las *medidas cautelares* y ello de manera reiterada. El Artículo 217 de la LPCALE hace mención al “[...] depósito o secuestro como *medida cautelar*”; el 463, al hablar de los bienes inembargables, establece que “podrán ser objeto de *embargo, medida cautelar o asegurativa* [...]” y, en el Libro Tercero, “Del proceso de ejecución”, también alude a ellas, en los artículos 481 y 492.²⁰

Obsérvese que nos trae a colación las medidas asegurativas en el proceso de ejecución, a semejanza de los alemanes, y para cualquiera de los títulos ejecutivos, ya judicia-

20 Artículo 481: “Si el que hubiere obtenido a su favor la ejecutoria no instare para que se cumpla, el condenado podrá solicitar que se señale un plazo para que lo efectúe, apercibido de que se dejarán sin efecto las *medidas cautelares* que se hubieren adoptado. Transcurrido el plazo sin que el ejecutante hubiere instado en el sentido expresado se entenderán canceladas *dichas medidas cautelares*; pero el ejecutante podrá instar de nuevo la ejecución mientras no haya prescrito la acción”. Artículo 492: “La demanda se formulará en los términos establecidos en el artículo 224. El actor solicitará al mismo tiempo las *medidas cautelares o de aseguramiento* que correspondan a su derecho. A estos efectos, el ejecutante deberá señalar, bajo su responsabilidad, los bienes de la propiedad del ejecutado que, en su caso, habrán de ser objeto de *embargo u otra medida cautelar o asegurativa* en defecto del pago inmediato, en el acto, de la cantidad reclamada”.

les, ya extrajudiciales. De cualquier manera, los pronunciamientos sobre medidas cautelares, sin haber hecho antes mención alguna a las mismas, evidencian que, al reconocerlas, estaba consciente el legislador de su necesaria existencia y que buscaba de alguna manera subsanar su “involuntario” olvido.

EL NUEVO “PROCEDIMIENTO”

Con un análisis de *lege data*, lo primero que salta a la vista es la denominación del Capítulo X, “Del embargo y otras medidas cautelares”, con lo cual el legislador retrocedió a los postulados de la escuela alemana, que veía al embargo como la figura prístina y no como una de las medidas.

Desde el precepto inicial, se aprecia un contrasentido en la norma que confiere posibilidad de requerir medida exclusivamente al “actor principal o reconvencional”,²¹ con lo cual pareciera que habría que esperar a la demanda para interesar tutela cautelar. Apréciase la necesaria instancia de parte, pues no se pronuncia la norma sobre la posibilidad de adopción de medida *ex officio* y, donde la ley no distingue, no cabe distinción. De manera que debió aclararse en la Instrucción No. 191 o en la 217, la posibilidad de que el tribunal adopte medidas sin que medie solicitud de parte en aquellos casos de marcado interés social (familiar, laboral

y otros), aunque desde el propio Decreto-Ley No. 241 se pudo prever porque en el proceso económico también se ventilan asuntos de tal índole, a saber, los referidos a la protección del medio ambiente y los litigios que surjan con motivo de los daños y perjuicios originados a terceros en su actividad económica (artículos 741 y 742). Además, es inadecuada la denominación de “actor” por cuanto, al interesarse la medida de manera previa a la demanda, todavía no se ha iniciado el proceso ni configurado la relación jurídica procesal; el término “solicitante” comprende cualquier caso, pues pudiese serlo tanto el “actor” como el “demandado”, máxime en aquellos casos en que se franquea la medida cautelar con audiencia previa.

El escrito de solicitud

No se preceptúan formalidades en cuanto al contenido de la solicitud, cuando se realiza de forma previa a la demanda, por lo que deberá atenderse a la formulación general de los artículos del 107 al 114 de la LPCALE y, en imitación a los requisitos que estipula el Artículo 224, se pudieran precisar los siguientes:

- Referencia al proceso que se pretende establecer, a fin de que el tribunal pueda apreciar la relación de instrumentalidad que, como regla, existe entre una medida cautelar y el proceso principal, y la proporcionalidad entre ambos pedimentos.

21 La propia ley, en el Artículo 216, referido a los actos preparatorios, utiliza el término “promovente”, que resulta mucho más adecuado para el empeño.

- Narración de los fundamentos o particulares que sustentan la solicitud y de las razones que motiven la urgencia de que la medida sea adoptada sin audiencia de la otra parte, en caso de que así se inste.
- Petición específica de cautela. Aunque el Artículo 803 señala que “[...] el tribunal podrá acordar” y, a continuación, enumera las medidas, con lo cual pudiera colegirse que se admite un *petitum in generico* para que el órgano judicial disponga la que considere adecuada. No obstante, me inclino por una petición concreta, a semejanza de la pretensión y para que el tribunal gane en claridad en cuanto a lo pedido.
- Ofrecimiento de contracautela, si fuere procedente.
- Proposición de los medios acreditativos de la situación jurídica cautelable, mediante la fórmula de los otrosíes, pero con una arquitectura afín a la de los hechos que soporten la medida que específicamente se solicita.

Presupuestos y caracteres

En relación con la prevención de los presupuestos necesarios para que se configure la posibilidad de adoptar medida cautelar, Mendoza Díaz comenta:

“La normativa cubana se aleja del tradicional tratamiento de los presupuestos exigidos para la adopción de

las medidas cautelares. En el mismo Artículo que reguló el *periculum*, el legislador colocó un *fumus boni iuris* exigido solo para las reclamaciones de pago. En lo que a cautela respecta, se trata de una decisión potestativa del Tribunal, por lo que pierde la categoría de presupuesto que la doctrina y otras legislaciones le conceden.

En lo concerniente al *periculum*, la norma no se limita exclusivamente a la amenaza que pueda gravitar el cumplimiento efectivo de la sentencia, sino que abarca cualquier riesgo que para los intereses del actor pueda acarrear el establecimiento del proceso”.²²

Dejo sentado que la norma concierta como único presupuesto el que reside en la existencia del peligro; pero late la preocupación en cuanto a que las circunstancias que han de concurrir, para configurar la situación jurídica cautelable, deben ser “debidamente acreditadas”,²³ y, con ello, se *esfuma* la posibilidad de que se conforme el *periculum* abstracto. De esta manera, no se presume el daño por demora, sino que ha de quedar evidenciado “el riesgo cierto de daño irreparable”. La esencia radica en determinar el alcance de la frase “debidamente acreditada”, pues ello implica una vasta utilización de los medios de prueba, cuestión absolutamente impropia de lo cautelar en que no se demuestran hechos, sino

22 Juan Mendoza Díaz: “Un acercamiento...”, p. 7. En relación con el riesgo, añade el autor que no especifica la norma, si se trata de un riesgo presente o futuro y que “esta formulación tan abierta posibilita que se pueda alegar la presencia del *periculum* sin asociarlo necesariamente a un futuro incumplimiento del fallo dispuesto”.

23 Artículo 804 de la LPCALE.

indicios.²⁴ Con tal preceptiva, se aleja nuestra norma del típico procedimiento de lo cautelar, ya que esta búsqueda de certeza, que no verosimilitud, solo resulta posible con una amplia *cognitio* y régimen de pruebas.

Ad mayor abundantia, una moción de orden en el aspecto formal: el legislador enuncia previamente las medidas cautelares y, luego, los presupuestos. Se debe partir de un supuesto de hecho para, después, referirse a las consecuencias. Primero, presupuestos; a continuación, las medidas cautelares porque, siempre que se verifiquen, existirá la posibilidad de solicitar tutela cautelar.

Relativo a los caracteres, me place reconocer que emergen fácilmente de la ley: jurisdiccionalidad, cuando el Artículo 799 regula la posibilidad de que se adopte medida por órganos judiciales y arbitrales; instrumentalidad, Artículo 800, al marcar la dependencia funcional del proceso principal; Artículo 805, cuando corre traslado de la solicitud y cita para vista; y variabilidad, Artículo 806, al preceptuar la sustitución, modificación o revocación de la medida.

Procedimiento

Sin aspirar a una exégesis exhaustiva de la norma, me limito a precisar aquellas cuestiones que pudieren, a mi juicio y salvo mejor criterio, enriquecer el procedimiento establecido con los comentarios a lo regulado en los artículos del 799 al 806 de la ley rituaría.

- a) Establece la clásica competencia funcional,²⁵ típica de los incidentes, y al no consignar reglas específicas habrá de atenerse a lo establecido en los preceptos del 21 al 36 de la LPCALE; empero, con ello, no se resuelve sobre la validez de medida adoptada por tribunal incompetente, que habrá de reputarse como eficaz hasta que se adopte otra.²⁶
- b) Reconoce la posibilidad de impletrar la medida preliminarmente, con la demanda, y en cualquier estado del expediente. Para el caso de la postulada en forma previa, reglamenta su decaimiento con el decurso del plazo de treinta días sin que se haya presentado demanda.
- c) En cuanto a la enumeración de las medidas, no establece un orden o

24 Un poco más clara pareciere la redacción del Artículo 816, al enunciar que “la parte que haya solicitado el embargo, debe presentar las pruebas indiciarias que acrediten la legitimidad de su derecho [...]”. Sin embargo, Mendoza Díaz ha reiterado que “este particular se ha prestado a muchas confusiones, al tratar de hablarse de una *prueba indiciaria* y con ello se ha llevado a la creencia errónea de que el indicio es un medio de prueba; a esto contribuyeron autores de crédito, que comenzaron a hablar en su momento de una supuesta prueba indiciaria. [...] Con lenguaje particularmente gráfico Eisner los califica como huellas de un hecho principal o excrecencias de estos de la demanda” (Juan Mendoza Díaz: “La prueba en el proceso civil”, artículo en soporte digital, cortesía del autor).

25 Artículo 800. “Es competente para conocer de la solicitud de medida cautelar el tribunal que lo sea para conocer de la demanda principal [...]”.

26 El único pronunciamiento al respecto lo ofrece el artículo 32, cuando expresa que el tribunal “[...]” podrá practicar, a instancia de parte, cualquiera actuación que sea absolutamente necesaria y de cuya dilación pudieran resultar perjuicios irreparables”.

gradación que permita distinguir las más leves de aquellas mejor dotadas de una fuerza coercitiva, ni ofrece un breve concepto de cada una o, al menos, una definición de sus efectos que facilite su diferenciación y cabal utilización en aras de la efectividad judicial. Del mismo modo, no queda claro si pueden adoptarse pluralidad de medidas, pues no obra pronunciamiento al respecto y, en cuanto a la innominada, rige, al parecer, el criterio de supletoriedad.

- d) Al exigirse debida acreditación de la situación jurídica cautelable, se requiere de la utilización de los distintos medios de prueba previstos y, sin embargo, no se regula cuestión alguna referida a su posible impugnación.
- e) No se prevé la posibilidad de rechazo de plano o inadmisibilidad de la solicitud, en consecuencia, ha de considerarse la admisión de la solicitud implícita en la providencia que confiere traslado de esta, lo que refuerza la omisión de formalidades de la petición.
- f) El legislador patrio estipula la conversión de la medida asegurativa en ejecutiva, cuando se requiere la ejecución de la “resolución judicial estimatoria de la pretensión objeto de aseguramiento”; pero, apréciase que sitúa como requisito el requerimiento de ejecución, a pesar de que el beneficiado con la sentencia cuenta con el plazo de un año²⁷ para su petición, lo que coloca a la jus-

ticia en una posición de riesgo porque, o se mantiene con vida la medida, a resultas de que se reclamare la ejecución, so pena de que en el decurso del año, no se hubiere hecho, o se deja sin efecto, a expensas de que se inste nuevamente su adopción.

Entran en contradicción postulados sedentarios en materia cautelar:

1. Que la medida es provisional tiene una duración limitada por el propio surgimiento de la resolución que pone fin al proceso, en cuyo caso no ha de perdurar *a posteriori*, le queda vedada la posibilidad de un mantenimiento indefinido.
2. Que la adopción de precauciones responde a la necesidad de expedida protección, en aras de garantizar la eficacia del pronunciamiento judicial, por lo que, hasta que efectivamente se realice, no se habrá cumplido cabalmente con la encomienda asegurativa.

En esta línea de pensamiento, extinguir la cautela dispuesta para que luego se solicite nuevamente carece de sentido común y de franca inobservancia de la más elemental economía procesal. La norma no ofrece solución exacta, pero pudiere aplicarse técnica similar a la prevista para la ejecución de sentencias y transacciones judiciales, en las que ha de tramitarse, a petición de parte interesada, en el entendido de que resulta ser quien se beneficia con dicho pronunciamiento judicial; sin embargo, puede suceder que, finalizado el proceso, no exhorte a la ejecución, en cuyo caso, subsistiría

27 Artículo 806 de la LPCALE en relación con el 116b del Código civil.

la medida cautelar dispuesta. Para que no permanezcan sus efectos, el legislador encontró la fórmula²⁸ de que el propio condenado solicite al tribunal la concesión de un plazo al favorecido con la ejecutoria para que inste, so pena de que, de no hacerlo, sean canceladas las medidas cautelares, sin perjuicio de que aún se encuentre en curso el plazo para reclamar la ejecución, de no haber prescrito su acción. En definitiva, si el objetivo de la tutela cautelar resulta asegurar la eficacia práctica de la resolución judicial definitiva, esta eficacia solo podrá alcanzarse si se conserva la medida cautelar.

UN ENFOQUE CONCLUSIVO

En lo que a medidas cautelares respecta, en el contexto patrio, se ha vulnerado absolutamente la jerarquía normativa: un decreto-ley se instituye como norma rectora frente a una ley, todo ello en virtud de una instrucción, y ninguna las contempla de forma íntegra y generalizadora; contrasentido urgido de imperiosa solución. Pudiera decirse que, con

las instrucciones 191 y 217, estamos en presencia de “normas de acomodo”²⁹ que no han de gozar de permanencia, pues lo que buscan es contemporizar las diferentes regulaciones en sede cautelar y suplir un vacío legislativo, pero sin una propuesta concreta que solvete las posibles contradicciones.

Así, dichas instrucciones solo nos “remiten” al régimen cautelar de lo económico, pero sin armonizar los procedimientos vigentes, pues se produce un conflicto de leyes con las disposiciones relativas al procedimiento del embargo y las diligencias del proceso sucesorio. Ello ha traído como consecuencia desórdenes en la praxis forense, dado que los jueces, en muchas ocasiones, se muestran inseguros con el camino a seguir y los abogados litigantes temen desatinar ante lo desconocido o enrevesado.

Para suerte de quienes aplicamos el Derecho, una vez más, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular cubano nos salva de la indefinición al establecer un específico catálogo precautorio para el ámbito familiar, a través de su reciente Instrucción No. 216, de 17 de mayo de

28 Cfr. Artículos 474 y 481 de la LPCALE.

29 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 9.ª ed., Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1997, p. 106. Según estos autores, constituyen “normas de transición o normas de Derecho transitorio, que son normas de carácter formal, en cuanto que no regulan ellas mismas de una manera directa la realidad, sino que son normas de colisión que tratan de resolver los conflictos intertemporales. Son, por consiguiente, normas de remisión a otras normas. Esto es, normas indicativas de las normas que deben ser aplicables”, y comentan que se trata de conceptos asociados al principio de irretroactividad de la ley civil y que pretenden resolver el tránsito de una legislación a otra. Conceptualización esta referida a las disposiciones transitorias de cualquier norma jurídica, pero que se aviene al espíritu que informa la labor legislativa del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

2012. Contamos ahora con una valiosa herramienta procesal ajustada a los cánones de un procedimiento que, aunque aún se ubica en el contexto civil, tiene naturaleza propia; nos resta solo utilizarlas.

Por otra parte, aunque grandes son los méritos del Decreto-Ley No. 241, he acotado algunas deficiencias, en tanto nos enseñó un posible régimen cautelar, pero no contiene previsiones relativas a la falta de competencia, ni se ofrece solución al conflicto competencia-urgencia, no propone un dibujo adecuado de los presupuestos que obliga a desentrañarlos, no se establecen las formalidades del escrito de solicitud y no se pronuncia con lógica procesal sobre la vigencia de la medida adoptada una vez concluida la etapa cognoscitiva, ni sobre los procedimientos familiares necesitados de medidas especiales, al solo prever –como lógico resulta– medidas relacionadas con *themas decidendum* de carácter económico, en tanto el catálogo fue diseñado para el proceso económico, no para el civil.

Todas estas cuestiones se pretenden solventar con la propuesta de su empleo “en lo pertinente”, cual fórmula mágica de ingeniería procesal que resuelve los conflictos; pero, ¿qué se entiende por *pertinente*? Considero que ello implica una labor subjetiva de ponderación y depende,

entonces, su utilización del concreto órgano juzgador de que se trate.

A mi juicio, la dificultad estriba en determinar si, en estos casos, resulta de aplicación la ley específica, en el presente supuesto –la civil–, o el decreto-ley que contiene pronunciamientos de avanzada sobre la institución, por lo que hemos de recurrir a lo que Mendoza Díaz ha dado en llamar “supletoriedad inversa”,³⁰ en el sentido de que venimos obligados a valernos de la ley especial, ante la carencia de regulación por la norma general o modelo; empero, el mayor escollo radica en que una norma remite a la otra y ninguna resuelve con exactitud, con lo que surge el conflicto de la indeterminación que impone la exigencia de una nueva y omnicomprensiva regulación normativa.

A guisa de cierre, pudiera aquilatar que, aunque otras instituciones, como la tutela anticipatoria y las medidas autosatisfactivas, bajo el rubro de “tutela judicial urgente”, salen a la palestra procesal, en Cuba permanecen en el anonimato. Por su parte, las medidas cautelares han recibido un valioso incremento de atención desde el punto de vista normativo en el último lustro, pero aún resulta insuficiente el procedimiento instituido y deviene imperativa una modificación que dote al proceso civil de un régimen cautelar propio y general que armonice los mejores criterios que concurren en sede cautelar.

30 Término acuñado en sus intervenciones en diferentes eventos internacionales, como los congresos de Derecho procesal y Justicia y Derecho, y en las conferencias de pregrado.

LA ACCIÓN SUBROGATORIA COMO PROTECCIÓN AL DERECHO DE CRÉDITO

*Esp. Aniley Vento Domínguez,
presidenta del TMP de Sandino, Pinar del Río.*

LA acción subrogatoria encuentra su fundamento legal en el Código civil cubano en el Artículo 111, inciso f, constituyendo una posibilidad de acción trascendental para lograr preparar el camino para el cumplimiento efectivo en la práctica cubana del Derecho de crédito, a pesar de que no es frecuente su invocación. Esta acción, para algunos, de carácter conservatorio y, para otros, ejecutiva, no posee una adecuada regulación legal y no tiene en la práctica judicial cubana una materialización por parte de los operadores del Derecho, donde el desconocimiento ha propiciado su no uso y utilización como vía efectiva para la protección del Derecho de crédito.

A pesar de las investigaciones y discusiones realizadas en torno a la acción subrogatoria y sus orígenes, la respuesta concluyente se mantiene nublada. Al parecer, los orígenes deben situarse en el Derecho intermedio francés, pasando por el Código Napoleónico, hasta llegar a la inmensa mayoría de las legislaciones de América Latina.

El Derecho romano no conoció de manera general una acción subrogatoria que permitiese a los acreedores ejercitar acciones contra los deudores de su deudor para cobrar

los créditos insatisfechos. Esta acción solo aparece reconocida para el caso de los créditos derivados de negocios bancarios, que, sin duda, por su fecha tardía y por las excepcionales circunstancias que lo motivaron, no ha sido contemplado por la doctrina. En la tradición romana, solo se podía llegar al ejercicio de acciones que correspondían a un deudor a través de otras soluciones que no suponían una auténtica subrogación

ACCIÓN SUBROGATORIA

Al analizar el propio concepto de obligación y explicar su construcción jurídica, a través de la inseparable relación de deuda y responsabilidad que la integra, se reconoce la protección que se le ofrece *per se* al derecho del acreedor. Esta protección ha sido siempre un elemento consustancial a la obligación misma; el mero hecho de constituirse acreedor de una relación jurídica obligatoria confiere al sujeto un derecho de garantía elemental que enrola ineludiblemente al patrimonio del deudor. *Prima facie*, este patrimonio íntegro queda sujeto al pago de la obligación contraída, excepto en aquellos excepcionales supuestos

de responsabilidad limitada. Quedan incluidos en el patrimonio los bienes presentes y futuros del deudor; esto es: los que estaban ahí cuando se contrajo la obligación y los que ingresaron posteriormente.

La acción subrogatoria, indirecta, oblicua o refleja “es la facultad que otorga la ley al acreedor para ejercitar las acciones o derechos de su deudor, contra los que a su vez son deudores de este, cuando dicho deudor no hubiera utilizado frente a terceros, siempre que no sean inherentes a su persona y no existan en el patrimonio del mismo bienes suficientes para la efectividad del crédito”.¹ La idea de que se excluyan los derechos inherentes a la persona del ejercicio de esta acción ha sido objeto de múltiples disquisiciones teórico-doctrinales; por ello, se ha sugerido la posibilidad de otras expresiones.

Dicha acción es una facultad propia del acreedor que se utiliza cuando los derechos y acciones del deudor han quedado “abandonados” en su ejercicio. Su fundamento debe ser situado en el principio de responsabilidad universal del deudor, ya que el patrimonio es la garantía común de los acreedores.

Se le llama también acción indirecta u oblicua porque el acreedor no llega a dirigirse contra los terceros, deudores de su deudor, sino por el intermedio de este; la acción subrogatoria, pese a su nombre, no es un supuesto de subrogación, ni se puede decir, propiamente hablando,

que el acreedor que la ejercita actúa en nombre del deudor. El acreedor actúa en nombre propio, en virtud de la facultad que le atribuye la ley.

Por acción subrogatoria se entiende la facultad que otorga la ley al acreedor de una obligación para reclamar, en nombre de su deudor, las acciones o derechos que este no llega a ejercitar, ante el probable peligro de incumplimiento de la prestación debida o lesión de su derecho, siempre que no sean inherentes a su persona y no existan, en el patrimonio de este, bienes suficientes para la efectividad del crédito.

NATURALEZA JURÍDICA

Tomar una posición concluyente con respecto a la naturaleza jurídica que corresponde a la acción subrogatoria es un elemento sumamente importante, pues, de tal decisión, se derivará una serie de efectos o consecuencias prácticas que difieren en dependencia de la función que se le asigne y que constituyen, de hecho, la razón de ser de la mencionada acción. Los debates doctrinales giran alrededor de la consideración de la acción subrogatoria como herramienta para la defensa del derecho de crédito del acreedor con una función conservatoria o con una función ejecutiva.

Los que la entienden como conservatoria, la analizan desde el punto de vista de que el ejercicio de los

1 Nancy de la C. Ojeda Rodríguez y Teresa Delgado Vergara: “Defensa y protección del crédito”, p. 133.

derechos del deudor no permite al acreedor hacer efectivo su crédito de manera instantánea, sino que es necesario que posteriormente el acreedor se dirija contra el patrimonio del deudor. En este caso, la acción tiende a resguardar el patrimonio del deudor, a no permitir la evasión patrimonial, a que no se extinga un derecho que permita el ingreso de un bien al patrimonio de deudor; incorporado este, entonces, es que el acreedor podrá hacer efectivo su crédito, el bien ingresa al patrimonio del deudor, que se incrementa en beneficio de todos los acreedores.

Los defensores de conferir a la acción subrogatoria la función ejecutiva lo justifican atendiendo a que el simple ejercicio del acreedor de los derechos correspondientes a su deudor permite al primero hacer efectivo su crédito directamente a través del crédito del deudor, mediante un acto de ejecución y persecución con la finalidad de cobrar su crédito; así lo entienden los fueros de España, Italia, Francia.

A mi juicio, la acción subrogatoria posee naturaleza doble, dependiendo ello del momento en que se manifieste. Si el acreedor ejercitare la acción contra el deudor secundario, antes de que este incumpla su deber con el deudor original, estará entonces dirigida esta conducta a asegurar el cumplimiento de la obligación de aquel para con el deudor principal, de forma tal que, llegado el momento de su pago, lo efectúe, para que así, a su vez, el deudor principal pueda satisfacer la deuda contraída con el acreedor. De

ser así, se está en presencia de una acción subrogatoria de naturaleza jurídica conservatoria.

Por el contrario, si el acreedor ejercitare tal conducta con posterioridad al incumplimiento de la deuda del deudor secundario para con el deudor principal, de forma tal que ello, unido a la inactividad de este último, hubiere provocado la insatisfacción del crédito, la acción conduciría a hacer efectivo el pago o el cumplimiento de la deuda secundaria, para que con ello se satisfaga la deuda principal, estando entonces en presencia de una acción subrogatoria de naturaleza jurídica ejecutiva.

No obstante ello, considero que la acción subrogatoria debe ser entendida en todo caso como una función conservatoria, atendiendo a que el efecto fundamental de la acción oblicua es hacer entrar el derecho o crédito directamente en el patrimonio del deudor principal, beneficiando a todos los acreedores, no creando ninguna preferencia ni privilegio en favor del acreedor que la ejercitó, así como tampoco importa el desaprovechamiento de los bienes del deudor ni la traba de su libre disposición; en tal caso, el bien pasa al patrimonio del deudor y solo sobre él recaerá la acción del acreedor, quien se subroga en lugar y grado del deudor para exigir el pago a los deudores de este, pero no puede ejecutar directamente su crédito y esto es lo que diferencia a aquella de la acción directa.

El Código civil cubano lo franquea en el Artículo 111, inciso f, como medida de protección de los derechos

civiles y como un recurso subsidiario que se le otorga al acreedor para el caso en que no pueda satisfacer su crédito por insolvencia del deudor, accionando contra los deudores de este, pero no se define ni se regula su naturaleza y efectos.

Requisitos

Para que prospere el ejercicio de la acción subrogatoria tiene que materializarse una serie de requisitos, sin los cuales la conducta del acreedor seguramente no tendría materialización en la práctica con efectividad. Según algunos autores,² la acción subrogatoria debe cumplimentar los siguientes requisitos:

1. Utilidad o beneficio: es indispensable para el ejercicio de esta acción que se reporte u obtenga alguna utilidad traducida en un incremento que se produzca en el patrimonio del deudor. Dicha utilidad hace posible la satisfacción del derecho del acreedor, ya sea de manera total, o al menos, en la cuantía en que no había sido satisfecho por los bienes que posea el deudor, incluso en caso de que los bienes obtenidos del ejercicio de la acción subrogatoria no sean suficientes para saldar la deuda con el acreedor, puede interpretarse que el ejercicio de tal acción reporta un beneficio en tanto parcialmente satisface el crédito. Nótese sobre este particular que el beneficio no tiene que resultar necesariamente para el acreedor que ejercita la acción, pudiendo recaer sobre otro de los acreedores con derechos preferentes.
2. Descuido, inactividad, inercia o rehúso del deudor al ejercicio de sus derechos: no es necesaria la intervención del acreedor, si el deudor ha actuado diligentemente, pues no se ha llegado a materializar contra él el temido daño patrimonial; además, el mero hecho del nacimiento del derecho de crédito a favor de una persona contra el deudor no inhabilita a este para la administración y disposición de sus bienes y derechos.
3. Exigibilidad del crédito: a modo de ampliación, a esta exigibilidad, puede agregarse la necesidad de que sea líquido y cierto. Si el acreedor se subrogara en el lugar de su deudor para ejercitar sus acciones y derechos, actuaría en perjuicio del deudor contra el que arremete, si este aún no está obligado a realizar la prestación debida porque no se haya cumplido la condición o el término que la han suspendido o por cualquier otra causa que no la hace todavía exigible. Finalmente, comparto el criterio de que tanto el crédito del acreedor como el que ostenta el deudor deben contar con la condición de exigibilidad.
4. Insolvencia del deudor: este requisito está en íntima relación con los dos expuestos primeramente,

2 Nileidys Torga Hernández y Yumey Torres García: "La acción subrogatoria desde la doctrina y el Código civil cubano", p. 4.

pues, para que la acción subrogatoria pueda ser ejercitada, es necesario que en alguna medida resulte un interés para el acreedor que la utiliza, quien ha tenido que venir a ocupar el lugar de su deudor descuidado que, sin poseer bienes en su patrimonio o al menos en cantidades suficientes para satisfacer el crédito de su acreedor (insolvencia), tiene derechos que podrían modificar esta situación. Tal requisito supone, por tanto, un primer accionar infructuoso por parte del acreedor contra los bienes del deudor, fracaso que estuvo dado por la ausencia de bienes en el haber del sujeto pasivo.

5. Susceptibilidad de ejercicio del derecho del deudor por el acreedor: no todos los derechos y acciones del deudor pueden ejercitarse por otra persona. En este sentido, la mayoría de las legislaciones exponen, como criterio excluyente, los derechos inherentes a la persona del deudor. Tal denominación ha resultado ambigua y sujeta a múltiples disquisiciones teórico-doctrinales, cuando se ha intentado determinar el alcance de dicha expresión, por lo que sería preciso utilizar en su lugar la idea de dejar fuera del alcance de la acción subrogatoria todos aquellos derechos que no produzcan un beneficio patrimonial susceptible de ser volcado posteriormente sobre el crédito del sujeto activo. Este requisito es apreciable en franca relación con la utilidad o beneficio que debe resultar para

con el acreedor que ejercita la acción.

6. Titularidad del deudor del crédito que pretende ejercitar el acreedor: aunque parezca evidente, este requisito debe concurrir para que proceda el ejercicio de la acción subrogatoria, ya que, aunque la misma está implícita en el derecho de crédito general que ostenta el sujeto activo, puede suceder que se vea frustrada por no existir, en el patrimonio del deudor, derechos que accionar. Este requisito presenta estrecha relación con la inactividad por parte del deudor, ya que solo se puede hablar de inactividad si en efecto se cuenta con algún derecho o acción que ejercitar, supuesto en el cual entraría a desempeñar su papel la acción subrogatoria.

Caracteres

La acción subrogatoria se caracteriza por:

1. Ser individual. Porque puede ser ejercida por cualquier acreedor.
2. Ser indirecta. Porque el subrogante actúa en representación del deudor subrogado, cuyos derechos ejercita y, una vez producido, se incorpora al patrimonio del subrogado y el subrogante se beneficia indirectamente.
3. Facultativa. El acreedor es libre de ejercerla o no. No está compelido a hacerlo.
4. No subsidiaria, ya que no depende de ninguna otra acción que tenga el acreedor, y porque no debe agotar ninguna vía previa.

5. La órbita de actuación de la acción subrogatoria está delimitada por su finalidad meramente creditoria, lo cual importa decir que, si bien permite sustituirse al deudor, cuya acción indirectamente ejerce, no le confiere ningún derecho real ni privilegio alguno, en cuanto al resultado del pleito.

EL CASO CUBANO

El ordenamiento civil cubano actual es la consecuencia del legado positivo español, al cual se le fueron introduciendo paulatinas modificaciones durante años. En Cuba, rigió el Código civil aprobado por las Cortes Españolas, el día 11 de mayo de 1888, hecho extensivo por Real Decreto de 31 de julio de 1889 y vigente desde el 5 de noviembre del mismo año, vigencia ratificada por Proclama de primero de enero de 1899, y por la Orden Militar No. 148, de 13 de mayo de 1902,³ Código que mantuvo su vigencia, aunque con algunas modificaciones, hasta ser derogado por la Ley No. 59, de 16 de julio de 1987.

La jurisprudencia española, consecuente con lo expresado en el Artículo 1111, incluido en el libro cuarto, "De las obligaciones y los contratos", desde fecha muy temprana, se pronunció a favor de la acción subrogatoria, posición que ha mantenido hasta la actualidad, disponiendo que el acreedor pueda ejercitar todos los derechos y acciones correspondientes al deudor,

siempre y cuando estos no requieran para su ejercicio de condiciones inherentes a su persona, de manera supletoria, cuando expresa "[...] Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de este con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho"⁴ y, después de haberse dirigido contra los bienes que se encuentran en posesión del deudor, reconoce a los acreedores para que, no pudiendo cobrar de otro modo, sustituyan a su deudor en el ejercicio de los derechos y acciones de carácter patrimonial que le corresponden y él no ejercita. Es una legitimación extraordinaria para que los acreedores ocupen las posiciones del deudor inactivo y ejerciten en interés propio las acciones y derechos de este. El hecho de haber actuado por subrogación no comporta ningún privilegio para cobrar antes que otros acreedores del mismo deudor, si los tuviere, posición que se ha mantenido hasta la actualidad y extremo que se precisa en la lectura de la legislación civil.

Esta postura, que no fuera seguida por la jurisprudencia cubana, la que teniendo en cuenta el espíritu del Código y la tradición de que brotó, unido a los cambios operados en el país en el terreno de la economía

3 Mariano Sánchez Roca: "Leyes civiles y su jurisprudencia", p. 197.

4 *Ibid.*, p. 563.

y la orientación del sistema político hacia el socialismo, estimó que la redacción del Artículo 1111 fuera tan concisa en nuestro Código civil, que ha dado lugar, en ocasiones, a un difícil manejo de sus normas, dejando en manos de los intérpretes de estas su sentido y alcance, lo cual pudiera redundar, incluso, en detrimento de la seguridad jurídica.

Atendiendo al momento en que fue promulgada la Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, Código civil cubano, donde las relaciones jurídicas que generaban crédito no contrastaban con el desarrollo y alcance de las que hoy tienen lugar en la sociedad, pudiera justificar que este cuerpo legal se limitó a mencionarla sin dedicar preceptos independientes que definan el concepto de esta, sus requisitos, alcance y efectos. Así, los juristas cubanos, cuando requieren de la aplicación de esta figura, se ven obligados a recurrir a criterios doctrinales para solucionar las situaciones problemáticas que se les presenten, sin que exista una unidad en cuanto a interpretación y regulación manifestada por el legislador sobre tal figura; de ahí que se haga palpable el carácter dinámico y no estático del Derecho, el cual debe irse perfeccionando en la medida en que la sociedad se va desdoblado y, de ello, se deriva la importancia de la reforma de este articulado, en aras de hacer efectivo el derecho de crédito.

El ordenamiento jurídico cubano le atribuye un conjunto de facultades y acciones al acreedor, cuando ha visto insatisfecho, total o parcialmente, su crédito o existe la posibilidad de que se viole su derecho, con el fin de preservar o realizar su interés, existiendo distintos tipos de protección que la ley otorga al acreedor,⁵ desde el punto de vista preventivo de un racional y probable peligro de insatisfacción, hasta el de una óptima ejecutiva, ante la lesión de su derecho por un incumplimiento consumado ante la falta de ejecución o de ejecución defectuosa del deber de prestación del deudor, encontrándose entre estas facultades la acción subrogatoria.

La legislación cubana regula la acción subrogatoria de manera expresa, en el libro primero (sobre la relación jurídica), título VII, "Protección de la relación jurídica", Artículo 111, que franquea la protección de los derechos civiles y, en el inciso f, indica "[...] la subrogación del acreedor en el lugar del deudor para ejercer las acciones de este [...]"; y, en consecuencia de ello, en el libro tercero, "Derechos de obligaciones y Contratos", título I, "Obligaciones en general", Artículo 292, referido al incumplimiento de las obligaciones, franquea: "Si el acreedor no puede ejercitar sus derechos sobre los bienes del deudor, puede ejercer las acciones subrogatorias [...]", único momento

5 Ver desde el Artículo 289 hasta el 295, del Código civil cubano. Se le da tratamiento a las acciones que debe realizar el acreedor ante el incumplimiento de las obligaciones contraídas, otorgándoles derechos a los acreedores, que van desde la exigencia de la desposesión del bien al deudor hasta la ejecución a costa del deudor, a que se deshaga lo indebidamente hecho a costa del deudor.

donde, de modo expreso, enuncia como único presupuesto para su ejercicio el hecho de que el acreedor, en principio, haya perseguido el cumplimiento de su crédito sobre los bienes del deudor.

La ubicación de esta acción indirecta u oblicua en inicio, en el libro referido a la relación jurídica y de forma específica enunciada, como protección de los derechos civiles fundamentalmente, imprime el carácter general de la figura como forma de protección a los derechos derivados de relaciones jurídicas, no así exclusivo, pues la enuncia con otras fórmulas que también pueden garantizar dicho resguardo a los derechos civiles, no resultando desatinada su mención en este libro general del cuerpo legal, proporcionado por la relación que existe entre derechos civiles y de crédito, siendo este último una de las formas que adquiere los primeros como resultados de relaciones jurídicas civiles, independientemente de que sea aplicable esencialmente a las relaciones jurídicas obligatorias, dejando por sentado que la acción subrogatoria está dirigida a la protección del crédito del sujeto activo en una relación jurídica de este tipo. Cuando la enuncia en el Artículo 292, referido al incumplimiento de las obligaciones, como medida tendente a impedir que el derecho de crédito del sujeto activo se vea afectado en su ejecución, se pone de manifiesto la función ejecutiva de esta, atendiendo a que, al subrogarse el acreedor en los derechos correspondientes a su deudor,

permite al primero hacer efectivo su crédito, mediante un acto de ejecución y persecución, de ahí que nuestro ordenamiento jurídico confiera esta función a la acción oblicua.

Pudiera para alguno parecer inapropiada la ubicación del ejercicio de esta acción en la parte de la protección de los derechos civiles. No está del todo desacertado, ya que, si tenemos en cuenta que los derechos civiles los forman todos los derechos, acciones, y patrimonio, en sentido lato, que posea un sujeto de derecho en el ámbito de las relaciones jurídicas civiles, constituye un elemento favorecedor, a los fines de lograr la salvaguarda de estos y establecer las vías por las cuales ello pudiera lograrse. Su ubicación en la sistémica del Código también constituye una cuestión que determina su trascendencia, ya que al ubicarse en su parte general, posibilita su materialización en cualquier relación jurídica en la que se desee proteger un derecho civil. Fue inteligente el legislador al no ubicar en la parte especial del cuerpo legal citado la regulación de la acción subrogatoria, puesto que pudiera atentar contra la efectividad de la institución, en dependencia de los fines que para protección del derecho se establezca. Si se le limita a un único tipo de relación jurídica civil, estaríamos obviando la riqueza de matices que, en el contexto actual, posee tal institución, apegada a las relaciones jurídicas no solo de obligaciones, sino las que recaen sobre bienes materiales y sobre sucesiones.

Sin obviar la referencia que se hace a la acción indirecta de forma gene-

ral en la protección a los derechos civiles, considero que si nos afianzamos a esta tesis, su ubicación en el Artículo 292 del Código civil cubano no es tan acertada. Partiendo de que el efecto fundamental de la acción oblicua es hacer entrar el derecho o crédito directamente en el patrimonio del deudor, para lograr el cumplimiento de la obligación contraída, resulta atinado su tratamiento en el libro referido al Derecho de obligaciones y contratos, pero no en el capítulo referido al incumplimiento de las obligaciones, pues esta acción, como protección al derecho de crédito, tiene que desempeñar su papel anterior al incumplimiento.

Debe ser así, puesto que, incumplida la obligación, existe primeramente una lesión al derecho de crédito, por lo que la acción subrogatoria no tendría razón de ser, en virtud de su carácter conservatorio; y, en segunda, preexisten otras acciones efectivas para lograr el cumplimiento de la obligación, sin necesidad de acudir a esta, que pueden lograr la pretensión del acreedor, sin llegar a la subrogación.

Súmele a ello que esta figura, como muchas otras, tiene grandes insuficiencias en su regulación; el hecho de que se limita únicamente a mencionarla sin dedicar preceptos independientes que definan el concepto, sus requisitos y sus efectos generan una serie de inconvenientes que limitan su uso como herramienta útil tendente a resguardar sus legítimos intereses.

De la lectura del Artículo 111, se desprende que la acción subroga-

toria va a tener lugar en una relación jurídica obligatoria, al enunciar que el acreedor se subrogará en el lugar del deudor, para ejercer las acciones de este, especificando los sujetos que intervienen en esta figura, como uno de los elementos de la relación jurídica, no definiendo qué acciones, dejando abierto el diapasón al sujeto activo, el que se ve en el derecho de ejercer cualquier acción de su deudor, siendo cierto que no todos los derechos y acciones del deudor pueden ejercitarse por otra persona. Es omiso en cuanto a los derechos inherentes al deudor. Muchas de las legislaciones exponen, como criterio excluyente, los derechos inherentes al deudor, lo que pudiera en cualquier momento resultar confuso y estar sujeto a múltiples discusiones teórico-doctrinales, cuando se intente determinar el alcance de estas acciones, por lo que sería útil dejar claro las acciones y derechos que pudiera ejercer el acreedor, en franca relación con la utilidad o beneficio que debe resultar para con él.

Aun cuando la acción subrogatoria se regula en la parte general y en el libro tercero del Código civil, es discriminatorio respecto a las relaciones de propiedad y sucesorias, de los libros segundo y cuarto. En este mismo sentido, pudiera evaluarse la situación del acreedor del heredero para intervenir en un proceso sucesorio. El fallecimiento de una persona plantea muchas interrogantes acerca de la suerte que ha de correr el caudal hereditario, si la transmisión de esos derechos a los herederos afectará directamente

los intereses de terceras personas, entre ellas, los acreedores, no solo del causante, sino de los propios herederos. La posibilidad de estos últimos de ver satisfecho su crédito, mediante su intervención directa en el proceso sucesorio, es un tema que reviste importancia para la práctica jurídica. Su legitimación, requisitos, facultades, forma y medios para intervenir en el proceso sucesorio determinarán la posibilidad cierta de hacer efectivo su crédito, mediante los bienes que el deudor reciba del finado.

En las relaciones sucesorias, es necesario prever la factibilidad de la ejecución de esta acción, delimitando las facultades del acreedor, imponiéndose varios interrogantes: ¿en qué momento posterior al fallecimiento del deudor puede el acreedor ejercitar esta acción, si los herederos se mantienen inactivos en la liquidación y adjudicación del caudal hereditario? y ¿puede efectivamente el acreedor, en virtud de este derecho, solicitar la ejecución de un testamento y promover declaratoria de herederos, aun cuando la ley civil no lo posibilita? Cualquier respuesta que le demos se encontraría en el ámbito de la especulación, ya que no encontraría respaldo legal para una solución pacífica y ajustada a derecho. Igualmente, sucede con el libro segundo, derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes, en el que nada se regula al respecto. Se hace urgente, pues, que las futuras modificaciones a la ley sustantiva civil sean consecuentes con ello, agoten en la parte general la institución, de

forma tal que satisfaga los intereses de cada una de las relaciones civiles dadas en el código; o que, al contrario, se regule de forma específica en cada libro, respondiendo a los fines específicos de cada relación.

Tomando como base el carácter supletorio del Código civil cubano, a tenor del Artículo 8 y la Disposición Final Primera, resultaría de mucho beneficio la regulación de esta acción más detenidamente en el resto de las legislaciones de otras materias, dígame mercantil y económica con trascendencia a la práctica, pues la suficiencia de la acción, desde su efecto fundamental, permite la satisfacción de muchos créditos que no siempre encuentran una solución factible y eficaz en estas materias.

El Artículo 292 crea un grupo de interrogantes, al referir que estas acciones solo se podrán ejercer cuando no pueda ejercitar sus derechos sobre los bienes del deudor; declara, de modo indirecto, como requisito fundamental, la insolvencia del deudor o, al menos, que los bienes que posee en su patrimonio sean de carácter inembargable, resultando infructuosa dicha intención, pues si el acreedor del crédito aprecia un descuido, inactividad, inercia o rehúso del deudor al ejercicio de sus derechos, en detrimento de su patrimonio —lo que incidiría en el cumplimiento de su crédito—, sería válido que ejerciera esta acción en resguardo a sus derechos, aclarando que el mero hecho del nacimiento del derecho de crédito a favor de una persona contra el deudor no inhabilita a este para la administración y disposición de sus bienes

y derechos, pues no es necesaria la intervención del acreedor, si el deudor ha actuado diligentemente, ya que no se ha llegado a materializar contra él el temido daño patrimonial, así que, en definitiva, la acción tratada no solo debe ejercitarse en caso de insolvencia del deudor, sino también cuando sea latente un descuido, inactividad, inercia o rehúso del deudor al ejercicio de sus derechos, en detrimento de su patrimonio.

En este mismo sentido, es necesario que se deje claro lo referente a la exigibilidad del crédito, no solo que sea líquido y cierto, sino que tanto el crédito del acreedor como el que a su vez ostenta el deudor, deben contar con la condición de exigibilidad, pues el acreedor original se subrogará en el lugar de su deudor primario para ejercitar sus acciones y derechos, procediendo en perjuicio del deudor secundario contra el que arremete, si este aún no está obligado a realizar la prestación debida, o porque no se haya cumplido la condición o el término que la han suspendido, o por cualquier otra causa que no la hace todavía exigible, no le asistiría razón al subrogado, pues la protección a su crédito no lo avala para menoscabar el derecho ajeno.

Otra cuestión que entra en franca contradicción con la propia letra de los artículos del Código civil es que, según este cuerpo legal, pueden ejercerse varias acciones subrogatorias, no estableciendo límites. Se entiende que sea hasta lograr el acreedor la satisfacción de su crédito; este límite se discierne cuando el acreedor se subroga en

lugar y grado del deudor para exigir el pago a los deudores de este, pero no puede ejecutar directamente su crédito, ya que lo recuperado pasa a integrar el patrimonio del deudor, y van a tener derecho a cobrar todos los acreedores del mismo, disponiéndose en este sentido la prelación de créditos, sin que genere beneficio alguno para el acreedor diligente que actuó, quedándole no más que el derecho de exigir a los coacreedores la contribución a los gastos en que incurrió. Es decir, aun cuando el acreedor presto realice cuantas diligencias haga falta para lograr que en el patrimonio del deudor entren bienes y derechos, convirtiéndolo en solvente para responder por sus deudas y obligaciones, no implica que este acreedor vea satisfecho efectivamente su crédito, ya que, si se tipifican los presupuestos que la ley prevé, pueden otros acreedores no diligentes exigir que sus créditos sean satisfechos con prelación al acreedor actuante.

Este inconveniente genera varias complicaciones. En primer lugar, el acreedor, mientras aprecie el temido daño patrimonial, podrá ejercer varias acciones subrogatorias, pues nada lo limita, ni legal ni doctrinalmente, a pedir exclusivamente la cuantía exacta para el pago de su crédito y responsabilidades a él debidas, pudiendo en muchos casos ser innecesarias, actuando en detrimento del deudor de su deudor, quien en definitiva se pudiera beneficiar con la desidia de su acreedor, que fue con el que existió un acuerdo de voluntades inicial que generó su responsabilidad patrimonial.

Del actuar del acreedor, en ocasiones, se obtiene un excedente con respecto a su crédito en el patrimonio del deudor, indicando la lógica en derecho que el deudor no devolverá el excedente, una vez que se haya hecho pago de su crédito y de los daños ocasionados, generando esta acción sin límites beneficio para el deudor indolente, en menoscabo de sus deudores.

Como segunda complicación y grave inconveniente a la persona del acreedor está el hecho de que los bienes o recursos obtenidos por medio de esta acción ingresan al patrimonio del deudor, sin ninguna ventaja o preferencia para el acreedor, que ha asumido el costo y los riesgos de su ejercicio, pudiendo su resultado redundar en beneficio de otro acreedor preferente, resultando mucho más cómodo y ventajoso para el acreedor actuar en su propio nombre contra el deudor de su deudor, en vez de hacerlo en nombre del deudor, lo que le permitiría conservar en su exclusivo beneficio el importe íntegro de la condena contra el deudor de su deudor, hasta el importe de sus créditos, y se le eximiría de las defensas fundadas en causas exclusivamente personales a su deudor; de esta forma, debiera regularse futuramente, ya que, en la actualidad, el resultado de esta acción favorece a todos los acreedores del deudor, al ser el patrimonio de este prenda común de sus acreedores, donde, mediante el ejercicio de la misma, el acreedor actuante no obtiene el pago de su crédito, solo logra que el pago in-

grese al patrimonio del deudor, para luego intentar la acción ejecutiva.

Por ende, no existen razones que fundamenten el porqué de concederle al deudor, o a otros acreedores que se benefician con las acciones que realizó el acreedor diligente, pues, de este no ejercer estas acciones, estos se verían imposibilitados de satisfacer sus créditos. El ordenamiento les concede los mismos derechos para ejercer las acciones encaminadas a la protección de sus respectivos créditos.

Otro asunto que no se franquea de manera precisa en la propia letra de los artículos del Código civil cubano, en contradicción con la doctrina y la propia naturaleza o límite de los derechos personalísimos, en correspondencia con la protección de los mismos, es que no se establecen límites en cuanto a qué acciones ejercerá el acreedor desde el punto de vista de la razón del derecho y su posibilidad de ser ejercitados única y exclusivamente por su titular; a pesar de que el deudor posea derechos y acciones de este carácter, le es imposible al acreedor ubicarse para accionar en este sentido.

No obstante, tampoco se deben limitar del todo las facultades del acreedor ante un derecho personalísimo si, en definitiva, la acción realmente puede ser ejercitada solamente por el deudor, pero su beneficio resultaría útil y necesario para su acreedor, desde el punto de vista de que, a través de estas acciones o derechos personalísimos, los bienes que ingresarían al patrimonio del deudor serían embargables, en beneficio

del crédito exigido; por eso, resultaría sabio que, aunque el acreedor no pueda subrogarse en las acciones personalísimas, sí puede instar al deudor a que las ejecute él mismo, si de ello se derivaría un ingreso de bienes a su caudal que tributaría en el cumplimiento de su obligación, pues evitaría que este se justifique o eluda del cumplimiento del crédito.

CONCLUSIONES

Primera: La acción subrogatoria, como acción que posee el acreedor contra el deudor para actuar contra los deudores de este último, como medida conservatoria ante la posibilidad real de insolvencia del mismo por no ejecutar las acciones y derechos que posee, con el objetivo de ingresar bienes a su caudal de forma tal que sea solvente, no encuentra suficiente regulación legal en el Código civil, ni un acertado tratamiento doctrinal.

Segunda: Las principales insuficiencias de la acción subrogatoria en la legislación civil cubana, en torno a la existencia de un riesgo real, la posibilidad de ejercitar acciones, la solvencia, la definición de la acción subrogatoria, su carácter conservatorio, la prohibición del ejercicio de las acciones personalísimas y la prelación de créditos, limita la adecuada y efectiva utilización de esta.

Tercera: Las bases legales para una futura regulación de la acción subrogatoria, como acción conservatoria y medio de protección del Derecho de crédito en la ley sustantiva civil deben

girar en torno a la existencia de un riesgo real, la posibilidad de ejercitar acciones, la solvencia, la definición de la acción subrogatoria, su carácter conservatorio, la prohibición del ejercicio de las acciones personalísimas y la prelación de créditos.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M.: *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. I, 9.^a ed., Bosh, Barcelona, 1994.

Alvarado Velloso, Adolfo: *Introducción al estudio del Derecho procesal*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Madrid, 1989.

Badenes Gasset, Ramón: *Metodología del Derecho*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

Beltrán de Heredia y Pablo Onís: *El incumplimiento de las obligaciones*, Edersa, 1990.

Bentham, Jeremías: *Tratados de legislación civil y penal*, tr. de R. Salas, Editorial Nacional, Madrid, 1981.

Bielsa, Rafael: *Los conceptos jurídicos y su terminología*, 2.^a ed. aumentada, Depalma, Buenos Aires, 1954.

Borda, Guillermo: *Manual de Obligaciones*, 9.^a ed. actualizada, Editorial Perrot [s. m. d.].

Calamandrei, Piero: "La relatividad del concepto de acción", en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Italia, 1939.

Calmo, Alfredo: *Tratado teórico-práctico de las obligaciones en el Derecho civil argentino*, Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920.

Castán Tobeñas, José: *Derecho civil español, común y foral*, 7.^a ed., modificada y considerablemente ampliada, t. III, Editorial Reus, Madrid, 1951.

_____: "Acción subrogatoria", en www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/

- posición/posición.htm*. [Consulta: 5 de septiembre de 2011].
- Chalmeta, Fernán: "El crédito solidario debe ser una herramienta al servicio de los movimientos sociales", en *www.diagonalperiodico.net/?Id_mot=70* [Consulta: 5 de septiembre de 2011].
- Cevera y Jiménez, Alfaro F.: *Diccionario de Derecho privado. Derecho civil, común y foral, Derecho notarial, registral y canónico*, t. 2, Editorial Labor S.A., Barcelona, Madrid, 1954.
- Clavijo Aguilera, Fausto: "El nuevo Código civil de Cuba: recuento y reflexiones", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 4, La Habana, 1991.
- Clemente de Diego, Federico: "El método en la aplicación del derecho civil", en *Revista de Derecho Privado*, t. 3, enero-diciembre, Madrid, 1916.
- Clemente, Tirso: *Derecho civil. Parte general*, t. 1, ENPES, La Habana, 1983.
- Colectivo de autores: "La acción subrogatoria", en *Manual de Derecho Civil*, en *www.patatabrava.com/apunts/documents/dci_2.doc* [Consulta: 5 de septiembre de 2011].
- Del Castillo, Conrado: *Temas de Derecho Civil*, Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros, vol. 1, CLXXIII, Jesús Montero, editor, La Habana, 1955.
- Di Pietro, Alfredo: *Derecho privado romano*, 2.^a ed., Depalma, Buenos Aires, 1999.
- Díaz Pairó, Antonio: *Teoría general de las obligaciones*, vol. I, Publicaciones y materiales educativos, México D.F., 1997.
- Díez-Picazo, Luis: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, 4.^a ed., Editorial Civitas, Madrid, 1993.
- _____: *Instituciones del Derecho civil*, vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Guillón: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 6.^a ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- Doral García, J. A.: "Reparación y sanción. Incumplimiento de las obligaciones en forma específica", en *Anuario de Derecho Civil*, t. 46, abril-junio, 1993 [s. m. d.].
- "Enciclopedia jurídica digital", en *www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/actor/actor.htm* [Consulta: 5 de septiembre de 2011].
- Enneccerus, Kipp y Wolf: *Tratado de Derecho civil*, t. 2, 8.^a ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1951.
- Ennecerus-Lehmann: *Derecho de obligaciones*, vol. II, Barcelona, 1933.
- Entenza Escobar, Pedro Fernando: *La norma jurídica civil*, Editorial J. Cebrián, La Habana, 1957.
- Espín Cánovas, Diego: *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1998.
- Faura, Figa: "La acción subrogatoria", en *www.pata-tabrava.com/apunts/documents/dci_2.doc* [Consulta: 5 de septiembre de 2011].
- Fernández Camus, Emilio: *Código civil explicado*, t. 1, Editorial Cultural, La Habana, 1941.
- Galgano, Francesco: *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- Gherzi, Carlos Alberto et al.: *Contratos civiles y comerciales*, 4.^a ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- Góngora García, Yamisel: "La insolvencia patrimonial en la jurisdicción económica cubana", en *Justicia y Derecho*, no. 15, diciembre, La Habana, 2010.
- Gutiérrez y González, Ernesto: *Derecho de las obligaciones*, 5.^a ed., Editorial Cajica, S.A., Puebla (México), 1984.

- Hernández Hil, A.: *Derecho de obligaciones*, vol. III, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1989.
- Josserand, Louis: *Derecho Civil*, t. 2, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950.
- “La acción subrogatoria y la hipoteca tácita”, en www.acaderc.org.ar/doc-trina/articulos/artaccionsubrogatoria/ [Consulta: 5 de septiembre de 2011].
- Lacruz Berdejo, J. L. y otros: *Teoría general del contrato*, 2.^a ed., Bosh, Barcelona, 1987.
- Lalaguna, Enrique: *Aplicación del Derecho civil como derecho supletorio de otras leyes*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1976.
- Larenz, Kart: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- _____: *Derecho de obligaciones*, t. 1, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- Lete del Río, José María: *Derecho de obligaciones*, vol. I, 2.^a ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
- López Álvarez, Valentín F. y Minerva Marrero Xenos: “Los créditos documentarios. ¿Títulos valores?”, en *Revista Cubana de Derecho*, no. 25, enero-junio, La Habana, 2005.
- Masciotra, Mario: “Acción subrogatoria y acciones directas”, en www.aaba.org.ar/aabahome.htm [Consulta: 5 de septiembre de 2011].
- Manresa Navarro, José María: *Comentarios al Código civil español*, t. 12, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1921.
- Messineo, Francesco: *Manual de Derecho civil y comercial*, t. 6 y t. 8, EJE, Buenos Aires, 1917.
- Moissé de Espanés, Luis: “Acción subrogatoria”, Argentina, en www.acader.unc.edu.ar.
- Moreda Gallardo, Lourdes Sahily y Edadny Hernández Gutiérrez: “La Defensa del crédito” (IV Jornada Internacional de Derecho de Contratos), edición digital ONBC, La Habana, 2005.
- Ojeda Rodríguez, Nancy de la C. y Teresa Delgado Vergara, Teresa: “Defensa y protección del crédito”, en *Teoría general de las obligaciones: comentarios al Código civil cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- Ordoqui Castilla, Gustavo: *Lecciones de Derecho de las obligaciones*, t. 3, vol. I, Ediciones “Del Foro” S. R. L., Montevideo, 1999.
- Peral Colado, Daniel: *Obligaciones y contratos civiles*, La Habana, 1980.
- Puig Peña, Federico: *Introducción al Derecho civil español común y foral*, 2.^a ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1942.
- Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho civil*, t. 2, vol. I, Bosch, Barcelona, 1954.
- Rapa Álvarez, Vicente: *Manual de obligaciones y contratos*, I parte, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 1991.
- Rodríguez Corría, Reinerio: “El daño moral contractual y la patrimonialidad de la obligación”, en derecho.sociales.uclv.edu.cu/el%20dano%20moral.htm#_ftn1 [Consulta: 5 de septiembre de 2011].
- Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho civil. Teoría General de las obligaciones*, t. 3, Editorial Porrúa, México, 1999.
- Romero Sandoval, Raúl: *Derecho de obligaciones*, Editorial Los Amigos del Libro, Bolivia, 1990.
- Sánchez Roca, Mariano: “Leyes civiles y su jurisprudencia”, en *Código civil*, Editorial Lex, La Habana, 1951.

Sánchez Meda, Ramón: *De los contratos civiles*, 10.^a ed., Editorial Porrúa, México, 1989.

Sirvent García, Jorge: "La acción subrogatoria", en *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1998.

Torga Hernández, Nileidys y Yumey Torres García: "La acción subrogatoria desde la doctrina y el Código civil cubano", en www.monografias.com/trabajos13/admuniv/admuniv.shtml [Consulta: 5 de septiembre de 2011].

Tuhr, Andreas: *Tratado de obligaciones*, Reus, Madrid, 1944.

Valiño, Emilio: *Instituciones del Derecho privado romano*, Valencia, 1980.

Vallet de Goitisoló, Juan Berchmans: *Manual de metodología jurídica*, t. 3, Editorial Fundación Cultural del Notario, Madrid, 2004.

Vicente Hernández, Idania: "La integración del derecho contractual cubano", en *Justicia y Derecho*, no. 11, La Habana, diciembre de 2008.

Villafuerte, Daniel F.: "La patrimonialidad del contenido de las obligaciones", en www.ferjus-bizlan.Com/templates/bandwidth,bml [Consulta: 5 de septiembre de 2011].

Legislación

"Constitución de la República de Cuba", en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraordinaria, no. 3, La Habana, 31 de enero de 2003.

Ley No. 59, Código civil de la República de Cuba, aprobada por la Asamblea Nacional el 16 de julio de 1987, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraordinaria, 15 de octubre del mismo año.

Ley No. 7, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, dictada por la Asamblea Nacional el 19 de agosto de 1977, en *Gaceta Oficial de la República* el 20 de agosto de 1977.

Ley No. 1289, Código de familia, dictada por la Asamblea Nacional el 14 de febrero de 1975, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

"Código civil español" (Decreto No. 1836/1974, de 31 de mayo; en desarrollo de la Ley No. 3/1973, de 17 de marzo, de bases para la modificación del título preliminar del Código civil), en Carlos Lasarte Álvarez (editor): *Código civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Biblioteca Universitaria de Legislación, Madrid, 1990.

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES EN EL PROCESO LABORAL

Lic. Arianna Ima Paz,
jueza profesional, TMP de Santo Domingo, Villa Clara.

EL proceso laboral está integrado por una serie de actos que tienden a proteger un derecho. Ante la necesidad de solucionar un conflicto de intereses, el proceso se presenta como un instrumento de coordinación, como un método para la formación y la actuación del Derecho que permite lograr el cumplimiento de la voluntad de la ley.

Puesto que se trata de una serie encadenada de actos que realizan los interesados en el conflicto y los llamados a preparar su decisión o a pronunciarla con fuerza vinculante, se requiere arbitrar una fórmula cuyo valor intrínseco estará en relación directa con su eficacia para el logro del fin pretendido, a partir de la experiencia, la sagacidad para precisar el punto de equilibrio de los intereses contrapuestos y la técnica para hacerlo, según las directrices que presiden un sistema jurídico determinado.

En el presente trabajo, pretendo, *grosso modo*, ilustrar las características esenciales del concepto de parte, su representación y su papel en el proceso laboral cubano.

GENERALIDADES

En la doctrina, muchas y variadas son las definiciones otorgadas

al concepto de parte. Luego de su análisis, resulta dable destacar el concepto perfilado por Chiovenda, cuya definición han seguido muchos autores y que enuncia como aquel que pide a propio nombre (o en cuyo nombre solicita) la actuación de una voluntad de la ley, y aquel frente al cual es pedida.

Resulta, en consecuencia, definir como parte a quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión. En todo proceso intervienen dos partes: una que pretende, en nombre propio, la actuación de una norma legal, denominada *actora*; y otra, frente a la cual esa conducta es exigida, llamada *demandada*, considerándose la presencia de ambas en el proceso como una consecuencia del principio de contradicción, concepto estrictamente procesal, calidad dada por la titularidad activa o pasiva de una pretensión.

En consecuencia, la parte es uno de los sujetos intervinientes en el proceso paralelamente al órgano jurisdiccional. Es la que origina una gran porción de los actos en los que el proceso se traduce.

Las partes, también denominados litigantes, demandante y demandado, son quienes impulsan el proceso y dan origen a la controversia, como conflicto de intereses que el Estado debe resolver. La cualidad de ser

parte se adquiere con solo proponer una demanda ante el órgano jurisdiccional competente, aun cuando sea infundada o inadmisible.

Las partes adoptan distintas posiciones, conforme a la naturaleza de cada proceso y de acuerdo con sus etapas y fases. Esto significa que la posición del actor y el demandado no es siempre fija en el proceso, al constituir un elemento personal de este que se distingue lógicamente de otras personas que intervienen en el mismo: del órgano jurisdiccional, del restante personal al servicio de la administración de justicia que cumple solo funciones de auxilio y colaboración en el proceso, de testigos que son medio de prueba y no sujetos del proceso. La parte es el elemento que con su acción reclama el juicio, es el individuo cuya exigencia jurídica encuentra su respuesta en el proceso; es, por definición, la primera interesada en su actividad y en su estatus y en sus objetivos jurídicos; además, es imparcial por esencia.

En el proceso, su propia estructura y dinámica condicionan la existencia de una doble postura de parte: la del demandante y la del demandado. Una es la que pide y otra aquella frente a quien se pide. Más que la estructura de los derechos discutidos en el proceso, es la bilateralidad de la acción la que exige que sean dos las partes.

La capacidad de ser parte en el proceso implica, en principio, aptitud de ser titular de los derechos mate-

riales o sustantivos en controversia o, mejor, aptitud para afirmar en un proceso que se tiene la calidad de titular de tales derechos. También se dice que aquel que es parte en un proceso es quien tiene la *legitimatio ad causam*; lo importante es que el hecho de ser parte en un proceso importa pretender ser titular de un derecho en conflicto amparado por la ley, pues, en la sentencia, se determinará si, en efecto, quien hizo la referida afirmación es realmente el titular del derecho alegado o no.

La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, como regla general, en el Artículo 63, señala supletorias para el proceso laboral.

En Cuba, son partes del proceso laboral los trabajadores y sus administraciones, y los trabajadores entre sí, según expresamente lo establece el Artículo 1 del Decreto-Ley No. 176, de 1997, "sistema de justicia laboral".

Para ser parte en el proceso laboral es necesario tener capacidad para serlo; esto es, aptitud para ser titular de los derechos, posibilidades y cargas que se derivan del proceso. En el caso de las personas físicas, no se les concede capacidad, sino que se les reconoce —afirma Montero Aroca—, pues todo hombre por el solo hecho de serlo es persona y, por lo mismo, puede ser parte en el proceso.¹ Por el contrario, las personas jurídicas adquieren personalidad porque se les concede, lo que "se configura como una indivi-

1 Juan Montero Aroca: *Introducción al proceso laboral*, p. 71.

dualidad a la que imputar derechos y obligaciones”.²

El sistema de justicia laboral cubano reconoce la capacidad de ser parte a todo trabajador que tenga vínculo laboral con la entidad a cuya administración le reclama. Los trabajadores, como partes de un conflicto laboral, comparecen y actúan por sí, en primera instancia, ante el Órgano de justicia laboral de base, pero pueden designar a un representante, por escrito o verbalmente, ante el secretario de ese órgano, quien efectúa todos los actos procesales, salvo los que haya prohibido el trabajador. Serán representantes del trabajador cualesquiera de las siguientes personas:

- a) un dirigente sindical de su mismo centro de trabajo o entidad laboral;
- b) un compañero de trabajo;
- c) un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

En el caso de las administraciones de las entidades laborales, son reconocidas como partes de los conflictos laborales las siguientes:

- 1) organismos de la Administración Central del Estado y órganos estatales; y, en ambos casos, sus dependencias administrativas, así como las demás unidades presupuestadas;
- 2) empresas y uniones de empresas;
- 3) empresas y unidades dependientes de las organizaciones políticas, sociales y de masas;
- 4) sociedades mercantiles cubanas;

5) entidades empleadoras de las inversiones extranjeras y aquellas que contratan directamente la fuerza de trabajo, así como los contratos de asociación económica internacional;

6) otras entidades con capacidad jurídica para establecer relaciones que se determinen por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Otro requisito que es necesario tener es la capacidad procesal, que consiste en la aptitud para realizar válidamente los actos procesales; esto es, la capacidad para comparecer en juicios. Al respecto, De Vera señaló: “Marcada importancia toma la regulación de la llamada capacidad procesal, proyección de la capacidad sustantiva de obrar, para comparecer ante los órganos jurisdiccionales, y la ley se la otorga a todos los trabajadores por igual por derecho propio, sin necesidad de asistencia técnica alguna cualquiera que fuere la edad del trabajador. Se excluye, totalmente, la representación o la asistencia profesional, siempre y cuando esté el trabajador en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. No se desconoce, sin embargo, la representación técnica (por abogados), para el éxito mejor de lo que se persigue y el mejor asesoramiento, pero se deja a la libre voluntad del trabajador, a su poder dispositivo; flexibilizándose tanto la ley, en ese aspecto, que permite la representación, de tratarse de trabajadores, por dirigentes sindicales,

2 *Ídem.*

familiares u otros trabajadores del mismo centro laboral. La designación del representante está desprovista de formalismo: en la forma más sencilla posible, bien mediante un simple escrito o verbalmente ante el Secretario del Tribunal, en cuyo caso se levantará acta para constancia, con los particulares que se señalan en cuanto a las identidades del compareciente y del representante, por la garantía que significa el principio de la documentación y el representante designado realizará todos los actos procesales que no estuvieran expresamente prohibidos por quien lo designó”.³

Un tercer elemento a considerar para ser parte en el proceso es la legitimación, que no es un término abstracto como la capacidad, sino concreto, pues determina quién ha de ser parte en un proceso determinado.

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

Las partes intervienen por sí o mediante su representante en todos los procesos, entendido este como “el instrumento con que los titulares de la potestad jurisdiccional cumplen la función que les viene atribuida constitucionalmente y no es más que un medio con el que se desarrolla el ejercicio del derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva”.⁴

Los principios procesales que rigen nuestro proceso laboral, según se establece en el Artículo 2 del referido Decreto-Ley No. 176, son los siguientes:

- a) Inmediatez: El órgano primario al que corresponde la solución del conflicto está próximo al lugar donde este se origina.
- b) Comparecencia de las partes: Impera para que los que resuelvan el conflicto obtengan directamente mayor claridad de los hechos mediante el conocimiento, en un mismo acto de los relatos y argumentos de las partes.
- c) Celeridad: Significa que las controversias deben ser resueltas con la mayor rapidez posible, sin que ello implique menoscabo de las garantías procesales debidas a las partes.
- d) Sencillez: El procedimiento laboral está despojado de formalismos y solemnidades innecesarios. Su esencia es consustancial a la justicia laboral, ya que si los demandantes son trabajadores que tienen el derecho de exigir por sí mismos sus derechos laborales, sería incongruente que el proceso estuviera entorpecido por trabas formales que inhiban la acción de estos trabajadores.
- e) Impulso de oficio: Permite que la conducción del proceso hasta su terminación se lleve a cabo sin necesidad de instancia de las partes.
- f) Oralidad: Garantiza el predominio del proceso de la forma oral, lo

3 Guillermo de Vera Sánchez: “El procedimiento laboral” (inédito), p. 2.

4 Montero Aroca: *Op. cit.*, p. 23.

que lo hace, de hecho, más sencillo y rápido, de ahí que exista una lógica asociación con los de sencillez y celeridad. No quiere esto decir que su prevalencia elimine la posibilidad de lo escrito; de ahí que se hable de predominio de la forma oral y no de exclusividad de la forma oral.

- g) Publicidad: Permite que las comparecencias y otros actos procesales puedan ser presenciados por los trabajadores, y por otras personas que no son partes del conflicto.
- h) Respeto a la legalidad: No ha sido considerado por la doctrina. Se trata de un principio propio de nuestro sistema de justicia laboral, que establece que es aquel en virtud del cual los integrantes de los órganos que resuelven los conflictos deben obediencia a la ley, así como el cumplimiento de los fallos firmes dictados por ellos.

No podemos terminar tal particular sin referir un principio no previsto en el sistema de justicia laboral, pero presente en cualquier proceso de esa índole, el de concentración, muy asociado al de oralidad. Según Montero Aroca, se basa en dos aspectos: primero, en la actividad procedimental, la concentración aspira a que la mayor parte de los actos se realicen en una sola audiencia, ya que la unidad del acto ha sido una de las aspiraciones del proceso laboral; y segundo, con relación al contenido del proceso, la concentración significa que todas las cuestio-

nes previas, incidentales y perjudiciales se discutirán en el mismo y se resolverán en la sentencia, sin dar lugar a procedimientos independientes; por tanto, no es infundada la afirmación de este autor de que el proceso laboral es concentrado.⁵

En la actualidad, disímiles son los conflictos que se resuelven en nuestros tribunales populares ante las inconformidades de los trabajadores, las administraciones, o de ambas, con las decisiones adoptadas por los órganos de justicia laboral de base, instancia prejudicial encargada de dirimir las reclamaciones ante ellos formuladas, que versan, fundamentalmente, en cuando a la disciplina, derecho de contenido económico o mejor derecho, en consonancia con las disposiciones imperantes en materia de política de empleo, con apego a la ley, y con sentido de justicia y de racionalidad, en los que en mayor medida los trabajadores, e incluso las administraciones, comparecen por sí o representados por abogados de bufetes colectivos o de sus respectivos asesores o consultores jurídicos y, en un número muy limitado, casi nulo, por dirigentes sindicales.

En Cuba, como resultado de la adopción de determinadas medidas para garantizar el empleo racional de la fuerza laboral y el fortalecimiento del papel del salario, a partir de una mayor relación con los resultados del trabajo, se implementaron las regulaciones contenidas en la

5 *Ibíd.*, p. 61.

Resolución No. 35, de 7 de octubre de 2010, derogada en 2011 por la Resolución No. 34, devenida Reglamento sobre el tratamiento laboral y salarial, aplicable a los trabajadores que sean declarados disponibles e interruptos, dictada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por lo que resulta lógico un aumento de las reclamaciones en materia de disponibilidad, dictándose, en consecuencia, por nuestro máximo órgano de justicia, la Instrucción No. 203, de 10 de noviembre de 2010, contentiva de precisiones a tener en cuenta en la vía judicial en el proceso de interpretación y aplicación de la norma, a fin de garantizar eficacia en la aplicación de la justicia laboral, lo que innegablemente constituye una herramienta de trabajo fundamental para el sistema de tribunales del país.

Con independencia de que los volúmenes de radicación de demandas de este tipo no son significativos, estas deberán incrementarse a medida que los organismos y entidades estatales comiencen a implementar las disposiciones contenidas en la Resolución No. 34, por lo que, dada la importancia que revisten en los momentos actuales y la especial significación en el plano social que acarrea, la actuación judicial debe estar encaminada a la preservación de todas las garantías procesales de las partes, siendo criterio de la autora, dada la complejidad de estos asuntos, que resulta adecuado que, en estos casos, los trabajadores se hagan representar por abogados, quienes, desde el momento mismo de la presentación de la demanda y por la trascendencia que ello reviste

para su admisión, o no, deben dirigir y asesorar a los inconformes en todos los actos en los que han de intervenir hasta la culminación misma del proceso, en aras de garantizar la cabal comprensión y transparencia de todo el procedimiento.

Cabe, sin embargo, dejar esta última preocupación abierta en relación con la representación, en específico, de los trabajadores inconformes en los procesos de disponibilidad que se conozcan en los tribunales populares. Espacio y razones hay para someter a examen, con mayor tiempo y rigor, un asunto de tanta actualidad como significación.

CONCLUSIÓN

Es necesaria la introducción de una regulación especial sobre la representación de las partes y, en específico, de los trabajadores, en los procesos de disponibilidad, para tutelar sus derechos y garantías fundamentales, en correspondencia con lo que establecen la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico y la realidad cubana actual.

BIBLIOGRAFÍA

<http://www.juridicas.com>.

<http://www.poder-judicial.go.cr>.

Montero Aroca, Juan: *El proceso laboral*, t. 1 y t. 2, 2.^a ed. actualizada, Biblioteca Procesal, Librería Bosch, Barcelona, 1982.

_____: *Introducción al proceso laboral*, 3.^a ed., José María Bosch Editor, S.A, Barcelona, 1996.

Pascual Díaz, Leocadio y otros: *Derecho laboral. Parte especial*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989.

Viamontes Guilbeaux, Eulalia: "Elementos del Derecho laboral cubano", t. 1 y t. 2, Ciudad de La Habana, 1985.

De Vera Sánchez, Guillermo: "El procedimiento laboral" (inédito).

Legislación

"Constitución de la República" (modificada en 1992), en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraordinaria, no. 7, primero de agosto de 1992.

Ley No. 7, "*Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*", [s. m. d.].

Decreto-Ley No. 176, de 15 de agosto de 1997, "*Sistema de Justicia Laboral*", [s. m. d.].

Resolución No. 35, de 7 de octubre de 2010, "Reglamento sobre el tratamiento laboral y salarial aplicable a los trabajadores que sean declarados disponibles e interruptos", MTSS.

Instrucción No. 203, de 10 de noviembre de 2010, del Consejo de Gobierno del TSP.

JUSTICIA Y EDUCACIÓN AMBIENTAL

*M.Sc. Pablo Prendes Lima,
juez profesional, TPP de Ciego de Ávila.*

I

ESTE artículo tiene como objetivo básico examinar la contribución de los tribunales de justicia de la República de Cuba a la educación jurídica ambiental. Está claro el papel que desempeñan estos órganos del Estado en el fortalecimiento de las relaciones sociales a través de su ejercicio jurisdiccional en todas las especialidades judiciales.

El enfoque, necesariamente sistémico, se deriva del amplio marco jurídico del objeto de estudio y su interacción con los sujetos que actúan en distintas esferas de la sociedad. De modo específico, los tribunales tienen la singular función de actuar ante lo que se presume una ruptura de tales relaciones sociales y disponer, conforme a la ley, el restablecimiento de la legalidad quebrantada.

Además, los tribunales tienen otra dimensión, la que se vincula con la prevención y educación jurídicas. Respecto a la educación jurídico-ambiental, esta dimensión tiene un carácter complejo en su realización, como consecuencia de los múltiples factores que están presentes en su formulación práctica, pero sin antagonismos con los nobles fines de su empeño social.

II

La expresión coherente del Derecho es una de las notas más so-

bresalientes de un Estado. Por ello, el análisis de cualquiera de sus ramas se ha de verificar en el conjunto de las disciplinas que interactúan en el entramado sociojurídico, del que no están ajenos los operadores encargados de su aplicación y evaluación. De modo que el aporte de los tribunales a la educación ambiental debemos elucidarla en el marco del sistema político-jurídico y de forma intrasistémica, cuando se trate de las normativas atinentes a las especialidades que lo conforman.

Aunque la noción “marco jurídico” tiene una acepción amplia, supone, desde luego, un orden de exposición y análisis que nos conduzca a comprender, en toda su amplitud, el contexto en el cual se enmarcan las actividades judiciales.

En primer lugar, la Constitución de la República postula que el Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras y corresponde a los órganos competentes aplicar esta política (Artículo 27). Tal enunciado constitucional tiene su debido complemento en la Ley No. 81 de 1997, “Del medio ambiente”, que desarrolla *in extenso* la política

estatal cubana en la materia, en correspondencia con los compromisos asumidos por Cuba en los convenios internacionales y el legado ideoambientalista de los padres fundadores de la nación cubana.

La precitada Ley reitera el deber del Estado, los ciudadanos y la sociedad en general de proteger el medio ambiente mediante la lucha sistemática contra las causas que originan su deterioro (Artículo 3b) y define la educación ambiental como un “proceso continuo y permanente, que constituye una dimensión de la educación integral de todos los ciudadanos, orientada a que en la adquisición de conocimientos, desarrollo de hábitos, habilidades, capacidades y actitudes y en la formación de valores, se armonicen las relaciones entre los seres humanos y de ellos con el resto de la sociedad y la naturaleza, para propiciar la orientación de los procesos económicos, sociales y culturales hacia el desarrollo sostenible” (Artículo 8). A este respecto, dispone que las acciones ambientales se funden, entre otros principios, en la organización y desarrollo de la educación ambiental, mediante un enfoque interdisciplinario y transdisciplinario que propicie, en los individuos y grupos sociales, el desarrollo de un pensamiento analítico que permita la formación de una visión sistémica integral del medio ambiente, dirigiendo en particular sus acciones a niños, adolescentes y jóvenes y la familia, en general (Artículo 4h).

Es más concreta la Ley del Medio Ambiente cuando establece que es responsabilidad de todos los órganos y organismos estatales, de acuerdo con la estrategia de educación ambiental y en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, promover y ejecutar actividades con sus trabajadores, grupos sociales y la población con la que interactúan, para incrementar sus conocimientos sobre el medio ambiente y sus vínculos con el desarrollo y promover un mayor nivel de concientización de esta esfera (Artículo 47). En tal sentido, adquiere particular importancia el Plan de acción de la estrategia nacional de educación ambiental, organizado en lineamientos de trabajo que se orientan a partir del Programa nacional sobre medio ambiente y desarrollo (adecuación cubana de la Agenda 21), y de la estrategia nacional ambiental.¹

Cabe preguntarse ¿cómo se insertan los tribunales en la estrategia nacional de educación ambiental?, ¿qué fundamentos jurídicos del sistema lo hacen viable?, ¿cómo interactúan las dimensiones preventivo-educativas de sus actividades con la sociedad? Aunque en la referida Estrategia no se hace particular mención a los tribunales, nada obsta para que sus lineamientos guarden una estrecha relación con las vertientes de la prevención general y especial y los objetivos de la educación jurídica que caracterizan la actuación de estos órganos. La relación en cuestión se funda en

1 CITMA-UNESCO: *Estrategia nacional de educación ambiental*, La Habana, 1997, p. 28.

dos pilares principales: 1) el institucional, en tanto que los tribunales constituyen un tipo de órganos del Estado dentro del sistema, y 2) la propia relación indisoluble del Estado con el Derecho determinada por la realidad socioeconómica.

El 21 de agosto de 1961, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo dictó el Acuerdo No. 783, mediante el cual la función de los tribunales adopta nuevos objetivos impulsados por el movimiento revolucionario, y en virtud de ello, declara que “la función de los tribunales es esencialmente administrar justicia [...] pero aquí no se detiene la justicia socialista; ella sirve, además, a la edificación y al afianzamiento del socialismo, ya que los tribunales al decidir cada caso (al absolver o sancionar al acusado o dictar sentencia frente a una pretensión civil) educan al ciudadano [...]” y prosigue con una detallada relación de valores políticos, jurídicos y éticos que, en buena medida, influyen en la calidad de la interacción del hombre con el medio ambiente.

Las leyes posteriores de organización del sistema judicial previeron la dimensión referida, y la Ley No. 82, “De los tribunales populares”, también hace suyos esos principios, los cuales se vinculan a las acciones de educación ambiental, al formular dos objetivos importantes para la actividad de los tribunales: primero, prevenir las infracciones de la ley y las conductas antisociales, reprimir y reeducar a los que incurren en ellas; y, segundo, elevar la conciencia jurídico-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 (Artículo 4f y h).

III

Los tribunales en la actividad jurisdiccional utilizan diversos instrumentos jurídicos que tipifican formas conductuales que tienen que ver directamente con el medio ambiente o que, de alguna manera, se relacionan con él. De igual forma, usan normas procedimentales que propenden a la debida sustanciación de los casos medioambientales y, por ende, contribuyen a la educación jurídica de los ciudadanos. No es mi propósito en este capítulo analizar de forma detallada cada uno de esos cuerpos de normas jurídicas, sino solo significar su interacción en el sistema de Derecho en lo que respecta a los tribunales. En el grupo de normas sustantivas, los códigos penal, civil, de trabajo y de familia, las leyes de los delitos militares y la de inversión extranjera. En lo tocante a las adjetivas, las leyes de Procedimiento Penal, la Procesal Penal Militar y de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, tal como quedara modificada por el Decreto Ley No. 241, de 2006, y el Decreto No. 176, entre otros instrumentos jurídicos.

El régimen de responsabilidad penal aparece prescrito en la Ley del Medio Ambiente, en la que se decreta que las acciones socialmente pe-

ligrosas prohibidas por la ley, bajo conminación de una sanción penal, que atenten contra la protección del medio ambiente, serán tipificadas y sancionadas a tenor de lo que dispone la legislación penal vigente (Artículo 75).

La tutela penal, ante determinadas transgresiones socialmente peligrosas, es un elemento de innegable poder suasorio que actúa en el conjunto de la población, con independencia de que en el universo académico se discuta la conveniencia, o no, de un título específico que agrupe a los delitos que afectan al medio ambiente. El propio Código penal deja claro sus objetivos en los términos siguientes: a) proteger a la sociedad, a las personas, al orden social, económico y político y el régimen estatal; b) salvaguardar la propiedad reconocida en la Constitución y las leyes; c) promover la cabal observancia de los derechos y deberes de los ciudadanos; y ch) contribuir a formar en todos los ciudadanos la conciencia de respeto a la legalidad socialista, del cumplimiento de los deberes y de la correcta observancia de las normas de convivencia socialista (Artículo 1.1), lo que se reafirma cuando declara que la sanción no tiene solo por finalidad la de reprimir por el delito cometido, sino también la de reeducar a los sancionados en los principios de una actitud honesta hacia el trabajo, el estricto cumplimiento de las leyes, de respeto a las normas de convivencia, y prevenir la comisión de nuevos delitos, tanto por los propios sancionados como por otras personas (Artículo 27).

A su vez, la Ley de Procedimiento Penal, al disponer que el juicio oral es público, salvo las excepciones que en el propio texto se señalan, garantiza que los delitos que lesionan al medio ambiente puedan ser juzgados públicamente, lo que representa un medio educativo importante, aun más cuando la audiencia se verifique fuera de la sede del tribunal, si las características del hecho así lo aconsejan, de conformidad con lo regulado en el Artículo 13 de la Ley de los Tribunales Populares, en relación con el Artículo 61 de su Reglamento.

En el fuero militar, estas garantías están contenidas en la Ley de los Delitos Militares y en la Ley Procesal Penal Militar. En el tercer *por cuanto* de la primera, se consigna que este cuerpo legal “[...] se basa en los principios del Derecho socialista y en la práctica de la justicia de institutos armados desde la fundación del Ejército Rebelde en la Sierra Maestra, y de conformidad con estas pautas, sus normas, a la par que tienden a reforzar la disciplina militar, como condición indispensable de la eficaz protección de los intereses políticos y económicos fundamentales de la República confiados a dichos institutos armados, regula la sanción de modo que prime en ella el fin reeducativo sobre el represivo [...]”. Algunos de los delitos que pudiesen afectar al medio ambiente se tipifican en el susomentado instrumento jurídico-penal, como el de daños a los bienes militares (Artículo 33.1) y el de violencia contra la población en la región de acciones militares (Artículo 44.1).

Resulta obvio que la ley adjetiva militar se plantee similares fines educativos, puesto que en el proceso se ejecutan diversos actos dirigidos a la aplicación consecuente de la ley penal. A este respecto, se pronuncia el Artículo 2 de la Ley Procesal Penal Militar, al instituir como uno de sus objetivos la contribución al fortalecimiento de la legalidad socialista en las instituciones militares, a la prevención y erradicación de los delitos entre los militares y a la educación de estos en el estricto cumplimiento de la legalidad. Atendiendo a esos objetivos, se dispone que el juicio oral sea público, procurándose efectuarlo en presencia del personal de las unidades e instituciones militares, a menos que razones de secreto estatal, militar o de orden moral, aconsejen celebrarlo en privado (Artículo 294).

En resumen, en el espacio de la jurisdicción penal, la educación jurídico-ambiental se corporifica en dos aspectos: el de las infracciones del ordenamiento penal, motivo por el cual resultan sancionadas las personas transgresoras, y la influencia educativo-preventiva que ejercen los hechos juzgados.

Sobre este asunto, coincido con Lorenzo Morillas Cuevas, cuando se refiere a la necesidad de un compromiso de los actores políticos, jurídicos y sociales, "[...] para que en un futuro acaso no sea necesario el Derecho penal no por inválido en sus esquemas, sino por innecesario

en cuanto respeto al medio ambiente por la ciudadanía [...]".²

No menos importante es la labor de los tribunales en materia civil, atendiendo al sistema de responsabilidad instituido por la Ley del Medio Ambiente, en los artículos 70 y siguientes. Las relaciones jurídicas civiles tienen una notable influencia sobre el medio ambiente, en virtud de su omnipresencia en la vida de la sociedad. El Artículo 2 del Código civil es categórico al expresar que sus disposiciones se interpretan y aplican de conformidad con los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado cubano expresados en la Constitución de la República. De ello, se colige que la plenitud de sus normas, en lo que concierne a los problemas medioambientales, se identifican con los principios constitucionales. En el prólogo del mencionado Código, se enuncian los fines garantistas de sus disposiciones. De ahí que la función jurisdiccional de los tribunales de esta especialidad tenga primordial responsabilidad como factor educativo.

Cabe precisar algunos de los institutos del Código civil que se contraen a situaciones medioambientales. En cuanto a los sujetos de la relación jurídica, la responsabilidad que asumen las personas naturales y jurídicas por los daños que causen (artículos 89.1 y 95.1); sobre las actividades que generan riesgos (Capítulo VI), el ejercicio del derecho de propiedad (Capí-

2 Lorenzo Morillas Cuevas: "La contaminación del medio ambiente en el Derecho penal español", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 6, La Habana, 1992, p.134.

tulo I), las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad (Capítulo IV) y, en una expresión más amplia, el derecho de obligaciones y contratos, entre otros. Además, las disposiciones del Código civil son supletorias, respecto a materias civiles u otras reguladas en leyes especiales (Artículo 8), las cuales son definidas en la primera de las Disposiciones Finales. En ese conjunto de leyes, se encuentran algunas que regulan los actos de la administración y, por tanto, es incuestionable la relación del Derecho civil con el Derecho administrativo.

La Ley del Medio Ambiente potencia el papel de la familia en la formación de valores y los lineamientos generales del Plan de acción de la estrategia nacional de educación ambiental concretan las tareas que se deben cumplir para lograr sus fines. Las normas jurídicas que tienen por objeto a la familia propenden, debido a su naturaleza axiológica, a conformar una educación y cultura ambientalistas. Precisamente el conocimiento, por parte de los tribunales, de las conductas anómalas que dañen los intereses de la familia (social y personal) protege esos valores de los que depende la existencia misma de la sociedad.

El Código de familia deviene un eficaz instrumento jurídico para consolidar, también, por la vía judicial, los componentes de la eticidad ambientalista. Por ejemplo, el ejercicio de la patria potestad, la cual corresponde a ambos padres, comprende un conjunto de deberes y derechos que, estando íntimamente entrelazados,

ofician de conformadores de una sólida conciencia ambiental (Artículo 85). De incumplirse gravemente los deberes, por uno de los padres o ambos, puede dar lugar, atendiendo a las calificadas circunstancias del caso, a que el tribunal dicte sentencia, en la que se puede disponer la privación de la patria potestad o la suspensión en el ejercicio de esta.

A la protección de la vida y la salud de los trabajadores durante el desarrollo de las actividades laborales, la Ley del Medio Ambiente le dedica el título decimocuarto, el cual complementa el sistema de relaciones jurídico-laborales que se establecen en el Código de trabajo y, consecuentemente, la conflictividad laboral, por la imposición de medidas disciplinarias o la reclamación del mejor derecho, puede estar relacionada con un problema medioambiental en el centro de trabajo, cuyo conocimiento, en primera instancia, corresponde a los órganos de justicia laboral de base y en apelación a los tribunales populares, ante determinados casos legalmente definidos por la ley, para los cuales rige el principio de publicidad. Es decir, las comparecencias y otros actos procesales pueden ser presenciados por los trabajadores y por otras personas que no sean parte en el conflicto (Artículo 2, Decreto-Ley No. 176), asegurándose, de esa manera, la esencia educativa de los procesos.

La especialidad económica que, a partir de la promulgación del Decreto-Ley No. 129, de 1991, “De extinción del Sistema de arbitraje estatal”, forma parte del Sistema de Tribunales, bajo la denominación de salas de lo económico, conoce de los litigios

económicos contractuales y los conflictos de carácter económico que se susciten sobre la protección del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, concordante con la primera de las disposiciones especiales de la Ley del Medio Ambiente. Por la competencia que se les atribuye, las salas de lo económico están llamadas a desempeñar una concienzuda labor de educación jurídica ambiental, atendiendo a tres razones: por la especialización que logran estos tribunales en la solución de los conflictos ambientales; por el nivel de cultura implícito en el pronunciamiento de las resoluciones que dicten en razón de la materia; y la utilización multidisciplinaria de las vertientes preventivas que franquea el Artículo 6 de la Ley de los Tribunales Populares.

En tal sentido, cabe destacar las novedades introducidas en esta materia por la invocada ley de trámites, cuando se refiere al conocimiento por estas salas no solo de acciones resarcitorias, sino también las de cumplimiento, así como la singularidad de las sentencias dictadas en esta clase de proceso, al preceptuar que “la sentencia que se dicte en proceso referido a daño al medio ambiente, no causa estado de cosa juzgada, quedando legitimado el perjudicado para ejercitar nuevas acciones reclamatorias por la continuidad de los efectos del mismo evento dañoso que haya dado lugar a la misma” (Artículo 829).

Se trata de que los sujetos económicos profundicen el nivel de concientización de los problemas medioambientales que aún subsisten y emprendan

acciones multilaterales para revertir, con conocimiento de causa, la situación actual e, incluso, no es antinómico que hagan una debida utilización de la vía judicial.

En los últimos tiempos, las posibilidades de la educación jurídica ambiental se han ampliado considerablemente por las salas de lo económico, si tenemos en cuenta las disposiciones de la Ley de la Inversión Extranjera, pues ese tipo de inversión se concibe y estimula en el contexto del desarrollo sostenible del país, lo que implica que durante su ejecución se atenderá cuidadosamente la conservación del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, tal como lo establece el Artículo 54. Asimismo, tributan a la eficacia de la educación jurídica ambiental los subsistemas de las Bases Generales del Perfeccionamiento Empresarial, que auguran un futuro promisorio para el desarrollo sostenible del país, cuando queden implantadas en la totalidad de las entidades estatales.

IV

Por último, los tribunales de justicia, como órganos del Estado, en su función jurisdiccional, contribuyen al fortalecimiento de los fundamentos político-jurídicos de la educación ambiental, a través de los actos judiciales, el contenido de los pronunciamientos de *ipso et jure* de sus resoluciones y la divulgación, en determinadas circunstancias, de los

hechos juzgados y los fallos dictados, de conformidad con lo regulado en la Instrucción No. 116 de 1985, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, lo cual, en su parte dispositiva, razona que “[...] su conocimiento pudieran servir a un interés social o contribuir a la conciencia jurídica del pueblo [...]”.

Los tribunales se enmarcan plenamente en la estrategia nacional de educación ambiental, con sus propios medios y métodos educativo-preventivos, basados en el conjunto de normas jurídicas sustantivas y procesales, las que a su vez interactúan con los principios fundamentales de la Ley del Medio Ambiente y la legislación complementaria, de modo que sus funciones propenden a la erradicación de la conflictividad medioambiental.

La colegiatura judicial, reconocida en la Constitución de la República, propicia que la educación jurídica ambiental, a la par que contribuya a la formación cultural de los propios operadores de la justicia, se multiplique en los colectivos laborales de donde proceden los jueces legos que actúan en todos los niveles de los tribunales.

La valoración del enfoque sistémico de la educación jurídica ambiental es necesario efectuarla en términos de interdisciplinariedad y multidisciplinariedad, porque si bien los tribunales al administrar justicia lo hacen de modo soberano, no les son ajenos los aportes del Derecho ambiental y de otras ramas científicas que contribuyen a su eficacia.

Legislación

“Constitución de la República”, en *Gaceta Oficial de la República*, no. 7, ed. extraordinaria, primero de agosto de 1992, La Habana.

“Ley del Medio Ambiente”, en *Gaceta Oficial de la República*, no. 7, ed. extraordinaria, 11 de julio de 1997, La Habana.

“Ley de los Tribunales Populares”, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraordinaria, no. 8, 14 de julio de 1997, La Habana.

Código Penal (actualizado), MINJUS, La Habana, 1997.

Código civil (actualizado), MINJUS, La Habana, 1998.

Código de familia, Imprenta Central de las FAR, La Habana, 1987.

“Código de Trabajo”, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraordinaria, no. 3, 24 de abril de 1985, La Habana.

“Ley Procesal Penal Militar”, en *Gaceta Oficial de la República*, no. 33, ed. ordinaria, 18 de agosto de 1977, La Habana.

Ley de los Delitos Militares, MINJUS, La Habana, 1980.

Ley de la Inversión Extranjera, en *Gaceta Oficial de la República*, no. 3, ed. extraordinaria, 6 de septiembre de 1995, La Habana.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1982.

“Decreto Ley No. 129, De extinción del Sistema de Arbitraje Estatal”, en *Gaceta Oficial de la República*, no. 9, ed. extraordinaria, La Habana, 1991.

“Decreto Ley No. 241 de 2006”, en *Gaceta Oficial de la República*, no. 33, ed. extraordinaria, 27 de septiembre de 2006, La Habana.

“Decreto Ley No. 252, Sobre la continuidad y el fortalecimiento del Sistema de Dirección y Gestión Empresarial Cubano”, en *Gaceta Oficial de la República*, no. 41, ed. extraordinaria, 17 de agosto de 2007, La Habana.

“Decreto No. 281, Reglamento para la implantación y consolidación del Sistema de Dirección y Gestión Empresarial Estatal”, en *Gaceta Oficial de la República*, no. 41, ed. extraor-

dinaria, 17 de agosto de 2007, La Habana.

“Decreto Ley No.176”, en *Gaceta Oficial de la República*, no. 28, ed. ordinaria, 15 de agosto de 1997, La Habana.

“Instrucción No. 116/85”, del CGTSP, en *Boletín* no. 1, La Habana, 1985.

“Acuerdo No. 783 de 1961, del CGTSP”, en *Revista Cubana de Jurisprudencia*, año I, no. 1, enero de 1962, La Habana.

ÉTICA, MORAL Y JUSTICIA

Lic. Yamira Téllez Loredó,
vicepresidenta del TPP de Mayabeque.

LA ética, la moral y el papel del jurista en la sociedad cubana de hoy constituyen una cuestión que requiere de profunda reflexión, en tanto que en la dura batalla que hoy libramos, para luchar contra la corrupción, los delitos y las ilegalidades, esto desempeña un rol fundamental, por no decir vital.

En esta lucha contra los vicios que corroen a la sociedad que estamos construyendo, como modelo único y no por ello exento de errores y contradicciones, el rescate de los valores morales que deben caracterizar a ese hombre nuevo resulta de trascendental importancia, viendo la concepción de su formación como forma histórica específica de reconquista del hombre por el hombre a tenor de la nueva época y de los nuevos sujetos de transformación revolucionaria.

Primero que todo, como presupuesto necesario, resulta conveniente conceptuar los términos *ética*, *moral* y *valores* y su definición, desde la concepción dialéctico-materialista, para así reflexionar sobre su papel regulador en la relación individuo-sociedad.

Ética: Se deriva del término griego *ethos*, que significa “hábito, costumbre”. En la historia del pensamiento filosófico, del conocimiento humano, se ha conceptualizado como el saber filosófico que reflexiona y

fundamenta la moral y realiza prescripciones normativas sobre el comportamiento humano.

En el diccionario de la lengua española se define como la parte de la Filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre.

Moral: Se deriva del término latino *mores*, que significa hábito, costumbre. Filosóficamente, se ha definido como el conjunto de principios, normas, valores, costumbres y tradiciones sociales que se expresan en la actitud, los sentimientos, la conducta y las cualidades de las personas en sus vidas cotidianas.

Como lo relativo a la moral o ciencia del bien, lo conceptúa el mencionado diccionario. También, da otras definiciones: es lo no apreciable por los sentidos, sino por el entendimiento; lo que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno; como la ciencia que trata del bien y de la bondad o malicia de las acciones humanas y como el conjunto de facultades del espíritu.

En ocasiones, en el lenguaje cotidiano, estos términos se usan como sinónimos, lo cual, en parte, se explica por la similitud en su contenido etimológico, porque provienen de palabras que pueden ser traducidas como “costumbre”, “uso”, “modo de ser” y “carácter”.

Desde hace muchos años, estos vocablos han sido empleados para

hacer alusión a un mismo concepto: el conjunto de principios y normas de conducta que regulan las relaciones entre los hombres; esto ha motivado que se les haya entendido como conceptos equivalentes, al referirse a un modo de conducta que es adquirido o conquistado por el hábito.

Esto puede deberse a razones históricas, cotidianas, periodísticas, políticas u otras muy diversas. Tal similitud solo debe admitirse en el llamado “lenguaje común”; pero, en rigurosidad científica, es inadmisibles porque la ética es una ciencia y la moral, su objeto de estudio. La ética como ciencia filosófica ha estado tradicionalmente dedicada al análisis científico de los procesos, las relaciones y el comportamiento moral de los hombres en sociedad, también a investigar, fundamentar y valorar teóricamente el sistema de ideales, valores, cualidades, principios y normas morales.

Mientras que la moral está referida al acto, a la acción, es decir, al proceder moral del individuo, la ética se refiere solo a la valoración del acto, al pensamiento, al razonamiento sobre el acto moral. La primera no se agota en sus valores respectivos, pues incluye a su vez todo un conjunto de principios, normas, cualidades e ideales que la configuran; sin embargo, puede considerarse un valor esencial de toda sociedad humana porque ningún sistema de convivencia social puede funcionar de modo adecuado sin la presencia del valor moral, como orientación de la conducta de sus miembros respectivos.

Valores: Cualquier objeto material o ideal que tiene una satisfacción social positiva. Así, existen valores económicos, mercantiles, morales, etcétera.

El diccionario de la lengua española da varias definiciones de este término, como que es el grado de utilidad de las cosas; cualidad de las cosas que las hace objeto de precio; alcance de la significación o importancia de una cosa, acción, palabra o frase. También como la cualidad del ánimo que mueve a acometer arriesgadas empresas, sin miedo a los peligros y como sinónimo de osadía, desvergüenza.

En primer lugar, es necesario entender los valores como parte constitutiva de la propia realidad social, como una relación de significación entre los distintos procesos o acontecimientos de la vida social y las necesidades e intereses de la sociedad en su conjunto, o sea, para que se entienda mejor, cada objeto, fenómeno, suceso, tendencia, conducta, idea o concepción, cada resultado de la actividad humana, desempeña una determinada función en la sociedad, adquiere una significación social, u otra, favorece u obstaculiza el desarrollo progresivo de la sociedad y, en tal sentido, es un valor o un antivalor, un valor positivo o un valor negativo, en definitiva; serán valores objetivos que, en su conjunto, conforman un sistema dinámico, cambiante, dependiente de las condiciones históricas concretas y estructurado de manera jerárquica.

En un segundo nivel, veríamos la forma en que esa significación social,

que constituye el valor objetivo, es reflejada en la conciencia individual o colectiva. Cada individuo, como resultado de un proceso de valoración, conforma su propio sistema subjetivo de valores, que puede tener menor o mayor grado de correspondencia, ante todo, del nivel de coincidencia de los intereses particulares del sujeto con los intereses generales de la sociedad, pero también en dependencia de las influencias educativas y culturales que ese sujeto recibe, y de normas y principios que prevalecen en la sociedad donde vive. Estos valores subjetivos cumplen una importante función como reguladores internos de la actividad humana.

En tercer lugar, debemos tener en cuenta que la sociedad ha de organizarse y funcionar en la órbita de un sistema de valores instituidos y reconocidos oficialmente, el cual puede ser el resultado de la generalización de una de las escalas subjetivas existentes en la sociedad o de la combinación de varias de ellas y, por lo tanto, puede también tener un mayor o menor grado de correspondencia con el conjunto objetivo de valores. Este emana de la ideología oficial, la política interna y externa, las normas jurídicas, el Derecho, la educación formal, es decir, estatal o institucionalizada, entre otras.

Podemos entender los valores como un conjunto de principios. Concíbanse estos como ideales, propósitos, objetivos y fines que, después de un complejo proceso psicológico, son asimilados por la conciencia de las personas, grupos, clases sociales o las masas en general; se expresan

en sus ideas, conductas y actitudes y, a su vez, orientan su actividad e influencia en la sociedad. No todos los principios son valores.

También se han definido los valores morales como la significación social positiva, buena, en contraposición al mal, de un hecho, fenómeno, acto de conducta, actitud que con un carácter valorativo-normativo, a nivel de la conciencia moral y en forma de principios, normas, representaciones morales, etcétera, orientan la actitud y conducta del hombre hacia el obrar bien, hacia el progreso moral, a la elevación del humanismo y el mejoramiento humano.

Es en la actividad moral donde se conforman o desarrollan los valores morales a nivel de la conciencia moral de los individuos y, a su vez, es en ella donde se objetivizan o realizan los valores construidos internamente, mediante la expresión de sentimientos y actuaciones concretas.

LAS RELACIONES INDIVIDUO-SOCIEDAD Y LOS VALORES

Esta relación del individuo con la sociedad es un resultado histórico-cultural, tanto en los términos del binomio como en la sustancia del vínculo; su configuración y desarrollo poseen no solo determinantes premisas materiales de diferente índole, sino también de carácter espiritual simbólico.

Estudiar las relaciones sociales es la clave para comprender este vínculo

entre el individuo y la sociedad. Podemos entender que los hombres hacen su historia, pero bajo determinadas relaciones sociales y nivel alcanzado por la técnica, la industria, la ciencia y las formas sociales de comunicación y actividad racional.

La moral es un reflejo en la conciencia de las condiciones materiales en que viven las personas, a partir de la forma histórica en que se han relacionado entre sí, de las actitudes y conductas asumidas en el transcurso de sus vidas, que se expresan en forma de principios, normas, sentimientos y representaciones sobre el bien y el mal, el deber, lo justo y lo injusto que, en conjunto, regulan y orientan la elección moral de cada individuo y el comportamiento humano en la sociedad.

El valor moral expresa la unidad dialéctica de lo objetivo y lo subjetivo, de lo emocional y lo racional, sobre la base de necesidades y exigencias humanas históricas concretas.

EL JURISTA EN LA SOCIEDAD CUBANA DE HOY

Para enfrentar esta batalla, resulta necesario tener claro cuáles son las líneas que deben adoptarse para revertir esta situación. La educación de las nuevas generaciones, llamadas a la construcción del socialismo en Cuba, es capital; hay que sembrar conciencia en los jóvenes. Para ello, debemos comenzar por revolucionar, en nuestro sistema de enseñanza, la formación de valores; no debe ser una trans-

misión fría y esquemática mediante el discurso, sino enseñarlos a valorar por sí mismos; mostrarles que la justicia, la solidaridad y la honradez son grandes valores del ser humano, ocupan un lugar jerárquico elevado en el sistema de valores, pero se llenan de contenido según las circunstancias y las condiciones históricas concretas; puede suceder que lo que hoy es justo mañana no lo sea; puede suceder, también, que los valores choquen; entonces, hay que enseñarlos a optar por el que jerárquicamente es más importante, teniendo en cuenta siempre que esa jerarquía también es mutable y dependiente de las condiciones, y la elección que hacemos en un caso puede ser adecuada para ese, pero no para otro.

También es valedero convencer de que las reformas que nos hemos visto, y nos veremos, urgidos de introducir en nuestro sistema económico-social, en pos de su actualización, que en ocasiones acarrear consecuencias no deseables, resultan necesarias e inevitables en nuestras condiciones y constituyen no un fin en sí mismas, sino un instrumento que nos permite, en primer lugar, lograr la recuperación económica y preservar en la práctica valores de muy alta jerarquía en el plano social, como son la independencia nacional, la dignidad, la soberanía y las grandes conquistas de justicia social que la Revolución ha traído a nuestro pueblo en campos como salud, educación y calidad de vida; pero, más allá de esto, nos permitirá alcanzar un estadio cualitativamente superior de la sociedad.

Es importante que, permanentemente, se evidencie el nexo histórico y genético existente entre los valores que la Revolución defiende, y aquellos que se sustentan en el fundamento y origen mismo de la nación cubana, la coincidencia del sentido y la identidad de valores que para el cubano encierran conceptos como *patria, revolución y socialismo*.

En todo ello, el jurista tiene un rol fundamental, viéndolo desde su condición de profesional y como ente social.

El jurista, profesional del Derecho, ya sea juez o fiscal, ya defensor, asesor jurídico o notario, no puede olvidar que, en nuestro proyecto social, valores como la justicia tienen un alto significado social y, por eso, en el cumplimiento de sus deberes, su actuación tiene que estar apegada a los principios y valores institucionalizados, legitimando y enaltecendo el honor de profesar el sentido de lo justo y lo correcto. Ser justo es esencial, dándole, proporcionándole o ayudándole a conseguir a cada cual lo que le corresponde, porque nuestros actos tienen que tener el mensaje claro de que los intereses colectivos o los intereses del pueblo están por encima de intereses particulares. No se deben violar derechos y garantías esenciales de los individuos, refrendados en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo presente que nuestra sociedad es profundamente solidaria y humanista.

Los jueces, mediante sus actos, tienen que educar; hay que crear cultura jurídica en las masas, fun-

damentalmente en la juventud, hay que cultivar el respeto a las leyes, que los ciudadanos conozcan sus derechos, pero también sus obligaciones para con la sociedad, y que dominen la manera de hacer valer los primeros, sin olvidar que un pueblo culto se distingue por su respeto a la legalidad.

Estos, además, no pueden estar de espaldas a la lucha contra las manifestaciones de corrupción, delitos e ilegalidades que han proliferado en nuestros tiempos. Fidel hizo un reclamo y una alerta: En esta batalla contra vicios no habrá tregua con nadie, cada cosa se llamará por su nombre, nosotros apelaremos al honor de cada sector.

Cada jurista tiene que estar consciente de cuál es su papel en esa madeja, para contribuir al empeño de multiplicar las riquezas espirituales de los ciudadanos, y elevar la conciencia social.

Existen en nuestro país varias normativas que regulan el comportamiento ético de este sector: Código de Ética de los Cuadros del Estado Cubano, Código de los Juristas y, específicamente para los miembros del Sistema de Tribunales, el Código de Ética Judicial, que reflejan en sus normas y preceptos los valores y principios que deben guiar sus pasos en el ejercicio de sus deberes y funciones, en su vida diaria: asumir las tareas judiciales con responsabilidad y sensibilidad, conscientes de la trascendencia que nuestro trabajo tiene para las personas implicadas directa e indirectamente en los procesos y para la sociedad; desempeñar la

actividad laboral con orden, pulcritud y apego a los procedimientos legales establecidos; mantener una conducta personal intachable en la vida laboral, familiar y social, distinguiéndose por el comportamiento honrado y educado; impartir justicia con plena conciencia de estar actuando en representación del pueblo de Cuba; y procurar que las decisiones judiciales estén respaldadas por los sentidos de justicia, racionalidad y sensatez.

El jurista, como ente social, no puede olvidar el papel del individuo en el progreso social, que él forma parte de una colectividad de seres humanos empeñados en la construcción de una sociedad más justa y como tal tiene que ser protagonista activo de su transformación. Tiene que comprender y hacer valer que los beneficios sociales son resultado del esfuerzo de todos y que para ello todos deben aportar, tener conciencia de que solo con el trabajo se pueden obtener riquezas, pero sin afán desmedido de estas, poniendo los intereses sociales por encima de los personales. Hay que trabajar no solo para beneficio propio, sino para el de todos; con independencia de las medidas objetivas que la Revolución tome, más allá de la exigencia del cumplimiento estricto de la ley y reprimir aquellas conductas antijurídicas, hay que ser capaces de alimentar conciencias, tenemos el deber de abarcar todos los espacios, apostar por rescatar los mejores valores del individuo, no perder nunca de vista la suerte colectiva, hacer frente a insolidarios, individualistas, indolentes, agaza-

pados, los que viven sin preguntarse de dónde vino lo que tenemos, cuánto cuesta, cuánto vale, y consideran que lo merecen porque sí y no lo valoran como el resultado del esfuerzo y el aporte conjunto de todos, que el mérito de que Cuba sea el país donde sus ciudadanos tienen mayor esperanza de vida, con una mortalidad infantil baja, solo comparable con países desarrollados, y educación gratuita garantizada para todos, son beneficios inigualables a cualquier otra sociedad; y, por ende, tenemos que contribuir de manera decisiva a que sean más los que mantienen una conducta de principios y luchan contra todas las manifestaciones de corrupción, delitos e ilegalidades para preservar esas conquistas.

Siempre se debe tener presente que la ejemplaridad es vital, que tiene mucho valor en la formación de valores; mantener el ejemplo personal en el centro de trabajo, en la familia, en la comunidad, que debemos aprender a ideologizar todas las reacciones sociales, darles un contenido ideológico tanto a las formales como a las informales, pero hacerlo de una manera inteligente, con creatividad, sembrando conciencia, no descuidando nuestras raíces, la esencia misma de nuestra identidad nacional, sin recurrir al discurso aburrido o vulgarmente llamado “teque”, sino de manera novedosa, original, inteligente, para que el mensaje llegue, poniendo el sello de cubanía en cada acto; convencernos de que aún es insuficiente la labor político-ideológica que hacemos y debemos fortalecerla.

CONCLUSIONES

La similitud entre los términos *ética* y *moral* solo debe admitirse en el llamado “lenguaje común” porque, en rigurosidad científica, esto es inadmisibles, pues hay que distinguir claramente en que la ética es una ciencia y la moral, su objeto de estudio.

Todos los aspectos que se expresan en el valor moral están penetrados por el carácter predominante de la correlación individuo-sociedad, y su contenido clasista.

El jurista desempeña un rol fundamental, no solo como profesional del Derecho, sino como ente social en la lucha contra las manifestaciones de corrupción, delitos e ilegalidades y en el rescate de los mejores valores del hombre nuevo que estamos formando, en el camino hacia esa sociedad más justa a la que aspiramos.

BIBLIOGRAFÍA

Castro Ruz, Fidel: “Discurso pronunciado en la 2.^a graduación de instructo-

res de arte”, en *Tabloide especial* no. 9, La Habana, 2005.

_____: “Discurso pronunciado en el Aula Magna de la Universidad de La Habana”, en *Tabloide especial* no. 11, La Habana, 2005.

Código de Ética Judicial, Tribunal Supremo Popular, La Habana, febrero de 2001.

Colectivo de autores: *Fundamentos de la ideología de la Revolución Cubana*, t. 3, Ediciones Verde Olivo, La Habana, 2003.

Constitución de la República de Cuba, Ediciones Pontón Caribe, S.A., La Habana, abril de 2005.

Ética y sociedad. Un acercamiento al estudio de la ética, la moral y los valores humanos (tabloide especial), Universidad para Todos, La Habana, 2005.

Guevara, Ernesto: *Escritos y discursos*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1985.

José Martí en el Código de Ética de los Cuadros del Estado Cubano, Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, La Habana, marzo de 2003.

Miná, Gianni: *Un encuentro con Fidel*, Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado, La Habana, 1987.

LA TOGA: EL MÁS VALIOSO DE LOS ATUENDOS

*Lic. Ysmaray Hinojosa Pérez,
presidenta del TMP de Maisí, Guantánamo.*

NO sé cuánto valor científico puedan tener estas cuartillas para los lectores acostumbrados a degustar del análisis normativo de una ley o el argumento teórico sobre una institución del Derecho. Esta mezcla de crónica y comentario que, aunque carece de aquel ingrediente, está sazonado con una pizca de historia y una cucharada de inspiración, tiene su origen en una curiosidad que albergaba desde la época en que estudiaba Derecho en la Universidad de Oriente: ¿Por qué los jueces, abogados y fiscales usan la toga? ¿Dónde comenzó esta tradición? No lo entendía, entonces, ni en el emocionante momento de mi graduación, cuando recibí la primera toga, de manos de la decana de mi añorada Facultad de Derecho. Tampoco profundicé en ello durante mis primeros años en el ejercicio de la judicatura, pero hoy, un poquitín más avezada en “el arte del porqué”, pude desentrañar el misterio de la toga que, como muchas de las instituciones del Derecho moderno, nos fue legada por los antiguos romanos.

La toga fue una vestimenta distintiva de la antigua Roma, consistente en una larga tela de lana de alrededor de seis metros de longitud, que solo podía ser usada por los ciudadanos romanos. Se porta-

ba enrollada alrededor del cuerpo, de una manera especial, colocada sobre una túnica que, por lo general, era de lino. Su uso definía las clases sociales: los ricos la llevaban de lana blanca, muy fina; y los pobres, de lana burda y oscura.

Los cónsules, pastores y triunfadores la usaban con rayas de colores diversos y bordados de oro. Cuando estaban de luto, o durante períodos de calamidad pública, los romanos cambiaban la toga blanca por una de color negro o gris intenso. En la mayor parte de la historia de Roma, esta vestimenta fue usada exclusivamente por hombres, y su importancia era tal que existían distintos tipos, de acuerdo con la jerarquía, la clase social, y el momento en que se usara:

- Toga plamata o picta. Estaba enriquecida con primorosas labores y recamos de oro que usaban el cónsul, en el día de triunfo; y los pretores, al presidir los juegos del circo.
- Toga praetexta. Era la toga adornada con una franja de púrpura, distintivo de los mancebos libres de nacimiento y de los dictadores, pretores, ediles y algunas otras personas instituidas en dignidad.
- Toga viril. La que usaban los hijos de los ciudadanos romanos a los 16 años y simbolizaba que, desde

entonces, eran aptos para ejercer los cargos de la república.

La definición de esta indumentaria, según el diccionario enciclopédico popular ilustrado Salvat, coincide con lo anteriormente expuesto: “Es la vestidura exterior en forma de manto amplio y largo que llevaban los romanos sobre la túnica”. Pero su segunda acepción se aviene un poco más con la utilidad que le damos los jueces: “Es el vestido talar con mangas y esclavina, que, como insignia de su función, se ponen sobre el vestido los magistrados, abogados, catedráticos, etcétera”.

Este túnico peculiar es común a todos los trajes académicos, o con más precisión, es el único elemento que no varía ni en color ni en forma. La toga que utilizan, en varios países, los jueces, fiscales y abogados en el ejercicio de sus funciones es de color negro, generalmente de alpaca o tergal y llega por debajo de las rodillas (originalmente, llegaba a los talones y se le conocía como traje talar).

Según las reglas de la etiqueta para su uso catedrático, debajo de la toga se deberá llevar un traje negro, con corbata o pajarita negra, reservando la corbata o pajarita blanca para los actos solemnes, camisa blanca y zapatos cerrados negros. Las señoras, cuando usen pantalones, deberán atenerse a lo especificado anteriormente y, cuando usen falda, deberán usar medias y zapatos de salón.

Afortunadamente, en nuestro país, las reglas no son tan estrictas para su uso. Los magistrados cubanos no

simpatizamos mucho con “la pajarita blanca” ni las normas de la etiqueta burguesa. Pero reconocemos el valor de esta prenda de vestir que identifica a los jueces cubanos. El Artículo 63 del Reglamento de los Tribunales Populares regula que la toga constituye el traje de ceremonia de uso en los tribunales.

Compartir el significado de la toga se convirtió en el intento de reflejar el sentir de quienes la han defendido con gallardía y respeto, desde hace mucho, administrando justicia en los estrados cubanos. De esa forma, al ajiaco en ciernes se le sumó otro ingrediente: la entrevista. La pregunta fue abordada en todos los espacios coincidentes: ¿Qué significado tiene para ti la toga? Después del asombro inicial de los jueces interrogados, llovieron las respuestas: “es un símbolo de justicia”, “tradición”, “formalidad y rigor”, “transparencia, responsabilidad”, “distinción”,...

Esta vestidura, avalada por los siglos, inviste no solo de solemnidad y autoridad a los juzgadores en los tribunales cubanos; implica, además, el compromiso de llevar a cabo con racionalidad y transparencia la labor jurisdiccional. Tal como “el hábito no hace al monje”, la toga no hace al juez. Si la usamos desprovistos de amor, valores, conocimientos y sentido de pertenencia, no seremos capaces de tomar la decisión correcta, ni dirimir con acierto los conflictos de quienes acuden en demanda de tutela jurídica a los órganos jurisdiccionales. Los antiguos romanos no entenderían cuánto nos adorna y compromete este traje en nuestra

faena jurisdiccional, a diferencia de ellos que, por vestirlo, se distinguían dueños y señores. A nosotros nos unge como servidores de todos, soldados contra lo mal hecho, defensores de la patria desde nuestra trinchera judicial.

De forma magistral, en el libro *El alma de la toga*, Ángel Ossorio enunció: “La toga no representa por sí sola ninguna calidad, cuando no hay cualidades verdaderas debajo de ella se reduce a un disfraz irrisorio. Pero después de hecha esta salvedad, en honor al concepto fundamental de las cosas, conviene reconocer que, como todos los atributos profesionales, tiene, para el que la lleva, dos significados: freno e ilusión; y para el que la contempla, otros dos: diferenciación y respeto. La toga es freno, porque cohibe la libertad en lo que pudiera tener de licenciosa. Es ilusión, por nuestra función. Por nuestro valer. Por nuestra significación. Es diferenciación, porque ella nos distingue de los demás circunstancias en el tribunal; y siempre es bueno que quien va a desempeñar una alta misión sea claramente conocido. Y respeto, porque el clarividente sentido popular, al contemplar a un hombre vestido de modo tan severo, con un traje que consagraron los siglos; y, que sólo aparece para menesteres trascendentales de la vida, discurre con acertado simplicísimo: ese hombre debe ser bueno y sabio”.

Entre los jueces, hoy, la negra vestimenta genera polémica: si debía confeccionarse en una tela me-

nos calurosa, si debían usarla en el acto del juicio oral los secretarios licenciados en Derecho o todos, sin distinción. La Instrucción No. 211, de 15 de junio de 2011, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, puso en vigor la Guía metodológica para la realización de juicio oral en el proceso ordinario con aplicación supletoria para los procesos especiales, la que legitima que también los secretarios pueden usar la toga en los actos judiciales. Ante la decisión, esta modesta escritora sonrió para sus adentros, complacida, porque, al final de la contienda, la toga está a salvo, es acertado que la vistan también los secretarios en la sala de juicios, muchos de ellos nos han enseñado a dar nuestros primeros pasos en la práctica judicial, y defienden el derecho y la justicia con el mismo celo de un juez, pero lo primordial es que el legado y la tradición perduren en el vestuario insigne de los jueces cubanos que, desde su salto de las universidades a los tribunales, cada uno de ellos conozca el porqué y lo haga suyo.

Lo que de verdad importa y es imperecedero es que, al usarla, continuemos viendo en ella a la mejor aliada, a nuestra compañera de mil batallas por la verdad, la sintamos más elegante y distintiva que un deslumbrante traje de noche, porque la toga es el símbolo de que, al final, el bien triunfa sobre el mal. Siempre habrá quien la honre y la vista para hacer lo correcto, para aplicar lo normado, para defender la ética y los principios de nuestra Revolución.

Ello obliga a que solo la lleven en los tribunales cubanos los capaces, los comprometidos, los íntegros, los que comprenden que es una distinción de humildad, no de arrogancia. Y ya servido el ajiaco, ustedes asentarán conmigo: la toga es, sin duda, el más valioso de los atuendos.

BIBLIOGRAFÍA

Diccionario enciclopédico popular ilustrado Salvat, Madrid, 1914.

www.imperium.org/articulos/toga

[www.monografías.com/trabajos27/alma de toga.shtml](http://www.monografías.com/trabajos27/alma_de_toga.shtml).

www.protocolo.org/ceremonia/protocolo-universitario/

[www.es.wikipedia.org/wiki/Toga \(vestimenta\)](http://www.es.wikipedia.org/wiki/Toga_(vestimenta))

RELATORÍA DE LAS SESIONES DE TRABAJO

*Dra. cor. Lourdes M. Carrasco Espinach,
jueza profesional, TSP.*

Del 23 al 25 de mayo del presente año, el Palacio de Convenciones de La Habana fue sede del VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho, foro que continúa afianzándose como un importante cónclave de los operadores del Derecho, dada la diversidad de asuntos que en él se presentan, la profundidad de los debates y la realización de actividades colaterales que mucho aportan a su enriquecimiento temático, esta publicación, como en ocasiones precedentes, deja constancia resumida de lo que allí aconteció.

DISTINGUIDOS invitados;
Estimados delegados:
Luego de tres días de fructífero intercambio, concluimos hoy, 25 de mayo, el VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2012, auspiciado por el Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Se caracterizó por la amplia concurrencia de magistrados, jueces y otros juristas provenientes de 15 países y dos organizaciones internacionales; por América: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Perú, Venezuela, y Cuba como país sede; de Europa: España, Portugal y Rusia; y representando a África, Mozambique, con la presencia de 250 delegados cubanos y 230 de otras latitudes.

Se honró, además, con la participación de prominentes autoridades y personalidades cubanas y de naciones hermanas, entre ellas:

- Doctor Gonzalo Hurtado Zamorano, Presidente del Tribunal Supre-

mo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia

- Doctor Omar Alfredo Mora Díaz, Primer Vicepresidente del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela
- Doctor Petr Serkov, Primer Vicepresidente del Tribunal Supremo de la Federación Rusa
- Doctor Serguei Movchan, Auditor de la Cámara de Cuentas de la Federación Rusa
- Doctor Elías Carranza, Presidente del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento al Delincuente
- Doctora Tania Áreas Manzano, Vicepresidenta del Consejo de la Judicatura de Ecuador; y
- Doctora Ninoska Keipo, Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela

Al dar inicio al Encuentro, el Presidente del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, Rubén

Remigio Ferro, después de agradecer la presencia de calificados profesionales del Derecho, ilustró que en el contexto del proceso de actualización del modelo económico que se realiza en Cuba para fortalecer el socialismo, el sistema judicial se empeña en procurar niveles cualitativos superiores: trabajamos en la revisión crítica de procedimientos y prácticas vigentes, en modificaciones estructurales y funcionales que fortalezcan el respeto de las garantías procesales, el acceso a la justicia y la tutela efectiva. Recalcó que este congreso brinda la oportunidad de intercambiar experiencias y puntos de vista, convencidos de que un sistema jurídico y judicial solo funciona si se corresponde con las condiciones de su propio escenario. De ahí que en el cubano no padezcamos de la crisis de confianza presente en no pocos lugares. En ello desempeña un papel decisivo la actitud subjetiva y responsable de los jueces, expresada en su actuación. Precisamente por ello, patentizó nuestra profunda indignación y protesta por el parcializado juicio, violatorio de las garantías del debido proceso, de la Constitución y las leyes norteamericanas, mediante el que fueron injustamente sancionados, bajo influencias políticas, cinco patriotas cubanos que guardan prisión, desde hace ya casi 14 años, por proteger a ambos pueblos de los planes de grupos mafiosos y terroristas radicados en la Florida.

El programa científico se distinguió por la diversidad de temas examinados. Once conferencias magistrales enalte-

cieron su desarrollo, tres de ellas iniciaron el trabajo en plenario:

El Dr. Elías Carranza, Presidente del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente, disertó sobre el fenómeno delictivo en América Latina y el Caribe en el contexto de la globalización, su impacto en los diversos sistemas de justicia penal, relación con las deplorables condiciones de encarcelamiento y con el nivel de inequidad en los ingresos, al interior, y entre los países. Asimismo, enfatizó en la necesidad de una política criminal centrada en la justicia social.

Al referirse al vínculo entre la criminalidad y las penas, el Dr. Eduardo López Betancourt, profesor de la Universidad Autónoma de México, ante el aumento cuantitativo y cualitativo de delitos, proclamó la búsqueda de alternativas serias, que les permitan constituirse en un instrumento de plena, que garanticen la paz social; destacó que el mundo occidental está más preocupado por atender al delincuente que a la víctima.

El Dr. Homero Acosta Álvarez, Secretario del Consejo de Estado de la República de Cuba, discurrió sobre los hitos fundamentales que han marcado los principios organizativos de la judicatura en nuestro país, y algunos aspectos relevantes en lo procesal y sustantivo con incidencia en lo jurisdiccional, los avances, retrocesos, influencias y aportes en la función judicial, en estrecha relación con el devenir histórico cubano; el vigente sistema de justicia, sus valores y

desafíos, en momentos en que nos planteamos el fortalecimiento de la institucionalidad en la nación y el perfeccionamiento del modelo socialista cubano.

Otras tres enriquecieron la actividad en comisiones:

El Viceministro de Trabajo y Seguridad Social cubano, M.Sc. José Barreiro Alfonso, ilustró sobre los antecedentes y actualidad de la política de empleo y seguridad social, en el ámbito del nuevo modelo económico, la prioridad de incentivar el trabajo por cuenta propia, de reordenar el sector laboral estatal bajo el principio de idoneidad demostrada y de proyectar el ingreso a la educación superior de acuerdo con la demanda de fuerza de trabajo calificada.

Una caracterización de la evolución histórica del sistema penitenciario cubano, sus logros y retos actuales, fue el eje central de la impartida por Luis Almanza Hernández, funcionario de la Dirección de Establecimientos Penitenciarios, quien destacó que se trabaja bajo el principio del mejoramiento humano, mediante el desarrollo de programas educativos, culturales y de trabajo, en los que se cuenta con el apoyo de la familia, bases sobre las cuales se labora en su perfeccionamiento, con vistas a la reeducación y reinserción social de los reclusos.

La Dra. Mayda Goite Pierre, vicedecana de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, disertó en torno al vínculo entre las características que debe reunir el juez, su obligación de decidir,

y la exigencia de justificar la decisión judicial mediante la argumentación, donde se interrelacionen hechos, norma jurídica y valores, en correspondencia con sólidos principios éticos y con la realidad social, en defensa de los derechos y de garantías del ciudadano.

Especial interés despertó en el plenario un panel sobre reformas judiciales, coordinado por el Presidente del Tribunal Supremo Popular, que contó con las conferencias magistrales del Dr. Petr P. Serkov, Primer Vicepresidente del Tribunal Supremo de la Federación Rusa, quien al discernir acerca de la que se lleva a cabo en su país, precisó que abarca medidas legislativas tendentes a modernizar la justicia, garantizar la independencia del poder judicial, mantener las habilidades necesarias para implementar los poderes del juez, incrementar la participación femenina, regular los requisitos de los candidatos a la judicatura, las reglas para otorgar poderes judiciales y observar la ética judicial.

El Dr. Gonzalo Hurtado Zamorano, Presidente del Tribunal Supremo del Estado Plurinacional de Bolivia, evocó las reformas constitucionales que han aplicado y realzó que por primera ocasión el texto constitucional fue sometido a referéndum, responde a los intereses del pueblo y de los excluidos, contiene regulaciones de género, relativas a las autonomías regionales, departamentales e indígenas; y al propio tiempo, se estableció una transformación social y judicial en el país, lo que ha signifi-

cado un avance cualitativo alcanzado por la vía de la democracia.

Por su parte, la Dra. Tania Áreas Manzano, Vicepresidenta del Consejo de la Judicatura de Ecuador, señaló que el proceso de reconstrucción del sistema judicial en esa nación, está centrado en el ciudadano, la selección de los jueces por concurso de mérito y oposición, el control social, las reformas legislativas de orden procesal y la incorporación de la moderna tecnología; además, precisó que por primera vez en la historia de la judicatura ecuatoriana, nueve mujeres, entre ellas una indígena, integran la corte suprema.

Y la Dra. Ninoska Keipo, Presidenta de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, incursionó en la participación popular en el sistema judicial venezolano y la reforma de la justicia penal, encaminadas a su democratización y acercamiento a la comunidad.

Con otras dos conferencias magistrales en plenario, se dio término al evento:

El magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, Primer Vicepresidente del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, ilustró sobre la presencia imperialista en la historia de América Latina; la proyección hacia ella de la revolución cubana; los cambios en el paradigma justicia, que respetan el derecho, pero priorizando la justicia. Abordó las particularidades de la organización y estructura judicial en su país, e incursionó en la incorporación de medios alternativos para la solución

de conflictos en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, primera norma que cumplimentó el mandato constitucional de promover su aplicación.

Mientras, el Dr. Juan Mendoza Díaz, vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, examinó el estado de la legislación y la doctrina procesal en América Latina, las modernas tendencias y factores que favorecieron la reforma en este campo. Contrastó la realidad procedimental nacional con la de países vecinos, y precisó los ámbitos en que el legislador debe enfocar su atención, a fin de perfeccionar nuestro sistema de administración de justicia.

Durante el trabajo en comisiones, además, se desarrollaron 2 conferencias, 41 ponencias, 12 paneles, y 12 talleres, a cargo de 78 expositores cubanos y 35 de otras latitudes.

Amplia resultó la actividad en materia laboral, donde los temas relativos a la seguridad social en Cuba y en el contexto mundial actual, se abordaron por Luisa Morales, del país sede, las colombianas Iliana Carolina Vanegas Fortich, Iliana Marcela Fortich Lozano, y el español Carmelo Batista Machín.

Sobre las crisis empresariales y la protección del trabajador en su país, expuso el español Humberto Guadalupe Hernández; y acerca de la nueva realidad de las relaciones laborales en Cuba, se refirieron Ana Sánchez, Mayra Hernández y Yamilet Calvo.

El rol del proceso laboral como garantía fue tratado por la venezo-

lana Hilén Daher de Lucena y las cubanas Amdiany Mir, Elena Caravia y Yoryana Rodríguez; y el acoso sexual laboral, por Juan Rafael Perdomo, del propio país.

En torno al trabajo informal, después la colombiana María Viviana Rubio Pabón, y sobre la justicia laboral lo hizo el cubano Gustavo Méndez.

Comunicaron diversas aristas, acerca de la protección a los trabajadores en condiciones desventajosas, el venezolano Larry Deboe, la cubana Yúsmila Martínez, y las argentinas María Gloria Bottiglieri y María Carolina Colazo. En lo concerniente al régimen jurídico de la seguridad y salud en el trabajo, lo hizo Susana Orozco, de Cuba.

También abundó el análisis de temas penales, desde variadas perspectivas.

En el ámbito sustantivo, de Cuba, Mariano Rodríguez centró su intervención en el error de prohibición, y María Caridad Bertot lo hizo en lo relativo al delito continuado y la no persecución múltiple.

En el tema de la adecuación de la sanción penal, se concentraron los cubanos Gabriel Rodríguez Pérez de Agreda, Mirelys Batista y Daylín Naranjo; desde la justicia consensuada, lo hizo Juan Ríos Castaño, de Colombia, y la prisión como última opción fue evaluada por Serguey Mochvan, de Rusia.

En otro plano, Sonia Bouieri Bassil enunció la reproblematicación carcelaria en Venezuela.

El vínculo entre control social y fenómeno delictivo, se enfocó desde diversos ángulos por: Emilia Santana Ramos, de España; las mexi-

canas María del Refugio Bobadilla Saucedo y Alma Rosa Solís Ríos; y las cubanas Barbarita Rivero, Milagros Mengana y Mildrey Casas.

El tratamiento a la víctima en Cuba se exploró por Ignerys Ramírez, Misleidis Escalona, Yamira Téllez, Evelyn Brito y Suset Hernández.

Cuestiones relativas a la fase previa, y al juicio oral en México, se investigaron por Carlos Cuencas Dardón y Elías Polanco Braga.

Acerca de derechos, principios y garantías en la justicia penal, discutieron los cubanos Yusuam Palacios, Rufina Hernández, Frank Quiala, Tomás Betancourt y María Esperanza Milanés.

Temas controversiales relacionados con la casación penal, se estudiaron por las cubanas Lourdes Carrasco, Marily Fuentes, Gladys Hernández, Odalys Quintero y Maricela Sosa.

Una vez más, el evento se proyectó más allá de su sede, cuando un nutrido grupo de delegados visitó la prisión de mujeres de occidente, donde constataron los avances que exhibe nuestro país en el tratamiento penitenciario.

La experiencia cubana en el perfeccionamiento del procedimiento de familia fue transmitida por Carlos Díaz Tenreiro, Mailín Merencio, Liliana Hernández, Marta Acosta, Lourdes Bautista e Isabel Arredondo; Berta Torres expuso acerca de la violencia intrafamiliar, Tatiana Gil, sobre el derecho a la procreación responsable; Leonela Valdés proyectó una modificación interdisciplinaria de la comunicación, y el mexicano Carlos Rodríguez Mar-

tínez, una propuesta cuántica para resolver conflictos en esta materia.

En lo concerniente a la protección jurisdiccional en el ámbito administrativo, discurrieron la chilena Cecilia Paz Latorre y los cubanos Yosleyvis Caballero, Kenia Espinosa, Kenia Valdés y Dianelis Machín.

En torno a la materia civil, por el país anfitrión, Yanet Alfaro reseñó la preterición; Rándol Pineda, la caducidad y la jurisprudencia; Iliana Arias y Grisela Galiano, sobre limitaciones al ejercicio de la capacidad jurídica civil; Deyli González, acerca de la integración del Derecho; y Yadira Rodríguez, el perfeccionamiento del acceso a la justicia en esta materia.

Con otros temas, el peruano César Augusto Negrón Muñoz aludió a los *quantum* indemnizatorios por daño moral, y la argentina Amalia Uriondo Martinoli, a la lesión de los derechos de la personalidad a través de internet.

Respecto a la reforma del proceso económico, ilustraron los cubanos Ranulfo Andux, Lissy Valcárcel y Yolanda Pino; en torno al tema contractual frente al reordenamiento de la economía nacional, lo hizo Daniel Soler, y en cuanto al arbitraje interno, Dianelys Borges, Andrés Poll y Yeisys González.

Los retos de la justicia ambiental en Cuba se razonaron por Camila Roca, Mercedes Torres y Lidia Sira Rosario.

Los métodos alternativos de solución de conflictos se estudiaron por las cubanas Iday Dueñas, Ada Lara, María Domínguez, Wendy Calderón, Alina Rodríguez e Ingrid Santos.

La trascendencia de la ciencia y la tecnología en función de la administración de justicia se aquilató por la argentina Cristina Elizabeth González y las cubanas Rufina Hernández, Marily Fuentes y Daimi Lamorú. A cuestiones éticas, aludió el venezolano Emiro García Rosas.

El tema del Derecho a la salud en los grupos desfavorecidos se trató por los colombianos Ahneyenzy Carrillo Velásquez y Emilio Molina Barboza.

La temática constitucional fue explorada desde diversos enfoques por Yezid Carrillo de la Rosa, de Colombia; Juan Carlos Tacón Birrotarín, de Venezuela; y Majela Ferrari y Lisette Pérez Hernández, de Cuba.

Katiana Guevara y Alberto Martínez caracterizaron la participación popular en la administración de justicia en Cuba, Ninoska Keipo y Oskary Zambrano se adentraron en la de Venezuela; a la independencia judicial, se refirió el mexicano Armando Villanueva Mendoza, y a la imparcialidad, Marelys Ballester y Roselia Reina, de Cuba.

También desde varios ángulos, la argentina Adriana Zavatti Rougier, y los venezolanos Lucio Díaz Ortiz, Luis Torres Zamora, Sonia Boueiri Bassil y Efraín Rivas Sosa incursionaron en la problemática del acceso a la justicia.

Los temas examinados resultaron enriquecidos por un debate de inestimable valor, en el que intervinieron 155 delegados, 88 cubanos y 67 de otras naciones.

Durante el desarrollo del evento, varios ilustres delegados condena-

ron el bloqueo impuesto a Cuba por Estados Unidos, y la injusta sanción que sufren en ese país cinco cubanos por luchar contra el terrorismo.

Un momento emotivo se produjo, cuando el cónclave sirvió de marco para reconocer al magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, por su relevante trayectoria en la judicatura venezolana, y destacada participación y promoción de los encuentros internacionales Justicia y Derecho.

Concluimos satisfechos estos días de intenso trabajo, porque, transcurrida más de una década, desde el primer encuentro, se multiplica el interés por asistir a él; de ahí que su sexta

edición confirme que continúa siendo este un espacio propicio para ahondar los nexos que nos identifican y hermanan, para enriquecer los conocimientos e incrementar nuestra preparación alrededor de aspectos medulares concernientes al Derecho y a la justicia, que contribuyen a enaltecerla en pos de alcanzar la dignidad plena de cada hombre y mujer de nuestros pueblos que, como el cubano, representado por los jueces que en su nombre imparten justicia, los aguarda para acogerlos en nuevas jornadas de fructífero intercambio.

Muchas gracias.

ACTUALIDAD JUDICIAL

*Lic. Sergio Ravelo López,
J' Departamento de Divulgación e Información, TSP.*

ASUME NUEVA VICEPRESIDENTA

El pasado 16 de octubre, la Especialista Olga Lidia Jones Morrison tomó posesión del cargo de vicepresidenta del Tribunal Supremo Popular (TSP), en acto solmene presidido por Homero Acosta Álvarez, secretario del Consejo de Estado, y Rubén Remigio Ferro, presidente de este alto órgano de justicia, en el que participaron los integrantes del Consejo de Gobierno, jueces y directivos.

Tras el juramento de su alta investidura, Homero Acosta le transmitió felicitaciones a Olga Lidia, en nombre del General de Ejército Raúl Castro Ruz y de José Ramón Machado Ventura, presidente y vicepresidente del Consejo de Estado, respectivamente.

Graduada de Licenciatura en Derecho en la Universidad Central de Las Villas, en 1986, la actual vicepresidenta cuenta 20 años de trabajo en el Sistema de Tribunales, donde se desempeñó, sucesivamente, como jueza profesional titular del TMP de Santa Clara, y de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TPP de Villa Clara. En 2009, fue electa vicepresidenta del TPP de esa provincia y, al año siguiente, presidenta de ese órgano. Es miembro del Comité Central del Partido y del Secretariado Nacional de la FMC.

TOMA DE POSESIÓN

El 17 de mayo de 2012, el teniente coronel Manuel Bernardo Arcila González tomó posesión del cargo de juez de la Sala de lo Militar del TSP. Durante la solemne actividad, presidida por Rubén Remigio Ferro, y en la que participaron integrantes del Consejo de Gobierno, jueces y directivos de este alto órgano de justicia, el nuevo juez juró cumplir y hacer cumplir la Constitución socialista, la legislación vigente y el Código de Ética Judicial.

Graduado en 1981, Arcila González ha ocupado crecientes responsabilidades en tribunales militares con significativos logros en su labor.

ATENCIÓN A SANCIONADOS

Entre los días 20 y 21 de septiembre, tuvo lugar, en el Centro de Convenciones de Cojimar, el VII Taller nacional sobre control, atención e influencia a sancionados que cumplen en libertad, evento presidido por Rubén Remigio Ferro, y que contó con la presencia de Homero Acosta Álvarez, secretario del Consejo de Estado; Darío Delgado Cura, fiscal general de la República; Ana María Mari Machado, vicepresidenta de la Asamblea Nacional del Poder Popular; Margarita Gon-

zález Fernández, ministra de Trabajo y Seguridad Social, además de miembros del Consejo de Gobierno del TSP, presidentes de tribunales provinciales populares, jueces, asistentes judiciales, efectivos de la Policía Nacional Revolucionaria, y representantes de las organizaciones sociales y de masas.

Los fructíferos debates se centraron en los avances alcanzados a partir de una estrategia de control personalizada, la reinserción social de sancionados que cumplen en libertad, los mecanismos implementados para controlar la actividad laboral no estatal en el nuevo escenario económico del país y las experiencias acumuladas en los territorios, que han permitido mayor efectividad en esta importante labor, a partir del trabajo cohesionado y sistemático de todos los factores participantes.

CURSO SOBRE MEDIACIÓN

En virtud del Convenio de Colaboración Bilateral suscrito entre el TSP y el Tribunal Supremo Popular de la República Popular China,

del 22 al 26 de octubre, en el hotel Tulipán, tuvo lugar un curso sobre mediación en materia civil, impartido por las especialistas chinas Han Mei, jueza de la Sala no.1 de Asuntos Civiles de dicho tribunal y Xia Zhengfang, presidenta de la sala homónima del Tribunal Superior Popular de la provincia Jiangsu.

Este curso forma parte de los acuerdos adoptados durante la visita desarrollada a nuestro país, del 25 al 29 de abril del presente año, por una delegación de alto nivel del Tribunal Supremo Popular de la RPCH, presidida por Wang Exiang, vicepresidente de ese órgano superior de justicia.

VISITA DE TRABAJO

Del 26 al 30 de noviembre, realizó una visita al TSP una delegación del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil, presidida por Hussein Ali Kolout, director de Relaciones Internacionales de ese alto órgano de justicia, con el objetivo de evaluar el cumplimiento del Convenio de Colaboración entre las autoridades judiciales de Cuba y de esa nación.

MEJOREMOS ALGUNAS EXPRESIONES (II)

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez,
editor-corrector del TSP.

ESTA serie —iniciada en la edición 18— pretende propiciar el mejoramiento de algunas de las estructuras que a diario se emplean en los textos que genera el Sistema de Tribunales.

Se trata de acercar el análisis de algunas de estas a quienes escriben —o, a la inversa, favorecer una aproximación de los escribientes al uso inadecuado de determinadas frases—, con el objetivo de que, una vez leídas, estudiadas e interiorizadas, las incorporen, en las versiones correctas, a su quehacer en cuanto a la escritura.

Por supuesto, sé que, cuando alguien se ha acostumbrado a usarlas de una manera, no le resulta fácil acometer el cambio; pero, tampoco, es imposible. Hay que intentar, paso a paso, incorporarlas a la redacción personal. Deben tenerse presentes, siempre: si no se logra al escribir, una simple revisión del texto, pensando en adecuarlas (no centrada en el contenido), permite encontrar las mejores soluciones.

En la primera parte, traté acerca de: *en relación con*, *en nombre de*, *de acuerdo con*, y varias frases vinculadas con la palabra *base*. Hoy, abordo otras que se repiten a menudo: algunas, empleadas de manera inadecuada; otras, reiteradas innecesariamente (y de las cuales puede prescindirse, en la mayoría de los casos).

CONSTAR DE / CONSTAR EN

Ambas son estructuras absolutamente correctas, si se usan en su verdadero sentido: la primera, referente a que “el todo posee varias partes” (El expediente *consta de* 60 documentos); la segunda alude a “algo que aparece registrado en un lugar o documento” (*Consta en* el expediente que...). Pero, atención: no debe confundirse una con la otra, pues, por algo, se construyen con preposiciones diferentes.

Muchas veces, en sentencias, artículos,... he topado con frases como estas: “consta del documento que el interesado...”, “generales que constan de las actuaciones”, las cuales constituyen errores indiscutibles. En ambos casos, debió usarse la variante con *en*: “consta en el documento” y “consta en las actuaciones”.

DENTRO DE / ENTRE

En los últimos tiempos, he notado una tendencia creciente a usar el adverbio *dentro* y la locución adverbial *dentro de*, en situaciones en las que solo cabe la preposición *entre*.

En general, el significado de *dentro* es “en el interior”, “en la parte interna” (Mira *dentro* y verás lo que te dije; Está sucio por *dentro*), mientras *dentro de* ofrece dos alternativas: “en el interior” (Las llaves están *dentro de* mi bolsillo) y “en un plazo de tiempo” (Ven *dentro de* tres meses).

Por otra parte, *entre* tiene varias acepciones: 1.- “Tiempo o espacio en medio de dos acciones, estados, personas o cosas” (*Entre* tú y yo, no caben malentendidos; Vendré *entre* lunes y miércoles); 2.- “Uno de” (Se sitúa *entre* los mejores); 3.- “Relación o comparación” (No hay diferencia *entre* demócratas y republicanos),...

Como se puede observar, no hay ningún elemento común que permita confundir el uso de las palabras que analizo. Sin embargo, en la práctica, muy a menudo, sucede lo contrario. He aquí un muestrario de lo que he encontrado en diferentes textos (en todos los casos, en lugar de *dentro de*, debió escribirse *entre*):

–Con el carácter especial de las relaciones familiares, *dentro de* las que se encuentran las conyugales.

–Relaciones jurídicas que se manifiestan mediante la realización de actos jurídicos, *dentro de* los que podemos mencionar...

–*Dentro de* las propuestas para la conformación de la muy necesaria legislación procesal familiar...

–Ha generado en la actualidad otras clasificaciones, *dentro de* las que se hallan el mixto y el múltiple.

En algunos de los fragmentos seleccionados, sería mejor sustituir la locución adverbial *dentro de* por la preposición *en*. Veamos dos ejemplos:

–En el orden sustantivo, la valoración de la voluntad *dentro de* la unión no formalizada es apreciada con un carácter continuativo.

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

También, hay casos en los que mejor sería eliminar *dentro* y dejar solo *de* (A la hora de asumir un juicio clasificatorio con relación a la parte subjetiva de la estructura del delito, y atendiendo solo a la culpabilidad, como elemento insoslayable *dentro de* esta, deberán concebirse...).

EN / DE (FECHA)

No trato, ahora, de delimitar cuándo usar *en fecha* o *de fecha*, pues todo parece indicar que no hay dudas o vacilaciones al respecto, ni es mi objetivo abordar ese asunto. La idea que pretendo transmitir es más simple: casi nunca es necesario emplear una u otra.

Cuando se escribe, basta con indicar el día, el mes y el año (sin mencionar tales palabras, por supuesto) y ya estará conformada la fecha. Año-

dir ese término genérico constituye una reiteración de la que se puede prescindir. Obsérvense estos dos ejemplos y se comprobará que, en ellos, sobra la palabra de marras (entre paréntesis, sugiero las variantes más adecuadas):

–Contra el auto número ocho, de fecha veinticinco de noviembre de dos mil nueve (número ocho, de veinticinco...).

–Formulada la correspondiente reclamación comercial que ha menester en fecha veintitrés de diciembre de dos mil nueve (reclamación comercial de veintitrés...; o reclamación comercial, el veintitrés..., según el caso).

Situación más compleja, completamente innecesaria –y hasta absurda, agregaría– es esta:

–Aduciendo infringido el artículo siete del decreto ley quince, de fecha tres de julio del año mil novecientos setenta y ocho. (Sobran las palabras *fecha y año*.)

Relacionado con esto, presento un ejemplo, en el que no se incluye la palabra *fecha*, pero se escriben tres términos genéricos que la definen:

–Lo que aconteció el día tres del mes de marzo del año mil novecientos setenta y ocho. (Sobran: *día, mes y año*.)

POR ANTE ESTA SALA

He aquí otra estructura innecesaria y no válida, si se analizan sus componentes gramaticales, independientemente de la larga vida que haya tenido en el contexto judicial. Analicemos el siguiente fragmento:

“Admitidos ambos recursos, se elevaron por el tribunal de instancia *por ante esta sala*” (sin duda, sobra *por*; y *ante* no está mal, pero mejor sería sustituirla por *a*). Esta frase, más allá de la estructura que analizo, presenta otro elemento sintáctico que pudiera enmendarse: no hay necesidad de usar la voz pasiva (se elevaron por el tribunal), cuando el español prefiere la activa (el tribunal elevó). De ahí que, más directo sería: Admitidos ambos recursos, el tribunal de instancia los elevó a esta sala.

Estoy convencido de que no peco al pretender tal sustitución, pues, en otras sentencias, he encontrado las variantes adecuadas. En una de ellas, localicé un ejemplo exactamente igual al que propuse en el caso anterior: *el tribunal de instancia los elevó a esta sala*. Y uno similar, en el que solo manifiesto mi oposición por el mal empleo del gerundio: *Elevándose las actuaciones a esta sala*.

Otro ejemplo se presenta así: “Previo emplazamiento de las partes para que se personaran *ante esta sala*”. Está bien así, si lo que quiere decirse es que se presenten ante quienes la integran; si no es ese el caso, debe decirse: “para que se personaran *en esta sala*”, es decir, en ese lugar. Si para el cumplimiento de tal indicación, se escribe *ante*, obligatoriamente, se refiere a persona, no a un sitio concreto.

ABUSO DE SU

Indudablemente, se abusa de esta forma apocopada del adjetivo posesivo *suyo/suya*, la que, además, con frecuencia, resulta anfibológica e imprecisa, si no está bien definido a qué –o a quién– se refiere.

Podría incluir varias situaciones en las que se presenta confusión, pues proliferan en el uso de la lengua; pero aquí, solo quiero referirme a dos elementos muy socorridos en el entorno judicial cubano: *en su caso* y *de su radicación*.

En relación con el primero de ellos, confieso que casi nunca sé qué se quiere decir al emplearlo. Veamos tres ejemplos, cada uno con las acotaciones correspondientes.

–Esto es una muestra evidente de la carencia de efectos preventivos de la pena de naturaleza subsidiaria *en su caso* y, comoquiera que la sanción impuesta,... (Para mí, en ese contexto, sobra tal estructura).

–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, *en su caso*, se dictara. (También, pienso que sobra, aunque pudiera sustituirse por: *en ese caso* o *en tal caso*.)

–Previo emplazamiento a las partes para que se personaran a sostener o impugnar el recurso *en su caso*, lo cual fue verificado oportunamente por ambas. (De nuevo, la misma situación: sobra; aunque, si se pretende especificar que una sostiene y la otra impugna, o no, debió escribirse: *según el caso*.)

Para usar tal estructura en su verdadero significado, antes habrá que pensar que *su* se refiere a *usted* o a *ustedes* (ambos en un diálogo) y a la tercera persona del singular (él, ella) o del plural (ellos, ellas), pero bien definido el objeto al que se refiere, no cuando hay dos posibilidades, alternativas o disyuntivas, porque eso implicaría una imprecisión o una confusión. Mi mejor recomendación, en tal sentido, sería sustituirlo por la variante más adecuada, o eliminarlo.

Respecto al segundo elemento (*de su radicación*), sucede otro tanto: en la mayoría de las situaciones, puede eliminarse o sustituirse por una estructura más adecuada. He aquí dos ejemplos muy similares, tomados de salas de lo económico, aunque estos constituyen una realidad, también, en las demás:

–Contra la sentencia [...] dictada por la Sala de lo Económico del TPP de Villa Clara, en el expediente *de su radicación* número sesenta y cuatro de dos mil diez.

–Contra el auto [...] dictado por la Sala de lo Económico del TPP de La Habana, en el expediente *de su radicación* número ochenta y cinco de dos mil nueve.

Para mí, según estas muestras, dicha estructura está de más, como sucede casi siempre, por no ser absoluto. Basta decir “en el expediente número...”. En ninguno de los dos casos resulta imprescindible hacer referencia a *su radicación*. Se supone que el expediente fue radicado en esa sala.

BIBLIOGRAFÍA

Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Diccionario panhispánico de dudas*, Santillana Ediciones Generales, S. L., Madrid, 2005.

Rodríguez Gómez, Juan Ramón: “Mejoremos algunas estructuras (I)”, en *Justicia y Derecho*, no. 18, pp. 196-200.

Seco, Manuel: *Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, 2.^a ed. [s.m.d.]