



convocatoria

VIII

ENCUENTRO
INTERNACIONAL
JUSTICIA
Y DERECHO

2016



**Palacio
de Convenciones,
La Habana, Cuba
Del 18 al 20 de mayo**

Revista del Tribunal Supremo Popular
República de Cuba

ISSN1810- 0171

JUSTICIA Y DERECHO

No. 24, año 13, junio de 2015

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

No. 24, año 13, junio de 2015

JUSTICIA Y DERECHO



Sistema de Tribunales Populares

MISIÓN

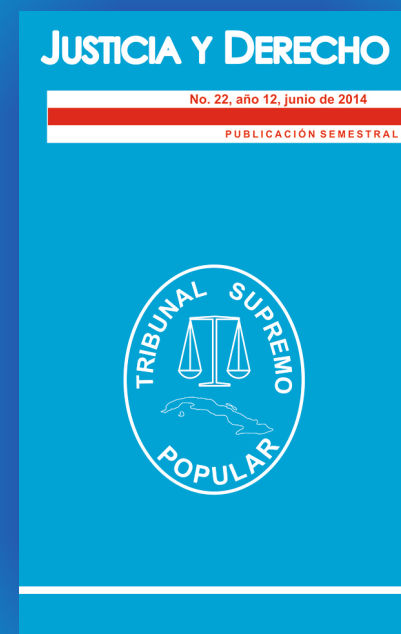
Impartir justicia con acierto, inmediatez, profesionalidad, transparencia y humanismo, para contribuir al bienestar de la ciudadanía, la seguridad jurídica, la sostenibilidad y el desarrollo de nuestra sociedad socialista.

VISIÓN

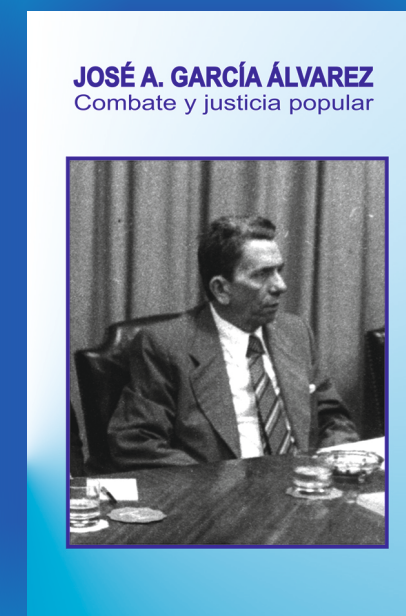
Los tribunales cubanos contribuyen al fortalecimiento de la legalidad, el orden, la disciplina y la institucionalidad del país, y a la realización plena de los derechos y el cumplimiento cabal de los deberes de las personas naturales y jurídicas, consolidando su prestigio, autoridad y reconocimiento social.

CALIDAD

- Desempeño diligente y ágil en la tramitación y solución de los asuntos.
- Actuación responsable, profesional y transparente del personal judicial.
- Respeto y cumplimiento estricto del debido proceso, las garantías y los derechos de las partes.
- Adopción de decisiones judiciales atinadas, debidamente fundamentadas y argumentadas.
- Cumplimiento efectivo y oportuno de las decisiones judiciales.
- Comportamiento ético intachable de jueces, secretarios judiciales y demás trabajadores.



Publicaciones de 2014



SUMARIO

- 3 • *Bases generales para la reforma del proceso civil en Cuba*
M.Sc. Carlos M. Díaz Tenreiro y Dra. Yanet Alfaro Guillén
- 28 • *Gradación de la capacidad restringida en el derecho civil cubano*
Lic. Kenia M. Valdés Rosabal
- 37 • *El método morfológico en el conflicto filiatorio*
Dr. Ercilio Vento Canosa
- 58 • *La obligación de dar alimentos al adulto mayor*
Esp. Daymara Jiménez Ortega
- 71 • *La tutela cautelar en lo contencioso-administrativo*
M.Sc. Benjamin Marcheco Acuña
- 90 • *Procedimiento judicial de la seguridad social a largo plazo*
M.Sc. Caridad K. Pimentel Rueda
- 98 • *Disolución y liquidación judicial de algunas modalidades de la inversión extranjera*
Lic. Yolanda Pino Martínez
- 114 • *Connotación ética en la práctica de las habilidades conciliatorias*
Esp. Maryla Pérez Bernal
- 120 • *La axiología jurídica desde la Filosofía del Derecho*
M.Sc. Yurisander Diéguez Méndez y Lic. Nancy Ferrera Pozo
- 129 • *El delito sexual y la libre valoración de pruebas*
Esp. Ileana Gómez Guerra y Lic. Noel Rodríguez González
- 140 • *El examen clínico por ingestión de bebidas alcohólicas*
Esp. Ana L. Álvarez Anca
- 152 • *La exploración del menor*
Esp. Esnilda Recio Martínez, Esp. Martha M. Miranda Milord
y Lic. Arianny Casas Pérez
- 166 • *La mayoría de edad en el sistema de Derecho cubano*
Lic. Iván Ernand Collazo
- 175 • *Actualidad judicial*
Lic. Celaida Rivero Mederos
- 179 • *El universo de los números (III, final)*
Lic. Juan R. 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

Esp. Vivian Aguilar Pascaud

Esp. Maricela Sosa Ravelo

Esp. Liliana Hernández Díaz

Esp. María C. Bertot Yero

Esp. Isabel I. Arredondo Suárez

Compilación y clasificación

Lic. Celaida Rivero Mederos

Edición y corrección

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Composición y diseño

Lic. Ramón Caballero Arbelo

Redacción

Avenida Independencia, entre Tulipán y Lombillo,

Plaza de la Revolución, La Habana

Teléfono: (537) 7855 5035

E-mail: celaida@tsp.cu

ISSN 1810-0171

Publicación semestral

Año 13, no. 24, junio de 2015

BASES GENERALES PARA LA REFORMA DEL PROCESO CIVIL EN CUBA

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

Dra. Yanet Alfaro Guillén,
jueza profesional, TSP

INTRODUCCIÓN NECESARIA

LA CONFRONTACIÓN PARA la defensa de los intereses de las más disímiles naturalezas resulta consustancial a la existencia humana y, por ello, la solución de conflictos ha constituido una constante en la elaboración de las estrategias políticas de las naciones. La especialización de las relaciones sociales, cual reflejo del desarrollo socioeconómico de las civilizaciones, ha determinado el surgimiento de las ramas del Derecho, como ciencia cuyo objeto se ocupa de la ordenación jurídica en un país, a través de un conjunto de normas, principios, instituciones y categorías dirigidas a tutelar las relaciones de mayor trascendencia social, política, económica, cultural o ideológica. En ese contexto, al Derecho civil corresponde, en la actualidad, la regulación de las relaciones que se establecen entre personas ubicadas en un plano de igualdad, en torno a bienes, prestaciones o herencias y cuya trascendencia amerita protección jurídica, a partir de instituciones, categorías, principios y normas especializadas.

Esta rama del Derecho se caracteriza por su contenido residual, conformado a partir del desgajamiento

del originario tronco común constitutivo de la ciencia jurídica, en las distintas ramas que hoy integran el ordenamiento jurídico. En este orden, el cúmulo de relaciones jurídicas civiles se caracteriza, en primer orden, por su heterogeneidad, armonizada por el elemento común de la igualdad de los sujetos intervinientes. La conflictividad que este conglomerado genera se encauza por distintas vías de solución, entre las que la judicial resulta de especial atención estatal.

A los tribunales se somete la resolución de diferendos como recurso de última opción, ante la ineffectividad de satisfacciones alternativas, privadas o facilitadas por métodos extrajudiciales. Los justiciables, al someter sus controversias a decisión del foro, deben encontrar un soporte que sirva de vehículo idóneo para la efectiva satisfacción de sus expectativas procesales, determinadas por la entidad de la litis y circunstanciadas por el escenario socioeconómico en el que tiene lugar esta última.

Las expectativas procesales están asociadas, en lo fundamental, a la celeridad de la tramitación, la efectiva intervención judicial, la obtención de

un pronunciamiento eficaz que ponga fin a la contienda y, desde luego, a la reducción en todo lo posible de los gastos de la tramitación.

La importancia de analizar el proceso civil en el ámbito cubano actual, con miras hacia la satisfacción de las necesidades que debe solventar, estriba sobre todo en que con ello se facilita la identificación de los factores que determinan la inadecuación de la tradicional aplicación de los rituales vigentes a los intereses de los implicados. Es este el mejor camino para vislumbrar las formas de reformularlo.

Desde la dimensión que ofrece su objeto, el proceso civil ha ido reflejando constantemente los cambios que se producen en los escenarios social, económico, cultural y normativo, a través de las tendencias que ofrecen los distintos tipos procesales, surgidas como expresión de nuevas formas de manifestarse las relaciones conflictuales. Sin embargo, la dimensión formal del proceso se ha mostrado mucho más estática y ello conduce a un estado actual de salud, requerido de transformaciones que revitalicen los cauces procesales, para optimizar la satisfacción de las expectativas procesales.

Por estos senderos, ha transitado el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), durante los últimos años, en los que han sido dictadas un conjunto de disposiciones que actualizan la dinámica procesal de algunos tipos de procesos en las distintas materias que componen la actividad judicial.¹ El proceso civil se inserta como uno de los protagonistas fundamentales de los cambios, algunos ya en implementación, otros pendientes, por constituir el continente de los más disímiles litigios, reflejo todos de las transformaciones que vienen gestándose en las esferas económica, ideológica y sociológica de nuestro país.

En este sentido, la conflictividad de la Cuba de hoy ha variado sustancialmente en los últimos años y, por tanto, difiere de la regente en la fecha de entrada en vigor de la entonces Ley No. 1261, "De procedimiento civil y administrativo", de 4 de enero de 1974.² En lo fundamental, el cambio está dado por el incremento de la complejidad de las relaciones interpersonales, expresada sobre todo a partir del aumento de las causas que desencadenan la litigiosidad y de los factores que la condicionan,

- 1 Entre las más importantes, pueden enumerarse las instrucciones 186 (16 de octubre de 2007, modifica el procedimiento de ejecución de sentencias civiles), 187 (20 de diciembre de 2007, modifica el procedimiento familiar), 191 (14 de abril de 2009, modifica el procedimiento civil), 211 (15 de junio de 2011, modifica formalidades de celebración del juicio oral), 215 (13 de abril de 2012, modifica el procedimiento económico), 216 (17 de mayo de 2012, perfecciona la modificación del procedimiento familiar), 217 (17 de julio de 2012, perfecciona la modificación del procedimiento civil), 225 (17 de octubre de 2013, actualiza los patrones de redacción de resoluciones judiciales en materias civil, administrativa, de familia y económica), y el Acuerdo circular de familia No. 318 de 2013.
- 2 Esta norma de procedimiento constituye la primera de elaboración nacional, la que, a su vez, derogó la Ley de enjuiciamiento civil española, puesta en vigor en Cuba a partir del 1.º de enero de 1886, a través de la Real Orden No. 1285, de 25 de septiembre de 1885.

por la rectoría de un nuevo escenario económico, orientado hacia la transformación de un modelo en el que se ha modificado la distribución del peso de las formas de propiedad, y por la diversificación de las necesidades espirituales y materiales, como reflejo del desarrollo socioeconómico alcanzado.

La norma sustantiva en Cuba ha ido condicionando estas transformaciones con trascendencia a la radicación judicial, a través del reflejo, aunque a veces tardío e insuficiente, de las evoluciones que se han suscitado en el tráfico jurídico. Sin embargo, las normas procesales en el país no han llegado a ajustar los diseños de los distintos tipos de procesos para lograr su adecuación a las características del conflicto al que hoy sirven de cauce legal para lograr la solución judicial. Por naturaleza, la dimensión procesal del Derecho resulta mucho más estática que la sustantiva porque los tipos procesales se prevén con una perspectiva que haga sustentable su aplicación, a pesar de las probables modificaciones legislativas.

Ahora bien, la necesidad de reforma del proceso civil cubano no deriva de una defectuosa concepción normativa de su diseño procesal, por el contrario, debe quedar claro que la regulación legal que contiene la vigente Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico ha sido capaz de ofrecer un tipo de proceso desde el que ha sido viable, por casi cuarenta años, proporcionar

soluciones a conflictos entre sujetos ubicados en un plano de igualdad. Se genera, entonces, la proyección actualizadora, a partir de los cambios en la conflictividad y por la evolución de los patrones del debido proceso. Ante tal estado de cosas, es menester alinear ambos factores desde la regulación procesal, para incrementar la satisfacción de los intereses de los justiciables.

El entorno transformador en el que tienen lugar todas las relaciones jurídicas, cuyo desenlace puede llegar a integrar un proceso civil, reclama la reforma de este último, de cara a lograr la prestación de un servicio judicial contextualizado. Este último concepto requiere ser analizado en su doble integración. La impartición de justicia, como misión constitucional del Sistema de Tribunales³ que se encauza a través de los distintos tipos de procesos, constituye un servicio en tanto satisface necesidades de los individuos. Su prestación contextualizada demanda la constante revisión de las normas reguladoras de cada trámite y la actualización de la preparación técnica y general integral de jueces y demás operadores judiciales, para alcanzar el ajuste a las necesidades de satisfacción que vayan determinando las aplicaciones del Derecho sustantivo vigente y las circunstancias que condicionan la radicación.

El CGTSP, en uso de las facultades que le concede el último párrafo del Artículo 121 de la Constitución, dictó, el 14 de abril de 2009, la Instrucción

3 Ver Artículo 120 de la Constitución.

No. 191, a cuyo tenor se introdujeron relevantes modificaciones en la concepción del trámite general del proceso civil, en cuanto a oralidad e intermediación, medidas cautelares, escucha de menores e intervención del equipo técnico asesor multidisciplinario. Esta Disposición constituye el primer paso del camino de transformaciones de los procesos civiles en Cuba. Su dictado creó las condiciones para la emisión de la Instrucción No. 217/2012, destinataria de las experiencias de la aplicación de su predecesora, que consolidó las líneas de actualización del proceso civil referidas a la oralidad, escucha de menores, medidas cautelares e intermediación.

Sin embargo, subsisten limitaciones en la concepción actual del proceso, que podemos agrupar en atención a los factores que las desencadenan:

- Por falta de regulación y de infraestructura institucional: derivación a mediación como vía satisfactiva del conflicto.

- Por encontrarse pendiente la validación de los resultados de los cambios introducidos: modernización de las reglas de redacción de resoluciones definitivas y de celebración de actos judiciales.

- Por falta de una regulación normativa integral del proceso: Reforzamiento del papel activo del juez en la conducción del proceso, en lo que se refiere a la celebración de la comparecencia y a la intermediación judicial.

- Por no ser suficiente la regulación normativa para lograr la comprensión judicial sobre la trascendencia del régimen cautelar en la ejecutabilidad de los procesos civiles.

Esto ocurre porque los factores determinantes de la necesidad del cambio no se producen al unísono, sino al tiempo en que surge el sustrato objetivo para cada uno.

Concebir la reforma procesal sin previsión de modificaciones legislativas inminentes ocasiona conmoción, en primer orden, por la estabilidad que le es inherente a la norma adjetiva y, sobre todo, porque solo una nueva normativa puede introducir variaciones procedimentales. Sin embargo, en este caso, la proyección del cambio se dirige a potenciar algunas de las herramientas que la ley vigente establece y cuya tradicional interpretación ha discurrido por senderos lejanos a los que ahora se van delineando, en función de proporcionar una inmediata actualización del proceso a las características del conflicto de hoy. Es por ello que la etapa de implementación de un nuevo modelo procesal debe concebirse a través de disposiciones del CGTSP, capaces de introducir las modificaciones fundamentales cuya aplicación arroje los resultados a tener en cuenta para una posible modificación normativa.

Las consideraciones precedentes nos permiten afirmar que el proceso civil cubano aún no proporciona una tutela adecuada a la conflictividad actual y ello requiere la elaboración de las bases para una propuesta integradora de su modificación, a partir del análisis de las insuficiencias regulatorias de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE) y de la sistematización de la concepción del proyecto integrador de reforma.

EL PROCESO CIVIL EN LA LPCALE Y EN LA INSTRUCCIÓN No. 217

El proceso civil es la institución jurídica que tiene por objeto la satisfacción pública de pretensiones de los individuos, cuando estas, por la materia sobre la que recaen, afectan el ordenamiento jurídico privado.⁴ Se concibe como actividad generadora de actos jurídicos encaminados a obtener una determinada resolución jurisdiccional,⁵ como todo el procedimiento seguido para resolver un litigio⁶ o como el método que siguen los tribunales para definir la existencia del derecho de la persona que demanda ser tutelada jurídicamente.⁷

En cambio, el procedimiento constituye la parte externa o formal del proceso y puede definirse como el orden de proceder⁸ los sujetos que intervienen durante su tramitación. El procedimiento es, pues, el elemento formal del proceso.

La distinción de las categorías *proceso* y *procedimiento* no tiene un origen histórico. El Derecho romano no las conceptualizó y, en la etapa medieval, se utilizaban indistintamente a través de una relación de equivalencia. La distinción obedece, entonces, a una labor de los procesalistas modernos, que advirtieron

su notable utilidad desde los ángulos teórico y práctico.⁹

En todo proceso hay un procedimiento pero uno y otro no se identifican.¹⁰ El procedimiento es la forma extrínseca de manifestarse el proceso, no su verdadera e íntima sustancia.

Las carencias del proceso civil enunciadas en la parte introductoria se generan en el ámbito del procedimiento, como categoría central a la que atiende la transformación, pero la diversidad con la que está concebida su tipología en la LPCALE aconseja emplear, en lo sucesivo, el término *proceso*, por su componente englobador y para eliminar posibles dudas en cuanto a la aplicabilidad general de la propuesta.

Los principios del procedimiento civil en el modelo cubano actual

La palabra *principios* se asocia con multiplicidad de significados, entre ellos con garantía o derecho, también como aspiración, pauta a seguir, norma, regla, rudimento, fundamento; y, en el campo del Derecho procesal, sirven de guía para la actuación del intérprete de la norma. Ellos son fruto de la creación humana y se encuentran en constante examen y fortalecimiento.

Las leyes de procedimiento constituyen una expresión de la toma de

4 J. Guasp: *Derecho procesal civil*, p. 30.

5 R. Grillo Longoria, G. de Vera Sánchez y C. R. Grillo González: *Derecho procesal civil*, p. 59.

6 J. Ovalle Favela: *Derecho procesal civil*, p. 35.

7 J. Goldschmidt: *Derecho procesal civil*, p. 1.

8 *Idem*.

9 Grillo Longoria *et al.*: *Op. cit.*, p. 59.

10 Guasp: *Op. cit.*, p. 19.

partido o posición del legislador en cuanto a los principios, pues, aunque no estén expresamente formulados en la ley, son la base de determinados conjuntos de normas procesales. De esta manera, nos encontramos el fenómeno de “constitucionalización del proceso”, al incorporarse a la Constitución algunos principios fundamentales de este, en la búsqueda de una indicación metodológica para la regulación procesal; por ejemplo, la elección entre oralidad y escritura, que pudiera parecer estrictamente técnica, ostenta un marcado carácter político, según se busque potenciar poderes del juez o de las partes, y una mayor o menor celeridad en la tramitación, entre otras razones que pudieran esgrimirse. (Mendoza Díaz: *Lecciones de derecho procesal*).

El intérprete por excelencia de la norma es el juez y, por ello, ha de dominar los principios que informan el proceso que dirige, pues, de cambiar esta, tiene como basamento el conocimiento de los principios informadores para aplicar la nueva.

En el conglomerado de ramas que componen el Derecho procesal, coexisten las que atienden al objeto de la disciplina, y se dividen en Derecho procesal orgánico y Derecho procesal funcional.¹¹ El primero se ocupa de la organización, composición y atribuciones de los tribunales de justicia; y el segundo, de los procedimientos. Es en el terreno del procesal funcional donde se desarrollan las categorías *proceso* y *procedimiento* y, desde sus postulados, se

distinguen los principios que rectoran la vitalidad de cada uno y de la propia rama que los contiene.

Con miras a elaborar una propuesta transformadora, estructurada desde los fundamentos de las categorías anteriores, deben analizarse las manifestaciones de los principios del procedimiento civil en el modelo cubano actual.

La doctrina procesal distingue entre principios del proceso y principios del procedimiento. Los primeros se refieren a las cuestiones raigales o políticas presentes en toda tramitación hasta el pronunciamiento del tribunal; los segundos van dirigidos a cuestiones de índole formal y, de ahí, su denominación de principios técnico-configurativos. Son conocidos como principios comunes porque están presentes en todo tipo de proceso y rigen su organización o modelo procesal.

Pueden ser agrupados en:

—Relativos a la estructura: Contradicción e igualdad y derecho a la defensa. Tiene un doble racero, el proceso implica conflicto, y está asociado a la prueba, en tanto el derecho a la defensa parte del postulado de que nadie debe ser condenado sin ser oído y vencido en juicio y se asocia con la bilateralidad en el debate.

—Relativos al objeto del proceso: Dispositivo material y oficialidad.

1) Dispositivo material: Son las partes quienes establecen el marco del objeto procesal y el tribunal debe ajustarse a lo que han solicitado, so pena de incurrir en incongruencia (Artículo 44, LPCALE).

11 Mendoza Díaz, *Lecciones de Derecho procesal civil*, p. 51.

2) Bajo el amparo del principio de oficialidad, el tribunal salta la congruencia y puede rebasar el pedimento de las partes; se da siempre que existe un interés social superior a los individuales, como en el Derecho de familia, protección al consumidor o medio ambiente.

—Relativos a la introducción de la prueba: Aportación de parte e investigación judicial. La carga de la prueba le corresponde a las partes (Artículo 244, LPCALE), no obstante el tribunal tiene la facultad de incorporar medios de prueba al proceso (Artículo 248).

—Relativos al régimen cautelar. Son decisiones interlocutorias o intermedias que adoptan los jueces, generalmente a solicitud de parte, durante la tramitación del proceso o, de manera previa, en pos de garantizar la buena marcha y el cumplimiento de la sentencia. Requieren el cumplimiento de los presupuestos de instrumentalidad, jurisdiccionalidad, homogeneidad, provisionalidad y temporalidad, y que exista un indicio de derecho y un real peligro en la demora.

—Relativos al régimen de los recursos: Doble o único juzgamiento, devolutivos y no devolutivos, suspensivos y no suspensivos, prohibición de la *reformatio in peius*.

—Relativos al impulso y desarrollo del proceso: dispositivo procesal e impulso procesal de oficio, concentración y preclusión y única audiencia.

1) Dispositivo procesal e impulso procesal de oficio. Ambos coexisten

en la rectoría del procedimiento, desde la regulación del Artículo 38 de la LPCALE, aunque con predominio del segundo, reforzado además con las facultades que confiere al tribunal la Instrucción No. 217/2012. El principio de impulso procesal de oficio exige del tribunal mucho más que la mera aplicación de una facultad concedida por la norma. La toma de decisiones referidas a la adecuada conducción de los trámites requiere la agudeza judicial, proveniente del dominio de las actuaciones y del diseño normativo de cada uno.

2) Concentración: Tiene su expresión general en los artículos 38 y 39 de la LPCALE. Las regulaciones de las instrucciones 217/2012 y 226, de 27 de noviembre de 2013, del CGTSP, lo han potenciado mediante la extensión de las facultades del tribunal durante la celebración de la comparecencia, fundamentalmente en los procedimientos sumarios e incidentes.

3) Preclusión y única audiencia. Consiste la preclusión en “[...] la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal”.¹² Es característico del proceso escrito, en que aparece una perfecta técnica de consecución de actos, sin que resulte posible volver atrás, pues la estructura por fases bien delimitadas implica la clausura de una etapa para el paso a la subsiguiente y, con ello, se impide el retorno a momentos procesales ya vencidos, aun cuando las partes no hayan hecho uso de las prerrogativas o cargas correspondientes a cada etapa. De ahí que se afirme que

12 Grillo Longoria *et al.*: *Op. cit.*, p. 84.

la cosa juzgada constituye la máxima preclusión, ya que impide, más que el regreso a etapas anteriores dentro de un mismo proceso, el retroceso al proceso en sí. (Artículo 194 y ss, LPCALE).

Por el contrario, cuando prevalece la única audiencia, el proceso no tiene tan acentuados los límites de actuación o fases, sino que hasta que el tribunal declare suficientemente instruido el proceso, se pueden formular alegaciones y proponer/practicar pruebas. Téngase en cuenta que, si bien el proceso escrito exige que se establezcan plazos y un orden de sucesión de los actos, lo que ineludiblemente conduce a la preclusión, no sucede de esta manera en el proceso oral, en el que la audiencia emerge como el momento procesal más importante, pero no el exclusivo de posibilidades para las partes.

En los procesos de carácter familiar, no viene obligado el tribunal a sujetarse estrictamente a la preclusión, principio que se rompe cuando en un solo acto pueden conjugarse diferentes actos procesales, momento en el que también está presente el principio de concentración.

—Relativos a la relación del órgano con el objeto del proceso: Trata de la menor o mayor cercanía del tribunal con las partes y el objeto del proceso. Habrá inmediación cuando el tribunal que dicta sentencia sea el mismo que previamente ha escuchado a las partes e intervenido en la práctica

de las pruebas, y ello es posible cuando el proceso no se dilata innecesariamente; asimismo, cuando el tribunal presencia las actitudes y gestos de las partes, alcanza convicción con más facilidad que de la simple lectura de los escritos. Con esto se comprende la estrecha relación existente entre este principio y los de oralidad y concentración, pues, como señala Chiovenda,¹³ “el principio de concentración constituye la más señalada característica de los procesos orales y es en este donde la inmediación puede tener plena aplicación”. Sin lugar a duda, el principio de inmediación dota al proceso de una mayúscula posibilidad de acierto en las decisiones, de un significativo acercamiento de los jueces actuantes a las partes y al objeto del proceso en sí.

En los procesos familiares es aún más necesario que sea el tribunal encargado del procedimiento el que dicte la sentencia, lo cual se posibilita al dotar a estos procesos de mayor celeridad y concentración.

—Relativos a la forma de las actuaciones: Escritura y oralidad: Ambos han sido reformados durante la actualización del proceso civil. Aunque continúa el predominio del primero, la oralidad ha ido ganando relevancia en la sustanciación del proceso.¹⁴

La libre forma de las actuaciones constituye una utopía, corresponde a la ley señalar la manera, los plazos y el orden de proceder; de ahí que se asegure la necesaria “legalidad” de

13 *Apud* Grillo Longoria *et al.*: *Op. cit.*, p. 86.

14 Ver Yamilka Torriente Hidalgo: “La oralidad en el proceso civil”, p. 128.

las formas procesales, en cuya razón los actos que conducen al pronunciamiento judicial deben, para tener eficacia, ser realizados en el modo y con el orden establecidos *ex lege*. Se resume la forma de las actuaciones en dos principios: oralidad y escritura.

La oralidad no tiene todo el asidero conveniente en nuestros procesos civiles, pues predomina la variante escrita para aquellos procesos de mayor calado jurídico o importancia económica y se ha reservado la oralidad para sustanciar las contiendas de mínima cuantía. No obstante, la ley rituarial tiene preceptos específicos que puede aplicar el juez para dar mayor provecho a la oralidad, en función de impartir una justicia más cercana a los problemas tratados, siempre con la precisión de que no se trata de exclusividades, sino de prevalencia, en tanto imposible resulta concebir un proceso en el que la impugnación de las resoluciones se lleve a cabo de manera oral, así como tampoco el pronunciamiento al que arriba el tribunal. Por ello, se alude a un proceso escrito cuando la forma que predomina en los actos procesales es la escrita y, por el contrario, se adjetiva como oral aquel proceso en el que señorea dicho perfil.

De lo expuesto hasta aquí, se aprecia una interrelación de los diferentes principios relativos al procedimiento y una dependencia de aquellos que rigen la forma de las actuaciones. Teóricamente, tenemos principios guía y principios consecuencia: si la forma predominante es la oral, habrá concentración de actos, única audiencia e inmediatez; si

la forma predominante es la escrita, habrá secuencia de actos, preclusión y mediación, aunque ello no puede verse como camisa de fuerza del proceso.

—Relativos a la comunicación de las actuaciones: Publicidad y reserva (Artículo 115, LPCALE). Por regla general, todo procedimiento es público en sus actuaciones, excepto que, por razones de moral, orden público o interés general, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde practicarlas a puertas cerradas, aunque, dado el carácter esencialmente escrito del proceso civil, la efectividad de esta publicidad no es tan amplia como si de un proceso oral se tratase, y se manifiesta en dos vertientes:

a) Admisión de terceros a concurrir a las actuaciones procesales: dirigido a la sociedad, relacionado con el control público de la actividad judicial y el efecto educativo que esta ejerce, en tanto contribuye al desarrollo de la conciencia jurídica de las masas para educarlas en la observancia de las leyes socialistas.

b) Facultad de las partes y sus defensores de presenciar los actos procesales y de intervenir en ellos: dirigido a las partes y sus defensores, constituye una garantía procesal para ellos y hace posible su participación en los actos procesales. Rige casi de manera absoluta, pues solo se veta el acceso de las partes en el ámbito civil, en cuanto al pliego de posiciones que se presenta en sobre cerrado para la práctica de la prueba de confesión, pues dicho sobre se abre en el momento de la realización del acto.

Es el tribunal el que decidirá sobre la publicidad o reserva que debe acontecer en cada acto judicial, cuando de procesos familiares se trate.

El proceso civil, como soporte para someter la solución de un conflicto —establecido entre personas ubicadas en un plano de igualdad, referido a bienes, prestaciones o a la herencia— al órgano judicial que corresponda y para formular peticiones sobre aspectos que necesariamente deben ser aprobados por los jueces, tiene como características fundamentales a tomar en cuenta, a partir de los principios anteriores, a las siguientes:

- Predominio de la escritura. Discurre casi en su totalidad a través de actuaciones escritas.

- Igualdad de las partes en el debate. Las partes se colocan en igualdad de condiciones durante el debate; no existe razón alguna que pueda desequilibrar estas posiciones y, si ello ocurriera, el juez controla los mecanismos para restablecerlas.

- Promoción de parte. En ningún caso, tiene lugar el proceso sin previa reclamación de parte interesada o persona legitimada.

- Disponibilidad. Una vez iniciado el proceso, el actor puede desistir de su continuación.

- Imperio del límite de congruencia. La decisión judicial tiene como límites los pedimentos de las partes.

- Control del impulso del proceso a cargo del juez. Aunque la iniciativa del proceso es siempre derecho de parte, una vez iniciado este, es el tribunal el único rector.

- Economía. La economía procesal tiene que ver con la brevedad de las

actuaciones, como principio que debe informar la labor judicial, y con su costo.

- Concentración. Como el proceso es una secuencia de actuaciones del tribunal y las partes, la norma procura agruparlas de modo que puedan celebrarse o producirse, según el caso, lo más concentradas o próximamente posibles.

- Inmediación: Los integrantes del tribunal que escuchó el debate y presencié la práctica de pruebas deben ser los mismos que dicten la resolución que ponga fin al conflicto.

En la actualidad, las características anteriores requieren un ajuste, a partir de la influencia del nuevo contexto conflictual, determinado por:

- Incremento de las controversias de contenido económico, derivadas de las nuevas formas que ha venido alcanzando la contratación.

- Proliferación de demandas para la subsanación de errores registrales del estado civil —incluso de personas de edad avanzada—, como reflejo de la multiplicidad de trámites a los que el ciudadano cubano de hoy se enfrenta para la satisfacción de intereses que no cuentan con precedentes de equivalencia (ejemplos: adquisición de ciudadanías extranjeras; inmediata actualización de documentos de propiedad sobre bienes de todo tipo, fundamentalmente viviendas, vehículos, terrenos, bóvedas y panteones).

- Aumento de los conflictos derivados de la colindancia que, en la mayoría de los casos, se asocia a la cada vez más creciente indisciplina constructiva en zonas urbanas.

- Introducción de cambios legislativos sobre el régimen de propiedad de bienes esenciales.

El incremento de la complejidad y de la diversidad de los asuntos civiles condiciona un proporcional aumento de las expectativas procesales de quienes acuden a los órganos judiciales en busca de soluciones inalcanzables sin la intervención del juez. Estas expectativas se manifiestan en los intereses de los justiciables asociados al proceso en cuanto a celeridad, costos, interrelación juez-partes, ejecutabilidad del fallo, práctica de pruebas y redacción de la resolución que le ponga fin al asunto. El proceso civil, tal como se encuentra regulado en la LPCALE e incluso con las modificaciones que introducen las instrucciones 191/2009 y 217/2012, no es destinatario de una configuración procesal suficiente para las exigencias de la nueva conflictividad, en correlación con los patrones que rigen la concepción del debido proceso.

Estos patrones están asociados, en lo fundamental, a la previsión de una tramitación regida por la intermediación, la celeridad, la reducción de costos y por el alcance de una solución verdaderamente satisfactoria del conflicto base, cuya ejecutabilidad esté asegurada.

Los elementos anteriores constituyen las premisas valorativas y demostrativas de la necesidad de perfeccionar el proceso civil. Esta proyección de cambio se inserta en la estrategia que trazan los lineamientos de la política socioeconómica, del modo en que puede resumirse en la siguiente tabla:

Aunque el servicio judicial no ha sido destinatario específico de las principales transformaciones, lo es indirectamente, como ha quedado indicado, sobre todo en lo que concierne al modelo de gestión económica y a las medidas generales de política social.

Ejes centrales de la reforma

En el análisis de la insuficiencia que, en cuanto a la concepción actual del proceso civil, ha sido esbozado anteriormente, deben tenerse en cuenta varios aspectos:

Los ejes fundamentales de la reforma deben ser delimitados como sigue:

1. Reforzamiento del papel activo del juez en la conducción del proceso, analizado en las siguientes dimensiones:

- Celebración del acto de comparecencia.
- Intermediación judicial.
- Efectividad del régimen cautelar.

2. Actualización de las formalidades de celebración de actos judiciales.

3. Derivación a mediación como método alternativo de solución de conflictos.

4. Reformulación de los patrones de redacción de resoluciones definitivas.

Estos ejes o aspectos a tomar en cuenta surgen de distintos factores que discurren desde las tendencias interpretativas de la normativa vigente —determinadas por las circuns-

Capítulo	Problema	Suma	Peso específico
I	4, 8, 12	3	25%
VI	142	1	3,7%

tancias regentes— y la ambigüedad de algunas regulaciones, hasta la inexistencia de las instituciones idóneas para el logro de fines superiores de la sustanciación judicial.

Algunos de estos aspectos ya han sido atendidos, a partir de la Instrucción No. 191, perfeccionándose su puesta en práctica con la sustitución de esta disposición por la 217, en la que se potenciaron las previsiones precedentes. Posteriormente, las instrucciones 225 y 226, reforzaron la atención a los ejes de la reforma civil en los ámbitos de la redacción de resoluciones y de celebración de actos judiciales.

Los anteriores pronunciamientos del CGTSP, únicamente, han indicado el ajuste de la práctica procedimental a las nuevas exigencias que se producen en torno a la esencia de los conflictos y a las expectativas procesales. Su concepción en sí misma y ulterior aplicación han colocado la primera línea en el trazado a seguir para lograr un proceso acorde con lo que el ciudadano actual necesita. Sin embargo, subsiste el inconveniente de la pendencia de algunos ejes y, con ello, se produce la falta de integralidad en las acciones de reforma, de modo que tributen sistémicamente al resultado renovador que se requiere. Las causas determinantes de la necesidad del cambio han venido gestándose de modo concatenado y, solo en lo relativo a la derivación hacia métodos alternativos de solución de conflictos, no ha existido la infraestructura institucional que permita la implementación de alternativa transformadora alguna en este sentido.

Reforzamiento del papel activo del juez en la conducción del proceso

En la rectoría judicial del proceso, ha sido importante punto de atención el reforzamiento de las funciones del juez, desde el cometido de alcanzar un desempeño activo. En esta línea, figuran tres aspectos de la tramitación que obligan a un análisis detenido por la trascendencia de la intervención del juez y las expectativas que ello genera en el justiciable:

Celebración de la comparecencia. El predominio de la escritura, en el diseño normativo del procedimiento civil, ha provocado un cierto acomodo del juez de esta especialidad, en cuanto a que su iniciativa no propicia la convocatoria de las partes a audiencia que permita el intercambio directo entre juzgadores y partes, para el cumplimiento de trascendentales fines, de cara a una mejor sustanciación del conflicto. Estas funciones pueden agruparse, básicamente, en tres: la de sanear el proceso, la de fijar los puntos del debate y la de conciliar las posiciones encontradas de los litigantes. De algún modo, quedan reguladas en el Artículo 42 de la LPCALE, pero bajo una formulación facultativa. Se exceptúa la labor conciliadora, cuya introducción obedece exclusivamente a la letra de la Instrucción No. 217. Es decir, el precepto confiere al juez la posibilidad de ejercer estas funciones, como parte del control del proceso que le es asignado. La aplicación de esta regulación llegó a quedarse relegada para los supuestos de elementos oscuros, más bien excepcionales

de las posiciones de las partes. Las mencionadas disposiciones del alto foro cubano modificaron el sentido de esta regulación para convertirla en preceptiva, como acto que sigue al concluir la fase de alegaciones. En este eje, subsisten inconvenientes propios de la práctica desigual en la conducción de este acto por los distintos órganos judiciales del país.

Inmediación judicial. El principio de inmediación se refiere a la relación de identidad entre los juzgadores que intervienen en determinados actos del proceso y los que deciden el asunto a través del dictado de la resolución que le pone fin. La LPCALE no dedica regulación específica a este particular y ello, unido a la desconcentración temporal para la práctica de las pruebas y a la intervención popular en la administración de justicia a través de los jueces legos —por períodos de solo 30 días al año—, ha generalizado la tendencia a que, con frecuencia, no coincidan jueces intervinientes en el período probatorio y jueces que deciden el asunto.

Sin duda, el cumplimiento de la inmediación judicial constituye premisa del debido proceso porque implica la percepción del resultado probatorio directamente por el juzgador.

El primer intento de revertir esta situación lo introduce el apartado sexto de la Instrucción No. 217, en virtud de la cual se atribuye a los presidentes de tribunales municipales, y de salas provinciales de la especialidad, el cumplimiento del principio desde el acto de comparecencia, pero esta previsión resulta a todas luces insuficiente porque no resuelve los inconvenientes de:

- Desconcentración de la práctica de la prueba.

- Trámites intermedios entre el fin del período probatorio y el dictado de la resolución definitiva, que ocasionan la separación temporal de estos estadios del proceso.

- No permanencia en la mayoría de los casos de los jueces legos en los tribunales durante todo el período afectado por la inmediación, en correspondencia con la duración de sus funciones.

Efectividad del régimen cautelar. El régimen cautelar civil puede definirse como el conjunto de actuaciones procesales tendientes a garantizar, desde cualquier fase del proceso, la ejecutabilidad del fallo. Siempre su despliegue requiere la solicitud de parte y ha sido de las aristas más desfavorecidas por la regulación normativa. La LPCALE, antes de la entrada en vigor del Decreto Ley No. 241/2006, dedicó muy pocos preceptos a las llamadas medidas cautelares y este último cuerpo introdujo los artículos del 799 al 810, correspondientes al también incorporado procedimiento económico, a los que posteriormente fue extendida su aplicación al proceso civil, en virtud del apartado tercero de la Instrucción No. 191. Tales preceptos contienen una propuesta reguladora mucho más abarcadora, pero, a pesar de implementar una serie de medidas cautelares, estas quedan desarticuladas y sin suficiente armonía con el resto de la legislación.¹⁵ Lo más significativo del asunto es la baja solicitud en torno al régimen cautelar, probablemente determinada por las carencias de la nor-

15 I. Pérez Gutiérrez: "Del régimen cautelar en el proceso civil", p. 4.

ma, de cara a las particularidades del proceso civil, de conjunto con la inadecuada concepción que de la respuesta cautelar existe entre nuestros jueces, en tanto no llegan a valorar su conexión con la ejecutabilidad del fallo.

Actualización de las formalidades de celebración de actos judiciales

Las actuaciones orales en el proceso civil tienen lugar a través de audiencias, que pueden definirse como la celebración de actos a través de la constitución del tribunal en la forma y con las solemnidades que la ley determina. Una de las características de la jurisdicción civil judicial es la multiplicidad de procedimientos y de tipos de audiencias que la ley de procedimiento contiene, como parte de la concepción del proceso. Se regulan unos 20 tipos de audiencias, que pueden agruparse en seis clases de comparecencias, cuatro vistas orales, cinco correspondientes a la práctica de pruebas, dos juntas en procesos sucesorios, un inventario de bienes fuera de la sede judicial, el acto de embargo y la inspección ocular del proceso de suspensión de obra nueva. Para cada una de ellas, la norma procesal establece multiplicidad de formalidades, que no en todos los casos resultan suficientes para una adecuada celebración. Especialmente, la comparecencia que establece el Artículo 42, potenciada con las instrucciones 191 y 217, adolece de reglas que permitan el cumplimiento de todas las funciones que corresponden al tribunal, durante su celebración.

La inexistencia de reglas generales para la celebración de audiencias, las omisiones en algunos apartados de re-

glamentación particular de algunos tipos de actos y las ambigüedades, en otros casos, conducen a prácticas judiciales diferenciadas y arraigadas a modos de proceder locales, a partir de los criterios de los jueces. Esto, en primer orden, ocasiona la desigual prestación del servicio judicial en casos equivalentes y, con ello, se afecta la seguridad jurídica.

En este escenario, el CGTSP dictó la Instrucción No. 226, de 27 de noviembre de 2013, que, en lo fundamental, introduce las siguientes modificaciones evolutivas:

- Unificación de las pautas para la uniformidad de la celebración de los distintos actos procesales.
- Agrupación de las formalidades generales de celebración, comunes a todo tipo de acto y puntualización de las atinentes a los actos celebrados fuera de la sede judicial.
- Previsión de condiciones de celebración tendentes a uniformar en el país el ambiente para la celebración de todo tipo de acto.
- Sistematización de los métodos para el desempeño de las funciones del juez en la comparecencia del Artículo 42 de la LPCALE.
- Reforzamiento de la concepción del acta como medio de constancia de los resultados de la celebración.
- Implementación de un mecanismo de control del cumplimiento del principio de intermediación.
- Intervención activa del secretario durante la celebración.
- Perfeccionamiento del procedimiento de interposición de recursos durante la celebración de actos judiciales.
- Conminación a la asistencia de la parte que propone el acto a su celebración.

Reformulación de los patrones de redacción de resoluciones definitivas

La resolución que pone fin al proceso civil puede adoptar la forma de auto o de sentencia.¹⁶

La redacción de la resolución definitiva es uno de los elementos fundamentales de su efectividad, tanto desde el punto de vista de la satisfacción del diferendo que debe dirimir, como desde la óptica de la ejecutabilidad de lo dispuesto. A lo largo de los años de aplicación de la LPCALE, se han implantado prácticas redactoras en los distintos territorios que, si bien no difieren sustancialmente, sí presentan algunas diferencias de estilos en lo fundamental y, en menor grado, de contenidos, que urge erradicar.

Los tribunales constituyen el sistema de órganos por el que el Estado ejerce su función judicial y que tiene como misión impartir justicia en nombre del pueblo cubano. En este sentido, y sin soslayar en modo alguno la independencia decisoria de cada uno de los tribunales que componen el sistema, es importante unificar los estilos de redacción y los criterios de ubicación de los contenidos, a la hora de concebir la resolución definitiva.

Mediante la Instrucción No. 225, fue aprobada la metodología de redacción de sentencias de instancia, de recursos de apelación y casación, de procesos de revisión y de autos de trámites y definitivos, en los procesos de las jurisdicciones civil, familiar, administrativa y económica. Esta disposición proporciona a los jueces las he-

rramientas para el perfeccionamiento de tendencias redactoras y, sobre todo, ofrece al sistema judicial del país los aspectos a tomar en cuenta para alcanzar un estilo uniforme e identitario para la emisión de pronunciamientos trascendentales en el proceso.

Derivación a mediación como método alternativo de solución de conflictos

Los medios alternativos de solución de conflictos, especialmente en sede de litigios civiles, han ido posicionándose como vía efectiva para la satisfacción del diferendo. La incipiente infraestructura institucional para su implementación ha impedido un mayor desarrollo de esta alternativa de solución y, con ello, no ha sido posible acudir a la posibilidad de combinar intervención judicial con desviación a medio alternativo, por la carencia de órganos u oficinas establecidas al efecto. En la actualidad, en Cuba, solo se encuentra institucionalizada la mediación en la Cámara de Comercio, para litigios entre empresas.

Teniendo en cuenta que, de cara a la estructuración de este proyecto, lo que resulta trascendental es la vinculación de la actividad judicial, durante el proceso, con los medios de solución alternativos, tenemos que, de todos, resulta la mediación el más atinente para ofrecer una variante satisfactoria mejor ajustada a los intereses en juego. Esto es así por las características de la mediación como método autocompositivo no adversarial, que permite compatibilizar los intereses y

16 Artículos 143 y 145, LPCALE.

necesidades de las partes en disputa a través de la intervención de un tercero imparcial, que colabora empleando herramientas comunicacionales para regular el proceso de comunicación y, así, puedan los mediados arribar a una fórmula solucionadora que implique ventajas para todos.

En muchos asuntos de los que se radican en las secciones civiles de los tribunales municipales y en la salas civiles de los tribunales provinciales, la naturaleza del conflicto es por esencia disponible a cargo de los litigantes y, también, en muchos de ellos, la litis se traba por rupturas comunicacionales que el juez advierte en los propios escritos polémicos o en la celebración de la comparecencia, por la directa interrelación que este acto proporciona. Sin embargo, no resulta viable en estos casos derivar el asunto a mediación, a través de la remisión de las partes a esta vía, a pesar de las conveniencias que reporta tanto para los justiciables como para la desconcentración de asuntos radicados por los órganos de impartición de justicia. La carencia de norma de remisión lo impide a toda luz, pero ello está condicionado por la inexistencia de la infraestructura adecuada para su dictado.

SISTEMATIZACIÓN DE LAS BASES PARA LA REFORMA DEL PROCESO CIVIL

La delimitación de los ejes sobre los que se estructura la reforma permite definir las limitaciones del proceso civil actual, que lo colocan en

riesgo de descontextualizarse, con repercusión en el tiempo de la tramitación —cuestión que, en primer orden, afecta la realización de los derechos que le sirven de objeto— en la alzada de los costos que deben asumir los justiciables, la predominante obtención de una solución que proporcione mayor satisfacción a la litis y sobre la que exista mayor garantía de cumplimiento o ejecución.

La reforma del proceso civil debe ser afrontada de forma integrada, para ofrecer al ciudadano un modelo que se ajuste a las características de la conflictividad actual y que sea coherente con los objetivos deducibles del sistema de lineamientos referidos a otras medidas de impacto favorable a la población y al programa de desarrollo socioeconómico. En suma, es necesaria una alternativa sistémica, para elevar la calidad de la prestación del servicio de impartición de justicia, a partir de la cohesionada integración de todos los aspectos que deben ser tomados en cuenta para una eficaz tramitación.

Desde este análisis, deben tomarse en cuenta los siguientes aspectos del escenario imperante:

Condiciones objetivas para la concepción e implementación de la reforma

- Escenario reclamante (cambios en las relaciones sociales, cambios legislativos).
- Implicación de los actores fundamentales.
- Antecedentes regulatorios que ofrecen las instrucciones 191, 217, 225 y 226, todas del CGTSP.

- Convicción de la dirección del sistema judicial sobre la necesidad del cambio.
- Grado de informatización adecuado.

Principales barreras y riesgos

Este acápite no permite un análisis de generalización estandarizada, por las especificidades a que atiende el proyecto para actualizar integralmente el proceso.

Como barreras pueden enumerarse:

- Resistencia al cambio, inercia o inmovilismo.
- Magnitud integral del proyecto de cambio porque coloca a los actores ante un proceso sustancialmente diferente, que puede ocasionar dudas asociadas a las nuevas categorías.
- Desconcentración de la práctica de pruebas como presupuesto de una adecuada intermediación judicial.
- Falta de consolidación de las estructuras para el desarrollo de la mediación como método alternativo de solución de conflicto.

Podemos encontrar los riesgos apreciables desde este estudio en:

- Posibles prácticas implementadoras desiguales, cuya expresión sea la falta de uniformidad en la tramitación conducente a diferentes tratamientos a justiciables colocados en situaciones equiparables.
- Dilación de algunos trámites en la etapa inicial de la puesta en práctica de la reforma, como resultado de dudas de los operadores del proceso.

Ideas rectoras de la propuesta

Como hemos dicho, la reforma debe ser proyectada desde una óp-

tica integradora y de conjunción para la modificación de los componentes ya determinados del proceso, y no como la variación de algunos de ellos. Sin embargo, las acciones a implementar en cada uno de los ejes difiere según se comporte su grado de adecuación a las exigencias del debido proceso. Como cuestiones fundamentales a tomar en cuenta en la concepción del proyecto integrador de reforma del proceso civil cubano tenemos:

1. Situación asimétrica que presentan los ejes sobre los que se estructura la reforma, por encontrarse en diferentes niveles de aplicación, y uno de ellos aún sin implementar. Esto provoca la necesidad de acometer las variantes modificativas con el objetivo primario de alinear, en cuanto sea posible, el estado de cada uno de los aspectos planteados, para lograr impulsar esta de modo general e integrado, teniendo en cuenta que el proceso civil es conjunto de trámites interrelacionados por conexiones de dependencia, de los que no puede sustraerse ni retrasarse el cambio porque ello impediría el logro de la reforma del proceso en su conjunto para, en todo caso, alcanzar la de algunos de sus trámites.

2. El sistema judicial es complejo, desde su creación, en virtud de la Ley 82, de 11 de julio de 1997, se les concibió como órganos articulados; y del contenido del Artículo 3 del mencionado cuerpo normativo, puede determinarse su estructura básica. La interrelación entre los órganos judiciales en su aspecto interno, y las que se establecen con otros órganos

que inciden en el cumplimiento de su misión, configura la complejidad de esta organización. Desde esta premisa, la satisfacción de las proyecciones estratégicas que como institución se trazan los tribunales populares dependerá de la mejor comprensión de la complejidad que le es inherente como sistema, y para la propuesta que esta investigación contiene resultan de especial importancia sus caracteres disipativo y abierto, su incapacidad de equilibrarse sin retroalimentación y su comportamiento impredecible. El escenario del cambio será el primer nivel o nivel procedimental porque pretenden modificarse aspectos del proceso.

3. La evaluación del impacto de toda la actividad de los órganos que componen el sistema de la administración pública, entre las que se incluyen los tribunales, la proporciona la percepción del ciudadano; por ello, debe tomarse, como referente básico, una creciente satisfacción de sus intereses.

El reforzamiento del papel activo del juez en la conducción del proceso, la actualización de las formalidades de celebración de actos judiciales y la reformulación de los patrones de redacción de resoluciones definitivas, son cuestiones que requieren un impulso que permita uniformar tendencias y actuaciones procesales en el país, por encontrarse, en casi toda la medida necesaria, reglamentada la reforma en las tantas veces señaladas disposiciones del CGTSP.

En cambio, la intermediación judicial, en el contexto del proceso civil, y la derivación a mediación son aristas

carentes de regulación reformadora, de manera suficiente en el primer caso y total en el segundo, y requieren, en primer orden, de previsiones regulatorias.

Alinear el estado de implementación del cambio en cada uno de estos aspectos debe ser el objetivo primario de la propuesta, para orientarla hacia el resultado de un proceso capaz de satisfacer las expectativas de los justiciables a tono con el escenario conflictual actual.

Bases para la implementación de la propuesta

Analicemos, por último, las propuestas en cada uno de los ejes que dibujan la necesidad del cambio, para el perfeccionamiento del proceso transformador.

Reforzamiento del papel activo del juez en la conducción del proceso. Celebración de la comparecencia. Al producirse la necesidad fundamental de esclarecer las funciones del juez, durante la celebración de comparecencias, resulta de trascendental importancia regular el contenido y el alcance de cada una de ellas. El dictado de una disposición del CGTSP que complemente lo dispuesto en la Instrucción No. 217, en cuanto a la delimitación de las funciones del juez, durante la celebración de la más importante de todas las audiencias, constituye la puntual solución que puede adoptarse, frente al estado de cosas que determinan las irregularidades procesales en cuanto a las posibilidades del juez en dicho acto.

Desde el punto de vista regulatorio, esto se encuentra logrado con Instrucción No. 226/2013, pero su reciente vigencia impide aún valorar su efectividad, de cara al incremento de la calidad del acto.

El reforzamiento de la intervención judicial en la comparecencia se propicia no solo mediante la pormenorización de los presupuestos de su rectoría, sino también por la inclusión de actos que correspondían a la fase probatoria y obligan al juzgador a una multiplicidad emisora de pronunciamientos de forma consecutiva. En lo sucesivo, a través de la actividad inspectora temática, y de la revisión procesal que permite la solución de los recursos por las instancias superiores, deberán evaluarse los aspectos siguientes:

- Debida conducción del acto.
- Adecuado y diferenciado desempeño de las funciones conciliatoria, delimitadora y saneadora.
- Dominio de las actuaciones a cargo del juez.
- Control de las situaciones que pueden producirse a partir de la multiplicidad de actuaciones que se concentran durante la celebración.

Inmediación judicial. Como quedó sentado anteriormente, la exigibilidad de la inmediación judicial en el proceso civil la introduce la Instrucción No. 217/2012, sin ofrecer fórmulas que permitan alcanzarla ni estar sentada la regulación normativa adecuada para ello. La desconcentración de la práctica de la prueba en la jurisdicción civil —expresada en la previsión legal de un período que oscila, según el tipo de proceso, entre 10

y 20 días— constituye un importante inconveniente para la satisfacción de esta exigencia del debido proceso.

Ante tal estado de cosas, en primer orden, urge el replanteo de la fase probatoria del proceso, de cara a una necesaria modificación legislativa. Entre los ejes sobre los que se dibuja esta propuesta, se destaca el presente por la urgencia de cambio normativo, determinada por la regulación de un período de prueba que no puede ser sustituido por una variante de unificación de actos, al margen de la actualización de la norma. Es así que la reforma normativa en este eje sería la solución más efectiva.

Sin embargo, la relevancia de potenciar el cumplimiento de la inmediatez judicial amerita la adopción de medidas emergentes que, a la vez que sirvan de paliativo al desfavorable condicionamiento existente, propicien el pilotaje de la implementación de nuevas prácticas garantistas del mantenimiento de la composición del tribunal. En este sentido, pueden relacionarse las siguientes:

- Concentrar todos los señalamientos de audiencias para un único día. En alguna medida, esto viene implementándose desde el apartado segundo de la Instrucción No. 217, que establece la posibilidad de que, en el propio acto de comparecencia, el tribunal disponga la apertura del proceso a pruebas, la admisión de las propuestas y, siempre que sea posible, proceda a su práctica en los procesos sumarios y de incidentes. Sin embargo, esta previsión no resulta suficiente por no ser abarcadora para todos los procesos civiles y, en tanto,

es necesario proponer la indicación de la concentración de señalamientos en todos los casos en los que sea posible.

- Establecer una estrategia organizacional del trabajo en cada una de las instancias y territorios, que permita controlar la constitución de cada juez en sus asuntos y evitar retornos y sucesiones de ponentes.

Sin duda, esta variante solo coadyuva a reducir los supuestos de incumplimiento del principio de inmediación, pero no llega a garantizar su invulnerabilidad procedimental, únicamente viable a través de modificación legislativa.

Efectividad del régimen cautelar.

El régimen cautelar debe ser concebido por el juzgador como una oportunidad insustituible para el aseguramiento de la ejecutabilidad de su fallo. En este sentido, no es preciso introducir normativa alguna, solo presentar esta visión del fenómeno, para redimensionar la aplicación de las previsiones legales en este orden. Como cuestiones a tener en cuenta en esta previsión utilitaria del régimen cautelar –más allá del interés de los justiciables, palpables desde su solicitud y, por tanto, constatable de cara al incremento de la calidad del servicio judicial en lo que a efectividad en la ejecución se refiere–, se mencionan las siguientes:

- Debe procurar el juzgador flexibilizar la valoración de los presupuestos para la procedencia de la medida cautelar solicitada, en el sentido de no excederse con exigencias formalistas ni en extremos probatorios, en lugar de contraerse a un razonamien-

to indiciario en función de aumentar las posibilidades de tramitación y adopción.

- El acto de audiencia que antecede la adopción o la prosigue, para ratificarla o no, debe ser aprovechado al máximo para corregir defectos de forma y hasta de acreditación de los presupuestos, a través del intercambio directo del juez con los implicados, como paliativo a los rechazos de plano y a la endeble acreditación de los presupuestos de adopción.

- A pesar de no ser procedente la adopción de medida cautelar de oficio en la jurisdicción civil, dada la naturaleza privada de los conflictos de ese tipo, al amparo de lo que establece el Artículo 40 de la LPCALE, puede el tribunal adoptar soluciones que garanticen el equilibrio de las posiciones procesales, siempre que, en la tramitación cautelar, tenga lugar algún supuesto de indefensión o desbalance que amerite un despliegue judicial tendente a lograr el resultado cautelar, no propiciado por las partes.

No obstante, es de reconocer la necesidad de reforma normativa de cara a perfeccionar el régimen cautelar en el proceso civil, según las cuestiones preliminarmente diagnosticadas con anterioridad.

Integración de las formalidades de celebración de actos judiciales y perfeccionamiento de los patrones de redacción de resoluciones definitivas. En estos dos ejes, los recientes pronunciamientos del Consejo de Gobierno, contenidos en las disposiciones antes indicadas, allanan la ruta de la reforma. Introducen los cambios requeridos y, en todo caso,

corresponde el monitoreo del impacto de sus aplicaciones como fundamentales puntos del proceso civil urgentes del cambio.

Derivación a mediación como método alternativo de solución de conflicto. El replanteo de este eje es el que resulta menos divisible en el momento actual. Se trata únicamente de dejar sentada la importancia de poder derivar el conflicto a la vía mediadora, en aras de obtener un mejor resultado conflictual. La inexistente institucionalización de la mediación impide poder concebir la propuesta para una inminente implementación y es por ello que únicamente se plantean las siguientes directrices a tener en cuenta como soporte creado desde el escenario judicial, previo a la fecha de su viabilidad:

- Debe concebirse la posibilidad de derivar a mediación en cualquier estado del proceso todo conflicto de naturaleza disponible, cuyas características, sumadas a las de los justiciables, hagan advertir al juzgador una posibilidad de éxito en la vía alternativa. No obstante, debe profundizarse en los aspectos anteriores durante el acto de comparecencia, por resultar el momento procesal idóneo, para reconducir el caso.

- Esta remisión debe ser de obligatorio cumplimiento y su ejecución debe producirse en el plazo que se confiera a los justiciables en el propio acto en el que se disponga la derivación.

- Mientras el proceso se encuentre pendiente del resultado de mediación, debe suspenderse la tramitación.

- En caso de que logre la vía alternativa una solución al conflicto, el

tribunal debe dictar auto aprobándolo y en caso contrario será retomada la tramitación desde el punto en el que se encontraba previo a la derivación.

A las limitaciones de esta variante, desde el punto de vista de la infraestructura institucional, se añade la necesidad de cambio legislativo que posibilite la remisión y consecuente suspensión de la tramitación, de suerte que no sería nunca suficiente el dictado de disposición por el CGTSP.

Perspectiva integradora de la reforma

Los ejes o perspectivas de reforma abordados se encuentran en estrecha interrelación, de suerte que se complejiza la dinámica del cambio, por estas relaciones vinculantes, marcadas por un estado diferenciado. El proceso civil está constituido por una cadena de estadios, fases o etapas, en las que se insertan las temáticas cuya modificación se propone. Su equiparación, en cuanto al grado de implementación, resulta de trascendental importancia, con vistas a una eficaz actualización del proceso civil. En caso contrario, se alcanzarían resultados únicamente en cuanto a la evolución en determinados aspectos, sin lograr la reforma integral del proceso, toda vez que el retraso de cualquiera de los acápites requeridos de cambio impedirá concebir una efectiva evolución integral. En este análisis, especial atención merece lo relativo a la introducción de la alternativa que remite el conflicto a media-

ción, en tanto su alineación con los restantes ejes se concreta con el esbozo de las directrices para su implementación, sin poder validar su puesta en práctica; pero, dada la situación determinante de tal estado de cosas, a pesar de no ser ejecutable de inmediato, la simple propuesta de la futura implementación impulsa hasta el punto requerido este acápite en el momento actual.

Ahora bien, lo antes dicho conduce a la necesidad de afrontar la variante de cambio con un enfoque de proceso y en ello consiste la principal novedad de esta propuesta. En tal sentido, el diseño e implementación de la reforma debe fluir a partir de la determinación de elementos de entrada o de partida, ejes del proceso y resultados o salidas.

Elementos de entrada o de partida y sus requisitos

Conflicto. Como primera cuestión, se coloca el conflicto que se somete a decisión judicial a través de la demanda, respecto al cual deberán tomarse en cuenta sus actuales características derivadas de la evolución de la litigiosidad en el país, según se ha apuntado.

Actores. Anteriormente, como principales actores del proyecto de cambio, quedaron identificados los jueces y el personal auxiliar de las salas y secciones civiles en todo el país. En cuanto a estos actores, deben ser objeto de especial atención los siguientes aspectos, para que constituyan efectivos elementos de partida:

- Disposición para el cambio. Puede motivarse e implantarse a través

del intercambio directo con todos estos gestores y del constante flujo de información, sobre la necesidad del cambio y los resultados de su progresiva implementación.

- Preparación técnica. Las variaciones procesales consisten en cambios de perspectivas en la solución de conflictos actuales y pueden ser desarrolladas exitosamente solo con un dominio adecuado de la técnica del proceso, las insuficiencias del modelo actual y la conveniencia de los cambios propuestos.

- Conocimiento del proceso de reforma, en cuanto a estado de situación y a contenido de cada uno de los ejes.

- Actualización sobre la marcha del modelo económico en el país, como presupuesto para la comprensión de la necesidad del cambio.

Marco legal. Regulaciones de las instrucciones 217, 225 y 226; posibilidades implícitas en preceptos clave de la LPCALE; Artículo 120 de la Constitución, que confiere iniciativa legislativa al CGTSP y, con ella, pueden dictarse las disposiciones que se están requiriendo.

Dirección del sistema. Concientización de la necesidad de cambio a cargo de la máxima dirección del sistema judicial, la que a su vez asegura sistemáticamente la información y comunicación, según la evolución del proceso.

Ejes del proceso. Los ejes del proceso son aquellos que serán objeto de transformación con la reforma que, en este caso, son los seis aspectos que han sido dibujados:

- Reforzamiento del papel activo del juez en la conducción del acto de comparecencia.

- Inmediación judicial.
- Efectividad del régimen cautelar.
- Actualización de las formalidades de celebración de actos judiciales.
- Derivación a mediación como método alternativo de solución de conflictos.
- Perfeccionamiento de los patrones de redacción de resoluciones definitivas.

La debida concepción de los elementos de entrada y sus requisitos constituyen un factor de éxito esencial para la transformación proyectada de los elementos anteriores.

Resultados o salidas. Estarán todos en función de proporcionar el redimensionamiento del proceso y, en lo fundamental, pueden ser agrupados como sigue:

- Celeridad de la tramitación. Indicador de eficiencia en tanto se logra solucionar el conflicto y, con ello, poner fin al proceso en menor tiempo, según sea efectiva la labor conciliatoria durante el acto de comparecencia y/o pueda concentrarse la práctica de las pruebas. También esta reducción del período de tramitación del proceso puede rebajar los costos del proceso a los justiciables.

- Ejecutabilidad del fallo. Indicador de eficacia porque las transformaciones proyectadas permiten obtener un resultado que puede garantizarse en mayor medida con las transformaciones del proceso o, al menos, acercarse cada vez más a lo que verdaderamente se ajusta a los intereses de los justiciables en contienda.

Este enfoque de proceso tiene como elemento fundamental la re-
troalimentación que se produce entre

el fin y el inicio del ciclo, de suerte que el comportamiento de las salidas, sus tendencias y manifestaciones constituyen el elemento más importante a tener en cuenta para el perfeccionamiento del proceso transformador. A su vez, las salidas deben satisfacer los requisitos de las entradas. En este sentido, habrá que prestar especial atención a la integralidad de la reforma, de modo que no quede elemento alguno retrasado: a la uniformidad de las prácticas implementadoras y a la calidad de la información que debe generarse para la valoración de su comportamiento.

La integración de todos los elementos anteriores viabiliza la obtención del valor deseado con toda la proyección del cambio, que es el diseño y aplicación de un proceso civil contextualizado.

IDEAS CONCLUSIVAS

Los análisis realizados para la elaboración de esta propuesta conducen a las siguientes conclusiones:

1. El proceso civil cubano requiere ser modificado para alinearlo con las características de la conflictividad actual y con los patrones del debido proceso.

2. Los aspectos que requieren ser reformados son la función activa del juez durante la celebración de comparecencia, la efectividad del régimen cautelar, la intermediación judicial, la derivación del conflicto a mediación, los patrones de redacción de resoluciones judiciales y la unificación de formalidades de celebración de actos judiciales.

3. Los ejes anteriores se encuentran en diferentes niveles de implementación en el proceso.

4. Las modificaciones al proceso civil no han sido concebidas e implementadas de forma integrada y coincidente porque los factores desencadenantes de la necesidad del cambio se han ido presentando de forma paulatina.

5. Todos los aspectos objeto de reforma se encuentran interrelacionados y, en algunos casos, existen vínculos de interdependencia, por lo que el proyecto de cambio tiene un carácter integrador bajo un enfoque de proceso, en el que son nítidamente identificables elementos de entrada, del proceso y de salida, y el correspondiente resultado de valor.

6. El proceso de cambio requiere un aseguramiento de la máxima dirección del Sistema de Tribunales, que se concreta en el monitoreo o seguimiento, la comunicación con las instancias juzgadoras y la capacitación de los recursos humanos. Para el despliegue de este aseguramiento, debe ser tomado en cuenta el carácter complejo del sistema judicial.

7. El resultado de la reforma procesal debe ser el diseño de un proceso civil contextualizado para una creciente satisfacción de las expectativas de los justiciables. En este orden, se debe prestar especial atención al comportamiento del estado de opinión de la población sobre la eficacia de la tramitación.

recho, año 1, no. 1, La Habana, junio de 2003, pp. 35-39.

Goldschmidt, J.: *Derecho procesal civil*, Labor S.A., Barcelona, 1936.

Grillo Longoria, R., G. de Vera Sánchez y C. R. Grillo González: *Derecho procesal civil*, t. I, 2.^a ed., Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

Guasp, J.: *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

Mendoza Díaz, Juan: "La prueba en el proceso civil", en *Justicia y Derecho*, año 3, no. 5, La Habana, diciembre de 2005, pp. 38-51.

Mendoza Díaz, Juan, Carlos M. Díaz Tenreiro y Carmen Hernández Pérez: *Lecciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.

Montero Aroca, Juan, *et al.*: *Derecho jurisdiccional*, t. II, 14.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Montero Aroca, Juan y María P. Calderón Cuadrado: *Ley de enjuiciamiento civil y disposiciones complementarias*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

Ovalle Favela, J.: *Derecho procesal civil*, Harla, México, 1980.

Pérez Gutiérrez, I.: "Del régimen cautelar en el proceso civil" (tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas), Universidad de La Habana, 2010.

Plaza, M.: *Derecho procesal civil español*, vol. II, 2.^a parte, 3.^a ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

Torriente Hidalgo, Yamilka: "La oralidad en el proceso civil", en *Justicia y Derecho*, año, 10, no. 18, La Habana, junio de 2012, pp. 124-130.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez-Tabío Albó, A. M.: "El juez activo en el proceso civil", en *Justicia y De-*

Legislación

"Constitución de la República de Cuba", en *Gaceta oficial*, ed. extraordinaria,

- no. 3, La Habana, 31 de enero de 2003.
- Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*, VI Congreso del PCC, La Habana, 2011.
- Ley de enjuiciamiento civil española. Ley de enjuiciamiento civil, de 3 de febrero de 1881*, Aranzadi, Pamplona, 1984.
- Ley de procedimiento civil y administrativo, Ley No. 1261/1974*, en *Gaceta oficial*, no. 1, La Habana, 4 de enero de 1974.
- Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, Ley No. 7/1977*, MINJUS, La Habana, 1999.
- Código civil, Ley No. 59/1987*, La Habana, 1988.
- Código de familia, Ley No. 1289/1975*, MINJUS, La Habana, 1999.
- Instrucción No. 186, de 16 de octubre de 2007, CGTSP.
- Instrucción No. 187, de 20 de diciembre de 2007, CGTSP.
- Instrucción No. 191, de 14 de abril de 2009, CGTSP.
- Instrucción No. 211, de 15 de junio de 2011, CGTSP.
- Instrucción No. 215, de 13 de abril de 2012, CGTSP.
- Instrucción No. 216, de 17 de mayo de 2012, CGTSP.
- Instrucción No. 217, de 17 de julio de 2012, CGTSP.
- Instrucción No. 225, de 17 de octubre de 2013, CGTSP.
- Instrucción No. 226, de 27 de noviembre de 2013, CGTSP.

GRADACIÓN DE LA CAPACIDAD RESTRINGIDA EN EL DERECHO CIVIL CUBANO

Lic. Kenia M. Valdés Rosabal,
jueza profesional, TSP

LA CAPACIDAD DEL ser humano vislumbra un horizonte insospechado a sus propios ojos, y así repercute en el orden jurídico sobre el principio *pro capacitate*, por el que se entiende inherente a toda persona desde su nacimiento, a la vez que su deterioro o disminución tiene impacto ineludible en el eficaz ejercicio de la capacidad jurídica del sujeto, según la deficiencia concurrente, que también puede ser consustancial a la persona desde el alumbramiento, o sobrevenida.

Así, emergen los términos *incapacidad*, *discapacidad* e *incapacitación*, la primera, relativa a la afectación de la aptitud natural de la persona, que le impide emitir su voluntad con acierto; la segunda se contrae al daño o deficiencia que le obstaculiza un desenvolvimiento atemperado al de una persona normal; y la última, la carencia de total discernimiento que conlleva a la declaración judicial de incapacidad del sujeto.

La incapacitación deviene reconocida como mecanismo jurídico previsto para aquellos casos en que enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico impiden a una persona gobernarse por sí misma, teniendo como objeto la protección de los intereses y derechos del incapacitado, tanto a nivel personal como patrimonial.

Todas las personas con discapacidad intelectual tienen derecho a vivir, trabajar y participar de la misma manera que cualquier otra persona; también, a tomar decisiones, sobre el medular fundamento de que es un derecho humano básico e inalienable.

Tal designio se erige paradigma de una institución que no pocas vicisitudes acarrea entre los operadores del Derecho en su actuación profesional, trátase del ejercicio de la capacidad jurídica civil, como aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas determinadas, y la de obrar, como el poder de realizar actos con eficacia jurídica, ya sea de forma plena o restringida, desde cuya dimensión abordo el presente análisis.

De ahí que la capacidad restringida refleja una posición intermedia entre la capacidad plena y la total incapacidad, en tanto la persona se distancia de ambos supuestos y, por ende, se mueve en un ámbito de actuación limitado, al no alcanzar a realizar con eficacia todos los actos que permite la norma sustantiva y, como lógica consecuencia, requiere de debida asistencia para complementar su actuación.

Díez-Picazo¹ afirma que, cualquiera que hubiese sido la causa por la

1 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil*, pp. 257 y 260.

que se haya declarado la incapacidad, ese estado civil debe ser siempre graduado por la autoridad judicial que la haya pronunciado, en tanto la sentencia que la declara determina la extensión y los límites de la incapacidad, y el régimen de tutela o guarda al que queda sometido el incapaz. Y añade que es obvio que la sentencia judicial no puede tener para siempre el valor de la cosa juzgada, pues si la incapacidad se ha declarado por la concurrencia de las causas legalmente previstas, su desaparición debe dejar sin efecto alguno la declaración de incapacidad, mediante una nueva declaración judicial.

Sobre el medular elemento de que la declaración judicial de incapacidad se traduce en la muerte civil de la persona, en evitación de la exclusión social, han de instrumentarse adecuados y accesibles procedimientos para el ejercicio y defensa de sus derechos.

La institución que se trata encuentra tutela desde las primeras codificaciones europeas, como en los códigos prusiano y austríaco. El primero se inspiró en los derechos emergentes de la razón y en el perfeccionamiento del hombre, desde la perspectiva del *ius naturalismo*. El segundo se erigió de la obra del ilustre filósofo Emmanuel Kant, quien cuestionaba la posibilidad de las ciencias naturales y enseñó que la causa no está en el objeto, sino en el sujeto, por lo que su comprensión jurídica se volcaba ha-

cía este, y afirmó que en todo hombre se encuentra la aptitud para ser persona.²

Así, el Código de Napoleón de 1804 trataba a la persona en su Libro primero, asegurando la primacía de la persona, con expresa prohibición de cualquier ataque a su dignidad, realzando como garantía el respeto al ser humano desde el comienzo de su vida.

El Código civil de Alemania (en alemán, *Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB), promulgado en 1896, la regulaba en la parte general, otorgando protección a la persona física y a la persona jurídica.

En este orden, protegen la institución los códigos civiles de Argentina, Perú, Chile, Paraguay, Nicaragua, México e Italia, los que en general coinciden en regular la institución, utilizando indistintamente los términos de capacidad y personalidad jurídica, distinguen la incapacidad absoluta y la relativa y hacen uniforme las causales de restricción en la edad y la enfermedad o retraso mental.

La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad,³ de la que Cuba es signataria, sienta como propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente, entendiendo como tales a

2 Miguel Ángel Ciuro Caldani: "El Código civil austríaco y el Código civil argentino".

3 Asamblea General de la ONU: *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo*, aprobada el 13 de diciembre de 2006.

aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

El Código civil español de 1888, extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889, regulaba el derecho de las personas, distinguiendo entre las naturales y las jurídicas, con referencia a la personalidad civil, su inicio y extinción, sin entrar en definiciones relacionadas con la capacidad.

El referido Código (predecesor hasta 1987 del que ahora rige en Cuba), la contemplaba inmersa en la personalidad, no como un atributo de esta, en sus dos acepciones, la capacidad de derecho y la capacidad de hecho o de obrar y, en sentido alguno, lo relativo a causales de restricción de la capacidad.

Los anteproyectos del Código civil cubano (CC) de 1985 y 1986, también contemplaban los sujetos incapaces para actuar con carácter absoluto, haciendo básica distinción entre aquellos judicialmente declarados como tal, al tiempo que hacen referencia a la incapacidad relativa, disponiendo que el imposibilitado de actuar jurídicamente por sí mismo, debería estar representado por sus padres, el tutor o el fiscal, todo ello de conformidad con lo que se pretendía estipular en agosto de 1979.

En ellos, ya se definía con mayor precisión lo relativo a la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y, al

unísono, se realizó expresa referencia a la capacidad de obrar y a la restringida, introduciéndose el término del ejercicio de la capacidad jurídica civil, en coherencia con la doctrina moderna hispanoamericana. Es así que llega al actual CC de 1987 la institución de la capacidad, en su doble carácter, cuya regulación no pocas vicisitudes acarrea para su interpretación y consecuente aplicación por los operadores del Derecho.

En el ordenamiento procesal, se trata la incapacitación mediante el denominado expediente de incapacidad, sin que exista cauce definido para quienes, así declarados, superan en alguna medida su cualidad de discernimiento y, con ello, recobran total o parcialmente la autonomía de la voluntad y el actuar consciente del que carecían.

Tomando como base que la capacidad de obrar restringida se corporifica de forma disímil en cada caso, dependiendo de las específicas condiciones o circunstancias de la persona en que concurre, por razón de la edad y la enfermedad o retraso mental, se colige que, en consonancia con ello, obedecen los actos jurídicos que pueda materializar, lo que debe conllevar a una gradación de la capacidad, que indefectiblemente incumbe al juzgador declarar, siempre y cuando se inste al efecto, por parte interesada o por el fiscal, según el orden de prelación que al efecto establece la norma adjetiva civil.

Al ilustrativo decir de la profesora cubana Valdés Díaz,⁴ en su análisis del Artículo 30 del CC,

4 Caridad del C.Valdés Díaz: *Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana.*

la enfermedad o retraso mental que padecen las personas a que se refiere el inciso b) del artículo 30, si bien no ha sido definida por el legislador, sí está claro por la letra de la norma que no la puede privar totalmente de discernimiento, pues si así fuera estaríamos en presencia de una situación jurídica que conduce a la incapacitación, no a la simple restricción de la capacidad.

De tal criterio, cobra relevancia la necesidad de graduar la capacidad restringida por causa de enfermedad o retraso mental, lo que ratifica la citada autora cubana, al sostener que, a los efectos del ejercicio de la capacidad lo que importa no es la declaración de restricción, que no cuenta con mecanismo establecido en nuestro ordenamiento legal, sino el grado de afectación mental que padezca el sujeto, no existiendo tampoco preceptiva jurídica que establezca gradaciones para su apreciación.⁵

Sobre la certeza del razonamiento precedentemente citado, ineludible resulta viabilizar, en el ámbito procesal, la gradación de la capacidad de obrar, en congruencia con la específica afectación que sufra el individuo, de modo que sobrevengan definidos los actos concretos que por sí pudieran satisfacer.

Por ende, es menester la definición de un modelo de gradación de la capacidad restringida, que permita modular el rango de actuación de

los sujetos que no están totalmente privados de su capacidad y, con ello, poseen determinado grado de discernimiento, de modo que los actos que puedan realizar, por sí, resulten eficaces.

De tal previsión carece el principal cuerpo de normas sustantivas civiles y, al unísono, la ley de procedimiento que lo instrumenta, por cuanto las personas con capacidad restringida, por razón de enfermedad o retraso mental, para realizar determinados actos jurídicos, lo serán como lógica consecuencia para todos, una vez que sobre aquellas recaiga la declaración judicial de incapacidad o, en su defecto, al no ser sujetos de incapacidad absoluta, no quedarán declarados como tal, cuando para algunos actos sí lo son.

La declaración de incapacidad se concreta en sede procesal mediante jurisdicción voluntaria o proceso contencioso, de aflorar desacuerdo en la primera, pero en ningún caso emerge soporte legal que posibilite su graduación, de conformidad con el grado de juicio que posea la persona.

En este sentido, cualquier declaración de incapacitación debe tener límites, de manera que se defina mediante la atinente resolución, la que indicará hasta dónde y qué puede hacer, o no, el incapaz, en razón de lo disímil que resulta un caso de otro.

Esta especificidad sería muy conveniente en congruencia con el desarrollo cognitivo o afectivo de la persona. Así, es beneficioso manifestarse en relación con el

5 *Idem.*

matrimonio, con el ejercicio del voto, con la administración de una pequeña pensión, en general con actividades que propician la normalización, a pesar de que la incapacitación es quizás la etiqueta más desnormalizadora que se puede poner en la vida de una persona.⁶

Como la norma nuestra no prevé la gradación de la capacidad, deviene obvio que tampoco reconoce cómo instrumentar su asistencia mediante pertinente medida de apoyo, ni las pautas de obligada atención por el juzgador, para determinar cuáles actos la persona podrá materializar, por sí, con eficacia, y cuáles no. Incluso, en el supuesto de que la persona recupere sus habilidades mentales en alguna medida o en su totalidad, también pudiera declararse la restitución total o parcial de aquella.

A todas luces, se impone que el ordenamiento positivo patrio tutele estas situaciones, en virtud de las posibilidades de que una enfermedad mejore, si de demencias se habla, es mínima, pero se debe dejar abierta esa posibilidad por si la enfermedad repite y, sobre todo, si las posibilidades de autogobierno mejoran, lo cual es mucho más congruente y está más relacionado con programas de socialización e integración laboral, para determinado tipo de discapacitados.⁷

Así, emerge notable laguna en el ordenamiento sustantivo y procesal cubano, cuando no dispensa efectiva tutela a los sujetos que, con su ca-

pacidad de obrar restringida, quedan impedidos de ejercerla para todos los actos, al no quedar válidamente delimitado su ámbito de actuación jurídica; asimismo, respecto a aquellos que demanden la restitución de la capacidad en alguna medida. En ambos supuestos, pudiera evaluarse su viabilidad procesal a través del proceso ordinario de conocimiento que estatuye nuestra norma adjetiva civil.

Lo que antecede se erige de la concurrencia de situación de hecho que precisa de irrefutable cognición, pues inequívocamente es el juicio ordinario el proceso concebido para investigar y resolver cuestiones que, por su importancia cuantitativa o cualitativa, requieren de un conocimiento amplio y de fondo, por parte del órgano jurisdiccional, sobre el asunto controvertido, a cuyo objeto se conceden a las partes amplias facultades para formular sus alegaciones y proponer sus pruebas, sin perjuicio de las facultades concedidas al tribunal para proceder de oficio, cuando así lo estime.

Concieme al juzgador, sin margen de dudas, la gradación de la capacidad restringida, por edad o por enfermedad, delimitando razonadamente los específicos actos que puede el incapaz llevar a cabo con éxito y cuáles no, delineando obligado mecanismo de sustitución en la toma de decisiones que impliquen la voluntad del sujeto.

En igual medida, decretado judicialmente un estado de incapacidad para la efectiva realización de actos jurídicos, de sobrevenir circunstan-

6 Antonio Martínez Maroto: "La Incapacitación".

7 *Idem*.

cias que varíen dicho estado, ello implica, en todo caso, modificar una declaración judicial, que no es justamente en virtud de recurso, como de ordinario acontece en disímiles procesos de otra naturaleza, sino a partir de palmaria acreditación ante el juzgador, a fin de que obtenga suficiente evidencia que le permita una válida convicción sobre los hechos que sostienen las partes, con los que se pretende destruir la fijada incapacidad, situación jurídica que no tolera ulterior constancia, de modo que, por igual cauce procesal, pueda discurrir semejante petición, ya que se trata exactamente de hacer sucumbir los efectos jurídicos de un hecho judicialmente reconocido, y no es la jurisdicción voluntaria un verdadero proceso, sino, como procedimiento especial que resulta, es el aspecto externo o formal del proceso, por el que se atribuyen efectos jurídicos a determinados hechos que por su connotación así lo exigen.

De lo planteado se colige que, tal cual quedan facultados para la solicitud de declaración de incapacidad los relacionados en el Artículo 587 de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, nada obsta que igual podrán ejercitar acción conducente a su gradación o restitución y, de conformidad con la previsión contenida en los artículos 583 y 584, de la mencionada norma, por lo que, obligada deviene la intervención del fiscal en la relación jurídica procesal; todo ello, siempre que se trate de la enfermedad o retraso mental como causa de restricción de la capacidad de obrar y en depen-

dencia también de la enfermedad del sujeto, casuísticamente examinada, visto que cuestión distinta nace respecto al ejercicio de la acción, si es la edad la que limita su actuación, sobre cuyo supuesto pueden instar tutela por sí, toda vez que, entendiéndose emancipados sobre los supuestos antes enunciados, unido a la capacidad progresiva que les es inherente y el carácter personalísimo de los actos jurídicos teorizados, no surge la necesidad de complementarla en los términos a que se contrae la norma sustantiva, en cuyo caso, con independencia de lo apuntado, inexorable resulta la presencia procesal del fiscal.

La causal de restricción relativa a la enfermedad o retraso mental, cuando se significa lo de su análisis casuístico, se debe a que cabe valorar la delimitación que, según la insuficiencia de que se trate, pueda realizar por sí el sujeto, de conformidad con el carácter personalísimo, o no, del acto mismo que se pretenda otorgar o consentir por aquel, sin la intervención de tutor o tercero que lo represente.

Ahora bien, sustanciado por los trámites pertinentes lo concerniente a la gradación de la capacidad de obrar y determinada por aplicabilidad de las causales de restricción que prescriben los incisos b) y c) del principal cuerpo de normas civiles, ha de dictarse resolución judicial que la estime total o parcialmente, siempre que la presencia de circunstancias que modifican en toda su extensión o, en alguna medida, la incapacitación declarada, resulte fehacientemente

demostrada y, como en todo proceso contencioso, de no verificarse cumplidamente la carga de la prueba de rigor, o se muestre deficiente, se desestimará lo pedido, pero nada obstruye que se deje abierta la vía para ulterior acción ante quien pueda aflorar *a posteriori*, mejoría o ausencia de la insuficiencia presentada.

Sobre los aludidos fundamentos, se pretende determinar los presupuestos teóricos para la regulación de un modelo de gradación de la capacidad civil restringida en Cuba, en pos de la protección de los derechos subjetivos de las personas con determinado grado de incapacidad, previa declaración judicial de los actos que con eficacia pueden realizar y la pertinente medida de asistencia.

En el ordenamiento positivo cubano, el Artículo 160 del Código de familia es el único precepto que implícitamente alude a la restitución o recuperación de la capacidad, y establece que concluye la tutela por haber cesado la causa que la motivó, cuando se trate de incapacitado, según regula en su segundo párrafo, lo que requiere, previamente, revocar y dejar sin efectos el auto que declaró la incapacidad, sin que resulte instrumentado el proceder para ello, especificidad recogida en el Código civil español, cuyos artículos 212 y 277, apartados, norma la posibilidad de promover expediente de revocación de la incapacidad y extinción de tutela por causas de curación del incapacitado.

De las ideas expuestas, se visualizan determinados presupuestos, de cara a configurar un modelo de gradación de la capacidad restringida, a saber:

- La concurrencia de causal de restricción de la capacidad de obrar por enfermedad o retraso mental, que impida el autogobierno del sujeto.

- Dictamen pericial que acredite la cesación o reducción de la enfermedad y, con ello, el grado de discernimiento de la persona, que le permita al juzgador determinar cuáles actos podrá ejecutar por sí, y cuáles mediante pertinente medida de asistencia.

- Promoción por el propio sujeto, parte interesada o el fiscal, siempre que haya cesado la causa que la motivó, para restituirle la capacidad de obrar, en la medida que proceda y, al unísono, el estado civil del capaz.

- Para los casos en que no concurre la previa declaración de incapacidad, podrá instarse por los legitimados al efecto y por el propio sujeto, con la intervención de otra persona que complete su insuficiente capacidad para ese acto concreto.

Así, en aproximación a un concepto de modelo de gradación de la capacidad civil restringida, pudiera entenderse como: La extensión y límites de los actos que según el grado de discernimiento del sujeto en el que recaiga causal de restricción, por razón de enfermedad o retraso mental, podrá realizar con eficacia, en defensa de sus propios derechos e intereses, así declarado por el juzgador competente en sentencia judicial, con la consiguiente medida de asistencia, según proceda.

Como corolario, se justifica lo precedente en:

- Acceso nulo a la justicia y, por consiguiente, posibilidades muy limitadas de reivindicar los derechos de

quienes, en alguna medida, pueden gobernarse por sí mismos, o instar al efecto de reponer su capacidad, cesada la causa que motivó su privación.

- Inexistencia de suficientes medidas de asistencia, como pudieran ser: tutela, curatela, defensor judicial y asistente.

BIBLIOGRAFÍA

- Bach, M.: "La toma de decisiones [...] y el Artículo 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Elementos de un modelo", tr. de David Stirton (inédito).
- Bariffi, F.: "Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU", en L. C. Pérez Bueno, *Hacia un derecho de la discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel: "El Código civil austríaco y el Código civil argentino", en *Revista del Centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social*, 2005, disponible en www.centrodefilosofia.org.er/investigacionydocencia43htm.
- Clemente Díaz, Tirso: *Derecho civil*. Parte general, t. 1, ENPES, Universidad de La Habana, 1983.
- Díaz Alabart, Silvia, y M. T. Álvarez Moreno: *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Pamplona, 2004.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 1981.
- Janzenmüller, C.: "La Convención y los procesos de limitación de la capacidad de obrar", en *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2008*, CINCA/CERMI, Madrid, 2009, pp. 59-71.
- Martínez Maroto, Antonio: "La incapacitación", en *Revista Portal Mayores*, no. 11, disponible en www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/martinez-incapacitacion-01.pdf.
- Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, CINCA/CERMI, Madrid, 2008.
- Palacios, A. y Bariffi, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, CINCA/CERMI, Madrid, 2007.
- Pérez Bueno, L. C.: *Hacia un derecho de la discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- Pérez de Ontiveros, C.: "La capacidad jurídica y la capacidad de obrar: el Artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho privado español", en *Capacidad jurídica y discapacidad*, Madrid, 2009.
- Valdés Díaz, Caridad del C.: *Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana*, Toledo, 2009, disponible en eumed.net.
- Valdés Díaz, Caridad del C. (coord.): *Compendio de Derecho civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

Legislación

Asamblea General de las Naciones Unidas: *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo*, aprobada el 13 de diciembre de 2006.

Ley No. 1289, "Código de familia", vigente desde el 8 de marzo de 1975.

Ley No. 7, "De procedimiento civil, administrativo, laboral y económico", de 19 de agosto de 1977.

Ley No. 51, "Del Registro del estado civil", de 15 de julio de 1985; y Resolución No. 157, "Reglamento", de 25

de diciembre de 1985, La Habana, MINJUS, 1986.

Ley No. 50, "De las notarías estatales", de 28 de diciembre de 1986; y Resolución No. 70, "Reglamento", de 9 de junio de 1992.

Ley No. 59, "Código civil", de 16 de julio de 1987.

EL MÉTODO MORFOLÓGICO EN EL CONFLICTO FILIATORIO

Dr. Ercilio Vento Canosa,¹
perito titular, TPP de Matanzas

UNO DE LOS problemas más complejos que enfrenta hoy el tribunal civil en Cuba es la solución legal de un conflicto filiatorio. En el lapso de 32 años actuando como perito médico legista, he podido tocar con mano propia la dificultad que afronta un juez cuando debe dictar sentencia sobre este particular. La convicción necesaria para alcanzar la debida justeza en el fallo descansa, la mayoría de las veces, en apreciaciones de orden muy subjetivo, esto es, de parecido físico elemental, además de cuantas otras pruebas se practicasen. El terreno a transitar sigue teniendo condición movediza.

La aparición del ADN, DNA o ácido desoxirribonucleico en los métodos modernos de comparación entre individuos pareció poner fin a este tipo de conflicto, excepto cuando en la práctica demostró ser costoso y dilatado. La cifra creciente de procesos filiatorios a escala nacional hizo evidente la imposibilidad que tal prueba descansara como una obligación del Estado cubano; por otra parte, en virtud de la antedicha creciente magnitud de los casos, se habría impuesto la creación de un laboratorio con funciones de este expreso servicio.

El hecho de tratarse de un acto civil, promovido por la parte interesada, exige cumplimentar el rigor científico del proceso en todo cuanto fuera posible, aun cuando la prueba de ADN resulta en la fecha altamente onerosa, incluso si los promoventes pudieran satisfacer el monto del ensayo. En mi experiencia, el conflicto filiatorio se origina desde el seno de familias o personas con recursos económicos fuera de las posibilidades materiales de satisfacer el requerimiento monetario del método.

Ante este orden de cosas, el tribunal debe aportar pruebas con el suficiente argumento sólido como para resistir cualquier criterio en contrario. A nivel de país, se carece de una uniformidad que supere la elemental rutina, lo que se traduce, al cabo, como evidente deficiencia ante un problema que, lejos de menguar, se sostiene y aumenta.

El espíritu de la ley está dirigido a crear un marco de amparo propicio para el presunto hijo, al tiempo que determina las obligaciones del presunto padre. Satisfecha que fuera esta premisa, cuya esencia es práctica, queda fuera de la apreciación legal el fenómeno afectivo, esto es,

1 Especialista de 2.º grado en Medicina legal, Investigador auxiliar, Profesor consultante y jefe de la Cátedra de medios diagnósticos de la Universidad de Ciencias Médicas Juan Guiterras Gener, y Profesor invitado de la Universidad Camilo Cienfuegos, ambas de Matanzas.

el vínculo espiritual que alimenta la formación integral de quien se tiene y acepta por hijo. Es obvio que tal aceptación en contumacia excluye el sentimiento natural propiciatorio de la relación paterno-filial, aun cuando sean rigurosamente cumplidos todos los preceptos y obligaciones dispuestos por la ley.

De lo anterior, se desprende la existencia de un drama que cursa por completo fuera del alcance legal, salvo que fuera probada alguna irregularidad o incumplimiento manifiesto que pusiera en peligro el normal desarrollo del niño o adolescente. Puede suceder, y de hecho ocurre, que el padre biológico no lo es en el sentido afectivo, en tanto aquel que ahora lo tiene bajo su techo, al convivir con la madre, resulta tener y detentar todas las cualidades morales y éticas para ser el padre. En materia de Derecho, la obligación del padre biológico será cumplida según lo que le viene indicado en cuanto a su responsabilidad y posibilidades económicas, pero nunca podrá pedirse bajo precepto legal que deba amar aquello que rechaza en su propio concepto.

Cuanto se ha dicho no tiene por propósito demostrar la exclusión del fenómeno afectivo por parte del tribunal y, en efecto, la sala dicta lo que mejor conviene a la salud material y espiritual del hijo en conflicto. El gran problema subyace en la certeza de haber obrado y dictado sobre lo que es justo y cierto en todas sus partes, mas esta certeza tiene, no pocas veces, el tinte de la subjetividad. Nada lastima tanto a un individuo que sentir sobre él el peso de un fallo que,

por subjetivo y carente de pruebas, resulta manifiestamente injusto.

Los primeros pasos emprendidos por este camino, hace más de tres décadas, me llevaron al convencimiento de que era imprescindible aportar al tribunal un argumento sobre base científica y sólida, que diera cuerpo razonable al fallo. Una parte de las pruebas que se aportaban en aquel entonces estaban dadas por fotografías de parientes, desde ángulos y posturas diversas, entre las cuales se buscaba encontrar un parecido. La base de este razonamiento, si bien resulta lógica en su esencia, carece del ordenamiento y rigor que solo un método antropológico podría aportar.

Ninguna operación válida pierde su propiedad con el paso del tiempo, si sus fundamentos están cimentados sobre ciencia constituida, excepto que en el decurso se produzca un franco reñimiento con las razones que procesos más modernos sean capaces de aportar, significando los errores que aquellos tuvieran.

Se ha podido constatar que la generalización a escala mundial de la identificación mediante el ADN ha hecho creer que cuantos métodos anteriores fueran utilizados carecen de valor, aun cuando la científicidad concreta de estos procedimientos nunca fuera colocada en duda. La prueba morfológica, basada en los rasgos, se enmarca en los criterios de la antropología física, a los que contribuye con peso determinante el examen hematológico. El principio rector invariable, cualquiera que fuera el método utilizado, descansa en una realidad axiomática: los caracteres presentes

en el hijo proceden, por necesidad, de herencia habida de la madre y del padre; si es posible demostrar los caracteres maternos, mas no los paternos, la presunta paternidad debe ser formalmente excluida.

En materia de grupos sanguíneos, la prueba puede alcanzar una alta fiabilidad, cuando la identificación de los serogrupos abarca un amplio espectro de combinaciones. Por lo común, esta tarea descansó en manos de un hematólogo forense y debió siempre ser ejecutada por el facultativo de mayor experiencia. La ventaja de la prueba hematológica descansa en que puede excluir, de manera categórica, una presunta paternidad, cuando demuestra que, entre los peritados, existe una incompatibilidad sanguínea manifiesta, lo cual remite al antedicho axioma. No obstante los beneficios que este procedimiento aporta, su costo es elevado y las posibilidades de realizar el estudio exhaustivo que se requiere, agotando todos los serogrupos, hace que en la actualidad no se pueda sistematizar el método, salvo reducirlo a los sistemas ABO y Rh.

En lo que respecta a los restantes caracteres, es obvio que el primer orden de análisis de semejanza descansa en la estructura facial de los sujetos, por lo que muy rara vez se examinan manos, pies o manchas de la piel que pueden tener un origen genético. Por otra parte, los testimonios fotográficos aportados no poseen siempre los requerimientos que se desean para una confrontación con

el sujeto real. En el lapso de los últimos años, la frecuencia de estos procesos de filiación en la provincia de Matanzas, y la exigencia de un razonable requisito técnico, ha permitido que los estudios fotográficos prescindan de la estética para aportar un documento con calidad y cualidad suficiente. El hecho de exigir la fotografía como parte del expediente es una garantía para las partes, las cuales podrán impugnar el criterio del perito, cuando fuera evidente la contradicción entre su dictamen y la imagen impresa.

En la búsqueda de un perfeccionamiento del trabajo pericial, se ha logrado que los resultados del examen hematológico sean consignados en un modelo confeccionado por el propio tribunal, en evitación de que una parte fundamental de la prueba descansa en un documento carente de la necesaria oficialidad. Los laboratorios encargados de realizar el examen deben estar instruidos de la importancia jurídica del proceso en el cual colaboran, en cuyo caso los resultados, firmados y acuñaos, alcanzan la categoría de la certificación, y el facultativo o técnico encargado se convierte en un certificador con todas las obligaciones que vienen impuestas a los auxiliares de la ley con respecto al perjurio. Queda por sobrado decir que la redacción ambigua, deficiente, o con borrones y tachaduras invalidan los documentos.

Son estas, en rasgos generales, las aristas del problema y sus particularidades. Es evidente que el conocimiento y la experiencia cuentan; y mucho.

EVOLUCIÓN DE LOS RASGOS MORFOLÓGICOS

Los seres humanos presentan una de las más amplias diversidades morfológicas de entre todos los metazoos. La diferencia, por ejemplo, del rostro en el hombre es en tal medida grande que, excepto aquellos grupos humanos con caracteres afines y relativa semejanza física, existe una extraordinaria variedad en la estructura armónica facial, lo que permite que un individuo pueda ser identificado y reconocido por sus particularidades fisonómicas, aun cuando fuera muy semejante a otras personas. Este precepto rector de la identidad es válido incluso en el caso de los gemelos univitelinos. Dicho de otro modo: la diferencia siempre existe.

Este fenómeno parece tener sus antecedentes en la propia evolución de la especie humana, de manera que el proceso transformador pudo partir del mismo primer protohomínido que presentó genéticamente un carácter diferencial perceptible. Los paleoantropólogos han considerado algunos elementos que permiten precisar este teórico punto de partida de la especie humana. Entre otros particulares, suele tomarse en cuenta la postura erguida, la disposición, número y forma de los dientes, la correlación existente entre la pirámide facial y el polígono neurocráneo, y la oposición del pulgar.

Desde la aparición de *homo erectus*, la naturaleza ha hecho ensayos de sujetos humanos a lo largo del tiempo que no llegaron a superar la prueba de supervivencia y sufrieron

extinción; al no ser demostrable su validez biológica hacia formas superiores, se convirtieron en vías sin salida, en tanto otras variantes del linaje humano continuaron una evolución favorable.

Los cambios anatómicos, de acuerdo con su evolución en el tiempo, se resumen en: 40 millones de años; se cierra la cavidad orbital; 35, aparece el modelo dental como los simios modernos; 28, se pierde el apéndice caudal; 18, el pulgar adquiere capacidad de rotación; 15, el codo tiene ya estructura estable; 3,5, sacro ancho; 1,8, articulación de la rodilla en la forma actual; 1,8, evolución del pie a la forma actual; 100 000 años, frente alta.

La combinación de todas las posibles variantes, a partir de los elementos que componen tan solo el rostro, la posibilidad de tener individuos distintos e irrepetibles sin parecido físico entre sí, alcanza la cifra de $3,29207736 \times 10^{16}$, o lo que es igual a más de tres mil billones de personas. Esta enorme cifra no incluye otros elementos morfológicos del esqueleto postcraneal, por lo que la evaluación matemática podría superar el trillón de sujetos. En términos biológicos, parece existir una suerte de ley que regula el modo en que los rasgos deben combinarse, más allá de cuando pueda influir la variedad racial o la localidad geográfica. Estudios recientes han demostrado que existe, en conjunto, una acomodación a una proporción numérica llamada "Phi" (Φ), igual a 1,618, una suerte de constante. La importancia de Φ supera el simple modelo de las *proporciones convenientes*, y alcan-

za un grado de interrelación mediante el cual las partes se integran solo si son capaces de responder a esta proporción universal.

Los cambios físicos que aparecen en el curso de la vida y que determinan el grado de envejecimiento alteran paulatinamente esta ley de proporción por cuanto la nariz, la boca y las orejas, en conjunto, crecen de manera continua durante toda la vida. Este fenómeno hace que el parecido de un mismo individuo en etapas más tempranas de su vida, comparado con el aspecto alcanzado en la senectud, no sean todo lo compatible que se espera, detalle que ha de tomarse en cuenta en la evaluación de los caracteres morfológicos en el conflicto filiatorio. Lo heredado por el hijo es una esencia genética básica que es independiente del tiempo y de las modificaciones circunstanciales que se pueden introducir en el curso de la vida.

En el concepto de identidad está implícito el principio de la singularidad, esto es, el conjunto de los caracteres físicos que hacen que una persona sea ella misma, diferente a todas las demás, por muy semejante que sea con las otras. Este detalle ha de tenerse en cuenta por cuanto en el proceso filiatorio lo que se buscará es una razonable semejanza que pueda ser convincente por la proporción estadística de los rasgos estudiados.

COMPATIBILIDAD HEMATOLÓGICA

Mientras fue posible realizar pruebas hematológicas exhaustivas, el principio de las probabilidades parciales se aplicó para la exclusión o inclusión de la paternidad. Los elementos a identificar con sus respectivos rangos se resumen en la tabla siguiente:

HLA	Grupos sanguíneos	Grupos de proteínas
0,90	ABO - 0,167	Bf- 0,187
	MN _g - 0,316	Gm - 0,229
	P- 0,030	Km - 0,058
	Rh - 0,290	Gc - 0,259
	Kk- 0,041	Hp - 0,181
	Fy- 0,071	C3 - 0,141
	Jk- 0,187	Ff- 0,131
	Lv- 0,027	
	Lc- 0,022	AoP - 0,235
	Oo - 0,181	PgM - 0,254
	Xg - 0,076	AK - 0,034
	Σ 20,80	ADA - 0,038
		G-PGD - 0,022
		GPT - 0,187
		EsD - 0,089
		GT - 0,061
		GLO - 0,186
		Σ 3 0,92
		Σ 2-3 0,98
		Σ 1-2-3 0,998

Vista la dificultad actual para realizar este tipo de estudio, frente a la creciente demanda de los procesos filiatorios, en la práctica, se realiza solo la identificación sexológica de los grupos ABO y el sistema Rh. Aun considerando la prueba como de carácter parcial o limitada en sus alcances, el perito puede manejar algunos importantes criterios para la exclusión formal de la paternidad: un padre con grupo AB no puede tener un hijo de grupo O; un padre de grupo O no puede ser progenitor de un hijo con grupo AB. De no presentarse esta circunstancia, el examinador no podrá excluir la paternidad presumida con la prueba hematológica, salvo que se observaran peculiaridades que, por su especificidad, hicieran modificar el criterio. Sobre este particular será necesario insistir.

Hay que destacar que los grupos sanguíneos detectados en el análisis solo se refieren al fenotipo del individuo, en tanto su composición geno-

típica no está revelada, no obstante, podrá tenerse en cuenta lo siguiente:

a) Los grupos A y B son dominantes con respecto al O.

b) El factor Rh positivo es dominante con respecto al Rh negativo.

c) El grupo del presunto padre puede ser dominante por sobre el de la madre.

d) Padre y madre con grupos fenotípicamente distintos pueden dar hijos con combinaciones fenotípicas diversas a aquellos, en razón de la composición genotípica de los padres.

e) De lo anterior, se deduce que existe un solo momento de exclusión absoluta o formal, cuando entre el presunto padre y el hijo no hay transmisión genética posible. Por otra parte, ambos padres pueden tener grupos distintos entre sí y dar lugar a hijos con diferente fenotipo con respecto a sus progenitores.

Algunos elementos significativos de lo anteriormente expuesto pueden encontrarse en la tabla que sigue:

Combinaciones genotípicas en los hijos posibles²

Padre		Madre		
AB, AO, BO, AA, BB, OO		AB, AO, BO, AA, BB, OO		
1. ^a serie AB	AA	AB	AB	BB
2. ^a serie AB	AA	AO	AB	BO
3. ^a serie AB	AB	AO	BB	BO
4. ^a serie AB	AA	AA	AB	AB
5. ^a serie AB	AB	AB	BB	BB
6. ^a serie AB	AO	AO	BO	BO
1. ^a serie AO	AA	AB	AB	BO
2. ^a serie AO	AA	AO	OO	AO

2 El fenotipo está señalado en negritas.

3. ^a serie AO	AB	AO	BB	BO
4. ^a serie AO	AA	AA	AO	AO
5. ^a serie AO	AB	AB	BO	BO
6. ^a serie AO	AO	AO	OO	OO
1. ^a serie BO	AB	BB	AO	BO
2. ^a serie BO	AB	BO	AO	OO
3. ^a serie BO	BB	BO	BO	OO
4. ^a serie BO	AB	AB	AO	AO
5. ^a serie BO	BB	BB	BO	BO
6. ^a serie BO	BO	BO	OO	OO
1. ^a serie AA	AA	AB	AA	AB
2. ^a serie AA	AA	AO	AA	AO
3. ^a serie AA	AB	AO	AB	AO
4. ^a serie AA	AA	AA	AA	AA
5. ^a serie AA	AB	AB	AB	AB
6. ^a serie AA	AO	AO	AO	AO
1. ^a serie BB	AB	BB	AB	BB
2. ^a serie BB	AB	BO	AB	BO
3. ^a serie BB	BB	BO	BB	BO
4. ^a serie BB	AB	AB	AB	AB
5. ^a serie BB	BB	BB	BB	BB
6. ^a serie BB	BO	BO	BO	BO
1. ^a serie OO	AO	BO	AO	BO
2. ^a serie OO	AO	OO	AO	OO
3. ^a serie OO	BO	OO	BO	OO
4. ^a serie OO	AO	AO	AO	AO
5. ^a serie OO	BO	BO	BO	BO
6. ^a serie OO	OO	OO	OO	OO

Con independencia de la información que se desprende de la tabla, se deducen ciertas relaciones de interés en las que es preciso insistir, por cuanto aportan criterios de exclusión formal o, por el contrario, no permiten que tal exclusión se sostenga, aunque deba aceptarse, o no, con reservas y

siempre bajo la advertencia de la relatividad que aporta una prueba donde el único elemento comparativo es el fenotipo. Nunca un padre **AB** podrá tener por hijo a un sujeto **OO**, aunque la madre sea portadora de este grupo y, de igual modo, el padre con grupo **OO** no podrá engendrar hijos **AB**.

REQUISITOS TÉCNICOS Y NORMA ÉTICA

Por la responsabilidad que asume el perito, en lo que respecta a su dictamen en el conflicto filiatorio, todo cuanto compete a su actuación debe estar sujeto a la garantía de la mayor transparencia y fiabilidad. El examen y prueba morfológica son parte de un proceso judicial y, en este sentido, deben ser cumplidas todas las formalidades que se requieren. El perito se abstendrá de hacer consideraciones personales que excedan su marco de obligaciones y competencia, por lo que deberá limitarse a la práctica de la prueba realizando para ello los procedimientos propios; de igual modo, no formulará preguntas a las partes que incursionen en detalles íntimos o personales, fuera de aquello que es estrictamente necesario para alcanzar un entendimiento del problema.

Detrás del compromiso filiatorio presumido, existe una relación entre personas cuyo resultado en litigio es la procreación de un hijo. Las circunstancias de orden social que rodean este hecho no forman parte de la prueba morfológica, excepto que sea aceptada a priori la improcedencia de realizarla, por no concurrir los elementos indispensables que permitan fundamentar, sobre base lógica, la naturaleza legítima de la paternidad tentativa. Los alegatos de impotencia *generandi* o *coeundi* son de orden subjetivo, hasta tanto puedan ser demostrados por otros exámenes y pruebas que no forman parte de la comparación morfológica; no obstante, en su carácter de perito

médico, el examinador podrá ofrecer su opinión cuando se le demande y hacerla constar por escrito o resumirla en el propio documento de la prueba morfológica, en el apartado "Observaciones".

Todo examen morfológico debe partir del principio de la voluntariedad de las personas para ser exploradas en sus rasgos y caracteres anatómicos y garantizar de estas la cooperación necesaria para no estorbar el resultado, de modo que el proceso curse con la diligencia y agilidad necesarias. El perito no exhortará a las partes en estudio sobre el requerimiento de su mayor concurso por cuanto su actuar se reduce a la aplicación de la prueba.

La citación y ordenamiento de la comparecencia, la especificación de los requisitos a cumplir y el orden de las actuaciones quedan a cargo de los funcionarios del tribunal, a quienes el propio perito se subordina como auxiliar de la justicia. De producirse alguna irregularidad no prevista, tal como la ausencia definitiva del presunto padre, o uno de ellos, en los casos de ser dos o más en el proceso, o luego del fallecimiento de alguno de los interesados, después de iniciado el proceso por el tribunal, el perito consultará a este antes de arrogarse cualquier facultad de decisión, tal como utilizar otros elementos, como grupos sanguíneos y fotografías, para emitir un dictamen en el cual hará constar la naturaleza del incidente que impide la naturaleza normal de la prueba, aunque en el documento se aclare si las personas comparadas detentan la condición de vivos o de fallecidos.

Son exigibles todos los documentos que se requieren para dar inicio al examen de las personas y que se constituyen en garantías para las partes, a saber:

a) El modelo impreso y actualizado de la prueba morfológica.

b) Las fotografías en 8 x 5 pulgadas, de frente, perfil izquierdo y manos con los dedos unidos, de la madre, el hijo y el (o los) presunto(s) padre(s). Las fotos se tomarán a los individuos sin adornos, maquillaje ni propósito estético que enmascaren los rasgos naturales. La fotografía contendrá las propiedades técnicas necesarias para presentar una realidad en su más fiel expresión.

c) Modelo impreso, firmado y acuñado por la entidad de salud que realizó el examen hematológico para el grupo y el factor en cada una de las personas objeto de peritaje.

Todas las partes deberán estar presentes en el acto de la prueba, acompañadas preferentemente por sus respectivos letrados, a quienes corresponde comprobar el rigor y marcha del examen antropológico, la idoneidad de los requisitos y cuantos elementos consideren en la salvaguarda del derecho de sus representados. La negativa o resistencia por parte de alguno de los examinados, en cuanto a impedir la actuación del perito, presume la interrupción de los procedimientos por parte de este, absteniéndose de ejecutar acciones que superen su estricta función pericial.

En favor de contribuir a la formalidad del acto, el perito se conducirá con la profesionalidad necesaria, evitando cualquier expresión de familia-

ridad o lenguaje ajeno a su investidura. Si ocurriera que, entre los peritados, se encuentran personas con las cuales el perito sostiene vínculos de familia o amistad manifiesta, o si, por el contrario, se tratara de una situación donde exista una previa hostilidad evidente, el perito hará declaración espontánea de esta situación, antes de proceder a la prueba y se atenderá a la decisión del tribunal. No obstante, en cualquiera de las situaciones anteriores, el perito solo actuará con el propósito de servir bien y fielmente, sin proponerse otro fin que no sea sino auxiliar a la justicia, según su deber y conocimientos profesionales en materia de ciencia.

En frecuentes ocasiones, los interesados en la prueba indagan directamente con el perito, por los detalles y pasos a seguir, en cuyo caso el profesional se limitará a dar la orientación necesaria, advirtiendo sobre no sostener un contacto previo o imponerse en detalles que exceden su marco de competencia. Esta situación, hartamente frecuente, debe ser apreciada con cuidado por parte del perito, toda vez que, al establecer una comunicación unilateral, sea su propósito, o no, coloca en desventaja teórica a la contraparte, la cual podría eventualmente suponer un género de parcialidad que obre en su perjuicio. Si por alguno de los interesados, se produjera la promesa u ofrecimiento de dádivas, recompensas o beneficios, el perito lo comunicará de inmediato al tribunal. Está de más alertar acerca de la conveniencia de que el perito actuante sea absolutamente imparcial, condición inobjetable e imprescindible, sobre todo cuando su persona no pueda ser sustituida por otra con igual capacidad.

Todas las personas que comparecen para ser examinadas deben tomar conocimiento de la solemnidad y carácter de la actuación pericial, por lo que han de concurrir correctamente vestidas y conducirse de modo respetuoso y adecuado. Salvo que se disponga lo contrario, no obsta que sean espectadores respectivos del examen morfológico, como modo de comprobar la fidelidad de las operaciones con cada uno de los interesados.

Examen de menores

Es frecuente que se solicite el examen de menores, en cuyo caso es recomendable que esto se realice después de cumplido al menos un año. Si el menor se resiste al examen, el perito no podrá insistir en realizarlo en condiciones desfavorables o que arriesguen la introducción de errores. Toda expresión gestual modifica los rasgos normales y, en consecuencia, invalida la apreciación de la parte examinada. Cuando, luego de reiterados esfuerzos por lograr una apreciación correcta de los rasgos, fuera imposible alcanzar la cooperación del infante, el perito podrá optar por prescindir de la comparación de dicho elemento, lo cual hará constar en las observaciones y no formará parte del cálculo porcentual.

Examen de personas con defectos anatómicos o deformaciones

La ausencia de estructuras que modifiquen sustancialmente la armonía de la estructura anatómica normal no podrá ser objeto del examen, o si,

estando presentes, han sido alteradas por deformaciones, sean congénitas o postrnatales en el transcurso de la vida, como consecuencia de accidentes o enfermedades que induzcan la deformidad. Sin embargo, el perito estimará la validez de manchas congénitas, si en ello está implícito un elemento hereditario, al tiempo que tendrá presente que, tanto las orejas como los labios y la nariz están sujetos a un proceso de crecimiento continuo, detalle a tomar en cuenta entre personas con sensible diferencia de edades respectivas. Este crecimiento no está sujeto a un ritmo estable, por lo que puede no ser evidente. El cambio, por lo común, afecta las dimensiones, no así la forma anatómica.

Examen con personas difuntas

En situaciones en las cuales el perito debe examinar a personas cuya comparación se establece con individuos difuntos a los cuales no se les ha realizado la serie fotográfica de rigor, será preciso valerse de otros documentos gráficos que permitan tomar los detalles comparativos. Si estos elementos fueran insuficientes o sujetos a la duda, deberán ser desechados. El perito solo actuará sobre una base confiable intentando identificar, según su experiencia y práctica, aquellas partes anatómicas del entorno facial que resultan de valor comparativo y que puedan ser eventualmente útiles. Este tipo de examen resulta excepcional y solo podrá llevarse a cabo cuando existan elementos suficientes para no dejar margen a la duda, superior a cualquier posible certeza.

Valor porcentual

El resultado porcentual del grado de semejanza entre los presuntos padre e hijo es una cifra de valor relativo. La experiencia ha demostrado que los porcentajes se comportan por encima del 50 en la dirección de no poder excluir la paternidad. No obstante, el peso de los caracteres heredados de la madre puede ser lo suficientemente significativo como para sustraer rasgos de semejanza con respecto al padre. Por otra parte, el presunto hijo no debe entenderse como un producto donde, por necesidad, se identifiquen inequívocamente proporciones alícuotas de los progenitores. Cada persona tiene una identidad morfológica que es su individualidad, aun cuando existan determinadas características anatómicas que son propias de una familia como un carácter típico extendido a todos los miembros. Excepto que alguno de los progenitores aporte un rasgo de mayor peso, esta característica permanecerá invariable y supera cualquier estimación relativa del porcentaje.

Pronunciamiento pericial

El pronunciamiento del perito se mueve en tres posibles conclusiones:

a) La exclusión formal, por existir elementos suficientes que no permiten sustentar el vínculo padre-hijo.

b) La exclusión relativa, por concurrir elementos que aconsejan la prudencia de no afirmar la paternidad presunta, toda vez que, ni a título porcentual o por semejanza absoluta, es posible establecer una relación de parientes razonables.

c) La no exclusión, lo que supone la inclusión implícita, por cuanto ningún elemento de los evaluados contradice, de modo formal o relativo, la posibilidad real del parentesco.

El modelo que se usa para este estudio presenta la ventaja de concretar, resumir y organizar la marcha del examen morfológico. La desventaja descansa en estas mismas características, por cuanto limita los alcances del marco estricto del impreso. Si el perito así lo estima oportuno, podrá emitir un documento anexo que amplíe o especifique detalles de excepción no detallados en el modelo. Cobra importancia la afirmación de Benjamín Boulé: los números dan la impresión de una exactitud y precisión a la cual la naturaleza, siempre cambiante, no podría jamás acomodarse.

Rasgos comparables

Los elementos de mayor valor se encuentran en el marco cefalo-facial. En la gran mayoría de los casos, la prueba morfológica se realiza comparando sujetos adultos con menores, por lo que algunos conceptos pertenecientes a la economía post-facial no pueden ser evaluados.

Forma de la cara

La conformación del marco facial se inserta en diversas variantes geométricas: elíptica, oval estrecha, oval invertida, redondeada, rectangular, romboidal, trapezoidal, trapezoidal invertida, pentagonal y oval simple. Existe también otro modo de evaluar la cara desde la punta del mentón al nacimiento de la nariz (cara total) o

desde este punto al espacio entre los dos incisivos centrales inmediato a la encía (cara superior). No obstante, en la práctica, ambas medidas están subordinadas a la forma general y se omiten en la comparación, salvo que fuera precisa su estimación para dirimir diferencias demasiado estrechas entre dos presuntos padres.

Redonda, supone que los diámetros longitudinal y transversal a la altura del punto medio facial establecen una relación entre 1 y hasta 0,85.

Oval simple, dada por la relación de los antedichos diámetros a la altura de la transversal a la línea media vertical, entre 0,85 y 0,65.

Oval estrecha, cuando la relación en los referidos puntos es menos de 0,65.

Oval invertida, forma de peonza con óvalo irregular de diámetro mayor por debajo del espacio interbucal-nasal.

Pentagonal, forma común dada por relaciones de enmarcamiento facial, según la cual, a la altura de los malares y arcos zigomáticos, se establece el ancho mayor y se dirigen líneas oblicuas hacia arriba y abajo. En realidad, el cierre del polígono produce un hexágono de lados desiguales. Esta variante es identificada con facilidad y no precisa de un cálculo numérico.

Rectangular, rostro enmarcado en paralelepípedo de lado superior igual o semejante al inferior, tomadas las medidas a la altura de la línea interlabial y superciliar, ambas hasta el doble o dos tercios de la perpendicular en la línea media.

Cuadrada, el segmento vertical y el horizontal superior e inferior son

semejantes, tomados a nivel de la base de la cara, por el mentón y en las bolsas frontales. Debe evitarse la confusión con la forma redonda.

Trapezoidal, a la altura de las bolsas frontales, se presenta un diámetro mayor con respecto a la base de la cara por el mentón.

Trapezoidal invertida, medidas inversas a las anteriores.

Formas displásticas, cuando se comprueba la notable diferencia entre una y otra hemicara, al punto de no poder realizar una comparación métrica. Por su infrecuencia, se consigna en el apartado de las observaciones.

Frente

En la frente, se evalúan la altura, la anchura, el perfil, la tuberosidad frontal, la glabella y los arcos superciliares. La relación alto-ancho comprende tres grados: *alta*, cuando la medida entre la raíz o el nacimiento del pelo en su inserción típica y el arranque de la nariz es igual, o hasta 0,75 del valor de la medida perpendicular entre ambos extremos frontales laterales; *media*, si la relación de las partes se inscribe en un rectángulo de relación menor de 0,75 hasta 0,50; *baja*, cuando el valor de las relaciones perpendiculares en el rectángulo es menor de 0,50.

Estos criterios, en igual grado, son aplicables al ancho y serán: *ancha*, se corresponde con las variantes faciales, cuya línea transfrontal es igual a la línea imaginaria que va del nacimiento del cabello, por el frente, a la base del labio inferior, o hasta 0,75 y más del diámetro vertical de la cara; *media*, la relación de las líneas es

inferior a 0,75, hasta 0,50, o igual a la medida entre la raíz de nacimiento del cabello por el frente y el extremo de la raíz; *estrecha*, la relación de valores de la perpendicular es menor de 0,50 o se aproxima a la media entre el nacimiento del cabello y el extremo de los huesos nasales o la glabella.

Los arcos superciliares pueden ser prominentes, por lo común en los sujetos masculinos; o medios o planos, aspecto típico de los individuos femeninos. En los niños y los menores de 15 años, los arcos pueden ser aún planos, con independencia del sexo, y modificarse en la medida en que se concluye el proceso de sinostosis del polígono neurocráneo. La glabella puede ser prominente en el masculino, llana en el femenino y media en la generalidad de los sujetos. A esta forma contribuye el modo en que se presenta la frente en el perfil, a saber: *fugitivo*, curva regular que asciende sin cambio hacia el punto coronal, es la forma típica masculina; *abombada*, curva compuesta que asciende desde la frente hasta el punto medio (metopio) y se dirige hacia arriba y detrás en el frontal, es la variante típica femenina; *recta o perpendicular*, con curva mínima o incluso casi ausente, característica de los sujetos de origen mongoloide.

También en este plano de la cara está la tuberosidad frontal, con sus variantes nítida, cuando es evidente, media y plana, según se proyecte en la línea media del frontal, en dependencia de las características del cierre de la sutura metópica y la proyección del hueso entre las bolsas frontales.

Cejas

Hay tres tipos: finas, medias o densas, en razón al volumen piloso. Son finas hasta menos de 0,5 cm de ancho; medias, de 0,5 a 0,75 cm; y densas, cuando son mayores de 0,75 cm. Además, se presentan unidas o separadas y con sus colas altas o bajas, según la dirección que toma el extremo externo; mas, raramente, rectas. Con respecto a este rasgo, el perito deberá tener presente que, en el sujeto femenino, es habitual el depilado y el arreglo de las dimensiones. Tampoco debe descartarse que tal arreglo suceda en individuos masculinos.

Ojos

Se evalúa la alineación según la orientación de las comisuras; si una línea imaginaria que toca sus extremos converge hacia adentro y arriba (convergente superior), hacia adentro abajo (convergente inferior) u horizontal, cuando no se advierte convergencia. Los otros elementos a evaluar son: forma general, amplitud de apertura, forma y disposición del párpado superior y del inferior, la presencia o no del epicanto, la simetría, el color del iris y su simetría contralateral. La forma comprende cuatro variantes: *fusiforme*, si dibuja huso de extremos iguales y curvas correspondientes semejantes en el trazo de ambos párpados; *semifusiforme*, si el párpado inferior se aparta de la curva y traza una recta o semirrecta; *almendrada*, en el caso de tener las curvas palpebrales con un cambio en la regularidad en el trazo lineal a nivel del tercio medio, en dirección a la lí-

nea media nasal; *semialmendrada*, si la curva palpebral inferior tiende a la recta. La amplitud se comprende en tres relaciones de medida: *amplia* o *ancha*, si deja al descubierto toda la córnea; *media*, si cubre un tercio superior de la córnea; *estrecha*, cuando cubre los dos tercios superiores de la córnea o un pliegue del tercio superior y uno inferior.

La forma y disposición del párpado superior está entre los tipos siguientes, según si el pliegue que se forma cubre todo el borde superior del globo ocular o solo una porción de este. Por su tipicidad, puede ser: cubierto solo al centro; con un borde fino descubierto; con un pliegue ligero, parcialmente abovedado; con pliegue descendente externo; con pliegue descendente interno; descubierto ancho total.

Debe tomarse en cuenta si existe simetría, tanto en la forma como en el tamaño. Por otra parte, la presencia o no del epicanto se evalúa como un rasgo independiente, aunque toma el aspecto de un pliegue interno. Su importancia radica en ser un elemento típico de los sujetos asiáticos o de origen mongoloide. Suele ser un carácter dominante y permanente en la herencia familiar, tanto del padre como de la madre. Si procede de esta última, algunas de las propiedades morfológicas heredadas del padre pueden quedar disueltas o enmascaradas en presencia del epicanto. Dado su valor, resulta fundamental su consideración ponderada. El párpado inferior se presenta por lo general cóncavo, e incluso muy cóncavo, mas en algunos casos de sujetos con diseño ocular

semifusiforme o semialmendrado, puede ser recto, del mismo modo en que su grosor varía entre los valores fino, medio y grueso.

El color del iris puede variar del negro intenso al gris muy claro, pasando por los diversos tonos de pardo, azul y verde. Puede darse una variedad poco común, el violeta. En los sujetos albinos, el iris carece de color. De igual modo, es importante determinar si ambos iris son semejantes en su color (simetría cromática) para descartar el mosaicismo genético, importante en el proceso de transmisión de los caracteres. Un predominio familiar de iris claro podrá superar eventualmente la dotación heredada de padres con ojos oscuros.

Mentón

Según su forma, será *cuadrado*, si puede colocarse una línea recta imaginaria en su base; *redondo*, si se inscribe en un arco; y *en ojiva abierta o cerrada*, según exista mayor o menor tendencia a la disposición angular. El mentón contiene uno de los elementos más importantes, cuando presenta hoyuelo central o surco medio, detalle que también puede estar manifiesto en las mejillas, de modo que ambas regiones pueden ser valoradas en conjunto.

El mentón se presenta en tres variantes de proyección en el plano lateral: *normal*, el plano de proyección no rebasa la línea de la base de la nariz al labio inferior, o lo hace en un 25% o menos; *prominente o prognato*, el plano de proyección rebasa la línea vertical naso-labial en una medida mayor del 25%; *sumido*, el men-

tón se retrotrae por detrás de la línea nasolabial, lo cual también suele sumir el espacio subnasal y los labios.

Nariz

En la nariz, se examina su forma general, ancho, perfil y punta. La forma comprende tres variantes, según la disposición de sus lados: *lados paralelos*, típicos de las narices estrechas; *lados divergentes*, caracterizados por dos rectas laterales que divergen hacia la base nasal, ocasionalmente de forma curva cóncava, frecuente en sujetos con puente nasal en forma de reloj de arena y base de la nariz ancha; *lados convexos*, propios de la nariz ancha en su base.

El perito puede evaluar, de modo individual, la forma bicóncava en la variante divergente, si aprecia que el rasgo se presenta de manera bien diferenciada.

Con respecto al ancho, las formas pueden ser:

Anchas, si la medida de los extremos de las alas nasales sobrepasa hasta un 25% o dos tercios y más la línea vertical descendida desde el ángulo interno de la comisura palpebral.

Medias, cuando el rango de la distancia entre las alas nasales es menor de un 25% o un tercio de la vertical palpebral interna.

Estrechas, por lo general, se corresponde con narices de lados paralelos. La vertical palpebral interna coincide con el extremo proyectante del ala nasal o el ala nasal queda por debajo de esta línea.

La punta de la nariz se evalúa por la forma:

Redonda, la punta puede inscribirse en un círculo.

Cuadrada, el extremo nasal está limitado en su base por una recta de medida igual o semejante a los lados, antes de la proyección alar.

Aguda, punta estrecha y fina, por lo común con líneas convergentes hacia el extremo distal.

Aplanada, se aprecia un espacio plano sobre la punta que se puede confundir con el aspecto cuadrado.

Bifurcada, una línea vertical corta la punta. De extrema importancia por ser un rasgo heredable.

El dorso nasal se presenta según pueda acomodarse a una línea recta, curva externa o convexa, curva interna o cóncava y mixta, si alterna dos variantes lineales, por lo común, cóncava en su inicio y convexa en el extremo, o recto-convexo. En el área nasal, se evalúa la forma y la orientación o alineación de los orificios nasales como redondos, ovales o alargados. La forma más común es la oval, mas cuando este óvalo es estrecho y se proyecta hacia delante, se considera alargado. Las formas redonda y ovales son comunes en los niños cuyo esqueleto facial está en desarrollo. En cuanto a la orientación, la disposición más común es aquella que converge a la punta. Las narices estrechas suelen tener orientación paralela y las anchas, típica de los sujetos negroides, puede llegar al extremo del alineamiento. La forma divergente es rara e infrecuente.

Surco subnasal o interbuconasal

Se entiende como tal el espacio por debajo de la base de la nariz, desde el cual se proyectan dos líneas, a saber: paralelas, bicóncavas,

biconvexas, convergentes, divergentes o asimétricas. Está de más la explicación de cada una de las formas por acomodarse la disposición a las líneas; solo aclarar que en las variantes convergentes, mucho más raras, o divergentes, las líneas suelen ser rectas. La profundidad de este surco se evalúa en tres variantes, según su profundidad: *profundo*, se aprecia un surco central nítido que deja los lados proyectantes; *medio*, variante común sin aumento o disminución de la presentación típica; *poco profundo*, no hay relieve notable entre el centro del surco y sus laterales.

El valor principal de la región está en su posición en norma lateral cuando sea: *protuso*, si las líneas laterales avanzan en ángulo hacia el labio superior hasta en un 50% o más de la distancia de la base de la nariz a su punta; *medio*, cuando el ángulo no es proyectante y queda por debajo del 50% o menos de la distancia base nasal-punta; *llano*, en la ausencia de ángulo; *sumido*, si el ángulo está invertido y retrotrae las líneas a un punto por detrás de la vertical de la base nasal. Cabe señalar que el aspecto sumido puede estar en función de defectos de la arcada dental superior. Si no concurren estos elementos, puede tener valor determinante en la relación paterno-filial pretendida.

El espacio interbuconasal cumple otra condición en dependencia de su longitud vertical, en cuyo caso serán largos, cuando exceda en dos tercios el largo con respecto al ancho en la base. La medida ha de ser proporcional y no milimétrica, por cuanto se trata de una relación entre las partes.

Existen variantes de surcos largos que superan en más de cinco veces el ancho sobre el labio superior. La relación normal está dada por un largo cercano a los dos tercios del ancho basal; por debajo de esa medida, será un surco corto. Los defectos de la arcada dentaria superior, en lo particular la ausencia de los dientes, puede modificar esta longitud, del mismo modo que aporta una disposición sumida.

Pelo

Color, tipo, grosor y densidad son los elementos a evaluar. El primero se explica según el aspecto cromático que se presente. El cabello suele encanecer a partir de un momento de la edad del sujeto, en cuyo caso se consigna el observado por el perito, toda vez que cabellos canos también aparecen temprano en sujetos jóvenes y este detalle se puede corresponder con un tipo de rasgo heredado. Si no fuera posible conocer el color real del cabello, el perito no lo tomará en cuenta en la relación de partes a examinar. Los tipos se comprenden en las variantes *muy lacio*, *lacio*, *ondulado*, *rizado*, *muy rizado*, y *lanoso*, este último propio de los sujetos negroides y en relación, por lo general, con el grosor, a saber: *muy fino*, *fino*, *medio* y *grueso*. Los cabellos muy lacios y lacios suelen ser muy finos o finos. El perito debe poseer experiencia en esta evaluación para no convertir su apreciación en un ejercicio de subjetividad manifiesta. Independientemente del grosor, la ondulación es visible en la forma

en que se dispone sin llegar al rizo. La variante lanosa es tupida, gruesa y rígida, palpable al tacto como algodón.

La densidad es subjetiva, toda vez que el adulto masculino puede estar sujeto a una temprana alopecia con diferencia en cuanto a su forma de origen. Un medio de evaluar este extremo es percibir si a través de la cabellera se advierten espacios libres del cuero cabelludo. Los cabellos gruesos suelen ser densos, y los rizados y muy rizados pueden dar una impresión de volumen mayor que el real.

Labios

Se toma en cuenta volumen, orientación de las comisuras, contorno del labio superior, tipo de labio inferior, contorno del labio inferior, color y presencia o no de pigmentos. Los labios, junto con los ojos y las orejas, son los lugares del rostro donde se encuentra la mayor proporción de elementos variables; cada uno de ellos se presenta de manera independiente. Los elementos a evaluar están comprendidos en lo siguiente:

Según su volumen en conjunto: *delgados*, si el volumen del labio superior e inferior, vistos separadamente, son menores de un centímetro cada uno a nivel de la línea media; *medios*, hasta un centímetro en igual nivel; *gruesos*, más de un centímetro, hasta 1,5; *voluminosos*, con una medida mayor de 1,5 centímetros cada uno.

La orientación de las comisuras se acomodan a una línea imaginaria que las une, por lo que se presen-

tan con disposición horizontal alta o baja, según los extremos apunten hacia arriba o abajo. El crecimiento continuo de los labios hace que las comisuras tiendan a disponerse hacia abajo. Ciertos hábitos gestuales tienden a modificar la disposición comisural por la contractura muscular sostenida.

El contorno del labio superior se presenta en variedad tal que, en ocasiones, el perito se enfrenta ante la complejidad de no poder enmarcar en un tipo específico la forma, sobre todo cuando, excepcionalmente, la mitad derecha o hemilabio no es igual a la izquierda. Las variantes, según su forma, son:

Arco regular sin surco central, el labio superior describe una curva pareja sin interrupción de una a otra comisura.

Ojiva doble convexa, los lados de cada hemilabio son convexos, separados por un surco al centro o escotadura central.

Ojiva doble cóncava, inverso al anterior y semejante al arco regular, salvo poseer la escotadura central.

Arco doble con surco profundo, variante del arco regular, con escotadura profunda central.

Arco con mamelón central, en el sitio de la escotadura, se presenta una profusión carnosa o mamelón que puede coexistir, o no, con algún surco breve.

Ojivas con mamelón, cualquiera de las dos variantes de ojivas con mamelón central, con escotadura o surco o sin ellos.

Pueden presentarse variantes que excedan las clasificadas, por lo que, en las observaciones, se hará cons-

tar la excepción, sobre todo si es un elemento identificable en el presunto padre.

El labio inferior comprende tres tipos, según la regularidad de la curva que lo compone y la tendencia de esta línea hacia la recta, o no. La curva será *regular*, si no cambia en su forma; los labios serán *rectos*, si se alejan del contorno curvo; y *mixtos*, si integran en la línea elementos curvos en los extremos y rectos en el centro.

Según su volumen, se consideran *finos*, *medios* o *gruesos*, con igual criterio de mesuración que el labio superior. El perito debe apreciar el color en tres grupos principales, *rosados*, *pardos* o *violáceos*, estos últimos característicos de los sujetos negroides, con pigmentos añadidos, o sin ellos.

Orejas

El pabellón auricular, en conjunto, aporta un gran número de elementos a evaluar-comparar; de hecho, es la parte que más rasgos individuales presenta. La primera distinción se hace partir del lóbulo, según este sea libre o se presente fusionado a la piel del ángulo preauricular. Este lóbulo se comprende en tres variantes: *fino* o *delgado*, *medio* y *grueso*, cuyas diferencias son apreciables cuando se examina el sujeto por su hemicara izquierda. El lóbulo definido como grueso tiene hasta un tercio o más del diámetro antero-posterior, comparado con la distancia entre el lado externo y el interno.

En el otro extremo hacia arriba, está el hélix, cuyas formas son: *acuminada abajo*, si proyecta un saliente agudo hacia abajo y detrás; *lobulado*

adentro, con una escotadura que disuelve la forma regular y divide el hélix en dos porciones, arriba y abajo; *lobulado* y *acuminado adentro*, combinación del aspecto anterior con un plegue agudo saliente; *con vestigio lobular*, si el aspecto lobular no está claramente definido, aunque exista la escotadura, poco profunda; y *redondeado*, forma más común de curva regular y simétrica en el reborde superior.

El grueso está presente en tres variantes, según su espesor: *grueso*, *medio* y *fino*. Este elemento se mide por el espesor del reborde saliente del hélix hacia el antihélix. En la práctica, los rebordes del lóbulo son menores de 0,5 cm hasta 0,3 en el rango medio; menores de 0,3 para los finos, y mayores de 0,5 en los gruesos. Es evidente que este cálculo fijo excluye a los infantes, donde por fuerza la medida será siempre inferior a 0,3 cm. Este extremo, por tanto, descansa en un ejercicio apreciativo que deberá integrar la proporción entre las partes.

El pabellón puede tener la habitual profusión media, o plegarse hacia los lados con poca proyección lateral, cuando es fugitiva, y en un alejamiento evidente del plano lateral, si fuera del tipo alar. En la oreja, el perito puede incluir la implantación del pabellón en las variantes *alta*, *media* o *normal* y *baja*, según la comparación con una línea imaginaria horizontal lateral, tomada como media de nivelación, que cruza por el trago y se extiende hacia el plano malar medio. La implantación baja corta en menos de un tercio libre el extremo superior o hélix. El eje del pabellón suele ser oblicuo, pero pue-

de presentarse vertical, horizontal en los casos de alteración sustancial de la forma, o indefinido, si está comprendido en dos ángulos diversos.

El trago permite evaluar su forma en: *acuminada*, si es de terminación puntiaguda y fina; *cupular*, cuando, con forma semejante al anterior tipo, el extremo es redondeado; *mamilar*, si aparece como un ancho tetón, a veces ligeramente escotado al centro; *redondeado*, cuando se presenta en forma de una esfera unida a una base pequeña; *ausente*, en el caso de existir una superficie plana en el lugar sin profusión alguna.

En cualquiera de los casos, se toma en cuenta el volumen general como voluminoso, si es sobresaliente, medio, pequeño o incluso ausente, de modo que la base será *ancha*, *pequeña*, *media* o *ausente*. Se considera volumen ausente, cuando el extremo libre del trago no levanta más de 0,1 a 0,2 cm desde la base, mientras que el ausente no excede de 0,1 cm. Un trago es voluminoso y su base suele ser ancha, cuando supera los 0,5 cm. El antitrigo cumple iguales condiciones morfológicas que el trago e iguales criterios para el volumen y la base. La base voluminosa es del tipo ancho y se mide tanto en vista lateral como en profundidad.

El antihélix y la fosa escafoidea están en relación anatómica próxima. El antihélix, por debajo del hélix, puede ser: *prominente*, si sobresale del nivel del hélix; *medio*, si está a su nivel o ligeramente por debajo; *pequeño*, si no alcanza el nivel de profusión del hélix y está sensiblemente por debajo del nivel medio.

Puede ocurrir que ambos pabellones no sean iguales en cuanto a la forma general y se consideren asimétricos.

Manos

Se estudian siempre con la palma hacia abajo y los dedos unidos. Por su aspecto, a nivel del carpo y su prolongación metacarpiana, son *cuadradas*, *rectangulares* o *cónicas*, si la punta de los dedos dibuja una ojiva cerrada. En el tamaño, hay tres tipos (*grandes*, *medianas* y *pequeñas*), con criterio semejante para los dedos, en cuanto a su longitud (*largos*, *medios* o *cortos*). La punta, según su diseño, puede ser *redonda*, como forma más común; *cuadrada*, si posee un extremo plano; *acuminada*, si se hace aguda en la punta; y *en palillo de tambor*, si posee un estrechamiento hacia los laterales, con abultamiento en el extremo distal, propio de los sujetos con antecedentes de enfermedades cardíacas. Los dedos 2.º y 4.º pueden ser iguales en longitud, mayor el 2.º que el 4.º, o a la inversa. Si fuera el caso, el perito podrá examinar las uñas, en la búsqueda de elementos significativos, mas sucede que en ellas pueden haber alteraciones patológicas o ergonómicas específicas que se prestan a confusión con aquellas características de los componentes heredables. Salvo que existiera coincidencia importante en la variedad de la forma por su excepcionalidad, este extremo del examen debe valorarse con precaución y, como norma, no se incluye.

Pies

Los pies presentan formas que pueden estar comprendidas en los ni-

veles de semejanza en cuanto a largo, ancho, forma del arco plantar, curva de los dedos del 1.º al 5.º y defectos de la forma general. La longitud suele estimarse según la talla, con respecto a la estatura, el ancho está dado por una relación según la cual a la altura del primer artejo proximal del 1.º dedo, el pie posee una longitud semejante a un quinto del largo como valor *regular* o *medio*; *ancho*, si lo excede; *estrecho*, si es menor. El arco plantar puede ser *marcado*, si es profundo y deja una huella lateral estrecha; *plano*, si está ausente o es mínimo o normal, en la mayoría de los casos, con huella del lateral externo semejante a la mitad de la distancia entre los lados, a la altura del punto medio del arco superior o dorsal. Los defectos de la forma pueden estar dados por vicios posturales, determinados trabajos o marchas obligadas y deben distinguirse de las alteraciones que pueden ser heredadas, como número de dedos mayor de cinco, presencia de un pliegue caroso entre los dedos, ausencia congénita de un artejo o colocación anormal de cualquiera de ellos.

Color de la piel

El perito se limitará a consignar el color de la piel en *blanca*, *negra*, *mestiza clara*, *mestiza oscura* u otra, cuando, de manera significativa, se haga evidente una diferencia, como en los tintes amarillo, oliváceo, cetrino o atezado.

Manchas o marcas congénitas

El perito deberá estimar con precaución este rasgo, limitándose a consignar si existen o no. Si fuera evidente la coincidencia de formas o lugares,

lo anotará en las observaciones. No obstante, existen caracteres heredados de familia que resultan un factor distintivo en ella y que no desaparecen en el tiempo, tal como despigmentaciones o lo inverso, localizadas en lugares visibles e iguales para todos los miembros del grupo familiar.

Consideraciones especiales

Caben en este apartado aquellas características que no se encuentran específicamente consignadas en el modelo empleado para asentar los resultados del peritaje. La diversidad de situaciones que puede encontrar el perito superan la posibilidad detallada de su cita, en cuyo caso, de ser un elemento significativo, el perito lo consignará como constancia de haberlo tomado en cuenta.

CONCLUSIONES

El método morfológico ha demostrado ser un recurso efectivo en los procesos de filiación que se llevan a cabo en Cuba. Es evidente que la dificultad de aplicar un sistema de mayor fiabilidad, como el ADN, priva de una herramienta de indiscutible valor, por lo que no debe entenderse que la prueba morfológica es un sustituto de cualidad semejante. Más de tres décadas de ejercicio del método, perfeccionándose de continuo, resulta el aval de mayor peso para estimar su conveniencia, cuando no se pueda utilizar otro procedimiento fundado en ciencia. La resistencia para su generalización ha venido a través de la necesidad de poseer los

conocimientos antropológicos necesarios por parte del perito.

La Antropología forense es una especialidad dentro de la Medicina legal. Más que conocer los detalles de orden teórico, importa en mucho el dominio práctico, garantía de la fiabilidad y la seguridad que debe sancionar como

norma todo peritaje. Nunca dejará de insistirse en que, detrás de un proceso de filiación, subyace un conflicto de profunda raíz humana. A la larga, el perito estará cumpliendo con el precepto ancestral de la Medicina, por cuanto, antes que ciencia rígida o profesión técnica, es un sacerdocio.

LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS AL ADULTO MAYOR

Esp. Daymara Jiménez Ortega,
presidenta, TMP de Remedios

LA REVOLUCIÓN CUBANA ha verificado innumerables esfuerzos en aras de proteger al adulto mayor, a tono con los pronunciamientos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) a favor de estos. Muchos son los logros en pos de su mejoramiento humano, salud física y psíquica, asistencia médica y seguridad social, a lo que se añade que, con independencia de las facilidades que le ofrece el sistema social a este grupo poblacional —cada vez más creciente en el país—, el ordenamiento jurídico debe refrendar y garantizar el pleno ejercicio y disfrute de los derechos que les son reconocidos internacionalmente como sujetos de especial protección. Tal es el caso del derecho del adulto mayor a recibir alimentos.

La efectiva realización de este derecho suscita varias interrogantes en el contexto cubano, lo cual constituye el eje central del presente trabajo, a partir de los preceptos sustantivos que lo norman y definen como todo lo que le resulte indispensable para satisfacer sus necesidades de sustento, habitación y vestido.¹ El examen exhaustivo de los postulados legales que rigen la obligación de dar alimentos, y las dificultades que en-

frenta el adulto mayor para obtener eficazmente el cumplimiento de esta, conducen a identificar los elementos que inciden o condicionan la situación actual en torno a esta temática, como base de las futuras modificaciones legislativas que al respecto han de realizarse.

En la práctica, los adultos mayores capaces no promueven demandas alimentarias contra sus familiares obligados² y acuden a otras vías para solventar sus más elementales carencias, sobre todo apelan a recibir las pensiones y demás servicios que ofrece el sistema de seguridad y asistencia social, por el desconocimiento que, en ocasiones, tienen de las normativas legales vigentes que regulan el cumplimiento eficaz de su derecho, así como el temor y prejuicios a la opinión y censura de la sociedad o al abandono y maltrato, tanto físico como psicológico, por parte de los referidos familiares.

La obligación de dar alimentos tiene su génesis en el Derecho romano, en el cuerpo del *Digesto*, compilación realizada por el emperador Justiniano, en la que se admitía la obligación alimentaria entre ascendentes y descendentes, patronos y libertos y en-

1 Artículo 121 de la Ley 1289 de 1975, Código de familia (CF).

2 Artículo 123, CF: “Están obligados, recíprocamente, a darse alimentos: los cónyuges, los ascendientes y descendientes y los hermanos”.

tre cónyuges de manera recíproca. En esta fuente del derecho, el deber de dar alimentos se consagra entre ascendientes paternos o maternos y los descendientes, aunque estos últimos no estén bajo potestad; incluso el hijo emancipado que es impúber puede ser deudor de alimentos frente a su padre. De igual manera, como sujetos pasivos de esta obligación, se admiten la madre y el padre con respecto a los hijos ilegítimos, los cuales, a su vez, también se encuentran obligados frente a los primeros. En cuanto a los sujetos, se extiende esta obligación al patrono y al liberto, y este último, cuando actúa como sujeto pasivo de la obligación, responde al patrono, y a los descendientes y ascendientes de este, y solo deberá alimentos cuando aquel y sus hijos hayan desaparecido.

Por otra parte, deja entrever ciertos requisitos que deben darse para que se configure la obligación alimentaria. Entre ellos, está la condición de que el sujeto activo se encuentre necesitado o enfermo, y que el pasivo tenga los medios suficientes para cumplir con la obligación. Si bien es cierto que el último requisito solo se consagra, de manera explícita, en la relación de patronato, en este estudio se considera que, dada las características de tal obligación, debe entenderse implícito en los demás casos.

El derecho justinianeo también se ocupa de lo tocante a los alimentos entre ascendientes y descendientes, al referirse a la manera de hacer efectivo este crédito, pues si alguno de los obligados a dar alimentos rehúye hacerlo, se determinarán los alimentos

en proporción a sus bienes y, si no los entrega, se le compele a cumplir la sentencia mediante la toma de prendas y la venta de estas.

Hay coincidencia entre el concepto de alimentos a que se contrae la norma cubana y lo que preceptúan las legislaciones de Argentina, Bolivia, Chile, España, Francia, Italia, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay, en tanto se refieren a lo indispensable para la educación, el vestuario, la alimentación y los gastos por enfermedad. En el caso de los menores, se reconoce lo relativo a educación, recreación y desarrollo en general. Sin embargo, no hay razón para que sean necesidades reconocidas exclusivamente a estos: también los adultos mayores las necesitan por cuanto poseen capacidades de aprendizaje aun en la etapa de la vejez y son elementos que tributan a su calidad de vida a partir del envejecimiento activo y saludable. En síntesis, ha de entenderse por alimentos: todo lo indispensable que contribuya a satisfacer las más elementales necesidades de alimentación, vestuario, calzado, habitación, salud, recreación y educación.

En la legislación cubana, entre los destinatarios del derecho de alimentos, está el adulto mayor cuando, por razón de su edad o de su incapacidad, no puede propiciarse por sí mismo el sustento que le permita solventar sus necesidades más elementales.

La Organización Mundial de la Salud, en 1963, reconoció que, a partir de los 60 años de edad, comienza la ancianidad, fundamentado ello en dos cuestiones: ser edad propia del retiro de la vida laboral, y constituir la

esperanza de vida promedio del mundo, límite que se irá extendiendo a medida que aumente la longevidad de la persona. Diecinueve años más tarde, en 1982, la ONU ratificó este término que da inicio a la adultez mayor, la cual la OMS definió en tres categorías:

- Viejos más jóvenes (*young old*): de 60 a 75 años.
- Viejos (*old*): de 75 a 90 años.
- Muy viejos (*oldest-old*): más de 90 años.

La consideración especial de los derechos de las personas mayores garantizada en las recomendaciones y tratados de organismos internacionales, se basa en las premisas fundamentales establecidas por documentos como la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración universal de derechos humanos (1948). En el Artículo 25, párrafo 1, de esta última, se establece que

todas las personas tienen derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar propio y de su familia, incluyendo comida, ropa, hogar y atención médica y servicios sociales necesarios, y el derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, vejez, edad avanzada o cualquier otra carencia en circunstancias ajenas a su voluntad.

Tales protocolos, entre otros, tienen como fundamento establecer una uniformidad en cuanto a la protección de los intereses de los adultos mayores, divididos en tres categorías:

La protección. Se refiere a la seguridad física, psicológica y emocional en lo que respecta a su particular

vulnerabilidad frente al abuso y el maltrato. Ejemplos:

- El derecho a la seguridad. Uno de sus componentes es la atención médica si la persona, debido a su avanzada edad, es incapaz de costearse u obtener atención médica por sí misma. Está relacionado con el derecho a un nivel de vida adecuado que, a menudo, se ve afectado por la falta de un sistema de manutención acorde con sus necesidades.

- El derecho a la no discriminación. Las personas mayores no deberían ser consideradas inútiles para la sociedad, simplemente porque algunas de ellas puedan necesitar más atención de lo habitual. Estos estereotipos pueden llevar a degradación, desigualdad y abuso.

La participación. Referida a la necesidad de establecer un papel mayor y más activo para las personas mayores en la sociedad, quienes a veces se ven amenazadas por las imágenes negativas que las sociedades tienen de ellos. A menudo, estas personas no reciben las mismas oportunidades que los demás miembros productivos de la sociedad. Los gobiernos están obligados a ayudar en la creación de una imagen más positiva de las habilidades y capacidades de la población de mayor edad, y a ofrecerle oportunidades sólidas para participar en la creación de sus sociedades.

La imagen. Dirigida a la necesidad de definir una idea más positiva y menos degradante y discriminatoria acerca de lo que las personas mayores son y pueden hacer.

Las premisas establecidas por la ONU en tal sentido alientan a los gobiernos a que introduzcan en sus programas los principios siguientes:

- *Independencia.* Las personas mayores deben disponer de: alimentación, agua, vivienda, vestuario y atención de salud adecuados, mediante la provisión de ingresos, el apoyo de sus familias y la comunidad y su propia autosuficiencia; oportunidades de trabajar y garantizar otras formas de generar ingresos; participación en la determinación de cuándo y en qué medida dejarán de desempeñar actividades laborales; programas educativos y de formación adecuados; posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a la evolución de sus capacidades, y derecho a residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible.

- *Participación.* Tienen derecho a: permanecer integradas en la sociedad; participar activamente en la formulación y la aplicación de las políticas que afecten directamente su bienestar; compartir sus conocimientos y pericias con las generaciones más jóvenes; buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicio a la comunidad; trabajar como voluntarios en puestos apropiados a sus intereses y capacidades; y formar movimientos o asociaciones de personas de edad avanzada.

- *Cuidados.* Deben tener la posibilidad de: disfrutar de los cuidados y la protección de la familia y la comunidad, de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad; acceder a servicios de atención de salud que les ayuden a mantener o recuperar un nivel óptimo de bienestar físico,

mental y emocional, y a prevenir o retrasar la aparición de enfermedades; disponer de servicios sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado, y medios apropiados de atención institucional que les proporcionen rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humano y seguro; disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad; a adoptar decisiones sobre su cuidado y calidad de vida.

- *Autorrealización.* Deben tener la posibilidad de aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial, y el acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad.

- *Dignidad.* Referida a poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotación y de malos tratos físicos o mentales; recibir una atención digna, independientemente de edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones; y a ser valoradas independientemente de su contribución económica.

El antecedente constitucional donde se impone a la sociedad la obligación de proteger al anciano en toda su integridad humana está en Argentina. El fundamento de los convencionalistas de ese país, respecto a los derechos de la ancianidad, fue expuesto en 1949, como sigue:

Creemos que es preciso la formulación previa de las virtudes indesplazables e imprescriptibles que

deben acompañar al hombre en las distintas etapas de su vida para que de ellas fluyan como corolarios indestructibles las normas de conducta social para las generaciones que se suceden y con la alta mira de defender a los ancianos el patrimonio ético, la pureza de los ideales, la virtud de la tradición y la pureza de la raza.³

Por su carácter social y humano, en su tiempo, esta concepción doctrinal fue tratada en una sesión especial de la ONU, lo que permitió que fuera adoptada casi de inmediato por varios países miembros. También fue acogida por la singular Eva Perón, la que, demostrando su profunda sensibilidad humana, manifestó su

fe inmovible en que esos mismos derechos que se proclamaban y expuestos ante las naciones del mundo, sirvieran de inspiración, movilicen las conciencias y pueda algún día llegar como bendición lejana sobre las cabezas blancas de todos los ancianos desvalidos de la tierra.⁴

Atendiendo a estos antecedentes, el Parlamento de la Tercera Edad de Argentina propugnó la consagración constitucional de esos derechos.

En el caso de Cuba, como reflejo de la voluntad política de la nación, los derechos del adulto mayor se enmarcan en la legislación constitucional y de familia y, de manera subsidiaria, se reconoce su protec-

ción por el Estado, mediante la Ley de seguridad social y los programas de prevención social comunitaria. El antecedente histórico cubano más importante en relación con este tema, sin duda, es la Constitución de 1940, de postulados progresistas, en la cual se consagró la asistencia social, pero los beneficios estaban limitados a una pequeña minoría de la población, fundamentalmente en la capital del país. Se requería de forma previa acreditar la condición de pobre.

En los años cincuenta, la atención del anciano se limitaba a beneficios derivados de un reducido presupuesto estatal y de las recaudaciones de instituciones religiosas y de caridad. Resultaba difícil obtener la seguridad social por parte de los asegurados, mientras que la asistencia social y el sistema de salud eran insuficientes.

Desde comienzos de 1959 —al quedar eliminada la explotación del hombre por el hombre y la estructura económica, social y jurídica de la sociedad burguesa capitalista—, Cuba se empeñó en la construcción de una nueva sociedad. En el orden asistencial, se adoptaron medidas urgentes para erradicar la mendicidad y el desamparo, a cuyos fines se creó el Ministerio de Bienestar Social, que favorecía la asistencia a todos los necesitados del país. Desde la desaparición de este (1962) hasta 1980, se fueron desarrollando estructuras y mecanismos dedicados a la eficiencia de tal actividad con el principal objetivo de garantizar la universalidad

3 Exordio de elevación del proyecto de Reforma constitucional respecto a los derechos de la ancianidad por los convencionalistas argentinos de 1949.

4 Fundamentos de la Declaración de la tercera edad para ser incluidos en la Reforma constitucional argentina, p. 6.

del acceso a la satisfacción de las necesidades y derechos básicos. Se creó un modelo de atención comunitaria y, en 1978, surgió el primer programa de atención al anciano.

El I Congreso del Partido Comunista (1975) plantea esta necesidad de desarrollo, mientras que nuestra Constitución refrenda las garantías de los derechos de los ancianos de manera integral. Así mismo, se aprueba la especialidad de Gerontología y Geriátrica, se crea su Sociedad científica, y los Ministerios de Salud Pública y del Trabajo y Seguridad Social comienzan sus programas específicos de atención al anciano que, en la actualidad, se vinculan en un programa integral entre organismos con una nueva visión, reforzada desde 1995, encaminada a realizar más servicio social y menos asistencial.

El Estado cubano se impone cumplir con los principios y recomendaciones sobre envejecimiento establecidos por la ONU, empeño con el que se funda el Centro Iberoamericano de la Tercera Edad y se pone en marcha el nuevo Programa de atención integral al anciano cubano.

En la parte dogmática de la Constitución cubana, donde se exponen los derechos primordiales del hombre y sus relaciones con el ejercicio del poder estatal, se postula la protección del derecho a la vida, tanto por los particulares como por el propio Estado. Una de las formas para alcanzarla es el derecho al alimento o a la subsistencia.

El Artículo 38 de la propia ley fundamental plantea que

los padres tienen el deber de dar alimentos a sus hijos y asistirlos en la realización de sus justas aspiraciones, así como el de contribuir activamente a su educación y formación integral.⁵

Y el 48 indica que el Estado protege, mediante la asistencia social, a los ancianos sin recursos ni amparo y a cualquier persona no apta para trabajar que carezca de familiares en condiciones de prestarle ayuda.⁶

La promulgación de la Ley No. 105, "De seguridad social", establece la protección a cualquier persona no apta para trabajar que carezca de familiares en condiciones de prestarle ayuda,⁷ coincidentemente con el orden de prelación establecido por el Código de familia,⁸ el cual obliga recíprocamente a los cónyuges, ascendientes o descendientes y a los hermanos, no obstante, erróneamente, algunas de estas condiciones siguen asumiéndose como cargas estatales.

Una buena muestra de ello se presenta en el municipio de Remedios, en cuya práctica judicial, del año 2000 hasta hoy, no encontramos reclamaciones de adultos mayores contra los parientes, en función de determinar la obligación de alimentos a favor de personas incapaces para trabajar o que no cuenten con recursos suficientes para su sostén, amén del respaldo legal que para ello tienen.

5 Constitución de la República de Cuba, 2004.

6 *Idem*.

7 Ley No. 105, de 27 de diciembre de 2008 (Artículo 4), p. 4.

8 *Ibid.*, p. 93.

En este y otros territorios del país abundan los procesos sumarios de alimentos interesados a favor de los menores, sin embargo no es usual que se promuevan por las personas que, por su edad, no puedan valerse por sí solos, los cuales, a veces, son objeto de abandono por parte de la familia y el resto de las personas que les rodean, o carecen de tales parientes.

En el caso de los cónyuges, el hecho de que un miembro de la pareja sea el que tiene que dar ayuda, y el otro el que la recibe, puede crear tensiones, al ser una relación menos recíproca que anteriormente. Cuando la persona encargada de la atención del adulto mayor es la hija o el hijo, existe un vínculo natural familiar con la persona dependiente que favorece la disposición del cuidado. En la mayoría de las ocasiones, representa un fuerte impacto emocional para los hijos darse cuenta de que el padre, la madre, o ambos, ya no pueden valerse por sí mismos, si venían haciéndolo hasta fechas recientes.

La generalidad de los sujetos que cuidan a sus familiares están de acuerdo en que se trata de un deber moral que no debe ser eludido y que existe una responsabilidad social y familiar, unas normas sociales que deben ser respetadas. Sin embargo, no es esta la única razón que puede llevar a las personas a alimentar a sus familiares; en ocasiones, lo hacen por reciprocidad, por la gratitud y estima que les muestra la persona atendida, por los sentimientos de culpa del

pasado, o simplemente para evitar la censura de la familia, amigos o la sociedad. Pudiera, entonces, incluirse en nuestra norma el acogimiento familiar como una forma de cumplir la obligación de dar alimentos al adulto mayor.

Modestamente, considero que el CF concede un orden de obligación muy estrecho, puesto que involucra solamente a los parientes que se sitúan en los grados de parentesco, por consanguinidad más próximos, como obligados a prestar alimentos, cuando se debería extender a otros miembros de la familia consanguínea o por afinidad, tal como lo regulan otros cuerpos legales a nivel internacional, habida cuenta de que, en ocasiones, el adulto mayor carece de sus allegados, por no haber podido procrear hijos ni tener hermanos o cónyuge o, aun teniéndolos, no asumen la obligación porque no existe un mecanismo efectivo que se la haga cumplir, máxime si son los principales beneficiarios del patrimonio de la persona cuando esta fallezca, o el propio adulto mayor consiente en proporcionarle ciertas prebendas a cambio de su atención, lo cual no siempre funciona en la práctica.

Por otra parte, está la tutela—nuestra legislación sustantiva la concibe a partir del Artículo 137—, que tiene por objeto la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapacitados,⁹ en

9 Artículo 137, CF: “La tutela se constituirá judicialmente y tiene por objeto: 1) la guarda y cuidado, la educación, la defensa de los derechos y la protección de los intereses patrimoniales de los menores de edad que no estén bajo patria potestad; 2) la defensa de los

relación con el 138,¹⁰ pero se refiere solo al adulto mayor incapacitado, y no ofrece protección a quien carece de capacidad de obrar por tener determinados padecimientos de salud que tributan a su escaso desenvolvimiento social, motor, cultural, religioso, aunque, en la mayoría de los supuestos, se trata de personas con plena capacidad para dirigir su conducta y administrar diligentemente su patrimonio.

También está la figura del tutor, cuya aceptación del cargo es voluntaria y su obligación fundamental es cuidar de los alimentos del tutelado, administrar diligentemente sus propiedades, procedimiento privativo de la jurisdicción voluntaria, donde sí está legislada la responsabilidad ante el incumplimiento; pese a ello, en ocasiones, este utiliza el mecanismo como subterfugio para encubrir otras ilegalidades, cuestión que requiere respuesta definitiva.

El Código civil cubano (CC) también hace pronunciamiento expreso a la referida obligación. El Artículo 469 preceptúa que se incapacita para ser heredero o legatario a la persona que haya negado alimentos o atención al causante de la herencia,¹¹ lo cual resulta una garantía para el adulto mayor, en tanto conmina a aquel con delación hereditaria deferida por este

a prestarle el debido esmero, pero igualmente el término no incluye las desventajas a que hice referencia con antelación, toda vez que, en el caso de la herencia intestada, el orden de la sucesión coincide con el de las mismas personas que están obligadas, según el CF, para brindarle alimentos y, entonces, continúa desprotegido quien carece de familiares y no realizó disposición testamentaria alguna.

Para el análisis de las deficiencias que impiden el cumplimiento de la obligación de dar alimentos, en Remedios se realizó un estudio piloto con el acompañamiento de los gestores integrales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), que tuvo como muestra a los adultos mayores del territorio. Consistió en la caracterización de este grupo etario, su valoración acerca de la exigibilidad de la obligación y las causas que atentan contra ella, con el diagnóstico de sus principales necesidades. Se pudo conocer que existen 553 adultos mayores desprotegidos: 60-75 años (224), 76-85 (193), 86-100 (134) y con más de 100 (2). Corresponden al sexo femenino 312 y al masculino, 241.¹²

De los adultos mayores que residen solos, 42 necesitan ser cuidados,

derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapacitados”.

10 Artículo 138, CF: “Estarán sujetos a tutela: 1) los menores de edad que no estén bajo patria potestad; 2) los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapacitados para regir su conducta y bienes, por razón de enajenación mental, sordomudez o por otra causa”.

11 Artículo 469.1c), CC: “Son incapaces para ser herederos o legatarios los que: hayan negado alimentos o atención al causante de la herencia”.

12 Oficina del MTSS en Remedios; Caracterización de los adultos mayores atendidos durante el primer semestre del año 2013.

73 requieren atención especializada, 72 no tienen cubiertas sus necesidades básicas de alimentación, calzado y vivienda (la de mayor incidencia), 15 sufren desatención familiar, 27 son casos críticos (6 de ellos diagnosticados en situación extrema).

Entre quienes residen en compañía de otros adultos mayores, el estudio arrojó este resultado: necesitan cuidados (35), requieren atención especializada (62), no tienen sus necesidades básicas cubiertas –fundamentalmente de vestuario– (70), casos críticos (27), situación precaria (3).

Con relación a aquellos adultos mayores que residen con familiares obligados: 14 necesitan de cuidados, 35 demandan atención especializada de salud, asistencia social y apoyo emocional, 51 no tienen cubiertas las necesidades básicas de alimentación, calzado, vestuario y vivienda, y 13 son casos críticos.¹³

Esta pesquisa da la medida de que existe una gran cantidad de adultos mayores desprotegidos, ya sea porque residen solos o porque, aun en compañía de familiares, obligados o no, carecen de sus más elementales necesidades. También se constató que los gestores integrales –otrotra trabajadores sociales–, durante años, han asistido a los adultos mayores que tienen problemas múltiples y conocen que estos pueden reclamar sus alimentos a los familiares, pero nunca han apreciado que se interpongan demandas de alimentos para que se cumpla con lo establecido en la ley, sino que todavía sigue

siendo el Estado quien se encarga de velar por su situación de alimentación, calzado, vestuario y vivienda.

Llama poderosamente la atención el hecho de que, en tal situación, no exista un accionar efectivo, lo que pone de manifiesto la deficiencia en cuanto a la carencia de mecanismos para exigir, a quienes verdaderamente corresponde, el cumplimiento de la obligación de dar alimentos al adulto mayor.

Del estudio efectuado, también se colige que la causa fundamental para que el adulto mayor no establezca su reclamación, por concepto de alimentos, contra los familiares obligados, está en el desconocimiento de los preceptos legales que le amparan, puesto que la mayoría reconoce la pensión alimenticia solamente para el caso de los menores de edad y los mayores incapaces, además de que consideran que existen otros organismos e instituciones estatales a los cuales les corresponde la responsabilidad de contribuir a solventar o aliviar sus necesidades, como las direcciones de Trabajo y las asambleas municipales del Poder Popular. Deciden no accionar contra sus familiares por temor al reproche y la total desprotección, o la opinión del resto de la sociedad, al abandono o maltrato físico o psicológico, independientemente de que gran parte carece de familiares obligados. Además, existe un patrón cultural que considera la obligación en un solo sentido, de ascendientes a descendientes, carente de la reciprocidad, y principio de soli-

13 *Idem*.

daridad que les sirve de fundamento desde el punto de vista teórico.

Todo esto me permite ilustrar y complementar las cuestiones abordadas anteriormente, para demostrar la falta de exigibilidad de la obligación de dar alimentos a los familiares obligados legalmente, y sostener el fundamento acerca de la desprotección que la ley contiene para el caso del adulto mayor capaz cuando, por alguna de las causas citadas, no establece contra quienes corresponde la reclamación para conminarlos al cumplimiento de la obligación alimentaria, por no existir el mecanismo que, de manera eficaz, denuncie y condene estas incidencias, y la no exigibilidad de la obligación de dar alimentos por existir un orden obligacional estrecho, dada la omisión que mantiene el CF, aun con las modificaciones en proyecto.

Estimo que se debe ampliar el diapasón de las personas obligadas a que se contrae el Artículo 123,¹⁴ para que abarque todos los grados de parentesco que la ley sustantiva establece, con un orden de prelación, coincidentemente con el que se establece en la norma civil para la herencia intestada, pues es lógico que si estos familiares tienen derecho a la adjudicación del patrimonio del causante, también deberían responder por su protección desde el punto de vista de brindarle los alimentos.

En la legislación civil y familiar cubana vigente, el fiscal tiene un papel activo en el proceso como garante de

los derechos de los menores y los incapaces. Tal es así que figura como parte en los procesos en los que se vulneran derechos de aquellos, claramente regulado en el Artículo 47 de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico,¹⁵ dispuesto por la Instrucción No. 187/2007, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), derogada posteriormente por la Instrucción No. 216/2012, que lo sitúa como sujeto activo cuando se tenga conocimientos de que se incumplen las obligaciones, no solo alimentarias, sino en sentido general, de los menores, pero se hace cada vez más imprescindible la participación del ministerio público en el resto de los procesos de naturaleza familiar, si se compromete el interés social, sobre todo en lo concerniente a la protección de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones con los adultos mayores que, en la práctica, están desprotegidos legalmente, pues las disposiciones normativas que regulan tales contenidos lo hacen de modo genérico, sin que, en la mayoría de los casos, existan pronunciamientos expresos en cuanto a su tratamiento y ejecutabilidad.

Las experiencias prácticas indican que el adulto mayor desprotegido de sus familiares obligados, en cuanto a alimentos, no insta proceso alguno para que se les condene al abono de su pensión; por esto —y dado el incremento cada vez más notable del envejecimiento poblacional, y los cá-

14 Artículo 123, CF.

15 Artículo 47, LPCALE: El Fiscal es parte en los procesos concernientes al estado civil y capacidad de las personas y en todos aquellos en que la ley así lo convenga. Puede, además, mostrarse parte en cualquier otro asunto en que alegue un interés social.

nones sociales y culturales que aún marcan el pensamiento de nuestros padres y abuelos—, se impone en el ordenamiento legal la instauración de una norma específica que aglutine la obligación de dar alimentos, y otras tipicidades que igualmente devienen maltrato al adulto mayor; en la que el fiscal ejerza la función garantista que impone la ley, y definitivamente pueda litigar de manera activa en estos asuntos, no solo cual representante del adulto mayor, como se propone en otros estudios. No cabría hablar de representación civil para la persona capaz, tanto por su edad como por sus condiciones mentales, pero sí en condición de parte del proceso, con todas las garantías que entraña tal posición, de formular la demanda y entablar la litis contra los familiares obligados, exponiendo los hechos que fundamenten su pretensión, una vez verificadas todas las investigaciones pertinentes, en atención a lo establecido en la Instrucción No. 11/1999, sobre la intervención del fiscal en los asuntos civiles, de familia, notariales, administrativos, y la atención a los centros para personas sin amparo filial y desventaja social.¹⁶

El cuerpo legislativo que se promulgue, además de otras disciplinas que tributen a su realización, debe estar amparado en el marco del Derecho penal, aunque es de *última ratio*, para poder exigir eficazmente su cumplimiento, puesto que el Código penal vigente no reconoce figura delictiva alguna para el

caso de que se violen estos derechos alimentarios, o de cuidados en general, y el abandono expreso del adulto mayor, o bien se interprete, de manera extensiva, el término *desvalido* a que hace referencia el artículo que regula el abandono a los menores, incapaces o desvalidos, a fin de que puedan responder penalmente los obligados que nieguen alimentos al adulto mayor.

CONCLUSIONES

1. La obligación de dar alimentos tiene su génesis en el Derecho romano, a partir del surgimiento mismo del Derecho de familia, estableciéndose desde entonces de manera recíproca entre ascendentes y descendentes en el texto del *Digesto*, compilación realizada por Justiniano con pronunciamientos en cuanto a los sujetos de dicha relación, los requisitos indispensables para que se configure la deuda alimentaria y la forma de hacer efectivo el crédito en proporción con los bienes del deudor.

2. Otros ordenamientos jurídicos, coincidentemente, reconocen la obligación de dar alimentos como lo indispensable para satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestuario, asistencia médica, recreación, educación o instrucción, esparcimiento y, en el caso de los menores de edad, todo lo necesario para su desarrollo; también comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos

16 Instrucción No. 11/1999, Fiscalía General de la República: “El fiscal en todas las instancias dedicará especial atención a las gestiones extrajudiciales y judiciales que le competen y están relacionadas con los menores y adultos mayores declarados o no judicialmente incapaces carentes de representación o cuando los intereses sean contrapuestos con los de su representantes”.

de embarazo y parto; sin embargo, nada se opone a que el adulto mayor tenga igualmente disponibilidad de recreación, instrucción y esparcimiento. Por tanto, ha de entenderse por *alimentos*, sin distinción: todo lo indispensable que contribuya a satisfacer las más elementales necesidades de alimentación, vestuario, calzado, habitación, salud, recreación y educación.

3. La obligación de prestar alimentos al adulto mayor en el CF se reconoce para los cónyuges, los ascendientes y descendientes y los hermanos, pero yace en dicho cuerpo legal, pues excepcionalmente se reclama en la práctica, en primer lugar, por el desconocimiento que la población alberga respecto a las normativas legales vigentes que regulan el cumplimiento eficaz de ese derecho, y por el temor y los prejuicios a la opinión y censuras de la familia y la sociedad o al abandono y maltrato, tanto físico como psicológico, por parte de los familiares obligados.

4. La obligación de dar alimentos, sobre todo en el caso del adulto mayor, se circunscribe solamente a los vínculos de parentesco por consanguinidad más próximos; no incluye al resto de los parientes hasta el cuarto grado de parentesco por consanguinidad y segundo de afinidad, coincidentemente con el orden de prelación de los llamados a que se contrae la herencia intestada, tal como lo regulan otros textos normativos en el ámbito internacional.

5. No existe en nuestra legislación un mecanismo que conmine a los familiares obligados al cumplimiento de la obligación de dar alimentos

cuando el alimentante resulta ser el adulto mayor capaz y no establece por sí mismo la reclamación, lo que deviene desprotección para aquel.

6. Entre los proyectos modificativos de la legislación familiar cubana, debe otorgársele amplias facultades al fiscal como parte actora en los procesos de alimentos, cuando el alimentista resulte ser el adulto mayor, a tenor de la propia normativa procesal que regula su intervención en estos asuntos, cuando se tenga conocimiento de la desprotección a quien, teniendo familiares obligados, no se encargan de su sustento.

BIBLIOGRAFÍA

- Albadalejo García, M.: *Derecho Civil I*, vol. I, 12.^a ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1991.
- Casso y Romero, I. et al.: *Diccionario de Derecho privado*, t. 1, Editorial Labor, S.A. Barcelona, 1950.
- Claro Solar, L.: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado; De las personas*, t. 3, 2.^a ed. Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1994.
- Colin, A. y H. Capitant: *Curso elemental de Derecho civil*, t. 1, Madrid, Editorial Reus, 1957.
- Enciclopedia Jurídica Española*, Seix Barral, Barcelona, 1910.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA*, t. 1, Driskill S. A., Buenos Aires, 1986.
- Engels, F.: *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Buenos Aires [s. f.]
- Guerra de la Espriella, A.: "La obligación alimentaria. Fijación y reajuste de su cuota. Problemática actual y deficiencias legislativas", en *www.usergioar-*

- boleda.edu.com/derecho/la_obligacion_alimentaria_2pdf [Consulta: 20 de mayo de 2013].
- Guitrón Fuentecilla, J.: “Nuevo derecho familiar en el Código civil de México”, en *El Derecho de familia ante los retos del nuevo milenio*, MINJUS, La Habana 2004.
- Mendoza Díaz, J.: “Un acercamiento al régimen cautelar en el proceso económico”, en *Boletín ONBC*, no. 29, octubre-diciembre, La Habana, 2008.
- Operti Badan, D.: *Los conflictos de leyes en materia de alimentos para menores*, Montevideo, 1988.
- Peña Bernaldo de Quiros, M.: *Derecho de familia*. Universidad Complutense, Madrid, 1989.
- Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 21.ª ed., Espasa Calpe S, A., Madrid, 1992.
- Pérez Gallardo, L.: “Una visión reflexiva acerca del derecho de alimentos a favor del concebido”, en Olga Mesa Castillo (coord.), *Temas de Derecho de familia*, Universidad de La Habana, 1998.
- Ruiz, E.: “Ciclo vital, envejecimiento y vejez”, en *Revista Latinoamericana de Psicología*, vol. 34, Editorial Década de la conducta, Bogotá.
- Salvarezza, L.: *Psicogeriatría. Teoría y clínica*, Editorial Pados. Buenos Aires.
- Sánchez, Román: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. 9, vol. I, Edersa, Madrid, 1990.
- Somarriva Undurraga, M.: *Derecho de Familia*, Edición Nascimento, Santiago de Chile, 1963.
- Constitución de la República de Cuba, La Habana, 2004.
- Código civil, La Habana, 2004.
- Código penal, La Habana, 2004.
- “Código civil de Argentina”, en www.justiniano.com [Consulta: 4 de mayo de 2013].
- “Código civil de Perú”, en www.abogadoperu.com/codigo-civil-peru-1984-abogado-ley.php [Consulta: 4 de mayo de 2013].
- “Código de Familia de Uruguay”, en www.fder.edu.uy/2013/documentos/codigo-civil.pdf [Consulta: 4 de mayo de 2013].
- “Código civil español”, en: noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html [Consulta: 4 de mayo de 2013].
- “Código civil francés”, en: www.legifrance.gouv.fr [Consulta: 4 de mayo de 2013].
- “Código civil italiano”, en www.bibliotecavirtualdeandalucia.es/catalogo/consulta/registro.cmd?id [Consulta: 4 de mayo de 2013].
- Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias*, Montevideo, 1989.
- Convención sobre los derechos de los niños*, 1959.
- Declaración universal de los derechos humanos* (1948), en www.escuela.med.puc.cl/publ/ManualGeriatría/PDF/VDe-rechosResponsabilidades.pdf. [Consulta: 23 de febrero de 2013].
- Fundamentos de la Declaración de la tercera edad para ser incluidos en la Reforma constitucional argentina*, Buenos Aires, 2010.
- Instrucción No. 11/1999*, Fiscalía General de la República.
- Ley No. 1289/1975, Código de familia*, MINJUS, La Habana, 1999.
- Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico*, MINJUS, La Habana, 2003.
- Ley No. 105/2008, “De seguridad social”*, MINJUS, La Habana, 2009.

Legislación

CGTSP: *Compendio de acuerdos en materia civil*, La Habana, 2006.

LA TUTELA CAUTELAR EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

M.Sc. Benjamin Marcheco Acuña,
Prof. asistente, Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana

UNO DE LOS principales problemas presentes en cualquier proceso judicial –incluyendo, por supuesto, el administrativo– es la extrema lentitud, lo cual trae aparejado el riesgo de que, en tanto se decide definitivamente sobre la controversia planteada, se puedan alterar las circunstancias de hecho o de derecho existentes al momento en que se requirió la intervención judicial, al punto de que, cuando se produzca la sentencia, esta no le reporte ya ningún beneficio a la parte vencedora, pues el acto ilícito ha surtido sus efectos y se ha consumado en tal forma que el perjuicio causado es de difícil reparación, cuando no imposible.

Para atenuar los efectos negativos de esta situación, los ordenamientos han adoptado mecanismos de tutela provisional, precautorios o cautelares, para asegurar los bienes, los derechos de las partes y el mantenimiento de las situaciones fácticas y jurídicas existentes en el momento de promoverse la acción contenciosa, de modo que pueda asegurarse el cumplimiento de la resolución definitiva.

El régimen cautelar responde así a la necesidad “efectiva y actual” de alejar el temor de un daño jurídico.¹ En palabras de Calamandrei, trata, como las resoluciones que el derecho inglés engloba bajo la denominación de *Contempt of Court*, de salvaguardar el *imperium iudicis*, es decir, trata de impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión que es la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como la guardia de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde.²

Ello así, las providencias cautelares representan una conciliación entre dos exigencias de la justicia frecuentemente opuestas, la celeridad y la ponderación: entre hacer las cosas pronto, pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las providencias cautelares procuran, ante todo, hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y el mal, esto es, el de la justicia intrínseca de la decisión, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, “en las reposadas formas del proceso ordinario”.³

1 Giuseppe Chiovenda: *Instituciones de Derecho procesal civil*, 2.ª ed., p. 299. También, en José Chiovenda, *Principios de Derecho procesal civil*, 3.ª ed., p. 283.

2 Piero Calamandrei: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 140.

3 *Ibid.*, pp. 43-44.

De esta manera, las medidas cautelares encuentran su fundamento en la *efectividad* de la tutela judicial, ya que solo esta podría concretarse únicamente ante la existencia de previsiones que aseguren el cabal cumplimiento de los fallos que recaigan en el proceso o que estos puedan reportarle alguna utilidad al justiciable. El establecimiento de los medios idóneos para asegurar la eficacia práctica de las decisiones judiciales es una exigencia del buen funcionamiento de la administración de justicia.

Sin embargo, en el ámbito del proceso administrativo, además de las dificultades inherentes a todo proceso judicial, la tutela cautelar ha tenido que enfrentar los problemas adicionales que supone la actividad de enjuiciamiento de la administración, como son los privilegios que tradicionalmente ha ostentado en su condición de poder público y que han condicionado la configuración del proceso. Aquí se revela, con especial trascendencia, la ejecutividad del acto administrativo, ya que, de esta tener lugar imposibilitando el acceso a la jurisdicción, pudiera suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende. Por otra parte, la carga exigida en muchos casos al particular de dirigirse previamente a la propia administración, le imposibilita acudir directamente a la jurisdicción para presentar su pretensión, dilatando así la satisfacción de su interés. Todos estos son, indudablemente, inconvenientes añadidos al perenne problema de la eficacia de la justicia.

Ante este panorama, frente a un poder público que puede actuar por sí sus decisiones, aun cuando su legalidad haya sido puesta en cuestionamiento, las medidas cautelares se presentan como una garantía esencial de la tutela judicial efectiva del ciudadano. Es aquí otra vez, en la ponderación de este derecho fundamental, donde se halla la justificación para la superación de las dificultades que, para la consecución de una justicia eficaz, suponen estas prerrogativas de la administración.

En la constante elaboración del concepto del derecho a la tutela judicial efectiva, la doctrina⁴ ha avanzado de forma notable, en los últimos años, en la construcción de una sólida teoría sobre las medidas cautelares en el contencioso-administrativo, en virtud de la cual estas han adquirido una significación relevante en tanto se presentan como límites a la autotutela de la administración y la consiguiente ejecutoriedad de sus decisiones, dejando así la tutela

4 Ver, a modo de ejemplo y sin ánimos de exhaustividad, debido a lo extenso de la bibliografía sobre el tema: E. García de Enterría: *La batalla por las medidas cautelares*; Isaac Augusto Damsky, Miguel López Olvera y Xochitl Pérez Cruz (coordinadores): *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en iberoamérica*; Carmen Chinchilla: "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales", *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, y el prólogo de dicha obra, realizado por Parada Vázquez; Ángel Fenor de la Maza y Ángel Cornide-Quiroga: *Nuevas perspectivas en el proceso contencioso-administrativo*; Marta Nieves de la Serna Bilbao: "Las medidas cautelares", pp. 179-193; Luciano Parejo Alfonso: "La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo", pp. 19-25; Fernando López Ramón: "Límites constitucionales de autotutela administrativa", pp. 57-98.

cautelar su tradicional carácter extraordinario o excepcional para convertirse en un instrumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, la protección del derecho a la tutela judicial efectiva se ha hecho depender cada vez más de los regímenes cautelares que ofrezcan garantías suficientes de eficacia de la decisión final, para lo cual deben partir de asegurar la mayor flexibilidad posible en la adopción de medidas cautelares:

Flexibilidad —dice Chinchilla— en el cuándo, en el cómo y en el porqué de la adopción de las medidas cautelares. Flexibilidad en el sentido de que deben adoptarse *todas* las medidas cautelares posibles y no solo la suspensión; flexibilidad en el sentido de que puedan adoptarse tanto antes como después de la interposición del recurso administrativo o judicial; y flexibilidad, por último, en cuanto a los criterios que en cada caso concreto pueden y deben emplear los órganos judiciales para otorgar o denegar la tutela cautelar solicitada.⁵

En definitiva, como sostiene Gordillo, es en un adecuado régimen cautelar donde está en juego la visión que se tenga de la justicia.

En el mundo hay por doquier una dilación escandalosa de los procesos y es inevitable admitir con García de Enterría y Estoup que el honor de la justicia, nada menos, está precisamente en estos juicios cautelares y rápidos pues las medidas cautelares son la tabla de salvación de la —desesperadamente lenta— justicia administrativa.⁶

DESARROLLO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EUROPA Y LATINOAMÉRICA

El desarrollo de las medidas cautelares en el derecho procesal administrativo es de data muy reciente, apenas de finales del siglo xx y es el resultado de una larga evolución doctrinal y jurisprudencial que, con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva ha superado la visión tradicional del contencioso que limitaba la tutela cautelar a una única medida posible: la suspensión de la ejecución de los actos administrativos. Es así que la nueva dimensión de la tutela cautelar está en indudable conexión con las ampliaciones del objeto de la materia contencioso-administrativa y de la superación del criterio del proceso hacia el acto. Al ser la pretensión principal el eje central del proceso, los jueces deben tender a asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia, para que el resultado del proceso no se transforme en algo inútil o inoportuno.⁷

En este sentido, las últimas reformas en los sistemas contencioso-administrativos europeos y latinoamericanos apuntan de un modo creciente hacia un régimen de apertura en la adopción de las medidas cautelares, a partir de

5 Chinchilla: "El derecho a la tutela cautelar...", pp. 177.

6 A. Gordillo: *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas*, pp. XIII-30 y XIII-31.

7 J. C. Cassagne y J. González Pérez: *La justicia administrativa en iberoamérica*, p. 97.

criterios de flexibilidad y de amplia disponibilidad para la jurisdicción, eliminando incluso las diferencias con el proceso y hasta aplicándose con carácter supletorio la regulación de este.⁸

Fue Alemania el primer impulsador de las transformaciones de los sistemas cautelares, al establecer por primera vez con la reforma de la VwGO, que entró en vigor, en 1991, un régimen dual y abierto de protección cautelar mediante el reconocimiento del carácter suspensivo de la acción impugnatoria sobre la ejecución del acto,⁹ salvo los casos excepcionales que se prevén en la propia ley (Artículo 80.1) y la concesión de amplias facultades a los jueces para dictar, en los casos de pretensiones de tipo prestacional, órdenes provisionales incluso con anterioridad a la interposición de la demanda, cuando exista peligro de que, por una modificación de las circunstancias, se pueda frustrar o dificultar esencialmente la realización de un derecho del solicitante o para la regulación de un estado provisional referido a una relación jurídica litigiosa, cuando dicha regulación aparezca como necesaria, sobre todo en relaciones jurídicas de cierta permanencia, para impedir perjuicios esenciales o la amenaza de violencia o por otras razones (Artículo 123).¹⁰

En Francia, por vez primera en el año 2000, se introducen dos tipos de recursos cautelares (*référés*),¹¹ dirigidos, el primero a posibilitar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, cuando lo justifique la “urgencia” del asunto y la causa de nulidad invocada suscite una “duda seria” respecto de la legalidad de la decisión,¹² y el segundo (que guarda similitud

8 *Ibid.*, p. 261.

9 Este sistema también ha sido, sin embargo, objeto de críticas. Según Schmidt-Assmann, la insuficiencia del esquema en que se funda este modelo de tutela cautelar se manifiesta sobre todo en los supuestos de relaciones *multilaterales*, donde puede existir un tercero afectado no recurrente, toda vez que aquí pueden existir derechos subjetivos merecedores de protección en ambos lados de la relación jurídico-administrativa. “Resulta difícil —dice— de justificar por qué, ante una situación abierta derivada de la pendencia de un proceso aún no finalizado en firme, uno de los particulares afectados (el recurrente) se beneficia de un instrumento procesal (el efecto suspensivo) en perjuicio sistemático del interés jurídico opuesto de su competidor (el destinatario/beneficiario del acto impugnado). Pero incluso con respecto a las relaciones jurídico-administrativas *bipolares* (...), el efecto suspensivo constituye un estímulo a la interposición de recursos contra actos administrativos desfavorables con la única finalidad de beneficiarse de la suspensión automática y, al amparo de ésta, tratar de alargar el proceso principal”. (Schmidt-Assmann: *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 238).

10 Forma parte también de los preceptos de la VwGO que regulan las medidas cautelares el Artículo 47.8, referente a la emanación de órdenes provisionales en el procedimiento de control de normas de los *Länder* con rango inferior a ley (Artículo 47).

11 Introducidos por la ley de 30 de junio de 2000, integrada en los artículos L. 521-1 a L. 523-1 del Código de justicia administrativa.

12 La jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido el requisito de la “urgencia” en términos coincidentes con el del perjuicio irreparable. Así, hay urgencia cuando la ejecución de la decisión administrativa es susceptible de causar un “perjuicio suficientemente grave e inmediato”, al demandante, o a otra persona privada, o a la misma administración. (CE, 19 de enero de 2001, *Confederación Nacional de Radios Libres*, Rec. CE,

con el recurso de amparo de otros sistemas), a salvaguardar las libertades fundamentales garantizadas a nivel constitucional, cuando hayan sido objeto de ataque por la administración “de manera grave y manifiestamente ilegal”.

Francia y Alemania son apenas dos ejemplos de lo que hoy es una tendencia en el ámbito de la tutela cautelar. La generalidad de los ordenamientos más avanzados de Europa y Latinoamérica, como España,¹³ Italia,¹⁴ la provincia argentina de Buenos Aires,¹⁵ México,¹⁶ Costa Rica,¹⁷ Perú¹⁸ y Venezuela¹⁹ contienen la regulación de un *numerus apertus* de posibilidades de adoptar medidas urgentes precautorias. El CPTA de Portugal ha acogido un sistema autónomo de tutela de urgencia, que incluye tanto el régimen cautelar provisional²⁰ como la técnica de anticipación²¹ en “procesos simplificados y

- p. 29; CE, 28 de febrero de 2001, *Prefecto de Alpes Marítimos*, Rec., p. 109. La “duda seria” no es otra cosa que el *fumus boni iuris*, que deriva de algún argumento invocado por el demandante en su recurso que deja pensar al juez en que el acto impugnado es probablemente ilegal, CE, 28 de febrero de 2001, *Philippart y Lesage*, Rec., CE p. 111).
- 13 El Artículo 129.1 de la LJCA prevé que los interesados podrán solicitar, en cualquier estado del proceso, la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.
- 14 El Título II del Libro II, artículos 55 al 62, regula un proceso cautelar autónomo con varias medidas disponibles, incluyendo un régimen específico para los contratos (artículos 120 al 124).
- 15 Según el Artículo 22.2, el juez puede adoptar todas las medidas que resulten idóneas para asegurar el fallo, incluso las de contenido positivo, imponiéndole conductas a la demandada, además de regular específicamente la suspensión del acto (Artículo 25).
- 16 Artículo 24 de la LFPCA: “Una vez iniciado el juicio contencioso administrativo, podrán decretarse todas las medidas cautelares necesarias para mantener la situación de hecho existente, que impidan que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia o causar un daño irreparable al actor, salvo en los casos en que se cause perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público”. También regula, de forma independiente, la suspensión del acto (Artículo 28).
- 17 Artículo 19.1 del CPCA. Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución, el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.
- 18 El Artículo 35 de la LRPCA remite a las normas del proceso civil en materia cautelar, pero al mismo tiempo reconoce (Artículo 37) que son especialmente procedentes en el proceso contencioso-administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar.
- 19 Artículo 4 de la LOJCA: “El juez o jueza contencioso administrativo está investido de las más amplias potestades cautelares. A tales efectos podrá dictar, aun de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta, imponiendo órdenes de hacer o no hacer a los particulares, así como a los órganos y entes de la administración pública, según el caso concreto, en protección y continuidad sobre la prestación de los servicios públicos y en su correcta actividad administrativa”.
- 20 EL título V (artículos 112 al 134) del Código regula, en forma amplia y detallada, el proceso cautelar. El Artículo 112 recoge un *numerus clausus* de medidas provisionales que puede adoptar el juez, además de las propias del proceso civil, que podrá acordar con las debidas adaptaciones en los casos en que se consideren necesarias.
- 21 La técnica anticipatoria (artículos 121 y 132.7) consiste en adelantar el juicio sobre la causa principal decidiendo, de ese modo, el fondo de la causa cuando, atendiendo a la naturaleza de las cuestiones y a la gravedad de los intereses implicados, la urgencia manifiesta en la resolución definitiva del caso permita concluir que la situación no se

estructuralmente adecuados para las situaciones de urgencia”.²² La excepción la constituye Nicaragua, cuyo régimen se reduce a la regulación de la suspensión del acto.²³

De las distintas construcciones jurisprudenciales y las propias regulaciones legales pueden citarse, sin ánimo de exhaustividad, algunas de las medidas que se han ido desarrollando en el proceso administrativo:

- suspensión de la ejecución del acto o reglamento impugnado.²⁴ Es la tradicional y más común de todas las medidas cautelares, regulada en la totalidad de los ordenamientos procesales;
- suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido hasta que la administración resuelva el recurso administrativo que agota dicha vía;²⁵
- restablecimiento total o parcial de la situación jurídica o de hecho existente al tiempo en que fue modificada o extinguida por la actuación administrativa;
- prohibición de innovación, mientras dura el proceso, de la situación de hecho o de derecho existente al momento de disponerse la medida. Es, en definitiva, una orden concreta de no realizar actos físicos o jurídicos que alteren o modifiquen el estado del objeto litigioso;
- aseguramiento de bienes objeto de la controversia;
- regulación provisional de derechos o facultades, tendente a una continuidad de su ejercicio durante la litispendencia (ejemplo, la autorización provisional al interesado para iniciar o proseguir una actividad o adoptar una conducta);

compeadece con la adopción de una simple medida cautelar y consten en el proceso todos los elementos necesarios al efecto, o cuando, iniciado el proceso cautelar (en procedimientos de perfección de contratos), el juez considere probada la ilegalidad de las especificaciones contenidas en los documentos del concurso y esta ilegalidad fuese invocada como fundamento del proceso principal.

22 Isabel Fonseca: “Os Processos cautelares na justica administrativa. Uma parte da categoria da tutela jurisdiccional de urgencia”, p. 208.

23 Artículos 62 al 68 de la LRJCA. Un estudio amplio sobre el régimen cautelar de Nicaragua puede verse en Karlos Navarro y Miguel A. Sendín García: “Medidas cautelares y proceso contencioso-administrativo en Nicaragua”, en Damsky *et al.* (coords), *Las medidas cautelares...*, pp. 383- 408.

24 Incluye no solo el hecho de dejar provisionalmente sin efectos el acto de gravamen, sino la posibilidad de ordenarse, en casos de actos de contenido negativo, medidas de pre-constitución de la situación que habría de existir en un momento ulterior al de emanación del acto, imponiéndose a la administración las obligaciones apropiadas al efecto, como disponerse la apertura de establecimientos o la concesión de autorizaciones provisionales, cuando la denegación revele “dudas razonables sobre su legalidad” y se pondere una inexistencia de perjuicios relevantes para los intereses públicos o de terceros.

25 Es una medida del sistema argentino, mediante la que el administrado obtiene tutela aparentemente sin forzar el sistema de agotamiento de la vía administrativa previa y sin un perjuicio mayor para la administración, la cual, con su propia diligencia, determina la duración de la medida cautelar dictada en su contra resolviendo el recurso. (Cfr. Santiago R. Carrillo: “Medidas cautelares contra el Estado en Argentina”, en Damsky *et al.*, *Las medidas...*, p. 118).

- ejecución provisional de sentencias que aún no han adquirido firmeza;
- admisión provisional en concursos y pruebas;
- atribución provisional del poder de disposición de un bien;
- regulación provisional de una situación jurídica, en particular imponiendo a la administración obligaciones (positivas o negativas) pertinentes a los fines de protección (por ejemplo, la obligación de pago de una cantidad por cuenta de prestaciones debidas o a título de reparación provisional o a la verificación y constancia de las circunstancias de un objeto o situación litigiosas).²⁶
- intimación a la adopción o abstención de una conducta por parte de la administración o de un particular, en especial si este último es un concesionario, en el supuesto de que se alegue la vulneración o posibilidad fundada de vulneración de normas de Derecho administrativo;
- medidas precautelares que operan ante circunstancias determinantes de una urgencia inaplazable, ante la posibilidad de una actuación de la administración que pueda inutilizar el buen fin del proceso cautelar; y
- medidas cautelares autosatisfactivas. Se trata de medidas excepcionales que se adoptan en supuestos en los que se encuentran en peligro derechos esenciales de la persona e implican la concesión definitiva de la pretensión de fondo, que puede ser otorgada solo ante la manifiesta insuficiencia de las demás medidas cautelares previstas en el ordenamiento procesal.²⁷

CARACTERES Y PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Siguiendo a Calamandrei, podría definirse la providencia cautelar como una medida de “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de esta.”²⁸ De este modo, se le entiende como un acto procesal del órgano jurisdiccional que constituye una decisión de fondo, valorativa de las circunstancias de hecho y de derecho aparentes al momento de su adopción, requerida como reacción inmediata y provisional, tendente a superar el peligro de la pérdida o menoscabo de pruebas, bienes o derechos, que pudiera resultar de la eventual o concreta desigualdad de las partes en orden a la disposición de aquellas, desde el origen de la controversia judicial y hasta el momento de su composición efectiva.

26 Esta última resulta de utilidad en los casos de inexistencia o deficiente documentación sobre la situación o el objeto litigioso en el expediente administrativo, pues ello condiciona el alcance de la pretensión y aun la propia identificación de su objeto y contenido.

27 Carrillo: “Medidas cautelares...”, p. 119.

28 Calamandrei: *Op. cit.*, p. 45.

Según Podetti²⁹ y gran parte de la doctrina procesalista,³⁰ pueden señalarse, como caracteres de las medidas cautelares, los siguientes:

a) provisionalidad o provisoriedad: porque están destinadas a mientras no sobrevenga una situación o cambio de circunstancias que demuestren pertinencia de su cese o modificación;

b) tramitación sumaria: el conocimiento judicial previo a su dictado es limitado y fragmentario; con el fin de asegurar su eficacia, pueden ser cumplidas *inaudita parte*;

c) instrumentalidad: no constituyen un fin en sí mismas, sino que su función es de aseguramiento del resultado del proceso principal. Esta instrumentalidad no significa pendencia del proceso principal, sino que basta con que tribute a él; por tanto, puede tener carácter autónomo respecto de aquel, pues una cosa es la pretensión declarativa o de condena y otra la cautelar, que responde a fundamentos distintos.

d) fungibilidad: en el sentido de que algunas pueden ser sustituidas unas por otras, según se quiera mayor o menor intensidad de la tutela; y

e) funcionalidad: deben adaptarse a la naturaleza de la acción que se pretende ejercitar.

Para el otorgamiento de las medidas cautelares, resulta indispensable la constatación de determinados presupuestos que, además de los generales a todo proceso, operan especialmente para esta institución: el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris*, la no afectación al interés general y la contracautela.

• *El periculum in mora*. Como se ha apuntado, la tutela cautelar encuentra su razón de ser en la prevención de los riesgos de ineficacia que el empleo del tiempo necesario de los procesos comporta. El habitual retardo de la decisión definitiva puede conllevar, en ocasiones, la ocurrencia de graves daños al accionante por causa de actitudes impropias de los demandados. Es así que ese peligro en la demora opera como presupuesto habilitante para la adopción de providencias cautelares. Empero, para que el *periculum in mora* determine la adopción alguna medida cautelar no basta con la alegación del peligro del daño y que la providencia invocada tenga por ello la finalidad de prevenirlo, sino que es preciso, además, que se trate de un peligro inminente que haga de la medida cautelar un remedio urgente, en cuanto sea de prever que la demora transforme el daño temido en un daño efectivo y, en este sentido, la lentitud de la tutela ordinaria no pueda impedir el resultado dañoso.³¹

29 J. R. Podetti: *Tratado de las medidas cautelares*, pp. 33-37.

30 Calamandrei: *Op. cit.*, pp. 36 y 140; Valentín Cortés Domínguez, Vicente Gimeno Sendra y Víctor Moreno Catena: *Derecho procesal civil. Parte general*, pp. 578- 579; Mauricio Ottolenghi: "Medidas precautorias", p. 517; Pablo O. Gallegos Fedriani: *Las medidas cautelares contra la administración pública*, pp. 39-40.

31 De esta manera, el *periculum in mora* no tendría virtualidad en tanto fuese posible acelerar adecuadamente la decisión definitiva a través de una reducción del proceso ordinario.

A estas dos condiciones (necesidad y urgencia) del *periculum in mora* cabría añadir una tercera, propia de las exigencias del derecho administrativo y es el carácter de irreparable (o de muy difícil reparación) del perjuicio que se pretende prevenir porque, en otro caso, prevalecería el principio de ejecutividad de la decisión administrativa si, en definitiva, el daño pudiera remediarse una vez alcanzada la sentencia definitiva.

• *El fumus boni iuris* o *apariencia de buen derecho*. Al lado del tradicional criterio del perjuicio irreparable —y más que al lado, en su sustitución, convirtiéndose en “el presupuesto esencial y suficiente de la adopción de las medidas cautelares”.³² La doctrina y jurisprudencia adoptan el criterio del *fumus boni iuris*; como motivo para acordar el otorgamiento de tutela cautelar contra alguna decisión administrativa, ante la “apariencia más o menos manifiesta de su ilegalidad o su contradicción con los principios generales del Derecho”.³³ En otras palabras, para su procedencia, no se requiere una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido en el proceso principal, extremo que solo puede ser alcanzado al tiempo de la sentencia, ni es menester un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes; basta que, a través de un estudio prudente —apropiado al estado del trámite—, sea dado percibir un *fumus boni iuris* en el peticionario.³⁴ Es suficiente, por lo tanto, la probabilidad o la fundada posibilidad de que el derecho exista o que tenga apariencia de verdadero. En definitiva, el fundamento de la medida cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido; de ahí que resulte suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor.³⁵

El presupuesto del *fumus boni iuris* que, como el *periculum in mora*, tiene su basamento en el recurrido principio —derivado de la clásica frase de Chiovenda— de que la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien verdaderamente la tiene, parte de la existencia de un riesgo de perjuicios para el que pide la suspensión, pero no desde la perspectiva formal de la simple reparabilidad de tales perjuicios, sino desde la perspectiva de la incidencia de tales perjuicios precisamente sobre la tutela efectiva que en el proceso ha de otorgarse a quien ostente los derechos o intereses legítimos tutelables. Más llanamente —dice García de Enterría—, el perjuicio atendible por quien dispone la medida cautelar debe consistir en el riesgo de que se frustre la tutela efectiva que corresponde otorgar a la sentencia final. Ese riesgo, y no otro, es el que obliga al juez que decide la medida

32 C. Chinchilla: “El derecho a la tutela cautelar...”, pp. 172.

33 E. García de Enterría: “La aplicación de la «apariencia de buen derecho» como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos”, pp. 417.

34 A. Gordillo: *Op. cit.*, p. XIII-32.

35 *Ibid.*, t-2, p. XIII-31.

cautelar a intentar una valoración *prima facie* de las respectivas posiciones, de forma que debe otorgar la tutela cautelar a quien tenga “apariencia de buen derecho” (*fumus boni iuris*), precisamente, para que la parte que sostiene una posición injusta manifiestamente no se beneficie, como es tan frecuente, con la larga duración del proceso y con la frustración, total o parcial, grande o pequeña, que de esa larga duración va a resultar para la otra parte, como consecuencia del abuso procesal de su contrario. Este replanteamiento obliga a una valoración anticipada de las posiciones de las partes, valoración *prima facie*, no completa, puesto que el proceso puede estar en sus inicios y no se han producido aún alegaciones de fondo ni prueba; valoración, por tanto, provisional y que no prejuzga la que finalmente la sentencia de fondo ha de realizar más detenidamente. Es así, en la expresión latina que ya hemos transcrito, el “humo de buen derecho”, el perfume u olor de buen derecho, el que se aprecia, no el “buen derecho” en toda su extensión, que esto no podrá hacerse hasta la decisión de fondo del proceso.³⁶

En opinión de Coca Vita, la acogida del principio del *fumus boni iuris* debe armonizarse con la existencia del perjuicio, pero con mantenimiento del privilegio ejecutivo de la administración, cuando el balance de estos dos parámetros sea neutro y la decisión definitiva pueda, por tanto, esperar. No tiene sentido –sostiene– suspender cautelarmente una ejecución que no vaya a causar daños de difícil restitución, y tampoco tiene justificación hacerlo, si no se intuye un resultado favorable al administrado. Solo cuando estas dos circunstancias se inclinen del lado del recurrente, debe suspenderse. Nunca debe hacerse si las dos son favorables a la administración. Y tampoco debe acordarse la suspensión, cuando solo una de ellas sea favorable al particular demandante.³⁷

• *La observancia del interés general.* Con respecto a la tutela cautelar, el interés general cumple una doble función. Por una parte, constituye la misma razón de ser de la adopción de las providencias cautelares, en tanto con ellas se persigue el interés público fundamental de consolidar la justicia y no únicamente el particular de quien pretende el cumplimiento de la sentencia. En la misma medida deviene límite de la tutela cautelar, por cuanto en la adopción de las medidas de esa naturaleza debe asegurarse que el eventual daño que pueda ocasionarse a la comunidad sea menor que el que genere su no aceptación. En consecuencia, el establecimiento de las decisiones cautelares debe procurar que se produzca la menor afectación posible al interés general. Esto supone que la vigencia del interés general y la necesidad de

36 Eduardo García de Enterría: “La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio del *fumus boni iuris* (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general”, p. 69. Ver de este propio autor, sus trabajos sobre el tema en los números 70 y 71 de *Revista Española de Derecho Administrativo*.

37 Eduardo Coca Vita: “A vueltas con la suspensión de la ejecución de actos administrativos recurridos: últimas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales”, pp. 241.

eficacia de la actividad administrativa implican que la adopción de fondo de una decisión cautelar debe estar presidida por una ponderación y búsqueda de equilibrio entre los intereses en juego,³⁸ de manera que esta no debe partir únicamente de la consideración del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* de quien solicita, sino de la confrontación entre la necesidad de la tutela y la necesidad de ejecutar la decisión impugnada porque así lo demanda el interés público al que la administración debe servir con eficacia. Esto significa que, aun en el caso de que fuera procedente una medida cautelar por ser necesaria para asegurar la efectividad del fallo, esta pudiera excepcionalmente denegarse por entender el órgano judicial –y no la administración– que el interés público exige la ejecución de la decisión administrativa, hasta que recaiga la decisión final del proceso.

No obstante, el interés público no es un concepto que pueda utilizarse para rechazar sin más la medida cautelar sin previamente efectuar el análisis de sus requisitos propios y las circunstancias en las que se solicita, en el marco de lo cual debe atenderse a las condiciones políticas, sociales, económicas, morales y, en general, culturales, reinantes en un lugar determinado, en un tiempo dado. En este sentido, al momento de otorgarse la medida cautelar, debe efectuarse un detenido análisis de los efectos que esta tendrá con relación al interés público comprometido, pero no de un interés genérico, sino específico, de singular trascendencia, y cuya prevalencia en el caso concreto exige la ejecución de la decisión administrativa.³⁹

La vigencia del interés general tiene una estrecha vinculación con los principios de congruencia y razonabilidad que deben presidir la decisión cautelar y que predicen la necesaria correlación entre lo pedido por el demandante, la situación jurídica que se pretende garantizar y la providencia cautelar que se dispone a tal efecto.

Quiere esto decir que la medida cautelar debe ser, en primer lugar, congruente con las pretensiones formuladas en el proceso⁴⁰ o en la solicitud cau-

38 Ponderación que resultaría del carácter provisional y anticipado del juicio cautelar, pues es claro que la solución de litigios no se hace a base de ponderaciones de intereses contrapuestos, sino de proteger únicamente los de quien, conforme al Derecho, tenga la razón, pero ello es solo posible una vez llegado el final del proceso, no antes.

39 Carrillo: “Medidas cautelares...”, p. 111.

40 En opinión de Chinchilla Marín, si bien es cierto que el principio de congruencia es una regla que afecta a la sentencia, en el sentido de vincularla al contenido de las pretensiones formuladas por las partes, siendo una derivación del principio dispositivo y estando estrechamente ligado al derecho de defensa, no puede dejar de aplicarse también a otras resoluciones distintas de las sentencias, pero con contenido decisorio, que se dictan a lo largo del proceso, entre las cuales se encuentran las que ponen fin a un incidente cautelar. Pero ello no significa que su alcance sea el mismo que el que despliega en relación con la sentencia, ya que en el juicio cautelar concurren unas circunstancias (urgencia, provisionalidad, conciliación de intereses) que la hacen una decisión especialmente difícil de adoptar y que reclama, en consecuencia, una aplicación menos rigurosa de este principio. (Cfr. Chinchilla Marín: “Tutela cautelar”, p. 578).

telar del demandante y, en segundo término, proporcional con lo que se desea asegurar, todo lo que exige del juez un ejercicio de ponderación, de manera que la decisión que adopte contemple todo lo necesario para asegurar de mejor manera la sentencia, pero al mismo tiempo, solo lo necesario a tal fin, cuidándose entonces que, con la alteración de la relación material que se produce, no se afecten más de lo estrictamente indispensable los intereses del afectado (en este caso, los intereses generales que representa la administración).

- *La caución o contracautela.* La contracautela (caución o fianza), más que presupuesto para la adopción de la medida cautelar es un requerimiento para su operatividad. Es una medida dirigida a asegurar la acción de resarcimiento de los perjuicios que puede ocasionar la adopción de una medida cautelar o su suspensión, a la parte contraria del favorecido. Se acuerda bajo la responsabilidad de quien solicita la medida cautelar o quien en su caso demanda el levantamiento de la que fue adoptada.

La cuantificación de la fianza debe estar fundada básicamente en el potencial perjuicio patrimonial que puede ocasionarse con la vigencia de la medida cautelar si, en definitiva, quien resulta favorecido termina vencido en el proceso y puede modularse considerando la solidez de los argumentos y pruebas hasta entonces presentadas y del *fumus boni iuris*.

No debe, por tanto, exigirse una fianza exorbitante que haga imposible su constitución y, por tanto, la virtualidad de la cautela. Debe tenerse en cuenta que el juez parte de valorar una apariencia de buen derecho del demandante frente a la apariencia de un acto ilícito de la administración, desigualdad que debe ser equilibrada con la protección judicial.

EL RÉGIMEN CAUTELAR EN LA LEY PROCESAL

Su articulación en cuanto a suspender el acto administrativo

Teniendo la tutela cautelar una función instrumental respecto a la tutela judicial ordinaria, es evidente que, como esta, participa de los principios vertebradores del control jurisdiccional de la administración pública.

El modelo francés, sobre el que se inspira el derecho procesal administrativo cubano, ha impuesto de suyo la construcción de un proceso cuyo epicentro lo constituye el acto administrativo previo, lo cual hace que el tema de la tutela cautelar se resuelva en relación precisamente con el acto administrativo. Por otra parte, la posición jurídica de la administración como poder público, con sus prerrogativas exorbitantes que la habilitan para producir decisiones unilaterales que gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, unido al control limitado que de su actividad se le asigna a la jurisdicción, ha traído como consecuencia que la solución arbitrada de tutela cautelar haya quedado reducida a la técnica de la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado y que dicha suspensión se configure, además, con carácter excepcional.

Esta condición de excepcionalidad permite concluir la fórmula de la que parte el Artículo 692 de la LPCALE:

el ejercicio de la acción administrativa *no impedirá* a la administración ejecutar la disposición general o resolución objeto de la misma, *salvo* que el Tribunal acordare, a instancia del demandante, la suspensión. Procederá esta cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil y *siempre que* de la misma no pueda derivarse grave lesión al interés público.

El privilegio que se le otorga a la ejecutoriedad del acto es tal que no se permite su suspensión *inaudita parte*, ni siquiera en los casos de extrema urgencia, toda vez que la propia disposición exige que, para tomar la decisión, se escuche a la administración y a los codemandados, para el que se otorga un plazo de tres días (Artículo 693). Por otra parte, la operatividad de la suspensión está condicionada a la prestación de fianza *obligatoria* por quien la solicita (Artículo 694), aun cuando no se prevea que la suspensión del acto y la posterior desestimación de la demanda vayan a generar algún perjuicio económico o patrimonial al Estado o a otro particular y si esa exigencia pudiera suponer la denegación de tutela judicial a quien carece de medios económicos suficientes para prestarla, aunque sea ostensible el fundamento de la pretensión.

La causa de que el régimen cautelar se asiente sobre la técnica de la suspensión con carácter excepcional, y a petición de parte de la ejecución del acto, tiene su explicación teórica en la vigencia e interpretación de los principios de presunción de legitimidad, eficacia y ejecutividad de los actos administrativos; de ahí la consecuencia de la negación de los efectos suspensivos de la interposición de la demanda sobre dichas ejecutividad y eficacia. Sin embargo, esta forma de construcción de la técnica cautelar obedece a una interpretación no muy bien justificada de aquellos principios, que han llevado a una práctica de identificación entre la autotutela declarativa y la ejecutiva.

En efecto, la noción de poder, ínsita en la definición de administración pública, ha tenido como consecuencia la confusión entre la idea de acto administrativo unilateral, presuntamente válido, con su ejecutoriedad forzosa y su eficacia inmediata. El acto administrativo se presenta como un acto de *imperium* que, al concretar la voluntad de la ley y representar un interés social, se ha de presumir legítimo y requerirá de su ejecutividad irresistible e inmediata, que no puede detenerse “por el hecho de que se someta a cuestionamiento [...] pues, de quedar a resultas de una declaración jurisdiccional su ejecución, constituiría una dilación que entorpecería la acción administrativa y la obtención de los fines que ha de alcanzar” (STSP, No. 1166 de 30/11/2009).

Esta explicación, sin embargo, no resulta del todo satisfactoria. Si bien es cierto que de la administración se requiere un funcionamiento eficaz y, en virtud de ello, ha de estar dotada de amplios poderes de autotutela, tanto para

producir la decisión como para llevarla a cabo por sus propios medios, ello no quiere decir que tenga que existir una necesaria e inseparable conexión entre la legitimidad y la eficacia de la decisión con su ejecutoriedad inmediata. Concretamente, la eficacia de la actividad administrativa en la satisfacción del interés general no en todos los casos depende de la ejecución inmediata del acto administrativo, pues esta, en ocasiones, puede deferirse en el tiempo.⁴¹

Vista así las cosas, si el fundamento de la ejecutividad del acto es la necesidad de la eficacia administrativa en la satisfacción del interés general, entonces, no tendría sentido predicar la operatividad de aquella cualidad, en tanto ese interés no requiera de una ejecución inmediata del mismo; y, en ese sentido, la tutela cautelar solo tendría razón de intervenir cuando, reclamando el interés general, la eficacia inmediata del acto prevalezca por encima de ese interés de garantizar la eficacia de la resolución judicial.

Esa es la lógica que ha seguido el ordenamiento alemán, que construye su sistema cautelar desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, otorgando a la interposición de la demanda, como regla general, carácter suspensivo de la ejecución del acto, salvo los supuestos en que, dadas las características de determinados tipos de actos administrativos, solo deba paralizarse su eficacia por el juez, previa valoración de las circunstancias concurrentes el caso.

Presupuestos para la adopción de la medida cautelar

La suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo que regula el Título V de la segunda parte de la LPCALE descansa, como ya decía, en el privilegio administrativo de la *autotutela ejecutiva*, por lo que dicha medida tiene carácter excepcional y solo se otorgaría ante el cumplimiento de tres condiciones:

La primera es la demostración categórica de que el perjuicio que se ocasiona con la ejecución de la disposición es de tal magnitud que haría imposible su reparación, si llega a prosperar la demanda. Por tanto, no es suficiente la invocación formal del perjuicio, sino que se requiere una alegación razonada sobre la previsibilidad de los daños y una adecuada determinación cualitativa y cuantitativa que permita una evaluación apropiada sobre la procedencia, o no, de quebrar la ejecutividad del acto administrativo.

La segunda condición se refiere a que con la suspensión no se cause un perjuicio al interés público porque, en cualquier caso, este siempre deberá prevalecer sobre el interés privado y deberá evitarse que, con la adopción de la medida cautelar, ese interés al que sirve el acto administrativo pueda

41 Cabría aquí pensar, por ejemplo, en los actos que imponen sanciones pecuniarias o limitan la participación de los administrados en procesos de selección. En estos casos, la actividad administrativa no se detendría ni se afectaría el interés general porque no se cobre la deuda inmediatamente o porque se le dé participación a un candidato en un proceso de selección, aunque luego se compruebe que no tenía derecho a ello.

también sufrir un daño de imposible o difícil reparación. Pero tampoco puede tratarse de cualquier tipo de lesión, sino de aquel que sea *grave* o, por lo menos, dé una magnitud superior a la que pueda derivarse del resultado del proceso favorable al demandante. Si al ventilarse la suspensión de la resolución, existen razones fundadas de que, con la estimación de la demanda, los costos para la administración en resarcir el daño al demandante son superiores o a los beneficios que se obtiene con su ejecución, la suspensión deberá acordarse.

La tercera condición se refiere a la prestación de “fianza bastante para responder a lo que resulte del proceso”. El fundamento de la exigencia caución al promotor de la suspensión es indiscutible, toda vez que quien pretende paralizar la actividad de la administración tendrá que remediar las consecuencias económicas que se deriven de su acción, si, al final, no se le concede la razón. Sin embargo, de la manera en que aparece regulada la contracautela no cumple ese fin de garantía y equilibrio que le es propio. El hecho de que se disponga como requisito de carácter obligatorio y, además, su comiso en caso de que la demanda sea desestimada (Artículo 695), aun cuando de la naturaleza de la controversia sea de prever que con la suspensión del acto no se ocasione ningún perjuicio económico susceptible de resarcimiento, hace pensar que, más que una contracautela, es una especie de “castigo” por intentar quebrantar el principio de ejecutoriedad del acto administrativo. Incluso, la norma prevé el comiso en firme de todo su importe, aun si el eventual daño causado con la medida es de un monto inferior al de la fianza determinada.

Como fácilmente se advierte de la fórmula adoptada para regular la suspensión de la ejecución, no se prevé como presupuesto de su procedencia la necesidad de urgencia ni el *periculum in mora*, dada, por un lado, la prohibición de su adopción *inaudita parte* y, por el otro, el indispensable término mínimo de tres días que ha de concederse para escuchar las alegaciones de la administración y los codemandados, los cuales que pueden ser suficientes para que el acto despliegue todos sus efectos, tornando irreversible el perjuicio que se pretende prevenir y haciendo perder así todo su sentido la medida cautelar. En lo que se refiere al *fumus boni iuris*, la ley no hace de él un reconocimiento expreso aunque, dado su carácter intrínsecamente subjetivo, bien puede operar como criterio determinante de la decisión cautelar y, ciertamente, la necesidad de acreditación suficiente del perjuicio irreparable deja sus dudas en cuanto a su virtualidad, toda vez que aquella exigencia se impone, aunque fuera manifiesto el fundamento de la pretensión.

LA NECESIDAD DE REFORMA DEL RÉGIMEN CAUTELAR

La forma en que hoy está concebido el régimen de tutela cautelar, con ausencia de otros mecanismos cautelares distintos de la suspensión y con una

mala técnica en la regulación de la única medida que reconoce, es una clara deficiencia del contencioso-administrativo cubano.

Excepción de todo lo dicho lo constituye el proceso en materia de propiedad intelectual, el que, por virtud del Decreto Ley No. 290, Título V, Capítulo I, Sección segunda, regula un régimen cautelar auténtico y novedoso, sin precedentes en el derecho procesal administrativo cubano, que está en consonancia con las tendencias más modernas en esta materia y responde a las exigencias de una adecuada tutela preventiva, en punto a garantizar la efectividad del resultado final del proceso, en similares términos a los aquí señalados.⁴²

Salvando esta particularidad, es un hecho que el régimen de las medidas cautelares en el proceso administrativo necesita de una adecuada armonización con las exigencias de justicia, para que tengan razón de ser y puedan cumplir con la finalidad con la que se han establecido, es decir, que sean verdaderas garantías de efectividad de la función jurisdiccional y no un freno para que se pueda obtener la satisfacción de un derecho que haya sido vulnerado.

Además de la ya apuntada regulación del Decreto Ley No. 290 de 2011, la LPCALE recoge, tanto respecto al proceso civil con sus actos preparatorios (Artículo 216.5) como –y en mejor medida– en relación con el proceso económico (Artículo 803 g), fórmulas flexibles para la adopción por el tribunal de cuantas medidas cautelares o preventivas sean necesarias en pos de garantizar la eficacia del proceso y, en el caso de este último, establece la posibilidad –que no obligación– de que se preste fianza en los casos en que el órgano jurisdiccional lo entienda necesario. Incluso el Tribunal Supremo Popular, consciente de la necesidad de ampliar el régimen de tutela cautelar, extendió, mediante la Instrucción No. 191 de 2009⁴³ (que quedara sin efecto en virtud de la No. 217, de 23 de julio de 2012,⁴⁴ que integró su contenido), la aplicación de las previstas para este último al proceso civil, atendiendo a que “la regulación de las medidas cautelares en el procedimiento civil [...] deriva en extrema limitación a los efectos del aseguramiento del ulterior cumplimiento de las obligaciones de índole civil declaradas por sentencia firme”.

Cabe preguntarse: ¿Acaso la regulación de una sola medida cautelar en el proceso administrativo no es una limitación más extrema todavía? ¿Qué impide extender ese mismo régimen cautelar para su aplicación por la jurisdicción administrativa?

42 En efecto, este Decreto Ley, además de enumerar taxativamente varias posibilidades de medidas a adoptar por los tribunales –Artículo 138.3, incisos del a) al e)– consagra un *numerus apertus* de estas medidas –Artículo 138e)– que pueden ser solicitadas con carácter inmediato, previo al proceso o durante cualquier estado de su tramitación (Artículo 138.1 y 2), pudiendo adoptarse *inaudita parte* si la urgencia lo requiere (Artículo 140.1) y la exigencia de contracautela no tiene carácter obligatorio (Artículo 138.2).

43 *Gaceta oficial*, ed. extraordinaria, no. 17, de 18 de mayo de 2009, pp. 102-103.

44 *Gaceta oficial*, ed. extraordinaria, no. 32, de 6 de agosto de 2012.

La tutela cautelar, entiendo, no puede continuar restringida a la figura de la suspensión de la ejecución de las resoluciones administrativas, ni tampoco configurarse esta como una excepción, sino como potestad atribuida al tribunal que pueda ejercer, siempre que la estime pertinente, mediante una ponderación adecuada y razonada de los intereses en juego.

Por otra parte, el conflicto entre las prerrogativas públicas y las posiciones subjetivas particulares no debe entenderse en el plano teórico, desde la confusión e identificación de la autotutela declarativa (capacidad de emitir decisiones unilaterales) con la ejecución forzosa de lo decidido ni tampoco resolverse, por tanto, de forma simplificada, sobre la base de la regla general de la preeminencia formal de la autoridad sobre las posiciones particulares. En definitiva, la eficiencia y continuidad de la función administrativa que requiere la satisfacción del interés general no pueden seguir enarbolándose como dogmas inflexibles que detraigan el derecho del ciudadano a una justicia pronta y efectiva.

CONCLUSIONES

La construcción de un adecuado régimen de tutela cautelar debería partir de las siguientes líneas básicas:

1. La formulación de una amplia disponibilidad de medidas cautelares en manos del órgano judicial, mediante un *numerus apertus*, de manera que el juzgador pueda acordar cuantas sean necesarias para asegurar la eficacia de la sentencia, entre ellas la adopción de medidas positivas que permitan asegurar los bienes objeto de la *litis* o ciertas comprobaciones de hechos necesarios en la posterior tramitación del proceso. Que a estas alturas de la evolución del derecho administrativo, la tutela judicial y, consecuentemente, la cautelar, deban abarcar toda la amplia variedad de formas de actuación administrativa, es algo que no requiere de mayor demostración. La plenitud del sometimiento de la justiciabilidad de la administración y el riesgo que, durante la pendencia del proceso, pueden correr las situaciones jurídicas de los administrados, producto de la propia dinamicidad de la actuación de la administración, y las prerrogativas que puede actuar, reclaman de la extensión de las posibilidades de control judicial de esta y una mayor tutela de aquellas.

2. En cuanto a la técnica de suspensión de la ejecución, se impone una articulación consecuente con la variedad de pronunciamientos y efectos que pueden derivar de un acto administrativo. De esta manera, el régimen cautelar debe partir de la distinción entre la presunción de legitimidad y fuerza ejecutiva de los actos unilaterales (que será distinta en función de la regulación y de las situaciones que afecten) y de la eficacia inmediata de dichos actos (que se requerirá en la medida en que su naturaleza lo amerite), lo que permitiría superar la regla general de ejecutoriedad indiscriminada de los actos

administrativos, pudiendo incluso invertirse esta o, al menos, establecer una relación a priori de actos que no necesitan beneficiarse de la cualidad ejecutoria, produciendo efectos suspensivos la acción impugnatoria contra ellos.

3. Otorgar virtualidad y significado real al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*, como fundamentos jurídicos para la adopción de la medida cautelar, de manera que esta pueda otorgarse ante la acreditación más o menos suficiente de la verosimilitud del derecho que se reclama y apreciar la urgencia que amerite su concesión, aun sin previa audiencia.

4. Establecer el carácter potestativo, y no obligatorio para el tribunal, de la exigencia de la contracautela, de forma que esta pueda servir al fin por el cual se establece, de ser garantía para el resarcimiento de los posibles daños que pueda causarse con una medida cautelar que, al final, haya resultado formalmente correcta, pero materialmente ilegítima.

5. En el orden puramente procesal, permitir la solicitud y ventilación de la adopción de la suspensión del acto o cualquier otra medida preventiva, incluso antes de la presentación de la demanda, otorgándosele así carácter autónomo al proceso cautelar.

BIBLIOGRAFÍA

Calamandrei, Piero: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (tr. por Santiago Santis Melendo), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

Cassagne, Juan Carlos y Jesús González Pérez: *La justicia administrativa en iberoamérica*, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2005.

Chinchilla Marín, Carmen: "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales", en *Revista de Administración Pública*, no. 131, 1993.

_____: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991.

_____: "Tutela cautelar", en J. Leguina Vila y M. Sánchez Morón (directores), *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Lex-Nova, Valladolid, 1999.

Chiovenda, Giuseppe: *Instituciones de Derecho procesal civil* (tr. de la 2.^a ed. italiana y notas de Derecho español por E. Gómez Obraneja), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.

Chiovenda, José: *Principios de Derecho procesal civil* (tr. de la 3.^a ed. por José Casais Santaló), Reus S. A., Madrid, 2000.

Coca Vita, Eduardo: "A vueltas con la suspensión de la ejecución de actos administrativos recurridos: últimas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales", en *Revista de Administración Pública*, no. 127, 1992.

- Cortés Domínguez, Valentín: "Las medidas cautelares", en Valentín Cortés Domínguez, Vicente Gimeno Sendra y Víctor Moreno Catena, *Derecho procesal civil. Parte general*, Editorial Colex, Madrid, 2001.
- Damsky, Isaac Augusto, Miguel López Olvera y Xochitl Pérez Cruz (coordinadores): *Las medidas cautelares en el proceso administrativo en iberoamérica*, Asociación de Magistrados de Tribunales de lo Contencioso-Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos, A. C. México, 2009.
- Fenor de la Maza y Ángel Cornide Quiroga: *Nuevas perspectivas en el proceso contencioso-administrativo*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1997.
- Fonseca, Isabel: "Os processos cautelares na justiça administrativa. Uma parte da categoria da tutela jurisdicional de urgência", en Vasco Pereira da Silva (coord.): *Temas e problemas de processo administrativo*, 2.ª ed. revista e actualizada, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2011.
- Gallegos Fedriani, Pablo O.: *Las medidas cautelares contra la administración pública*, 2.ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2002.
- García de Enterría, Eduardo: "La aplicación de la «apariencia de buen derecho» como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos", en *Revista de Administración Pública*, no. 125, 1991.
- _____: *La batalla por las medidas cautelares*, 1.ª ed., 1992; 2.ª ed., 1995, Civitas, Madrid.
- _____: "La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio *del fumus boni iuris* (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. 69, 1991.
- González Pérez, J.: "La justicia administrativa en iberoamérica", en www.bibliojuridica.org/libros/5/2391/11.pdf, 2005.
- Gordillo, A.: *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas*, t. 2, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013.
- López Ramón, Fernando: "Límites constitucionales de autotutela administrativa", en *Revista de Administración Pública*, no. 115, 1988.
- Ottolenghi, Mauricio: "Medidas precautorias", en *Estudios de Derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Ediar S. A. Editores, Buenos Aires, 1946.
- Parejo Alfonso, Luciano: "La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. 49, 1986.
- Podetti, José Ramiro: *Tratado de las medidas cautelares*. 2.ª ed., actualizada por Víctor A. Guerrero Leconte Foiab, v Ediar, s/a.
- Schmidt-Assmann, Eberhard: *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.
- Serna Bilbao, Marta Nieves de la: "Las medidas cautelares", en *Documentación Administrativa*, no. 254-255, 1999.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL A LARGO PLAZO

M.Sc. Caridad K. Pimentel Rueda,
presidenta, Sala de lo CALE, TPP de Mayabeque

LA SEGURIDAD SOCIAL, atendiendo a su objetivo principal, la protección social del hombre, ha sido definida como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y, también, la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.

En la actualidad, la seguridad social es entendida como *el derecho que le asiste a toda persona de acceder en la sociedad a una protección que le permita satisfacer sus necesidades básicas*, a través de la cual se proteja su integridad física, su capacidad productiva, sus ingresos, etc., cuya finalidad es la de garantizar el derecho a la vida, la salud y medios de subsistencia, entre otros.

La necesidad de protección del hombre ha estado presente, casi desde los primeros momentos de la humanidad, hasta la actualidad, cuando las sociedades, con el objetivo de garantizar la subsistencia y atender los riesgos que enfrentan sus ciudadanos, en algún momento de sus vidas, han aplicado diversas medidas a tra-

vés de sistemas de seguridad social, como el *régimen de capitalización*, en el que se fija una prima en función de las personas aseguradas, asalariadas, el que, a pesar de pretender una solución, solo logra reproducir el problema; el *régimen de reparto*, que establece una cuota para un fondo mínimo de emergencia, sistema que se ha ido generalizando para la seguridad social; y el *régimen neoliberal*, el cual minimiza el papel del Estado en cuanto a la protección del individuo, pues transfiere a este la responsabilidad de autoprotegerse en los diferentes riesgos de la vida, y prevé que son los hombres los llamados a resolver sus problemas a través de sus ingresos, lo que equivale a la desaparición de la seguridad social. No obstante, es el régimen que con más fuerza se pretende imponer.

En Europa es muy usado el término *estado social*, para designar el conjunto de instituciones y estructuras del Estado encargados de atender la igualdad y la seguridad social, para lo cual debe proteger al hombre ante riesgos sociales, entre ellos, incapacidad laboral, jubilación, enfermedad, desempleo, atendiendo, por supuesto, a una condición que lo considere oportuno y posible, como un principio del que emanan las obligaciones del Estado frente al individuo y, de este

último, con la sociedad, representada por el Estado; pero, con una marcada tendencia a las privatizaciones y el fenómeno neoliberal, la realidad es otra.

Según estudios de la OIT, el desempleo global en la actualidad asciende aproximadamente a la mitad de los trabajadores del mundo, quienes, por carecer de empleo, no tienen acceso a servicios educacionales, de salud y mucho menos a la seguridad social.

En América Latina, la protección social es muy baja, a pesar de existir normativas tales como: Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (Resolución XXX de la OEA, de 1948, revisada en 1992), Convención americana sobre derechos humanos (OEA, en vigor desde el 18 de julio de 1978, revisada en 1992) y Protocolo de San Salvador (tratado de la OEA, vigente desde 1988, revisado en 1992), que plantean la igualdad en dignidad, para reconocer el derecho y el deber de trabajar, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; y la Carta democrática americana, la cual, en el Artículo 10, señala que la promoción y el fortalecimiento de la democracia requieren el ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y la aplicación de normas laborales básicas, tal como están consagradas en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada en 1998.

NACIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La revolución industrial iniciada con la máquina de vapor provocó gran-

des cambios en el mundo del trabajo, que pronto se extendió a naciones y continentes, la que trajo como consecuencias el desplazamiento del hombre hacia las fábricas, el inicio de su agrupación en sindicatos, la toma de conciencia de la clase obrera, y sus primeras luchas, en las que fundamentalmente se demandaban mejoras en las condiciones de trabajo y la reducción de las jornadas laborales, luchas que, entre los siglos XIX y XX, alcanzarían conquistas que abrieron las puertas a las leyes de seguridad social.

La seguridad social nació en Alemania como resultado del proceso de industrialización, las fuertes luchas de los trabajadores, la presión de las iglesias y de algunos grupos políticos y sectores académicos de la época. Los trabajadores se organizaron en asociaciones de autoayuda solidaria, destacando la mutuales de socorro mutuo, las cooperativas de consumo y, por supuesto, los sindicatos. En el campo político, se estructuraron grupos en la segunda mitad del siglo XIX, que abogaban por la solución a los graves problemas de pobreza y exclusión social. Otro tanto ocurrió en el campo académico.

Los grupos sociales, políticos, confesionales y académicos ejercían una fuerte presión sobre el Estado, en procura de que este solucionara la situación de miseria social existente. Eran los tiempos en que Alemania era gobernada por el káiser Guillermo II. El primer gran documento de compromiso social del Estado fue el Mensaje imperial, de 17 de noviembre de 1881, anunciando protección al trabajador, en caso de perder su base

existencial por enfermedad, accidente, vejez, o invalidez parcial o total. Impulsadas por Otto von Bismarck (el Canciller de Hierro), fueron refrendadas tres leyes sociales que representan, hasta el día de hoy, la base del sistema de seguridad social universal: Seguro contra enfermedad (1883), Seguro contra accidentes de trabajo (1884) y Seguro contra la invalidez y la vejez (1889). Los resultados de la aplicación de este modelo de seguridad social en Alemania fueron tan eficaces para distribuir riqueza, disminuir pobreza, mejorar la salud, generar bienestar y fortalecer la economía, que muy pronto se extendieron a Europa y, un poco más tarde, a otras partes del mundo.

En 1942, Sir W. Beveridge introdujo en Inglaterra otro componente de la seguridad social. Se conoce como el Plan Beveridge, y contiene una concepción mucho más amplia, pues tiende a contemplar las situaciones de necesidad, producidas por contingencias; trata de remediarlas, cualquiera que sea su origen, y supera el concepto de riesgo aislado y de su seguro, frente a un infortunio concreto: aliviar el estado de necesidad e impedir la pobreza es un objetivo que debe perseguir la sociedad moderna y que inspira el carácter de generalidad de la protección. Este modelo fue adoptado por países europeos y procuró extenderse a América Latina y otras partes del mundo. La adopción dio énfasis a la asistencia sanitaria (prestaciones de salud), universal, igualitaria y costada por el Estado, a subsidios económicos y a la formación profesional.

En la primera mitad del siglo xx, América Latina fue fuertemente influida

por el modelo de seguridad social bismarckiano. Muchas de estas influencias partían, paralelamente, de las enseñanzas del Código de Malinas, del cardenal Mercier, desde la Universidad de Lovaina, en Bélgica, que ya había llegado a constituirse en uno de los principales centros de difusión de doctrina y política social del mundo. También es evidente y manifiesta la influencia de la OIT en la instauración de la seguridad social en la región. La V Conferencia Panamericana, reunida en Santiago de Chile en 1923, recomendó el establecimiento, en cada país, de los seguros sociales y especialmente en los ramos de accidentes, enfermedad e invalidez.

Las modernas concepciones en materia de seguridad social están abandonando la referencia exclusivamente reparadora de sus prestaciones para dar paso a una visión global de la protección en la que, junto a la cobertura de las necesidades económicas y sanitarias de los ciudadanos, se pone especial énfasis en la promoción de la igualdad de oportunidades y la integración social

LA SEGURIDAD SOCIAL EN CUBA

En Cuba, durante las primeras décadas del siglo xx, los sistemas de seguros sociales se caracterizaban por una legislación carente de uniformidad, cohesión y bases científicas, y ausencia total de una política estatal de seguridad social.

Desde el triunfo de la Revolución, la seguridad y asistencia sociales constituyó una de las tareas a las que se dedicó un mayor esfuerzo, con el

fin de equilibrar el crecimiento económico y el desarrollo social, por lo que se fueron emitiendo leyes, tales como la Ley No. 351 de 1959, que creó el Banco de Seguros Sociales de Cuba (BANSESCU), el cual reunía recursos dispersos para destinarlos a la seguridad social. Le siguió la Ley No. 1100, promulgada el 27 de marzo de 1963, la que se caracterizó por tres principios fundamentales: unidad administrativa de la seguridad social, participación de los propios trabajadores en el procedimiento para conceder las prestaciones, y consideración del gasto total por ese concepto como una partida del presupuesto nacional. Todo ello significó que la protección abriera su cobertura al ciento por ciento de los asalariados del país.

En 1980, fue promulgada la Ley No. 24, "De seguridad social", que sustituyó a la 1100 y, en su momento, fue considerada una ley protectora, que brindó cobertura a grandes masas. Logró la integración de la seguridad social, al establecer un sistema conformado por dos regímenes que actuaban por separado: la seguridad social y la asistencia social. Fue sustituida por la Ley No. 105, de 27 de diciembre de 2008 (a tono con las nuevas realidades de envejecimiento poblacional), que garantiza, entre otras cuestiones, que no haya persona incapacitada para el trabajo sin medios decorosos de subsistencia, en concordancia con uno de los preceptos de la Constitución, en vigor desde el primero de agosto de 1992.

Cuba es el único país que en América Latina tiene un sistema de seguridad social que ha evolucionado

desde la vieja forma mutualista independiente hasta un régimen estatal de cobertura nacional. Ejemplos de ello son los programas de atención a los ancianos, a la madre sola con dificultad para atender a sus hijos, y a los impedidos físico-motores, entre otros.

En Cuba, actualmente, la seguridad social no solo se ocupa de pensiones por vejez, invalidez o muerte y prestaciones monetarias por enfermedad común, maternidad y riesgos ocupacionales, sino que, como sistema integral, prioriza la protección del ser humano, no hace negocios ni mucho menos experimentos financieros con la salud ni las pensiones de las personas: se distribuye equitativamente la riqueza por pequeña que sea.

Contamos con una legislación en materia de seguridad social encaminada a la protección de estos derechos; de ahí que, además de la Ley 105 de 2008 (y el Decreto No. 283 de 2009, que complementa las disposiciones legales del régimen general de seguridad social y reglamenta esta ley), tenemos la Ley de la maternidad de la mujer trabajadora (Decreto Ley No. 234 de 2003), el régimen de seguridad social de miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y del Ministerio del Interior (decretos leyes 101 y 102 de 1988), el régimen especial de seguridad social para los trabajadores por cuenta propia (Decreto Ley No. 278 de 2010), la ley de los miembros de las CPA (Decreto Ley No. 217 de 2001), el régimen especial de los usufructuarios de tierras que cultivan café, cacao y tabaco (Decreto Ley No. 247 de 2007), y el Decreto Ley No. 270 de 2010, "De la

seguridad social de los creadores de artes plásticas y aplicadas, musicales, literarios, de audiovisuales, y de la protección especial a los trabajadores asalariados del sector artístico”.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL A LARGO PLAZO

La Ley No. 105 establece el procedimiento a seguir para las prestaciones de seguridad social a largo plazo, a través del Instituto Nacional de Seguridad Social (INASS) y sus respectivas filiales municipales y provinciales, con lo que resulta incuestionable el avance en este sentido en Cuba y, sobre todo, en la tutela jurídica que ofrece a las personas con derecho a ella. Regula todo un conjunto de presupuestos para acceder a las prestaciones de seguridad social y, a su vez, los procedimientos a seguir para su tramitación, que si bien tributan a la actuación del INASS, como instancia prejudicial, también sirven de herramientas a los jueces para la solución de los conflictos que se susciten al respecto.

Atendiendo a los cambios operados en el país durante los últimos años, y en correspondencia con el nivel de desarrollo económico-social alcanzado, la Ley No. 105, amplió y perfeccionó el sistema de seguridad social establecido mediante la Ley No. 24, de 28 de agosto de 1979.

El citado cuerpo legal, al regular el procedimiento para el trámite de las pensiones de seguridad social, en el Artículo 103, estableció que las resoluciones del director general del INSS causan estado y, contra ellas,

los interesados pueden iniciar el procedimiento judicial correspondiente ante la sala competente del tribunal provincial popular de su lugar de residencia, dentro del término de 30 días hábiles, contados a partir del siguiente al de la fecha de la notificación como primera instancia judicial y, contra lo que este resuelva, pueden las partes inconformes, entre ellas la administración, interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular (TSP), que dictará fallo definitivo, sin menoscabo del derecho a solicitar revisión ante la propia sala, contra la sentencia dictada, conforme al procedimiento anteriormente expuesto.

En virtud del comentado precepto legal, mediante la disposición final cuarta de la citada ley, fueron derogados el Artículo 257 de la Ley No. 49, de 28 de diciembre de 1984, Código de trabajo, y el segundo párrafo del Artículo 703 de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), los que otorgaban competencia (para conocer de las demandas contra las resoluciones dictadas en materia de seguridad social a largo plazo, en la última instancia de la vía administrativa) a la Sala de lo Laboral del Tribunal Provincial Popular de la entonces Ciudad de La Habana.

Teniendo en cuenta la extensión de la competencia que entraña la nueva ley a las restantes salas de lo Laboral del país, resultó necesario establecer determinadas reglas que, además de precisar aspectos ya contenidos en la invocada ley de trámites, regularan otros, relativos al control y tramitación de estos procesos, a fin de lograr una

práctica judicial correcta y uniforme en el país. De ahí que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), en sesión ordinaria celebrada el 12 de mayo de 2009, aprobara la Instrucción No. 192, en la que se estableció que las salas de lo Laboral de los tribunales provinciales populares conocerán de las inconformidades con las resoluciones en materia de seguridad social a largo plazo, dictadas por la última instancia del INSS, presentadas por el trabajador, jubilado o pensionado y, en caso de fallecimiento de estos, por los familiares beneficiarios que estimen vulnerado su derecho por la resolución administrativa; y el INSS, contra sus propias resoluciones definitivas que hayan creado derechos a favor de personas determinadas, siempre que para los efectos de su impugnación en la vía judicial, su órgano superior máximo haya declarado, en resolución fundada, que aquellas son lesivas a los intereses públicos. Dichas reclamaciones deberán ser presentadas dentro del término de 30 días hábiles, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución.

Los cambios que introdujo la Ley 105 en el procedimiento jurisdiccional permite la descentralización a los tribunales provinciales populares y a la filiales provinciales del INASS, al propiciar el acercamiento de las partes al territorio de residencia del pensionado, la representación letrada del demandante, y la práctica de las pruebas en la búsqueda de la verdad material, logrando además las ventajas de celeridad en el procedimiento, y justicia y equidad en las decisiones que se adopten.

Para la celebración del acto de la comparecencia pública a que se contrae el Artículo 730 de la citada ley, son aplicables con carácter supletorio las reglas que para este tipo de acto procesal aprobó el CGTSP en la Instrucción No. 194, de 8 de julio de 2009, en relación con los artículos 710, 711 y 712 de la ley de trámites, con la única excepción de que, antes de dar comienzo a la práctica de las pruebas, el tribunal fijará los hechos que deben ser objeto de análisis.

En la práctica de pruebas, el tribunal señala los hechos sobre los que deben recaer estas: mejores salarios, años de servicio y convivencia y dependencia económica, en el caso de la pensión por causa de muerte.

El tribunal, al dictar sentencia, debe tener en cuenta lo establecido en los artículos 714 y 718 de la LPCALE, en lo que resulte de aplicación a los procesos de seguridad social, resolviendo con claridad y precisión suficientes todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate, para su posterior cumplimiento por parte de la autoridad administrativa, a la que remitirá el expediente administrativo antecedente del proceso, en el término de 10 días siguientes al de la notificación de la sentencia.

Contra las sentencias que dicten las salas provinciales, cabe recurso de apelación en los 10 días siguientes al de su notificación, el que será resuelto por la Sala de lo Laboral del TSP, la que, al resolver dicha impugnación, se atenderá a lo establecido en la aludida instrucción, en lo que resulte pertinente.

PRÁCTICA JUDICIAL ACTUAL

Si bien en lo que va de aplicación de la Ley de seguridad social vigente en nuestro país, y de conformidad con las indicaciones del CGTSP en la Instrucción No. 192, la Sala Provincial a la que pertenezco solo ha radicado un número de asuntos por esta naturaleza que no es significativo, donde ha primado la solicitud de pensión por causa de muerte, lo cierto es que ello ha permitido un mayor acercamiento de la justicia a las personas y, por consiguiente, un mayor acceso a esta, si se tiene en cuenta que los sujetos legitimados para interesar dicha tutela jurídica, en su mayoría, son personas de avanzada edad, que cuentan con pocos recursos para moverse de sus territorios y acudir a la instancia judicial a reclamar los derechos que creen que le han sido vulnerados con la resolución emanada del INASS, cuyo término de reclamación es el perentorio de 30 días y la norma derogada los obligaba a recorrer largas distancias para establecer la correspondiente reclamación ante la Sala de lo Laboral del Tribunal Provincial Popular de la entonces Ciudad de La Habana. De ahí que, en ocasiones, estas personas se veían limitadas a establecer sus respectivas reclamaciones, teniendo en cuenta la lejanía del órgano de justicia facultado para resolver estos conflictos, cuestión que quedó solucionada con la nueva ley, al poder acudir a las salas provinciales de sus respectivos territorios.

Por otra parte, las salas provinciales, si bien radican en los municipios cabecera, su conocimiento abarca las reclamaciones de todo el territorio, por

lo que aun cuando es menor la distancia a recorrer, todavía los interesados encuentran algunas limitaciones con respecto al transporte para moverse hacia la sede de esta. Por ello, cuando ha sido necesario, por corresponder los implicados a otros municipios, los jueces se han trasladado al territorio correspondiente, en aras de una justicia expedita y racional, y en busca de la verdad material, como ha sido el caso de reclamaciones provenientes de municipios distantes de la capital provincial, permitiendo con ello que las personas propuestas como testigos puedan acudir ante el tribunal para ser examinados sobre los hechos que dieron lugar a la reclamación.

En resumen estas personas, en su mayoría de edad avanzada, tal cual los reclamantes, no tienen necesidad de moverse al municipio cabecera, en su lugar lo hace el tribunal, previa coordinación del aseguramiento de la actuación judicial, sin que se violen las indicaciones recogidas en la norma procesal para la celebración de la comparecencia laboral, en especial lo ordenado en la Instrucción No. 194, contentiva de las reglas previstas para la realización del aludido acto, constituyéndose para ello en la sede del Tribunal Municipal Popular de esa demarcación.

Esta práctica judicial, sin lugar a duda, si bien posibilita el acceso a la justicia de estas personas, también tributa a una mayor racionalidad de las decisiones judiciales, al poder los jueces actuantes nutrirse de los elementos necesarios de pruebas para el cabal conocimiento de la verdad, en cumplimiento del principio de intermediación.

CONCLUSIONES

1. Ante los desafíos que debe enfrentar la humanidad en materia de seguridad social, y a diferencia de otros países, Cuba posee un sistema de seguridad social catalogado como uno de los mejores del mundo, regido por el sistema socialista de producción, capaz de brindar esperanza al hombre, con el fin de lograr una vida mejor para cada uno de sus ciudadanos, en la que el hombre ocupe el lugar que, por naturaleza, le pertenece por ser el creador de las riquezas en toda sociedad.

2. El sistema de seguridad social ha experimentado avances, toda vez que no solo se encarga de pensiones por vejez, invalidez y muerte, y prestaciones monetarias por enfermedad común, maternidad y riesgos ocupacionales, sino que es un sistema de protección integral, en el cual se valora, por encima de todo, el ser humano.

3. Contamos con un proceso de seguridad social capaz de satisfacer las necesidades de la sociedad cubana de hoy, al poder acudir a la instancia judicial, una vez agotada la instancia administrativa, en busca de una tutela judicial efectiva, donde los jueces estamos llamados a lograr que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso, máxime cuando subsisten en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales

—acciones y recursos— para la efectiva resolución de los conflictos,

4. La práctica judicial ha demostrado que todavía podemos hacer mucho más para la solución efectiva y racional de las reclamaciones en materia de seguridad social, establecidas ante los tribunales por esta parte sensible de la población, en busca de una respuesta a sus necesidades jurídicas, que se satisface plenamente con poder acceder a procesos ágiles y con amplias garantías, y obtener una justicia pronta y de calidad sin limitaciones de ningún tipo.

BIBLIOGRAFÍA

Decreto No. 283 de 2009, complementario de la Ley No. 105.

Instrucción No. 192, de 12 de mayo de 2009, del CGTSP.

Instrucción No. 194, de 8 de julio de 2009, del CGTSP.

“Latinoamérica: crece el desempleo y la desigualdad en la distribución del ingreso”, en *Gaceta Laboral*, no. 15, 2006.

Ley No. 7, “De Procedimiento civil, administrativo, laboral y económico”, 1977.

Ley No. 49, de 28 de diciembre de 1984, “Código de trabajo”.

Ley No. 105 “De seguridad social”, de 27 de diciembre de 2008.

Rodríguez Gómez, Javier: “Las contingencias actuales y los modelos tradicionales de la seguridad social”, en *Gaceta Laboral*, no. 12, 2006.

Rodríguez Rodríguez, Áurea Verónica: *La seguridad y la asistencia social en Cuba*, Editora Política, Ciudad de La Habana, 2000.

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE ALGUNAS MODALIDADES DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Lic. Yolanda Pino Martínez,
presidenta, Sala de lo Económico, TPP de La Habana

EL DECRETO LEY No. 50,¹ de 15 de febrero de 1982, constituye el primer cuerpo jurídico que autoriza la inversión extranjera en Cuba, ofreciendo un marco legal para los requerimientos económicos del país en determinadas actividades donde los recursos financieros, materias primas, tecnologías y mercados que no estaban a nuestro alcance, resultaban indispensables para el empleo de los recursos naturales y humanos.

Con los cambios en la situación económica cubana a finales de la década de los ochenta, el comercio exterior también se vio afectado, requiriéndose reformas en la actividad de la inversión extranjera. Es así que nace el Ministerio para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica (MINVEC)² y, en 1995, se promulga la Ley No. 77,³ la cual deroga en su totalidad el citado Decreto Ley No. 50.

Ninguna de estas dos regulaciones aborda el tratamiento a la disolución y liquidación de las distintas modalidades de inversión extranjera que introducen, quedando sujetas a lo estipulado en el Código de comercio español.⁴ La primera normativa que lo sistematiza es la Resolución No. 27,⁵ de 20 de mayo de 2003, emitida por el MINVEC, la que establece para este sector algunos

- 1 El Decreto Ley No. 50, "Sobre asociación económica entre entidades cubanas y extranjeras", estableció el régimen jurídico bajo el cual podían continuar desarrollándose en nuestro país las asociaciones económicas de empresas estatales cubanas y otros entes nacionales con entidades extranjeras. Fue derogado por la Ley No. 77, "De la inversión extranjera", de 5 de septiembre de 1995.
- 2 El Decreto Ley No. 147, "De la reorganización de los organismos de la Administración Central del Estado", de 21 de abril de 1994, extinguió el Comité Estatal de Colaboración Económica y constituyó el MINVEC, encargado de analizar las oportunidades de negocios de entidades cubanas con inversionistas extranjeros.
- 3 La Ley No. 77, "De la inversión extranjera", fue promulgada el 5 de septiembre de 1995, con la finalidad de promover e incentivar la inversión extranjera en Cuba y así fortalecer la capacidad económica y el desarrollo sostenible del país. Derogada por la Ley No. 118, de 16 de abril de 2014.
- 4 El Código de comercio español fue promulgado en España el 22 de agosto de 1885 y, por Real Decreto de 28 de enero de 1886, se hizo extensivo a Cuba, donde entró en vigor el primero de mayo de 1886. Norma, entre otros aspectos, la disolución y liquidación de las compañías.
- 5 La Resolución No. 27, del MINVEC, aprobó las normas relativas a la actividad de supervisión y control de las inversiones extranjeras.

procedimientos, entre los cuales incluye el relativo al proceso de disolución y liquidación cuando existe acuerdo entre los socios, lo que retoma el reglamento⁶ de la recién promulgada Ley No. 118, “De la inversión extranjera”.⁷

El Decreto Ley No. 241⁸ de 2006, que introduce el procedimiento económico en la entonces Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral, en el Artículo 746,⁹ otorga la competencia a las salas de lo económico de los tribunales provinciales populares para conocer de los conflictos que se promuevan con motivo de la disolución y liquidación de las sociedades mercantiles cubanas, comprendidas las de capital mixto; sin embargo, el procedimiento para llevarlo a cabo en sede judicial no está reglamentado, lo que resulta de gran importancia, teniendo en cuenta el estímulo a la inversión extranjera en el actual escenario económico del país, conforme exhorta el lineamiento 96 de la Política económica y social del Partido y la Revolución:¹⁰ “Continuar propiciando la participación del capital extranjero, como complemento del esfuerzo inversionista nacional, en aquellas actividades que sean de interés del país, en correspondencia con las proyecciones de desarrollo económico y social a corto, mediano y largo plazos”.

Es objetivo de este trabajo analizar la actual base normativa sobre la disolución y liquidación de algunas formas de inversión extranjera en el país y su proyección en sede judicial, teniendo en cuenta las limitaciones que he tenido que enfrentar en mi experiencia práctica como jueza de la Sala de lo Económico, desprovista de medios regulatorios del procedimiento a seguir ante estos supuestos, y el llamado de la dirección del país a perfeccionar las regulaciones y los procedimientos de instrumentación de la participación de la inversión extranjera, de manera que se haga más ágil el proceso.¹¹

6 Decreto No. 325, “Reglamento de la Ley de la inversión extranjera”, de 9 de abril de 2014, en vigor a partir de los noventa días de la aprobación de la Ley No. 118.

7 Ley No. 118, de 29 de marzo de 2014, aprobada con la finalidad de ofrecer mayores incentivos a la inversión foránea y asegurar que la atracción de capital contribuya eficazmente a los objetivos del desarrollo económico sostenible del país.

8 El Decreto Ley No. 241 modifica la Ley No. 7, “De procedimiento civil, administrativo y laboral”, dictada por la Asamblea Nacional del Poder Popular, el 19 de agosto de 1977 y publicada en la *Gaceta oficial* el 20 de agosto de ese año. Introduce el procedimiento económico, y esta pasa a llamarse Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE).

9 Artículo 746. Las salas de lo económico de los tribunales provinciales populares son competentes para conocer de:

c) los conflictos que se promuevan por los socios de las sociedades mercantiles cubanas, comprendidas las de capital mixto, constituidas conforme a la ley nacional, con motivo de la inactividad de sus órganos de gobierno o de su disolución y liquidación.

10 Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución, aprobados en el VI Congreso del PCC.

11 Lineamiento 98.

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

La extinción de una sociedad mercantil es un fenómeno jurídico complejo, siempre que concurra una causa de disolución; aprobada esta, de manera voluntaria, por los socios o mediante la intervención judicial, se abre el proceso de liquidación de los negocios sociales pendientes. La primera se vincula a las relaciones de los socios entre sí, y la segunda, a las relaciones de la sociedad con terceros.

Durante la extinción, la sociedad mercantil debe conservar su personalidad jurídica, pues la disolución no produce la extinción de las relaciones sociales ni la del ente jurídico. La sociedad pierde su capacidad para realizar nuevas operaciones, pero subsiste para resolver, en la fase de liquidación, los vínculos jurídicos establecidos con terceros y por los propios socios entre sí.

Apunta Uría¹² que la disolución no puede confundirse con la extinción de la sociedad. La disolución es un presupuesto de aquella y, por sí, no le pone fin, sino que continúa subsistiendo como contrato y como persona jurídica. Con ella, se abre en la vida de la sociedad el período de liquidación, en el que la anterior actividad social lucrativa se transforma en mera actividad liquidatoria, encaminada al cobro de créditos, pago de deudas, fijación del haber social remanente y su división entre los socios.

Por su parte, el profesor Dávalos Fernández¹³ advierte la diferencia entre estos términos:

La disolución es el fin de la actividad mercantil de la empresa en cumplimiento de su objeto social. No es la extinción inmediata de la sociedad [...] no implica el fin de la sociedad, sino de las operaciones mercantiles de esta, el cese de sus administradores y la declaración del estado de liquidación.

En la práctica, se reflejan como causas comunes de disolución de las sociedades mercantiles, las siguientes:

- Expiración del plazo de duración estipulado en el contrato social.
- Terminación del objeto principal de la sociedad o imposibilidad de realizarlo.
- Acuerdo de los socios.
- Pérdida total del capital social.
- Fusión con otra sociedad.
- Quiebra de la sociedad.
- Muerte de algún socio.

Todas estas causas operan de forma distinta.

La expiración del término produce efectos automáticamente, sin necesidad de decisión por parte de los socios o de autoridad judicial, mientras que las restantes, para que produzcan sus efectos normales, precisan de una de-

12 Rodrigo Uría: *Derecho mercantil*, p. 202.

13 Rodolfo Dávalos: *Las empresas mixtas. Regulación jurídica*, p. 118.

claración de voluntad por parte de los socios que, de no producirse, requerirá de la intervención judicial a solicitud de estos.

La liquidación de las sociedades mercantiles es el conjunto de actos jurídicos encauzados a concluir los vínculos establecidos por la sociedad con terceros y con los socios y por estos entre sí. Estas operaciones de liquidación son seguidas por la división y distribución del haber social entre los socios. Señala Uría¹⁴ que: “[...] la liquidación viene como consecuencia inmediata de la disolución y tiene como efecto inmediato el cese de la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones”.

En sentido general, con la liquidación, se concluyen las operaciones sociales pendientes, se cobran y se pagan las deudas y se venden los bienes sociales para posteriormente practicar el reparto del patrimonio social entre los socios.

Al igual que la disolución, la liquidación puede ser judicial, o no. Siempre que se requiera la intervención del tribunal para su obtención, será judicial.

Los liquidadores son las personas encargadas de hacer la liquidación. Su nombramiento debe establecerse en los estatutos sociales y, de no hacerse, podrán desempeñar esa función las personas que hayan llevado la administración de la sociedad, a no ser que se oponga alguno de los socios, en cuyo caso deberán convocar a la junta para definirlo.

La liquidación puede estar a cargo de uno o varios liquidadores. En cualquiera de los casos, responden por los perjuicios que resulten al haber común, en caso de fraude o negligencia.

En su desempeño, deben practicar el balance final de liquidación y comunicárselo a los socios, así como, periódicamente, rendir cuentas de su gestión a estos. Cubiertas las deudas sociales, deberán liquidar a cada socio la parte que le corresponda en el haber social, lo que solo podrá ocurrir una vez pagadas las deudas sociales.

Tanto la disolución como la liquidación de la sociedad culminan con su inscripción en el Registro mercantil correspondiente.

ACTUAL NORMATIVA PARA LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN JUDICIAL

El estudio de la normativa para la disolución y liquidación judicial parte de una dificultad inicial que tiene que ver con su insuficiencia.

El Artículo 13.1¹⁵ de la Ley No. 118 establece las modalidades que puede adoptar la inversión extranjera en Cuba: empresa mixta, contrato de asociación económica internacional o empresa de capital totalmente extranjero.

14 Uría: *Op. cit.*, p. 205.

15 Artículo 13.1. La inversión extranjera adopta alguna de las modalidades siguientes: a) empresa mixta; b) contrato de asociación económica internacional; o c) empresa de capital totalmente extranjero.

Si bien otras formas de inversión habían sido aprobadas, mediante el Acuerdo No. 3827,¹⁶ y ajustadas a través del Acuerdo No. 5290,¹⁷ como los contratos para la producción cooperada de bienes o la prestación de servicios, los de administración productiva o la prestación de servicios y los de administración hotelera, derogado este último con la promulgación de la Ley No. 118, quedan ratificados en su Artículo 13.2¹⁸ como contratos de asociación económica internacional.

La empresa mixta implica la formación de una persona jurídica distinta a la de las partes, adopta la forma de compañía anónima por acciones nominativas y le es aplicable la legislación vigente en la materia, lo que significa que los socios no responden personalmente con su patrimonio frente a terceros. Esta, por sí, es sujeto de derechos y obligaciones, respondiendo con su capital social.

En el Artículo 14.9¹⁹ de la Ley No. 118, se exige que la disolución y liquidación de la empresa mixta se rige por lo dispuesto en sus estatutos sociales, sujeto a lo dispuesto en la legislación vigente. Es de entender como ley aplicable el Código de comercio español de 1885 (en adelante, el Código).

Por su parte, el contrato de asociación económica internacional no implica la constitución de una persona jurídica distinta a la de los contratantes, puede tener por objeto la realización de cualquier actividad contenida en la autorización²⁰ o la legislación vigente. Tienen libertad para estipular todos los pactos y cláusulas que entiendan convenir a sus intereses, sin infringir el objeto autorizado, las condiciones de la autorización o la legislación vigente.

16 El Acuerdo No. 3827, de 6 de diciembre del 2000, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, estableció el procedimiento para concertar contratos para la producción cooperada de bienes o la prestación de servicios, así como de administración hotelera y productiva, con personas naturales o jurídicas extranjeras, en correspondencia con su objeto social o empresarial.

17 Mediante el Acuerdo 5290, de 11 de noviembre de 2004, el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros aprobó que las empresas y entidades estatales con personalidad jurídica y las sociedades mercantiles de capital totalmente cubano están facultadas a concertar contratos para la producción cooperada de bienes o la prestación de servicios, así como de administración hotelera, productiva o de servicios, con personas naturales o jurídicas extranjeras, en correspondencia con su objeto social o empresarial, al amparo de lo que se establece en este Acuerdo, cuando este no reúna las características de las asociaciones económicas internacionales que regula la Ley No. 77, de 5 de septiembre de 1995. Fue derogado mediante la disposición final segunda de la Ley No. 118.

18 Artículo 13.2. Como contratos de asociación económica internacional clasifican, entre otros, los contratos a riesgo para la exploración de recursos naturales no renovables, la administración hotelera, productiva o de servicios y los contratos para la prestación de servicios profesionales.

19 Artículo 14.9. La disolución y liquidación de la empresa mixta se rige por lo dispuesto en sus estatutos sociales, sujeto a lo dispuesto en la legislación vigente.

20 La Ley No. 118, en el Artículo 2, define la autorización como el título habilitante expedido por el Consejo de Ministros, o por el jefe de un organismo de la Administración Central del Estado en el que se delegue, para la realización de alguna de las modalidades de inversión extranjera en ella previstas.

En el contrato de asociación económica internacional, cada parte contratante hace aportaciones distintas, constituyendo una acumulación de participaciones de las cuales son propietarios en todo momento y, aunque sin llegar a constituir un capital social, les es dable llegar a formar un fondo común, siempre y cuando quede determinada la porción de propiedad de cada uno de ellos.

En la empresa de capital totalmente extranjero, el inversionista extranjero ejerce la dirección, disfruta de todos los derechos y responde por todas las obligaciones prescritas en la autorización.

La Ley No. 118 regula, también, el régimen de solución de los conflictos que surgen de las relaciones entre los socios de una empresa mixta o entre los inversionistas nacionales y extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional o entre los socios de una empresa de capital totalmente extranjero bajo la forma de compañía anónima por acciones nominativas, estableciendo que se resuelven según lo acordado en los documentos constitutivos, lo que resulta de aplicación, además, cuando el conflicto se produce entre uno o más socios y la empresa mixta o la empresa de capital totalmente extranjero a la que pertenecen.

El Artículo 60.3,²¹ de esta ley refrenda lo que el Decreto Ley 241 de 2006 estipulara, por razón de orden público, como una de sus novedades más importantes, regulando, entre la competencia de las salas de lo Económico de los tribunales provinciales populares, la de conocer de los conflictos que se promuevan con motivo de la disolución y liquidación de las sociedades mercantiles cubanas, comprendidas las de capital mixto.

Del texto de la norma, se colige que el conocimiento en sede judicial del asunto que se promueva, relacionado con la disolución o liquidación societaria, se produce cuando no puede alcanzarse el acuerdo social para llevarlas a cabo porque falta la voluntad de los socios para disolver o liquidar.

En estos casos, la intervención del tribunal no tiene lugar de oficio, debiendo ser solicitada mediante demanda, en proceso de conocimiento que será dirigida contra la parte que se oponga o genere el conflicto. Al respecto, algunos autores han referido que no se puede presumir que la persona que interesa la disolución o liquidación pretende pleitear contra la sociedad, sino que persigue, frente a una voluntad social inexistente, que el tribunal imponga lo que los órganos correspondientes de aquella no pudieron acordar.

En atención a lo expuesto, se pueden considerar legitimados para solicitar la intervención judicial, en un conflicto relacionado con la disolución o liquidación de las sociedades mercantiles cubanas, cualquiera de los socios integrantes de una empresa mixta o parte de un contrato de asociación económica internacional, las empresas de capital totalmente extranjero y las em-

21 Artículo 60.3. Los conflictos surgidos con motivo de la inactividad de los órganos de gobierno de las modalidades de inversión extranjera previstas en la ley, así como de la disolución o terminación y liquidación de estas, serán resueltos en todos los casos por la Sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular que corresponda.

presas estatales u otras entidades nacionales. El Artículo 751²² de la LPCALE reconoce como partes en los procesos de lo económico a las empresas estatales, uniones y demás organizaciones económicas estatales, cualesquiera que sean las formas que adopten conforme con la ley, a las sociedades mercantiles y las empresas mixtas y personas jurídicas o naturales extranjeras, autorizadas a operar en el territorio nacional. En todos los casos, el Artículo 754²³ fija que podrán comparecer al proceso económico por sí, dirigidas o representadas por abogado, rigiéndose la representación de las personas jurídicas por lo dispuesto al efecto en el Artículo 64²⁴ de la propia ley procesal.

En cuanto al procedimiento a seguir para tramitar la disolución o liquidación en sede judicial no existe regulación en nuestro ordenamiento procesal. Es el Código, vigente en Cuba desde 1886, el que viene a suplir las lagunas en cuanto a la forma de ventilarlo, cuyos preceptos, en ocasiones, se tornan inoperantes, teniendo en cuenta la data de su vigencia.

El conflicto societario para la disolución o liquidación que conoce el tribunal, como ya he apuntado, se ventila por los trámites del proceso ordinario, por tanto su tramitación se ajusta a todo lo que en cuanto a este se estipula en el procedimiento de lo económico, razón por la que puede terminar mediante sentencia o auto aprobando acuerdo de las partes. En la práctica judicial, este último nunca se ha puesto de manifiesto, pero resulta entendible que, una vez colocado el asunto en el tribunal, si las partes arriban a acuerdo, tendría que resolver sobre lo conciliado.

En la sentencia que se dicta en los procesos en que se interesa la disolución, solo se evalúan las causas de esta, ya sean legales o estatutarias. Las causas legales aparecen refrendadas en el Artículo 221²⁵ del Código. A la luz

22 Artículo 751. Pueden ser parte en los procesos de lo económico: a) las empresas, uniones y demás organizaciones económicas estatales, cualesquiera sean las formas que adopten conforme con la ley; b) los órganos y organismos del Estado y demás unidades presupuestadas; c) las sociedades mercantiles y civiles de servicio; d) las instituciones financieras; e) las organizaciones políticas, sociales y de masas y entidades que les están subordinadas; f) las asociaciones, fundaciones y demás organizaciones de carácter social; g) las empresas mixtas y personas jurídicas o naturales extranjeras, autorizadas a operar en el territorio nacional; h) las cooperativas de producción agropecuaria, las cooperativas de créditos y servicios, las unidades básicas de producción cooperativa o cualquier otro tipo autorizado por la ley; i) los agricultores pequeños, propietarios o usufructuarios de tierras; j) cualquier otra entidad o persona natural que autorice expresamente la ley.

23 Artículo 754. Las partes podrán comparecer en el proceso económico por sí o representadas por abogado. Cuando lo hagan por sí mismas serán dirigidas por abogado.

24 Artículo 64. Por las personas jurídicas actuarán quienes las representen conforme a las disposiciones legales, reglamentarias o estatutarias por las cuales se rijan. A los efectos de la comparecencia en el proceso, se presume que el presidente, gerente, director general o funcionario que ejerza la máxima autoridad está facultado para representarlas.

25 El Artículo 221 del Código establece que las compañías, de cualquier clase que sean, se disolverán totalmente por las causas que siguen: 1.ª El cumplimiento del término prefijado en el contrato de sociedad o la conclusión de la empresa que constituya su objeto; 2.ª La pérdida entera del capital; 3.ª La quiebra de la compañía.

del Decreto No. 325, "Reglamento de la Ley de la inversión extranjera", por primera vez en Cuba, un cuerpo legal establece las causales de disolución de las modalidades de inversión extranjera autorizadas.²⁶

La decisión que adopte el tribunal lo que hace es sustituir la voluntad de los órganos sociales aplicando un mandato legal, que pudiera ser declarar disuelta la sociedad, si comprueba que, efectivamente, concurren los presupuestos legales o estatutarios, impidiendo que esta siga actuando en el tráfico mercantil.

También es posible el caso en que se suscite el conflicto societario cuando ya se ha abierto la fase de liquidación, supuesto en el que se requiere la demostración previa de la inscripción de la disolución y un análisis riguroso por parte de los jueces de las cuestiones de fondo, adquiriendo gran importancia la prueba pericial, dada la estrecha vinculación de esta etapa con todas las operaciones contables pendientes de la sociedad. No puede obviarse que, desde el momento en que la sociedad se declare en disolución, cesa la representación de los administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones, quedando limitadas sus facultades en calidad de liquidadores a percibir los créditos de la compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo, y a realizar las operaciones pendientes.²⁷

En nuestra práctica judicial se han presentado asuntos en que se interesa la disolución de la empresa mixta o asociación económica internacional y el inicio de la fase de liquidación, en cuyos casos, demostrada la concurrencia de las causas de disolución, se ha decretado esta, dejando abierto el proceso de liquidación para su posterior tramitación en el proceso de ejecución de la sentencia.

La sentencia que recaiga en estos casos correrá por el trámite de notificación legalmente establecido. De estar las partes personadas en el proceso, les será notificada dentro de los dos días hábiles siguientes al de su fecha,²⁸ con entrega de copia literal.²⁹ De no concurrir a notificarse como se señala, se le notificará mediante aviso en la tablilla de anuncios de la sala.³⁰

26 En el artículo 37 establece las causales por las que procede, según su caso, la disolución de una empresa mixta o de capital totalmente extranjero, o la terminación de los contratos de asociación económica internacional.

27 Artículo 228 del Código.

28 Artículo 158 (LPCALE). Las resoluciones se notificarán a todos los que sean partes en el proceso en el mismo día de su fecha o a más tardar en el siguiente, con excepción de las sentencias, cuya notificación podrá realizarse dentro de los dos días hábiles siguientes al de su fecha.

29 Artículo 160 (LPCALE). Las notificaciones se practicarán por el secretario o secretario auxiliar. Si se tratare de auto o sentencia, se hará entrega de copia literal de la resolución con expresión del asunto en que se haya dictado, firmada por el secretario o secretario auxiliar que la practique. En ambos casos, se consignará en el expediente la fecha en que se practique la notificación, mediante diligencia que firmará el notificado y el secretario o secretario auxiliar que la practique.

30 Artículo 161 (LPCALE). Las partes o sus representantes que no concurran a notificarse en la oportunidad antes señalada, serán notificados mediante el estado diario a que se refiere el Artículo 162 que el secretario fijará en la tablilla de avisos del tribunal y se dejará constancia de ello, mediante nota certificada, al pie de la resolución. Si se

Si la parte demandada no está personada en las actuaciones del proceso, se le notificará en su domicilio. Si tiene su domicilio en el exterior, se interesa la cooperación internacional, mediante comisión rogatoria que se tramita por la vía del Ministerio de Relaciones Exteriores. En caso de domicilio o paradero ignorado, se le notificará por medio de sus apoderados, que sean conocidos en el lugar de la diligencia. En su defecto, por avisos a los que se dará la publicidad posible, entre los que se incluye la publicación de este en la *Gaceta oficial*.³¹

Contra esta sentencia, igualmente, podrá interponerse recurso de casación por cualquiera de las partes intervinientes.³²

Si el objeto de la resolución fue únicamente declarar la disolución de la empresa o terminación del contrato de asociación económica internacional, una vez que alcance firmeza, se comunica al Registro mercantil y, asentada en el libro correspondiente, se deja constancia en las actuaciones y concluye la actuación judicial. Si incluyera pronunciamiento en cuanto a la apertura de la fase de liquidación, por tratarse de una sentencia recaída en proceso ordinario, cuando sea firme, deberá ser instada su ejecución por la parte interesada, de lo que se encargará el tribunal que resolvió el asunto en primera instancia.³³

Instada la ejecución forzosa de la sentencia que decretara el inicio de la fase de liquidación, el tribunal deberá atenerse a lo establecido en el Artículo 227³⁴ del Código en cuanto a observar las reglas establecidas en la escritura de la compañía, ahora definidas en los artículos 45 al 51 del reglamento; en su defecto, las que en esa norma se exponen.

Un alto para abordar lo relacionado con la denominación de la sociedad de cuya liquidación se va a resolver. Como he dicho, la sociedad disuelta entra inmediatamente en fase de liquidación. Doctrinalmente, se esgrime que, durante esta etapa, se debe añadir a su denominación la frase “en liquidación”,

tratarse de demandado en rebeldía, se estará a lo dispuesto en los artículos 437 a 442, ambos inclusive.

31 Artículo 169 (LPCALE). A las personas de domicilio o paradero ignorado se les citará, emplazará, notificará, requerirá o llamará a los procesos, comparecencias o actos de cualquiera clase en que deban intervenir como partes, interesados, herederos o en otro concepto, por medio de sus apoderados, cónyuges o parientes dentro del segundo grado, que fueren conocidos en el lugar de la diligencia. En su defecto, por avisos a los que se dará la publicidad posible.

32 Artículo 631 (LPCALE). El recurso de casación se interpondrá ante el tribunal provincial popular que haya dictado la resolución contra la cual se dirija, dentro de los cinco días siguientes a la notificación a la parte que lo interponga.

33 Artículo 474 (LPCALE). Firme que sea una sentencia, se procederá a su ejecución, siempre a petición de la parte interesada por el tribunal que hubiere conocido del asunto en primera o única instancia.

34 Artículo 227. En la liquidación y división del haber social se observarán las reglas establecidas en la escritura de compañía y en su defecto, las que se expresan en los artículos siguientes.

de manera que sea pública la situación en que se encuentra. En algunos de los artículos del Código, se le da el tratamiento de Sociedad en liquidación, lo que si bien no es preceptivo, viene a ratificar lo que sobre el tema se plantea.

En los casos que hemos conocido en nuestra actividad judicial, hemos apreciado que generalmente las partes que conforman la sociedad precisan en los estatutos, en número impar, quiénes serán los liquidadores de esta, lo que entendido a la luz del citado Artículo 227 del Código, al quedar definida estatutariamente la manera en que se llevará a efecto la liquidación, no habrá lugar a duda de cómo proceder. Para ese supuesto, se exigirá de quien promueve la ejecución que, al momento de su solicitud, realice la propuesta del liquidador en consonancia con lo que acordaran. De no hacerlo, se le requerirá para que lo cumpla, bajo el apercibimiento de que, de no verificarlo, se tendrá por no presentada dicha solicitud de ejecución. De no existir defectos en el modo de solicitar, el tribunal da inicio al proceso de ejecución y requiere a la otra parte para que también proponga liquidador, igualmente en correspondencia con lo pactado. Si la parte condenada resultara ser el socio extranjero, el requerimiento cursará por el mismo trámite descrito para la notificación de la sentencia. En caso de que deje transcurrir el término otorgado, el tribunal designará a los liquidadores, ajustándose a lo que estatuyeran y teniendo en cuenta la propuesta de quien promueve la ejecución.

Cuestión distinta es cuando esta situación no aparece regulada en los estatutos, en cuyo supuesto no existe norma supletoria para su tramitación, pues el Código no lo contempla, ni el Decreto No. 325 que, si bien estipuló para ese sector lo relativo al proceso de disolución y liquidación, lo hizo partiendo de que las modalidades de inversión extranjera arriben al acuerdo de disolver y terminar o liquidar el negocio.

El Código establece que si alguno de los socios se creyese agraviado en la división acordada, podrá usar de su derecho ante el juez o tribunal competente.³⁵ Esta hipótesis la interpretamos como una liquidación que ha discurrido hasta ese momento con la anuencia de los socios y aparece la disconformidad, entrañando el inicio de un proceso por el conflicto que ha surgido. Si bien en mi experiencia práctica no he tenido conocimiento de asuntos de esta naturaleza, sí he atendido demandas en las que la pretensión va dirigida a que el tribunal valide estados financieros que los socios, por desacuerdos con su contenido, no han aprobado.

Sobre la actuación de los liquidadores en ejecución en sede judicial, ante la carencia de regulación estatutaria, no existiendo norma legal que lo implemente, pienso que debería emplearse la fórmula establecida para la designación de peritos, convocándolos al tribunal para imponerlos de la responsabilidad que asumen y advertirlos de sus obligaciones, recogidas entre los artículos 230 y 232 del Código.

35 Artículo 233 del Código.

Pudiera ocurrir que, contrario a lo que establece el Artículo 228³⁶ del Código, esté prevista en los estatutos la designación como liquidadores de otras personas distintas de los administradores, en cuyo supuesto, el tribunal estaría a lo dispuesto en el Artículo 227. Igualmente, pudiera manifestarse que las personas nombradas no puedan o no quieran asumir esa responsabilidad, quedando en manos del tribunal la búsqueda de su solución.

El nombramiento del liquidador o liquidadores por parte del juez, para el inicio de la liquidación, es de carácter obligatorio, cuando inciden los desacuerdos descritos, facultad que le es inherente desde que le es sometida la ejecución forzosa del asunto. No podemos olvidar que si es el tribunal quien decreta la disolución de la sociedad, en aplicación de una de las causas legítimas, y la apertura de la fase de liquidación, le corresponde correr con dicho nombramiento, como consecuencia natural y jurídicamente lógica de la disolución. Los liquidadores desempeñan un papel importantísimo en la terminación de las operaciones contables de la sociedad. La exigencia de la inscripción de su nombramiento en el Registro mercantil³⁷ es una de las razones que se emplea para definir su envergadura.

En el acto que se convoque para la imposición a los liquidadores de sus funciones, se les concedería un término prudencial para que informen sobre su actuación al tribunal, el que pudiera guardar relación con lo que establece el apartado primero del Artículo 230³⁸ del Código y que interpretamos que se refiere al inicio de la fase liquidatoria, correspondiéndole al tribunal comunicar, al Registro mercantil, el cese de los administradores, la identidad de las personas encargadas de la liquidación, el modo en que deben ejercer sus facultades los liquidadores; y, a la entidad bancaria, el cambio de administración por sus consecuencias en las operaciones contables, además de ir supervisando su desempeño. Asentada la inscripción, se requerirá a los liquidadores para la presentación de un informe mensual sobre el estado de la liquidación, en correspondencia con el apartado segundo del artículo que en este propio párrafo se cita, y la sala de justicia practicará cuantas acciones sean necesarias para que los liquidadores mantengan una labor activa y responsable en la solución del caso. El Artículo 47³⁹ del reglamento de la ley precisa un término más extenso para que los liquidadores informen, a los accionistas o las partes, el estado del proceso de liquidación que, de común acuerdo, llevan

36 Artículo 228. Desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones, quedando limitadas sus facultades en calidad de liquidadores.

37 Artículo 168 del Reglamento del Registro mercantil.

38 Artículo 230. Bajo pena de destitución deberán los liquidadores: 1.º Formar y comunicar a los socios, dentro del término de veinte días, el inventario del haber social con el balance de las cuentas de la sociedad en liquidación, según los libros de su contabilidad. 2.º Comunicar, igualmente, a los socios todos los meses el estado de liquidación.

39 El Artículo 47 del Decreto No. 325 estipula que los liquidadores informan trimestralmente a los accionistas o las partes, el estado del proceso de liquidación en el ámbito de las reuniones de los órganos de gobierno que al efecto se convoquen.

a cabo, el que, a los efectos de la liquidación judicial, resulta extremadamente prolongado, teniendo en cuenta que es el tribunal el que lleva el control de la actividad que desarrollan, y está obligado a prevenir cualquier dilación injustificada e innecesaria durante su tramitación.

Al concluir los liquidadores su actividad, teniendo en cuenta el conocimiento del asunto en sede de justicia, deberán presentar al tribunal, en el plazo que se les indique, el balance final o de cierre de la sociedad con la propuesta de división del haber social. El tribunal pudiera exigir, en correspondencia con lo que estipula el Artículo 49.2⁴⁰ del reglamento de la Ley de la inversión extranjera, que el informe contenga los estados financieros de cierre de liquidación, la propuesta de distribución de los beneficios, destino de los activos, y demás aspectos que se considere consignar, ciñendo así a quienes actúan como liquidadores a un patrón que les permita estructurar, de manera clara y precisa, la información que brindan. De este informe, el tribunal dará traslado a los socios para que se pronuncien sobre su conformidad, o no, para lo que fijará un término que, por no estar regulado, será a su apreciación.⁴¹ Nada obsta que, por la especialidad del balance, el tribunal se auxilie de un perito auditor para que dictamine sobre la autenticidad de la liquidación practicada, pero previendo la designación de uno de estos al momento de iniciar la liquidación, sería conveniente reunir en estas condiciones, de manera que imprima confiabilidad al informe final, evitando dilatar innecesariamente esta fase.

Una vez que los liquidadores ejecuten la entrega del haber que corresponde a cada socio, informarán al tribunal, el que lo comunicará al Registro mercantil para que se cancele la inscripción de la sociedad, quedando entonces extinguida.⁴²

TRATAMIENTO REGISTRAL A LA DISOLUCIÓN Y LA LIQUIDACIÓN

El Código reglamenta que la disolución de la compañía de comercio que proceda de cualquiera otra causa que no sea la terminación del plazo por el cual se constituyó, no surtirá efecto, en perjuicio de tercero, hasta que se anote en el Registro mercantil.⁴³

Por su parte, el Decreto Ley No. 226,⁴⁴ define los sujetos y actos susceptibles de inscripción, especificando entre estos la disolución y liquidación

40 El Artículo 49.2 describe lo que deberá contener el informe de liquidación.

41 Artículos 232 y 233 del Código.

42 Artículos 165 al 176 del Reglamento del Registro.

43 Artículo 226. La disolución de la compañía de comercio que proceda de cualquiera otra causa que no sea la terminación del plazo por el cual se constituyó, no surtirá efecto, en perjuicio de tercero, hasta que se anote en el Registro mercantil.

44 Decreto Ley No. 226, "Del Registro mercantil", de 6 de diciembre de 2001, publicado en la *Gaceta oficial* el 17 de diciembre de 2001, edición extraordinaria.

de las empresas mixtas, contratos de asociación económica internacional y empresas de capital totalmente extranjero, lo que sistematiza el Reglamento del Registro mercantil, instituido por la Resolución 230,⁴⁵ que refiere que las sociedades mercantiles adquieren su personalidad jurídica a partir de su inscripción en este y en esa inscripción se asientan, entre otras circunstancias, la disolución y liquidación de la sociedad.

Sobre esa preceptiva, la Ley No. 118, en su capítulo XIV, relativo al régimen de registro e información financiera, establece que las empresas mixtas, los inversionistas nacionales y extranjeros, partes en contratos de asociación económica internacional, y las empresas de capital totalmente extranjero, antes del comienzo de sus operaciones, se inscriben en un término de 30 días naturales, contados a partir de la fecha de notificación de la autorización, lo que ratifica en sus artículos 14.6, 15.5 y 16.2, en cuanto a la empresa mixta, contrato de asociación económica internacional inversionista extranjero en empresas de capital totalmente extranjero, ya sea por sí o mediante la creación de una filial cubana de la entidad extranjera de la que es propietario, bajo la forma de una compañía anónima por acciones nominativas, o como persona jurídica, estableciendo una sucursal de una entidad extranjera. En consonancia con ello, fija igualmente el reglamento, en sus artículos 39 y 43, el carácter registral de la disolución y la liquidación.

Conforme al Artículo 164 del Reglamento, el registrador, de oficio, extiende una nota al margen de la última inscripción de la sociedad, expresando que ha quedado disuelta, en los casos en que haya transcurrido el plazo de duración, para el cual fue constituida esta, apercibiéndose de que no se le ha otorgado prórroga, por acuerdo de los socios, por disposición de la autoridad administrativa competente que autorizó su creación y por resolución judicial firme.

En la nota al margen de la última inscripción, el registrador señala el motivo de la disolución, pasando a inscribir seguidamente el acuerdo de disolución o la resolución administrativa o judicial que la declara, la que se publica en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.

La inscripción de la disolución de sociedades mercantiles por acuerdo de los socios se practica en virtud de escritura pública, sentencia firme por la que se haya declarado la disolución o por resolución o acuerdo de la autoridad administrativa competente. Crea cierta confusión la redacción de este artículo, al mezclar la disolución por acuerdo voluntario de los socios, con la disolución forzosa ante el tribunal, resuelta mediante sentencia. En caso de arribar los socios a acuerdo, en sede judicial, para disolver la sociedad, la resolución que se dicta es un auto, lo que queda excluido con este precepto. De alcanzarse la disolución por acuerdo de los socios, no sería necesaria la intervención judicial ni la administrativa.

45 Instituye el mencionado Reglamento, conforme dispusiera el Decreto Ley No. 226, en su disposición final segunda, a fin de garantizar su funcionamiento.

Según el Artículo 168 de dicho Reglamento, en la inscripción de la disolución de cualquier sociedad mercantil se hace constar, además de las circunstancias generales, la causa que la determina y el cese de los administradores; la identidad de las personas encargadas de la liquidación, cuando procediera; el modo en que deben ejercer sus facultades los liquidadores y los acuerdos de los órganos colegiados de la sociedad para su correspondiente liquidación. De ahí, el proceder que expliqué antes.

Asimismo, instituye que las sociedades mercantiles, al extinguirse, presentan como garantía registral, por medio de escritura pública, el balance final de la liquidación que ha sido aprobada por el órgano colegiado correspondiente, y declarado ante la autoridad administrativa competente; el pago o satisfacción de los acreedores o la consignación o aseguramiento de sus créditos, señalando la identidad de los acreedores pendientes de satisfacción; el importe de las cantidades consignadas y de las aseguradas, así como la entidad en que se hubieran consignado y las que hayan asegurado el pago de los créditos vencidos; el reparto a los socios del haber social existente o, en su lugar, que han sido consignadas en depósito, a disposición de sus legítimos propietarios, las cuotas no reclamadas, con su expresión y, en su caso, que se ha procedido a la anulación de las acciones.⁴⁶

Se establece que los liquidadores solicitan al Registro la cancelación de la sociedad extinguida, por medio de escritura pública, presentando el balance final de la liquidación, conforme el acuerdo constitutivo de la sociedad para tal fin y las regulaciones que se establecen por la ley y el Reglamento, en ocasión del depósito del estado de las cuentas anuales; la enumeración y descripción de los libros de comercio y contabilidad que, según las regulaciones en vigor, obliguen a su depósito en caso de extinción, los que se acompañan a la escritura para su conservación en el Registro por un plazo de cinco años, a partir del asiento de cancelación de la sociedad en este. No se tuvo en cuenta que, para el caso de la liquidación en sede judicial, es al tribunal a quien corresponde comunicar al Registro la cancelación mediante comunicación escrita, teniendo en cuenta que la resolución judicial es lo que va a decidir el inicio de la fase de liquidación, surtiendo sus efectos al momento de su ejecución.

Siempre se hace constar en el Registro donde se encuentre inscrita la sociedad mercantil, la disolución, el nombramiento de los liquidadores y la solicitud de cancelación de esta y el cierre de sus sucursales.

El Reglamento, en el Artículo 173, regula que, en caso de quiebra de las sociedades mercantiles, la inscripción se practica en virtud de la resolución judicial firme y se publica en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. Igualmente fija que, a las inscripciones de empresas mixtas, le son aplicables todas las disposiciones referidas a las sociedades mercantiles.⁴⁷

46 Artículo 70.

47 Artículo 176.

En cuanto a los contratos de asociación económica internacional, se asienta en la inscripción, entre otros aspectos, el contenido de las cláusulas contractuales, con expresión de las circunstancias que resulten aplicables entre las consignadas para las sociedades mercantiles en el propio reglamento y sus modificaciones posteriores.⁴⁸

CONCLUSIONES

1. La disolución de una sociedad no implica su extinción o terminación; constituye una fase, en la que el negocio societario cesa en sus operaciones, conserva su personalidad jurídica para todos los actos inherentes a la liquidación, que es donde se concluyen las operaciones sociales pendientes, para posteriormente practicar la división del patrimonio social entre los socios. Subsiste hasta que se anote la terminación de la liquidación en el Registro mercantil.

2. No existe procedimiento que regule la disolución y liquidación en sede judicial de las modalidades de la inversión extranjera en Cuba y los presupuestos contenidos en el Código de comercio son insuficientes para su tratamiento.

3. Ante la no regulación, en los estatutos de la sociedad, de quiénes deben actuar como liquidadores, o desacuerdo de los designados en estos, corresponde al juez su nombramiento para el inicio de la liquidación judicial, por su facultad de resolver forzosamente el asunto que se le somete.

4. Es insuficiente el tratamiento doctrinal y legislativo en nuestro país, respecto a la disolución y liquidación judicial de las formas de inversión extranjera surgidas.

BIBLIOGRAFÍA

- Beltrán Sánchez: "Nombramiento de liquidadores en la sociedad anónima", en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1991.
- Burguet Rodríguez, René: *Comentarios al texto de la Ley de la inversión extranjera en Cuba*, Sangova S.A., Madrid, 1996.
- Colectivo de autores: *Lecturas para el empresario*, Ediciones ONBC, La Habana, 2009.
- Dávalos Fernández, Rodolfo: *Las empresas mixtas. Regulación jurídica*, Ivercan Caribe S.L., Islas Canarias, 1994.
- Equipo Jurídico: *Lex mentor. Sociedades mercantiles*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2006.
- Uría, Rodrigo: *Derecho mercantil*, 24.ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997.

48 Artículo 177.

Legislación

Código de comercio español, de 22 de agosto de 1885, extensivo a Cuba por Real Decreto de 28 de enero de 1886, en vigor desde el primero de mayo de 1886.

Decreto Ley No. 50, “Sobre asociación económica entre entidades cubanas y extranjeras”, de 15 de febrero de 1982.

Decreto Ley No. 147, “De la reorganización de los organismos de la Administración central del Estado”, de 21 de abril de 1994.

“Decreto Ley No. 226, «Del Registro mercantil», de 6 de diciembre de 2001”, en *Gaceta oficial*, ed. extraordinaria, La Habana, 17 de diciembre de 2001.

“Decreto Ley No. 241, «Del procedimiento de lo económico»”, en *Gaceta oficial*, ed. ordinaria, La Habana, 4 de enero de 2006.

Ley No. 77, “De la inversión extranjera”, de 5 de septiembre de 1995.

Ley No. 118, “De la inversión extranjera”, de 29 de marzo de 2014.

Ley No. 7, “De procedimiento civil, administrativo y laboral”, de 19 de agosto de 1977, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba.

“Resolución No. 230, «Reglamento del Registro mercantil»”, en *Gaceta oficial*, ed. ordinaria, La Habana, 4 de noviembre de 2002.

Resolución No. 27, “Normas relativas a la actividad de supervisión y control de las inversiones extranjeras”, del Ministerio para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica, La Habana, 20 de mayo de 2003.

CONNOTACIÓN ÉTICA EN LA PRÁCTICA DE LAS HABILIDADES CONCILIATORIAS

Esp. Maryla Pérez Bernal,
jueza profesional, TPP de Sancti Spiritus

ES PERCEPTIBLE LA relevancia que a los denominados medios alternativos de resolución de conflictos se ha dado en el curso del debate jurídico en Cuba. Sus voceros y también los entresijos de nuestra realidad social vienen demandando una vuelta de vista hacia la más justa solución de las controversias con trascendencia jurídica. Los tribunales cubanos, encaminados en el propósito de superar esta cuestión, explotando variantes más creativas, a partir de la propia normativa procesal vigente, abren caminos en la gestión de la justicia civil y de familia, confirmando garantías sobre la base del engrosado intercambio de los jueces con los involucrados en conflictos de esta índole.

Es palmaria en este contexto la apertura de nuevas brechas en el quehacer de los tribunales patrios, mas, en tanto se consolida su puesta en práctica, los jueces civilistas vamos bregando, naturalmente, con expectativas en disímiles temáticas apenas conocidas y lidiamos, a la vez, con los límites de orden ético que la práctica nos coloca sobre la mesa, hasta tanto consolidemos –haciendo– las herramientas necesarias para recoger los mejores frutos.

En este momento, me parece sensato compartir ideas que se sumen al debate actual y contribuyan a es-

clarecer cómo la connotación ética que encierra el manejo por los jueces cubanos de las habilidades conciliatorias en el proceso civil constituye el límite del despliegue de las amplias facultades que implica la conducción de los actos de conciliación.

Bajo la dinámica que mueve a las sociedades actuales, catalizadora de carencias morales, la eticidad del Derecho se relega a planos secundarios y se diluyen las pautas de justicia; ello llama, cual antídoto necesario, al constante realce de la prevalencia del elevado contenido ético inseparable de la aplicación de las normas jurídicas y, por ende, del ejercicio de las profesiones jurídicas.

Lo instruido por nuestro máximo órgano jurisdiccional sobrelleva aún los contratiempos de la novedad y de allí deriva, lógicamente, la concentración de los artífices de la gestión conciliatoria en la asimilación de las herramientas necesarias para alcanzar mejores resultados en el cometido, lo que hace importante propiciar la atención de los jueces en la connotación ética que ello entraña, pues cada paso de nuestro actuar compromete elementos humanos y genera un impacto incalculable en la suerte moral de los justiciables. Por eso, es tan importante resaltar la imprescindible dimensión ética de la formación

y de la actuación de los operadores jurídicos.

APTITUD DEL PROCESO PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En primer orden, conviene ubicarse en el sitio del camino que recorreremos: nos hallamos ante la confirmación del ámbito judicial como un espacio apto para el debate civilizado y ello nos lleva a la lucha por el constante perfeccionamiento del proceso civil, como una opción estatal para la solución adecuada de las controversias privadas de los ciudadanos.

La cuestión puede parecer sencilla, pero considero imprescindible que el juez tenga conciencia de los problemas que a escala global padece el proceso y la realización de la justicia en los tribunales, conducentes, entre otras razones, a su constante censura y al florecimiento de los “equivalentes jurisdiccionales” entre los que se inscriben los llamados medios alternativos de resolución de conflictos.

Entre otros vicios, se denuncia: gran mora judicial; corrupción de los jueces; abreviación en detrimento del debido proceso; expedición de sentencias y autos sin sustento o motivación lógica, racional y jurídica; entronización del influencialismo en los procesos judiciales; entrada perniciosa de la política en el proceso; designación política de jueces y magistrados; dominación del poder ejecutivo sobre el

judicial; carencia dikelógica, moral y ética en los operadores y auxiliadores del sistema judicial; reducción de los presupuestos con que deben funcionar y operar los tribunales de un país; el juez sin rostro, etc.¹

Si vamos a la razón de ser del proceso civil y del quehacer judicial, notaremos que la dificultad mayor no recae sobre la naturaleza jurídica o el sentido del fenómeno. El problema está en la infausta tergiversación de la idea del proceso y de la función del juez que tiene lugar en el contexto de la desvalorización de las sociedades.

En este punto, Silvio Guerra² resalta que es la incapacidad manifiesta, demostrada por los administradores de la justicia, para proveer a la sociedad de un proceso sin demoras o dilaciones injustificadas, lo que lleva a que el justiciable abandone todo residuo de fe en el proceso.

No huelga la prevención de que, a la luz de las críticas que se le hacen al proceso en la arena internacional, también se erigen estas variantes o “equivalentes jurisdiccionales”, bajo el vaticinio de genuinos negociantes —más que negociadores— de los conflictos, convirtiendo los problemas humanos en objeto de tráfico comercial hasta llegar a ser el acceso a gabinetes de mediadores y entes de arbitraje un privilegio para ricos.

La justicia civil en Cuba goza de una realidad distinta, pero nuestro proceso, perfectible, debe seguir optando por la renovación en función de responder, de modo creador y

1 Silvio Guerra Mederos: “Medios alternativos de solución de conflictos en materia penal y civil. Una reflexión científico-filosófica”.

2 *Idem*.

autóctono, a lo que exige la dinámica actual de las relaciones sociales en el país: es este el cometido que se interpreta.

POSIBLES RIESGOS

Es lógico que el entusiasmo de andar por estos nuevos caminos genere en algunos el desmedido interés de que el proceso termine sin necesidad de agotar todos sus trámites, pero ello no puede ser meta que confunda la esencia del esfuerzo jurisdiccional por lograr el acuerdo de los involucrados. Sería éticamente inaceptable legitimar un *mal arreglo*,³ si es el fruto de la confusión de alguna de las partes; o negociar derechos sobre los cuales no funciona el principio dispositivo que configura el proceso civil; o permitir un acuerdo que afecte a terceros o al interés social.⁴

No puede perderse de vista el peligro evidente que traen las variantes conciliatorias de convertirse, en algunos casos, en la legitimación de una justicia formal condescendiente con la pillería de una parte, o construida a costa de las debilidades del litigante más ingenuo o ignorante. El control del verdadero propósito del intercambio con los intervinientes está en la inteligencia y suspicacia de los jueces, en nuestra preparación para cada audiencia y en enfocarse en

que la premisa de nuestro trabajo es servir a la más justa solución de los conflictos, al crédito del sistema de tribunales cubanos y a la mejor convivencia social.

Sería inadmisibles, desde todo punto de vista, someter, a la consideración de las partes, alternativas que se erijan sobre la base del regateo o la conveniencia particular ajena a la protección del derecho.

La advertencia de Bentham, con sus limitaciones, se puede aprovechar en lo que nos concierna: La renuncia bilateral –voluntaria– debe ser desalentada porque al Estado le interesa que la justicia se cumpla en toda su extensión y la conciliación esconde, en realidad, un mercado donde gana el que más regatea.⁵

Cuestión interesante es la exteriorización de la imparcialidad por parte del juez en medio de un acto que necesariamente lo involucra con las posiciones y sentimientos de las partes. Es necesario permanecer sin inclinarse a ninguno de los contendientes, lo que debe lograrse a la vez desechando el recurso de la indiferencia.

La parcialidad debe entenderse como la actividad profesional –paradigmática del abogado– de operar con el Derecho en beneficio de su cliente y la imparcialidad como las operaciones con el Derecho vigente para resolver o prevenir los conflictos sociales, conforme a las soluciones

3 Recuérdese la expresión: Más vale un mal arreglo que acudir a un proceso judicial.

4 Remito al coto que al principio dispositivo pone el tercer párrafo del Artículo 652 de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, cuando peligra el interés social o los derechos de terceros protegidos por la ley.

5 Adolfo Alvarado Velloso: “La conciliación como medio para solucionar conflictos de intereses”, p. 238.

previamente establecidas por la ley. En ese sentido, imparcialidad significa parcialidad respecto de la ley.

La imparcialidad se encarna cuando se otorgan las mismas posibilidades a todos los involucrados, es decir, al asegurarles por igual un adecuado tiempo para su expresión, al prestarles la misma atención y hacer que se verifiquen efectivamente sin excepción todas las garantías del proceso.

EL TRANCE DE LA COMUNICACIÓN

Como se ha advertido, es el proceso civil una alternativa aceptada por las personas en general para hacer que el Estado les organice las relaciones jurídicas en que intervienen. Conviene aprovechar la experiencia procesal acumulada durante siglos y, con su propio andamiaje, formado en el oficio de la imparcialidad y la responsabilidad social, ampliar –intraproceso– las posibilidades del debate y el diálogo con los justiciables, de manera que, elevando la calidad del servicio que presta el Sistema de Tribunales, se contribuya a cambiar en las personas el ánimo litigioso por una cultura de entendimiento.

Todo ello trae consigo la intervención de los jueces, hasta hace muy poco, dados más a la escritura que a la oralidad, de ahí que se nos exija la formación y el desarrollo de habilidades comunicativas imprescindibles para dialogar con las partes, con todo lo que esto implica.

Se sabe que existen dotes naturales para conciliar, pero es viable

conocer y manejar adecuadamente las herramientas e instrumentos que existen para lograr el importante propósito de encaminar el entendimiento por el cauce del debate civilizado.

Comunicar no solo significa decir, expresar o emitir mensajes lineales, por el contrario, al entablar un diálogo con otra persona, afloran rasgos de su personalidad, su manera de pensar, sus preferencias y necesidades, aprendemos de su experiencia, en resumen: conocemos al otro y desarrollamos nuestra capacidad de comprensión.

La comunicación efectiva es flexible y conciliadora para obtener los mejores rendimientos y estrechar las relaciones interpersonales.

Algunas reglas pueden servir como herramientas para acometer con éxito la labor conciliadora: escuchar atentamente, evitar los soliloquios, procurar no interrumpir a las partes, utilizar un lenguaje llano que prescinda de tecnicismos y, a la vez, aclare a los involucrados en el conflicto sobre sus garantías y derechos.

El tribunal es responsable de que, durante la audiencia, se deje ver sinceramente el interés por la persona y por lo que ella nos está diciendo; es muy importante crear habilidades para preguntar sacando el mejor provecho –sin martirizar al inquirido–, en aras de llegar a conocer los verdaderos intereses en juego y armonizar las voluntades de las partes. Es inteligente eludir situaciones incómodas e inútiles que solo lleven a anudar las diferencias subyacentes del conflicto.

El tipo de comunicación básicamente lineal es el que mejor encaja en estas situaciones, tratando de evi-

tar los interrogatorios cerrados que limitan la flexibilidad de las respuestas. Es bueno intentar la aireación del conflicto y exhortar a los sujetos enfrentados a que eviten retrotraerse al pasado, que pongan especial énfasis en el futuro, desactivando así las emociones negativas y revalorizando los puntos de acuerdo.

PREPARACIÓN PREVIA

Antes de la comparecencia, el juzgador debe ver más allá de las demandas. Es importante dar su justo valor a las posiciones que manifiesten las partes.

Las demandas de los concurrentes son la manifestación fenoménica de sus intereses, pero no las expresan exactamente por sí solas; con ello, intento subrayar que es vital el estudio por el juez de las actuaciones, antes de conducir el acto conciliatorio, no solo con el objeto de ponerse al tanto de las solicitudes de los involucrados, es crucial prepararse para comprender la esencia del fenómeno, que son los intereses que generaron esas pretensiones.

Es poco productivo para las partes entablar un debate sobre la base de posiciones; el diálogo tiene que sustentarse en los reales motivos que dieron lugar a estas, lo que conlleva el manejo por el juez de preocupaciones, temores, deseos, en fin, de sentimientos que generan las posturas de las partes y ello, desde luego, exige una preparación de antemano. Estamos de acuerdo en que, si no se indaga en los intereses, en la práctica, se mantiene latente la posibilidad de un conflicto.⁶

Pero, a la par, se requiere la preparación en el arte de preguntar, consistente en mucho más que formular interrogantes. Lo que se le pregunte a las partes no debe provocarles inhibiciones ni resentimientos. En este punto, es más conveniente preguntar que interrogar y será básico crear un clima de empatía.

MANEJO DEL TIEMPO

Una herramienta muchas veces perdida de vista es el adecuado manejo del tiempo en las comparecencias. Un acuerdo demasiado temprano, muchas veces es de fácil complacencia, si se no se profundizó en las variantes que cada parte tenía a su disposición. Es probable que la premura tome a los involucrados desprevenidos, respecto a lo acordado y el aparente consenso no resuelva ningún problema, sino que implique más conflictos en el futuro y una traba segura para la ejecución de la decisión judicial que lo aprobó. Estas son manifestaciones de la equidad formal y aparente que chocan con la empresa de realizar una justicia superior.

Al mismo tiempo, el juez conductor de la comparecencia es responsable de que los esfuerzos no se diluyan en intercambios inútilmente dilatados que provoquen el agotamiento infructuoso de los intervinientes. Como ya se apuntó, es beneficioso disuadir a las partes para que, sin razón, no se remitan al pasado; en este punto se pierde tiempo y se vigorizan los rencores.

La premura o la carga del día no pueden equivaler a estropear el acto

6 Wilson Vázquez Ramírez: "Manual de medios alternativos de resolución de conflictos".

conciliatorio por quienes llevamos las riendas de la comparecencia, es injustificado manipular la voluntad de las partes. Las propuestas que haga el juez deben ser inteligentes, dignas y sin asomo impositivo. Recordemos que lo que los interesados consientan será de su entera responsabilidad cumplirlo en el futuro. La perdurabilidad es una condición inherente a todo acuerdo que confirme el tribunal, por lo que debe serlo también la aquiescencia bien lograda.

BREVE COROLARIO

Todo lo anterior puede compendiarse en las siguientes determinaciones:

1. La apertura del proceso civil a la conciliación genera amplias facultades para los jueces.

2. El éxito de la conciliación no está solo en lograr acuerdos, sino además en aquietar el conflicto humano bajo premisas justas.

3. La realización de cada habilidad conciliatoria compromete elementos humanos y tiene profunda connotación ética que delimita el ámbito de las libertades de los jueces, como directores de las audiencias facilitadoras de la concordia entre los justiciables.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Flores, Luis Alfredo: "Los medios alternativos de solución de conflictos", en *Monografías.com* [consulta: 27 de agosto de 2012].

Alvarado Velloso, Adolfo: "La conciliación como medio para solucionar conflictos de intereses", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, no. 3, 1986.

Badell Madrid, Rafael: "Los medios alternativos de solución de conflictos en el proceso contencioso-administrativo", en www.badellgrau.com/conflictosprocesocontencioso.html [consulta: 27 de agosto de 2012].

Blázquez Martín, Diego: "Ética y deontología de las profesiones jurídicas", en *Derechos y libertades*, no. 19, época II, junio de 2008, pp. 67-84.

Cavalli, María Cristina: "Los valores en nuestras actividades como profesional en resolución de conflictos" (ponencia presentada en el V Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 2010).

Dueñas Carreiro, Iday: "La mediación, una alternativa para la resolución de los conflictos familiares" (ponencia presentada en el VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 2012).

Guerra Morales, Silvio: "Medios alternativos de solución de conflictos en materia penal y civil. Una reflexión científico-filosófica", en biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/894/3.pdf [consulta: 19 de julio de 2012].

Íñigo, Delia: "Reflexiones sobre los principios básicos de la mediación", en *Monografías.com* [consulta: 27 de agosto de 2012].

Ponieman, Alejandro: "El impacto de los métodos alternativos de resolución de controversias en los sistemas jurídicos sudamericanos y su incidencia en los acuerdos de integración", en biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/745/13.pdf [consulta: 19 de julio de 2012].

Romero Gálvez, Antonio: "Medios alternativos de resolución de conflictos", en *Gestiopolis.com* [consulta: 27 de agosto de 2012].

Vázquez Ramírez, Wilson: "Manual de medios alternativos de resolución de conflictos", en *Monografías.com* [consulta: 27 de agosto de 2012].

LA AXIOLOGÍA JURÍDICA DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

M.Sc. Yurisander Diéguez Méndez,
Prof. asistente de Filosofía del Derecho,
Universidad de la Isla de la Juventud

Lic. Nancy Ferrera Pozo,
jueza profesional, TEP de la Isla de la Juventud

LA AXIOLOGÍA JURÍDICA es la rama de la Filosofía del Derecho que trata el problema de los valores, explica cuáles serán los que harán correcto un determinado modelo de Derecho y muestra el papel que tienen los valores en determinado ordenamiento jurídico.

Los valores desempeñan un papel fundamental en la formación de ciertas conductas y principios dentro de la sociedad, valiéndole como resultado que estos van a determinar la proyección del sistema de Derecho de cualquier país.

Se entiende por *valor* todo aquello que lleve al hombre a preservar y crecer en su dignidad de persona. El valor conduce al bien moral. El valor moral corrige al hombre en cuanto a ser hombre, en su voluntad, en su libertad y en su razón. Vivir en la mentira, ser violento o tener un comportamiento fraudulento desmejora al hombre y lo deshumaniza. Por el contrario, las acciones consideradas buenas (ser sincero, honesto, buscador de la justicia), lo perfeccionan, lo llevan a hacerse más humano, mejor hombre en y para la sociedad.

La esencia de este trabajo está encaminada a establecer un análisis

axiológico del valor de la justicia como elemento fundamental del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que esta (la axiología jurídica), según el criterio de varios autores, es el enjuiciamiento crítico del Derecho positivo, desde un determinado sistema de valores; pero, también, es la confrontación racional y el análisis crítico de los diferentes sistemas de valores que, de modo sucesivo y simultáneo, tratan de presentarse como legítimos o justos. Aparece, entonces, en ese sentido, la axiología como una parte de la ética: ética jurídica o análisis crítico de los valores jurídicos, teoría de la justicia principalmente.

Entendemos que la justicia se considera el valor más importante dentro de la axiología jurídica: La justicia no es el dar o repartir cosas a la humanidad, sino el saber decidir a quién le pertenece esa cosa por derecho; la interpretación del Derecho, también conocida como hermenéutica, es una de las cuestiones técnicas y teóricas de la acción del jurista.

El profesor Julio Fernández Bulté, cuando hacía referencia a la aplicación del Derecho, planteaba que la correcta interpretación de este consiguiera su correcta aplicación, de ahí la

salvaguarda de los derechos subjetivos, incluso el principio de legalidad.¹

La justicia es ética, equidad y honradez, y debe ser discurso práctico de todos aquellos juristas que se encargan de interpretar las leyes y aplicarlas. Es aquel sentimiento de rectitud que gobierna la conducta y hace acatar debidamente todo los derechos de los demás.

La justicia juega el papel de ser el valor que encabeza el plexo axiológico y este lo hace porque los valores precedentes están subsumidos por la justicia como supremo valor.²

El “ideal de justicia”, o sea, ese conjunto de condiciones protegidas por el Derecho, se puede considerar desde una perspectiva absoluta iusnaturalista, dentro de la cual todo derecho debe ser justo, pero, desde una perspectiva iuspositivista, este es condición de la justicia y, a la vez, una medida de valoración, por lo que se puede decir que un derecho positivo determinado es justo o es injusto, de acuerdo con un ideal de justicia subjetivo.

Todas las virtudes están comprendidas en la justicia. En definitiva, la verdadera justicia es el arte de dar lo justo o hacer dar lo justo a un individuo, basándose en los principios del arte del Derecho, sin tener ningún tipo de discriminación o preferencia hacia ninguna persona. Por esta razón, todas las personas deben ser tratadas sin tal discriminación para no caer en una justicia falsa, en la que no se da

a cada uno lo suyo, sino que se determina en dependencia de su clase social, raza, religión y género.

RELACIÓN ENTRE LA AXIOLOGÍA Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

De todos los valores del Derecho, el más importante es la justicia. Tiene tanta importancia que algunos autores designan a la axiología jurídica como *Teoría de la justicia*. La filosofía del Derecho es una rama de la filosofía que estudia los fundamentos filosóficos que rigen la creación y aplicación del Derecho, comprendiendo todo el acercamiento al hecho jurídico, un fenómeno que ha acompañado a la humanidad desde su aparición, puesto que la ley y el Derecho constituyen una constante histórica que ha incidido de una manera general y duradera en las personas y en los modelos sociales y políticos.

En la Filosofía de Derecho, la axiología jurídica se encarga del problema de los valores jurídicos, es decir, aclara sobre los valores que harán correcto un modelo de Derecho. La filosofía jurídica existencial tiene su razón de ser en el marco de la antropología, trata de poner de relieve la relación entre el hombre y la realidad jurídica; no podemos prescindir del hombre en la realización del Derecho porque aquel (genéricamente) es el que lo crea y aplica.

El uso del término *valor* se extiende a todos los campos de la actividad hu-

1 Julio Fernández Bulté: *Teoría del Derecho*, p. 206.

2 Julio Fernández Bulté: *Filosofía del Derecho*, p. 204.

mana. Corresponde a Carlos Marx el mérito de haber analizado el valor económico, ofreciendo con ello los rasgos esenciales del valor en general. Este, con respecto a un objeto económico como la mercancía, en primer lugar, es un objeto útil, satisface determinada necesidad humana. Tiene una utilidad para nosotros y, en ese sentido, posee un valor de uso. La mercancía vale en cuanto puede ser usada. Para que un objeto tenga un valor de uso, se requiere simplemente que satisfaga una necesidad humana, sea natural o producto humano. Cuando estos productos se destinan no solo a ser usados, sino ante todo a ser cambiados, se convierten en mercancías, y, entonces, adquieren un doble valor: de uso y de cambio.

El valor de cambio de la mercancía es indiferente a su valor de uso; o sea, es independiente de su capacidad para satisfacer una necesidad humana determinada, solo un objeto útil puede tener un valor de cambio.

El Derecho tiene que ser reconocido y pensado como normativa que expresa no simplemente intereses económicos, sino como condición de los valores económicos, sociales y espirituales, que se interpretan como voluntad política.³

LOS VALORES JURÍDICOS

Existen dos enfoques desde los cuales se asume el estudio de los valores: el subjetivo, que los filósofos lo concibieron como una noción

subjetiva, es decir, el valor en esta concepción no existe en el objeto valorado, sino en el sujeto que valora y, por tanto, se considera como un fenómeno de orden afectivo, consistente, para unos, en el sentimiento de placer o de dolor que se produce en el sujeto por la presencia del objeto; y, para otros, en un deseo provocado por este sentimiento. En esta corriente, podemos citar a filósofos como Nietzsche y Meinong.

El otro enfoque es el objetivo, definido, entre otros filósofos, por Max Scheler y Nikolai Hartmann, quienes presentan el valor como un carácter objetivo, consistente en una dignidad positiva o negativa de manera independiente. Valorar no es dar valor a quien por sí no lo tenía; es reconocerlo residente en el objeto. La cuestión del valor es la cuestión de Derecho por excelencia. Y nuestro Derecho, en sentido estricto, representa solo una clase específica de valor: el de la justicia.

Grosso modo, en el primero, el conocimiento de los valores depende de una experiencia del sujeto cognoscente, mientras que el objetivismo indicará que los valores son cualidades del objeto cuya existencia tiene lugar independientemente de la percepción del sujeto de esas cualidades trascendentes a su individualidad. El subjetivismo, al señalar la coincidencia entre el valor y la actividad de aprehensión de este por parte del sujeto cognoscente (valoración), termina subordinando su existencia al acto de percepción, une el valor con la valoración; de otro lado, el objetivismo señalará la diferencia

3 *Ibid.*, p. 290.

entre el valor como cualidad del objeto y la valoración.

Visto de esta manera, tanto desde un enfoque como de otro, el juicio de valor sería una proyección del sujeto sobre el objeto, la expresión de un estado afectivo del primero, y no algo inherente al segundo. Esta posición doctrinal nos muestra los perances de una filosofía fundada en la pasión y los sentimientos, pues no se puede asentar una forma jurídica, de carácter general y terminante, sobre la base de un juicio particular y efímero; los juicios fundados en un estado cordial adolecen de un coeficiente irritante de arbitrariedad, y no pueden originar reglas que deben tener bases sólidas, como las del Derecho.

Si tenemos en cuenta que el valor es la cualidad que tienen determinadas realidades, llamadas bienes, que son de importancia para el hombre que vive en la sociedad, entonces los valores jurídicos son bienes que tienen relevancia para la realización del Derecho y, de esta manera, informan a las ciencias jurídicas para que estas puedan sustentar, entre los ordenamientos jurídicos mecanismos que le permitan la existencia de un Derecho más justo en la sociedad.

Existen diversidad de valores jurídicos: justicia, paz, libertad, bien común, igualdad, seguridad, entre otros. En la justicia se encuentran todos los valores; por ser el adjetivo de excelencia del Derecho, ningún valor puede verse apartado de ella, sino como una extensión particularizada de la propia justicia.

El término *justicia* es utilizado por las personas de acuerdo con su pen-

samiento y en el lugar donde se encuentren; el hombre desarrolla su pensamiento y la percepción del mundo por lo que le rodea; de esta forma, la justicia toma diversos matices. La significación que se le asigna, casi en su totalidad, es la de un valor supremo inalcanzable, por la razón de que si el mundo estuviera tan organizado que todo tuviera que ser justo, no habría criatura viviente que pudiera sobrevivir ni un solo día.

Justicia se deriva del latín *justitia*, y este vocablo, a la vez, se compone del sustantivo *justus*, que equivale a “justo” y del sufijo *tia*, *itis* o, simplemente, *ia*, que significa “lo relativo a”; por lo que justicia es lo relativo a lo justo. Ella es el fin principal que el Derecho persigue y no puede verse apartado el uno del otro, pues son conceptos correlativos e íntimamente relacionados entre sí.

Para Aristóteles, es la virtud por excelencia, pone la armonía en el conjunto, es el fundamento del orden entre los hombres. En este sentido, planteó Aristóteles que la justicia es la más importante de todas las virtudes. Pero la justicia, como virtud ética, consiste en la obediencia a las leyes y en las relaciones con los demás ciudadanos iguales y libres. Entonces, tiene un sentido amplio: es la obediencia a las leyes y la conformidad de la conducta con ellas. Aristóteles le llama *justicia legal*. Lo justo es lo conforme a la ley; lo injusto, lo disconforme. Como virtud especial en las relaciones interhumanas, tiene dos formas: justicia conmutativa y justicia distributiva.⁴

4 Porfirio Millán Ortiz et al.: *Ética; Antología*, p. 161.

Justicia conmutativa. Es la que se da entre las personas en un plano de igualdad, cuando se establece el intercambio de cosas, como en las relaciones de Derecho privado (compraventas, permutas, arrendamientos, créditos, etcétera). Son aportaciones que las partes se dan entre sí en un plano de igualdad. El tipo de relación que prima en la justicia conmutativa es la de coordinación. Ella exige la equivalencia entre prestación y contraprestación, bajo un principio de igualdad aritmética. La relación de justicia conmutativa se da entre dos términos o personas en plano de igualdad.

Justicia distributiva. Es la que tiene lugar cuando el Estado proporciona a sus ciudadanos aquello que les conviene para su subsistencia y perfeccionamiento, y que ellas no se podrían dar a sí mismas. Equivale al principio jurídico de igualdad ante la ley. Ejemplos claros de relaciones de justicia distributiva son los subsidios, en el aspecto económico, y en las sociedades que poseen un determinado orden, también pueden ser los salarios un instrumento principal de redistribución de la renta social o del ingreso: los precios, los intereses o las rentas (del capital o de la tierra), y los seguros sociales o privados, son otras tantas formas de distribución de los frutos del producto social o de la economía nacional, entre las partes que contribuyeron a generarla, de acuerdo con su grado de cooperación y con las prestaciones que realizaron para producir esa riqueza.

La justicia es el valor principal que el Derecho trata de realizar, a través de sus distintas expresiones; podrá

haber un Derecho justo, menos justo o injusto, pero siempre llevará en sí una inspiración hacia la justicia, que es la conformidad de un comportamiento a una norma; asimismo, es la capacidad de una ley para hacer posible la eficacia de las relaciones humanas. La justicia está referida al hombre como un denominador de las cosas, con ellas se aspira al bienestar general común, sobre la base de un principio regulador de armonía.⁵

LOS VALORES Y LA MORAL

En los tiempos antiguos, algunos filósofos se preocuparon por explicarse la presencia y contenido de los valores, a partir de las preferencias en la esfera ética y en estrecha relación, por tanto, con las selecciones morales; hablaban de valores como dignidad, virtud. Hasta ese momento de la historia de los valores, y luego en la axiología burguesa, se expresó el significado externo de los objetos para el hombre, se hacía un análisis idealista subjetivo y, desde este punto de vista, los valores se reducían a propiedades naturales.

Durante la segunda mitad del siglo XIX, con la aparición de las contradicciones propias de la sociedad capitalista, el estudio de los valores ocupó un lugar propio e independiente en la filosofía burguesa, convirtiéndose en una de sus partes integrantes. Los filósofos aumentaron su interés por los problemas axiológicos, lo cual estuvo dado por las condiciones concretas de esa nueva sociedad, que condu-

5 Jorge A. Pérez López: *Los valores jurídicos*.

cían a sus ideólogos a justificar el ficticio sistema de valores de la burguesía. Así se aprecia que la necesidad del estudio de los valores ha existido siempre a través de las diferentes etapas históricas, aunque respondiendo a los intereses de clases y a las condiciones concretas existentes.

Max Scheler expuso que los valores son cualidades de orden especial que descansan en sí mismos y se justifican por su contenido. El sentimiento de valor es una capacidad que tiene el hombre para captar los valores. Para Scheler: "el hombre es hombre porque tiene sentimiento de valor".⁶

En similar marco histórico se des- envolvieron los clásicos del marxismo, pero no analizaron los valores de forma independiente, aunque sí crearon las bases para una solución científica de este problema. Entre ellas, se encuentra un profundo análisis crítico de todo el sistema de valores de la sociedad capitalista, que sirvió de fundamento para el reconocimiento de los verdaderos valores de la humanidad.

El estudio del papel del factor subjetivo para el desarrollo social es la base para comprender el significado de la valoración. En la teoría marxista del capital, se analizan los valores económicos. La doctrina leninista relaciona la coincidencia de los valores subjetivos de clase del proletariado con las necesidades objetivas del desarrollo social, siempre viéndola como un todo interrelacionado y no como lo planteaba Scheler, cual elementos independientes. Estos seña-

lamientos y postulados constituyen una guía o fundamento metodológico para la teoría marxista general de los valores.

Los valores morales son aquellos que perfeccionan al hombre en lo más íntimamente humano. Estos surgen principalmente en el individuo por influjo y en el seno de la familia, y son valores como: respeto, tolerancia, honestidad, lealtad, trabajo, responsabilidad, entre otros.

LA MORAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO

En las posibilidades de las relaciones existentes en la vida, el hombre tiene una gran diversidad de formas de conocer su realidad y su entorno social, ya que, de manera cotidiana, intenta redescubrirlo, manejarlo, reconstruyéndolo, contemplándolo; esto responde a una gran variedad específica de sus necesidades humanas reales. El hombre va enriqueciendo su conducta con diferentes modos de comportamiento que, con el tiempo, adquieren rasgos propios y específicos.

Se cree que la ética y el Derecho son comunes, como parte de la conducta social del hombre, ya que estos comportamientos se encuentran sujetos a normas que regulan las relaciones entre los individuos. Se llega a afirmar que la moralidad deviene Derecho, es decir, las prácticas morales de importancia y trascendencia social llegan a convertirse en Derecho, en normatividad de conductas de observancia obligatoria. Desde un punto de

6 Max Scheler: "La idea del hombre y la historia".

vista más académico, también se afirma que el Derecho, la normatividad jurídica, no solamente no tiene que ver con la moral práctica, sino que incluso se opone a ella. Así, se asegura que una cosa es la conducta moral, y otra la conducta jurídica; en tanto el Derecho opera al margen y, a veces, en contra de la moral practicada.

La aplicación de las normas del Derecho no exigen un convencimiento interno por parte del individuo; el sujeto debe cumplir la norma jurídica, aun sin estar convencido de que es justa la aplicación de esta. Es externa, ya que dispone de un mecanismo o aparato estatal, capaz de imponer la observación de la norma o de obligar al sujeto a comportarse de acuerdo con lo que esta exige, según sus propias características de ser imperativa y obligatoria.

Las normas jurídicas están codificadas formal y oficialmente, mediante códigos, constituciones, reglamentos, leyes y demás disposiciones normativas. La esfera del Derecho la encontramos en la regulación de las relaciones entre los hombres y el Estado. El Derecho está relacionado a un aparato coercitivo, ligado necesariamente a la aparición del Estado. Y solo existe un Derecho o sistema jurídico único para toda la sociedad, aunque este no tenga el respaldo moral de todos sus miembros.

La coacción legal no es más que el intento, supuestamente por parte de aquellos grupos organizados que respaldan una proposición social, para proporcionarles a otros sectores

del público un motivo (o un motivo *adicional*) para apegarse al comportamiento que se prescribe en la proposición. Por supuesto, también son posibles otros motivos para cumplir con las normas (aparte del consenso y de la coacción), una lealtad abstracta hacia cierto concepto de la ley como Derecho *positivo*, proveniente ya sea de la tradición formalista del Derecho común, o de la tradición del positivismo legal de la jurisprudencia europea.⁷

La aplicación de las normas morales es diferente, ya que se cumplen a través del convencimiento interno de los sujetos y, por tanto, exigen una adhesión muy personal a ellas; nada ni nadie puede obligarnos a cumplir la norma moral, lo que quiere decir que no existe ningún mecanismo coercitivo externo que pueda pasar por encima de la voluntad personal, aunque la sanción de la opinión pública, con su aprobación o desaprobación, nos mueve a actuar en cierto sentido.

Las normas morales no se encuentran formalmente codificadas, pasan de generación en generación con sus respectivas modificaciones e innovaciones. Se considera que la esfera de la moral es la más amplia de todos los diversos comportamientos, pues si se quebrantan las diversas normas de otros tipos de comportamiento, también son quebrantadas las normas morales:

Existe una vieja polémica acerca de las diferencias entre el Derecho y la moral, en torno a las rela-

7 Darío Melossi: *El Estado del control social*, p. 206.

ciones entre ambas esferas de la normatividad cultural, teniendo en cuenta un pensamiento marxista rejuvenecido debe quedar claro [...] que si de algo está urgida una percepción iusfilosófica marxista es precisamente de levantar con toda fuerza el contenido axiológico del Derecho, es su riqueza como normatividad que consagra con fuerza política superior un conjunto de principios morales.⁸

Se puede agregar que el Derecho y la moral regulan las relaciones que surgen entre los sujetos, mediante sus respectivas normas, postulando una conducta obligatoria o debida; las normas de ambas tienen el carácter de imperativos, exigen que se cumplan, que los individuos se comporten en cierta forma, ya que responden a una misma necesidad social: regular las relaciones de los hombres, con el fin de asegurar la unidad y el orden social; la moral y el Derecho tienen cambios, al cambiar históricamente el contenido de su función social; así como varía la moral de una época a otra, o de una sociedad a otra, así también sucede con el Derecho.

CONCLUSIONES

1. La realidad cubana actual, fuera y dentro de los recintos académicos, demanda una sólida comprensión de la naturaleza de los valores, toda vez que las disquisiciones teóricas se convierten, por sí mismas, en orientadoras de la actuación social de los individuos

y grupos humanos. En este sentido, es oportuno insistir en la necesidad de la investigación consecuente y en el estudio sistemático de la problemática de los valores, abarcando las perspectivas filosóficas, psicológicas, filológicas y económicas de la cuestión.

2. El valor es un fenómeno social, que posee significación en el contexto de la relación sujeto-objeto y que expresa las necesidades e intereses de los seres humanos. Es un fenómeno que sintetiza lo ideal y lo material y surge en el proceso de conversión recíproca entre estos. Uno de los aspectos teóricos que suscita el debate entre filósofos, sociólogos, psicólogos y juristas es el problema de la naturaleza del valor. Alrededor del concepto *valor* se mueven disímiles concepciones y enfoques, en dependencia de la filiación filosófica del pensador, su cultura, experiencias vitales y concepción científica particular, teniendo en cuenta que la axiología jurídica es aquella disciplina filosófica que estudia los valores y su evolución histórica, mostrando los elementos subjetivos que determinan en el individuo la creación de juicios de valor en su conciencia, a la hora de actuar ante determinadas situaciones en la sociedad, por lo que la justicia es el valor principal que el Derecho va a materializar en su ordenamiento jurídico, buscando siempre alcanzar que los patrones socioculturales de determinada sociedad se vean materializados en el Derecho positivo, aunque sin dejar de perder la esencia clasista de este.

8 Fernández Bulté: *Filosofía...*, p. 42.

BIBLIOGRAFÍA

- Abbannano, Nicolás: *Historia de la Filosofía*, t. 1-3, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.
- Colectivo de autores: *La doctrina marxista-leninista del socialismo y la época actual*, Editorial Progreso, Moscú, 1975
- Colectivo de autores: *Introducción a la teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
- Cossío, Carlos: *Teoría egológica del Derecho. La valoración jurídica y la ciencia del Derecho*, Editorial Arayú, Buenos Aires, 1964.
- Darío Melosi: *El Estado del control social*, Siglo XXI editores, México, 1996.
- Digesto del emperador Justiniano. Ulpiano. I.I. § 1 (Del Título I, del Libro I)*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.
- Fernández Bulté, Julio: *Filosofía del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- _____: *Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Kaltajchian, Suren: *La teoría marxista-leninista de la nación y la actualidad*, Editorial Progreso, Moscú, 1987.
- Kelsen, Hans: *Teoría pura del Derecho*, tr. de la 2.^a ed. alemana, UNAM, México, 1985.
- Lenin, Vladimir I.: *Acerca de la democracia burguesa y la democracia socialista*, Editorial Progreso, Moscú, 1988.
- _____: *Acerca de la incorporación de las masas a la administración del Estado*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1975.
- _____: *Los fundamentos de la sociedad comunista*, Editorial Progreso, Moscú, 1979.
- Milán Ortiz, Porfirio et al.: *Ética; Antología*, 2.^a reimp., Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, 2001.
- Pérez López, Jorge A.: “Los valores jurídicos”, en www.eleleph.com [consulta: 22 de marzo de 2012.]
- Scheler, Max: “La idea del hombre y la historia”, 2000, en www.elaleph.com [consulta: 5 de mayo de 2012].

EL DELITO SEXUAL Y LA LIBRE VALORACIÓN DE PRUEBAS

Esp. Ileana Gómez Guerra

*Lic. Noel Rodríguez González,
jueces profesionales, TPP de Sancti Spíritus*

EL ABUSO SEXUAL es un hecho que ocurre mucho más de lo imaginado. Una falsa creencia en torno a su incidencia es que los abusos sexuales infantiles son casos excepcionales. A partir de la década de los noventa, con los cambios introducidos en nuestro país, este flagelo de la humanidad, con sus terribles consecuencias, ha evidenciado un alarmante crecimiento.

El abuso sexual de menores se ha convertido en un habitual tema de preocupación para casi todos los gobiernos del planeta; originando, también, inquietudes y discrepancias entre los miembros de las diferentes sociedades; todo ello debido a las impresionantes estadísticas que se manejan a nivel mundial sobre el considerable crecimiento de este fenómeno. Según cifras aportadas por organismos de la ONU, tales como la UNICEF, cada año no menos de un millón de niños en todo el mundo son introducidos en el mercado del sexo, víctimas del tráfico y el turismo sexual, constituyendo esta situación una violación fundamental de los derechos del niño, equiparada con la tortura por el daño que ocasiona.

Muchas personas creen que el abuso sexual a menores no es lo más frecuente, en relación con los

demás tipos de violencia, como es la física o la psicológica; sin embargo, puede llegar a ser tan común como estas, debido a que la mayor parte de los casos no son denunciados.

El abuso sexual a menores no es solo la violación. El hecho asume distintas formas, desde los abusos y tocamientos indeseados hasta la pederastia con violencia e incesto, incluyendo la corrupción de menores. Las expresiones son múltiples como serios son los efectos en la salud de las víctimas, pudiendo, por su magnitud, perdurar varios años; se reflejan en lesiones leves y graves contagios de infecciones de transmisión sexual como el VIH-SIDA, sífilis, gonorrea, clamidia, virus papiloma humano, dolores pélvicos, embarazos no deseados, abortos forzados, secuelas graves en la salud mental (síndrome de estrés, postraumático, depresión, insomnio, dificultad para defenderse de posteriores abusos sexuales, especialmente cuando esta ocurre en edades tempranas).

El mundo de la justicia ha estado construido y dirigido por y para las personas adultas. La presencia de los niños delante de los tribunales de justicia ha sido, y aún lo es, en términos relativos, escasa y perturbadora. Sin embargo, el incremento del

abuso sexual de menores ha traído consigo un aumento de los infantes en procesos penales, principalmente como víctima.

El niño no es una víctima cualquiera, es una *víctima especialmente vulnerable*; no solo se enfrenta a las consecuencias que para él y su entorno genera el delito (victimización primaria), sino también al hecho de que ha de participar en todas las fases del procedimiento de investigación-enjuiciamiento con los elementos negativos que puede comportar (victimización secundaria). Junto a los efectos inmediatos del delito, puede ver en riesgo su desarrollo psicosocial y afectar sus capacidades personales de adaptación a largo plazo. Estos efectos se ven incrementados, si consideramos la naturaleza de los delitos en los que se ven implicados como víctimas.

TESTIMONIO DEL MENOR COMO PRUEBA PRINCIPAL

Si el fenómeno de los abusos sexuales a menores es complejo, mucho más complejo es acopiar el material probatorio para determinar la responsabilidad penal de las personas acusadas por cualquiera de las tipicidades delictivas vinculadas a este problema. Unido al hecho de que estos delitos son conocidos como “delitos ocultos” por la forma en que se cometen, se une el problema de que generalmente se denuncia pasado un tiempo de su ocurrencia.

Prueba en nuestro país es todo aquello que represente el esfuerzo por

incorporar los rastros o señales que conducen al conocimiento cierto o no.

La admisión del testimonio de niños en el proceso penal ha tenido un desigual tratamiento, que ha ido desde su absoluto rechazo hasta otorgarle mayor o menor crédito. Lo cierto es que, con frecuencia, comparecen ante tribunales penales niños a los que se ha llamado en calidad de testigos y observamos que esa presencia les provoca, en general, estrés. Si, además, declaran sobre hechos de los que aparecen como víctimas, el estrés se incrementa y la rememoración de los hechos puede dar lugar a la persistencia de los trastornos psíquicos que podían derivarse del hecho delictivo.

La verdad es que la mayoría de los adultos creemos que los niños son como nosotros nos recordamos, y nuestros recuerdos tienen poco que ver con cómo éramos. El niño, como persona que está en plena evolución, va cambiando en sus capacidades y en su personalidad. Varía su aptitud para aprender un suceso y su capacidad para expresarlo.

En el ámbito del proceso penal, sobre todo los profesionales que únicamente se dedican a los aspectos jurídicos, la ignorancia acerca de las dificultades de estos testigos es grande o tenemos creencias erróneas.

Posiblemente, a causa de que se tomara conciencia respecto a las consecuencias derivadas de los malos tratos y abusos infantiles, que con frecuencia solo tenían como testigo a la propia víctima, se puso en primer plano su testimonio, advirtiéndose que su presencia ante los tribunales los victimizaba más y habría impor-

tantes problemas para obtener una declaración exacta y fiable.

En el campo de la psicología del testimonio, se han producido importantes avances y los estudios experimentales han demostrado la falacia de viejas creencias. Asomarse, siquiera con brevedad, a los estudios psicológicos sobre el testimonio de los niños, otorga a los profesionales del foro un conocimiento que solo puede redundar en beneficio del niño y de la mejor justicia. Pero también deben compaginarse esos conocimientos y técnicas que proponen con las reglas del proceso. En nuestro ordenamiento jurídico, como en otros democráticos, los derechos del acusado y las garantías del proceso son pilares fundamentales. A menudo, con afán de proteger al niño, se da lugar a que no se respeten otros derechos básicos, lo que a la postre en nada abunda en la aplicación de la justicia.

No puede sorprendernos la afirmación de que el testimonio es prueba muy relevante. Frecuentemente, dependiendo de la naturaleza del hecho y, sobre todo, cuando el testigo es la propia víctima y se trata de delito que acostumbra a realizarse con mucha privacidad, el testimonio será la única o principal prueba de cargo, de la que dependerá la decisión judicial sobre la culpabilidad del acusado. En todos los casos, pero especialmente en el expuesto, la fiabilidad de la prueba testifical es trascendente, y saber por qué le otorgamos credibilidad es de sumo interés.

Como se ha visto, en nuestro ordenamiento, no hay norma que es-

tablezca bases sobre la capacidad del testigo ni tampoco tasa legal o jurisprudencial sobre este aspecto, relegándose todo al terreno de la valoración de la prueba. Ya señalan acertadamente los estudiosos de la psicología del testimonio que la fiabilidad que se les concede depende en gran parte de las creencias que sobre ellos tengamos (teorías implícitas), y que estas son frecuentemente erróneas en legos y operadores jurídicos, o al menos no tienen un contraste con datos empíricos.

La credibilidad de un testigo depende de la percepción que tengamos sobre la exactitud de su testimonio y, lógicamente, a mayor credibilidad del testigo, mayor es la credibilidad que otorgamos a su testimonio.

Una de las creencias más extendidas es que la seguridad del testigo sobre su propio testimonio predice su exactitud. Este factor de evaluación sobre la credibilidad de un testimonio tiene gran arraigo. La gente lo admite como pronóstico de exactitud y también se admite como criterio en la jurisprudencia de los tribunales; es un argumento que frecuentemente se utiliza en las resoluciones judiciales para motivar la acogida que se da a determinados testimonios frente a otros.

Sin embargo, los estudios realizados, sobre todo cuando se refieren a deposiciones testimoniales y no a reconocimientos, nos muestran que la correlación confianza-exactitud es débil o presenta resultados contradictorios. En definitiva, el factor *confianza* en la propia declaración, aunque deba considerarse como indicativo

de exactitud, no puede estimarse definitivamente, siendo posible que otras variables pudiesen también predecir la exactitud del testigo; el tiempo de reacción pudiera ser uno y, a nuestro juicio, resulta más interesante la explicación del proceso por el que ha llegado al conocimiento de los hechos sobre los que depone.

En términos generales, los estudios modernos que han evaluado la credibilidad que los jurados y jueces otorgan a los testimonios infantiles nos señalan que depende de bastantes circunstancias: edad, tipo de suceso, cantidad de contradicciones. Sin embargo, cuando se trata de declaraciones de menores sobre abuso sexual, la tendencia es a creerles, básicamente por entender que los niños no tienen conocimientos sobre conductas sexuales y son incapaces de inventarlas, lo que no es riguroso, pues los conocimientos sobre conductas sexuales pueden adquirirse por medios diferentes a la propia experiencia.

Otra de las cuestiones que es objeto de suma controversia es la capacidad del niño para distinguir entre la fantasía y la realidad, o la comprensión de conceptos como verdad o mentira. Las opiniones han sido muy diferentes. Calificados psicólogos, como Freud y Piaget, pensaban que los niños más pequeños no distinguían entre la realidad y la fantasía. Más tarde, se pasó al extremo contrario, pero últimamente se ha matizado.

Debemos aceptar que el menor tiene una actitud ante la realidad diferente del adulto. Probablemente, parte del problema de la credibilidad está en que los adultos, ignorando la

psicología infantil, otorgamos al niño un rol semejante al nuestro y hacemos nuestra valoración en función de cómo nos recordamos a nosotros mismos. Sin embargo, el niño no es un “adulto bajito”, sino que está en constante formación y desarrollo, cubriendo etapas muy diferentes, con distintos grados de percepción, capacidad, egocentrismo, etc.

Por ello, nuestra valoración deberá ajustarse a las características que se presentan en cada edad, lo que hace aconsejable que, en tempranas edades, hasta que haya un nivel de comprensión y comunicación que sea comparable con el de un adulto, la declaración se realice con la dirección y presencia de un experto en tal menester, y en condiciones idóneas para la consecución del fin que con ella se pretende: obtener información veraz.

Es trascendente en los testimonios de los niños –y no debería descartarse, en alguna medida, en los adultos– su vulnerabilidad a la información recibida y a las preguntas capciosas. Sin embargo, sucesos que causaron especial conmoción y dieron lugar a graves condenas se demostraron posteriormente inciertos. Y todo ello puso en primer plano, además de otras cuestiones, la vulnerabilidad de los niños, especialmente los de corta edad, a información falsa, o a presiones sociales estimuladoras de determinadas respuestas.

Si el testimonio lo presta un menor de edad, pero próximo a la mayoría o con madurez suficiente, las cautelas a seguir sobre su victimización o su vulnerabilidad a influencias externas

no serán diferentes a las que pueden darse con un testigo mayor de edad. Si depone sobre un suceso que le es ajeno, es testigo en el sentido propio, podremos encontrar los inconvenientes que usualmente se dan sobre la falta de atención en el hecho. Si del suceso por el que testifica es también víctima, la victimización será mayor, pero a la vez el proceso y el hecho de declarar como víctima producen, en no pocas ocasiones, un efecto beneficioso, por lo que de sentido reparador moral pueda tener el propio proceso penal.

Es evidente que las mayores dificultades y las exigencias de un tratamiento como “testigos especiales” solo se producirán en supuestos en los que el menor tiene corta edad y en aquellos que, además, ha sido víctima de los hechos. En estos casos, el trato siempre deberá ser de mayor protección, acorde con sus necesidades, edad y demás circunstancias. Por ello, la exposición que se hace está más referida a supuestos de niños, sin que pueda determinarse una concreta edad, pero en todo caso no próxima a la mayoría de edad, sin perjuicio de que muchos de los aspectos que se tratarán pueden extenderse a todos los testigos que han sido a la vez lesionados o perjudicados en el bien jurídico que protege la norma penal.

Lo que conocemos como victimización secundaria, derivada de la relación que establece el sistema jurídico-penal con la víctima, tiene especial relevancia en el caso de menores. Es muy frecuente que el contacto de la víctima con la policía

y con la administración de justicia sea valorado por esta como muy negativo. El proceso penal no es la respuesta a los conflictos personales o sociales, pues parte de construcciones abstractas, y si esto ya resulta dramático en la relación con el imputado, mucho más lo resulta con la víctima del delito, a la que se ignora frecuentemente. Así, esta victimización secundaria es mucho más negativa porque se origina en el propio sistema, al que se ha acudido a demandar justicia y protección. La frustración de la víctima, su falta de expectativas de reparación efectiva o el temor, por lo que atañe a determinados delitos, a verse obligada a declarar sobre cuestiones íntimas o especialmente dolorosas, condicionan negativamente su actitud. Con tal panorama, el perjuicio para la víctima y para la administración de justicia es evidente.

Cuando la víctima es un niño, y particularmente cuando lo es de delitos de malos tratos y de agresiones o abusos sexuales, la victimización secundaria cobra mayor importancia, tanto por su vulnerabilidad como por el plus de atención y protección que requiere y se le reconoce legalmente. El enfrentamiento del niño con la administración de justicia a menudo resulta hostil. Aunque se escape del objeto de la exposición, la necesidad de equipos de asistencia técnica que medien, orienten y apoyen al niño es evidente.

Ciertamente, cada vez más, hay una preocupación general respecto a los niños que han sido víctimas de malos tratos o abusos sexuales y ello

ha dado lugar a que la administración, o las propias familias, recaben asesoramiento o terapia para los niños, lo que sin duda redundará en beneficio de estos. No es inusual recibir quejas en el sentido de que llamar como testigo al niño, cuando ya ha pasado notable tiempo, obligándole a recordar sus hechos traumáticos, da lugar a que se frene o retroceda en su superación.

De otro lado, como los primeros en detectar los malos tratos o abusos en los niños no son los operadores de la administración de justicia, es muy posible que se produzcan plurales y diversas fuentes de información, lo que también puede dar lugar a sugerencias que mermen la exactitud del testimonio.

El proceso penal, en lo que afecta a la instrucción, está destinado a preparar el juicio y a averiguar y hacer constar la perpetración del delito y las circunstancias que puedan influir en su calificación, la culpabilidad del delincuente, su presencia en juicio y las eventuales responsabilidades pecuniarias.

Si reflexionamos sobre la problemática del testimonio de los niños en el proceso penal, analizado el no despreciable efecto victimizador, hemos de convenir que hay dos cuestiones que exigen nuestra atención: que obtengamos la información más exacta posible, y que tal obtención se haga sin transgredir los derechos y menoscabar las garantías del imputado, o acusado, si nos encontramos en fase de enjuiciamiento.

Lo expuesto con anterioridad pone de manifiesto que obtener la informa-

ción de un niño no es tarea sencilla y, en muchos casos, si queremos que la información sea exacta y fiable, su obtención debe acompañarse de una serie de cautelas y recursos técnicos que los intervinientes en el proceso penal desconocemos. La necesidad de contar con el auxilio de expertos en la materia y que puedan acceder al proceso en una posición de imparcialidad es patente; téngase en cuenta que las entrevistas clínicas difieren de las forenses y los destinatarios de la información también son diferentes. Además, no puede dejarse de resaltar que, con frecuencia, la primera intervención con la víctima es de profesionales ajenos al foro. Si estos han actuado como terapeutas del niño, de alguna manera, están viciados de parcialidad, pues tienen interés en el asunto y comparten con su paciente deseos y emociones, lo que no impedirá su testimonio, pero sí que actúe en el proceso a modo de auxiliar o perito.

VALIDACIÓN O ANÁLISIS PERICIAL DEL TESTIMONIO DEL MENOR

El testimonio es la descripción rememorativa de un hecho, donde las investigaciones del perito no podrán limitarse al dominio, basto ya, de las alteraciones patológicas, como puede observarse en la demencia, la epilepsia, la histeria o la debilidad mental, en todos los grados, sino que deberán extenderse a menudo a los elementos de orden fisiológico que son susceptibles de influenciar-

los: edad, sexo, perturbación pasajera emotiva o pasional del funcionamiento intelectual, pues este es el resultado de factores tales como:

- Posibilidad perceptual. Para reproducir de forma óptima un hecho vivido, el sujeto debe tener buenas posibilidades perceptivas, unido a ello al estado de conciencia presente en la reproducción.

- Estado emocional. La percepción está influida por el estado afectivo del sujeto, lo que incluye sus motivaciones.

- Capacidad de memoria para reproducir. Según las posibilidades potenciales del recuerdo, expondrá mayor número de detalles, o menor.

- Posibilidades de lenguaje. Este es de vital importancia, ya que constituye el vehículo para exteriorizar el hecho vivido en forma de palabras.

Los especialistas deberán validar el testimonio de personas con afecciones psíquicas víctimas de hechos delictivos o que deban testimoniar en juicio sobre un hecho delictivo a los efectos de determinar cuáles aspectos de su testimonio pueden estar afectados por la enfermedad, pericia que resulta en extremo compleja, y con mayor complejidad se aprecia el examen de niños, sanos o no, que hayan sido objeto de abusos sexuales, pues las irregularidades que se derivan de su desarrollo psicológico incompleto puede determinar que personas sin conocimiento en la materia, tales como el policía que recibe la denuncia, el instructor a cargo del expediente, el investigador judicial, padres, maestros u otros operadores del sistema penal puedan considerar como elementos

de no confiabilidad aquello que es la forma de decir de un niño, situación que así mismo lleva una segunda victimización de este infante, a la vez que vician su testimonio, de forma inconsciente o consciente, aunque el especialista tiene los medios y métodos para darse cuenta de ello.

Examen médico legal de la víctima. Este debe ser detenido, minucioso, incluyendo no solo su cuerpo, sino también sus ropas y zapatos, cabellos, talla, peso y otras marcas, partiendo siempre del examen ginecológico y genito-anal con el empleo de luz, pasando al reconocimiento físico extralocal, que implica.

- Estudio de las lesiones traumáticas, su localización y naturaleza, tipo e intensidad.

- Presencia de manchas de sangre, espermatozoides o de otro tipo.

- Estudio de las uñas, donde pueden existir restos de piel del agresor.

- Dorso de la mano.

- Si hay mordeduras, se toma molde bucal con material plástico, para compararlo con las del autor al momento de su detención.

Deben establecerse fotográficamente todos los hallazgos.

Conforme al dictamen que se emita, deberá indicarse tratamiento médico o quirúrgico a las lesiones genitales y extragenitales, para la prevención de enfermedades de transmisión sexual y de un posible embarazo. Igualmente deben ser recogidas las ropas que vestía al momento de la agresión y las de la cama donde fue examinada por primera vez, todas las partículas que pudieran provenir del lugar del suceso, restos de piel y pelos en las uñas y en

pubis, así como muestras de sangre y saliva, según el caso.

Reconocimiento psíquico. Implica valorar la repercusión que a este nivel tuvo la agresión, así como la relación de causa-efecto y la valoración del estado anterior.

Reconocimiento médico del autor. Es difícil que este se realice inmediatamente después del hecho, razón por la que se pierden elementos de gran importancia. Por eso, es preciso evidenciar signos de coito y de lucha, buscar elementos de identidad para comparar los que pudiera haber dejado sobre la víctima y, según el caso, realizar posteriores estudios de paternidad y del estado psíquico.

Al igual que en el caso de la víctima, el autor requiere de la configuración de una historia, para determinar la existencia de trastornos psiquiátricos crónicos, alcoholismo, el consumo de drogas, alteraciones de conducta, patologías que condicionen impotencia. La cicatrización de las heridas nos indica la data del hecho; para ello, también se tiene en cuenta el estado de incubación de enfermedades de transmisión sexual, el tiempo de fecundación, el estado de los traumatismos o la presencia de espermatozoides, los cuales tienen una vida de 8 a 72 horas.

Inspección del lugar del suceso. Debe precederse a la búsqueda y recogida de muestras (esperma, orina, sangre, saliva, pelos, fibras, muestras del terreno, pintura) para su relación con los elementos encontrados en la víctima y el autor.

Los indicios en el lugar del hecho revisten gran importancia para deter-

minar y establecer la identidad del autor o autores; estos pueden identificarse por el pelo, la sangre, el semen, algún instrumento de agresión, trozos de vestidos en el lugar, pintura de un vehículo, vidrios en las ropas, la presencia de cigarros, para buscar ADN. Se necesita la interpretación correcta y el estudio minucioso del contexto; deben realizarse esquemas, fotografías, videos desde diferentes ángulos de distancia, practicarse mediciones entre los diferentes hallazgos para evitar distorsiones, y anotar la distribución de cada objeto y de cada huella. Un momento importante es el levantamiento del indicio. Es muy importante cuidar la humedad, la temperatura, el roce en una huella dactilar; los vestigios orgánicos y los residuos microscópicos (pelos, fibras textiles, sangre); en los lugares abiertos, tomar muestras de tierra, de neumáticos, hierbas fracturadas, manchas orgánicas e inorgánicas en los vehículos,...

La vestimenta tiene gran importancia, ya que un testigo recuerda con más facilidad estas prendas que un rostro. Por la gran cantidad de vestigios que se encuentran en los bolsillos y falsos, podemos encontrar hábitos, profesiones, si tuvo contacto con el arma y posteriormente cotejar con el sospechoso. El examen del calzado nos permite comparar huellas en el lugar del hecho, un estudio físico-químico de la tierra del lugar del hecho con las partículas que puedan ocuparse en la suela del calzado del autor y la víctima.

Existen otros medios que pueden ser analizados y valorados

que, en ocasiones, resultan complementarios y, en otras, determinan el esclarecimiento del hecho, como son: declaración de testigos (fundamentalmente familiares de la víctima), ocupación de bienes, declaraciones de educadores, e investigaciones que acrediten la conducta de acusados y denunciantes.

El estudio de algunos procesos penales radicados por delitos sexuales, donde las víctimas han sido menores, nos demuestra que el dictamen pericial como medio de prueba no está desempeñando el papel que le corresponde en nuestro sistema judicial, debido fundamentalmente a las siguientes razones:

- Poco uso de este medio de prueba en la fase investigativa, debido al desconocimiento por parte de los instructores policiales de las posibilidades que ofrece; la falta de profesionalidad en el trabajo investigativo; y la poca minuciosidad en la realización de las primeras acciones, en las que deben detectarse las huellas y elementos que serán objeto de los dictámenes.

- Falta de preparación y conocimiento de los abogados, fiscales y jueces que intervienen en el proceso, lo cual les impide interrogar adecuadamente al perito, profundizar en el contenido del dictamen y, lo que es más importante, hacer una correcta valoración y apreciación de este.

Resulta común que el tribunal no cuestione si el método utilizado por el perito en su investigación es el correcto, si son suficientes las coincidencias en los peritajes de identificación para arribar a la conclusión

que se plantea, si estas coincidencias son raras o particulares o, por el contrario, bastante comunes, ello solo por citar un ejemplo. Lo ordinario es que el perito, en el juicio oral, se limite a ratificar su informe o dictamen, que nadie lo cuestiona, con el consiguiente acomodamiento y pérdida gradual del verdadero sentido científico de su trabajo.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

La valoración de la prueba como definición es la actividad u operación intelectual de exclusividad jurisdiccional, llevada a cabo durante la etapa decisoria del proceso, con el fin de determinar si los datos fácticos obtenidos de la práctica, de cada medio de prueba, poseen la entidad y cualidad suficientes y requeridas para destruir la presunción de inocencia y permitir la certeza plena (objetiva y contrastable) sobre la ocurrencia del hecho objeto de la pretensión punitiva y del proceso.

La importancia de este principio está en que, bajo su imperio, el tribunal puede conocer la verdad material, al valorar las pruebas con libertad y analizar los elementos probatorios en su totalidad, en defensa del estado de inocencia del inculinado, pues la verdad, como meta del proceso penal, según señala Király, constituye la conducta *sine qua non* de fines ulteriores: procedimiento del culpable, protección del inocente, salvaguarda de los intereses de la

sociedad, y ejecución de la prevención de los delitos.

CONCLUSIONES

1. El ser humano transita por diferentes fases en su desarrollo psíquico o intelectual que lo hace avanzar desde el pensamiento concreto al pensamiento abstracto.

2. En sentido general, el derecho penal históricamente ha relegado a la víctima a una posición pasiva, desde el punto de vista sustantivo y procesal, pues todas las expectativas han estado dirigidas hacia el delincuente, viendo a este como único protagonista del proceso penal, posición que en los últimos años ha sido refutada con el surgimiento de la victimología.

3. El menor como víctima en el proceso penal cubano emerge como un sujeto precisado de protección, tutela y amparo, dada la escasa regulación que sobre este tema presenta la vigente Ley de procedimiento penal.

4. Las limitaciones que contiene el texto procesal en torno al tema de la exploración del menor sitúa a los jueces en desventaja para lograr un eficaz testimonio del menor en calidad de víctima, al estar desprovistos de herramientas psicológicas y normativas para el adecuado desenvolvimiento de esa diligencia.

5. Los presupuestos que debe contener una nueva ley adjetiva respecto a esta diligencia deben partir del criterio de que prevalezca el derecho del menor en relación con el interés superior del niño y a su desa-

rollo en planos de dignidad y justicia, lo que implica la necesidad de evitar su victimización en los procesos donde comparece en calidad de víctima.

6. Los operadores del sistema judicial, haciendo uso del principio de libre apreciación de la prueba, teniendo similitud estas, en los procesos analizados, han adoptado decisiones diferentes (en ocasiones, favorables y, en otras, contrarias al testimonio del menor), dándole o quitándole la credibilidad del mismo, a pesar de que, en todos los casos, el testimonio fue confiable.

7. Se hace necesario dotar, a los operadores del derecho y las comisiones que realizan las validaciones de testimonios, de instrumentos, mecanismos de información y técnicas que permitan realizar una valoración efectiva de los testimonios de los menores de edad.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Suárez, Mayra *et al.*: *Situación de la niñez, la adolescencia, la mujer y la familia en Cuba*, Editorial de la mujer, La Habana, 2000.

Artiles de León, Iliana: "Violencia y sexualidad", en *Sexología y Sociedad*, no. 6, La Habana, diciembre de 1966.

Cárdenas, Eduardo José: *Familias en crisis*, Fundación Navarro Viola, Buenos Aires, 1991.

Carrara, Francesco: *Programa de Derecho criminal*, Parte especial, Temis, Bogotá, 1964.

Clauss AG. Hiebsch, H.: *Psicología Infantil*, 2.^a ed., La Habana, 1974.

Código de la niñez y la juventud, Ley No. 16, de agosto de 1978, MINJUS, La Habana, 1988.

- Colectivo de autores: *Problemas de perfeccionamiento de las leyes penales*, MINJUS, La Habana, 1985.
- Colectivo de autores: *Temas para el estudio del derecho procesal penal*, La Habana, 1995.
- Constitución de la República de Cuba*, de 24 de febrero de 1976, MINJUS, La Habana, 2005.
- Convención de los derechos del niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.
- Declaración de los derechos del niño*, Asamblea General de las Naciones Unidas, noviembre de 1989.
- Instrucción No. 173, de 7 de mayo de 2003, Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.
- Ley de procedimiento penal*, Ley No. 5, SI-MAR S.A., La Habana, 1997.
- Ley procesal penal militar*, de 14 de julio 1977.
- Martínez López, Antonio: *El menor ante la norma penal y los delitos contra el menor y la familia*, Editorial Librería del Profesional, Bogotá, 1986.

EL EXAMEN CLÍNICO POR INGESTIÓN DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS

Esp. Ana L. Álvarez Anca,
jueza profesional, TPP de Pinar del Río

EN LOS PROCESOS penales, son múltiples los casos que se relacionan, de una forma u otra, con el estado de embriaguez alcohólica de alguno de los implicados, ya sean acusados o víctimas.

La legislación cubana actual, como la del resto de los países, ha tomado partido en la penalización de las conductas asociadas a la ingestión de bebidas alcohólicas, centrando principalmente su atención en la ingestión de bebidas alcohólicas durante la conducción de vehículos, teniendo en cuenta que estas constituyen una de las principales causas de accidentes de tráfico en el mundo e influyen especialmente en hechos en los que se producen más víctimas.

En nuestro medio jurídico, al momento de determinar el grado de intoxicación por ingestión de bebidas alcohólicas en los sujetos implicados en hechos delictivos, le damos mucha importancia a las pruebas periciales de alcoholemia, sin percatarnos de la importancia que reviste conjugar el resultado de esa prueba con el examen clínico de reconocimiento por ingestión de bebidas alcohólicas que, en muchas ocasiones, no coincide con los niveles de alcoholemia detectados en el agente comisor.

CÓMO AFECTA EL ALCOHOL EN LA CONDUCCIÓN

El alcohol afecta al organismo disminuyendo muchas de las facultades precisas para la conducción:¹ disminuye el campo visual y la resistencia física, influye en que los movimientos se hagan menos precisos, aumenta la fatiga, perturba el sentido del equilibrio y la visión (se dificulta la acomodación de la vista a los cambios de luz), se calcula mal la distancia, y disminuyen los reflejos. También, aumenta el tiempo de reacción, produce efectos psicológicos (cuando se conduce, no se está consciente de la disminución de las facultades y se siente todo lo contrario),² se subestima el riesgo, se tienen sentimientos de invulnerabilidad, impaciencia y agresividad, y está disminuida la capacidad de atención.

1 [S. a.]: "¿Cómo afecta el alcohol en el organismo cuando conducimos?", pp. 26-27.

2 *Ibid.*, pp. 26-27.

En síntesis, cuando se consume alcohol, se producen los siguientes problemas, que se agravan con el aumento de la alcoholemia o nivel de alcohol en sangre:³

- Dificultad para percibir el color rojo (de frenado, semáforos, señalizaciones de obras).
- Dificultad para acomodar la vista a la claridad y a la oscuridad y a los cambios de luz (autopistas, cruces, túneles, etc.).
- Apreciación inexacta/equivocada de las distancias (adelantamientos, entrada en curva, no respetar distancia de seguridad, etc.).
- Disminución del campo visual. La visión normal del ojo humano disminuye, quedando reducido el ángulo del campo visual, por lo que se pierden los estímulos que están en los laterales (cruces).
- Aumento del tiempo de reacción. Aumenta la distancia recorrida desde que el conductor percibe la señal hasta que actúa sobre los mandos del vehículo (al frenar ante un peligro; si se ha bebido, se recorre un 10% más de distancia: esos metros pueden ser mortales).

Teniendo en cuenta los efectos clínicos perjudiciales del alcohol y las graves consecuencias que puede producir su consumo, el Código de vialidad y tránsito ha establecido como violaciones las conductas asociadas a la ingestión de bebidas alcohólicas durante la conducción de vehículos, agravando la situación de aquellos conductores de transportes colectivos, de vehículos de carga o conductores profesionales, por la evidente peligrosidad social que entrañan estas conductas, al punto de llegar a disponer la suspensión de la licencia de conducción en estos casos, sin perjuicio de las conductas constitutivas de delitos que pudieran derivarse de tales actúes, particular del que se encarga el Código penal.

Existen diversas formas de determinar la presencia y el grado de intoxicación por la ingestión de alcohol etílico en el organismo humano; entre ellas, el examen clínico de reconocimiento por ingestión de bebidas alcohólicas, la alcoholemia, y la determinación de alcohol etílico en aire expirado, procedimientos que resultan de vital importancia para la correcta determinación del nivel de intoxicación de un sujeto implicado en un hecho delictivo y que tienen en cuenta los órganos enfrascados en la administración de justicia para tomar decisiones al respecto. Sin embargo, en nuestro desempeño como jueces, no pocas veces nos hemos percatado de que los mentados exámenes en el contexto médico-legal cubano no se realizan con el rigor científico que requieren. A pesar de estar correctamente dispuestos e implementada su metodología en un cuerpo legal, no se realizan conforme a lo establecido por falta de conocimientos y preparación del personal encargado de realizarlos o porque no se les da la importancia que realmente revisten, lo que, como ya referí, puede ocasionar decisiones injustas.

3 Consejería de Sanidad de Valencia: "Como afecta el alcohol en la conducción", [s. p.].

EL EXAMEN CLÍNICO DE RECONOCIMIENTO

Las primeras pruebas a conductores, para comprobar si estaban ebrios, se basaban en la demostrada relación existente entre la disminución de las facultades físicas y, por tanto, de la capacidad de conducción, y un excesivo contenido de alcohol en el organismo. Consistían en la evaluación, por la policía de tráfico, de pruebas físicas de equilibrio, coordinación y percepción espacial, que se realizaban a los sospechosos de conducir bajo los efectos del alcohol; pero esta relación es difícilmente cuantificable, si no es realizada por personal especializado.

Aunque lo más adecuado sería medir la concentración de alcohol en el cerebro, esto no es fácil, por lo que se tiene que recurrir a otras medidas que relacionen su presencia con la concentración en el interior de las células nerviosas. Algunos de los sistemas de análisis utilizados controlan sangre, orina, saliva y aliento.

En Cuba, entre los llamados procedimientos medicolegales que tiene que cumplir el médico de asistencia, está el Certificado de reconocimiento por ingestión de bebidas alcohólicas, legalmente instrumentado en la Resolución No. 39 de 1982, del ministro de Salud Pública, establecido con carácter general y obligatorio en todas las unidades del sistema de salud, que se realizará de acuerdo con la guía que aparece al dorso del modelo, de lo que se infiere que, para la validación de este tipo de examen, está estipulado un modelo oficial.

El dictamen para valorar si una persona está embriagada, o no, debe explorar fundamentalmente el área neurológica, puesto que, en conjunto, esta signología es específica, constante e independiente de la voluntad del examinado, lo cual es de gran valor y credibilidad diagnóstica.⁴

Por ser las sustancias alcohólicas tan solubles en el organismo humano, pueden penetrar e impregnar todos los aparatos y sistemas orgánicos, dando efectos en variados sitios. Es así como el embriagado tiene un aspecto característico: pupilas de diámetro aumentado (midriasis), ojos rojos (vasodilatación conjuntival), rubicundez facial (vasodilatación cutánea) que, considerados en conjunto, sirven como signos de apoyo complementarios para el diagnóstico de la embriaguez, de la misma forma que lo hace el aliento alcohólico o tufo. Aunque el alcohol puede ocasionar muchas otras alteraciones orgánicas, como aumento en la diuresis, náuseas, vómitos, etcétera, no es indispensable la comprobación de estas durante el examen pericial por ser síntomas de poca objetividad.

Entre los parámetros y técnicas del examen clínico que dispone la mencionada Resolución, podemos citar los siguientes:⁵

4 Héctor Barreiro Ramos *et al.*: "Certificado de reconocimiento por ingestión de bebidas alcohólicas", pp. 1-2.

5 *Ibid.*, pp. 2-3.

- Hacer solo el examen a petición de la autoridad competente.
- Cerciorarse de que el examinado no esté masticando “algo” mientras se toman los datos generales; ese “algo” tiene que botarlo, al igual que si está fumando. Esperar unos 10 minutos para oler su aliento, por lo que se recomienda continuar con el resto del examen y, luego, pedirle que realice una inspiración profunda y expire lentamente.
- Durante el interrogatorio y examen, se deben descartar traumas craneales o de miembros que puedan alterar algunas pruebas. Si tiene un padecimiento crónico, agudo, o defecto físico en las extremidades, hay que profundizar en las maniobras que se pueden hacer y acentuar más la observación. Las que sean imposibles o dolorosas se descartan, pero se explica por qué no se realizan. Se sobrentiende que el médico no está limitado a las maniobras que obran al dorso del modelo oficial y, por tanto, puede hacer las que entienda necesarias para arribar a un diagnóstico.
- Si se va a extraer sangre para estudio de alcoholemia, debe ser inmediatamente después del examen clínico, al igual que si se va a tomar muestra de orina.

Teniendo en cuenta los múltiples síntomas y signos presentes en las diferentes fases de intoxicación alcohólica, la citada Resolución propone la siguiente guía para cada etapa —aparece al dorso del modelo oficialmente establecido—, la cual debe marcar el médico que examina al sujeto, para obtener el diagnóstico clínico final, en dependencia de los cuadros marcados. Se debe tener en cuenta que se trata de un cuadro clínico de evolución progresiva y que, por tanto, habrá síntomas y signos que irán aumentando en intensidad junto al grado de intoxicación.

Aliento etílico. Será apreciado por el médico examinador al aproximar (lo más cerca posible) la nariz a la boca del examinado, aunque en ocasiones no es necesaria dicha maniobra por lo evidente del aliento durante el interrogatorio.

Maniobras imprecisas. Para ello, se puede volcar una caja de fósforos sobre una mesa o camilla, y se le pide al sujeto que vaya cogiendo los fósforos uno por uno sin hacer contacto con los otros (juego de palitos chinos). Se observan las dificultades del examinado, y, sobre esa base, se concluirá si la afectación es *ligera*, *moderada* o *severa*. Se hará por apreciación.

Disminución de la atención. Se puede comprobar durante el interrogatorio, ya que el examinado desvía su atención hacia otras actividades circundantes; además, se medirá su capacidad de concentración indicándole que cuente en retroceso.

Disminución de la adaptación a la oscuridad. Puede explorarse llevando al sujeto a un cuarto oscuro y midiendo el tiempo que requiere para adaptarse y caminar por él, y los choques que allí tenga. Se pueden comprobar los resultados con un sujeto en estado normal. Este punto no siempre será posible llevarlo a cabo por la falta de condiciones ambientales.

Alargamiento del nistagmo de rotación. El término *nistagmus* se refiere a un movimiento involuntario horizontal de los glóbulos oculares como respuesta refleja a un estímulo. En este caso, se procede a sentar al paciente en una silla giratoria cualquiera o quedarse de pie y, después de varias vueltas en el mismo punto, se le detiene para explorar la duración del *nistagmo*, y se anotan los resultados. Será considerado de *ligero a moderado*, si dura de 9 a 19 segundos, y *severo*, si se mantuviera 20 segundos o más.

Disminución de la sensibilidad corneal. Puede explorarse soplando directamente y de cerca sobre los ojos abiertos del examinado, para observar si tiende a cerrarlos de inmediato o no. Debe realizarse por sorpresa, aunque, en ocasiones, resulta difícil su apreciación.

Euforia. Se valorará con cuidado, pues generalmente no se conoce la personalidad del examinado, aunque pueden existir elementos que indiquen otro estado de alteración de la conducta, como es la agresividad o el distanciamiento.

Hipo, náuseas y vómitos. Estos elementos pueden ser comprobados por el médico examinador o por referencias del agente de la autoridad y también por el interrogatorio al propio examinado.

Lenguaje tropelozo e inmotivado. Se apreciará durante el interrogatorio y el examen.

Marcha atáxica (en zigzag). Es muestra de una alteración de la coordinación, y se expresa por la tendencia a caerse hacia adelante, hacia atrás o a los lados (*anteropulsión, retropulsión y lateropulsión*, respectivamente).

Romberg positivo. Se realizará el Romberg simple, en el cual es muy importante el balanceo que presenta en el examinado. También se hará el sensibilizado. Igualmente debe valorarse la edad y el estado emocional del individuo, y la existencia de enfermedades de base o traumas que puedan interferir.

Incoordinación motora de extremidades. Se explora la coordinación dinámica a través de las pruebas siguientes: miembros superiores (índice-índice, índice-nariz) y miembros inferiores (talón-rodilla).

Sueño constante. Nos indica una embriaguez marcada, y se ve a veces, aun cuando el examinado está de pie.

Desorientación en tiempo y espacio. Se comprobará mediante el interrogatorio, y constituye un signo de embriaguez marcada, cuando está presente.

Pérdida del conocimiento. Resulta evidente su observación, pero deberá descartarse que no responda a otra causa, sobre todo, en los sujetos lesionados con trauma craneal.⁶

La interpretación y manera de informar, de forma didáctica, se separa en dos tipos de signos:

La llamada *de ingestión*, que es cuando hay aliento etílico presente, y están alteradas, de manera ligera a moderada, las maniobras manuales; se

6 *Ibid.*, p. 4.

aprecia una atención disminuida, el reflejo corneal y el nistagmo de rotación (de 9 a 19 segundos) e incoordinación motora. Si se dan uno (o más) de estos elementos, decimos que presenta signos de haber ingerido bebidas alcohólicas, pero que no se encuentra en estado de embriaguez; mientras que, si no se demuestra ninguno de estos, concluimos que no presenta signos de haber ingerido bebidas alcohólicas.

El segundo, conocido como *de embriaguez*, se da si el examinado presenta, además de alguno de los signos anteriores, lenguaje tropeloso e inmotivado y las pruebas han estado muy alteradas (maniobras manuales severamente imprecisas, atención muy disminuida, hipo, náuseas, vómitos, marcha atáxica, Romberg positivo, incoordinación severa, nistagmo de rotación severo de 20 segundos o más, sueño constante o pérdida del conocimiento). Con estos resultados, concluiremos que el sujeto se encuentra en estado de embriaguez.

Como se ve, no hay que concluir si está apto, o no, para conducir, ya que esto, en las condiciones actuales, el médico no lo puede asegurar.⁷

La generalidad de las naciones establecen los procedimientos para la realización de este tipo de examen en sus leyes y, si bien la nuestra no lo tiene implementado en la actual Ley de procedimiento penal, la mencionada Resolución No. 39 de 1982 viene a suplir esta falta.

Colombia, por ejemplo, tiene correctamente definido este procedimiento en el Artículo 267 del Código de procedimiento penal. Los legisladores colombianos dan una extrema importancia a este examen, al que atribuyen un alto valor científico, al punto de darle mayor relevancia científica y jurídica que a la alcoholemia. Al respecto, María Dolores Sánchez Prada,⁸ del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la República de Colombia, expresó: “El resultado de la alcoholemia debe tenerse en cuenta como un hallazgo más, para evaluar en conjunto con el cuadro clínico presentado por el examinado, y así concluir con todo fundamento”.

Si bien no comparto totalmente ese planteamiento, no es del todo desacertado, si tenemos en cuenta que, en la actualidad, la clasificación de la embriaguez se hace teniendo en cuenta la intensidad de las manifestaciones clínicas que se puedan correlacionar con determinadas cifras de alcoholemia, de ahí la importancia que le atribuyo a una correcta realización del examen clínico al que hice alusión, y de la correcta extracción, conservación, almacenamiento y traslado de la muestra de sangre para la realización de la alcoholemia, pues pudieran perfectamente resultar contradictorios ambos exámenes y estaríamos ante la disyuntiva de tener que decidir a cuál de los dos atribuimos valor probatorio, para decidir ante una situación determinada, lo que, en nuestra legislación, sí está correctamente definido, pues, como quiera que los jueces tie-

7 *Ibid.*, pp. 5-6.

8 María D. Sánchez Prada y Ricardo Mora Izquierdo: “Actualización del dictamen médico forense por embriaguez”, p. 3.

nen independencia al momento de valorar cada uno de los medios de prueba, por estar basada nuestra legislación penal en el principio de libre valoración de las pruebas, es bien claro el Dictamen No. 258, del 24 de febrero de 1987, del Tribunal Supremo Popular:⁹

De conformidad con el artículo 357 de la Ley de Procedimiento Penal, cuando en un proceso penal se practique una prueba pericial de laboratorio y el examen médico de una persona con el objeto de comprobar si en determinado momento esta se hallaba o no en estado de embriaguez, y el resultado de estas pruebas periciales fueren discrepantes, el tribunal, apreciará el valor de una u otra prueba, en el marco de los principios de la formación de su convencimiento, valorando todos aquellos elementos demostrativos de la verdad y según su conciencia y de las razones expuestas por la acusación y la defensa, determinará si efectivamente, el conductor del vehículo se hallaba o no en estado de embriaguez.

Digo que no considero desacertado el hecho de que en Colombia se le atribuya un valor prevaeciente al examen clínico por encima de una prueba de tanto rigor científico como la alcoholemia, ya que el contenido de alcohol en sangre no determina por sí solo el estado de embriaguez en una persona. Deben tenerse en cuenta otros múltiples factores que están directamente relacionados con esta determinación y que pueden perfectamente ser esclarecidos a través del examen clínico, ya sea el peso corporal, la estatura de la persona, el contenido digestivo, el sexo, entre otros, sin dejar de prestar especial atención a un fenómeno tan importante como el de la tolerancia, lo que significa —según la conceptualización hecha por María Dolores Sánchez Prada y Ricardo Mora Izquierdo—;¹⁰ que adultos habituados a la ingestión de bebidas alcohólicas, solo presentan signos clínicos de embriaguez, cuando han ingerido cantidades importantes de licor, mientras que los sujetos no acostumbrados a beber, si lo hacen, muestran la sintomatología de la embriaguez alcohólica con dosis bastante más pequeñas que las usadas por los individuos tolerantes.

En cuestiones médico-legales, esta tolerancia orgánica al etanol tiene implicaciones importantes, pues, precisamente por ese fenómeno, la correlación entre los signos clínicos de la intoxicación etílica y los niveles de alcohol en sangre (alcoholemia) no es siempre constante, se ve modificada de acuerdo con la susceptibilidad personal del sujeto.

Las características clínicas del cuadro de embriaguez dependen de muchos factores. Destacan, entre estos, la existencia de tolerancia (bebedores crónicos), el tipo y la cantidad de bebida ingerida, la rapidez del consumo, toma simultánea de alimentos, o no, o el uso de otros sedantes. Aunque las concentraciones en sangre en no bebedores se correlacionan con los sínto-

9 Bufete Especializado de Casación: “Nuevos acuerdos del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular”, no. 26 [s. p.].

10 Sánchez Prada y Mora Izquierdo: *Op. cit.*, p. 3.

mas clínicos, en los bebedores crónicos se requieren alcoholemias mayores para alcanzar estados similares de intoxicación.

Gracias al fenómeno de la tolerancia, se ha podido comprobar que dos sujetos con iguales cifras de alcoholemia, por ejemplo 80 miligramos por ciento, no siempre presentan el mismo grado de embriaguez. Los bebedores ocasionales, que no han desarrollado aún tolerancia, presentarán mayor cantidad de signos de embriaguez que aquellos bebedores habituales (tolerantes), quienes escasamente presentarán algunos signos leves, e incluso puede darse el caso de que no presenten signos clínicos de la embriaguez.

Además de lo anterior, el individuo puede embriagarse con un variado número de sustancias diferentes al alcohol. Como es obvio, en estos casos, los niveles de alcoholemia serán negativos.

Por todo lo anterior, los legisladores colombianos recomiendan que la valoración pericial para dictaminar embriaguez se realice mediante un cuidadoso examen físico, registrando los signos clínicos del examinado y, únicamente en casos específicos, a criterio del perito, se deben tomar muestras de sangre para determinar alcoholemia, planteando que este criterio evita serios problemas en la interpretación de los resultados de las muestras de sangre enviadas indiscriminadamente al laboratorio, puesto que los signos clínicos que presenta una persona tolerante, es decir, el estado de embriaguez que tiene, es diferente al que pueda presentar una persona no tolerante, aunque las cifras de alcoholemia sean bastante similares en los dos, señalamiento que, si bien no es del todo errado, no comparto, pues, el valorar de manera conjunta el examen clínico con los niveles de alcoholemia detectados en el individuo, teniendo en cuenta todos los antecedentes que rodean el caso y las características específicas de la persona examinada, nos permitirá llegar a la verdad material con mayor transparencia, basados en criterios lógicos y razonables, solo que, como ya he referido, el examen clínico y la toma de las muestras de sangre deben hacerse de manera correcta, pues ello podría inducirnos a error al momento de decidir, siendo esta nuestra principal preocupación.

En general, puede aceptarse que niveles de alcoholemia entre 50 y 100 miligramos permitan sospechar la presencia de embriaguez. Cifras mayores de 100 miligramos por ciento son conclusivas al respecto. Por más tolerante que sea un individuo, es imposible que pueda asimilar, sin presentar signos clínicos, cifras superiores a los 100 miligramos por ciento de alcohol en la sangre.

Para los legisladores colombianos, la llamada alcoholemia simplemente podría remplazar, como prueba técnica, al examen clínico en los casos en los cuales no es posible realizar este, ya sea porque se trata de un cadáver o de una persona politraumatizada, enyesada o inconsciente, quien no puede colaborar con la exploración semiológica descrita.¹¹

11 *Idem.*

En consecuencia, la alcoholemia es para ellos una prueba técnica supletoria porque solo informa la cantidad de alcohol que hay en el organismo, pero no puede reportar la intensidad de los efectos concretos que este ha producido en la persona. Es más, se agrega en su medio que

[...] la alcoholemia se solicita con criterios definidos para complementar el diagnóstico clínico, sobre todo en aquellos casos en donde no hay ninguna patología neurológica sobre-agregada que hace difícil el diagnóstico, cuando por diversas razones el paciente no colabora con la práctica de las pruebas clínicas o cuando los hallazgos son dudosos.¹²

Para no dejar duda, quizá con criterio tautológico, cito palabras del profesor Nodier Agudelo Betancourth, a fin de precisar la relación de determinación entre la embriaguez y el resultado:¹³

Este será un problema práctico para cuya solución no se puede dar fórmulas abstractas. Serán entonces importantes el dictamen toxicológico y la sintomatología clínica, pero *siempre teniendo claro que el dictamen toxicológico no prevalece frente a la sintomatología clínica*, pues según la norma del nuevo Código penal, *la cuestión no se reduce a decir cuánto alcohol tenía un organismo en un momento dado, sino la importancia neurológica y psicológica de ese alcohol o sustancia*, en la conformación y dirección de la conducta en una persona determinada y la trascendencia en el hecho. Al respecto debemos enunciar el siguiente criterio de la Doctora María Dolores Sánchez del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses:¹⁴

La legislación Colombiana se refiere en su normatividad, al estado de embriaguez de un individuo, o al hecho de estar bajo el influjo del alcohol, pero no hace alusión al término alcoholemia. Es por ello que el perito debe brindar la información en el lenguaje adecuado, o sea debe referirse al término embriaguez, pues si únicamente reporta las cifras de alcoholemia, su dictamen será incompleto y difícil de interpretar, sobre todo si es una cantidad por debajo de 100 mg% la cual no en todos los casos puede ocasionar intoxicación en un adulto. Con cifras de alcoholemia como la mencionada no se podrá con exactitud científica, certificar si el individuo estaba o no bajo el influjo del alcohol y mucho menos afirmar si tenía o no compromiso neurológico y de qué magnitud eran las supuestas alteraciones. Como ya se mencionó, tampoco es posible que, con exactitud científica se diagnostique la severidad de la intoxicación etílica de una persona, o su estado de embriaguez con sólo conocer el nivel de alcoholemia.

De lo expuesto, podemos apreciar el alto valor científico y consecuentemente jurídico que tiene el examen clínico de reconocimiento por ingestión de

12 *Idem.*

13 *Idem.*

14 *Idem.*

bebidas alcohólicas para la correcta determinación del grado de intoxicación de un sujeto implicado en un hecho delictivo, al que incluso a nivel internacional se le ha dado un valor preponderante, por encima de la prueba de alcoholemia que, en mi criterio, reviste también una gran importancia médico-legal para la determinación del grado de intoxicación por ingestión de bebidas alcohólicas, pero en Cuba actualmente la realización de estos exámenes clínicos de reconocimiento no se hace de manera correcta, lo que fue constatado mediante una investigación realizada al efecto y de la que se derivaron las siguientes dificultades:

1. Los profesionales de la medicina no tienen dominio de la reglamentación legal que existe del examen clínico de reconocimiento, lo que trae aparejado que desconozcan los parámetros y técnicas establecidos para su realización y, consiguientemente, tampoco conocen la forma en que deben emitir su resultado, si existe o no un modelo oficial para ello, lo que evidentemente atenta contra la calidad de esta prueba pericial.

2. Los profesionales de la medicina no han interiorizado la importancia y trascendencia que, en el orden médico-legal, reviste este tipo de examen, comprobándose que se hace de manera meramente rutinaria, sin observar el rigor científico que requiere.

3. Aunque los profesionales del Derecho conocen los tipos de exámenes que se realizan para determinar el grado de intoxicación por ingestión de bebidas alcohólicas, en un sujeto implicado en un hecho delictivo, y la importancia que reviste el examen clínico de reconocimiento, subsiste un número de profesionales que no se preocupa por analizar la totalidad de los dictámenes expedidos en cada caso, ni por conocer la metodología empleada por los peritos en su realización y arribar a sus conclusiones, elemento a tener en cuenta para dar validez al peritaje, o no.

4. Esos profesionales del Derecho desconocen que el examen clínico de reconocimiento está legalmente reglamentado y, por tanto, desconocen la metodología para su realización, lo que trae como consecuencia que no sean exigentes con los peritos en el rigor científico que ellos requieren y, consiguientemente, no les permite hacer una correcta interpretación de esta importante prueba.

5. Un alto número de profesionales reconoce que el examen clínico de reconocimiento no se está expidiendo en un modelo oficial, sino en cualquier documento, lo que evidentemente atenta contra su calidad y fiabilidad.

Todo ello demuestra que tenemos que elevar el nivel de preparación de nuestros profesionales en este sentido, pues en la medida en que estén mejor capacitados en la materia, mayor rigor científico exigirán de los peritos y demás implicados en el proceso penal, para emitir decisiones judiciales más efectivas.

Como resultado de la investigación, quedó fehacientemente demostrado que los exámenes clínicos de reconocimiento por ingestión de bebidas al-

cohólicas, para determinar el nivel de intoxicación de los sujetos implicados en hechos delictivos, vienen realizándose sin el rigor científico requerido. A pesar de estar correctamente indicada la metodología de su realización en la Resolución No. 39, este no se realiza de la manera que está implementado, lo que se debe a la falta de preparación y capacitación en tal sentido de los profesionales encargados de realizarlo.

Es evidente la importancia que reviste este tipo de examen por revelar el real estado psicológico en que se encuentra el sujeto examinado, en el momento de los hechos, examen que tenemos que valorar de manera conjunta con la prueba de alcoholemia, pues la sintomatología clínica debe estar en correspondencia con un determinado nivel de alcoholemia que, evaluados todos, nos pueden conducir a la correcta determinación del grado de intoxicación del sujeto y, en consecuencia, a ser mas justos y razonables al momento de tomar las decisiones judiciales. Es necesario implementar una nueva metodología por lo antes referido, si estamos llamados en los momentos actuales a exigir una correcta preparación profesional del personal encargado de realizar este tipo de exámenes, pues no están correctamente capacitados nuestros médicos de asistencia en esta materia, como tampoco lo estamos los encargados de participar, de una forma u otra, en el proceso penal.

Demostrada la real existencia de problemas aparejados a la realización del examen clínico de reconocimiento, que traen consigo que el resultado de este no sea fiable, se impone hacer una propuesta del mecanismo legal que garantice que estos problemas desaparezcan, en aras de una mayor transparencia en sus resultados, proponiendo a tales fines que:

- Se lleve a cabo una capacitación constante, por parte del personal médico especializado, dirigida a los médicos de asistencia, para que conozcan la legislación que implementa este tipo de examen y la metodología para su correcta realización, inculcando en ellos la importancia que a los efectos médico-legales reviste la elevación del rigor científico en la realización de estos.

- Se establezcan los modelos oficiales para la expedición del resultado del mentado examen, evitando que sean expedidos en cualquier tipo de documento.

- Implementar una constante capacitación por parte del personal especializado en la materia con todas aquellas personas que intervienen en el proceso penal, ya sean instructores, investigadores, peritos, fiscales o jueces, para que conozcan la cuota que les corresponde exigir para garantizar la fiabilidad de la realización de este tipo de examen, partiendo de que la fase instructiva es el momento en que este se realiza. La autoridad actuante, ya sea instructor, investigador o fiscal, debe solicitarlo y estar presente durante su realización, en evitación de parcialización por parte del médico examinador, lo que garantizará mayor transparencia en su resultado, y la preparación en tal sentido de los jueces encargados de administrar justicia y, en consecuencia, garantizar una correcta apreciación e interpretación de esta importante prueba.

Estos mecanismos –en mi humilde criterio– contribuirán a que la prueba pericial sea más efectiva en nuestro entorno jurídico. Creo que si se pusieran en funcionamiento, todos los implicados en este tipo de exámenes, tanto los encargados de realizarlos, como los que estamos obligados a garantizar y supervisar su correcta realización, interpretación y valoración, tendríamos decisiones más sabias y justas, máxime si tenemos en cuenta que los criterios para poder dar mayor o menor valor a las pruebas periciales se fundamenta en el conocimiento actualizado que tengan los implicados en el proceso penal, principalmente los jueces, sobre los procedimientos científicos y sobre las normas de la ciencia médico-forense para cada actuación pericial.

BIBLIOGRAFÍA

- Barreiro Ramos, Héctor *et al.*: “Certificado de reconocimiento por ingestión de bebidas alcohólicas”, en *Revista Cubana de Medicina General Integral*, vol. 21, no. 1-2, La Habana, abril de 2005, disponible en bvs.sld.cu/revistas/mgi/vol21 [consulta: 18 de abril de 2007].
- Bellati, Carlos Alberto: “Inimputabilidad provocada por el agente. La doctrina de la *actio libera in causa*. Estados de embriaguez”, en noticias.juridicas.com/articulos/ [consulta: 25 de abril de 2007].
- Bufete Especializado de Casación: “Nuevos acuerdos del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular”, en *Boletín informativo*, no. 26, La Habana, 1987.
- Consejería de Sanidad de Valencia: “Cómo afecta el alcohol en la conducción”, en *Revista de la Delegación del Gobierno para el Plan nacional sobre drogas*, disponible en www.lad.es/ [consulta: 18 de abril de 2007].
- Ministerio de las Fuerzas Armadas Revolucionarias (ed.): *Compendio de legislación penal I*, La Habana, 2003.
- Padilla Alba, Herminio Ramón: “Algunas observaciones sobre la doctrina de la *actio libera in causa* en el Derecho penal español”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, REPC 03-04 (2001), disponible en criminol.ugr.es/elcridi [consulta: 25 de abril de 2007].
- [S. a.]: “¿Cómo afecta el alcohol en el organismo cuando conducimos”, en *El camino hacia una nueva vida sin alcohol*, no. 2, Ciudad de México, abril de 2005, disponible en www.alcoholinformate.org.mx/sabias-cultura.cfm?articulo=130&clatLD=2 [consulta: 18 de abril de 2007].
- Sánchez Prada, María Dolores y Ricardo Mora Izquierdo: “Actualización del dictamen médico forense por embriaguez”, en *Revista electrónica de la Policía Nacional de Santander*, Santander (Colombia), disponible en www.policia.gov.co/inicio/portal/portal.nsf/ [consulta: 25 de abril de 2007].

LA EXPLORACIÓN DEL MENOR

Esp. Esnilda Recio Martínez

Esp. Martha M. Miranda Milord

Lic. Arianny Casas Pérez,
juezas titulares, TPP de Villa Clara

LA PROTECCIÓN A los niños y niñas está respaldada en todas las regulaciones jurídicas de nuestro país, y el Estado es máximo signatario de la salvaguarda de los derechos humanos, en los que reviste una importancia determinante neutralizar los efectos del delito en las víctimas, que se profundiza al tener que revivir los sucesos traumáticos durante el proceso penal, con una regulación especial para los menores de edad recogida en la Instrucción No. 173, de 7 de mayo de 2003, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Resulta innegable el avance obtenido; no obstante, persisten fallas en la exploración a los menores que laceran la eficacia y con ello las garantías de las partes en el proceso penal, las que deben eliminarse como colofón de la equidad y la justicia. Esto motivó a las autoras a la realización del presente trabajo, en el que pretendemos destacar la prueba de exploración en un menor víctima, por personas especializadas, siempre que se realice con la adecuada profesionalidad.

PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La protección a los menores de edad ha sido una preocupación de los siste-

mas jurídicos desde tiempos tan remotos como en la Roma antigua, en la que el título xix del *Digesto* establecía que aquel que corrompiera a un menor de edad impúber o a muchacha virgen sin nubilidad sería condenado a destierro en islas remotas o privado de la vida pública y civil.¹

En 1911, tuvo lugar en París el Primer Congreso Internacional de tribunales de Menores. En 1924, se adoptó la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño, en la que se planteó, por primera vez, la necesidad de brindar al niño una protección especial.

En la Declaración universal de los derechos humanos, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, se proclamó que toda persona tiene los derechos y deberes que en ella se enuncian, sin distinción por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, nacimiento o cualquier otra condición, y también reconoce que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

Sin embargo, no fue hasta la promulgación de la Convención internacional de los derechos del niño (aprobada por la ONU, el 20 de noviembre

1 Caridad Martínez Torres: *Tratamiento procesal que se brinda a los menores de edad víctimas de un delito en el proceso penal cubano.*

de 1989; entró en vigor el 2 de septiembre de 1990), que existió a nivel internacional una regulación que recogiera estos derechos enunciados.

El eje rector de esta Convención es el principio del interés superior del niño, a tener en cuenta por las instituciones públicas o privadas, de bienestar social, órganos legislativos y autoridades administrativas, para la adopción de cualquier medida que concierna a los niños.

Esta proclamación que hace la Convención sirve de fundamento para evaluar y valorar la adopción de leyes o modificar prácticas de los estados partes en relación con los derechos de los niños, y buscar vías y formas para su protección.

Ahora bien, más allá de la preocupación por el niño, como bien jurídico protegido, está su protección como una víctima especial de determinados delitos. Es considerada víctima

toda persona que ha sufrido una pérdida, daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como consecuencia de una conducta que constituya una violación de la legislación penal nacional, un delito bajo el Derecho internacional, que integre una vulneración de los principios sobre derechos humanos reconocidos internacionalmente o de alguna forma implique un abuso de poder por parte de personas que ocupen posiciones de autoridad política o económica.²

Los Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito

y tratamiento al delincuente han concedido especial atención a los casos de victimización de grupos particularmente vulnerables, entre los que se reconoce a los niños y adolescentes, que constituyen víctimas potenciales de delitos, y que están protegidos por las legislaciones nacionales.

En el Artículo 12 de la mencionada Convención, se señala el derecho del niño que está en condiciones de formarse un juicio propio, de expresar libremente su opinión en asuntos que lo afecten, y la obligación de tener en cuenta sus opiniones en función de su madurez o su edad, así como la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, de acuerdo con el procedimiento establecido en las leyes nacionales.

La Convención es clara en su Artículo 16, en cuanto a que

ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

El apartado segundo del Artículo 19 les reconoce el derecho a la necesaria protección que deben recibir contra toda forma de abuso físico, mental, o sexual, entre otros, en tanto obliga a los Estados a establecer procedimientos eficaces para la investigación y tratamiento a estos casos, incluida la intervención judicial. El Artículo 39 aborda con especifici-

2 Colectivo de autores: *La atención al menor de edad víctima de abuso sexual*.

dad la obligación de los Estados de proteger al niño contra toda forma de explotación o abuso sexual.

Además de la preocupación por el tratamiento al niño durante el proceso, la Convención se pronunció, también, por la necesidad de promover la recuperación física y psicológica de todo niño víctima de cualquier forma de explotación o abuso y de su integración a la sociedad.

EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Para el Derecho penal, la determinación de la edad por la cual debe exigírsele a la persona natural responsabilidad por sus actos, adquiere una relevante significación, pues no se trata solo de establecer un límite en el cual considerar que se ha adquirido la madurez biológica para tener conciencia de lo que se hace y voluntad de hacer (sería imprimirle a la ley un matiz meramente biológico o naturalista), sino también se reconoce en la mayoría de edad la capacidad de comprender el significado socialmente peligroso de su acción y la comprensión de ello, al exteriorizar su voluntad en la comisión del hecho punible

Al respecto, el Artículo 16, apartado segundo, del Código penal cubano establece: “La responsabilidad penal es exigible a partir de los 16 años de edad cumplidos al momento de cometer el hecho punible” y comoquiera que su redacción es clara —y no se presta más que a interpretaciones en el sentido de determinar si

se cumplen al acabar el día o al cumplirse la misma hora de su nacimiento—, la reflexión estará en cuanto al límite para considerar al menor como tal, ante la vulneración de alguno de sus derechos, protegerlos del actuar de los adultos en su contra porque, al no tener completo su desarrollo físico, ni psíquico y no haber madurado suficientemente, no tiene acabada su personalidad y es por ello altamente influenciable, fácil de desviar y vulnerable.

Nuestro país, que ratificó la citada Convención en 1991, ya desde mucho antes venía desplegando un serio trabajo en función de la protección de la infancia, y de garantizar el desarrollo armónico y feliz de su personalidad:

En 1975, se promulgó la ley 1289, “Código de familia”, que consagra la enorme importancia de la familia en la formación de las nuevas generaciones.

La Constitución de la República de Cuba de 1976, en el Artículo 40, establece que la niñez y la juventud disfrutan de particular protección por parte del Estado y la sociedad y que la familia, la escuela, los órganos estatales y las organizaciones de masas y sociales tienen el deber de prestar especial atención a su formación integral.

La promulgación, en 1978, del Código de la niñez y la juventud refrendó la voluntad del legislador de proteger a estos sujetos ingenuos e inmaduros en su formación y desarrollo físico y psicológico. Este texto legal declaraba el esfuerzo del Estado cubano por la conjugación adecuada y armónica de los intereses so-

ciales e individuales en la formación integral y multifacética de los niños, antecedente genuino del principio del interés superior del niño, haciéndose eco del sentido profundamente humanista y noble de nuestro proceso revolucionario.

Para el ejercicio de las funciones del ministerio público, un poco más reciente, fue promulgada la Ley No. 83 de 1997, de la Fiscalía General de la República, y su Reglamento, instrumentos que guían y uniforman las acciones del fiscal en todo el territorio nacional. Esta ley le otorga especial relevancia a la actuación del fiscal en la protección de los derechos del menor, especialmente de los que se encuentran en desventaja social, y le otorga la facultad de representar y defender a los que carezcan de representante legal o cuando los intereses de este sean contrapuestos con los del menor, y examinar todo tipo de documentación relativa a su situación, así como efectuar entrevistas a estos, a los maestros, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, juristas y otros funcionarios encargados de su educación y reorientación.

DERECHOS Y GARANTÍAS DEL NIÑO VÍCTIMA

El Artículo 109 de la Ley de procedimiento penal (LPP) establece las funciones reservadas al fiscal, como garante de la legalidad en el proceso penal. Además de encargarlo de supervisar el cumplimiento de las leyes en la ejecución de las acciones, diligencias y trámites, y de velar por

el respeto a las garantías procesales del acusado, lo responsabiliza con velar también “[...] por la protección de los derechos de la víctima o perjudicado del delito y por los intereses del Estado y la Sociedad”.

Para instrumentar este postulado, en la práctica, la Fiscalía General de la República ha emitido diferentes instrucciones, la más actual, la No. 7/99, la cual establece que el fiscal, durante la tramitación de la fase preparatoria, participará personalmente en las diligencias de instrucción que tengan especial relevancia, con el fin de influir en la calidad de las acciones que se realicen. Entre estas diligencias se incluyen, por supuesto, aquellas que involucran a menores de edad, toda vez que nuestro procedimiento penal ofrece la posibilidad de que los menores de 16 años de edad sean escuchados en todo proceso penal que se siga, en virtud de algún acto delictivo contra su persona; ello, aunque no es una declaración expresa en los textos legales analizados, sí se desprende, en primer lugar, del análisis de la exenciones para declarar como testigos en el proceso penal, recogidas en el Artículo 168 de la ley procesal.

La participación del menor en el proceso viene recogida en el Artículo 179 de la LPP, el que enuncia (aunque muy poco explicativo) que el examen de los menores de 16 años “[...] se hará por vía de exploración y no se le harán las advertencias legales” (esto último se refiere a los apercibimientos sobre la obligación de decir la verdad, que sí están previstos para los testigos mayores de 16 años de edad), pre-

cepto que no consiga expresamente cómo ni por quien se hará la exploración, ni distingue cuándo se puede o se debe prescindir del llamamiento al menor en un proceso penal, para unificar criterios de los que en este intervienen.

Si bien, de lo anterior, se entiende que nuestra ley procesal acepta la presencia del menor de edad como testigo en el proceso penal, esto no significa que irremediable y obligadamente deba hacerlo, pues preceptivamente recoge –al distinguir los supuestos en los que no será necesario recibir declaraciones como testigos–, en su Artículo 171, apartado tercero, a aquellos cuyos testimonios “no resulten esenciales a los efectos del esclarecimiento del hecho”.

En la práctica, queda a juicio de la autoridad actuante determinar si prescinde de la presencia del menor, en correspondencia con la relevancia de su testimonio y las condiciones en las que este se encuentre, pues puede suceder que, al intervenir diferentes autoridades en las distintas fases del proceso penal, lo que para una resultó obvio, tal vez para la otra no lo sea. Un ejemplo concreto es que el instructor policial, al imponerse de los detalles del hecho que investiga, prescinda de explorar al menor víctima y, sin embargo, esto no le baste al fiscal o al tribunal, en su momento, los cuales pueden considerar incompleto el expediente y requerir la presencia del menor a prestar testimonio, aun cuando ya haya pasado cierto tiempo del suceso y haya olvidado detalles importantes, y/o ser objeto de influencias externas.

La exploración del menor

Antes de proseguir, merece detenerse en lo que significa o entraña la exploración del menor. En el concepto gramatical, *explorar* significa “reconocer, inquirir o averiguar con diligencia una cosa”, *inquirir* es “indagar, averiguar o examinar cuidadosamente una cosa”, y *examinar* es “investigar, inquirir, escudriñar”, entonces no cabe duda de que la exploración debe procurar, primero, reconocer al sujeto con el que se pretende investigar algo y, luego, hacerlo con la mayor diligencia y cuidado posible, para que ello lleve a la verdad inquirida.

Para decidir si se explora a un niño, ante todo, debe conocerse su edad, lo que permitirá valorar la posibilidad real de obtener un testimonio objetivo, pues, aunque no existe ningún límite para conocer cuándo puede guardar en el recuerdo lo sucedido, o no, la mayoría de los autores coinciden en que los menores de tres años no son factibles de ser sometidos a un proceso, por cuanto no registran con exactitud los sucesos en su memoria, lo que no es absoluto. De igual forma, no resulta lo mismo explorar a un escolar que a quien no lo es, por el grado de independencia que desarrollan los primeros; ni a uno de seis años que a uno de ocho, edad en la que es más elaborado el pensamiento; ni a un niño que a un adolescente, que puede enmascarar intereses en su testimonio, sobre todo lo relacionado con su intimidad.

En segundo lugar, debe conocerse el tiempo transcurrido desde el suceso que se pretende esclarecer, pues la distancia en el tiempo puede

llevar a distorsionar o borrar parte de sus recuerdos.

Al explorar un niño, cualquiera que sea su edad, se debe buscar la manera de llegar a conocer lo que se desea, sin que su sagacidad le permita percatarse de que es ese el objetivo de quien lo explora. Para ello, nunca debe abordarse directamente el tema; se creará un ambiente que le inspire confianza, lo que requiere paciencia, conocimiento elemental de los gustos y motivaciones infantiles, para que el intercambio resulte ameno y, poco a poco, vayan disipándose dudas, temores y reticencias que bloquean la comunicación. Se le debe dar la posibilidad de que hable y, con maniobras, girar la conversación hacia donde le interese al explorador, sobre todo con preguntas generales, que le permitan realizar una exposición al menor. Se le debe escuchar con atención, sin interrumpir su relato, pues puede conducir al silencio. Es necesario despojarse de toda la carga subjetiva adquirida de las demás pruebas, hasta que se obtenga esta, evitar preguntas cerradas que no den al niño otra opción que no sea el sí o el no, pues se sentirá obligado por una de ellas, que no siempre se ajustará a la verdad.

Para realizar la exploración, el que estará a cargo de la diligencia debe tener pleno dominio de los pormenores del suceso sobre el que procura información, tanto o más que quien será explorado, lo que le permitirá identificar y aprovechar los acercamientos del niño al tema o a un detalle que le abra el camino para entrar. Debe haberse informado de las ca-

racterísticas del niño, nivel de aprendizaje, temperamento, preferencias.

En el acto de juicio oral, el interrogatorio o exploración del menor de edad debe estar libre de todo formalismo y, según el profesor Danilo Rivero, efectuarse en términos simples y concretos que puedan ser comprendidos fácilmente por el menor.

Dicho acto, hasta hace unos años, regido por las normas de la costumbre, la ética y la experiencia práctica, en la actualidad, se encuentra regulado por la Instrucción No. 173/2003, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular que, salvando la escasa previsión de nuestra ley procesal, estableció los postulados de la Convención internacional sobre los derechos del niño y precisó el proceder de los tribunales, estableciendo una política uniforme a seguir por los distintos órganos de justicia del país.

Esta instrucción no se limitó a normar cómo debe realizarse la exploración judicial de un menor, sino que ofreció instrucciones sobre los presupuestos que han de estar presentes en un expediente de fase preparatoria, donde la víctima haya sido un menor, para admitir su apertura a juicio oral, reservando la posibilidad de efectuar el examen de los menores solo cuando ello resulte imprescindible porque su testimonio sea determinante para el esclarecimiento del hecho, anteponiendo los intereses del menor (no afectación a la salud mental) a los de alcanzar los fines de la justicia, sin restarle importancia a esta función de los órganos jurisdiccionales, pero sin victimizar al menor.

Instruye, entre otras exigencias, la opinión de un especialista, que se pronuncie por la factibilidad de someterlo a tal proceder, o no, así como la fundamentación de las partes en el proceso sobre este extremo, y que puede llevar al tribunal a prescindir de su examen. Tal regulación obliga a las partes a detenerse especialmente a evaluar la situación concreta de cada menor antes de proponer su examen al tribunal. Se elimina así el riesgo convertido en práctica de llevarlo siempre ante los jueces, muchas veces, cuando su testimonio no aporta nada esclarecedor al proceso.

Resulta muy alentador el pronunciamiento emanado de nuestro superior órgano judicial, que equilibra el interés superior del niño con los fines de la justicia. Es amplio en instrucciones a los tribunales de cómo proceder ante cada situación que puede presentarse en la rica realidad cotidiana, para no sacrificar ningún interés, reservando a los jueces la facultad de decidir si hacen concurrir a un especialista que los auxilie en la formulación de las preguntas.

Incorpora, a la vez, una serie de opciones para fijar la entrevista del menor, de modo que pueda resultarle útil a los jueces en su momento y la opción de hacerlo, en el tribunal, pero fuera de la sala, sin formalismo alguno, con la prescripción de que deben procurar crear un ambiente propicio, de acuerdo con la edad, con lenguaje claro, sencillo, apropiado, acercándose a sus preferencias (juegos, escuela, amigos), inspirando confianza, para tratar de que asuma lo ocurrido con naturalidad.

Por primera vez, se plantea una edad límite para ofrecer tratamiento diferenciado a los menores de edad: los doce años, período en el cual inicia la adolescencia, y el camino hacia su madurez, cambia de la enseñanza primaria a la secundaria y el adolescente tiene otro nivel de conocimiento de los fenómenos que ocurren en su entorno.

Los asuntos donde estén involucrados menores de 16 años de edad deben ser priorizados, ser resueltos con celeridad y escoger al personal que habrá de tratar con ellos, prefiriendo los de mayor experiencia y preparación en la actividad.

En el II Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales, celebrado en Camaguey, fue presentado un trabajo sobre la prueba en el proceso penal, en el cual se abordaron las condiciones en que debe realizarse la exploración de un menor. Por su importancia, se reseñan a continuación, en síntesis:

1. Brindarle al niño un clima de aceptación, confianza y seguridad (indagar sus actividades en la escuela, amigos y cualquier otro aspecto de interés).
2. Tener en cuenta que los niños tienen un mundo cargado de fantasía, por tanto la confianza en su dicho es relativa.
3. Formularle preguntas cercanas a su mundo interno.
4. Prestar especial atención al uso de conceptos abstractos por parte del niño que puedan ser el resultado de un proceso memorístico influido por un adulto.
5. No formular preguntas que amenacen su propio código interno de

lealtad a los padres u otros adultos en su radio de influencia o amigos.

6. Formular preguntas colaterales, para conocer y valorar el alcance y la lógica de sus análisis; para saber, luego, en su justa medida, qué damos por probado de su dicho.

7. Evitar preguntas cerradas, donde el niño pueda refugiarse con respuestas que brinden poca información.

Comoquiera que las legislaciones deben ser instrumentos para definir e implementar un sistema de garantías que articule de manera coherente y operativa las políticas, planes y programas, de acuerdo con las concepciones sociales y culturales de cada nación, a tono con la preocupación de los juristas en nuestro país por la protección de los infantes, debe ir la preocupación y ocupación de los órganos legislativos e instituciones involucradas por el tratamiento concebido en las leyes y el ofrecido en la práctica a los menores cuando estos resulten víctimas.

La creación, en el país, de tres centros de protección a niñas, niños y adolescentes con sede en las provincias de La Habana, Villa Clara y Santiago de Cuba, resulta una acabada consolidación del respeto y garantías a los menores, tanto víctimas como ejecutores de actos anti-jurídicos, concebidos con el objetivo de prevenir o disminuir, según sea el caso, la victimización de los menores de edad y en franca observancia de las normas que rigen en el país al respecto, con el empleo de métodos novedosos y cómodos para la exploración de los menores y, con ello, la obtención de resultados fidedignos,

veraces y esclarecedores de los hechos en los que se han visto implicados.

En la provincia de Villa Clara, funciona uno de esos centros de protección a niñas, niños y adolescentes, monitoreado por el Ministerio del Interior. Por subordinarse la institución a su tutela, cada exploración se realiza a instancia de la parte que la solicite, o sea no se circunscribe solamente al proceso instructivo, ni propende únicamente de la voluntad de ese órgano o la fiscalía. La exploración del menor, como medio probatorio, puede solicitarla también el abogado defensor e, incluso, el tribunal, en ocasión de realizar actuación oficiosa.

Para realizar la exploración de los menores, resulta necesaria la aprobación de aquella persona que ostente su patria potestad o, en su defecto, la guarda y cuidado, así como la presencia de esta persona durante la exploración, siempre supervisada por la doble función de la fiscalía, como parte en el proceso y fiel observador de las garantías y derechos del niño. Se precisa, además, la participación del instructor del caso, a fin de que pueda intencionar y lograr de la exploración misma los elementos necesarios para la probanza de los hechos; y del oficial de menores del área de residencia, con una valoración previa del medio en que el menor se desarrolla, elemento que contribuye al empleo de prácticas psicológicas y preparación por parte de los especialistas para dirigir el debate.

Las etapas establecidas por el Centro de protección de niñas, niños

y adolescentes (CPNNA), se definen como:

- *Recibimiento del caso.* El menor víctima, en compañía de sus representantes legales, es recibido en el centro por un especialista, quien brinda, sin hacer referencia al hecho victimizante, informaciones generales sobre el lugar donde se encuentran, mostrándole además las áreas del CPNNA.

- *Etapas de preparación.* El psicólogo obtendrá una primera impresión psicológica a través de técnicas interactivas (observación, entrevista, dibujo, juego). Se trabaja en función de reducir las tensiones, de forma que se propicie un entorno favorable para el desarrollo de la exploración. De igual manera, se realizan todas las acciones necesarias para lograr el *rapport* con el instructor especializado (explorador). Atendiendo a las características del menor, pudiera ser necesaria la participación del defectólogo, en caso de existir alguna discapacidad para valorar con el psicólogo, si el niño se encuentra en condiciones de pasar al salón de exploración. En este momento se le explica, de modo adecuado, la razón por la que se encuentra en el centro y las actividades que se realizarán.

- *Etapas de atención a la familia.* Al mismo tiempo que se trabaja con el menor en la etapa de preparación, los representantes legales de este pasan a ser entrevistados por uno de los especialistas, donde se conocen elementos relacionados con el entorno familiar en el que se desarrolla y los hechos que se investigan. Como parte de la entrevista, se orienta a la familia en los aspectos que lo requieran y se

informan todos los procedimientos, a fin de que los representantes legales otorguen, en forma escrita, el debido consentimiento para llevar a vías de efecto el proceso de exploración. En los casos en los que los menores de edad no sean representados por sus padres o tutores, el fiscal, en defensa del interés superior del niño o adolescente, ejerce tal representación.

- *Etapas de planificación de la estrategia de exploración.* En este momento del proceso se reúnen los especialistas que intervienen en las etapas anteriores, así como el fiscal actuante, el oficial de prevención de menores, el instructor que investiga el caso, el abogado de la defensa y el instructor especializado, quienes, bajo la coordinación del jurista del centro, ponen sobre la mesa de trabajo los elementos de importancia para trazar la estrategia de exploración. Durante esta etapa, se presta especial atención al hecho de que, durante el desarrollo de la entrevista, no se formulen preguntas de manera inductiva a sus respuestas, y que estas no sean enfocadas en forma victimizante. Asimismo, en función de la información y la opinión profesional de los participantes, se decide sobre la pertinencia de llevar a cabo la entrevista en ese momento, por lo que, en ocasiones, y de acuerdo con las características propias del caso, se toma la decisión de derivar al menor de edad a una intervención terapéutica para lograr, en otra oportunidad, una adecuada exploración.

- *Etapas de exploración.* En esta, tiene lugar la entrevista, en la que el especialista designado establece una comunicación con el menor, a fin de

que este narre lo sucedido. El local destinado para la exploración contará con las condiciones idóneas, a saber: insonorización (para evitar ruidos externos), climatización, presencia de juguetes (con características particulares que permitan el desarrollo de la entrevista) y una decoración agradable que permita un clima apropiado. Simultáneamente, la exploración es vista en el local donde, a priori, se había planificado la estrategia, participando además los representantes legales del menor de edad explorado. En dicho lugar, se cuenta con medios tecnológicos que permiten la comunicación constante de los especialistas con el entrevistador, garantizando la calidad de la exploración.

Luego de concluida la entrevista, el psicólogo alivia las tensiones que puede haber provocado el momento de la exploración y el equipo de especialistas se reúne, con el objetivo de evaluar la calidad de esta: el cumplimiento de las etapas del proceso y de la estrategia de exploración previamente planificada, la no victimización durante el desarrollo de la entrevista, y si las preguntas fueron formuladas de manera no inductiva a sus respuestas. De igual manera, se concilia el seguimiento que se dará al caso. Dado que el objetivo fundamental es la protección y atención integral a la víctima y su familia, desde una perspectiva clínica, el momento de intervenir depende de cada caso en particular. La eficacia de esta intervención se plantea en el sentido de parar el fenómeno del abuso e intentar una posibilidad de cambio en la víctima y su familia.

De manera que la concepción misma de dicha institución se centra en evitar la victimización del menor a toda costa, y evitar que resulte necesaria la validación de su testimonio, una vez que se haya sometido ya a este examen.

Es necesario tener presente que la validación del testimonio del menor es un juicio especializado acerca de si su dicho puede ser creíble, o no, con técnicas que toman como base, además del temperamento del niño, las circunstancias que rodean el caso y pueden provocar una determinada actitud, distinta a su comportamiento histórico.

Sobre esto, el criterio que se maneja, y con el que coincidimos plenamente, es validarlo solo cuando surjan dudas acerca de su credibilidad y este no pueda ser confirmado por ninguno de los otros medios de prueba al alcance del investigador.

El niño o adolescente debe ser llamado al proceso penal cuando, de su testimonio, se espere un resultado trascendente y no se cuente con otra manera de obtenerlo, y no para enriquecer, en detalles intrascendentes jurídicamente, el hecho imputable a un determinado autor.

El testimonio del menor debe valorarse entre el conjunto de elementos probatorios existentes, procurando su confirmación al cotejarlo con el resultado de las demás acciones y diligencias practicadas en el proceso. Debe valorarse el grado de concatenación de cada una de las partes que se integran como un todo armónico para conformar la prueba, discriminándolo cuando resulta evidente que no se corresponde con elementos indubitados.

El hecho de que la legislación procesal no establezca excepción alguna, respecto a la consideración del menor como testigo, permite que este sea aceptado sin la obligación de someterlo a evaluación especializada acerca de su actitud cognitiva, que corrobore su testimonio. Muchos han sido los criterios acerca de si debe someterse a un test evaluativo que valide su testimonio, o no.

En el manual de instrucciones de la Fiscalía General de la República, para el trabajo de los procesos penales, se establece que, en los delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la infancia, y la juventud, debe disponerse que los peritos médicos-forenses realicen la validación del testimonio del menor, y profundizar en la investigación en cuanto a relaciones existentes entre víctima y victimario, y familiares del menor víctima del hecho.

Se pretende, ciertamente, en el ordenamiento jurídico cubano, proteger a toda costa, al menor víctima, de su victimario y de la victimización de que pudiera ser objeto; no obstante, coexisten en la práctica dificultades aún en la acabada concepción que se pretende. Ese es el objetivo de nuestro trabajo, a fin lograr limar dichas asperezas y contribuir con nuestros criterios y recomendaciones a que cada vez más sean respetados y protegidos los menores en Cuba.

En la práctica judicial, la creación del Centro de protección a niñas, niños y adolescentes ha posibilitado a los tribunales apreciar la forma en que se realizan las exploraciones a los menores, y constatar las condiciones del local que se utiliza en estas

funciones; además, el hecho de que los jueces podamos apreciar los gestos y expresiones de los examinados contribuye eficazmente a ganar convicción sobre la veracidad, o no, de lo que el menor esté expresando, lo que, a nuestro entender, es favorable y queda la posibilidad de examen de estos por el tribunal, solo constreñido a los casos que lo ameriten.

No obstante, en algunos casos que se han sometido a nuestro conocimiento, las entrevistas carecen de preparación por parte del interrogador, al efectuar los interrogatorios con una postura inquisitiva; en otros, sugiriendo las respuestas. También se observa la utilización de juguetes inapropiados, al ser los explorados menores ya adolescentes; no se encuentra integrado el equipo de trabajo del CPNNA por otros especialistas, como los psiquiatras infanto-juveniles, lo que ha conllevado, en ocasiones, a que no exista un criterio único entre el Centro y la comisión infanto-juvenil respecto a la confiabilidad de un testimonio, lo que determina la doble victimización del menor.

Insuficiencias observadas en la exploración a menores víctimas

En ocasión de la presente investigación, resultaron encuestados 40 operarios del Derecho, entre los que se encuentran: 23 jueces, 8 fiscales, 7 abogados y 2 instructores. Del total, solo uno no considera que la exploración del menor en el CPNNA sitúa a nuestro país en un lugar cimero, ya que está permeada, en la práctica, de insuficiencias que lastran las garan-

tías del proceso penal. El resto de los encuestados estima que la concepción de dicha institución nos ubica en un escalón cualitativamente superior, respecto a los efectos traumáticos que provoca en los menores de edad el haber resultado víctimas de hechos delictivos, fundamentalmente contra su sexualidad, su integridad física o derivadas de la victimización terciaria de las que son objeto durante el proceso penal.

De la totalidad de los encuestados, 27 consideran que, al efectuarse las entrevistas a los menores, por el instructor-explorador, se realizan con la adecuada profesionalidad y 7 consideran que este indicador no se evidencia en la manera de dirigir el debate, al efectuar preguntas que sugieren las respuestas, la manera inquisitiva en que se dirigen, y otras que no están en correspondencia con la edad del niño, además de que no se le da la posibilidad al representante legal del menor de acompañarlo durante la exploración, infringiendo de esta forma la ley. Los restantes se abstuvieron de opinar al respecto.

En relación con el entorno en que se realizan las exploraciones, 32 coincidieron en que resulta favorable por tener el lugar las condiciones para una entrevista, con privacidad, alejada de las instituciones policiales y judiciales, y con semejanza a una vivienda de familia, que permite al menor interactuar de manera más cómoda y libre; 6 consideraron que el entorno no se adecua a la edad del menor, en tanto se utilizan juguetes y se atempera la entrevista para ni-

ños pequeños, lo que es contraproducente cuando los menores ya son adolescentes y, sin embargo, se emplean las mismas técnicas didácticas, significando los encuestados en que este local tiene matices femeninos, lo que no se adecua a los requerimientos de menores de sexo contrario; los restantes 2 encuestados se abstuvieron de opinar.

Entre las recomendaciones fundamentales efectuadas por los encuestados está intencionar la preparación de los especialistas que integran el equipo de trabajo del centro, que debe estar conformado además, por los mismos especialistas que componen la Comisión infanto-juvenil, para que exista un criterio único respecto a la veracidad de la exploración del menor y para no someterlo a doble entrevista, al tener que contar en dos momentos las circunstancias del hecho en que resultó víctima. También, adecuar las entrevistas en cuanto a edad, sexo y delito de los que fueron objeto los victimados; que en los casos de delitos sexuales contra niñas, las explore una instructora; y que los testigos menores de edad también sean examinados en este centro.

Además, se empleó, como método, la entrevista a expertos, entre ellos, un juez, un fiscal, un abogado y un instructor, los que estimaron favorable la creación del CPNNA, como un mecanismo para salvaguardar los derechos y garantías de los menores víctimas de hechos delictivos; no obstante, coinciden en enunciar que las insuficiencias que lastran esta labor deben enmendarse con la debida efectividad.

CONCLUSIONES

1. Resulta efectiva la exploración de los menores de edad que han sido víctimas de delitos, por un equipo multidisciplinario de especialistas en el Centro de protección a niñas, niños y adolescentes, toda vez que es utilizado para ello un medio acorde, alejado de la presión que pudiera ofrecer la presencia de más personas en el momento del examen así como de las instituciones policiales y judiciales, con una preparación previa de la entrevista que lleva el conocimiento del medio en que se desenvuelve el menor, lo que constituye un salto cualitativo respecto a la observancia de las garantías y derechos en el proceso penal que contribuyen a minimizar su victimización.

2. Aún persisten deficiencias advertidas de la práctica judicial, respecto a la implementación de la exploración a los menores víctimas en el CPNNA, que laceran la concepción misma de la institución y trascienden a la preparación de los especialistas que componen el equipo en el Centro, por resultar algunas de las exploraciones inquisitivas, sugestivas e inapropiadas para la edad del explorado y, por otra parte, no se incluye dentro del equipo a especialistas a los que directamente le atañen el bienestar de los niños y niñas en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República de Cuba, MINJUS, La Habana, 1999.

Ley de procedimiento penal, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1996.

Ley No. 16/1978, Código de la niñez y la juventud, La Habana, 1988.

Ley No. 59/ 1988, Código civil, La Habana, 1989.

Ley No. 62/1987, Código penal, Editorial de Ciencia Sociales, La Habana, 1988.

Ley No. 83/1997, Ley de la Fiscalía General de la República, Fiscalía General de la República, La Habana, 1988.

Asamblea General de las Naciones Unidas: *Convención internacional sobre los derechos del niño*, UNICEF, La Habana, 2003.

Basilico, Ricardo Ángel: *El respeto a la intimidad del niño como garantía*, Argentina, 2000.

Butler T, Kiner N.: *Curso de capacitación en técnicas de entrevistar a niños testigos y víctimas*, Santiago de Cuba, 2008.

Castillo Álvarez, Aurelio: *Menores víctimas en el proceso penal: valoración y credibilidad de su testimonio*, Cienfuegos, 2002.

Código penal: "Título XI: «Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud», Ley 62/87".

De Armas Fonticoba, T. (coord.): *Criminología*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

De la Torre López, Sandra: "La victimización secundaria del menor de edad en el procedimiento penal en Cuba" (tesis de la especialidad en Derecho penal), UCLV, Santa Clara, 2006.

Echeburúa E., P. de Corral y P. J. Amor: "Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos", en *Psicothema*, 2002.

- Espasa-Calpe: *Diccionario manual*, Ediciones Argentina S.A., Buenos Aires-México, 1945.
- Inglés, A.: *El maltractament d'infants a Catalunya. Quants, Com. Per què*, Departament de Justícia, Barcelona, 2000.
- Instrucción No. 173, Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de 7 de mayo de 2003.
- López, F., A. Hernández y E. Carpintero: "Los abusos sexuales de menores: concepto, prevalencia y efectos", en *Infancia y Aprendizaje*, 1995.
- Manual de la lengua española*, Pueblo y Educación, La Habana, 2008.
- Martí Morín, Blanca Estela: *La protección de los derechos de los menores*, Las Tunas, 2004.
- Méndez López, Mirna, Arlín Pérez Duarte y Pedro Abel Arjona: *La víctima en el proceso penal*, Santiago de Cuba.
- "Minoría de edad. Pedofilia. Los niños víctimas de abusos sexuales", en *Enciclopedia Microsoft Encarta® 2000@1993-1999*.
- Ministerio de Justicia: *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de 1996, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil*, España, en *Enciclopedia jurídica de la Fiscalía General de la República de Cuba*, 1996.
- Oliva Melgar, Liberio: *Reflexiones acerca del sentimiento subjetivo de la víctima*, La Habana, 1998.
- Palenzuela Páez, Luis: "La protección legal a infantes y adolescentes por la Fiscalía", en *Revista Cubana de Derecho*, no. 18/2001, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 2000.
- Pedreira M.: "Bioética en la investigación en psiquiatría de la infancia y de la adolescencia: fundamentos, condiciones y consentimiento informado", en *An Psiquiatría*, 1998.
- Pérez Trueyenque, Kenia Idania: "Protección jurídica y tratamiento procesal a los menores víctimas de delitos en el procedimiento penal cubano" (ponencia, VIII Encuentro Internacional de Ciencias Penales), La Habana, 2006.
- Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho penal III*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Rivero García, Danilo: "El juicio oral", en *Temas de Derecho procesal penal*, La Habana, 1988.
- Rodríguez Gómez, Gregorio; Javier Gil Gómez y Eduardo García Jiménez: *Metodología de la investigación cualitativa*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

LA MAYORÍA DE EDAD EN EL SISTEMA DE DERECHO CUBANO

Lic. Iván Ernand Collazo

funcionario de la Secretaría del Consejo de Estado

EL TEMA DE la mayoría de edad, como cualidad de la capacidad de obrar de la persona natural, ha sido recurrente entre juristas y no juristas, cubanos y extranjeros, desde hace varias décadas. Entre otras problemáticas sobre este campo, se discute si debe regularse, o no, una sola mayoría de edad para todas las ramas del Derecho.

Existe abundante literatura donde se aborda la institución de la edad, pero –hasta donde he podido estudiar– no he encontrado concretamente la respuesta a la pregunta ¿debe establecerse para todas las ramas de Derecho una sola mayoría de edad? He aquí mi criterio al respecto.

LA MAYORÍA DE EDAD

Respetando la jerarquía tradicional de las ramas del Derecho, haré la discusión del tema a partir del civil.

Siendo el Derecho un sistema donde todas sus instituciones tienen ciertas interconexiones, obviamente, al hablarse de la edad, se pudieran abordar todas las dimensiones y los elementos que están vinculados a ella, pero solamente me limitaré a dos conceptos: la capacidad de obrar y la mayoría de edad. Respecto a la definición de ambos conceptos, se puede decir que existe total coincidencia en la doctrina.

Asumo la definición de *capacidad de obrar* ofrecida por un colectivo de profesores de la Universidad de La Habana, que lo entiende como “[...] la aptitud del sujeto para lograr por sí mismo, sin la intervención o el auxilio de un tercero, la creación, modificación o extinción de derechos, sobre la base de la realización de actos jurídicos válidos, y para lograr incluso la defensa de esos derechos adquiridos”.¹

Se conoce que el sujeto de derechos puede carecer totalmente de capacidad de obrar, tenerla limitada o alcanzar su plenitud. De estos tres supuestos, me interesa analizar el último, la plena capacidad.

El Artículo 29, apartado 1, inciso a), del Código civil cubano establece que “la plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos se adquiere por arribar (la persona) a la mayoría de edad, que comienza a los 18 años de edad”. Es decir no se adquiere cuando la persona nace, sino que constituye una cualidad progresiva asociada a su desarrollo mental.

1 Caridad del Carmen Valdés Díaz *et al.*: *Derecho Civil, parte general*, p. 107.

El fundamento científico de la plena capacidad la encuentro bien explicada por el psiquiatra cubano Ernesto Pérez González, quien argumenta que a diario, en sus relaciones sociales, un sujeto —psicológicamente desarrollado— toma decisiones en las que dispone de sus bienes patrimoniales y de su propia persona. Estas acciones, casi constantes, van desde la simple cotidiana administración monetaria, hasta la vida sexual; y el individuo las realiza en satisfacción de sus necesidades, mediante una valoración eficiente de la realidad y según principios éticos, exigencias y normas culturales e infinidad de otros factores; todos los cuales se reflejan en su psiquismo e influyen en este, y en consecuencia, en la forma en que actúa socialmente.

Para operar eficientemente, el sujeto es —en sí mismo— una psicología capaz, socialmente determinada.

[...] El Derecho Civil recoge esta posibilidad de funcionalismo social en la llamada capacidad civil, no solo como capacidad jurídica, de derecho; sino también como capacidad de obrar de hecho, de ejercicio o de acción.

[...] Esta capacidad de obrar tiene como base, una psicología capaz de dirigir acciones, propia de la mayoría de edad [...].

Una aproximación jurídica al concepto de capacidad de obrar o cabal juicio, sería la de tener un juicio íntegro o sano juicio; encontrarse en el ejercicio de su razón, de sus facultades mentales; percatarse de lo que hace y gozar de voluntad socialmente funcional para quererlo.²

En esencia, la doctrina reconoce la capacidad de obrar como el poder de discernimiento de la persona individual, que está compuesta por dos elementos; el intelectual y el volitivo.

Estudiosos del tema, como Cañizares,³ han referido la influencia que han tenido, durante la historia, los criterios morales, religiosos, políticos, económicos y biológicos para la fijación de la mayoría de edad. Lo cierto es que, a pesar de que hoy la doctrina y las legislaciones fundamentan la capacidad en los elementos psicológicos, su fijación no es igual en todos los países, influida, sin lugar a dudas, por componentes sociales.

No obstante, la naturaleza jurídica de la fijación del término es ficticia o automática porque nadie alcanza la madurez psicológica o adquiere capacidad plena para obrar de un día para otro. Es decir, resulta increíble afirmar que un cubano adquirió plena madurez psicológica el día que cumplió 18 años de edad y que el día anterior no la poseía. Pero para las ciencias jurídicas es imprescindible el establecimiento de términos, igual que los plazos para el nacimiento, la modificación y la extinción de derechos y obligaciones.

2 Ernesto Pérez González: *Psicología, Derecho penal y criminología*, pp. 170-172.

3 Fernando Diego Cañizares: *Teoría del Estado*, p. 297.

Además de la relatividad imperante para establecer cuál es el término para denotar la mayoría de edad, sucede otro problema. En todos los países –hasta donde conozco– se establecen diferentes edades como capacidad plena para que las personas individuales ejerzan sus derechos en el ámbito de las diversas ramas del Derecho.

En Cuba, se establecen los 18 años para alcanzar la mayoría de edad en materia civil; sin embargo, en esta propia esfera y en otras del Derecho, se regulan diferentes edades, como las que se contemplan para: el matrimonio (18; 16; 14 años), el sufragio (16; 18), para trabajar (17; 16; 15), el servicio militar (18; 17), responder penalmente (16), por solo citar algunos ejemplos. Entre paréntesis señalo diversas edades para distintas circunstancias.

Me pregunto: ¿esta disparidad de edades es incoherente o contraproducente con la ciencia del Derecho? Mi respuesta es *no*.

En la doctrina del Derecho civil y en las legislaciones, tanto nacional como extranjeras, se refrenda los término gramaticales *capacidad especial, edad especial, caso especial o legislación especial*. A los anteriores sustantivos enmarcados, les acompaña el adjetivo *especial*, el cual, en mi criterio, constituye el fundamento jurídico que permite que tanto en nuestra legislación como en la foránea, incluyendo las normas internacionales, coexistan diferentes edades para ejercer plenamente los derechos en las distintas ramas del Derecho.

José Castán Tobéñas, español, catalogado como un eminente civilista y mencionado por los profesores cubanos Tirso Clemente y Cañizares, en sus obras, en 1943, explicaba que

las legislaciones modernas suelen establecer un límite general de mayoría de edad, que señala el tránsito de la incapacidad a la capacidad de obrar, y edades especiales, más o menos variadas, para la adquisición de determinados derechos [...] unas son anteriores a la mayoría de edad y otras posteriores a ella.⁴

Más reciente, un autor reflexionaba que

la mayoría de edad despliega su virtualidad propia de autogobierno y autorresponsabilidad de la persona en todas [las] ramas del Derecho y no sólo en la vida civil [...] salvo las excepciones establecidas en casos especiales [...] con ello se indica que existen supuestos que requieren una edad superior, por lo que acaso cupiera hablar de una capacidad de obrar especial para casos especiales [...].⁵

En la literatura y legislaciones consultadas, no encontré el fundamento científico de la edad o capacidad especiales, solamente se hacen referencias descriptivas o imperativas. Considero que los fundamentos científicos de esos conceptos son los mismos que los explicados anteriormente por Ernesto

4 José Castán Tobéñas: *Derecho civil español, común y foral, parte general*, t. I, 6.ª ed., p. 145.

5 Colectivo de autores: "La capacidad de obrar: La edad y el sexo".

Pérez; y lo especial no es la edad o la capacidad, sino el objeto de la relación jurídica: el matrimonio, el trabajo, el sufragio, el servicio militar, etc.

En el Código civil cubano se refrendan dos preceptos específicos que justifican la existencia de diversas capacidades plenas en nuestro sistema de Derecho. El Artículo 28, apartado 2, establece que “el ejercicio de la capacidad se rige por las disposiciones de este Código y la legislación especial, según el caso”.

Por otra parte, el Artículo 29, apartado 2 –referente a la capacidad jurídica civil– expresa que “la ley, no obstante, puede establecer otras edades para realizar determinados actos”.

Coincidiendo con lo afirmado en su momento por José Castán, también en nuestro propio ordenamiento civil se prevén edades especiales inferiores o superiores con respecto a la establecida como mayoría de edad. Por ejemplo, el mencionado Artículo 29, en su inciso b), regula que la plena capacidad se adquiere “por matrimonio del menor”, o sea, del menor de 18 años. Al otro extremo, el Artículo 100 del Código de familia establece como uno de los requisitos para adoptar el “haber cumplido (el adoptante) veinticinco años de edad”.

Cuando se discute sobre la determinación de la mayoría de edad, obviamente los juristas acuden al ordenamiento jurídico internacional, específicamente a la Convención sobre los derechos del niño, de la cual Cuba es signataria, norma básica donde se establece ese elemento de la capacidad de obrar. Aquí, me pregunto ¿existe alguna contradicción con esta norma internacional? Mi respuesta es *no*.

En primer lugar, la Convención estipula en su primer artículo que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad [...]”. Como he reiterado, el Código civil prevé, como principio, la mayoría de edad cuando la persona cumpla los 18 años.

En segundo lugar, este artículo primero de la Convención, seguidamente expresa: “[...] salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Interpreto que la referida norma no obliga a los países a establecer los 18 años como mayoría de edad porque evidentemente este precepto está sustentado en los fundamentos doctrinales y científicos antes expuestos.

En tercer y último lugar, la propia Convención admite la posibilidad de que se establezcan edades especiales, distintas a la de 18 años. Por ejemplo, el Artículo 32 estipula que los Estados parte “fijarán una edad o edades mínimas para trabajar”; el 38 exige que los Estados “se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad”.

Conocemos que para establecer la edad laboral en Cuba se tuvo en cuenta el Convenio No. 138 de la Organización Internacional del Trabajo, que entró en vigor el 26 de junio de 1973. Este instrumento normativo establece que, para fijar la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo, se tendrá

en cuenta aquella en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, se fijará la de 15 años. También permite otras edades que oscilan de 13 a 18 para determinadas circunstancias. Tanto en el anterior Código de trabajo, Ley No. 49, de 28 de diciembre de 1984, como en el recientemente en vigor, Ley No. 116, de 20 de diciembre de 2013, se estipuló que la “capacidad para concertar contratos de trabajo se adquiere a los 17 años de edad” y, excepcionalmente, a los 15 y 16, “con el consentimiento de los padres o tutores, en las circunstancias y condiciones establecidas”.

En cuanto al derecho de ejercer el voto, Fernando Álvarez Tabío⁶ comenta que

en nuestra Constitución socialista triunfó el criterio de los 16 años, al fundarse sus propugnadores, en que la juventud de nuestro país ha probado, de modo más que convincente, la posesión de una clara conciencia cívica, y de su conocimiento del papel que desempeñará como elemento esencial en la transformación superadora de nuestra vida nacional. También recordamos que el Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba estimó necesario sistematizar la participación e iniciativa de la joven generación en todos los órdenes de la vida económica, política y social, y elevar el papel de las organizaciones juveniles en lo concerniente a los asuntos de la sociedad y del Estado.

En 1988, Vega Vega explicó que “la edad electoral de 16 años, la más baja de todos los Estados de la comunidad socialista, se justifica por el hecho de la más acelerada madurez de la juventud cubana”; y que “la exigencia de la edad de 18 para ser diputados se basa en la mayor madurez que exige esa función”.⁷

En la ciencia del Derecho penal, el tema de la edad se aborda profundamente. En esencia, tomando las explicaciones de Renén Quirós Pérez,⁸ quiero resaltar que ha habido dos principios fundamentales para la determinación de la edad penal: el del discernimiento, concepto con muchas definiciones en el transcurso del tiempo, que ha fracasado por ser inseguro y difícil de probar el momento de la imputabilidad; y el de la ficción jurídica, basado en la “mera presunción *iuris et de iure*”, consistente en que, una vez comprobada la edad de 16 años de edad del autor de un delito, no se admite prueba en contrario para alegar que el sujeto era un imputable, a pesar de que contara con más de 16 años de edad, principio este que, a criterio de Quirós, fue el acogido por el actual Código penal cubano.

El Artículo 16, apartado 2, del Código penal establece que “la responsabilidad penal es exigible a la persona natural a partir de los 16 años de edad cumplidos en el momento de cometer el acto punible”.

La edad, en el Derecho penal, está asociada al elemento de la imputabilidad. Quirós, al respecto, plantea que “[...] será imputable quien posea la

6 Fernando Álvarez Tabío: *Comentarios a la Constitución socialista*, p. 408.

7 Juan Vega Vega: *Derecho constitucional revolucionario en Cuba*, pp. 296-297.

8 Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal*, t. 3, pp. 8-11.

facultad de comprender el alcance de sus acciones y de dirigir su conducta”, es “[...] aquella que puede proporcionar una respuesta consciente, con plena o adecuada elaboración psicológica en que intervengan dos funciones: la cognición y la volición”.⁹

En la misma línea de pensamiento, Ernesto Pérez, refiriéndose a la edad como posible causa de inimputabilidad expone que

tiene argumentaciones netamente psicológicas y, en su caso, no es necesaria ninguna demostración pericial psiquiátrica o psicológica. Se asume, por definición penal sustantiva, la falta de desarrollo mental, inherente al niño o la niña, y primera adolescencia, vigente hasta que se cumpla la «edad penal», que aparece en el Código penal de cada nación, generalmente en edades que fluctúan de un país a otro [...].¹⁰

Quirós enseña su concepción como la capacidad de responsabilidad jurídico-penal y asemeja esta con la capacidad de la persona natural en el Derecho Civil:

Hasta cierto punto, en el tema de imputabilidad (del Derecho penal) se reflejan las nociones del Derecho civil relacionadas con la capacidad del sujeto. La capacidad (en el Derecho civil) se desdobra en capacidad jurídica (aptitud para ser sujeto de derechos) y capacidad de obrar (aptitud del sujeto con capacidad jurídica para realizar actos con valor y eficacia jurídica). Este sentido de la capacidad de obrar guarda similitud con la noción de la imputabilidad, salvando por supuesto las lógicas diferencias que siempre se suscitan entre nociones civiles y penales.¹¹

Estas mismas razones, estimo, son las que justifican las llamadas edades especiales vigentes en las diferentes ramas del Derecho.

Reitero la idea de que en cualquier sistema de Derecho pueden subsistir las edades especiales, lo importante es que sean adecuadamente fundamentadas. Coincido con el profesor Quirós en que la edad penal en el Código penal cubano se fijó mediante el principio de la ficción jurídica, lo cual me parece que es extensivo a las otras ramas de nuestro sistema de Derecho, pero considero que en todos los casos está presente también el principio de discernimiento, en tanto que este está integrado por los elementos intelectual y volitivo. Además, no albergo dudas de que la madurez mental de la persona fue debidamente argumentada para cada objeto de la relación jurídica en cuestión, lo cual minimiza la citada ficción.

Ya cité algunos análisis realizados para determinar en nuestro país la capacidad de obrar en lo laboral y en lo electoral; seguidamente, citaré algunos razonamientos expuestos por el Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz en el

9 *Ibid.*, t. 1, p. 221.

10 Ernesto Pérez González: *Op. cit.*, p. 145.

11 Renén Quirós Pérez: *Op. cit.*, t. 1, p. 220.

décimo aniversario del Ministerio de Interior, en 1971, referidos a la determinación de la edad penal:

En las actividades también con relación a los menores se están proyectando establecimientos adecuados para el mejor tratamiento científico, educativo y psicológico a los menores que delincan; pero también se harán determinadas definiciones en el Código en relación con la edad en que comienza realmente la responsabilidad penal. Porque no estamos en la Edad Media, vivimos en un mundo diferente. Y cuando se hacen los análisis, se observa entre los 16 y los 17 años el porcentaje más alto, más de un 50% es en estas edades. En general se producen actividades delictivas, conceptuadas como actividades delictivas de menores, en casos que están francamente actuando de una manera dolosa y amparados en la impunidad.¹²

Termino este artículo con las definiciones y los comentarios sobre el tema refrendados en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”):

- Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto.
- Menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.
- La regla 2.2 define “menor” y “delito” como componentes del concepto de “menor delincuente”, que es el objeto principal de las presentes Reglas mínimas [...] Cabe señalar que las reglas disponen expresamente que corresponderá a cada sistema jurídico nacional fijar las edades mínima y máxima a estos efectos, respetando así cabalmente los sistemas económico, social, político, cultural y jurídico de los Estados Miembros. Ello significa que la noción de “menor” se aplicará a jóvenes de edades muy diferentes, edades que van de los 7 años hasta los 18 años o más. Dicha flexibilidad parece inevitable en vista de la diversidad de sistemas jurídicos nacionales, tanto más cuanto que no restringe los efectos de las Reglas mínimas.
- Mayoría de edad penal: En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.
- La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse

12 Fidel Castro Ruz: Discurso pronunciado en el acto conmemorativo por el décimo aniversario de la creación del MININT, celebrado en el teatro de la CTC, el 6 de junio de 1971.

al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etc.).¹³

CONCLUSIONES

1. Es posible la existencia de diferentes edades para denotar la capacidad de obrar de las personas en cada rama del Derecho.

2. Conforme al materialismo dialéctico, las circunstancias históricas están en constante cambios y, por supuesto, la madurez psicológica de los seres humanos; por ende, la determinación de la mayoría de edad ha ido cambiando en el decursar de la historia, desde los cimientos del Derecho hasta la actualidad. En el Derecho Romano antiguo, la mayoría de edad se alcanzaba a los 25 años y, por tanto, podrá ser susceptible de variaciones en el futuro. Incluso, nada impide que algún día se hagan coincidir, es decir, que se establezca una sola edad como mayoría o plena capacidad de obrar para todas las ramas del Derecho.

3. Las edades fijadas en nuestras normas jurídicas no están en contradicción con las vigentes normas internacionales.

4. El propósito no debe ser insistir en el establecimiento o convergencia de una sola mayoría de edad, sino argumentar la que sea o sean pertinente(s), a partir del estudio de las circunstancias históricas concretas y, por consiguiente, la madurez mental de las personas, para menguar la subjetividad que pueda estar presente en su determinación, bajo el imperio del principio inevitable de la ficción jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Tabío, Fernando: *Comentarios a la Constitución socialista*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989.

Castán Tobénas, José: *Derecho civil español, común y foral; parte general*, t. 1, 6.ª ed., Madrid, 1943.

Colectivo de autores: "La capacidad de obrar: La edad y el sexo", en www.derecho.isipedia.com.

13 Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

Colectivo de autores: *Lecciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.

Diego Cañizares, Fernando: *Teoría del Estado*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1979.

Pérez González, Ernesto: *Psicología, Derecho penal y criminología*, Ediciones ONBC, La Habana, 2010.

Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho penal*, t. 1-3, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

Valdés Díaz, Caridad del C. et. al.: *Derecho civil, parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

Vega Vega, Juan: *Derecho constitucional revolucionario en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988.

Legislación

Código civil, Ley No. 59, de 16 de abril de 1988.

Código de familia, Ley No. 1289, de 14 de febrero de 1975.

Código de trabajo, Ley No. 49, de 28 de diciembre de 1984.

Código de trabajo, Ley No. 116, de 20 de diciembre de 2013.

Código penal, Ley No. 62, de 29 de diciembre de 1987.

Convención No. 138, de 1973, Organización Internacional del Trabajo.

Convención sobre los derechos del niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

ACTUALIDAD JUDICIAL

Lic. Celaida Rivero Mederos,
Esp. judicial, TSP

Segundo semestre de 2014

CONTROL, INFLUENCIA Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS QUE EXTINGUEN SANCIÓN EN LIBERTAD

Efectuado el VIII Taller Nacional

El 24 y 25 de noviembre, sesionó el VIII Taller Nacional sobre la actividad de control, influencia y atención a las personas que extinguen sanción en libertad, organizado por el Tribunal Supremo Popular (TSP).

Rubén Remigio Ferro, presidente de este máximo órgano de justicia, señaló la necesidad de continuar perfeccionando la actividad y que, aunque la labor de los tribunales es esencial, se requiere que todos los organismos y organizaciones implicados desarrollen acciones directas, intencionadas y eficaces, sobre los sancionados.

Asimismo, expresó que, entre los resultados de la implementación del sistema para la coordinación e integración de acciones con ese fin, se ha logrado mayor control en el cumplimiento efectivo de las sanciones subsidiarias, medidas de seguridad y beneficios de excarcelación, y que la sociedad se ha implicado más en la reincorporación de los controlados, aunque aún persisten dificultades en el proceso.

También se resaltó que, del total de controlados aptos para trabajar,

el 97,9% se ha incorporado a algún puesto laboral, lo cual demuestra la eficiencia alcanzada en la reinserción social de las personas que extinguen su sanción en libertad.

Durante el Taller, las instituciones, organismos y organizaciones implicadas en la tarea emitieron indicaciones y precisiones para la actualización de su labor.

I Congreso iberoamericano de calidad para la justicia

Los días 12, 13 y 14 de noviembre, se desarrolló en Bogotá el I Congreso iberoamericano de calidad para la justicia, cuyo propósito central estuvo orientado a consolidar conocimientos y competencias de los operadores judiciales de los países miembros de la Cumbre judicial iberoamericana y de los delegados ante la Comisión iberoamericana de calidad para la justicia (CICAJ), en temas relacionados con el desarrollo e implementación de sistemas de gestión de calidad en la administración de justicia.

El cónclave contó con la asistencia de presidentes de cortes supremas, ministros, comisionados de la CICAJ y prestigiosos conferencistas extranjeros. Por Cuba, asistieron Oscar M. Silvera Martínez, vicepresidente del TSP, y Tomás Betancourt Peña, juez

y director de Supervisión y atención a la población, de este máximo órgano de justicia.

XV Encuentro de magistradas iberoamericanas

El XV Encuentro de magistradas de altos órganos de justicia de iberoamérica se celebró en Santiago de Chile, entre el 24 y el 26 de noviembre, en el que participaron delegaciones de 18 países iberoamericanos.

Michelle Bachelet, presidenta de Chile, encabezó la inauguración de la cita, en cuya apertura disertaron las ministras chilenas del Servicio nacional de la mujer, Claudia Pascual, y de la Corte Suprema de Justicia, Andrea Muñoz, y el presidente de esta, Sergio Muñoz.

El objetivo del cónclave fue, esencialmente, promover políticas y estrategias con visión de género que garanticen el acceso efectivo de las mujeres a la justicia.

El tema central, el acceso a la justicia de las mujeres pertenecientes a los grupos de alta vulnerabilidad, fue ampliamente debatido y se caracterizó por la denuncia constante a las desigualdades sociales que discriminan a las mujeres, las diferencias salariales, la penalización del aborto, la pobreza y la falta de empoderamiento.

Por Cuba, asistió Rufina Hernández Rodríguez, directora de Formación y desarrollo del TSP, quien expuso la ponencia "Mujeres afrodescendientes ante la justicia patriarcal".

En la Declaración final, se acordó celebrar el próximo encuentro en La Habana, en noviembre de 2015.

Puntos de contacto y enlaces de Iber-Red

Entre el 14 y el 18 de diciembre, sesionó en Cartagena de Indias el Encuentro de Puntos de contacto y enlaces de Iber-Red, sobre aspectos civiles, de la sustracción internacional de menores y su restitución.

El encuentro fue inaugurado por Santiago Salas, cónsul general de España en la ciudad sede. También presidieron la apertura Mercedes Flórez, directora del Centro de Formación de la Cooperación Española en Cartagena, donde sesionó el evento, y Andrea Murillo Fallas, coordinadora de proyectos de la Secretaría General de Iber-Red y COMJIB.

La jornada se desarrolló en un ambiente respetuoso y apegado al debate técnico. Especialmente, se exhortó a los países a utilizar la Convención de La Haya, para viabilizar y hacer más efectivo el tratamiento a la sustracción internacional de menores y su restitución.

Por el TSP, asistió Pedro Medina Gutiérrez, director de Comunicación institucional y relaciones internacionales. Hubo muestras de apoyo a sus palabras, en especial de las delegaciones de Costa Rica, El Salvador, Paraguay, Brasil y República Dominicana.

En la mañana del día 17, sorprendió la declaración del General de Ejército Raúl Castro, al anunciar al mundo el regreso de los 3 héroes que se encontraban en prisiones del imperio, y la decisión de iniciar los trámites para el restablecimiento de las relaciones diplomáticas entre Cuba y los EE.UU. Confirmadas estas noticias, el dele-

gado cubano compartió, con los asistentes de los 15 países participantes, el regocijo por estos acontecimientos, momentos en los que se respiró un clima de total solidaridad, con vítores por parte de varias delegaciones, entre ellas las de Costa Rica, Brasil y República Dominicana.

Aprobada la estrategia de comunicación institucional

El 15 de diciembre, en la sede del TSP, se aprobó la actualización de la Estrategia de comunicación institucional, en una reunión de trabajo presidida por Miguel Díaz-Canel Bermúdez, miembro del Buró Político y primer vicepresidente de los consejos de Estado y de Ministros, y por Rubén Remigio Ferro, presidente de este máximo órgano de justicia.

El propósito general de la estrategia es gestionar los procesos de comunicación interna y externa a partir de acciones y medidas que permitan el cumplimiento de los objetivos estratégicos del Sistema de Tribunales. Para ello, es necesario, como retos principales: establecer los protocolos de trabajo con las instituciones recto-

ras en temas relacionados con la comunicación institucional y la imagen visual; cumplir las acciones definidas en el diagnóstico; perfeccionar el proceso de comunicación interna, como uno de los elementos que determinan la calidad en el servicio judicial, y fomentar la retroalimentación entre los tribunales y la población.

Otros cursos especializados de formación judicial

Nuevamente, se produjo el intercambio de expertos, que contribuyó a elevar la cultura, preparación y experiencia profesional de jueces, abogados y fiscales asistentes, como parte de la colaboración entre las cortes supremas iberoamericanas.

En noviembre, asistieron a cursos de formación judicial los especialistas Amaro Cabrera Calero, presidente del TPP de Matanzas, y Yolanda Pino Martínez, presidenta de la Sala de lo Económico del TPP de La Habana, en los temas *El control de la constitucionalidad de las leyes* y *El Derecho mercantil*, respectivamente celebrados en Cádiz y Barcelona, España.

Primer semestre de 2015

Presencia del TSP en la Comisión Electoral Nacional

El 6 de enero, quedó constituida la Comisión Electoral Nacional (CEN), en la que tomaron posesión de los cargos sus 17 miembros —entre ellos, el compañero Joselín Sánchez Hidalgo, vicepresidente en funciones del TSP—, quienes firmaron el acta acreditativa y recibieron la certificación que confirma su designación.

En la ceremonia solemne, Homero Acosta Álvarez, secretario del Consejo de Estado, resaltó la alta responsabilidad que asumen en el control, organización y dirección del proceso electoral, como máxima autoridad electoral del país, conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República y en la Ley No. 72/92, “Ley electoral”; y Alina Balseiro Gutiérrez, presidenta de la CEN, leyó el juramento, con el compromiso de buen desempeño,

imparcialidad, transparencia, veracidad y puntualidad de la información.

El acto contó con la presencia de Ana María Mari Machado, vicepresidenta de la Asamblea Nacional del Poder Popular; Rubén Remigio Ferro, presidente del TSP; y Darío Delgado Cura, Fiscal General de la República, entre otros dirigentes del Estado y el Gobierno, representantes de las organizaciones de masas, las Fuerzas Armadas Revolucionarias y el Ministerio del Interior.

Premio Nacional de Derecho 2014

El 27 de febrero, se otorgó el Premio Nacional de Derecho Carlos Manuel de Céspedes, 2014, al Dr. Armand Hart Dávalos, director de la Oficina del Programa Martiano y presidente de la Sociedad Cultural José Martí.

Migdalia Velázquez Pérez, presidenta de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, al entregar el premio, significó que este reconocimiento es muestra de la ejemplar trayectoria del jurista, revolucionario, político, escritor y educador, y le agradeció por su vida y obra al lado del pueblo cubano y en defensa de la Revolución.

En el solemne y sencillo acto, efectuado en el Memorial José Martí, participaron, además, Homero Acosta Álvarez, Rubén Remigio Ferro, Darío Delgado

Cura, María Esther Reus González, ministra de Justicia, Ariel Mantecón Ramos, presidente de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos y Rodolfo Dávalos Fernández, Premio Nacional de Derecho Carlos Manuel de Céspedes, 2012.

Firman convenio de colaboración

Como colofón de conversaciones previas, Rubén Remigio Ferro y Raúl Garcés Corra, decano de la Facultad de Comunicación de la Universidad de La Habana, firmaron un convenio de colaboración con el propósito de impulsar las labores previstas en la Estrategia de comunicación del Sistema de Tribunales.

Este protocolo tiene como propósito fundamental ejecutar diferentes tareas bilaterales que contribuyan a gestionar los procesos de comunicación interna y externa, a partir de medidas que permitan cumplir los objetivos estratégicos, teniendo como plataforma la gestión de la calidad del servicio judicial.

El acto se realizó en la mañana del 4 de marzo, en la sede del máximo órgano de justicia con la presencia de los miembros del Consejo de Gobierno de esta institución jurisdiccional y profesores de la referida facultad.

EL UNIVERSO DE LOS NÚMEROS (III, FINAL)

Lic. Juan R. Rodríguez Gómez,
editor-corrector, TSP

AL CONCLUIR LA primera parte (no. 22, junio de 2014), dije que faltaba lo relativo a las llamadas o remisiones que allí se hacían y que eso, por lógicas razones de espacio, lo trataría “en las próximas ediciones”. Dichas remisiones eran: → NUMERALES; → FECHA, 2 (y 2c); → HORA²; → CIENTO, 3; → ORDINALES; Y → ABREVIATURA, 6d.

De esas seis remisiones, en la segunda parte (diciembre de 2014), incluí cuatro (fecha, hora, ciento y abreviatura), y dejé las dos restantes para esta ocasión. Aquí trato, por tanto, acerca de los NUMERALES¹ y los ORDINALES², lo que constituye una considerable ampliación de lo abordado, sucintamente, bajo el subtítulo CON NÚMEROS CARDINALES Y ORDINALES, en “Evitemos incorrecciones (III, final)”, publicado en la edición no. 16, de junio de 1911, entre las páginas 157 y 159.

Antes de adentrarme en el quid de la tercera parte, debo referirme a cuestiones relativas al procedimiento que sigo aquí:

–Continúo reproduciendo textualmente la información que ofrece el *Diccionario panhispánico de dudas* (Madrid, 2005), siempre cotejando la información con lo indicado en *Ortografía de la lengua española* (México, 2012).

–Igual que en la 1.^a y la 2.^a partes, las palabras introductorias y finales las presento en redondas blancas; lo citado textualmente, en *cursivas blancas*, sin comillas de inicio y cierre de párrafos; y las acotaciones que intercalo entre párrafos, en *cursivas negras*. Por supuesto, en cada una de estas partes, hay elementos (como los ejemplos y las estructuras nuevas) que exigen diferenciarse del resto, lo cual se logra cambiando el tipo de letras.

–Este *Diccionario* usa el asterisco (*) delante de palabras, frases, cifras, etc., para indicar usos incorrectos, inadecuados o no recomendados. Conser-vo tal manera de presentarlos.

–Como en la 1.^a parte, el respeto al original incluye aquí particiones de párrafos extensos, mediante el uso de tres puntos entre corchetes [...], recurso que, en la 2.^a, utilicé para eliminar fragmentos que no interesaban allí. En esta ocasión, cuando me veo precisado a eliminar algo, coloco los mencionados tres puntos entre paréntesis (...); y si quiero adicionar palabras en la parte mutilada, las sitúo dentro de dicho signo.

NUMERALES. 1. Son las palabras que hacen referencia a los números. Según expresen cantidad, orden en una sucesión, multiplicación o división, se

1 Asociación de Academias de la Lengua española: *Diccionario panhispánico de dudas*, pp. 460-461 y, por referencia interna, 118-121.

2 *Ibid.*, pp. 475-477.

clasifican en cardinales (...), ordinales (...), multiplicativos (...) y fraccionarios o partitivos (...).

2. Sobre cuándo deben utilizarse cifras y cuándo letras en la escritura de los números, →NÚMEROS. (1.^a parte de “El universo de los números”, pp. 187-194).

En cuanto a NUMERALES. 1., como indiqué antes, solo incluiré aquí los dos primeros (cardinales y ordinales). Respecto a NUMERALES. 2 (referido a la escritura en cifras o en números), véase la 1.^a parte.

CARDINALES. 1. Los numerales cardinales expresan cantidad en relación con la serie de los números naturales, incluido el cero, que expresa ausencia de cantidad. Normalmente funcionan como adjetivos: He leído cinco libros este verano; pero pueden funcionar también como pronombres: —¿Necesitas rotuladores? —Sí, tráeme dos; o como sustantivos, cuando se emplean para nombrar las cifras o los números: Has escrito un nueve un poco raro (...). Suelen incluirse en la serie de los numerales cardinales algunas palabras que, al igual que estos, expresan cantidad exacta, pero que, a diferencia de ellos, son sustantivos, como es el caso de millar, millón, millardo, billón, trillón y cuatrillón (→6). (...).

2. Hay cardinales simples —de cero a quince, todas las decenas (diez, veinte, treinta, etc.), cien(to), quinientos y mil— y cardinales compuestos, los formados por la fusión o suma de varios cardinales simples. De los compuestos, se escriben hoy en una sola palabra los correspondientes a los números 16 a 19 y 21 a 29, así como todas las centenas: dieciséis, dieciocho, veintiuno, veintidós, doscientos, cuatrocientos, etc. Las grafías complejas *diez y seis, *veinte y uno, *cuatro cientos, etc., son antiguas y deben evitarse. [...]

A partir de treinta, los cardinales compuestos que corresponden a cada serie se escriben en varias palabras y se forman, bien por coordinación (**unidos por conjunción**), bien por yuxtaposición (**unión simple sin elemento intermedio**) de cardinales simples; así, los correspondientes a la adición de unidades a las decenas se escriben interponiendo entre los cardinales simples la conjunción y: treinta y uno, cuarenta y cinco, noventa y ocho, etc.; el resto se forma por mera yuxtaposición: ciento dos, mil cuatrocientos treinta, trescientos mil veintiuno. (...) Tanto en la grafía como en la pronunciación esmerada debe mantenerse el diptongo que hay en los compuestos de veinte (...) así como en treinta y sus compuestos (...); son, pues, vulgares formas como *ventidós, *treinta o *treintaicinco, en lugar de veintidós, treinta y treinta y cinco (...).

3. Los cardinales, cuando son sustantivos, son siempre masculinos: el tres, un millón. Cuando funcionan como adjetivos o como pronombres carecen de variación de género, a excepción de uno y sus compuestos (...), que tienen formas específicas para el femenino: una, veintiuna, treinta y una, etc.; y de los correspondientes a las centenas, a partir de doscientos, cuyos femeninos adoptan la terminación -cientas (salvo quinientos, que tiene forma propia y cuyo femenino es quinientas): doscientas, trescientas, etc. [...]

El género del numeral lo determina el sustantivo al que se refiere: De las trescientas páginas que tiene el libro, me he leído cuarenta y una. *En el caso de las centenas, el cardinal en función adjetiva debe concordar necesariamente en género con el sustantivo al que cuantifica, tanto si lo precede inmediatamente* (doscientos kilos, trescientas toneladas) *como si entre ellos se interpone otro elemento, por ejemplo, la palabra mil, si se trata de numerales complejos* (doscientos mil kilos, trescientas mil toneladas). [...]

En lo que se refiere al cardinal uno y sus compuestos, la concordancia es obligada cuando el numeral precede inmediatamente al sustantivo: treinta y un kilos, veintiuna toneladas (no *ventiún toneladas); *pero si entre el numeral y el sustantivo femenino se interpone la palabra mil, la concordancia de género es opcional (...):* veintiún mil toneladas o veintiuna mil toneladas.

En esta última situación, aunque la concordancia sea opcional, usaremos siempre la variante masculina: veintiún mil estudiantes, veintiún mil personas.

4. *Cuando el cardinal uno y sus componentes se anteponen, en función adjetiva, a un sustantivo masculino, adoptan siempre la forma apocopada un:* un libro, veintiún soldados, ciento un opositores. *También es normal la apócope de la forma femenina una cuando el numeral precede a un sustantivo femenino que comienza por /a/ tónica:* un águila, veintiún hachas, ciento un armas (...). *Solo es correcta la apócope ante sustantivos; así pues, no debe decirse *el treinta y un por ciento, sino el treinta y uno por ciento.*

Existe un amplio número de sustantivos femeninos que comienzan por /a/ tónica, con tilde o sin ella (también incluye las que comienzan por h): agua, águila, alma, ancla, ánfora, ansia, arca, arma, arpa, asa, aspa, asta, aura, aula, aya, habla, hacha, hada, hambre, hampa, etc. Estos sustantivos exigen la forma apocopada de una (igual que la variante correspondiente al cardinal uno, es decir, un), solo cuando se emplean en singular: un asta-el asta, un habla-el habla. Cuando se usan en plural, la concordancia se establece en femenino: unas águilas-las águilas, unas armas-las armas.

5. (...) *Cuando son adjetivos o pronombres, carecen de variación de número; por su significado, el cardinal uno solo se refiere a sustantivos singulares:* Tengo solo un abrigo; Este mes solo me han puesto una multa; *los demás cardinales, puesto que indican siempre cantidad superior a la unidad, solo se refieren a sustantivos plurales:* Necesito que me prestes mil doscientos euros; Este mes ya llevo tres multas. *El cardinal cero constituye un caso especial, pues aunque expresa ausencia de cantidad, se antepone siempre, como adjetivo, a sustantivos plurales:* De regreso a París, me encontré con (...) cero pesos en la cuenta bancaria (...).

6. *Las voces millar, millón, millardo, billón, trillón y cuatrillón son sustantivos, a diferencia de los demás cardinales, cuya función primaria es adjetiva; por lo tanto, cuando estos numerales cuantifican por sí solos a un sustantivo, este debe ir necesariamente precedido de la preposición de:* un millón DE

personas, dos billones DE pesos; pero si, por formar parte de un numeral complejo, van seguidos de otros cardinales, el sustantivo cuantificado no va precedido de preposición: un millón doscientas mil personas. Lo mismo sucede si se escriben con números: 1 000 000 DE personas, 1 200 000 personas. (...). El caso de mil es especial, puesto que pertenece a ambas categorías: mil es el adjetivo cardinal correspondiente al número 1000: mil casas, mil personas; mientras que el plural miles es un sustantivo masculino sinónimo de millares (...): miles de euros, muchos miles de personas, etc.

El inciso 7 se refiere al empleo de los numerales cardinales cuando expresan cuantificaciones imprecisas, con remisiones interiores, casos que no nos interesan, por cuanto no se emplean en nuestro entorno ni son formas de uso elegantes. El 8 detalla las diferentes situaciones en las que los cardinales se utilizan para expresar orden, aspectos suficientemente detallados en la primera parte de esta serie (junio de 2014) y en “Evitemos incorrecciones (III, final)”, publicado en la edición no. 16, de junio de 1911, entre las páginas 157 y 159, razón por la cual no lo incluyo aquí.

9. Los numerales que corresponden a las decenas se utilizan pospuestos a la palabra año para expresar la década correspondiente: los años treinta (...).

Con cierta frecuencia, en nuestros textos, aparecen estructuras semejantes, en las que se combinan letras y números: *en los años 40, *en la década del 50, *a principios de los 70, *a finales de los años 80,... Y no deben escribirse así. Desterremos tales formas. Siempre que se desee “expresar la década”, usaremos la variante propuesta, todo con letras.

ORDINALES. 1. Los numerales ordinales expresan orden o sucesión en relación con los números naturales e indican el lugar que ocupa, dentro de una serie ordenada, el elemento al que se refieren. Por lo tanto, no cuantifican al sustantivo, como los cardinales, sino que lo identifican y lo individualizan, dentro de un conjunto ordenado de elementos de la misma clase. Generalmente son adjetivos, y pueden ir antepuestos o pospuestos al sustantivo, aunque suele ser más frecuente la anteposición: Vivo en el primer piso; Acabo de terminar el capítulo segundo de mi nueva novela. (...); y algunos, como primero, pueden funcionar también como adverbios: Primero, ordena tu habitación. A diferencia de los cardinales, todos los ordinales presentan variación de género y número: primero(s), primera(s), vigésimo(s), vigésima(s), etc. (...).

2. Existen ordinales simples, los que tienen forma propia, y ordinales compuestos, los formados por la suma de numerales simples.

a) Son ordinales simples los correspondientes a los números 1 al 10 [...]: primero, segundo, tercero, etc.; los (de) las decenas (del 20 al 90): vigésimo, trigésimo, cuadragésimo, etc.; y los (de) todas las centenas (del 100 al 900): centésimo, ducentésimo, tricentésimo, etc. También son simples los ordinales correspondientes a 1000 y a las potencias superiores, que se forman añadiendo al numeral cardinal (...) la terminación -ésimo: milésimo, millonésimo, billonésimo, etc.

b) El resto de los ordinales son compuestos y se forman por yuxtaposición o por fusión de formas simples. Así, los correspondientes a las series de las decenas y las centenas se forman posponiendo al ordinal de orden superior los ordinales (de) los órdenes inferiores: decimotercero, vigesimocuarto, trigésimo noveno, ducentésimo segundo, (...).

c) Los ordinales correspondientes a los números 11 y 12 presentan hoy dos formas: las etimológicas simples undécimo y duodécimo, que son las preferidas en el uso culto, y las compuestas decimoprimer y decimosegundo, creadas modernamente por analogía con la forma que adoptan los ordinales del resto de las series (vigesimalprimero, vigesimalsegundo, trigésimo primero, trigésimo segundo, etc.).

3. De los ordinales compuestos, los correspondientes a la primera y a la segunda decena se pueden escribir en una o en dos palabras, siendo hoy mayoritaria la grafía simple (decimotercero, decimocuarto, vigesimalprimero, vigesimaloctavo, etc.). A partir de la tercera decena, solo se emplean las grafías complejas (trigésimo primero, cuadragésimo segundo, quincuagésimo tercero, etc.). Si el ordinal se escribe en dos palabras, el primer elemento mantiene la tilde que le corresponde como palabra independiente: vigésimo segundo; pero si se escribe en una sola palabra, **[ese primer elemento]** no debe llevar tilde, pues no le corresponde llevarla según las reglas de acentuación (...): vigesimalsegundo (no *vigésimosegundo). Los ordinales compuestos escritos en una sola palabra solo presentan variación de género y número en el segundo componente: vigesimalprimera, vigesimalprimeros, vigesimalprimeras; pero si se escriben en dos palabras, ambos componentes son variables: vigésima primera, vigésimos primeros, vigésimas primeras.

Es necesario exponer algunas observaciones en relación con los incisos 2 y 3, todas relacionadas con la escritura de los ordinales compuestos:

- **Ciertamente, “los correspondientes a la primera y a la segunda decena se pueden escribir en una o en dos palabras”; pero, para lograr un uso homogéneo en nuestras publicaciones, usaremos siempre la grafía simple “(decimotercero, decimocuarto, vigesimalprimero, vigesimaloctavo, etc.)”, el uso mayoritario hoy día.**

- **A partir del ordinal correspondiente al cardinal 31, seguiremos la norma general (en dos palabras): trigésimo primero, cuadragésimo quinto,...**

- **Respecto a los ordinales correspondientes a los números 11 y 12, continuaremos empleando “las etimológicas simples undécimo y duodécimo, que son las preferidas en el uso culto”.**

4. Los ordinales primero y tercero se apocopan en las formas primer y tercer cuando preceden a un sustantivo masculino, aunque entre ambos se interponga otra palabra; esta apócope también se produce cuando forman parte de ordinales compuestos: el primer ministro, mi tercer gran amor; el vigesimalprimer aniversario. La apócope es opcional si el ordinal aparece an-

tepuesto y coordinado con otro adjetivo: mi primero y último amor o mi primer y último amor. *Constituye un arcaísmo, que debe evitarse en el habla culta actual, la apócope de estos ordinales ante sustantivos femeninos*: *la primer vez, *la tercer casa.

En cuanto a “los ordinales primero y tercero”, siempre que antecedan a un sustantivo masculino singular –o aparezcan antepuestos y coordinados con otro adjetivo–, optamos por las formas apocopadas: primer y tercer. Ejemplos: El primer y el tercer asientos, El primer y último caso,...

5. *El ordinal correspondiente al número 50 es quincuagésimo (...). Han caído en desuso los ordinales con la terminación –eno (salvo noveno, forma preferida hoy frente a nono), frecuentes en el español medieval y clásico: deceno, oncenno, doceno o duodeno, treceno, veinteno, etc. Cuando al ordinal octavo se prefixa otro ordinal, se recomienda reducir las dos oes resultantes a una sola: vigesimooctavo (mejor que vigesimooctavo). (...)*

6. *En la lengua corriente existe una marcada tendencia a evitar el uso de los ordinales, en especial los que se refieren a números altos y a sustituirlos por los cardinales correspondientes (...).*

No obstante esto, hay casos especiales, como los que fueron descritos en la primera parte de “El universo de los números” (ver 3.2f, pp. 193-194), y los que se recogen aquí en el inciso 8 (vid. infra).

7. *No deben utilizarse como ordinales formas propias de los numerales fraccionarios o partitivos (...). Así, no debe decirse *el onceavo piso, en lugar de el undécimo piso.*

8. *Para expresar abreviadamente los ordinales, se utilizan dos sistemas: la numeración romana (...) y la numeración arábiga seguida de letra volada (...); así, puede escribirse tanto la XXIII edición del Festival de San Sebastián como la 23.^a edición del Festival de San Sebastián. Cuando se utiliza el segundo procedimiento, hay que tener en cuenta que, salvo en el caso de las formas apocopadas primer y tercer, que llevan voladas las dos últimas letras del ordinal (1.^{er}, 3.^{er}, 23.^{er}), en el resto de los casos únicamente va volada la última letra: 1.^o, 2.^o, 3.^a, 28.^a, etc. No son aconsejables, pues, abreviaciones como 1.^{ro}, 2.^{do}, 7.^{mo}, 8.^{vo}, 9.^{no}, etc., usadas a veces en el español americano, probablemente por influjo de las correspondientes abreviaciones inglesas (1st, 2nd, 3rd, 7th). Como se ve por los ejemplos, se escribe un punto entre el número y la letra volada (...).*

Y hasta aquí este enrevesado universo.

Nos “vemos”

BIBLIOGRAFÍA

Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Diccionario panhispánico de dudas*, Santillana Ediciones Generales, S. L., Madrid, 2005.

_____: *Ortografía de la lengua española*, Editorial Planeta Mexicana, S.A. de V.C., México, 2012.