

JUSTICIA Y DERECHO

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

No. 29, AÑO 15, DICIEMBRE DE 2017



**TRIBUNAL
SUPREMO
POPULAR**
REPÚBLICA DE CUBA

Tribunal Supremo Popular Cuba



You
Tube

@tribunalsupremopopular



f

@TSupremoCuba



SUMARIO

- 3 | • *Desafíos actuales de la jurisdicción del trabajo*
Esp. Vivian Aguilar Pascaud
- 8 | • *La responsabilidad resarcitoria en sede cautelar*
M.Sc. Ranulfo A. Andux Alfonso
- 18 | • *El delito de evasión fiscal en sede judicial*
Esp. Alina de Fátima Santana Echerri
- 36 | • *Reflexiones sobre la eximente de legítima defensa*
Esp. María Caridad Bertot Yero, Lic. Dayan Gabriel López Rojas
- 53 | • *Valoración del testimonio del menor-víctima de abuso sexual*
Dra. Yoruanys Suárez Tejera, Lic. Wendy Vera Denis
- 72 | • *La responsabilidad penal de los acusados con trastornos de la personalidad*
Esp. Armando García Fernández
- 86 | • *La prevención del lavado de activos en Cuba: ¿Meramente situacional?*
M.Sc. Daylín Gozá Valdés
- 100 | • *Régimen jurídico del contrato de compraventa de vivienda en Cuba*
M.Sc. Carlos Manuel Díaz Tenreiro, Dra. Yanet Alfaro Guillén
- 125 | • *Presupuestos dogmáticos para un nuevo enfoque de los efectos de la preterición (II, final)*
Dra. Yanet Alfaro Guillén
- 168 | • *Restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica*
Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo
- 193 | • *Actualidad judicial*
Lic. Celaida Rivero Mederos
- 200 | • *Prontuario de usos idiomáticos (III)*
Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

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

Director
Esp. Oscar Manuel Silvera Martínez

Consejo editorial
Esp. cor. Ismael Lema Águila
M.Sc. Carlos Manuel Díaz Tenreiro
Esp. Vivian Aguilar Pascaud
Esp. Maricela Sosa Ravelo
Esp. Liliana Hernández Díaz
M.Sc. Ranulfo Antonio Andux Alfonso
Esp. María Caridad Bertot Yero
Esp. Isabel Inés Arredondo Suárez
Esp. Odalys Quintero Silverio
Esp. Orlando González García
Esp. Aymee Fernández Toledo

Compilación y clasificación
Lic. Celaida Rivero Mederos

Edición
Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Corrección
Cecilia Meredith Jiménez

Diseño y Composición
Roberto Armando Moróño Vena

Redacción
Aguiar 367 entre Obrapía y Obispo
La Habana Vieja, La Habana
Teléfono: (53) 786 98768
E-mail: celaida@tsp.gob.cu

RNPS 0504
ISSN 1810-0171

Publicación semestral
Año 15, no. 29, diciembre de 2017

DESAFÍOS ACTUALES DE LA JURISDICCIÓN DEL TRABAJO

Esp. Vivian Aguilar Pascaud
presidenta, Sala de lo Laboral, TSP

EL VERTIGINOSO Y avasallante ritmo de los cambios en el trabajo y su Derecho nos sorprende con enormes dificultades para ensayar respuestas exitosas en todos los órdenes: legislativos, judiciales, administrativos, o desde la propia práctica de los actores sociales.

Es recurrente escuchar que la globalización arrastrará al Derecho del trabajo (DT) y que este verá en riesgo su pervivencia, y es que, quizás, se olvida que más globalizado lo fue el mundo que atestiguó el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en los albores del siglo pasado, si se tiene en cuenta, por ejemplo, que, entonces, la *movilidad de trabajadores* era más fácil y frecuente; y que el desarrollo de algunas de las economías más fuertes del planeta no podría explicarse, hoy día, sin entender lo que significó, para ellas, tal fenómeno migratorio.

La superación de un modelo de relaciones de trabajo que se levantó desde la realidad de la gran empresa industrial, la producción en masa y el control jerarquizado de la gestión ha descolocado a su Derecho al determinarle dificultades naturales de adecuación y, además, para aprehender nuevas realidades y fenómenos de su entorno.

La descentralización y el cambio abrupto de la noción de la empresa, que sirvió en sus preludios al DT, se equipara con el desplazamiento masivo de trabajadores del sector manufacturero (secundario) al terciario o de los servicios, en medio de una sociedad que se ha tercerizado con celeridad.

Ciertamente, el DT, que nació pensando en la fábrica como centro de imputación y verificación de las relaciones jurídicas que implican su objeto de conocimiento, se resiente ahora cuando el epicentro de gravedad que atrae su atención y función está en otra parte; en servicios desplazados de lo que se creyó el lugar de la escenificación de deberes y derechos surgidos de la relación de trabajo: la empresa, espacialmente limitada y tangible, se ha convertido en mera actividad acomodada a la producción de bienes y servicios y que se sirve, para ello, de inimaginables, hasta ahora, formas o modalidades de trabajo.

Aquella forma simplificada de organización del trabajo tuvo como paradigma la unicidad contractual, es decir, la idea de que un contrato modélico y unitario sería capaz de subsumir y normar todos los modos de prestación de los servicios por cuenta ajena, al asignar a la subordinación el papel de deslindar los contratos laborales de los que no lo son.

Esa tensión entre la unidad y la diversidad en la regulación del trabajo por cuenta ajena ha sido un importante aspecto en el proceso de formación y maduración del DT; sobre esta idea, Fernando Valdés Dal-Ré escribió:

[...] la estandarización de la relación laboral típica va a producir dos fenómenos, en cierto modo contradictorios. En primer lugar, el contrato de trabajo comienza a expandirse y a ejercitar una vía atractiva, incorporando a su disciplina normativa a distintos colectivos de trabajadores que prestan su actividad laboral mediante relaciones jurídicas obligatorias ubicadas en el borde interior e, incluso a veces, exterior del trabajo subordinado y por cuenta ajena. En segundo lugar, los elementos constitutivos del régimen jurídico contractual típico empiezan a experimentar, en su aplicación a algunas relaciones laborales, ciertas derogaciones, modificaciones o modulaciones que terminan conformando un catálogo, más o menos extenso, de contratos de trabajo de carácter especial.¹

Parece claro, por tanto, que el reto más acuciante para las relaciones de trabajo y para su Derecho está en repensar y asegurar el ámbito de su aplicación, o sea, el universo de las relaciones sociales llamadas a ser normadas por él, desde la pervivencia de un tipo contractual unitario o, por el contrario, de una pluralidad de modalidades contractuales que no siempre reproducirán, por definición, una regulación o estándar uniforme de derechos y deberes.

Pero todo ello, que *prima facie* apuntaría a un problema legislativo, significa, sin duda, la más importante y trascendental asignatura de la jurisdicción del trabajo, que se juega su razón de ser en el modo en que ella oriente el sentido de un ejercicio de inclusión-exclusión del ámbito del DT o, lo que es igual, en cómo asegure la regulación efectiva de los espacios o del ámbito de la prestación de servicios por cuenta ajena, hoy, con frecuencia, expulsados de la protección de su tramado garantista y no solo por prácticas simulatorias o fraudulentas que lo estimulan, sino, más de una vez, por la irrupción –sobre todo en el sector de los servicios– de modalidades prestacionales no laborales.

La brecha creciente que se ha abierto entre la ley y la realidad de la relación de trabajo demuestra la necesidad urgente de adoptar medidas para corregirla.

El objetivo debería ser la actualización y clarificación del ámbito de aplicación de la ley relativa a la *relación de trabajo*, con miras a que esta se pueda reconocer con mayor facilidad, así como desalentar los intentos de disfrazarla. Sin embargo, ello constituye una tarea aún pendiente para los estados miembros de la OIT, los que, con la participación de los interlocu-

¹ «Unidad y diversidad en la regulación del contrato de trabajo: apuntes de su evolución histórica. Relaciones laborales», p. 9.

tores sociales, están llamados a revisar su legislación para poder diagnosticar, de manera adecuada, la naturaleza y amplitud de las medidas que sea necesario introducir, además de actualizar, con un enfoque progresivo y dinámico, las leyes relativas a aquella.

No obstante, la preocupación por clarificar el ámbito de la relación de trabajo (RT) ha sido expresada de diversas maneras. Una respuesta ha sido tratar de redefinir este, con mayor precisión, independientemente de la forma del contrato, o de establecer mecanismos de ajuste del ámbito de la ley de acuerdo con las necesidades cambiantes. Otro enfoque del problema ha sido establecer más claramente los límites entre el trabajo dependiente y el independiente. Una tercera opción combina estos dos elementos, mientras que otras dos, no menos interesantes, corrigen la regulación sobre ciertos contratos y la extensión de la protección que estos comportan a otras avenencias equivalentes.

La legislación adoptada en algunos países,² desde fines del siglo xx, contiene disposiciones que renfocan la RT para extender el ámbito de aplicación de la ley y, por tanto, su protección a nuevas categorías de trabajadores, para combatir las RT encubiertas o fraudulentas y mejorar el cumplimiento de la ley; y para aliviar la carga de la prueba del trabajador, en particular cuando debe demostrar la existencia de una RT que puede ser ambigua o encubierta, en cuyo caso, ha existido una sostenida tendencia en la jurisprudencia a aplicar el enfoque tradicional de la RT a situaciones nuevas y complejas. En ese ejercicio, el medio más significativo, probablemente, sea la vigencia universal del llamado principio de *la primacía de la realidad*, el que, en esencia, alude a que la determinación de la existencia de una RT debe ser guiada por los hechos, por lo que, realmente, fue convenido y llevado a cabo por las partes, y no por la manera en cómo una de estas, o ambas, describen esa relación contractual.

En las circunstancias descritas, el ámbito de este tipo de relación jurídica, de cuánto abarca el espacio de protección y garantismo de quienes prestan servicios por cuenta ajena, penderá del modo en que los jueces del trabajo se sirvan de las herramientas con las que cuentan y, especialmente, con una «aplicación agresiva de los principios de primacía de la realidad,³ de continuidad, de irrenunciabilidad, de orden público y de protección» y, desde luego, del principal ariete ofensivo en procura de ese cometido: la

² Vid., por ejemplo, la legislación del trabajo de Panamá, Argentina, El Salvador, Chile, Estados Unidos, India y Brasil.

³ Así lo entendió la Recomendación No. 198, de 2006, de la OIT: «9. A los fines de la política nacional de protección a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de este tipo de relación debería determinarse, principalmente, de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes».

presunción de la existencia de la RT entre quien presta un servicio personal y el que lo recibe,⁴ instituto de reconocimiento general del Derecho latinoamericano del trabajo.

En materia de evolución de la RT es siempre interesante y útil atender las posiciones, criterios y orientaciones de los jueces y otros órganos de administración de justicia, dado su papel determinante, particularmente, en la calificación de la condición de trabajador con arreglo a los hechos.

En general, el juez debe decidir sobre la base de los hechos; en tal sentido, en muchos países, la ley establece que el contrato de trabajo puede ser explícito o implícito.⁵

Admitir la posibilidad de un contrato implícito significa dar valor a los hechos que han rodeado el acuerdo de voluntades ente el empleador y el trabajador, cuando aquel no conste por escrito y, probablemente también, cuando los hechos demuestren una realidad contractual distinta de la que pueda aparecer en uno escrito. La idea de dicho contrato deviene herramienta necesaria para dar respuesta a la situación que se analiza, desde la actuación de los órganos de impartición de la justicia laboral; de ahí, la importancia creciente que se le confiere hoy día en la jurisprudencia.

Las ideas expuestas demuestran, en esencia, que los modos de preservar esos ámbitos del DT que la ley reconoce, pero que no siempre se verifican en la práctica, es la asignatura pendiente y más trascendental de cuantas tenga asignadas la jurisdicción del trabajo en estos tiempos; en cuyo estudio y aplicación adecuados, el legislador y los jueces laborales cubanos tienen un reto significativo ante las nuevas realidades que comienzan a florecer, como una derivación necesaria del proceso de actualización del modelo socioeconómico que, entre otras consecuencias, propende a un perfeccionamiento de la organización, estructuras y funciones en el sector estatal de la economía, con un importante proceso de descentralización de funciones y flexibilización del encargo social de la empresa estatal socialista, que posibilita la aparición de relaciones contractuales con los nuevos

⁴ «11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente recomendación, la posibilidad de:

a) Admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo; b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué características deben ser considerados, [sic] en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores dependientes». (OIT: Recomendación No. 198, de 2006).

⁵ *Vid.*, por ejemplo, que la Ley No. 116 de 2013, Código de trabajo de Cuba, en el primer párrafo del Artículo 23, establece que el contrato se concierta por escrito y acota que la RT se presume por el hecho del trabajador estar ejecutando una labor, con conocimiento y sin oposición del empleador; previsión legal también contemplada en Ghana, Irlanda, Kenya, Lesotho, Malasia, Tailandia, Zambia, entre otros Estados.

sujetos del sector no estatal, el que, al unísono, también se desarrolla; todo ello da lugar al nacimiento de relaciones jurídicas, cuyo ámbito de regulación y protección no siempre afloran con la claridad requerida.

BIBLIOGRAFÍA

Ermida Uriarte, Oscar: «Caracteres, tendencias y perspectivas del Derecho del trabajo en América Latina y en Europa», en *Revista de Derecho Social. Latinoamérica*, Editorial Bommarzo Latinoamérica, no. 1, Buenos Aires, 2006.

Valdés Dal-ré, Fernando: «Unidad y diversidad en la regulación del contrato de trabajo: apuntes sobre su evolución histórica. Relaciones laborales», en *Revista crítica de teoría y práctica*, no. 8, año xxi, La Ley, Madrid, 2005.

Legislación

«Ley No. 116, Código de trabajo», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., La Habana, 17 de junio de 2014.

OIT: «El ámbito de la relación de trabajo» (Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 91.^a reunión, Ginebra, 2003).

_____: Recomendación No. 198, 2006.

LA RESPONSABILIDAD RESARCITORIA EN SEDE CAUTELAR

M.Sc. Ranulfo A. Andux Alfonso
juez profesional, Sala de lo Económico, TSP

LA UTILIZACIÓN DE las medidas cautelares, cada vez con más frecuencia y eficacia, provoca reiterados pronunciamientos resolutivos en las salas de justicia del entramado orgánico de nuestro sistema judicial (no exento de frecuentes desaciertos y distorsión de su utilidad); con mayor presencia en la jurisdicción de lo económico, precisa de su permanente adecuación por vía jurisprudencial, delineando sus elementos configuradores, para dotarlos de contenido, en atención a su novedad en nuestro sistema procesal.¹

Así se constata en los fundamentos de la Sentencia No. 38, de 31 de marzo de 2017, dictada por la Sala de lo Económico del Tribunal Supremo Popular (TSP), resolutive de recurso de casación, interpuesto contra la que denegó la declaración de responsabilidad resarcitoria pretendida, derivada de la adopción de medida cautelar, con motivo de la desestimación de la demanda principal, cuya fundamentación pretextó para llamar la atención sobre su sustento teórico normativo.

El fundamento doctrinal, acogido por la sistemática normativa de la generalidad de los sistemas procesales, establece que quien ha sido perjudicado por la adopción indebida de una medida cautelar tiene derecho al resarcimiento de los daños, sobre la base de considerar que toda acción cautelar entraña el riesgo de su provisoriedad y rapidez que, obviamente, debe recaer sobre quien se favorezca con esta, más que el hecho de desahacerse la presunción de buen derecho y el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*),² derivada de la resolución definitiva por la que se desestima la demanda, en que se hallaba su sustento.

CONSIDERANDO: Que, le asiste razón al recurrente, cuando afirma como sustento de su impugnación, que la preceptiva del artículo ochocientos quince de la Ley de procedimiento civil, administrativo laboral y

¹ Con la vigencia del Decreto Ley No. 241, de 26 de septiembre de 2016, se instauró el procedimiento de lo económico y se incorporó, por vez primera, un régimen cautelar, cuyos alcance y formulación, aunque urgidos de correcciones, provocan la supletoriedad inversa de sus disposiciones al resto del ordenamiento procesal civil.

² Juan Mendoza Díaz: «Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano», en *Boletín ONBC*, no. 29, p. 5: «La doctrina simpatiza unánimemente con las categorías de *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, como los dos presupuestos esenciales que condicionan la aparición del régimen cautelar, a los que algunos agregan la prestación de una adecuada *contracautela*, [...]».

económico, no admite otra interpretación en su aplicación, de su letra, fundamento doctrinal y sistemática normativa, que quien ha sido perjudicado por la adopción indebida de una medida cautelar, tiene derecho al resarcimiento de los daños, no en razón de que la resolución por la que se decretara se resienta de ilegitimidad, a favor de quien carecía de sustento para el ejercicio de la acción cautelar, sino porque toda acción cautelar entraña el riesgo de su provisoriedad y rapidez, que obviamente debe recaer sobre quien se favorezca con esta.

En razón de lo anterior, es regla general que quien intente la adopción de una medida cautelar, para obtenerla, deba prestar fianza, a fin de responder por los posibles daños y perjuicios que puedan irrogarse al demandado, que constituye³ «[...] una garantía patrimonial concreta y específica del sujeto pasivo de la medida cautelar a la indemnización de los daños y perjuicios causados por una medida cautelar ilícita»,⁴ o sea, mediante la caución, el resarcimiento por el eventual perjuicio que pueda irrogársele a quien soporta la imposición de una medida cautelar «no solo está respaldado por el patrimonio el solicitante, como soporte ordinario de su responsabilidad, sino como una garantía específica».⁵

El presupuesto de la prestación de fianza por el solicitante que, en la mayoría de los ordenamientos procesales en que se establecen,⁶ lo es, en unos, de la concesión de la medida cautelar, en otros, de su ejecución, su ofrecimiento específico y argumentado de su calidad y cuantía, es un requisito de la solicitud de tutela cautelar⁷ (que puede ser objeto de defensa u oposición por el sujeto pasivo de la medida y criterio de adecuación para su fijación por el tribunal), que no puede decretarse de oficio, sin el cumplimiento de esa formalidad con carácter de esencial;⁸ mientras la constitución de la caución es presupuesto de cualquier acto de ejecución de la medida cautelar; ello va-

³ P. Calamandrei: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 63. «La caución, reveladora de la típica función cautelar, se traduce en la imposición por parte del juez, al interesado en la adopción de medida provisorio, como condición para su obtención ulterior».

⁴ M. Ortells Ramos: «Las medidas cautelares en la nueva Ley de enjuiciamiento civil», p. 16.

⁵ Ortells Ramos: «Las medidas cautelares», p. 178.

⁶ Así, con sus peculiares regímenes, se contempla en el Código de procedimiento civil italiano (Artículo 669, como discrecional) y en el Artículo 921 del Código procesal civil (CPC) alemán. La caución también se contempla en el Código civil francés (Artículo 489 y siguientes, hasta el 522, vinculado a la *ordonnance de référé*), en el Código general de procedimiento de Colombia (384.7), y en los CPC de Costa Rica (80) y Uruguay (206.5).

⁷ Ortells Ramos: «Las medidas cautelares», p. 33. «La tutela cautelar es precisamente el instrumento jurídico-procesal que tiene por función evitar que esto último suceda, mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir ese efecto».

⁸ Calamandrei: *Op. cit.*, p. 63: «[...] funciona como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podrá surgir si en el juicio definitivo la medida provisorio es revocada en favor de aquel contra quien ha sido ejecutada [...]».

riará según el régimen de cada medida cautelar, pero, en todo caso, dependerá su cumplimiento de la voluntad del solicitante, a diferencia de los restantes presupuestos configuradores de las medidas cautelares,⁹ de los cuales es independiente.

En unos casos, la exigibilidad de la fianza es preceptiva y, en otros, discrecional.¹⁰ Respecto a esta última, en caso de no exigirse, la responsabilidad podría extenderse al juez y/o al Estado.¹¹

La adopción de las medidas cautelares son eventualmente dañosas. Frente a la lesión concreta que producen, surge la disyuntiva de la legitimidad, o no, de la exigencia de responsabilidad por vía de la indemnización de los daños y perjuicios consiguientes a quien la solicitara y la obtuviera a su favor, incluyendo el supuesto controvertido de que quien resulte perjudicado por la adopción de una medida devenida ilegítima haya solicitado el levantamiento de la medida concedida, mediante caución sustitutoria,¹² por

⁹ Mendoza Díaz: *Op. cit.*, pp. 5-6. «El *fumus boni iuris* (humo de buen derecho) es la apreciación apriorística que debe tener el juez sobre la justeza de la pretensión que se formula, que justifique aplicar una medida que, sin fundamento en título alguno, altere el régimen jurídico del demandado».

El *periculum in mora* «[...] debe ser visto como el peligro de un ulterior daño marginal que puede derivarse del retardo de la resolución definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario».

¹⁰ El Artículo 802 de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE) establece con carácter potestativo general, discrecional, la exigencia de este presupuesto, mas las regulaciones sobre el embargo en general del Artículo 461 de la propia norma y el embargo de buque, conforme a lo regulado en el 815, fijan como exigencia la fianza o caución; tal falta de uniformidad obliga a establecer criterios jurisdiccionales, sobre la base de que constituye un presupuesto de la adopción de las medidas cautelares, del que solo por excepción debe prescindirse, atendiendo a la naturaleza de los derechos controvertidos, la situación cautelable y el tipo de peligro concurrente, que preserva la igualdad de los involucrados con su concesión, pues, más allá de la expresión literal de la norma básica en la *ratio* de esta, se sustenta dicha consideración, por definición.

¹¹ El Artículo 1.402.II de la Ley de enjuiciamiento civil, de 3 de febrero de 1881, determinaba, por ejemplo, que «esta fianza podrá ser de cualquiera de las clases que reconoce el derecho; pero si el juez la admitiera personal, será bajo su responsabilidad», mas, en cualquier caso, bajo la noción general del derecho al resarcimiento, frente al daño objetivo causado, siempre es exigible, como se constata en los dictados del Artículo 82 del Código civil (CC) cubano (Ley No. 59, de 16 de julio de 1987): «El que causa ilícitamente daño o perjuicio a otro está obligado a resarcirlo».

¹² Es una posibilidad procesal del sujeto pasivo de la medida, mediante la que puede obtener su sustitución por la prestación de caución, cuyo ejercicio vincule al juez a establecer. «Esta es la regla general, sin perjuicio de las especiales que se hallan establecidas para algunas medidas».

El Artículo 746 de la Ley de enjuiciamiento civil (Ley No. 1, de 7 de enero de 2000, LEC) concede al sujeto pasivo de la medida cautelar una posibilidad de obtener la sustitución de la medida por la prestación de una caución. Concomitantemente, el Artículo 809 de la LPCALE establece que «no se llevará a efecto el embargo si la parte en cuyo perjuicio

medio de la prestación de fianza, para impedir la materialización de la cautela decretada, pues, en cualquier caso, en el supuesto aludido, surge la responsabilidad objetiva correspondiente, a partir de que quien pretendió la tutela cautelar, en su beneficio, incluso con creencia de su legitimidad, pero sin derecho, y provoca daño a quien la padece, está obligado a resarcirlo.

Sentado lo anterior, se colige que, a los fines de la exigencia y determinación de la responsabilidad resarcitoria en materia cautelar, lo esencialmente relevante es el derecho reclamado en el proceso principal que, no concedido por el fallo desestimatorio, queda desvirtuada la apariencia de buen derecho, *fumus boni iuris*; que excluye toda valoración subjetiva, como criterio de imputación en relación con el solicitante de la medida, y prevalece el de la protección al perjudicado por un daño ilícito, que obliga a su reparación.¹³

La responsabilidad resarcitoria en sede cautelar no es consecuencia de la conducta dolosa, culpable o abusiva del solicitante, como antes indicara, o del mero hecho de haber interesado la medida, sino que se genera por el daño que se derive de su injusticia, consustancial al riesgo de su legítima utilización, que recae sobre quien ha procurado la tutela cautelar aduciendo un interés a tal efecto, que no puede aprovecharse de sus beneficios sin que, correlativamente, esté sujeto a la obligación de responder por sus consecuencias, con ampliación del espectro resarcitorio en tanto que, a la antijuridicidad de la medida cautelar concedida se adiciona la no funcionalidad, como fundamento de esa responsabilidad.

CONSIDERANDO: Que, las medidas cautelares, por las que se inmovilizan bienes, llegando a secuestrarlos, impiden o imponen la realización de determinado acto y devienen potencialmente dañosas, de modo que, cuando el daño se produce, se está inexorablemente en la disyuntiva de la legitimidad o no de la exigencia de responsabilidad de aquel que la obtuvo; sin que sea obstáculo para ello, que quien resulte perjudicado por la adopción de una medida cautelar improcedente, reclame la indemnización de los daños y perjuicios consiguientes, incluso aún después de su pedido de levantamiento mediante caución sustitutoria, o sea, mediante la prestación de fianza por quien deba soportarla para, por esa vía, impedir la cautela decretada, resultando que en el supuesto de que aquella hubiese sido solicitada sin derecho, surge la responsabilidad, correspondiente, al margen de la concurrencia de dolo, culpa o negligencia, sino que se parte del supuesto de que quien la usó en su beneficio, incluso de buena fe, pero sin derecho, y produce una lesión a quien la sufre,

se haya dispuesto o pretenda disponer, pagare, consignare o constituyere fianza bastante para responder de la suma pretendida».

¹³ Artículo 82, CC.

ha de cargársele la consecuencia; de tal suerte que lo trascendente al efecto, es el derecho controvertido en el proceso principal, por lo que si el fallo declara su inexistencia, resulta desvirtuada la mera verosimilitud apreciada, como presupuesto para otorgar la medida (aparencia de buen derecho o, *fumus boni iuris*), de modo que no puede evaluarse la cuestión atendiendo al factor subjetivo de imputación, en relación con el victimario, sino desde la protección a quien ha padecido un daño injusto, que impone su reparación, por lo que la responsabilidad no emana de la conducta dolosa, culpable o abusiva del solicitante, sino en el solo hecho de haber peticionado la medida, habida cuenta de que esta existe a partir de los perjuicios que la actividad procesal puede originar, derivada del riesgo que comporta el empleo de los instrumentos que la ley procesal ofrece a los justiciables, cuya inocuidad es debida por el litigante; de modo que la amenaza de producción de un daño injustificado recae sobre quien ha procurado la tutela cautelar aduciendo un interés a tal efecto, por lo cual no puede beneficiarse de las bondades de la ley procesal sin que paralelamente surja para este la obligación de responder por las consecuencias, por el abuso del derecho, desde cuya perspectiva se amplía el ámbito resarcitorio, cuando se incorporan, junto a la antijuridicidad, la no funcionalidad, como fundamento de la obligación de responder, para lo cual se atiende a los fines de las facultades o prerrogativas, por las relaciones entre el actuar y el obrar probo y diligente.

La responsabilidad emergente de actos abusivos es objetiva,¹⁴ por lo que demostrado tiene su fundamento, esencialmente, en los modos de producción del daño, por lo cual su resarcimiento queda sujeto a la carga de la prueba para su demostración, impuesta a los litigantes,¹⁵ en el sentido de la acreditación, el nexo de causalidad entre el evento dañoso (concreto acto abusivo) y el resultado de daño (lesión padecida y su cuantificación), cuya reparación se procure, que deberá resultar necesariamente respecto a cada uno de los supuestos de lesión que se aduzcan, en apoyo de lo pretendido, contrario a su enunciación alzada, o genérica, por resultar procesalmente inatinerante.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Artículo 244, LPCALE: «A cada parte incumbe probar los hechos que afirme y los que oponga a los alegados por las otras [...]».

El abuso del derecho¹⁶ es un acto ilícito,¹⁷ del que solo cabe distinguir que, mientras en este, la ilicitud se halla en su génesis, en el abuso del derecho se parte de una actuación legítima que, *a posteriori*, genera su desviación, lo que deviene factor objetivo de atribución de responsabilidad, con la ilicitud del acto, sin que interese la intención o finalidad procurada con este, *ab initio*, desde la apariencia de buen derecho, *fumus boni iuris* en que se fundamentó; de ahí que la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados sea exigible y determinada del mismo modo que frente al autor de cualquier otro ilícito.

CONSIDERANDO: Que, sentado lo anteriormente expuesto, comoquiera que el abuso del derecho es un acto ilícito y a quien se le impute, deberá responder de los daños y perjuicios de la misma manera que el autor de cualquier otro y, sucediendo que, mientras en este, genéricamente considerado, la ilicitud se constata en su génesis, en el abuso del derecho se parte de una actuación legítima, constatándose los términos conceptuales de la facultad de que se trata, produciéndose luego su desviación, por lo cual se está en presencia de un factor de atribución, con independencia de la culpa, constituyendo un factor objetivo de atribución de responsabilidad que convierte en ilícito el acto, que se valoró *a priori*, desde su perspectiva abstracta, que prescinde de la intención del agente o del fin por él perseguido; la responsabilidad emergente de actos abusivos es objetiva por lo que, demostrado, el intérprete no debe limitarse a buscar el fundamento de la responsabilidad civil, sino los diversos fundamentos según el modo como el daño se haya producido, de ahí que al intentar su resarcimiento, quede sujeto a la carga de la prueba para su demostración que impone a los litigantes el artículo doscientos cuarenta y cuatro de la ley procesal citada, en el sentido del nexo de causalidad entre el evento dañoso y el resultado de daño cuya reparación se procure, que deberá resultar necesariamente en cada uno de los supuestos de lesión que aduzca, en apoyo de su pretensión, contrario a su invocación

¹⁶ Juan Ignacio Pinaglia-Villalón y Gavira: «Aproximación al concepto de abuso del derecho del Artículo 7.2 del Código civil español»: «[...] quien habla de abuso del derecho parecería asumir la posición aparentemente contradictoria de que el ejercicio de una libertad en abstracto garantizada por el derecho objetivo constituya, en un caso concreto, un hecho ilícito o de cualquier modo antijurídico (fuente, según los casos, de ineficacia del acto abusivo o de responsabilidad resarcitoria)».

¹⁷ «[...] el acto ilícito es una situación indebida que se traduce en la violación de los derechos subjetivos de otros y de los valores postulados por el Derecho como esenciales para lograr la sinergia social, en otros términos, es aquel que es contrario al ordenamiento jurídico y viola un derecho ajeno, ocasionando al afectado un daño o un perjuicio, del cual nace la obligación para su autor de indemnizar a la víctima. Tribunal Provincial [Popular] de Ciudad de La Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia No. 110, de 2 de noviembre de 1999, 29º Considerando [...]».

alzada, o genéricamente considerado del daño inferido, por resultar procesalmente inoperante.

La legitimación para el ejercicio de la acción resarcitoria ejercitada, por la indebida adopción de medida cautelar, no basta por sí sola para decretar la responsabilidad pretendida, en favor de quien reclama con motivo de la lesión padecida en su consecuencia, si no se satisfacen las exigencias probatorias para dejar acreditada la indisoluble relación de causalidad entre aquel evento dañoso y el daño producido y la base de cuantificación del menoscabo o perjuicio sufrido.

Quien con abuso de su derecho de accionar, como manifestación del derecho de petición, independiente del derecho con sustento del cual se ejercita, acreditado este y el daño irrogado, genera la obligación de resarcir, de tal suerte que, lograda la cautela interesada sobre determinado presupuesto fáctico jurídico, que solo se valida, o no, como resultado de la sustanciación del proceso principal a que se vincula,¹⁸ con la resolución definitiva recaída en este, de resultar desestimatoria, es acreditativa del proceder abusivo, *ejercicio irregular del derecho a solicitar la tutela cautelar correspondiente*, a partir de lo cual queda el perjudicado legitimado para el ejercicio de la acción resarcitoria, cuyo éxito dependerá del grado de demostración de la lesión padecida, su ubicación en el tiempo a partir de la efectividad, ejecución, de la medida dispuesta y su cuantificación, sobre la base de criterios demostrables para su determinación (base de cálculo), de su exclusiva responsabilidad.

CONSIDERANDO: Que, acreditado el abuso y el daño, nacerá la obligación de resarcir, mas en el supuesto de análisis, si consideramos a la acción como una manifestación del derecho de petición, independizada del derecho en base al cual se ejercita, que goza de autonomía respecto del mismo, es manifiesto, como se dejara sentado antes, que quien abusó de su derecho de accionar, y logró trabar el embargo, haciéndolo sobre la plataforma de una deuda, cuya inexistencia sólo pudo demostrarse como resultado de la tramitación del proceso correspondiente, con la acreditación del proceder abusivo, nace la responsabilidad para el actor derivado de un ejercicio irregular de ese derecho a solicitar y obtener el embargo, que intentado en el caso bajo examen en relación con los gastos por concepto de salarios,

¹⁸ Mendoza Díaz: *Op. cit.*, p. 8. «La característica que trata de definir el término es que las medidas cautelares solo pueden existir, funcional y temporalmente, dentro de un proceso o en función de este. Las que se adoptan una vez comenzado el proceso, tienen vigencia mientras que este exista y solo perduran más allá de la sentencia solo como parte del proceso de ejecución. En el caso de las medidas que se adoptan de manera previa, solo surgen porque se solicitan como parte de un proceso que se pretende promover y su vigencia está condicionada a un plazo que la ley establece para que se formule la pretensión, vencido el cual la medida cautelar pierde vigencia *ipso facto*, si el actor no hace la promoción».

alimentación, transportación, servicios médicos y otros, respecto a la tripulación del buque embargado, el pago de los servicios prestados por la Empresa Cubana Consignataria Mambisa para su explotación, los viáticos en que incurrieran los representantes de la entidad recurrente por sus viajes a Cuba y su movimiento en el interior del país y las fluctuaciones de precio de la chatarra, que impedido de proceder a la venta de la nave, redundó en su perjuicio por el valor en que finalmente se realizó; no se satisfizo su acreditación con la probanza necesaria, no solo por la forma genérica en que invocó cada afectación, con la aportación de valores de los costos para su cuantificación, que no es criterio bastante para tenerlo por válido, porque no se justifica que cada una fuere inexorablemente consecuencia de la medida cautelar adoptada, aunque se produjeran en el ínterin del lapso de su vigencia, que no lo fue desde la fecha del auto por la que se dispuso, treinta de abril de dos mil trece, sino a partir del veinte de mayo que se hizo efectivo, hasta el treinta y uno del propio mes, del año siguiente, dos mil catorce, como lo enmarcó el recurrente, otrora con la demanda, que no tenido en cuenta, obviamente distorsiona el montante interesado como resarcimiento, sujeto al tratamiento probatorio indicado, que ahora resulta imposible deducir, en sus diferentes partidas, de exclusiva responsabilidad de la parte a quien interesa que, desatendido, ahora tiene que estarse a las consecuencias derivadas de ello.

CONSIDERANDO: Que en vista de todo lo precedentemente expuesto, a pesar de la legitimidad de la acción ejercitada, no pueden prosperar ninguno de los tres motivos de que consta el recurso, que aunque con invocación de normas sustantivas diferentes como infringidas, tienen de común el mismo sustento, en la medida en que, de acogerse la impugnación deducida en ese sentido, la sentencia que habría de dictarse, en su consecuencia, sería del mismo tenor que la combatida, en razón de no haberse satisfecho las exigencias probatorias, de la responsabilidad resarcitoria pretendida, en la forma indicada, de conformidad con los dictados de los artículos ochenta y uno y ochenta y dos del Código civil vigente.

Procurar un componente de cierre, a partir de valoraciones propias sobre el tema tratado, no sería tan acabado, como cuando, para no apartarnos de sus esencias, en apretada síntesis propia de un artículo, acudimos a Calamandrei, uno de los clásicos fundadores:

La caución, funciona *en calidad de la cautela, contracautela*, que sirve para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse a la contraparte, en atención a la excesiva celeridad en la adopción de las medidas cautelares, deviniendo componente de equilibrio entre la urgencia por el daño de retardo y la exigencia de justicia, que se contraponen; de ahí que para la concesión de la tutela cautelar, se concede

anticipadamente *el contraveneno* para remediar eficazmente el daño que pueda derivar de su injusticia, por lo que la providencia provisoria tiene un carácter *instrumental negativo, en tanto impide perjudicar*.¹⁹

BIBLIOGRAFÍA

- Barona Vilar, Silvia: «Las medidas cautelares. Introducción», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, no. 27, 1993, pp. 11-52.
- Calamandrei, P.: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (trad. de Santiago Sentis Melendo y pról. de Eduardo Couture), Editorial Biblioteca Argentina, Buenos Aires, 1945.
- Calderón Cuadrado, María Pía: «Las medidas cautelares», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, no. 27, 1993, pp. 289-337.
- Carnelutti, Francisco: *Sistema de Derecho procesal civil*, t. 2, UTHEA Argentina [s. f.]. *Código civil*, 12.ª ed., Madrid, Editorial Tecnos S. A., 1993.
- Código civil*, La Habana, Ministerio de Justicia, 1975.
- Código civil*, *Ley No. 59*, La Habana, Ministerio de Justicia, 1987.
- Constitución de la República de Cuba*, La Habana, Ministerio de Justicia, 1999.
- Constitución española*, Madrid, Senado, 1978.
- Cortés Domínguez, Valentín, V. Gimeno Sendra y V. Moreno Catena: *Derecho procesal civil*, 2.ª ed., Madrid, Editorial COLEX, 1997.
- «Decreto Ley No. 241, de 26 de septiembre de 2006», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., 2 de septiembre de 2006, La Habana.
- Enjuiciamiento civil*, 17.ª ed., Madrid, Editorial Civitas S. A., 1994.
- Fairen Guillén, Víctor: *Temas de ordenamiento procesal*, Madrid, Editorial Tecnos [s. a.].
- Goldschmidt, James: *Derecho procesal civil*, Barcelona, Editorial Labor S. A., 1936.
- Grillo Longoria, Rafael: *Derecho procesal civil II*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1986.
- _____: *Lecciones de Derecho procesal civil, parte general*, 2.ª ed., La Habana, 1977.
- «Ley de enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881», en *Gaceta* no. 36 a 53, de febrero de 1881; corrección de errores en *Gaceta* no. 64, de 5 de marzo [s. m. d.].
- Ley de enjuiciamiento civil y legislación procesal complementaria*, La Habana, Editorial Cultural S. A., 1949.
- Ley hipotecaria*, La Habana, Ministerio de Justicia, 1999.
- Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral*, La Habana, Editorial Orbe, 1978.
- Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral*, La Habana, Ministerio de Justicia, 1999.
- Maier, Julio et al.: *Reformas procesales en América Latina*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1993.

¹⁹ Calamandrei: *Op. cit.*, p. 64

Mendoza Díaz, Juan: «Un acercamiento al régimen cautelar del proceso económico cubano», en *Boletín ONBC*, no. 29, La Habana, octubre-diciembre de 2007.

Ortells Ramos, Manuel: *Las medidas cautelares* (Colección Ley de enjuiciamiento civil), Madrid, Editorial La Ley, 2000.

_____: «Las medidas cautelares en la nueva Ley de enjuiciamiento civil», en *Revista Xurídica Galega* [s. m. d.].

_____: *Las medidas cautelares y su procedimiento en particular*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Ortells Ramos, Manuel y María Pía Calderón Cuadrado: *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996.

Pinaglia-Villalón y Gavira, Juan Ignacio: «Aproximación al concepto de abuso del derecho del Artículo 7.2 del Código civil español», en www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2016-009250049.

EL DELITO DE EVASIÓN FISCAL EN SEDE JUDICIAL

Esp. Alina de Fátima Santana Echerri
jueza profesional, SDCSE, TSP

«A escala de toda la sociedad, debemos fomentar los valores cívicos de respeto y cumplimiento por los contribuyentes de sus obligaciones tributarias, crear en las personas esa cultura y disciplina, bonificar a los que cumplen y sancionar la evasión de impuestos».¹

QUIZÁS EN LA etapa contemporánea el número de ilícitos de hurto, robo o estafa sea superior a los delitos económicos, financieros o tributarios, mas no es posible sustraerse de la preocupación ante los daños sociales que provocan los actos de apropiación, desvío y manipulación de grandes sumas de dinero, denominada por algunos autores *delincuencia económica sofisticada*, de carácter transnacional y capaz de desestabilizar la economía y seguridad de cualquier país y, lo peor, con el riesgo de no ser detectada, por involucrar, en muchos casos, la pluralidad de participantes de cuello blanco.²

En un estudio, Cervini,³ catedrático de Derecho penal, sobre los niveles de impunidad de determinados delitos, consideraba que quizás ellos sean los más graves ilícitos económicos o financieros provocados por un complejo multifactorial que transita por las dificultades en la investigación, la comprensión de los procesos económicos o administrativos, que imposibilitan —a los encargados de investigar, acusar y juzgar e, incluso, al legislador— elaborar correctamente la norma abstracta que debe regir en el ordenamiento jurídico.

El Estado no puede existir sin los elementos económicos que integran la hacienda pública. Su economía depende de los ingresos que obtenga, lo que le permite hacer efectivas todas las actividades de diversa índole que implican gastos.

¹ Discurso pronunciado por Raúl Castro Ruz en la clausura del VI período ordinario de sesiones de la VII legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, el 18 de diciembre de 2010.

² Es la criminalidad de las clases superiores, como la denominó Edwin H. Sutherland, pero uno de sus antecesores fue Morris, quien, en 1934, focalizó sus investigaciones en quienes, a causa de su posición social, su inteligencia y técnica para el crimen están en condiciones de moverse entre los demás ciudadanos virtualmente inmunes a toda consideración o condena. A este grupo, lo denominó *Criminals of the upperworld*.

³ Raúl Cervini: «Abordaje metodológico de la delincuencia económica sofisticada» (versión digital), p. 3.

Es poco común que los ciudadanos, espontáneamente, aporten bienes propios; por ello, se han dictado leyes que obligan a hacerlo y que, por el carácter imperativo de estas, no pueden incumplirlas sus destinatarios. En la forma anterior, se asegura, en principio, que el Estado disponga de instrumentos que permitan cumplir su cometido.

Con la actualización del modelo económico, aprobado en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba (PCC), se produjo la apertura al trabajo por cuenta propia, lo que ha originado un incremento de la actividad tributaria, de lo que también se ha derivado el propósito de algunos ciudadanos de evitar estas obligaciones. Esto justifica la presencia del delito *evasión fiscal* en nuestra legislación penal sustantiva, contenido en el título de los delitos contra la hacienda pública,⁴ conducta que, en sus inicios, tuvo una escasa significación en la radicación de los tribunales y que, en los últimos cinco años, ha comenzado a manifestarse con más intensidad y mayor complejidad.

El Estado cubano, para solventar las necesidades sociales, que suelen ser cada vez más crecientes, necesita disponer de recursos, que también los obtiene por la imposición de tributos; de ahí que la ausencia de esta vía de ingresos ocasione una insuficiencia de fondos que impida la ejecución de esenciales funciones y que la distracción de estos recursos provoque lo que se ha dado en llamar la evasión fiscal.⁵

No cumplir, o atentar contra las disposiciones tributarias, afecta la correcta asignación de los recursos públicos y la no recaudación de lo debido repercute negativamente sobre los beneficios que la sociedad, en general, y cada ciudadano, en particular, espera obtener para el desarrollo de su vida social, por lo que resulta necesario formar una conciencia tributaria en nuestra ciudadanía, que contribuya a cubrir los gastos que se requieren en la satisfacción del bienestar colectivo.

Elevar esa conciencia tributaria garantiza uno de sus pilares, vinculado a la persona como ente que reconoce la necesidad del impuesto y el aporte que este genera para el beneficio social y, consecuentemente, se manifiesta, en segundo orden, considerar a quienes evaden esta obligación en atacantes del orden social y sujetos del Derecho penal, por afectar el erario público y la política estatal en el orden económico y social, con efectos negativos en alguna de sus estrategias. Este asunto resulta novedoso en nuestro país y requiere de estudios especializados, pues abarca al Dere-

⁴ El Decreto Ley No. 150, de 1994, introdujo este título en la legislación penal; posteriormente, el texto sustantivo ha sufrido otras modificaciones en cuanto a los delitos que se regulan en él, con los decretos leyes 175, de 1999, y 316, de 2013, y con la Ley No. 87, de 1999.

⁵ En el tercer *por cuanto* de la Ley No. 113, se define que constituye un deber la contribución ciudadana al sostenimiento de los gastos públicos, que entre otras formas tiene el pago de los tributos, la que redundará en que el Estado disponga de mayores recursos financieros para alcanzar mayor justicia social y satisfacer los requerimientos de la sociedad.

cho penal y tiene fuertes vínculos con otras ramas del conocimiento. Los jueces no podemos estar ajenos a los constantes cambios y transformaciones sociales; por esa razón, el objetivo de este trabajo es analizar la actual base normativa sobre el delito de evasión fiscal, para favorecer la correcta interpretación de las leyes y su aplicación.

COMENTARIOS ACERCA DEL DELITO DE EVASIÓN FISCAL

La Ley No. 73, que entró en vigor el 4 de agosto de 1994, creó el sistema tributario en Cuba. Definió el tributo como la prestación pecuniaria que el Estado exige, por imperio de la ley, con el objetivo de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines. Los clasificó en impuestos, tasas y contribuciones y precisó en qué consistía cada uno.

La evasión fiscal ha tenido una regulación inestable en el orden penal cubano. Bajo esa denominación, se insertó en la legislación con las modificaciones realizadas a la Ley No. 62, Código penal (CP), por el Decreto-Ley No. 150, de 1994, modificado por el Decreto-Ley No. 175, de 1997. Implicó una novedad en el ordenamiento jurídico penal. Se encuentra ubicado entre los delitos contra la hacienda pública. Su redacción acercó esta tipicidad delictiva a la realidad económico-social en que se desenvolvía la vida del país, aproximó la práctica judicial a las concepciones doctrinales internacionales y eliminó el requisito de procedibilidad que exigía la modificación introducida por el Decreto Ley No. 150, de 1994, en relación con el agotamiento de la vía administrativa para el ejercicio de la acción penal, lo que encuentra justificación en que este ilícito es público y perseguible de oficio y no resulta necesario acudir a otra jurisdicción para determinar si la conducta evasiva constituye delito o no.

Por su parte, el primero de diciembre de 1998, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) se pronunció sobre este ilícito, al emitir la Instrucción No. 158, destinada a trazar pautas comunes para el procesamiento e interpretación de estos injustos penales por parte de los órganos judiciales del país y uniformar la práctica jurídica. Era coincidente, en muchos pronunciamientos, con los particulares referidos en la Circular jurídica No. 9, de 1997, de la Oficina Nacional de Administración Tributaria (ONAT). La 158 resultó derogada por la 236, de 15 de noviembre de 2016, que, en sentido general, realiza pronunciamientos útiles y esclarecedores sobre la tramitación y juzgamiento de estos ilícitos, para uniformar la manera de proceder en los casos en que se conozcan hechos que pudieran ser constitutivos del delito de evasión fiscal.

La Ley No. 73 definía el concepto del retentor como la persona natural o jurídica que, por sus funciones o razón de su actividad, oficio o profesión, se encuentra obligada a retener el importe de un impuesto, tasa o contri-

bución para su posterior liquidación e ingreso, definición esta que resulta similar a la establecida en el Decreto Ley No. 169, de 1997, «De las normas generales de los procedimientos tributarios». La figura del perceptor la definió como la persona natural o jurídica, a quien la respectiva disposición legal obligaba a cobrar el importe de un impuesto, tasa o contribución, para su posterior pago e ingreso en lugar del contribuyente.

Los cambios en el ámbito económico del país impusieron la necesidad de atemperar la legislación tributaria; de ahí, surgió la Ley No. 113, de 2012, «Del sistema tributario», con una regulación más amplia, que recoge o define, de forma puntual, los tipos de impuestos que se cobran, en correspondencia con el interés estatal, y reafirma las pautas trazadas en el objetivo número 47,⁶ aprobado por el VI Congreso del PCC y el Lineamiento 63.⁷

El Artículo 5 establece los principales conceptos relacionados con esa actividad. El inciso a) define que la administración tributaria es el sistema de instituciones públicas encargado de la gestión, de la recaudación, cobranza y fiscalización de los tributos; integrado por la ONAT, la Aduana General de la República (AGR) y otras entidades que, legalmente, se autorizan a tales efectos, las cuales actúan en representación del Estado como sujeto activo.

El inciso x) define como tributo las prestaciones pecuniarias que el Estado exige, por imperio de la ley, con el objetivo de obtener los recursos necesarios para la satisfacción de los gastos públicos y el cumplimiento de otros fines de interés general. Los tributos se clasifican en:

Impuesto. Tributo exigido al obligado a su pago, sin contraprestación específica. Aparecen definidos en la propia ley, entre otros, impuestos por: uso y explotación de las bahías, derecho de uso de las aguas terrestres, utilización de la fuerza de trabajo, documentos, transmisión de bienes y herencias, servicios, etc.⁸

Tasa. Tributo por el cual el obligado a su pago recibe una contraprestación en servicio o actividad por parte del Estado: por peaje, servicios de aeropuertos a pasajeros y radicación de anuncios y propaganda.⁹

⁶ Objetivo 47. Promover la cultura económica, jurídica, tributaria y medioambiental en el pueblo, trabajar por el conocimiento y respeto a la Constitución de la República y demás leyes, exigir su aplicación consecuente, forjar una conducta de honradez y responsabilidad.

⁷ Lineamiento 63. Fomentar la cultura tributaria y la responsabilidad social de la población y entidades del país, en el cumplimiento cabal de las obligaciones tributarias, para desarrollar el valor cívico de contribución al sostenimiento de los gastos sociales y altos niveles de disciplina fiscal. (*Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución*, aprobados el 18 de abril de 2011).

⁸ Artículo 5 p).

⁹ Artículo 5 u).

Contribución. Tributo para un destino específico y determinado que beneficia, directa o indirectamente, al obligado a su pago. Incluye contribuciones a la seguridad social y al desarrollo local.¹⁰

A diferencia de la ley tributaria anterior, la 113 define un significativo número de deberes, que cataloga como «deberes formales», que son el conjunto de obligaciones no pecuniarias con trascendencia tributaria a cuyo cumplimiento están constreñidos los sujetos pasivos y responsables.¹¹

Este aspecto tiene singular importancia y cubre un vacío que pudiera trascender al orden penal, en el sentido de que estos deberes tienen correspondencia con el término recogido en el Artículo 343.1 del CP, cuando refiere «[...] o cualquier otra obligación de carácter tributario a que esté obligado», pero, para afirmar que no cumplir con estas exigencias es razón suficiente para que se integre el delito, se requiere de una evaluación muy puntual porque considero que, ante esas faltas, lo oportuno es hacer valer las regulaciones del amplio y abarcador derecho administrativo sancionador.¹²

La ley tributaria¹³ define que tienen la condición de sujetos pasivos,¹⁴ en los supuestos que la ley establezca, las comunidades de bienes, herencias yacentes y demás entes carentes de personalidad jurídica. En estos casos, actúa en su representación el que la ostente, siempre que resulte acreditable y, de no haberse designado representante, el que aparentemente ejerza la gestión o dirección y, en su defecto, cualquiera de los miembros o partícipes que integren la comunidad.

Para los sujetos pasivos, se establecen obligaciones principales¹⁵ (pago de los tributos, tasas y contribuciones), que aquellos están obligados al cumplimiento de deberes formales.¹⁶ La exención de las obligaciones tributarias pecuniarias no libera al sujeto pasivo del cumplimiento de los deberes formales que le correspondan.¹⁷

Determina, como responsables¹⁸ y obligados a responder ante la administración tributaria, por las obligaciones de sus representados, mandantes

¹⁰ Artículo 5 g).

¹¹ Artículo 5 h).

¹² El Artículo 439 de la Ley No. 113 establece que las infracciones derivadas del incumplimiento de la obligación de los deberes formales se sancionan, en el caso de las multas, con cuantías fijas de 50 a 5000 pesos. Igual norma establece el Artículo 119 del Decreto No. 308/2012.

¹³ Ley No. 113.

¹⁴ Artículo 390.

¹⁵ Artículo 391.

¹⁶ El Artículo 393 establece 12 obligaciones de carácter formal.

¹⁷ Artículo 392.

¹⁸ Artículo 397.

o de los titulares de bienes en liquidación, con los recursos del obligado que administran, perciben o disponen:

a) los padres y tutores de menores de edad y mayores declarados judicialmente incapaces; así como los representantes legales o mandatarios en general;

b) los directores, gerentes, administradores y representantes de sociedades, asociaciones y demás entidades sujetas de derechos y obligaciones tributarias;

c) los que dirijan, administren o tengan la disponibilidad de entes colectivos que carecen de personalidad jurídica;

d) las personas que desenvuelven cualquier actividad en interés de aquellas personas naturales o jurídicas que carezcan de representación legal en el territorio nacional;

e) los liquidadores de sociedades o asociaciones; y

f) los agentes de aduana en los casos en que corresponda.

Al establecerse qué se entiende por *responsables*, como principio general, se define la responsabilidad subsidiaria, salvo precepto legal en contrario,¹⁹ la que se extiende únicamente al principal de la deuda tributaria, inicialmente determinada y notificada,²⁰ y establece como *responsables solidarios a*:²¹

a) las personas causantes o que colaboren en la realización de infracciones tributarias, de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior;

b) los grupos empresariales estatales, uniones de empresas, grupos de sociedades y otras formas de organización, por las deudas del grupo, en los casos de declaración conjunta o consolidada;

c) los socios o partícipes de las comunidades de bienes, por las deudas de la comunidad; y

d) las entidades que sucedan o sean beneficiarias de las operaciones, correspondientes por la extinción o disolución sin liquidación de sociedades mercantiles, u otras personas jurídicas que, en caso de fusión o absorción, sucedan a otras en todos sus bienes y derechos.

La definición de *retentores y perceptores* y sus obligaciones están igualmente recogidas en la mentada norma. Establece como tales a las personas naturales o jurídicas que, por sus funciones o razón de su actividad, oficio o profesión, se encuentran obligadas a retener o percibir, respectivamente, el importe de un impuesto, tasa o contribución, para su aporte al presupuesto del Estado.²² Estas están obligadas a presentar, ante la ONAT, la información sobre los contribuyentes y las cuantías retenidas o

¹⁹ Artículo 400.

²⁰ Artículo 402.

²¹ Artículo 407.

²² Artículo 12.

percibidas en los términos y condiciones que se regulen a tales efectos.²³ El retentor y el perceptor están obligados al cumplimiento de los deberes formales que les sean propios y a mantener informados y actualizados, en materia tributaria, a los contribuyentes a quienes sustituyen.²⁴

La ley establece que la determinación de la deuda tributaria corresponde, en primer lugar, al sujeto pasivo, la que adquiere firmeza cuando es aprobada por la administración tributaria o cuando prescribe el término establecido.²⁵ También puede determinarse la deuda administrativamente, mediante resolución fundada, siempre que se cumplan los requisitos que prevén los artículos 413 al 418.

Ante la existencia de tardanza en el pago de la deuda tributaria, se recogen recargos graduales que, a su vez, están en correspondencia con la mora en que se haya incurrido por parte del sujeto pasivo.²⁶

El término de prescripción es de cinco años en los siguientes casos:

- a) la acción de la administración tributaria para determinar la deuda;
- b) la acción para exigir el pago de las deudas tributarias determinadas; y
- c) la acción para imponer sanciones por infracciones tributarias.

El régimen sancionador está recogido de los artículos 434 al 441. Establece qué se entiende por infracciones e infractores y cuáles sanciones recaen sobre los incumplidores. Es el Artículo 436 el que habla de la posibilidad de perseguir penalmente a aquellas personas cuya conducta pueda ser constitutiva del delito de evasión fiscal. Considero que, de forma muy acertada, la administración tributaria agotará los procedimientos establecidos para el cobro de la deuda determinada, sin perjuicio de la denuncia penal correspondiente, siempre que, en la infracción cometida, se manifieste *la intención de utilizar mecanismos de evasión fiscal de los tributos y demás aportes establecidos por la legislación vigente*. No obstante, la sospecha de intención de evadir el fisco debe ser verificada, comprobada y esclarecida por la propia administración tributaria, antes de proceder a poner en conocimiento de las autoridades la posible existencia de un delito, pues no se trata de una simple suposición de eludir el pago, sino justamente de la que emana del incumplimiento de infracciones tributarias.

Se prevé un sistema gradual de sanciones que recoge el recargo por mora, multas porcentuales y cuantías fijas en dependencia de la gravedad del incumplimiento, otras sanciones no pecuniarias, la vía de apremio y el embargo de bienes, como mecanismos coactivos para lograr el cobro de la deuda tributaria.²⁷

²³ Artículo 395.

²⁴ Artículo 396.

²⁵ Artículo 412.

²⁶ Artículos 419-425.

²⁷ El Artículo 5 k) define el alcance de la deuda tributaria como la cantidad debida por el sujeto pasivo de la obligación tributaria por concepto de tributos y recargos, vencido el

Aunque este ilícito es clasificado como perseguible de oficio, durante las etapas investigativa y judicial, siempre se requerirá la intervención de la autoridad administrativa para esclarecer aspectos relacionados con la deuda tributaria, en virtud de que solo ese órgano puede determinarla y debe definir cuándo fue el vencimiento del plazo del requerimiento para el pago de la deuda.

En procesos juzgados, los representantes de la defensa han alegado como deficiencia la ausencia de denuncia de las autoridades tributarias sobre todo en aquellos asuntos en que la investigación comenzó por otros delitos y no consta modelo oficial de comparecencia de estas autoridades para dar inicio a la fase preparatoria, vista esta como la obligación que se regula en los artículos 116 al 118 de la Ley de procedimiento penal (LPP). Pero admitir que el delito de evasión fiscal exige como requisito de procedibilidad la comparecencia de un representante de la ONAT sería un contrasentido, lo que sí queda claro, dada la especificidad de esta materia, es que, durante las etapas del proceso penal, es necesario escuchar testimonios especializados que ayuden a comprender mejor las interioridades de estas conductas, tal como lo definen varias resoluciones del TSP.²⁸

EL CONCEPTO *EVASIÓN FISCAL* EN LA LEY PENAL

La evasión fiscal o tributaria se define como «toda eliminación o disminución de un monto tributario producido dentro del ámbito de un país por parte de quienes están jurídicamente obligados a abonarlo y que logran tal resultado mediante conductas omisivas o fraudulentas violatorias de disposiciones legales».

término de pago; así como la multa fiscal que resulte, una vez practicada su determinación por la administración tributaria.

²⁸ CONSIDERANDO: Que el recurso de casación que establece RVG contra la sentencia definitiva debe partir de la imposibilidad de modificar los hechos fijados por el tribunal que la dictó, no teniendo derecho a exigir cuestiones que no son necesarias para la claridad y congruencia de los estimados por la sala del juicio, quedando limitado el control jurídico sobre ella a examinar si los expresados hechos fueron expuestos con la debida claridad o si existe entre los mismos alguna contradicción, supuestos que no se advierten en la resolución que se examina, toda vez que de manera clara y precisa se narra la intervención del recurrente en el suceso narrado en el apartado B como un delito de evasión fiscal, pues su actuar se conoció como consecuencia de la investigación penal de otros ilícitos, de lo cual se dio cuenta a la ONAT, la que determinó la deuda en que incurrieron los acusados que intervinieron en los actos ante notario público para la adquisición de los vehículos pertenecientes al recurrente y brindó en el proceso indagatorio la información requerida al afecto [sic] de la denuncia de esa conducta y su esclarecimiento, además de confirmarse tal particular por el representante de esa oficina en el acto de juicio oral. (Sentencia No. 2424, de 30 de diciembre de 2016, Sala de lo Penal, TSP).

Del texto de nuestro ordenamiento penal, se deduce que protege el patrimonio estatal, su sistema de ingresos y gastos y la desfavorable repercusión que tiene, en todos los integrantes de la sociedad, la no recaudación de fondos, por su incidencia negativa en la satisfacción de los beneficios sociales. La aplicación de los preceptos legales relacionados con la actividad tributaria requiere acciones dirigidas a cumplir con los requerimientos legales, ya sean administrativos, tributarios o penales. La tipicidad delictiva analizada se encuentra ubicada entre los delitos contra la hacienda pública, entendida como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de titularidad estatal, y se identifica con la actividad de los entes públicos, dirigida a obtener ingresos y realizar gastos.

De lo anterior, se colige que los elementos más importantes que lo conforman son:

1. Evitación o reducción de un monto tributario.

2. Vulneración de las normas legales por aquellos sujetos obligados a su abono.

Como complemento de lo anterior, se produce una afectación a los fondos del Estado, mediante la disposición de estos para otros fines, por parte de los obligados a aportarlo.

La intervención de varios factores hace del delito de evasión fiscal un fenómeno complejo, en atención a sus múltiples causas y efectos, y requiere, en su análisis, de un enfoque interdisciplinario; por su naturaleza, se considera un ilícito especial y pluriofensivo, que ataca diferentes objetividades jurídicas y afecta el orden económico-social.

La integración del delito según las disposiciones de la Ley No. 113

El tributo es un ingreso, una prestación pecuniaria exigida por un ente público. Se entiende fácilmente que el sujeto activo acreedor de la obligación tributaria, determinado por ley, ha de ser forzosamente el Estado, representado por la administración tributaria,²⁹ órgano de poder encargado de la recaudación, control, fiscalización y cobranza de los tributos. El sujeto pasivo de la obligación tributaria es aquella persona sobre la que pesa el deber de realizarla. Por consiguiente, en la esfera penal, será sujeto activo del delito de evasión fiscal la persona natural o jurídica que ejecute las acciones tendentes a evitar cumplir con su obligación tributaria, mientras el sujeto pasivo lo constituye el titular del bien jurídico protegido.

²⁹ El Artículo 5 a) define que la administración tributaria es el sistema de instituciones públicas encargado de la gestión de la recaudación, cobranza y fiscalización de los tributos, integrado por el Ministerio de Finanzas y Precios, la ONAT, la AGR y otras entidades que legalmente se autorizan a tales efectos, las cuales actúan en representación del Estado como sujeto activo.

El Artículo 343 exige que, con anterioridad a la ocurrencia del delito, exista una relación jurídica entre la administración tributaria o ente público llamado a la cobranza de los tributos (sujeto activo) y el sujeto pasivo que es el contribuyente, materializada en el hecho de que haya nacido una deuda fiscal.

Se trata de un tipo penal especial con elementos normativos que indican la interpretación de sus componentes: la tasa, la contribución y el impuesto, al resultar necesario complementar sus preceptos con textos legales no penales, en este caso la legislación financiera y tributaria.

Como ya se expresó, para la integración de este delito, del sujeto activo, se requiere una condición especial, pues su propia redacción no permite considerar con ese carácter a terceras personas ajenas al crédito tributario; en tal sentido, está reservada la responsabilidad penal a sujetos específicos: el contribuyente, el retentor, el perceptor y el responsable. No obstante, pudiera ser sujeto activo del ilícito que se estudia la persona que, al no estar inscrita oficialmente para realizar algunas de las actividades que genera la obligación de aportar al fisco, las realice de manera sistemática, toda vez que su conducta revela el propósito de incrementar su patrimonio y su comportamiento pone de manifiesto la intención de evitar cualquier obligación de carácter tributario.

Esta conducta difiere de la que castiga el delito de actividad económica ilícita, que, en esencia, pena a aquellos que realizan una actividad mercantil paralela al Estado y, por tanto, quebranta las regulaciones establecidas para su ejecución, pues requiere determinada autorización o legalización para su desarrollo, mientras que el de evasión fiscal va más allá en su objetividad jurídica porque quien lo comete vulnera estas disposiciones y tiene, con su sistemática y permanente actuación, como propósito esencial, evitar la contribución que debe realizar al fisco.

En los últimos tiempos, se advierte la presencia de actuaciones simuladoras en lo que se refiere al monto de la deuda que las personas contraen con la hacienda pública y en la identidad de los que deben comparecer con tal carácter ante las autoridades tributarias. Resulta muy socorrida la utilización de señuelos, testaferros o prestanombres, como suelen también llamarse en los hechos acontecidos y juzgados. Esta es la razón que justifica los pronunciamientos que contiene el apartado séptimo de la mencionada Instrucción No. 236, al definir la posible aplicación de las formas de participación que recoge el Artículo 18 del CP a hechos de esta naturaleza.³⁰

³⁰ SÉPTIMO: La responsabilidad penal que el delito exige a sujetos específicos como son: el contribuyente, el retentor, el perceptor y el responsable no obsta para que se apliquen las reglas de la participación, previstas en la parte general del Código penal, en los casos en que personas no comprendidas en estas denominaciones intervengan, de cualquier forma, en el ilícito y realicen actos que procuren el incumplimiento de obligaciones tributarias.

La conducta del retentor y el perceptor deviene el delito analizado, cuando, por razón del desempeño de estas funciones, no ingresan las cantidades retenidas o percibidas en las arcas del tesoro; de ahí que la legislación vigente, por la relevancia de su intervención y la obligación de aportar al presupuesto estatal, les dedique una regulación específica en el Artículo 343.3. El responsable se considera autor si, como consecuencia de su actuar, evita la incorporación al fisco del aporte que debía realizar su representado.

Para tipificar estos ilícitos, es imprescindible el dolo y si, como consecuencia de las circunstancias concurrentes, se elimina la intención de defraudar o evadir el pago –teniendo en cuenta que el delito es perseguible de oficio–, nada impide que, aun cuando pague o sufrague la deuda tributaria, responda penalmente. Si el deudor satisface la deuda antes de dictarse sentencia, y se acredita este particular en las actuaciones, debe valorarse su postura como un elemento favorable, a la hora de adecuar la sanción a imponer. La Instrucción No. 236 ratifica esa postura, que tiene como antecedentes la derogada 158, y existen recientes pronunciamientos en sentencias que así lo confirman.³¹

No obstante, sería útil que, en futuras modificaciones a la ley sustantiva, se introdujera una figura derivativa atenuada que permita rebajar los marcos penales, tal como se encuentra regulado hoy el delito de malversación en el Artículo 336.6 del CP.

La intencionalidad de la conducta evasora está expresamente determinada en la redacción del precepto 436 de la ley tributaria, que autoriza a dar cuenta a las autoridades, por la posible comisión de un delito de evasión fiscal, lo que requerirá de una amplia investigación y acopio de los medios probatorios suficientes, que dispensa la ley de trámites, para demostrarla.

Al analizar el Artículo 343.1 del CP, nos percatamos de que el tipo penal no exige la concurrencia de engaño para su configuración; basta, por tanto,

³¹ CONSIDERANDO: Que el recurso de fondo que IMMF justifica en el ordinal primero del Artículo 69 de la Ley de procedimiento penal, no puede acogerse porque los actos realizados por ella sí tipifican la modalidad delictiva de evasión fiscal prevista en el Artículo 342.1 y 2 del Código penal calificada por la sala de instancia, que se integra porque adquirió, mediante compraventa, una camioneta en una suma de dinero muy superior a la consignada en la declaración jurada y con ese engaño provocó que la administración tributaria no pudiera conocer el monto real del aporte que le correspondía efectuar como contribuyente. Además, acerca de la integración de este ilícito es preciso decir que, para su persecución, investigación y juzgamiento por los órganos penales competentes, no se requiere denuncia previa de un representante de la ONAT como se alega, sino que su presencia en el proceso resulta necesaria, [sea] denunciante, testigo o perito por el conocimiento específico que de esa actividad poseen esos funcionarios, lo que coadyuva a la mejor comprensión de las conductas que originan el delito. Tampoco es posible aceptar que el pago de la deuda que le fue determinada excluye la responsabilidad penal, porque ese comportamiento solo deberá ser atendido a los efectos punitivos. (Sentencia No. 298, de 31 de marzo de 2017, SDCSE, en función de lo penal, del TSP).

la simple voluntad de evadir el pago o de provocar el perjuicio o daño al fisco. El ilícito se integra cuando, determinada la deuda y vencido el plazo para su pago, el contribuyente realiza actos tendentes a no ejecutar esa obligación. No se requiere daño material. Estudiosos del asunto defienden la idea de que esta modalidad deje de existir como delito porque tiene menor dosis de peligrosidad social³² y los infractores que en ella incurran pueden ser objeto de la aplicación del derecho tributario sancionador. No se debe dudar que, aparejado a una cultura tributaria en la población y a un régimen sancionador estricto y correctivo hacia los contribuyentes incumplidores, el Derecho penal debe encargarse de resolver las situaciones y conflictos más graves relacionados con la redistribución de los ingresos; sin embargo, la premisa de cualquier sistema tributario es que se constituya como un medio eficiente y eficaz para recaudar ingresos de todas las personas jurídicas y naturales, con capacidad económica, obligadas al pago de los tributos establecidos por el Estado.

Con la entrada en vigor de la Ley No. 113, se fortalece la política fiscal y los deberes de los obligados al pago del tributo, empero el Artículo 436 coloca un punto discordante con la regulación actual que prevé el Artículo 343.1 del CP.³³

Cuestión distinta debe evaluarse respecto al apartado dos del citado precepto pues, en estos casos, la realización de actos fraudulentos tiene el propósito de falsear el contenido de la declaración jurada de donde parte la posible formación de la deuda, constituye una modalidad agravada por la mayor dosis de peligrosidad del agente comisario y es ahí donde se aprecia, realmente, el denominado fraude fiscal, por resultar un comportamiento de superior relevancia, determinante de una pena más grave.³⁴ Las acciones

³² La peligrosidad social es un término a evaluar para determinar si una conducta es constitutiva de delito o no. Artículo 8.2 del CP, relacionado con la Instrucción No. 115, de 20 de junio de 1984, del CGTSP.

³³ Carlos Alberto Mejías Rodríguez: *Delitos económicos: Barruntos y propuestas*.

³⁴ Esta definición es ratificada por nuestro máximo órgano de justicia en la Sentencia No. 441, de 25 de mayo de 2017, dictada por la SDCSE, en función de lo penal:

CONSIDERANDO: Que resulta acertada la calificación del delito de evasión fiscal determinada por la sala, ya sea continuada o simple en atención a su participación en los hechos, para los encartados CSV, DCC, GMS, GBJ y ORP, habida cuenta [de] que todos de una forma u otra evadieron el compromiso con la hacienda pública, al participar en negocios de compraventas de bienes y declarar valores sustancialmente inferiores a los realmente pactados y materializados, en el caso de MS al ser el verdadero propietario de los bienes, regente de las ilícitas actividades comerciales y quien aportaba el capital, en tanto el resto de los acusados mencionados, se prestaban como suplantes de la identidad de GMS, para contribuir así al logro de sus fechorías, acaeciendo que el conocimiento de estas magnánimas violaciones de impuestos llegan a conocimiento de la [ONAT], a raíz del proceso penal incoado a los encausados, previa comunicación de la instrucción penal a la referida oficina, la cual en ese momento certifica el proceder evasor de los acusados y el monto de la deuda contraída y determinada en las investigacio-

engañosas quedarían contenidas en este tipo penal y, en consecuencia, excluirían el concurso con otras tipologías delictivas.

Por consiguiente, el sujeto que realiza el tipo objetivo debe obrar con plena conciencia y voluntad de que, con su actuación, está defraudando el fisco y causando un perjuicio patrimonial, pues este delito es de resultado y peligro, en tanto también sanciona el intento de evasión y descarta la integración por formas de comisión imprudente.

En cuanto al momento consumativo, existe consenso en que esta figura delictiva se integra, según dispone la legislación tributaria, cuando las infracciones cometidas por el sujeto pasivo, o sea, el obligado al pago del tributo, pongan de relieve su propósito de esquivarlo, que pudiera ser, entre otros, el vencimiento del último momento para efectuar el correspondiente ingreso.

Con respecto a si esta modalidad delictiva puede integrarse en tentativa, entendemos que, por la redacción del Artículo 343.1, que expresa *quien evada o intente evadir*, resulta imposible su integración en fase tentada, pues al referir el tipo penal el intento de evasión ya afirma que se trata de un delito de consumación anticipada.

No podemos hablar de agotamiento, ni habrá consumación material por virtud de la cual el sujeto evasor logra el fin último que se propuso, hasta el momento en que, para el ente público fiscal, desaparece toda posibilidad de ejercer los derechos y acciones previstos por la legislación tributaria referente a la determinación de la deuda, exigibilidad de su pago e imposición de sanciones, posibilidad que desaparece transcurrido el término de prescripción de cinco años. Solo cuando transcurra el citado término prescriptivo, se considera extinguido el derecho de crédito de la administración y consumado materialmente el resultado dañoso. Por ello, es a esta fecha, a la que se su-pedita el inicio del plazo de prescripción del delito tributario, pues, hasta entonces, no ha cesado la obligación del deudor tributario y, en consecuencia, aún no ha desaparecido el derecho subjetivo del fisco a exigir el crédito que ostenta como sujeto activo de la relación tributaria.

El Artículo 344 establece como sujeto activo al que, por razón del cargo que desempeña, su comisión delimita únicamente al funcionario que esté obligado a registrar e informar sobre el cálculo, determinación o pago de tributos, y así oculte, omita o altere la verdadera información. Se trata de los inspectores, auditores, supervisores, o cualquier otro funcionario de la administración tributaria en quien se deleguen dichas funciones.

nes, no siendo obviamente necesario ni lógico repetir la denuncia ya formulada, unido a ello, al resultar los acusados contribuyentes que subdeclaran, no es preciso la aplicación íntegra del procedimiento administrativo regulado para el resto de los evasores fiscales, pues el solo hecho de ser falaces en sus declaraciones en torno a los valores reales de los actos realizados, para con ello abonar un monto impositivo ostensiblemente disminuido, configura el delito de evasión fiscal del Artículo 343.1.2 del Código penal y los constituye en autores de los mismos.

Ha sido criterio de algunos juristas considerar como una indefinición lo dispuesto en el Artículo 344.2, al no determinarse que se estima por perjuicios considerables y agrava la penalidad a sus comisores. El perjuicio y la gravedad derivada de este no tienen solo una expresión cuantitativa, sino que requieren una evaluación de los juzgadores, que parte de una valoración racional de los hechos y sus consecuencias, razonamiento que es congruente con la interpretación que, en su momento, realizara el CGTSP en su Dictamen No. 353 (Acuerdo No. 28, de 21 de septiembre de 1994), referido a los delitos contra los derechos patrimoniales.

Con relación al Artículo 343.1, para que pueda subsumirse una conducta en este tipo penal, se requiere:

1. Encontrarse determinada previamente la deuda tributaria.
2. Haber vencido el plazo concedido en el requerimiento realizado al sujeto pasivo tributario para el pago de la obligación.
3. La realización por parte del obligado de acciones tendentes a evadir el pago del tributo.
4. Que, cuando los deudores hayan establecido reclamación administrativa o judicial por inconformidad con el monto de la deuda determinada, la decisión de la autoridad tributaria sea firme.³⁵

Este tipo penal requiere la actuación dolosa del sujeto para su integración. Se configura con la omisión de pagar el tributo exigible. Todos los actos y la repetición de estos integran una única infracción penal, encaminada a un único propósito criminal, con independencia de su fraccionamiento, constituyen momentos de esa intención, lo que determina la existencia de un solo delito y, en consecuencia, no es aplicable el delito continuado, aunque debe evaluarse la posibilidad de esta ficción jurídica, si se trata de deudas que responden a períodos impositivos diferentes. A mi juicio, el requisito que más perjudica su realización continuada es la proximidad en el tiempo, que pudiera ser superior a lo que normalmente se acepta y, por tanto, excluyentes de aplicación las reglas del Artículo 11.1 de la norma sustantiva.³⁶

El Artículo 343.2 se refiere a una deuda que aún no se ha determinado, por lo que se trata de falsedades cometidas por el contribuyente para ocultar, omitir o tergiversar la real existencia y ascendencia del aporte que le corresponde y, por tanto, no es menester que se haga el requerimiento previo por parte del funcionario competente, ni esperar el vencimiento de plazo alguno. En este supuesto, el ánimo del comisor busca hacer mutaciones a la verdad, para evitar que la administración tributaria fije el real alcance de

³⁵ Es una novedosa decisión que se recoge en la mencionada Instrucción No. 236 del CGTSP y que evita la persecución paralela de un mismo hecho por dos vías, sean administrativas o judiciales.

³⁶ El Artículo 11 del CP regula los requisitos del delito continuado en nuestra legislación, sobre la base de la concurrencia de varios aspectos expresamente numerados.

su deuda, la cual todavía no se ha cuantificado. Por lo expuesto, se trata de un delito intencional. Aquí cada acto que se ejecuta, cuando se omiten, alteran u ocultan los datos de la declaración jurada, puede corresponderse a momentos diferentes, y cada uno puede dejar agotado el tipo penal, son sucesos independientes, desarrollados en momentos distintos. La evaluación sobre la posibilidad de aplicar las reglas del delito continuado no debe ser una camisa de fuerza; se requiere hacer análisis individuales, casuísticos, para luego decidir si es válida, o no, la existencia de esta institución. Hay que ir al caso concreto.

En cuanto a la variante prevista en el Artículo 343.3, aunque, de su simple lectura, puede pensarse que se trata de cualquier persona natural o jurídica contribuyente, esta debe tener la responsabilidad de aportar al fisco cantidades retenidas o percibidas por los conceptos a que se refiere el apartado primero, es decir, por el pago de impuestos, tasas, contribuciones, por lo que se trata de los retentores o perceptores que están definidos en el Artículo 12 de la Ley No. 113, antes referido, por tanto, esta modalidad puede ser cometida también por imprudencia.

En el Artículo 344.1 del CP, deberá tomarse en cuenta que el agente activo del delito será el funcionario que esté obligado a registrar y, al mismo tiempo, informar sobre el cálculo, determinación o pago de tributos, y así oculte, omita o altere la verdadera información, por lo que se trata de cualquier funcionario, sobre todo los fiscalizadores, auditores, supervisores o cualquier otro de la administración tributaria, en quien se deleguen estas funciones. Esta figura es de sujeto especial, eminentemente intencional, admite la acción y la omisión y se clasifica de consumación instantánea. Es perfectamente aplicable la continuidad delictiva. Esta modalidad permite la subsidiariedad concursal con otros ilícitos, como pudieran ser las falsedades documentales.

Con relación a la modalidad prevista en el Artículo 344.3 del CP, debe tenerse presente que, en esencia, constituye una extensión de la sanción imponible a los que incurren en los hechos previstos en el apartado primero, siempre que obtengan beneficios del acto, bien para sí, bien para un tercero, con conocimiento previo de la comisión del hecho delictivo o debiendo haberlo previsto; es decir, se trata de la persona que se favorezca de cualquier manera del acto punible o favorezca a un tercero con la obtención de tales beneficios y, por tanto, la conducta es intencional.

En cuanto a lo dispuesto en el Artículo 345 del CP, solo cabe reiterar que se trata de una facultad discrecional del tribunal y que, de imponerse esta sanción accesoria, la sentencia deberá señalar los bienes de que se trata y la forma en que se hará efectiva su entrega. No obstante, tal disposición pudiera carecer de virtualidad o resultar inaplicable, en atención a las disposiciones que, sobre el embargo de bienes, establece la ley tributaria en los artículos 455 al 460 y el Decreto No. 308, del Consejo de Ministros (Reglamento de esta ley), en sus artículos del 154 al 177.

Por último, merece la atención referirnos a la posibilidad de disponer responsabilidad civil en la sentencia que resuelva este tipo de delito, siempre que, llegada la fase judicial, no haya sido posible para la administración tributaria lograr este propósito. No podemos obviar que uno de los intereses de esta autoridad, cuando se encauza a una persona por la posible comisión de hechos de esta naturaleza, es que también sufrague la deuda.

Para determinar que es procedente exigirla en la sede penal, se debe tener en cuenta la afectación patrimonial que sufre el presupuesto estatal, cuando se dejan de ingresar las cantidades que cada contribuyente está obligado a abonar, y que tienen como destino respaldar el gasto público y mantener un adecuado equilibrio financiero, tomando en cuenta las particularidades del modelo económico cubano y los propósitos del Estado de satisfacer los requerimientos sociales.

El apartado noveno de la Instrucción No. 236 deja establecida la obligación de los tribunales de pronunciarse al respecto, opinión con la cual concuerdo, dada la importancia de resarcir a la hacienda pública.³⁷

CONCLUSIONES

La aplicación de regulaciones tributarias garantiza que el Estado obtenga ingresos para facilitar su aplicación en beneficio de cada uno de los ciudadanos y de la sociedad en general.

El delito de evasión fiscal, para su integración, necesita de la existencia de regulaciones legales que rijan la actividad tributaria; constituye un tipo penal especial y de carácter pluriofensivo, dada la naturaleza de los vínculos jurídicos que ataca y los resultados que ocasiona.

La formulación que recoge el Artículo 343.1, al establecer, *cualquier otra obligación de carácter tributario [...] pudiera estar referida al incumplimiento de los deberes formales con trascendencia tributaria que define la Ley No. 113*, pero, para su juzgamiento en sede penal, se requiere una puntual evaluación del asunto, teniendo en consideración la amplia gama de sanciones administrativas del derecho tributario.

La redacción del Artículo 343.1, al expresar como elemento de integración [...] *quien evada o intente evadir [...]*, debe interpretarse como la imposibilidad de su conformación en grado de tentativa.

El término *perjuicios considerables*, recogido en el Artículo 344.2, no requiere de su expresa definición en el texto penal, sino que debe quedar

³⁷ DÉCIMO: Si al momento del juicio oral el acusado no ha abonado la totalidad de la deuda con el fisco y la administración tributaria demuestra que su gestión administrativa para lograr el cobro fue infructuosa, el tribunal dispondrá la responsabilidad civil correspondiente.

a la evaluación, tanto cuantitativa como cualitativa que, del resultado de los hechos, hagan los juzgadores.

Es posible disponer responsabilidad civil en la sentencia que resuelva este tipo de delito, en atención a la importancia del bien jurídico que protege.

La posibilidad de aplicar el delito continuado requiere hacer análisis individuales, casuísticos, para luego decidir si es válido aplicar estas reglas, o no.

El delito de evasión fiscal en nuestro país tiende a complejizarse, por lo que es necesario que los operadores del Derecho estén permanentemente informados acerca de este fenómeno, para poder resolver cada caso con criterios racionales y de acuerdo con las regulaciones sobre el asunto.

BIBLIOGRAFÍA

«Código de defensa social de 1936», en *Leyes penales de Cuba y su jurisprudencia*, Editorial Lex, La Habana, 1943.

Betancourt, Ángel C.: *Código penal anotado y concordado*, La Habana, 1913.

Moret Hernández, Oscar Luis: *Delitos contra la hacienda pública. Derecho penal especial*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.

González Dalmau, Ángel: *Derecho financiero y fiscal (monografía, 2001)*, Biblioteca Jurídica Digital.

Cervini, Raúl: «Abordaje metodológico de la delincuencia económica sofisticada» (conferencia, Curso de Especialización en Derecho Penal Económico), Facultad de Derecho, Universidad Getulio Vargas, San Pablo, Brasil, noviembre de 2007, en www.ciidpe.com.

Mejías Rodríguez, Carlos Alberto: *Delitos económicos: Barruntos y propuestas*, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Económico, 8 de noviembre de 2013.

Medina Cuenca, Arnel (coord.): *Comentarios a las leyes penales cubanas* (Serie «Ciencias penales y criminológicas»), Universidad de La Habana, diciembre de 2014.

Legislación

«Constitución de la República de Cuba», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 7, primero de agosto de 1992.

«Ley No. 73, del sistema tributario de 1994», en *Legislación tributaria, finanzas al día*, 1994.

«Ley No. 113, De sistema tributario», en *Gaceta Oficial de la República*, [s.m.d.]

Ley No. 62 de 1989, Código penal, Ministerio de Justicia, La Habana, 2004.

«Decreto Ley No. 169 de 10 de enero de 1997», en *Legislación tributaria, finanzas al día*, 1997.

Decreto Ley No. 150 de 1994.

Decreto Ley No. 175 de 1997.

Decreto Ley No. 316 de 2013.

Decreto No. 308, «Reglamento de las normas generales y de los procedimientos tributarios».

Instrucción No. 115, de 20 de junio de 1984, CGTSP.

Instrucción No. 158, de primero de diciembre de 1998, CGTSP.

Instrucción No. 236, de 15 de noviembre de 2016, CGTSP.

Dictamen No. 353, Acuerdo No. 28, de 21 de septiembre de 1994, CGTSP.

Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución, aprobados el 18 de abril de 2011, en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba.

REFLEXIONES SOBRE LA EXIMENTE DE LEGÍTIMA DEFENSA

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

Lic. Dayan Gabriel López Rojas, Prof. asistente
de Derecho penal, Universidad de Matanzas

LA JUSTIFICACIÓN EN EL DERECHO PENAL

El delito comporta una relación de contradicción, valorada en términos jurídicos, entre la conducta y la sociedad, con arreglo a lo expresado en la ley –antijuricidad formal–; pero también conforme a las exigencias de todo el ordenamiento jurídico, principios y normas de la ideología y la cultura reconocidas por el Estado –antijuricidad material.

Cuando esta contradicción no existe porque, a pesar de darse la antijuricidad material (la conducta coincide formalmente con la definición contenida en la figura delictiva), no se constata la violación del Derecho, por adecuarse la conducta a una norma permisiva, falta el elemento de la antijuricidad como elemento del concepto de delito y no existe infracción punible.¹

Después de constatar la tipicidad de la conducta que se enjuicia (su adecuación a algún tipo penal previsto en la parte especial del Código penal), determinar si tal comportamiento resulta antijurídico, o no, constituye un segundo momento valorativo.

Establecer la antijuricidad de una conducta significa comprobar su incompatibilidad con el ordenamiento jurídico, lo cual se determina constataando, por una parte, la afección del bien jurídico imputable a la situación

¹ Particularmente clara resulta la explicación ofrecida por Hans Welzel en cuanto a la relación entre los elementos *antijuricidad* y *tipicidad*. Al respecto, explicaba el maestro alemán que «[...] *Quien actúa de manera adecuada al tipo, actúa, en principio, antijurídicamente*. Como el tipo capta lo injusto penal, surge del cumplimiento del tipo objetivo y subjetivo, en principio, la antijuricidad del hecho; de modo que huelga otra fundamentación positiva de la antijuricidad. Esta relación de la adecuación típica con la antijuricidad se ha caracterizado llamando a la adecuación típica el “indicio” de la antijuricidad. Cuando exista esa relación, sólo surge problema en los casos en que la antijuricidad está, una vez *por excepción*, excluida, a pesar de darse la adecuación típica; p. ej., porque el autor actuó en defensa legítima o con el consentimiento del lesionado. En tales situaciones de excepción, un actuar adecuado al tipo es adecuado al Derecho. Por eso, aquí, la antijuricidad puede ser averiguada mediante un procedimiento negativo, a saber, estableciendo que no existen fundamentos de justificación, como defensa legítima, autoayuda, consentimiento, etc.» (Cfr. Hans Welzel: *Derecho penal, parte general*, p. 86).

de riesgo que el autor ha creado con su actuar típicamente relevante; y, por la otra, evaluando si en realidad la conducta típica no ha sido realizada bajo determinadas circunstancias que, anulando su ilegalidad, podrían constituir los presupuestos de una causa de justificación.

Refiriéndose a la esencia de la justificación y, en especial, a la problemática de las normas permisivas en el Derecho penal, explica Zaffaroni que aquellos preceptos (los permisivos) son fruto de la inevitable necesidad de reconocer que la injerencia del poder punitivo es irracional, cuando el agente realiza la acción antinormativa, como parte de su ejercicio de libertad. La abstracción esquemática del tipo penal permite que el tipo fáctico (o supuesto de hecho fáctico) asuma todas las formas posibles cuyas particularidades no interesan a la prohibición, pero no puede menos que admitir que, en ciertos casos, esas particularidades hacen que, precisamente, la acción típica sea parte del ejercicio de la libertad del agente. El relevamiento particularizado de estas circunstancias se expresa en los preceptos permisivos.²

En este propio sentido, concluye Bacigalupo que la teoría de la antijuricidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al Derecho. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un *permiso* del orden jurídico para obrar como obró.³

Las causas de justificación constituyen, entonces, normas permisivas que excluyen la antijuricidad de una conducta subsumible formalmente en un tipo penal; y los supuestos fácticos que resultan amparados por estas no generan responsabilidad alguna —ni penal, ni civil, ni de ningún tipo—, en virtud de su acomodamiento al orden legal vigente. Se trata de circunstancias de índole objetiva, relacionadas con la naturaleza del hecho en sí y, como consecuencia de ello, en los casos de participación en un hecho delictivo en el que concurra una causa de justificación, esta favorece a todos por igual.⁴

Tal como advierte Zaffaroni, los preceptos permisivos neutralizadores del juicio de antijuricidad (*causas de justificación o de licitud*) no proceden solo del campo penal, sino de cualquier parte del ordenamiento jurídico.⁵

² Vid. Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho penal, parte general*, 2.ª ed., p. 589.

³ Enrique Bacigalupo Zapater: *Manual de Derecho penal, parte general*, p. 117.

⁴ Esta opinión la apoya Bacigalupo, para quien «la característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica: no sólo penal, sino también civil, administrativa, etc.; no sólo respecto del autor, sino también de quienes lo han ayudado o inducido» (vid. Bacigalupo Zapater: *Op. cit.*, p. 117).

⁵ Cfr. Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 590.

Las causas de justificación en el Código penal cubano (CP)

El CP compendia el catálogo de eximentes de la responsabilidad penal que rige en el ordenamiento patrio. Sin embargo, el legislador no establece distinciones entre estas circunstancias exentivas atendiendo a su naturaleza jurídica y deja al intérprete la tarea de distinguir, con apoyo en la doctrina científica, cuáles son causas de justificación, de inimputabilidad y de exculpación.

Las causas de justificación, como antes se explicó, son aquellas que excluyen la antijuricidad del hecho y lo cubren por el manto de la licitud. Entre ellas, se inscriben la legítima defensa (Artículo 21), el estado de necesidad justificante (22) y el ejercicio legítimo de derecho, profesión, cargo u oficio (25).

Los supuestos fácticos que resultan amparados por estas justificantes no generan responsabilidad de ninguna índole y, dado el carácter objetivo, son apreciables en todos los sujetos que participen en el hecho por imperio del *principio de accesoriedad limitada de la participación*, en cuya virtud el partícipe responde del hecho cometido por el autor, cuando este configura una acción típica y antijurídica.

LA LEGÍTIMA DEFENSA

De todas las anteriores causas de justificación solo será objeto de análisis la legítima defensa, circunstancia de tradicional presencia en los cuerpos punitivos que han regido en Cuba y que, al decir de Jiménez de Asúa, es la más típica de las causas de justificación.

Su origen se remonta a Roma, donde se le concibió como derecho individual originario; y, en el Derecho germánico, se consideró desde una perspectiva colectiva como un derecho a la defensa del orden legal.⁶

Definición y fundamento

Una conceptualización sencilla, comprensible y completa de la eximente objeto de estudio la ofrece el profesor Quirós, quien la define desde la óptica de nuestro Derecho positivo como «la reacción necesaria, legalmente autorizada, para rechazar, de manera proporcionada, una agresión ilegítima, inminente o actual, y no provocada, dirigida contra la persona o derechos del que se defiende o de un tercero, o contra la paz pública o los bienes o intereses estatales o sociales».⁷

Sobre el fundamento de la analizada eximente, el destacado profesor español Santiago Mir Puig sostiene que su justificación se apoya en la

⁶ Cfr. Hans-Heinrich Jescheck: *Tratado de Derecho penal, parte general*, t. 2, p. 459.

⁷ Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal general*, t. 3, p. 132.

existencia de un conflicto de intereses que se resuelve en virtud del principio del interés preponderante.

Ante una eventual situación de conflicto, agresor y defensor no se hallan en una posición igualmente válida frente al orden jurídico; pues, mientras el primero niega el Derecho, el segundo lo afirma. Siendo así, el Derecho se inclina a favor del defensor y, en principio, le permite lesionar al agresor en la medida en que resulte necesario para impedir que el injusto prevalezca sobre el Derecho, de modo tal que aquella situación genera para el agresor el deber de tolerar la conducta típica justificada. He aquí el fundamento del aforismo de cuño hegeliano que explica la esencia de la legítima defensa: «el Derecho no tiene por qué ceder al injusto».⁸

LA LEGÍTIMA DEFENSA PROPIA

La agresión como requisito *sine qua non* de la eximente

Existe acuerdo por parte de la doctrina tradicional en el sentido de entender que la agresión supone un acto de fuerza, de acometimiento físico contra el agredido; una actuación o ademán significativo de un dañoso propósito revelador de un riesgo real, inminente, inesperado e injusto para la vida o la integridad personal del que lo sufre, no provocado por este.

No obstante, tomando en cuenta que no solo las personas pueden defenderse sino también los derechos, necesariamente la ciencia del Derecho penal más actual defiende la idea de que la entidad de la agresión deberá evaluarse en el caso concreto y tomando en consideración cuál es el objeto de ataque, pues un derecho puede lesionarse sin necesidad de que exista necesariamente acometimiento físico y, en tales casos, habrá que considerar que está siendo objeto de una agresión.

Respecto a los criterios que configuraban la noción básica de *agresión*, durante mucho tiempo, rigió una postura restrictiva, que entendía que no podía confundirse la agresión ilegítima con la ofensa del derecho mismo por el insulto, la injuria, el agravio; pues ello, jamás autorizaba el empleo de un acto de fuerza para repelerlos o impedirlos, toda vez que la agresión ilegítima debía estar constituida por actos materiales de acometimiento.

Sin embargo, esta postura ha sufrido cierta evolución desde la óptica de su entendimiento, en relación con los bienes jurídicos defendibles, pues, mientras se admitió tradicionalmente la reacción defensiva justificada respecto a la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, entre otros intereses de naturaleza material, hoy día, un sector mayoritario de la comunidad científica defiende la posibilidad de que resulten igualmente defendidos

⁸ Vid. Santiago Mir Puig: *Derecho penal, parte general*, 7.ª ed., p. 428.

bienes inmateriales como la honestidad y el honor, que antes resultaban excluidos de esta posibilidad.⁹

De la formulación normativa de la eximente en el CP en uso –Artículo 21.1–, se deduce la asunción de este criterio por parte del legislador cubano, en tanto reconoce la posibilidad de defender la propia persona o los «derechos», sin que quepa interpretar ello con matices restrictivos, pues, cuando el legislador ha querido limitar el ámbito de protección de algunos bienes o derechos lo ha hecho siempre en forma expresa,¹⁰ y donde no ha hecho distinciones el legislador, no tiene el intérprete por qué hacerlas. Esta posición parece corroborarse, además, con la propia formulación legislativa contenida en el Artículo 21.4 del CP, que reconoce la legítima defensa del que impide o repele de forma adecuada, un peligro o daño a la «paz pública»,¹¹ noción que se incardina entre los bienes jurídicos inmateriales.

Sobre el contenido y alcance de la *ilegitimidad* de la agresión, se ha aclarado que equivale a agresión antijurídica, aunque provenga de un sujeto que actúa sin culpabilidad (un inimputable o un sujeto que actúa bajo error de prohibición, por ejemplo). Sobre el contenido de la antijuricidad, la doctrina ha exigido que, al menos en los supuestos de agresión a bienes jurídicos materiales como la vida y la integridad corporal, el acto agresivo debe constituir materialmente una infracción penal, con independencia de que, luego, no resulte reprochable a su autor.

En cuanto al tiempo de la agresión, esta puede ser *inminente* –entendiéndose como tal el intento idóneo de producir una lesión– o *actual*

⁹ *Ibid.*, p. 430. Luzón Peña, quien ha desarrollado un minucioso estudio sobre el estado de la cuestión en la ciencia del Derecho penal español, reconoce que en la doctrina dominante existe un acuerdo unánime en estimar que el honor es un bien susceptible de ser defendido frente a una agresión ilegítima, pues, en principio, se admite la defendibilidad de todos los derechos, bienes jurídicos, etc.; y explica que la doctrina y la jurisprudencia han ido elaborando un amplísimo catálogo de bienes concretos a los que se aplica dicho principio; y señala que «cabe legítima defensa contra las agresiones antijurídicas a la vida, integridad corporal, salud, integridad o salud psíquica, a la honestidad, honra sexual, pudor, decoro, castidad, moralidad o sentimiento de moralidad, libertad sexual, al honor, honra y reputación [...]» (cfr. Diego Manuel Luzón Peña: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, pp. 354-355).

¹⁰ De esta opinión es Gimbernat Ordeig, quien es citado por Ignacio Berdugo-Gómez de la Torre: *Honor y libertad de expresión*, p. 34.

¹¹ La defensa de los intereses públicos estatales ha sido una cuestión controvertida en sede académica, de ahí que no todas las legislaciones lo prevean. Zaffaroni se inclina por la viabilidad de este tipo de defensa y, citando a Blasco y Fernández de Moreda, explica que: «una cosa es la defensa del Estado en su existencia y otra la defensa del régimen político del Estado». La inadmisibilidad de la legítima defensa de tercero es respecto de este último. La defensa de la existencia misma del Estado está perfectamente justificada; así, por ejemplo, quien la ejerce, en caso de invasión, cooperando por su cuenta con las fuerzas armadas. Por otra parte, en nuestro contexto legal, ninguna duda cabe de que se pueden defender legítimamente bienes del Estado, de la misma forma en que pueden defenderse aquellos que pertenecen a particulares.

—cuando se ha consumado efectivamente la lesión al bien jurídico. Un comportamiento presuntamente defensivo, frente a un ataque aún no iniciado o cesado, daría lugar a un supuesto de inactualidad de la agresión, que impediría apreciar el requisito básico de esta circunstancia (casos de *agresión no iniciada o agresión cesada*).

Por ello, se afirma que la agresión ilegítima debe reunir las notas de realidad, seriedad, gravedad y no justificación, además de ser actual o inminente, como se deduce de los términos legales «impedir o repeler», que se emplean en la redacción del Artículo 21.2, lo que significa que no es necesario que el defensor o el que se defiende aguarde estoicamente a que la agresión se inicie, en cuyo caso no sería posible la defensa; basta que el citado ataque se augure o presagie como próximo o inmediato; es lícito, en tales casos, conjurar el peligro que se cierne, recurriendo a vías defensivas, siempre y cuando concurren los demás requisitos exigidos en el precepto.

Un sector importante de la doctrina apunta que la agresión, en todo caso, ha de ser dolosa y debe reflejar el ánimo del agresor de lesionar derechos del agredido, lo que excluye de antemano la posibilidad de apreciar legítima defensa, frente a conductas lesivas imprudentes por ausencia de ánimo lesivo en el sujeto.

Asimismo, la ley exige que *la agresión no haya sido provocada* por quien luego se defiende de ella. Al respecto, un sector de la doctrina española ha sostenido que queda excluida la legítima defensa cuando la provocación hace justa la reacción, es decir, la provocación tendría que constituir una verdadera acción ilegítima que justifique, como defensa necesaria, la reacción del provocado. Para excluir la defensa legítima, no deben entenderse provocación suficiente aquellos actos leves e insignificantes, respecto a los cuales el profesor Quirós ha anotado que, en esos casos, «el derecho de defensa no se pierde porque la agresión de la otra persona es verdaderamente ilegítima, ante la falta de proporcionalidad entre la provocación y el ataque del provocado».¹²

Particular polémica ha generado en la doctrina, y en la práctica judicial, lo que tiene que ver con el *estado de riña* y su efecto excluyente de la legítima defensa.¹³ El criterio mayoritariamente asumido en este sentido ha sido el que sustenta que la riña —entendida como la lucha violenta entre dos o más personas que, recíproca y voluntariamente, se cambian golpes con potencialidad lesiva en su intención— excluye la eximente en comentario, y ello es así en virtud del razonamiento de que, en los supuestos de riña,

¹² Vid. Quirós Pérez: *Op. cit.*, p. 138.

¹³ El estado de riña que excluye la legítima defensa es aquel que se pacta o se acepta y no el que surge de manera natural, con un ataque injusto y una defensa justa (Sentencia No. 326, de primero de diciembre de 1939 —J. al Día pág. 628—, citada por Mariano Sánchez Roca: *Leyes penales de la República de Cuba*, vol. I, p. 110).

cada uno de los contendientes debe responder del resultado que se derive de su actuar porque el recíproco acometimiento elimina la legitimidad de la defensa; no puede estimarse a ninguno de los dos contendientes como agredidos, sino como agresores.

No obstante, este criterio no puede aplicarse, de forma mecánica, a todos los casos y requiere ciertas matizaciones, en atención a las particularidades del hecho y sus circunstancias. Al respecto, Quirós reseña tres supuestos en los que la jurisprudencia cubana se ha mostrado sensible a admitir la configuración de la legítima defensa, a pesar de existir estado de riña entre los contendientes:

a) Cuando la riña no es aceptada voluntariamente, sino que resulta consecuencia de la imposición, o sea, cuando el sujeto es llevado a ella por el otro contendiente, en el contexto de una situación en que resulta inevitable para el que se ve envuelto en el combate a causa del acoso del otro (Sentencias 120, de 23 de abril de 1959;¹⁴ y 1037, de 12 de noviembre de 1975).¹⁵

b) Cuando la riña es consecuencia de la agresión de uno de los contendientes contra el otro, por cuanto, al resultar objeto de una agresión ilegítima y repelerla, puede surgir una riña que, en sí misma, no excluiría la responsabilidad penal (Sentencias 235, de 19 de agosto de 1960;¹⁶ y 547, de 24 de octubre de 1968).

¹⁴ Sentencia No. 120. CONSIDERANDO: Que el acto realizado por la víctima, profiriendo frases amenazadoras e insultantes para el procesado diciéndole que «se cagaba en su madre y que lo iba a matar», esgrimiendo un cuchillo de punta que fue ocupado todo lo que dio lugar a que entre ambos se entablara una reyerta, a la que fue llevado el referido procesado, por las circunstancias, logrando arrebatarle, en el forcejeo el arma que esgrimía, con la cual a su vez lo agredió, causándole herida que produjo la muerte, es evidente que concurre en el hecho de autos, la primera de las circunstancias de la causa de justificación contenida en el apartado A, inciso primero del artículo treinta y seis del Código de defensa social, porque la agresión fue injusta, no provocada, ni buscada de propósito por el agente.

¹⁵ Sentencia No. 1037. CONSIDERANDO: Que no obra en legítima defensa el que mata a otro en un desafío aceptado, aunque el retador haya insultado, vejado y perseguido al desafiado, pues la aceptación de la riña, cuando en verdad lo es y no resulta impuesta en el contexto de una situación en que es inevitable para el que se ve envuelto en ella a causa del acoso de otro, excluye la legítima defensa por la razón conocida de que en la pelea no hay agresión injusta, sino recíproco acometimiento; y como el agente fue víctima de insultos, improperios y provocaciones por el interfecto, y, al fin, salió de su casa armado de un machetín y le agredió con este, pese a que el otro solo dependía de sus manos para la riña, no le asiste la justificante de legítima defensa aunque es de apreciarle la atenuante proveniente del hecho de haber obrado en vindicación próxima de una ofensa grave, pues el occiso le dirigió palabras cuyo poder ofensivo queda fuera de duda, amén de haberle hecho objeto de otras ofensas de hecho.

¹⁶ Sentencia No. 235. CONSIDERANDO: Que el recurrente en su primer motivo por infracción de ley, sostiene, al amparo del número ochocientos cuarenta y nueve de la Ley de enjuiciamiento criminal, que en la sentencia dictada por el tribunal *ad quo*, se incidió

c) Cuando, aceptada la riña voluntariamente, en el curso de ella, surge alguna circunstancia imprevista de índole extraordinaria que, variando de manera sustancial las condiciones del combate, coloque a uno de los contendientes en una situación de mayor peligro que el que pudiera deducirse del propio combate en la forma en que se aceptó y del cual se aprovecha el otro contendiente (Sentencias 120, de 22 de octubre de 1962; 695, de 19 de noviembre de 1966; y 280, de 5 de julio de 1975).

Un asunto ampliamente debatido, y sobre el que hay consenso en la doctrina, es el reto o desafío expresado por uno de los contendientes, cuando es aceptado por el otro. En tales casos, también, se afirma la exclusión de la estudiada causa de justificación, pues ninguno de ellos se encuentra en una situación que requiera defenderse porque, dado el estado de violencia de hecho en que voluntariamente se encuentran colocados, es indiferente, a efectos de dicha exención, la prioridad en el ataque, y ambos deben ser conceptuados, en él, como autores ilegítimos.

La necesidad de defenderse por parte del agredido

En cuanto a la necesidad objetiva de la defensa, se ha seguido el criterio de que, si falta toda necesidad de defenderse, no cabe apreciar la eximente, ni en su forma completa ni de modo incompleto, por tratarse de un elemento fundamental de esta causal de justificación.

Sin embargo, distintas son las consecuencias cuando, existiendo una verdadera necesidad de defensa por parte del agredido, este se excede en los medios empleados para repeler la agresión, por ejemplo. En este supuesto, si bien no podría apreciarse la eximente en toda su virtualidad, sí subsistiría su forma incompleta.

En el primer caso (ausencia total de la necesidad de defensa), la doctrina alude a un supuesto de *exceso extensivo*, que tiene lugar cuando la defensa se prolonga más allá del tiempo que dura la agresión; a diferencia de lo que acontece en el segundo supuesto, denominado *exceso intensivo*, en el que, a pesar de la existencia y actualidad de la agresión, la defensa asume una intensidad lesiva mayor que la realmente requerida en el caso.

en error cuando no acogió su tesis de legítima defensa; y basta leer el hecho probado para negar esa pretensión, pues en ninguno de sus pasajes, ni se infiere tampoco del sentido general de la cláusula, se advierte la existencia de la agresión ilegítima, que es el generador, la base y fundamento esencial del derecho de defensa; pues, en este caso, no puede encontrar apoyo el recurrente en el hecho probado, que se limita a expresar que «comenzando a reñir y en los momentos en que [T] alcanzó con una bofetada en el rostro al procesado», ya que este relato evidencia un estado de riña que excluye toda legítima defensa, salvo aquellos casos en que pueda determinarse, que la misma no fue sino la consecuencia obligada de la agresión, de uno contra otro, lo que no ocurre en este caso; y faltando la «agresión ilegítima», se hace forzoso rechazar el motivo.

De cara a la apreciación de este requisito, la jurisprudencia tradicional evaluó que, en los casos en los que el agredido podía huir, quedaba excluida la necesidad objetiva de la defensa. Desde entonces, *la huida* o *fuga* de quien se defiende ha sido una cuestión sobre la que la doctrina ha polemizado.

Sobre el origen histórico de las valoraciones en torno a la huida, tuvo oportunidad de pronunciarse Nicasio Hernández Armas, magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular (TSP) de la República de Cuba, quien explicaba que «el derecho canónico, por su parte, con la *moderamen inculcata tutela*, desdibuja la legítima defensa tal como ya la había construido el derecho romano. Reconocía, sin embargo, la necesaria defensa contra la agresión injusta y actual; pero exigía que el ataque no fuera evitable de otro modo, como la fuga, a la que, desde luego, puso límites no imponiéndola si constituía deshonor».¹⁷

La posición con la que simpatiza la doctrina dominante defiende la inexigibilidad de la huida, frente a situaciones de agresión ilegítima, porque ello equivaldría a restringir el alcance de la legítima defensa, convirtiéndola exclusivamente en un derecho subsidiario.

Varias razones apoyan esta postura. En primer lugar, la obligación de fuga impuesta al agredido haría casi ilusorio el reconocimiento de esta eximente, por cuanto son muy pocos los casos en los cuales, después de su ocurrencia, no pueda sostenerse que era posible la huida. Por otro lado, no es este un medio seguro para evitar o sustraerse del peligro de agresión, por el contrario, puede ser infructuoso; y, por último, la elección para distinguir y elegir entre los distintos medios para evitar el ataque exige la serenidad del agredido, condición que, rara vez, se cumple, por cuanto, ante situaciones límites, todas las personas no reaccionan del mismo modo.

Proporcionalidad entre la agresión y la defensa

Entre el acto agresivo y la actuación de quien se defiende debe existir una relación de proporcionalidad para que pueda apreciarse la eximente en su forma completa. Se trata de una exigencia que opera como un requisito no esencial para la vida jurídica de la figura, pues, aun ausentándose este elemento, podría apreciarse la regla de atenuación que genera su forma incompleta.

Esa ponderación deberá llevarse a cabo por el tribunal con arreglo a las circunstancias existentes en el momento del hecho (*ex ante*) y no mediante una valoración realizada con posterioridad (*ex post*).

No existe una medida legal cuantitativa que permita apreciar, objetivamente, la necesidad racional del medio empleado. Hay que atender en cada

¹⁷ Cfr. Nicasio Hernández Armas: «Apuntes para un estudio de la legítima defensa», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 9, año 4, 1975, p. 76.

caso, más que a las proporciones de los instrumentos vulnerantes de que se haga uso, a las circunstancias del hecho, ocasión y lugar de su desarrollo, y muy especialmente a la peligrosidad del agresor, para deducir que fue adecuado el medio empleado, teniendo en cuenta el estado de confusión que la agresión hubiera producido en el ánimo de quien se defendió.

En la práctica judicial, la problemática relativa a la proporcionalidad se presenta esencialmente respecto al análisis de los medios empleados por quien se defiende de la agresión ilegítima. El medio empleado en la defensa ha de ser idóneo para hacer cesar el ataque o, por lo menos, oportuno y conveniente para preservar a la persona agredida del riesgo que la amenaza y, en su caso, el único que se tenga al alcance. El carácter «razonable» de esa proporcionalidad significa que la recta razón deberá graduarla sin atender a reglas predeterminadas, ni sujetarse a medidas o tasas; o sea, la proporcionalidad consiste en no excederse (quien se defiende) de los límites que la razón, las reglas de la lógica, los dictados de la experiencia y la prudencia aconsejan en cada situación, para impedir o repeler la agresión.

Al respecto, resulta ilustrativo un voto particular de Diego Vicente Tejera, magistrado de la otrora Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo de Cuba, en el que razonó atinadamente los elementos a tener en cuenta para ponderar la proporcionalidad:

La legítima defensa como elemento de exención otorgada a los ciudadanos no es un medio de permitir una contienda o una lucha, esto es, un medio de tolerar que se conteste en la misma forma a una agresión surgiendo entonces una reyerta, sino una facultad que se concede para hacer cesar la agresión injusta que amenaza la integridad personal del que se defiende, y por ello es lícito que esa defensa que tiende a hacer agotar la agresión pueda hacerse con cualquier elemento que se tenga a mano, siempre que sea eficiente para evitar el estado de cosas que se crea con el ataque injusto, porque la legítima defensa no es un castigo autorizado sino un elemento que tiende a evitar males no buscados, por lo cual la racionalidad del medio no indica una igualdad en los medios de defensa con los de ataque, sino que sea un medio racional para defenderse, esto es, medios corrientes y generalmente usados en contiendas personales.¹⁸

ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES SOBRE LA EXIMIENTE DE LEGÍTIMA DEFENSA

A continuación, se transcriben algunos pronunciamientos contenidos en sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del TSP, con el propósito de

¹⁸ Cfr. Sánchez Roca: *Op. cit.*, p. 118.

mostrar cómo la práctica judicial cubana ha ido delineando los contornos y alcances de la eximente estudiada.

En la Sentencia No. 2763, de 18 de agosto de 2009, el TSP razonó:

CONSIDERANDO: Que es perfectamente posible apreciar la legítima defensa cuando la riña es consecuencia de un acto agresivo y se suscita para repeler dicho acto; el agredido no está obligado a huir ante una agresión ilegítima, actual y no provocada, y en la medida que la defensa sea respuesta proporcionada a esa agresión injusta, no cabe dudas de que cualquiera que sea la actitud anímica del que se defiende, existe auténtica causa de justificación que legitima el acto realizado, de ahí que sea de rechazar el motivo de fondo articulado por el fiscal a tenor del ordinal quinto del artículo sesenta y nueve de la Ley de procedimiento penal.

Dos cuestiones esenciales se derivan de este pronunciamiento. En primer lugar, el criterio de que no siempre resulta posible sostener que la riña resulta excluyente de la legítima defensa, lo que dependerá en última instancia de la dinámica del suceso en sí; y, en segundo lugar, se deja sentado el criterio de que la huida no es una opción exigible a quien se defiende si, ciertamente, es objeto de una agresión ilegítima, inminente o actual, y no provocada.

Sobre la necesidad objetiva de la defensa, se pronunció la Sentencia No. 3944, de 20 de octubre de 2011:

CONSIDERANDO: Que de la revisión de las actuaciones y de la sentencia impugnada se concluye que no le asiste razón al reo en su apreciación de que la sala de instancia incurrió en error de derecho al no apreciarle en su favor la eximente de la responsabilidad penal consistente en legítima defensa, porque del contexto de los hechos probados y la forma en que estos sucedieron no se aprecia que el acusado para defenderse tuviera la necesidad de armarse y darle una cuchillada a la víctima porque en el pasaje histórico consta que esta última estaba desarmada y aguantada por detrás por la madre del acusado, cuando él esgrimió contra este el arma, por tanto no hay racionalidad en su actuación, ni se observa necesidad objetiva de defensa de su persona, o de terceros. Sin que se pueda entender que actuó justificadamente cuando disponía de la posibilidad de ejercer otra conducta menos lesiva, por tal razón no se le puede justificar la conducta típica ilícita ejecutada en el caso en examen, en consecuencia se rechaza el recurso de fondo con base en el apartado quinto del Artículo 69 de la Ley de procedimiento penal.

Se deja sentado en la sentencia que no puede entenderse legítimo, en términos hábiles, aquel comportamiento presuntamente defensivo frente a una agresión cesada; y ello así porque la inactualidad de la agresión ex-

cluye la necesidad objetiva de la defensa, requisito esencial para entender configurada la analizada causal de justificación.

En la Sentencia No. 1468, de 21 de junio de 2012, el máximo órgano de justicia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la proporcionalidad entre la agresión y la defensa:

CONSIDERANDO: Que la sala de instancia dio por probado que el acusado VR, debido a que su señora madre estaba siendo víctima de reiterados robos en su domicilio, ubicado en la carretera de Jobabo, en el municipio y provincia de Las Tunas, decidió ponerse en vigilia, hasta que el día 7 de febrero de 2011 a las 9:00 a.m. aproximadamente, encontrándose dentro del inmueble, sintió primero un ruido y se percató después [de] que un ciudadano había penetrado a uno de los cuartos de la vivienda por una ventana de dos hojas que acababa de forzar, por lo que procedió a tomar en sus manos un tubo metálico de 73 centímetros de largo por 3 centímetros de diámetro con el cual le propinó un solo golpe en el rostro que le produjo fractura de fosa anterior izquierda y herida frontal bilateral de 8 y 4 centímetros de longitud, sin otras consecuencias, procediendo el intruso a forcejear con él, teniendo el acusado que coger entonces una mocha con la que lo golpeó por un brazo sin causarle lesiones, dando lugar a que el intruso se retirara, no sin antes ser reconocido por el acusado. Siendo así es evidente que el recurrente actuó en legítima defensa de su persona y derechos y lo hizo prudencialmente, tanto por haberle dado un solo golpe con el tubo, como por la moderada fuerza del golpe propinado, que ni siquiera privó a la otra persona del conocimiento, ni puso en peligro su vida y en segundo lugar por el no uso inicialmente del machete que tenía a su disposición que es un arma más efectiva y después la ponderación cuando tuvo que usarlo, al no haber causado siquiera lesiones leves con él. Los delitos de robo con fuerza en las cosas y hurto, se agravan cuando ocurren en viviendas habitadas, hallándose presente los moradores, precisamente por el peligro que suponen no solo para los bienes, sino también para la intimidad del domicilio y la integridad física de sus moradores, pues el legislador da por sentado que quien se arriesga a penetrar a robar a una vivienda asume la posibilidad de ser sorprendido por sus moradores y por consiguiente de tener que enfrentarse a ellos. El acusado al actuar como lo hizo, obró en defensa de su persona, de la de su madre y de los derechos de ambos, impidiendo y repeliendo una agresión ilegítima, actual y no provocada, existiendo necesidad objetiva de la defensa y proporcionalidad entre la agresión y la defensa, analizada de acuerdo a [sic] las circunstancias de personas, medios, tiempo y lugar. Objetivamente no le era exigible al impugnante un comportamiento más moderado ante una situación tan peligrosa, en las circunstancias en que tuvieron lugar

los hechos, siendo procedente acoger el recurso, casar y anular la sentencia y dictar una nueva en la que se aprecie la legítima defensa y se le absuelva del delito por el que resultó sancionado.

Nótese cómo los jueces *ad quem* corrigen el error de Derecho en que incurrió el tribunal de mérito, evaluando el suceso objetivamente, de acuerdo con las concretas circunstancias que lo rodearon, relacionadas con las características del medio defensivo y el peligro conjurado, así como la peligrosidad demostrada por el agresor; criterios de valoración que se ratifican en el pronunciamiento contenido en la Sentencia No. 1767, de 24 de julio de 2012:

CONSIDERANDO: Que del examen de la base fáctica de la sentencia cuestionada se aprecia que le asiste razón al acusado en pretender que a su favor sea acogida la circunstancia eximente de legítima defensa, porque constando probado, que su primera intervención se limitó a halar al que posteriormente resultara occiso, porque agredía con un arma blanca a un tercero que no había provocado el incidente, cuando se encontraba acorralado y sin posibilidad de defenderse; lo que conllevó a que el agresor se virara con el arma y realizara contra el reo varias acciones para afectar su integridad física, y si bajo estas circunstancias de agresión y de acorralamiento de las que era objeto que describe el tribunal de juicio en el primer resultando, el acusado tomó un cuchillo que le quedaba cerca y lo esgrimió contra su atacante, es evidente que están presentes de manera completa todos los elementos de la causa de justificación de legítima defensa prevista en el Artículo 21 del Código penal, por tanto no obró con acierto el tribunal de instancia cuando solo la apreció de manera incompleta, porque en el caso de autos no se advierte desproporción entre el medio de defensa empleado y el peligro suscitado en el ataque, sino total correspondencia entre ellos, sin que el elemento que se valora por ese órgano, relacionado con que el reo esgrimió contra su atacante en dos ocasiones el cuchillo, pueda ser el sustento de la apreciación incompleta de la eximente analizada, en primer orden, ya que no tiene respaldo legal como invalidante, y en segundo, porque en el propio hecho consta que el ciudadano FLR después de haber resultado herido por el encausado continuó su ataque contra este, e incluso lo persiguió con el arma, todo lo que nos lleva a concluir que en el caso de marras el acusado repelió una agresión ilegítima, inminente, actual, no provocada, en condiciones y circunstancias en las que existía una necesidad objetiva de defensa y adecuada proporcionalidad entre la agresión y la defensa; en consecuencia debe ser acogido el motivo de fondo del recurso.

Sobre las características que ha de revestir la agresión que habilita la legítima defensa se pronunció la Sentencia No. 1541, de 17 de mayo de 2013:

CONSIDERANDO: Que entre los requisitos de la eximente de la legítima defensa destaca la agresión ilegítima, sin cuya concurrencia no es dable apreciar positivamente esta causa de justificación; así, equivale

la agresión a todo ataque, acometimiento o embestida, de índole física o violenta, y ha de ser real, grave, directa y actual o inminente. En el caso en examen, consta de los hechos que se estimaron probados, que al llegar el acusado a la vivienda que compartía con su ex esposa, [sic] observó a esta discutiendo, por motivos personales, con quien resultó víctima, ocasión en la que él, que tenía rencillas con este sujeto a consecuencia de los celos que mutuamente se provocaban por amar a la misma mujer, intervino, estableciéndose entre ambos un combate cuerpo a cuerpo en el [que] se acometieron mutuamente, de lo cual se advierte, que si bien la víctima estaba importunando a la fémina y ambos se proferían palabras fuera de tono, no existió un acto de fuerza de aquel que requiriera de la intervención violenta del acusado, es decir, no había necesidad de la defensa, por eso, más que el ánimo defensivo, al que alude el recurrente, se evidencia realmente en su actuar el ánimo vindicativo, impropio de la reclamada justificante, lo que determina el rechazo del motivo de infracción de ley establecido al amparo del ordinal cinco del artículo sesenta y nueve de la ley rituaría.

Se deja esclarecido en este pronunciamiento judicial qué se entiende por agresión, a los efectos de permitir una lesión a un bien jurídico en defensa de otro, la que debe revestir un acto de fuerza o acometimiento material, sin que puedan conceptuarse como tal los meros gritos o palabras fuera de tono. Además, se aclara que, cuando la cuestión versa sobre ofensas recíprocas, que más que una reacción en la dignidad revela un propósito de venganza, no puede manifestarse esta eximente.

Con relación a la improcedencia de apreciar la legítima defensa frente a actos justificados, se pronunció la Sentencia No. 1482, de 11 de mayo de 2010:

CONSIDERANDO: Que se entiende como agresión ilegítima la que no tiene razón o causa legal que la justifique, y no puede calificarse como tal, la que pretendió enfrentar la víctima contra los acusados, porque ella estuvo precedida por acciones agresivas ejecutadas por estos contra la suegra de aquel, madre y tía, respectivamente, de los comisores, luego, no cabe legítima defensa contra quien está justamente defendiendo a un tercero, por demás mujer, frente a la violencia de dos sujetos que atacaron la integridad física de aquella y sus bienes; luego, la acción ofensiva de este debe reputarse lícita y justificada, por responder a un ataque previo, es decir, que la réplica de los encausados no tiene justificación en las acciones defensivas de quien, definitivamente, resultó agredido cuando actuó en defensa de otro, de ahí que con adecuado acierto desestimó la sala de instancia la causa de justificación ahora alegada por ambos impugnantes, en el motivo de infracción de ley del recurso, amparado en el ordinal primero del artículo sesenta y nueve de la ley rituaría.

El TSP asume el tradicional criterio de que no cabe apreciar la exención de legítima defensa frente a actos lesivos en sí mismos justificados, pues en casos falta la ilegitimidad de la agresión; de tal suerte que si, una persona se defiende de un ataque o acometimiento, la réplica del agresor nunca podrá encontrar justificación en las acciones defensivas del agredido que se defiende, por muy enérgicas que estas sean.

Los efectos excluyentes de la legítima defensa que genera el estado de riña mutuamente aceptado, se reconocen en el pronunciamiento contenido en la Sentencia No. 1372, de 26 de octubre de 2009:

CONSIDERANDO: Que entre los requisitos de la eximente de la legítima defensa destaca la agresión ilegítima, sin cuya concurrencia no es dable apreciar positivamente esta causa de justificación, esto es, sin causa legal que justifique o legitime el ataque. En el asunto en examen, precedieron a la agresión acciones demostrativas de un propósito ofensivo por parte de la recurrente, al colocar los maderos recostados contra la ventana de la vivienda de su adversaria, restándole ventilación e iluminación al inmueble de aquella, luego, las acciones ofensivas de esta última deben reputarse como justificadas por responder al referido precedente. Otro elemento que [debe] valorarse para refutar la invocada eximente es que ante las ofensas de su adversaria, la impugnante subió a la azotea al encuentro de aquella y al augurarse la inmediata materialización de los insultos que aquella profería, lanzó el ladrillo contra la hija de su antagonista, a la que alcanzó en la cabeza, estableciéndose así la contienda física entre todas, de ahí que hubo una situación de riña mutuamente aceptada, con mutuo acometimiento y recíproca agresión, todo lo que determina el rechazo del motivo de fondo que al amparo del ordinal quinto del artículo sesenta y nueve de la ley de trámites se alegó.

Se valora que, ciertamente, queda excluida la posibilidad de apreciar la justificante de legítima defensa en aquellos casos en los que se producen acometimientos recíprocos aceptados voluntariamente entre los contendientes, que degeneran en un estado de riña, donde cada uno de ellos se erige en agresor.

A MODO DE CONCLUSIONES

- Los supuestos fácticos que resultan amparados por las causas de justificación no generan responsabilidad de ninguna índole y, dado el carácter objetivo, son apreciables en todos los sujetos que participen en el hecho, por imperio del principio de accesoriedad limitada de la participación, en cuya virtud el partícipe responde del hecho del autor solo cuando este configura una acción típica y antijurídica.

- Actualmente, un sector mayoritario de la comunidad científica defiende la posibilidad de que resulten igualmente defendidos bienes inmateriales como la honestidad y el honor, que antes resultaban excluidos de esta posibilidad.

- La jurisprudencia cubana se ha mostrado sensible a admitir la configuración de la legítima defensa, a pesar de existir estado de riña entre los contendientes, en tres supuestos: a) cuando la riña no es aceptada voluntariamente, sino que resulta consecuencia de la imposición, o sea, cuando el sujeto es llevado a ella por el otro contendiente; b) cuando la riña es consecuencia de la agresión de uno de los contendientes contra el otro, por cuanto, al resultar objeto de una agresión ilegítima y repelerla, puede surgir una riña que, en sí misma, no excluiría la responsabilidad penal; y c) cuando, aceptada la riña voluntariamente, en el curso de ella, surge alguna circunstancia imprevista, de índole extraordinaria, que variando de manera sustancial las condiciones del combate coloque a uno de los contendientes en una situación de mayor peligro que el que pudiera deducirse del propio combate en la forma en que se aceptó y del cual se aprovecha el otro contendiente.

- La posición con la que simpatiza la doctrina dominante defiende la inexigibilidad de la huida, frente a situaciones de agresión ilegítima porque ello equivaldría a restringir el alcance de la legítima defensa, lo que la convierte, exclusivamente, en un derecho subsidiario.

- No existe una medida legal cuantitativa que permita apreciar, objetivamente, la necesidad racional del medio empleado. Hay que atender en cada caso, más que a las proporciones de los instrumentos vulnerantes de que se haga uso, a las circunstancias del hecho, ocasión y lugar de su desarrollo, y muy especialmente a la peligrosidad del agresor, para deducir que fue adecuado el medio empleado, teniendo en cuenta el estado de confusión que la agresión hubiera producido en el ánimo de quien se defendió.

BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo Zapater, Enrique: *Manual de Derecho penal, parte general*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1996.

Berdugo-Gómez de la Torre, Ignacio: *Honor y libertad de expresión*, Editorial Tecnos, Madrid, 1887.

Hernández Armas, Nicasio: «Apuntes para un estudio de la legítima defensa», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 9, año 4, enero-junio de 1975.

Jescheck, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal, parte general*, t. 2, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.

Luzón Peña, Diego Manuel: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Editorial Bosch, Madrid, 1978.

Mir Puig, Santiago: *Derecho penal, parte general*, 7.^a ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2005.

Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho penal general*, t. 3, Editorial Félix Varela, Ciudad de La Habana, 2007.

Sánchez Roca, Mariano: *Leyes penales de la República de Cuba*, vol. I, Editorial LEX, 1943.

Welzel, Hans: *Derecho penal, parte general*, trad. de Carlos Fontán Balestra, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.

Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Derecho penal, parte general*, 2.^a ed., Editorial Ediar, Argentina, 2002.

VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DEL MENOR-VÍCTIMA DE ABUSO SEXUAL

Dra. Yoruanys Suárez Tejera
profesora, Universidad de Cienfuegos

Lic. Wendy Vera Denis
presidenta, TMP de Abreus (Cienfuegos)

EL PROCESO PENAL es el conjunto de actuaciones reglamentadas por normas previamente establecidas, cuyo objetivo es determinar si la conducta cometida por el sujeto es constitutiva de delito y, consecuentemente, aplicar la sanción que corresponda. Las normas que lo regulan representan, a su vez, garantías para el acusado y reglas de conducta a asumir por las partes en cada una de las etapas que lo conforman.¹

El proceso penal suele dividirse en dos etapas: la fase preparatoria y el juicio oral, aunque existe en la doctrina diversidad de criterios al respecto.² La primera se constituye con aquellas diligencias previas a la apertura del juicio oral, que tienen el propósito de averiguar y comprobar la existencia del delito y sus circunstancias, recoger y conservar los instrumentos y pruebas materiales de este y practicar cualquier otra diligencia que no admita dilación, de modo que permitan hacer la calificación legal del hecho y determinar la participación, o no, de los presuntos responsables y su grado, así como asegurarlos cuando corresponda.

La segunda es el conjunto de actos procesales previstos en la ley, que tienen lugar en el último período del proceso de conocimiento en torno a la producción y práctica de los medios de prueba, con el objetivo de permitir a las partes la confrontación y refutación de sus respectivas alegaciones y pretensiones. Es el momento en que el órgano jurisdiccional alcanza la certeza plena y fundamentada acerca del objeto del proceso y, consecuentemente, sanciona al acusado o, en su defecto, declara su absolución por imperio del principio *in dubio pro reo* o por concurrir alguna circunstancia legal que oriente dicha decisión.³

El proceso penal se integra a través de instancias de postulación, acreditación, alegación y decisión, en tanto lo afirmado por las partes debe ser demostrado, lo que se manifiesta en él como realmente acontecido, es decir, los hechos objetos de este deben ser corroborados. Dicha con-

¹ Julio A. Fernández Pereira: *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, t. 1, p. 11.

² Ramón de la Cruz Ochoa: «¿Qué es el juicio oral?», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 30, 1991, p. 3.

³ Julio V. Arranz Castilleiro: *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, p. 210.

firmación, para determinar la culpabilidad del acusado, se logra mediante las pruebas practicadas en el juicio oral, previamente obtenidas durante la fase preparatoria.⁴

La prueba en el proceso penal, como en cualquier otro proceso, es esencial, pues de ella depende la demostración de la inocencia o la culpabilidad del acusado.⁵ De acuerdo con lo antes mencionado, se define como todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y la personalidad del delincuente, a fin de estar en aptitud de determinar si procede la pretensión punitiva estatal, o no. Giovanni Leone coincide con dicho autor y la define como aquel medio que puede llevar al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que se investigan.⁶

En dependencia del sistema de enjuiciamiento que se adopte y conforme a lo regulado en la ley que corresponda, se podrán practicar diferentes pruebas: las declaraciones de los acusados y de los terceros civilmente responsables de existir; las documentales, el examen de testigos y peritos, entre otras. En cuanto a los testigos, se consideran como tal aquellas personas que, sin ser parte en el proceso penal, comunican al juez los hechos que han caído bajo sus sentidos, es decir, sus percepciones sensoriales. Deben ser personas físicas y, en caso de las jurídicas, forman parte de la prueba documental los informes que emitan. Se excluyen, como tal, el querellante, el representante del ministerio público y el procesado.⁷

La prueba testifical se manifiesta a través de la declaración del testigo, quien introduce su declaración como elemento de convicción y depone en el proceso para dar fe acerca del dato probatorio. El testigo es aquel que, llamado a la causa, refiere y relata lo que ha visto o conoce sobre un suceso o circunstancia y puede ser, a su vez, la víctima de los hechos que se sustancian ante el órgano judicial. Sus palabras constituyen lo que se conoce por *testimonio*, es decir, toda declaración oral o escrita producida en el proceso, por la que se transmite un conocimiento adquirido por los sentidos y que es de interés.

La víctima en el proceso penal es el que resulta ofendido o agraviado por los hechos delictivos. Es aquel que ha padecido de manera real la ofensa criminal. Es toda persona natural o jurídica titular de un bien jurídico que ha sido lesionado a causa de una acción u omisión típica, la cual no puede ejercer la acción penal a excepción de aquellos hechos delictivos perseguibles a instancia de parte, por lo que, según lo expresado, comparece a juicio oral en concepto de testigo.⁸

⁴ Jorge E. Vázquez Rossi: *Derecho procesal penal*, t. 2, p. 227.

⁵ Arranz Castilleiro: *Op. cit.*, p. 52.

⁶ Giovanni Leone: *Tratado de Derecho procesal penal*, p. 156.

⁷ Ricardo Levene: *Manual de Derecho procesal penal*, t. 2, p. 579.

⁸ Vázquez Rossi: *Op. cit.*, p. 100.

Los niños también pueden ser víctimas de un hecho que reviste caracteres de delito, entre estos, por ejemplo, se encuentran aquellos que lesionan el normal desarrollo de las relaciones sexuales. En tal sentido, se ha de entender por abuso sexual infantil⁹ la práctica de un contacto físico o visual, cometido por un individuo en el contexto sexual; con violencia, engaño o seducción, ante la incapacidad del niño para consentir, en virtud de su edad y diferencia de poder.

La niñez o infancia es la etapa cronológica empleada para designar el período de vida comprendido entre el nacimiento y el comienzo de la adolescencia. En ella, el menor se caracteriza por carecer de madurez psíquica, toda vez que carece de los conocimientos, la experiencia y las habilidades requeridos para desempeñar roles que la sociedad exige a los adultos.

Los primeros años de la vida del niño, desde los tres hasta los seis, son conocidos como *infancia temprana* o *etapa preescolar*. Durante su transcurso, se conforma la base de un crecimiento saludable y armonioso. Empleamos los términos *menor*, *menor de edad*, *preescolar*, *niño* e *infante* para hacer referencia al sujeto que se encuentra en esa etapa de la vida, en la cual, según lo determinado por el progreso de la neurociencia, se forma el sistema nervioso, como base y soporte de la personalidad del adulto. Se trata de un período marcado por un rápido crecimiento y por cambios en los que incide el entorno, cuyas influencias pueden ser positivas o negativas, y determinan, en gran medida, cómo será el futuro adulto.¹⁰ El presente trabajo tiene por objeto los menores comprendidos en ese período, que han sido víctimas de abusos sexuales.

Algunos ordenamientos jurídicos, como la Ley de procedimiento penal (LPP), de Cuba, señalan que, en tales casos, los menores serán examinados por vía de exploración. El Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) estableció que corresponde al órgano judicial decidir si el niño ha de comparecer a juicio oral, o no; para ello, tendrá en cuenta no afectar la salud mental de este, proceder adecuadamente para no victimizarlo y alcanzar los fines de la justicia. Además, deberá determinar si el testimonio es concluyente en el esclarecimiento del hecho, o no, para lo cual ha de considerar la opinión resultante de la validación del testimonio.¹¹

Dicha validación responde a los requisitos legales de la prueba pericial y será realizada por una comisión integrada por médicos legistas y psicólogos, la cual determina si la declaración del preescolar es confiable o no. Para su realización, podrán utilizar la técnica del *Statement Validity Assessment* (Evaluación de la validez de la declaración, SVA), la más empleada para

⁹ Moisés Roberto Mebarak: «Una revisión acerca de la sintomatología del abuso sexual infantil», en *Psicología desde el Caribe*, no. 25, 2010, pp. 128-154.

¹⁰ Josefina López Hurtado: *Un nuevo concepto de educación infantil*, p. 1.

¹¹ Instrucción No. 173, de 7 de mayo de 2003, CGTSP.

evaluar la veracidad de las declaraciones verbales, o la Cámara de Gesell, usada igualmente para evaluar la veracidad de la entrevista del menor.

La primera es un instrumento ampliamente utilizado en el ámbito forense, como prueba psicológica. No debe considerarse un *test* o una escala estandarizada, sino un método semiestandarizado para la evaluación de la credibilidad de las declaraciones. Se aplica al contenido de la declaración y su propósito es determinar si su calidad y sus contenidos específicos son indicativos de una narración generada a partir de registros de memoria o si son producto de la invención, la fantasía o la influencia de otra persona.

Cualquier análisis realizado empleando el análisis de contenido basado en criterios (CBCA) se ve influido por las características de la entrevista y por lo que el sujeto ha experimentado o no. A lo largo de este proceso, es importante que el entrevistador tome en cuenta la edad de la persona, su experiencia y el nivel de sus habilidades cognitivas. Por otra parte, la Cámara de Gesell –habitación acondicionada para observar la conducta de sospechosos en interrogatorios o bien para preservar el anonimato de testigos– suele usarse, también, para tomar declaración judicial a los niños. Ambos están incluidos entre las denominadas pruebas científicas, pues aportan los conocimientos provenientes de la ciencia psicológica al ejercicio de la función juzgadora. No obstante, en Cuba, los resultados de estas se someten a valoración judicial, por el principio de libre apreciación de pruebas.

En consecuencia, para llegar a la convicción de que el testimonio dado por el menor-víctima de abuso sexual se encuentra en correspondencia con los hechos objeto del proceso, en la práctica, el órgano jurisdiccional tiene en cuenta el resultado de la mencionada validación, pero lo somete a su valoración.

En múltiples ocasiones, de resultar afirmativo el dictamen, el tribunal da por sentada la conclusión de los peritos y especialistas, lo cual constituye un error porque el objetivo de la validación del testimonio no es establecer que la versión contada por la víctima sucedió tal como la ha narrado, sino analizarla en función de comprobar su confiabilidad.

Cuando se procede como indicamos antes, se viola el principio de libre valoración de pruebas, el cual instituye que ninguna de estas tiene un valor preestablecido, sino aquel que el juez le conceda. Independientemente de las objeciones que existen en su contra, corresponde solo al tribunal realizar la exploración del menor, de forma inmediata, en correspondencia con el principio de inmediación, el cual ha de regir todo proceso penal. El juez debe participar, personalmente, en la práctica de pruebas, y presenciar cada uno de los resultados, que le permitan formarse su propio criterio sobre los hechos ocurridos y redactar una sentencia motivada en lo que resultó probado en el acto del juicio oral.

En el ámbito internacional, se destacan los análisis realizados por autores argentinos y cubanos. Sus pronunciamientos en relación con la prueba, aunque no resuelven la situación planteada, sirven de fundamento para caracte-

rizar el fenómeno objeto de este trabajo. Ninguno de sus textos resuelve la situación existente en torno al testimonio de los menores-víctimas de abuso sexual en el proceso penal; sin embargo, constituyen la fuente de la cual se provee el artículo que se presenta. Resaltan José I. Cafferata Ñores: *La prueba en el proceso penal*, 1994; Ricardo Levene: *Manual de Derecho procesal penal*, t. 2, 1993; Lourdes Alarcón Romero: *Características psicosociales y judiciales de los menores implicados en denuncias de abuso sexual*, 2009; Josep Ramón Juárez López: «La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual: indicadores psicosociales», 2004; y Ernesto Pérez González: *El testimonio judicial infantil: método para su análisis forense*, 2008.

LAS CARACTERÍSTICAS PSICOSOCIALES DEL PRESCOLAR-VÍCTIMA DE ABUSO SEXUAL

El maltrato infantil es un problema social de máxima gravedad y, en el caso particular del abuso sexual, dicha gravedad se evidencia en sus consecuencias. El 17% de los niños comprendidos entre tres y seis años, y que fueron víctimas de esos delitos, presentan alguna secuela psicológica.¹² Y no se trata de una víctima cualquiera, sino de una especialmente vulnerable porque, además de los efectos inmediatos que el delito le produce, se pueden poner en riesgo sus procesos de socialización.

En los primeros años de vida, los sentimientos suelen ser fugaces y ganan en estabilidad en la medida en que las experiencias y vivencias que los originan se repiten y cobran mayor valor y significación para el menor. En un niño, al nacer, los sentimientos son inexistentes, su formación dependerá de la influencia social del grupo humano que lo rodea.¹³ El desarrollo de las emociones y los sentimientos están inseparablemente vinculados al avance de la personalidad; por eso, cuando se producen alteraciones o simplemente faltan vivencias, se afecta su normal desarrollo.

La mayoría de los infantes en dicha etapa, a pesar de ser víctimas de abuso sexual, se caracterizan por mantener un buen estado de salud física, con un desarrollo pondo-estructural acorde con su edad cronológica y una circunferencia cefálica en correspondencia con su estructura corporal. Sus sistemas auditivo y visual se conservan, a pesar de las circunstancias vividas.

Por lo general, padecen de hiperhidrosis palmar, enfermedad de origen nervioso que aparece en ellos por la angustia y el sentimiento de pérdida que les provoca recordar lo sucedido.¹⁴ Sienten, además, un enorme miedo a que se repita la agresión y se manifiestan aterrorizados, frente a las amenazas

¹² Lourdes Alarcón Romero: *Características psicosociales de los menores implicados en denuncias de abuso sexual*, p. 16.

¹³ Omar Fontes Sosa: *Los trastornos de la conducta. Una visión multidisciplinaria*, p. 46.

¹⁴ Joseph Vicent Amau: *Causas o etiología de las manos sudorosas o hiperhidrosis palmar*, p. 2.

de daño por parte del abusador. Sufren de insomnio o pesadillas, y viven angustiados y aterrorizados con lo que les recuerde lo sucedido. En tal sentido, todo puede resultar un recordatorio de su problema: una película, que algún niño de su edad les declare su amor, quedarse solos, la oscuridad, entre otros elementos.¹⁵

El infante que se encuentra en la escuela comienza a mostrarse poco afectivo con el maestro y, especialmente, con sus amiguitos. Lo más frecuente es que los prescolares que no han sido víctimas de abusos establezcan lazos afectivos fuertes y duraderos y, por lo tanto, los amigos constituyan un resorte que sirve como base de seguridad, lo cual no ocurre con ellos.¹⁶

Debido a que tienen un repertorio limitado de recursos psicológicos, pueden mostrar estrategias de negación y disociación. Se observa en ellos un marcado desinterés, desmotivación y desgano por las actividades socialmente valiosas para su edad, como es el caso del juego y su higiene personal. A tales niños les es difícil controlar sus emociones y actúan de manera impulsiva, que puede expresarse en cólera, llanto e irritabilidad.¹⁷

Los menores que han sido víctimas de abuso sexual, independientemente de la edad que posean, presentan síntomas de angustia y están constantemente tristes, preocupados por sus problemas. Sienten desconfianza hacia familiares cercanos u otras personas que se relacionan con aquellas experiencias dolorosas anteriores, presentan dificultad para expresar sus sentimientos, sufren aislamiento, ansiedad, depresión, baja estima, rechazo al propio cuerpo.¹⁸

En conclusión, los abusos sexuales tienen efectos perjudiciales para el desarrollo psicológico, sexual y social del niño o niña, ya que ponen en peligro la imagen que tiene de sí mismo, siente que su cuerpo ha sufrido daños que no tienen arreglo y cree que nunca más volverá a ser una persona normal. Por ello, aparece un déficit en el desarrollo de habilidades sociales, como conversaciones y juegos con otros de su edad, además de retraimiento social y conductas consideradas como antisociales.

FACTORES QUE INFLUYEN EN LA EMISIÓN DE UN TESTIMONIO VERDADERO

Tradicionalmente, la justicia ha estado ligada a la búsqueda de la verdad, compromiso que la lleva a buscar pruebas y a reconstruir hechos pasados. En los casos de abuso sexual infantil, muchas veces, el único testigo es,

¹⁵ Ximena Santa Cruz Bolívar: *Consecuencias del abuso sexual en los niños*, p. 4.

¹⁶ Félix López: *Desarrollo emocional y social*, pp. 51-52.

¹⁷ Alarcón Romero: *Op. cit.*, p. 36.

¹⁸ *Vid.* Santa Cruz Bolívar: *Op. cit.*, p. 5.

precisamente, la víctima, y no se cuenta con evidencia física del delito en su cuerpo. En tales casos, en mayor medida, se requiere de la revelación del niño, mediante el relato de lo que percibió como realidad de aquel momento,¹⁹ y analizar los factores que, de una forma u otra, influyen en la veracidad de su testimonio.

La memoria

La memoria es una importante función psíquica, a través de la cual se fijan los hechos que han impresionado los sentidos, y pueden llegar a la conciencia. Tiene una valiosa función de síntesis. No es posible verla dentro de un contexto aislado, puesto que se encuentra estrechamente relacionada con otros procesos y mecanismos, tales como la percepción, la atención, la conciencia, el pensamiento y otros.²⁰

La diferencia entre la memoria de los niños y la de los adultos radica en que aquella es más cuantitativa que cualitativa. De hecho, el recuerdo de un niño de tres años es bastante exacto, aunque menos minucioso que el de uno de ocho. A partir de los 10 años, ya no hay diferencias entre el relato de los niños y el de los adultos.

Alrededor de los tres años, gracias a la relación pensamiento-lenguaje, los niños pueden recordar las situaciones que viven y pueden explicarlas a alguien. A partir de aquí, empiezan a ejercitar la memoria a largo plazo, lo que les permite recordar pequeños episodios o historias protagonizadas por ellos mismos. Por lo tanto, la memoria se vuelve explícita (se entiende como tal aquella que se hace consciente y que puede ser expresada directamente). Consiste en recordar acontecimientos, personas, conceptos e ideas.²¹

El infante recordará lo que tiene sentido para él, aquello que le haya suscitado interés y haya sido parte de su vida cotidiana. Como ya posee el lenguaje, podrá explicarlo, aunque a su manera. Antes de los cinco o seis años, aparentemente, a los niños no se les ocurre que puedan hacer algo para ayudarse a recordar, en gran medida, porque no tienen desarrollada completamente la metamemoria, es decir, el conocimiento de la propia memoria. Los niños en edad preescolar tienen dificultades para almacenar los recuerdos, pero hay que remarcar que tienen una capacidad extraordinaria para representar ciertos acontecimientos comunes que se suceden de forma repetitiva.

Si resulta que una experiencia nueva es demasiado avanzada para el menor, es posible que, en la evocación de la experiencia, esta sea simplificada y explicada de una forma coherente a sus guiones. Para Juárez López, los guio-

¹⁹ Iris Ayala: *Abuso sexual infantil: Credibilidad o veracidad*, p. 6.

²⁰ Fontes Sosa: *Op. cit.*, p. 61.

²¹ Josep Ramón Juárez López: «Entrevistando a niños preescolares víctimas de abuso sexual y/o maltrato familiar», en *Eficacia de los modelos de entrevista forense*, p. 16.

nes no son reproducciones de un episodio específico, sino construcciones de lo que pasa habitualmente. Una vez elaborados, influyen en cómo se procesan y se recuerdan las experiencias futuras. Un ejemplo de lo anterior es cuando un menor ha vivido una situación de abuso sexual y manifiesta que, al abusador, le salió jabón por el pene, para hacer referencia a la eyaculación. Lo anterior se convierte en un detalle mal interpretado, pero referido, de forma exacta, en el universo limitado de experiencias del niño. Dicho elemento está considerado un criterio de credibilidad en los sistemas de análisis de esta en los prescolares.²²

En esa edad, la memoria puede ser muy exacta, incluso después de haber transcurrido mucho tiempo, sobre todo si se trata de situaciones con las cuales los niños están familiarizados. En general, suelen describir sus experiencias de forma más breve que los adultos, pero son muy exactas. La anterior afirmación es válida siempre que el infante haga un relato libre de la experiencia; y, en caso de proceder a hacerle preguntas, estas no lo contaminen con información sugerida.²³

El precolar puede recordar, con más precisión, los detalles centrales del abuso sexual que los elementos periféricos, debido al incremento de la atención sobre el hecho. En ocasiones, se centra en aspectos del acontecimiento traumático que no son significativos para el adulto,²⁴ lo cual, muchas veces, provoca que, en el momento en que manifiesta lo sucedido, las personas mayores desconfíen de sus descargos.

En esa edad, los menores suelen presentar una memoria muy organizada, sobre todo en lo referente a acontecimientos comprensibles y que han experimentado directamente. Por lo tanto, pueden relatar, con bastante exactitud, acontecimientos concretos y, también, nuevos de su vida, pues los mantienen en la memoria durante un tiempo prolongado. Mientras más se aproxime una nueva experiencia del menor a otra previa, mejor podrá entender y recordar la información acerca de aquella.

A partir de los tres años, ellos pueden dar un informe exacto y cumplido de acontecimientos traumáticos. Difícilmente lo harán sin el apoyo de señales o de invitaciones contextuales. En casos de abuso sexual, el entrevistador tendrá que plantear preguntas facilitadoras y, por lo tanto, será preciso que controle sumamente el riesgo de contaminación del recuerdo. En la actualidad, hay gran consenso en el sentido de que dicha facilitación guiada siempre deberá iniciarse con el recuerdo libre, es decir, que el niño, inicialmente, pueda explicar lo que recuerda sin la dirección del entrevistador y, solo con posterioridad, este le formulará preguntas para ayudarlo a recordar con más detalle.²⁵

²² *Ibid.*, p. 21.

²³ *Idem.*

²⁴ *Ibid.*, p. 25.

²⁵ *Ibid.*, p. 27.

El pensamiento

El pensamiento es una actividad mental simbólica que puede operar con palabras, imágenes y otros tipos de representaciones mentales; se deriva de la acción, no del lenguaje. Es resultado del quehacer del cerebro del hombre y traído por este a la realidad, con creaciones racionales o abstracciones.²⁶

Existe el estereotipo de que los niños no saben diferenciar entre realidad objetiva y lo que sucede en sus pensamientos, lo que no es apoyado por las investigaciones, en especial, en experiencias de abusos sexuales, pues tal como indica la psicología evolutiva, un infante no puede fantasear sobre algo que está fuera de su campo de experiencia. Si describe detalles íntimos y realistas sobre una actividad sexual, no hay justificación para atribuirlo a su imaginación.²⁷

El preescolar puede, por sí solo, distinguir entre realidad y fantasía; utiliza palabras, objetos y acciones, como símbolos, para comunicarse. Pero, durante ese período de la vida, no realiza un uso del pensamiento abstracto ni hace comparaciones y descripciones complejas, debido a un proceso denominado fijación, que es la tendencia a centrarse en un aspecto de una situación e ignorar el resto. Los recuerdos no se originan solo a partir de experiencias vividas en el mundo circundante, también son producto de cualquier actividad mental que implique pensar en algo, imaginarlo, soñarlo o desearlo.²⁸

Si un menor ha sufrido abusos sexuales antes de los seis años, su modo de aprender la realidad será deficiente. En ese caso, el sufrimiento moral vivido será menor, al no haber elaborado los vínculos lógicos que relacionan los acontecimientos entre sí. El niño concluye que lo que vive es vivido de la misma forma por los otros, que lo que le sucede es normal, pues su pensamiento es egocéntrico, sin descentralización y, por tanto, sin comparación posible.²⁹

Saber el grado de desarrollo y las características que tiene el pensamiento del preescolar-víctima permitirá al órgano jurisdiccional, en el momento de valorar la prueba testifical, determinar si lo que manifiesta es producto de su imaginación, pero, como se dijo anteriormente, no constituye ello una característica de los menores, durante la etapa estudiada, porque no pueden narrar una experiencia que desconocen.

La sugestionabilidad infantil

La sugestionabilidad es una característica universal y natural de la memoria humana. Es la capacidad por la cual los individuos aceptan la información

²⁶ Vid. Jean Piaget: *Teoría del desarrollo cognitivo*, p. 3.

²⁷ Milagros García Jiménez: *Abuso sexual infantil; credibilidad del testimonio*, p. 6.

²⁸ Juárez López: *Op. cit.*, p. 47.

²⁹ Vid. Reynaldo Perrone: *Secuelas del abuso sexual en el desarrollo del pensamiento*, p. 2.

post-acontecimiento incorporada en la memoria de su recuerdo. Josep R. Juárez López la ha definido como el grado por el cual la codificación, el almacenamiento, la recuperación y el relato pueden ser influidos por la variación de factores internos y externos.³⁰

Tanto los adultos como los menores son sugestionables, por lo que se puede generar en ellos, desde el exterior, una alteración de la memoria. Los niños son más propensos a negar experiencias que realmente hayan ocurrido y que han percibido como traumáticas o amenazantes, que a hacer afirmaciones falsas sobre hechos que no han ocurrido. En situaciones de abuso sexual, la sugestión puede afectarlos, pero no en el recuerdo sobre si tales sucesos han ocurrido o no, sino en cuanto a la interpretación de estos.³¹

Un niño puede ser más sensible a la sugestión cuando está bajo estrés de una situación sobre la cual declara o su condición es simplemente de espectador de la acción, si pregunta sobre detalles periféricos o habla de hechos más relacionados con el suceso. En cuanto a las circunstancias que llevarían al menor a resistir la posible influencia sugestiva, cabe mencionar que el episodio sea muy difícil para su corta edad, cuando es participante en la acción, si es interrogado sobre detalles centrales o al hablar de lo sucedido.³²

Ante una situación de evaluación del testimonio de maltrato o de abuso sexual infantil, se puede conceptualizar la sugestionabilidad desde una perspectiva tetrafactorial: la edad del niño, la fuerza de la memoria (es decir, la influencia del olvido), la naturaleza de las preguntas y el ambiente de la entrevista. Los cuatro factores están íntimamente relacionados e interactúan sobre él.³³

En cuanto a la edad y la vulnerabilidad a la sugestión, los niños de tres a cinco años son más sugestionables que los mayores, pero más en relación con sucesos que no han vivido y, menos, respecto a hechos que han presenciado o en los que han participado. La sugestionabilidad individual es la condición psicológica de mayor interés en la evaluación de una declaración. Según Alonso-Quecuty, pueden emitir declaraciones dudosas o falsas, como consecuencia de la interacción entre su susceptibilidad a dejarse influir y las influencias sugestivas provenientes de allegados o investigadores.³⁴

Referido a la fuerza de la memoria, los niños rara vez mienten, cuando explican el abuso espontáneamente a alguien de confianza. Si se les pre-

³⁰ Juárez López: *Op. cit.*, p. 42.

³¹ García Jiménez: *Op. cit.*, p. 6.

³² Vid. Ayala: *Op. cit.*, p. 7.

³³ Juárez López: *Op. cit.*, p. 49.

³⁴ María Luisa Alonso-Quecuty: *Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual*, p. 6.

siona, interrogándolos, pueden acabar por generar historias que nunca pasaron. Si quien realiza la entrevista hace la misma pregunta en varias ocasiones, algunos niños supondrán que no han dado la respuesta correcta y crearán una historia para satisfacer al adulto. El relato puede ser sutilmente inducido por el entrevistador, al reforzar las respuestas consideradas adecuadas y castigar las inadecuadas. Cuantas más veces tenga que repetir su narración, más sólido se volverá el recuerdo vivido.

La entrevista no se debe realizar en cualquier espacio. Preferiblemente, se debe utilizar una mesa redonda, con buena iluminación, control de la puerta —es decir, entrada y salida de personas—, una mínima decoración, para evitar elementos de distracción, ya sean estimulantes o inhibidores. Si se desarrolla en una situación de ambiente poco propicio, con interrupciones y distracciones, el relato del niño no estará exento de riesgo. El ambiente amistoso consigue reducir el grado de intimidación que puede sentir el niño, y capacitarlo para enfrentarse a las sugerencias falsas del entrevistador.³⁵ En ese encuentro, el preescolar debe estar acompañado por aquella persona con la que se sienta más seguro, y los entrevistadores, lo cual sería una condición básica e imprescindible para desarrollar la entrevista, según lo establecido en la Instrucción No. 173, para examinar a los menores. Conseguir el ambiente adecuado es esencial para que el niño se relaje, deje de sentirse amenazado o evaluado y se tranquilice.

La sugestionabilidad resulta un factor a evaluar, a pesar de que erróneamente se cree que el infante, al emitir sus criterios, puede encontrarse influido por sus padres, abuelos u otras personas cercanas, para que refiera lo que en realidad no ocurrió o simplemente lo que no observó. Esto se debe a las características del preescolar, en cuanto a la posibilidad de sugestión, pues, como se dijo anteriormente, este no permite, con facilidad, ser sugestionado, y corresponde al tribunal crear, para su exploración, un ambiente propicio que le permita abordarlo y así llegar a la verdad de lo sucedido. No tener en cuenta tales aspectos traería nefastas consecuencias para la justicia penal porque, en ocasiones, tal testimonio es la prueba de mayor fuerza incriminatoria para condenar a un acusado en el proceso, o absolverlo.

El tiempo transcurrido entre el hecho y la exploración

Por lo regular, transcurre un largo período de tiempo entre el momento en el cual se produce el abuso sexual y aquel en el que se denuncia ante los órganos de la policía. Lo anterior se debe a que el menor, víctima de abuso sexual, muchas veces, siente miedo de manifestar lo que ha sucedido o ya sucedió porque recibe amenazas por parte del abusador y, por lo tanto,

³⁵ Juárez López: *Op. cit.*, p. 52.

siente temor de manifestarlo. Lo narrado trae como consecuencia que los adultos responsables se den cuenta tarde, cuando el daño en el menor es casi irreparable.

Según Juárez López, la fuerza de la memoria es entendida como la huella que todavía perdura en la mente del niño. Cuanto más tiempo haya transcurrido, desde el acontecimiento, más influencia del olvido y menos posibilidades reales de obtener un relato preciso de los hechos. Por lo tanto, hay más riesgo de que llene el olvido con información que le proporcione el entrevistador o cualquier otra persona.³⁶

Del mismo modo que en los adultos, el recuerdo de los niños disminuye en precisión, a medida que transcurre el tiempo. Así pues, el niño recuerda menos información, pero no por ello menos precisa, especialmente si ha transcurrido poco tiempo entre el acontecimiento y la narración de su recuerdo. La base de conocimiento que tiene el niño y su comprensión de algunas experiencias, y más las traumáticas, determinará la información que considere central, durante la codificación, que es a la que accederá para recordarla.³⁷

A partir de tres años, como ya dijimos, los niños pueden dar un informe exacto y cumplido de acontecimientos traumáticos que hayan vivido, por lo que se afirma que, en los casos de niños-víctimas de abuso sexual, sus dificultades para recordar –cuando transcurre un largo período entre el delito y la exploración– no implican la no existencia de este trauma. Ante estas situaciones, hace falta que el entrevistador explore los elementos que el niño sí recuerda y, a partir de ellos, obtenga las evidencias de cómo ocurrieron los hechos. El tribunal, como órgano del Estado encargado de llegar a la verdad material del asunto, debe valorar, en el momento de la exploración, que las lagunas o imprecisiones que demuestre el infante durante esta pueden señalar cuestiones que, a través de su ausencia, evidencian la vivencia del suceso traumático.

Cuando los menores-víctimas de abusos sexuales llegan al sistema judicial, tienen una alta fragilidad, porque –además de los ya mencionados estados de ansiedad y de depresión que esto les produce– no han completado su desarrollo psicosocial.

CRITERIOS PSICOSOCIALES PARA DETERMINAR LA VERACIDAD DEL TESTIMONIO

El testimonio es la descripción rememorativa de un hecho. Si se trata del que emite un menor-víctima de abuso sexual, resulta controvertido. Por ello, el instructor del caso, el fiscal o el juez, según corresponda, deberá

³⁶ Juárez López: *Op. cit.*, p. 51.

³⁷ *Ibid.*, p. 54.

extenderse, a menudo, a cuestiones psicológicas –relacionadas con la psiquis de cada sujeto– y sociales, referidas al entorno en que se desarrolla el individuo, que es, en definitiva, lo que determinará su comportamiento y, por ende, su forma de manifestarse ante cada situación que se le presente. Entre los criterios que deben considerarse, están *la memoria, el pensamiento, la sugestionabilidad y el tiempo transcurrido entre el hecho y la exploración*, analizados con anterioridad. También, deben valorarse:

El lenguaje

Según Robert A. Rescorla, el desarrollo semántico es más rápido en lo referente a la comprensión que a la producción. Normalmente, los niños comprenden las palabras antes de empezar a producirlas y a utilizarlas. A la vez, comprenden antes los nombres, especialmente los referentes a objetos, que los verbos y los vocablos que indican acciones. Los sustantivos abstractos, como *justicia* o *abuso sexual*, les son de difícil comprensión porque no tienen un referente en su experiencia con el que los puedan relacionar. Las metáforas y las analogías también son difíciles porque, aunque el proceso de ajuste semántico es rápido, a veces, es bastante literal y solo permite un significado por palabra.³⁸

Los menores tienen escaso conocimiento de los términos que deben emplear para describir lo que les sucedió en determinadas circunstancias, y tratan de hablar lo menos posible sobre una cuestión que les resulta sumamente desagradable, es decir, intentan evitar, sin saberlo, una revictimización.

Quizás las expresiones lingüísticas utilizadas por ellos parezcan muy vagas e, incluso, carentes de sentido o de valor para muchos, pero no debe olvidarse que toda palabra o frase presenta una forma y un contenido, y que, en un contexto de abuso sexual, la forma o la estructura superficial de una oración o de una exclamación puede que no resulte tan relevante como su significado. Tales niños utilizan conceptos concretos en su relato de los hechos. Presentan una cierta limitación conceptual, que debe tenerse muy presente en estos casos.

Según Graffam Walker, hasta los seis años, la palabra *tocar* está asociada solo con las manos, por lo que son capaces de relatar un abuso y decir que no los han tocado; e, incluso, pueden no conocer el verbo *mover*, referido al pene, y es preferible hablar de *menear*, *jugar* o *poner*. Los niños tienden a responder negativamente, si se utilizan las palabras *algo*, *alguno* o *alguien*. Además, solo utilizan los términos temporales *antes* y *después*, si relatan acciones habituales y cotidianas. Hasta alrededor de los cinco años, no comprenden los vocablos *ayer* y *mañana* y pueden utilizarlos de

³⁸ Juárez López: *Op. cit.*, p. 22.

forma errónea. También utilizan los adverbios de tiempo *siempre*, *nunca* y *algunas veces*, pero su comprensión de las fechas y del momento es limitada.³⁹

Se advierte que, aunque el menor sea capaz de decir los días de la semana o los números, no significa que pueda decir cuándo pasó un acontecimiento o cuántas veces. Antes de los seis años, tiene muchas dificultades para determinar la hora o el día. Por tal motivo, es necesario que el entrevistador infiera sobre el momento en el cual se produjo aquel, a partir de las actividades cotidianas del infante.⁴⁰

Pero puede ocurrir que, en el momento de la exploración, el menor realice sus pronunciamientos con confianza, y el estilo verbal utilizado, al describir los hechos, sea el mismo que utiliza para referirse a otros temas de su interés. Por tanto, es imprescindible que el tribunal tenga en cuenta todo esto, para que así llegue a descifrar y entender claramente lo manifestado acerca del delito.

El ambiente familiar

El estado cubano reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones.⁴¹ Está considerada como un grupo de pertenencia, primario, unido mediante vínculos consanguíneos, donde se establecen una serie de lazos afectivos y sentimentales. Se forjan expectativas y se aprenden y afianzan valores, creencias y costumbres. En ella, se inicia y desarrolla, desde temprana edad, el proceso de socialización que va a facilitar, en las siguientes etapas del desarrollo, la adquisición de una serie de conductas que le van a servir en posteriores estadios de su existencia.

La funcionalidad de la familia será vista desde la perspectiva emocional de lo saludable o tendiente a ello. Sus características tendrán que ver con: estructura de esta, es decir, familia completa o incompleta, bienestar, formas de intercambio afectivo, maneras de resolver problemas, enseñanza de reglas de disciplina, valores y límites. Mientras que la disfuncionalidad, como su nombre lo indica, hace alusión a los trastornos que producen disminución en el funcionamiento de un sistema familiar, puede significar dolor y agresión, ausencia de afectos, de bienestar, deterioro y posible desintegración.

Aun cuando sea incompleta, la funcionalidad de una familia dependerá de: la sensación de pertenencia e identidad; que exista un clima de seguri-

³⁹ *Ibid.*, p. 33.

⁴⁰ Juárez López: *Op. cit.*, p. 30.

⁴¹ *Vid.* Constitución de la República de Cuba.

dad física y, sobre todo, afectiva; que la comunicación sea clara y directa; que cada quien conozca sus funciones, sin que sean rígidas, pues, en ocasiones, pueden ser intercambiables o complementarias. Una familia que deja de satisfacer las necesidades emocionales de sus integrantes, que no cumple con sus funciones, es disfuncional. Un aspecto de la disfuncionalidad es la falta de comunicación.

El concepto de familia disfuncional es ya de uso común y, al menos de forma aproximada, mucha gente lo entiende. Su origen se encuentra en el área de la psicología y, en un principio, sirvió para designar a aquellas células de la sociedad con situaciones conflictivas que iban en detrimento del buen desarrollo de las habilidades de sus integrantes, en concreto de adolescentes y niños. A partir de tal idea, se han explicado muchos fenómenos; entre ellos: alcoholismo, drogadicción, violencia, agresividad o delincuencia, de modo que un juicio apresurado podría señalarla como el origen y la única depositaria de los males comunitarios.⁴²

Se puede concluir que una familia disfuncional es aquella en la que los conflictos, la mala conducta y, muchas veces, el abuso por parte de los miembros individuales se producen continua y regularmente, lo que lleva a otros miembros a acomodarse a tales acciones, y demuestra que el rol social del menor en la sociedad está condicionado por el contexto concreto que lo rodea.

Lo anterior debe tenerse en cuenta porque, a veces, los niños nacen en ese ambiente y crecen con el entendimiento de que determinado comportamiento es normal y resulta difícil hacerles entender lo contrario, como por ejemplo: si es bueno mentir o expresar verdad, es decir, poseen un falso entendimiento de lo que es aceptado por la sociedad en que viven, o no. El precolar entiende que una acción puede ser buena o mala, según se obtenga un premio o un castigo por su conducta.

La relación entre el abusador y el menor-víctima

Todos los abusos sexuales no son iguales, debido a las afectaciones que producen en la integridad psicológica de la víctima, especialmente al verse vulnerado el derecho al normal desarrollo de las relaciones sexuales de un menor, si se tiene en cuenta que, en edades tempranas, no se ha completado el proceso de socialización y el desarrollo de la personalidad del niño.⁴³

La expectativa universal y casi folclórica para la ocurrencia del abuso sexual es que este provendrá de un desconocido.⁴⁴ Por el contrario, el abusador,

⁴² Vid. Rafael Mejía: *Qué es una familia disfuncional*, p. 2.

⁴³ Viviana González Maura: *Psicología para educadores*, p. 91.

⁴⁴ Ernesto Pérez González: *El testimonio judicial infantil; método para su análisis forense*, p. 37.

en muchas ocasiones, resulta ser un familiar, es decir, padre, hermano mayor o tío. En un elevado número de casos, es aquella persona que tiene una relación cercana con la víctima: maestros, padrastros y amigos de la familia. En el último caso, son el resultado de un exceso de confianza que depositan los responsables de los menores en dichas personas, lo que trae como consecuencia que la consumación del hecho delictivo resulte prolongada en el tiempo.⁴⁵

La relación víctima-acusado existe, en la mayoría de los casos, desde antes del hecho. Ello representa que las agresiones sexuales contra niñas y niños provienen, mayoritariamente, de adultos pertenecientes al entorno interpersonal del menor o cercano a él. En necesaria correspondencia con lo antes reflejado, las agresiones sexuales tienen lugar en el entorno físico inmediato, donde habitualmente el menor vive y desarrolla sus actividades y en horarios que también corresponden con los usuales en su ritmo de vida.⁴⁶

En muchos casos, los abusos sexuales, por la cercanía que existe entre el abusador y la víctima, quedan en silencio. Por lo tanto, si el menor se decide a denunciar lo que sucedía a espaldas de terceros, muy pocas veces es resultado de su imaginación. Lo anterior lo debe tener en cuenta el órgano jurisdiccional, pues las características del preschool le impiden tratar de inculpar a una persona sin ser responsable de los hechos.

El instructor, fiscal o juez debe relacionarse con aquellos familiares más cercanos al infante, para conocer cómo se comportaba este, ante la presencia del acusado, con anterioridad al conocimiento de los hechos y después de estos. Tal elemento es importante porque, aunque para el niño sea una persona conocida, después de lo sucedido, mostrará una conducta temerosa y nerviosa, cuando se presenta el abusador. En muchos casos, no solo teme por el acto que sobre su persona ha sucedido, sino por lo que puede sucederle a sus seres queridos, porque, como el abusador lo conoce, sabe los medios que puede utilizar para amenazarlo.

La relación entre el abusador y el menor-víctima debe ser un elemento a tener en cuenta por el tribunal, en el momento de valorar la exploración del infante. La desconfianza y recelo que nace en los menores, con respecto a las otras personas, en ocasiones, permite descubrir al culpable.

⁴⁵ Ejemplo de lo anterior son los hechos que resultaron probados ante la sala correspondiente del Tribunal Provincial Popular de Sancti Spiritus, por los cuales el órgano jurisdiccional sancionó por un delito de corrupción de menores. «En fecha no precisada con exactitud, pero sí enmarcada entre el día 15 de julio y el 26 de agosto del 2001, el acusado en tres oportunidades, llevó a la menor de seis años de edad hasta las márgenes del río Yayabo y en horas no precisadas. Al llegar a dicho sitio, comenzaba a besar a la niña en los labios, mientras le acariciaba los genitales con sus manos, por varios minutos. Luego de ello la retornaba a su lugar de residencia sin que ello despertara preocupaciones entre los familiares de la niña, puesto que el reo visitaba la casa frecuentemente, pues su esposa es tía de la menor, con la que, además, acostumbraba a jugar».

⁴⁶ Roberto Tocavén García: *Algunas teorías en torno a la victimización sexual en las niñas y niños*, p. 2.

El testimonio del menor, especialmente en materia de abusos sexuales, tiene la misma credibilidad, si no más, que el de los adultos. Lo anterior se basa en dos factores. El primero, el de la honradez, se basa en que el infante tiene poco conocimiento sobre el comportamiento sexual y no tiene por qué mentir. En cuanto al segundo, el de la capacidad, los niños de tres años ya saben lo que es mentir, y distinguen entre la mentira y la equivocación.⁴⁷

Es de vital importancia que el juez esté convencido de que existe credibilidad en los pronunciamientos del infante, lo cual se debe, como ya hemos dicho, a que si un niño dice que ha sido objeto de delitos de abuso sexual, prácticamente, siempre dice la verdad y, por consiguiente, se le debe creer. Lo anterior no indica que el tribunal debe creer a ciegas en dicho testimonio; su deber es valorar cada caso en concreto, según se le presente, con las peculiaridades y especificidades tanto del menor como del hecho en cuestión.

CONCLUSIONES

1. La infancia es una etapa de la vida de suma importancia para el ser humano. En el período de tres a seis años de edad, los menores-víctimas de abuso sexual se caracterizan por padecer depresión, miedo a volver a ser agredidos y un déficit en el desarrollo de habilidades sociales.
2. Existe una serie de factores psicológicos y sociales que influyen en el testimonio del niño-víctima de abuso sexual, como: la memoria, el pensamiento, la sugestionabilidad y el tiempo transcurrido entre el hecho y la exploración.
3. El órgano jurisdiccional, en el momento de valorar las pruebas, además de auxiliarse de técnicas tales como la Cámara de Gesell y el CBCA, empleadas durante la fase preparatoria por los psicólogos, debe tener en cuenta una serie de criterios, como: los factores psicológicos y sociales que influyen en el testimonio del preescolar-víctima, su lenguaje, el ambiente familiar en el que se desarrolla y la relación existente entre el abusador y el menor-víctima.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Romero, Lourdes: *Características psicosociales y judiciales de los menores implicados en denuncias de abuso sexual*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Barcelona, 2009.

⁴⁷ Antonio L. Manzanero: «Credibilidad y exactitud de los recursos de los menores víctimas de agresiones sexuales», p. 3.

- Alonso-Quecuty, María Luisa: «Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual», en http://www.papelesdelpsicologo.es/ver_nu_mero.asp?id=829 [consulta: 23 de octubre de 2012].
- Arranz Castilleiro, Julio V.: *Temas para el estudio del Derecho procesal penal* [s. m. d.].
- Ayala, Iris: «Abuso sexual infantil: Credibilidad o veracidad», en <http://psicologiajuridica.org/archives/892> [consulta: 23 de octubre de 2012].
- Colectivo de autores: *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- De la Cruz Ochoa, Ramón: «¿Qué es el juicio oral?», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 3, 1991, La Habana.
- Fernández Pereira, Julio A.: *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, t. 1 [s. m. d.].
- Fontes Sosa, Omar: *Los trastornos de la conducta; una visión multidisciplinaria*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 2006.
- García Jiménez, Milagros: «Abuso sexual infantil; credibilidad del testimonio», en <http://www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1181495> [consulta: 23 de octubre de 2012].
- González Maura, Viviana: *Psicología para educadores*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 2008.
- Juárez López, Josep Ramón: *Entrevistando a niños preescolares víctimas de abuso sexual y/o maltrato familiar. Eficacia de los modelos de entrevista forense*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Barcelona, 2010.
- _____: «La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual: indicadores psicosociales» (trabajo de diploma), Universidad de Girona, 2004.
- Leone, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal*, Editorial Nápoles, 1961.
- Levene, Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, t. 2, 2.^a ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.
- López, Félix: *Desarrollo emocional y social*, Impresos y Revistas, Madrid, [s. a.].
- López Hurtado, Josefina: *Un nuevo concepto de educación infantil*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 2004.
- Manzanero, Antonio L.: «Credibilidad y exactitud de los recursos de los menores víctimas de agresiones sexuales», en *Anuario de Psicología Jurídica*, no. 10, Segovia, 2000.
- Mebarak, Moisés Roberto: «Una revisión acerca de la sintomatología del abuso sexual infantil», en *Psicología desde el Caribe*, no. 25, Colombia, enero-junio de 2010, pp. 128-154.
- Mejía, Rafael: «Qué es una familia disfuncional», en <http://www.saludymedicinas.com.mx/centros-de-salud/salud-mental/articulosrelacionados/que-es-una-familia.html> [consulta: 23 de diciembre de 2012].
- Pérez González, Ernesto: *El testimonio judicial infantil; método para su análisis forense*, Ediciones ONBC, La Habana, 2008.
- Perrone, Reynaldo: «Secuelas del abuso sexual en el desarrollo del pensamiento», en <http://www.redsistemica.com.ar/sumarios.htm> [consulta: 23 de octubre de 2012].

Piaget, Jean: «Teoría del desarrollo cognitivo», en <http://www.uv.es/maerccor/Piaget/Ideas Bas. html> [consulta: 24 de octubre de 2012].

Santa Cruz Bolívar, Ximena: «Consecuencias del abuso sexual en los niños», en <http://www.ecovisiones.cl/informacion/consecuenciasabuso.htm> [consulta: 13 de octubre de 2012].

Tocavén García, Roberto: «Algunas teorías en torno a la victimización sexual en las niñas y niños» (conferencia), Ciudad de La Habana, 1989.

Vázquez Rossi, Jorge E.: *Derecho procesal penal*, t. 2, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires [s. a.].

Legislación

«Constitución de la República de Cuba, 1992, actualizada por la Ley de reforma constitucional», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 10, 16 de julio de 2002, La Habana.

«Ley No. 62, Código penal de Cuba, de 29 de diciembre 1987», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 3, 30 de diciembre de 1987, La Habana.

«Ley No. 5, Ley de procedimiento penal cubana, de 13 de agosto de 1977», en *Gaceta Oficial de la República*, 15 de agosto de 1977, La Habana.

Instrucción No. 173, de 7 de mayo de 2003, CGTSP.

Dictamen No. 403, de 14 de junio de 2001, CGTSP.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ACUSADOS CON TRASTORNOS DE LA PERSONALIDAD

Esp. Armando García Fernández

Prof., EMS Comandante Arides Estévez Sánchez

EN EL DERECHO penal moderno, como consecuencia del desarrollo científico alcanzado en la teoría del delito, para poder exigir responsabilidad penal, se necesita indagar si el autor de un hecho típico y antijurídico está en condiciones de cumplir las exigencias del ordenamiento jurídico para que le sea reprochada su conducta. A ese juicio de reproche, de atribución personal, a la imputación subjetiva del injusto a su autor, se le denomina *culpabilidad*.¹

En el sistema general del delito, la culpabilidad representa un subsistema integrado por la capacidad de culpabilidad,² el conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de un comportamiento distinto. En este nivel, como en ningún otro, se estudia al hombre en sí y su relación con las estructuras del poder penal, por lo que constituye el elemento del delito que le confiere al Derecho penal un carácter más humano.

La capacidad de culpabilidad constituye uno de los aspectos de manejo más difícil y delicado en la teoría del delito.³ Los problemas que generan los sujetos afectados de trastornos de la personalidad, en relación con la criminalidad, pertenecen a los denominados «casos límites» y a los supuestos que se ubican en la llamada «zona de inseguridad» de este elemento de la culpabilidad.⁴

En el presente artículo se valora la influencia de los trastornos de la personalidad en la capacidad de culpabilidad.

¹ Al definirse la culpabilidad como reprochabilidad, se asume la teoría normativa.

² Al asumir la culpabilidad normativa, que concibe la imputabilidad como uno de sus elementos, esta se identifica con la capacidad de culpabilidad, concepción a la que me afilio. En la actualidad, es el criterio generalmente aceptado (*vid.* Eduardo H. Marquardt: *Temas básicos de Derecho penal*, p. 29).

³ *Vid.* Eugenio R. Zaffaroni: *Tratado de Derecho penal, parte general*, t. 4, pp. 109-120.

⁴ *Vid.* Claus Roxin: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, pp. 163 y ss. Este autor, en el análisis de los presupuestos de la responsabilidad jurídico-penal desde criterios político-criminales, llega a la conclusión de que es en estos casos donde el punto de vista preventivo impone su valor de una forma más compleja.

LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

Tal capacidad es el primer elemento sobre el que descansa el juicio de culpabilidad. Hoy predomina el criterio de que es la capacidad del individuo de comprender el injusto y actuar acorde con esa comprensión.⁵

La capacidad de comprensión del injusto depende de las potencialidades intelectuales de cada sujeto, conforme a sus características bio-psicológicas, y abarca la capacidad del individuo de conocer o entender la ley, la comprensión que logra de su actuar y su valoración con arreglo a Derecho.

En esa valoración, lo esencial es el conocimiento de lo injusto de su actuar, a partir de las consecuencias que entraña, su sentido y significado social, lo que le posibilita comprender que su comportamiento entra en contradicción con el ordenamiento jurídico.

La capacidad de actuar presupone la facultad del individuo de comprender el alcance de su acción y consiste en su capacidad de autodeterminación, que solo es posible a partir de la consideración del hombre como persona, de su valoración como un ser social responsable y libre, en la cual influye el medio sociocultural, la edad, la personalidad del autor, la particular situación en que el sujeto actuó, entre otros elementos.⁶

De lo anterior, se colige que no podrá existir autodeterminación sin comprensión. Sin embargo, en ocasiones, la práctica judicial se enfrenta a la resolución de casos como los referidos a determinados trastornos de la personalidad, en que el individuo, si bien no ha perdido el sentido de la realidad y de las posibilidades de valoración, comete el hecho bajo un estado de ausencia de control de impulsos.⁷

En estos casos, se mantiene el elemento intelectual, pero el volitivo está distorsionado, por lo que puede afirmarse la capacidad de comprensión y no existir autocontrol del comportamiento. Ello obliga a un cuidadoso examen, al decidir sobre la capacidad de culpabilidad del sujeto, el cual no se

⁵ Vid. Juan M. Bustos Ramírez: *Manual de Derecho penal, parte general*, 3.ª ed., p. 330.

⁶ Solo en un Derecho penal que tenga en cuenta la culpabilidad y al hombre como ente capaz de tomar decisiones y, en consecuencia, responsable, se puede llegar a una fundamentación material de la culpabilidad. Entre los autores que asumen la culpabilidad como categoría dogmática y encuentran su fundamento en la capacidad de autodeterminación humana individual, vid. Claus Roxin: *Derecho penal, parte general*, t. 1, pp. 807-810; José Cerezo Mir: *Curso de Derecho penal español, parte general*, t. 3, pp. 40-42; y Eugenio R. Zaffaroni: *Op. cit.*, pp. 44-52. En el contexto jurídico nacional, vid. Graciela García González: «La enfermedad mental como causa que excluye la capacidad de culpabilidad en el Derecho penal sustantivo cubano» (tesis), pp. 27-35; Armando García Fernández: «El tratamiento jurídico penal a los trastornos de personalidad en las FAR» (tesis), 2012, pp. 28-31; y Dunia Martínez Cruzata: «El conocimiento de la antijuricidad en el Código penal y la Ley de los delitos militares» (tesis), pp. 30-32.

⁷ Vid. Julián García Oliva y Ernesto Pérez González: «Consideraciones sobre la responsabilidad penal de los acusados afectados de trastornos de la personalidad», en Arnel Medina Cuenca y Mayda Goite Pierre: *Selección de lecturas de Derecho penal general*, p. 117.

agota en el análisis psiquiátrico forense y sobre el que resulta necesario hacer recaer la valoración jurídica.

Al identificarse la capacidad de culpabilidad con la capacidad de comprensión del injusto y de actuar conforme a esa comprensión, se reducen todas las facultades humanas a los planos intelectual y volitivo.

La moderna corriente de la escuela antropológica en psiquiatría, al igual que otras corrientes anteriores que también conservan vigencia, tienen por cierto [...] que el concepto de enfermedad mental excede en mucho la mera alteración de la esfera intelectual, archivando además, los viejos conceptos de las entidades nosotáxicas psiquiátricas como cuadros de síntomas, para tratar de captarlos como formas de vivencia del paciente [...].⁸

A partir de la concepción de la personalidad como una unidad,⁹ resulta inadmisibles para la psicología contemporánea afirmar que pueda alterarse una manifestación del psiquismo y que conserven su integridad absoluta las restantes, y se entiende que el deterioro es de la persona, solo que haciéndose más manifiesto en un aspecto que en otro.

Luego, es insostenible que otras facultades psíquicas no sean tenidas en cuenta para la determinación de la capacidad de culpabilidad o solo lo sean en la medida en que incidan en las facultades intelectuales o volitivas.¹⁰

La conducta humana solo es comprensible cuando se analiza en el contexto sociocultural en que se manifiesta. De ahí que el concepto de capacidad de culpabilidad ha de estar enmarcado en una historia, en una biografía y referido a una estructura social determinada.¹¹

Cualquier alteración de este proceso socializador, afecte o no las facultades intelectivas o volitivas, debe ser tenido en cuenta a la hora de formular un juicio de valor sobre el comportamiento de un individuo, más aun a la hora de afirmar o negar su capacidad para ser declarado culpable y, en consecuencia, castigado por la comisión de un delito.¹²

Con lo dicho, el juicio acerca de la capacidad de culpabilidad de un sujeto no debe apartarse de lo afectivo y emocional del hombre, por lo que es necesario valorar su conducta no de manera ahistórica, sino en el contexto sociocultural en que se da.

⁸ Vid. Zaffaroni: *Op. cit.*, pp. 153-154.

⁹ Cognición, afecto y conducta constituyen los procesos psicológicos esenciales, la base del psiquismo humano. Estos procesos, aunque, por razones didácticas, se analizan por separado, funcionan como un todo, en plena conexión e íntima interdependencia (vid. Ernesto Pérez González: *Psicología, Derecho penal y criminología*, p. 24).

¹⁰ Vid. Francisco Muñoz Conde: *Teoría general del delito*, 2.ª ed., p.133.

¹¹ *Ibid.*, p. 134.

¹² *Idem.*

LOS TRASTORNOS DE LA PERSONALIDAD

La vida de todo ser humano, en un medio socio-histórico determinado, condiciona la aparición de un importante sistema psicológico autorregulador del comportamiento: la personalidad.¹³

A partir de su personalidad, el sujeto interactúa con el medio y se adapta a él, responde a sus necesidades individuales y las del grupo social de pertenencia. Su «normalidad» radicará en operar de ese modo. En cambio, una personalidad malformada se manifestará en constantes desajustes en las relaciones con las demás personas o grupos de ellas; en inadaptación que se produce, fundamentalmente, por las propias limitaciones, para dar respuestas armónicas a su contexto social.¹⁴

A las alteraciones del carácter, dadas por permanentes rasgos acentuados o anormales que se mantienen en el curso de la vida y producen detrimento en la adaptación al medio social, se le denomina trastorno de la personalidad.¹⁵

La delimitación entre un trastorno de la personalidad y el ámbito de lo normal tropieza con dificultades mayores que las que se enfrentan en cuanto a los demás trastornos mentales.¹⁶

Generalmente, se ha considerado a los sujetos que padecen un trastorno de esta índole como «personalidades anormales», es decir, personas que, en la manera de ser de su carácter, vida afectiva y voluntad, se apartan de la «norma» y se manifiestan en la vida como elementos «negadores» o «perturbadores»,¹⁷ rasgos de conducta que parecen comunes a muchos sujetos en la actualidad.

Tal entendimiento ha conllevado, en ocasiones, a la confusión de identificar, en individuos que presentan algunos rasgos de un trastorno de la personalidad, un auténtico trastorno de esta naturaleza.¹⁸

¹³ Sobre la importancia del factor social en el proceso de formación y desarrollo de la personalidad, *vid.* «Determinantes en el origen y formación de la personalidad» e «Individuo, sociedad y personalidad», en Lourdes Fernández Rius (compil.), *Pensando en la personalidad, selección de lecturas*, t. 2, pp. 123-133.

¹⁴ *Vid.* Ernesto Pérez González: *Manual de psiquiatría forense*, p. 236.

¹⁵ *Vid.* Julián García Oliva y Ernesto Pérez González: *Op. cit.*, p. 113.

¹⁶ En la polémica para establecer la delimitación entre un trastorno de la personalidad y el ámbito de lo normal, *vid.* pronunciamiento de la Sala VI de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en Sebastián Soler: *Derecho penal argentino*, 10.ª reimpr., pp. 74-75; Eugenio R. Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 157; y Ernesto Pérez González: *Manual...*, p. 237.

¹⁷ *Vid.* Edmund Mezger: *Derecho penal, parte general*, p. 215.

¹⁸ Cuando durante la exploración psiquiátrica se detectan algunos rasgos característicos de determinados tipos de personalidad, pero no en un grado de intensidad que permita evaluarlas de trastorno de la personalidad, se diagnostica como personalidad con rasgos de tal o cual tipo. *Vid.* Ernesto Pérez González: *Manual...*, p. 237.

Según la Décima Revisión de la Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE 10),¹⁹ el modo de ser de un individuo con trastorno de la personalidad, y su forma permanente de vivenciar y de comportarse, se desvía de las normas aceptadas y esperadas por la propia cultura.

Esta desviación puede manifestarse en su forma de percibir e interpretar las cosas, las personas y los acontecimientos; en la manera de desarrollar sus actitudes o crear la imagen propia y la de los demás; en su estado de ánimo; en el control de sus impulsos y de sus necesidades de gratificación y en sus relaciones interpersonales.

El diagnóstico de trastorno de la personalidad debe cumplir los criterios generales siguientes:²⁰

- La desviación debe ser persistente, en el sentido de manifestarse como un comportamiento rígido y desadaptativo o interferir con las actividades en una amplia gama de situaciones sociales y personales.

Aunque las personas tienden a responder siempre del mismo modo a una situación difícil, la mayoría es propensa a intentar otro camino, si la primera respuesta es ineficaz. En contraste, las personas con trastornos de la personalidad son tan rígidas que no pueden adaptarse a la realidad, lo cual debilita su capacidad operacional.

- Presencia de malestar personal o una repercusión negativa en el ambiente social.

- Evidencia de que la desviación es estable y de larga duración, habiéndose iniciado en la infancia tardía o en la adolescencia.

El carácter permanente, histórico-biográfico, de los elementos conductuales del trastorno de la personalidad permite su distinción con la transformación persistente de la personalidad donde, como consecuencia de determinado evento o situación psicotraumatizante, no orgánica, se producen cambios de carácter en el sujeto, que lo llevan a funcionar con dificultades.²¹

- No puede ser explicado como una manifestación o una consecuencia de otros trastornos mentales.

Por ejemplo, las reacciones especialmente intensas y desproporcionadas de los sujetos que padecen de trastornos de la personalidad, frente a los agentes patógenos (como el alcohol y tóxicos en general), puede producir en el individuo severos desajustes psicológicos, por lo que resultan aplicables los criterios de trastorno mental transitorio, siempre que no se haya colocado voluntariamente en ese estado.²²

¹⁹ Vid. Organización Mundial de la Salud: *Décima Revisión de la Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE 10). Trastornos mentales y del comportamiento: Descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico*, p. 159.

²⁰ *Ibid.*, pp. 159-160.

²¹ Vid. Pérez González: *Manual...*, p. 239.

²² Vid. García Oliva y Pérez González: *Op. cit.*, p.117.

En estos casos, debe notarse que sería el trastorno mental transitorio y no el trastorno de la personalidad la causa de incapacidad de culpabilidad. Lo mismo sucedería de asociarse a un trastorno psicótico.²³

- Se deben excluir como su posible causa las enfermedades orgánicas y los traumatismos o disfunciones importantes, todas en la zona del cerebro.

De lo anterior se deriva que no dependen de disturbios orgánicos.²⁴ No obstante, estudios recientes demuestran que, en ocasiones, a estos trastornos se suman determinados elementos orgánicos que no son su causa, pero los pueden agravar o acentuar, a lo que algunos especialistas llaman trastorno de la personalidad con elementos orgánicos.²⁵

Sobre la base de estos criterios generales, se plantean trastornos específicos de la personalidad cuando la desviación se corresponde con determinada constelación característica de los rasgos acentuados, entre los cuales se encuentran: el disocial (antisocial o sociopático), el de inestabilidad emocional (tipo impulsivo o límite), el histriónico (histérico), el paranoide, el esquizoide, el anancástico (obsesivo compulsivo), el dependiente, los mixtos y otros.²⁶ A los efectos del análisis jurídico-penal, se hace necesaria la identificación de uno de estos subtipos.

Entre los aspectos generales que caracterizan a los trastornos de la personalidad y que resultan de interés para la valoración jurídico-penal, por favorecer situaciones que fácilmente derivan en delitos, podemos citar: las reacciones especialmente intensas frente a intoxicaciones, infecciones y alcohol; explosiones emocionales sin proporcionalidad causa-efecto, de rápido desarrollo; agravamiento durante períodos de cambios endocrinos, como la involución; conciencia de sus propios defectos; pensamiento superficial, inclinación a mentiras, etc.; sentimiento de deber, amistad, ética, moral, etc., relegados a un segundo plano.²⁷

Muchos de los factores sociales que influyen en el individuo para desarrollar el trastorno de la personalidad pueden conllevar a la acentuación de los habituales rasgos patológicos del carácter, lo que da lugar a la descompensación y, en consecuencia, también se derivan o condicionan situaciones que hacen al individuo proclive a incurrir en hechos delictivos.²⁸

²³ Vid. Pérez González: *Manual...*, pp. 238 y 246.

²⁴ Por lo que se diferencian de los trastornos orgánicos no psicóticos (ejemplo: cambio cognitivo o trastorno de personalidad de base orgánica). *Ibid.*, p. 237.

²⁵ *Idem.*

²⁶ Vid. Secciones F60-F69 de la CIE 10, trastornos de la personalidad y del comportamiento del adulto, en Organización Mundial de la Salud, *Op. cit.*, pp. 160 y ss. No obstante, si no es posible encuadrar el caso en un perfil característico preestablecido, se diagnostica como trastorno de la personalidad no especificado.

²⁷ L.I. Spivack, *apud* Julián García Oliva y Ernesto Pérez González, *op. cit.*, pp.114-115.

²⁸ Vid. Julián García Oliva y Ernesto Pérez González: *Op. cit.*, p.114.

En esencia, el diagnóstico de trastorno de la personalidad sitúa al individuo dentro de un grupo de riesgo de severos desajustes psicológicos y obliga a descartar cuidadosamente esta posibilidad en un análisis psiquiátrico forense,²⁹ donde la valoración jurídico-penal es esencial para alcanzar un tratamiento justo y humano.

VALORACIONES JURÍDICO-PENALES

La valoración de la influencia de los trastornos de la personalidad en la capacidad de culpabilidad es un asunto que, en los ámbitos psiquiátrico y jurídico-penal, ha sido controvertido. Antiguamente, por el influjo del concepto psiquiátrico de enfermedad, se rechazaba la posibilidad de que los trastornos de la personalidad pudieran excluir la capacidad de culpabilidad, al no estar basados en manifestaciones patológicas.

Aun cuando persisten en psiquiatría posiciones psicogenistas y organicistas a ultranza que, en el primer caso, virtualmente prescinden de la fisiogénesis cerebral y, en el segundo, hacen de esta el todo de la actividad mental, hoy la presunción de una actividad mental sin la mediación del cerebro es inadmisibles, por lo que esta posición ha ido variando y las perspectivas del tratamiento a dichos trastornos son más optimistas, a partir de la desaprobación de la tesis de que necesariamente la anomalía obedezca a una falla de la constitución orgánica.

Todo fenómeno mental es, a la vez, orgánico y experiencial, pero puede ser causado o estar más influido por factores de una índole u otra, por lo que, cuando las causas y mecanismos de producción de un trastorno son conocidos, se clasifica de acuerdo con la naturaleza de su origen, sin hacer negación de su carácter integral.³⁰

En la actualidad, el manual de la Organización Mundial de la Salud (OMS) utiliza ampliamente el término «trastorno», debido a que su ambigüedad tolera la inclusión de múltiples cuadros clínicos, con independencia de sus causas, y sin hacer alusión, necesariamente, al carácter morboso, o no, de esas «desviaciones».³¹

Consecuentemente, en el capítulo V de la décima revisión de la Clasificación internacional de las enfermedades (CIE 10), en las categorías de la F60 a la F69, se incluyen los trastornos de la personalidad y del comportamiento del adulto entre los trastornos mentales.³²

²⁹ *Idem.*, p. 118.

³⁰ Sobre el concepto de «orgánico», *vid.* Colectivo de autores: *Tercer glosario cubano de psiquiatría (GC-3)*, pp. 15-17.

³¹ *Ibid.*, p. 25.

³² *Vid.* Organización Mundial de la Salud: *Op. cit.*, pp. 159-179.

El Tercer glosario cubano de psiquiatría (GC-3), versión para nuestro país del capítulo V de la CIE 10, ha incorporado el vocablo «trastorno» en el sentido expuesto por la OMS y es muy usado en este contexto por las ventajas que ofrece su ambigüedad.³³

Lo anterior, de cierta manera, ha influido en la búsqueda de conceptos menos restrictivos en el Derecho comparado, que permitan la ampliación del ámbito de exención por causas de esta naturaleza, cuestión a considerar en la legislación penal cubana.

Tal es el caso del Código penal español, cuyo Artículo 20.1 señala que está exento de responsabilidad criminal «el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión».

Este código, a pesar de utilizar una fórmula mixta, al hacer referencia a «cualquier anomalía o alteración psíquica», permite acoger todo trastorno mental, incluidos los de la personalidad, siempre que produzcan el efecto psicológico de impedir comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión.

De igual forma, en los códigos penales de Bolivia, Nicaragua, Costa Rica, México (Estado de Quintana Roo) y Alemania, la cuestión fue resuelta al introducirse, en la fórmula de la incapacidad de culpabilidad, la mención de «enfermedad mental», «trastorno mental», «cualquier otro estado mental» y «otros disturbios anímicos graves», respectivamente.³⁴

A partir de lo anterior, no corresponde acotar la discusión relativa a la capacidad de culpabilidad a la constatación de si el sujeto era, o no, un enfermo mental desde el punto de vista médico, pues, a los fines de la consideración jurídica del caso, corresponde incluir toda perturbación o enajenación que permita suponer una pérdida de la subjetividad requerida por el Derecho penal.

Es por esto equivocado el tradicional criterio que prevalecía con relación a los trastornos de la personalidad, en el sentido de que, como carecen de comprobación convincente, por la inexistencia de base patológica corporal, se afirmaba que eran insuficientes para determinar la incapacidad de culpabilidad.

Un importante sector doctrinal rechaza la aplicación de la eximente por incapacidad de culpabilidad a los sujetos que sufren este tipo de trastorno,

³³ No obstante, en el GC-3 se emplean, además, las expresiones «síndrome» o «enfermedad», cuando la alteración descrita se ajusta a su significado. Por otra parte, se plantea que el adjetivo de trastorno —«trastornado»— tiene una connotación peyorativa en nuestro medio. Vid. Colectivo de autores: *Tercer glosario cubano...*, p. 25.

³⁴ Vid. los códigos penales de Bolivia (Artículo 17), Nicaragua (28), Costa Rica (31) y México (20); y, en el caso de Alemania, Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 158.

sobre la base de que ellos saben lo que hacen y lo que quieren, y conservan sus facultades intelectivas y volitivas.

Semejante posición solo puede sostenerse desde el punto de vista de una concepción «alienista» de enfermedad mental,³⁵ en la que se equipara la comprensión al conocimiento, cuya consecuencia es negarle relevancia, justamente, a los trastornos de la personalidad o creer que estos no generan incapacidad de culpabilidad porque impiden la comprensión, sino porque impiden la adaptación de la conducta a esa comprensión.³⁶ Se impone realizar una correcta delimitación entre los conceptos de «comprensión» y «conocimiento».

La comprensión de la criminalidad no equivale al conocimiento de esta. La antijuricidad de la conducta es un juicio de disvalor, una valoración jurídica; y la capacidad del individuo de comprender una valoración jurídica va más allá de la capacidad de conocerla, alude a la posibilidad que posee este de respetar los valores y las normas elaboradas por la sociedad e interiorizarlos en su personalidad.

En determinados casos, el sujeto que padece de trastorno de la personalidad sufre una profunda perturbación de la esfera emocional que le impide o dificulta interiorizar pautas de conducta. Por ejemplo, en el psicópata, la autonomía de la voluntad está seriamente comprometida por los irrefrenables actos impulsivos que tiende a cometer, pero a la vez se considera sujeto incapaz para transformar su conducta a través de la experiencia.

Es aquí donde se evidencia el problema de estos, debido a que se muestran como personas que no tienen «la capacidad de interiorizar valores, porque no conciben que la conducta se motive de otra forma que en la inmediata satisfacción de sus apetencias o en el deseo de venganza por la frustración de la demora en la satisfacción».³⁷

De lo expuesto, se colige que, en la doctrina, las principales razones que han conllevado a que, prácticamente, no se les reconozca relevancia jurídico-penal a los trastornos de la personalidad radican en que estos no se deben a manifestaciones de deficiencias corporales orgánicas (biológicas) y, por otra parte, los sujetos que los padecen no tienen alteradas sus facultades intelectivas o volitivas. En tal sentido, la superación del antiguo concepto positivista de la enfermedad mental y el reconocimiento de su concepto contemporáneo permiten su consideración jurídico-penal.

Con relación a su estimativa jurisprudencial, en España, según Muñoz Conde,³⁸ el Tribunal Supremo ha rechazado la aplicación de la eximente

³⁵ Sobre la «tesis alienista» de la enfermedad mental y sus consecuencias en el ámbito jurídico-penal, *vid.* Zaffaroni: *Op. cit.*, pp. 124-127.

³⁶ *Ibid.*, p. 153.

³⁷ *Ibid.*, p. 155.

³⁸ Muñoz Conde: *Op. cit.*, pp. 134-135.

por incapacidad de culpabilidad a este tipo de personas y basa su decisión en que estos sujetos mantienen plenas facultades intelectivas o volitivas.

La jurisprudencia más reciente del mencionado Tribunal Supremo está modificando su postura, a partir de que, en las clasificaciones nosológicas psiquiátricas actuales, se les clasifica como auténticos enfermos mentales y es, por tanto, un problema de graduación, pero no conceptual, el que debe decidir si se aplica en estos la eximente completa o la incompleta.

No obstante, por lo general, se les ha asignado solo un carácter atenuatorio y, para que puedan llegar a ser eximentes incompletas, se requiere que tengan un alto grado de gravedad y conexión causal directa con el hecho cometido.³⁹

En Argentina, la jurisprudencia ha negado, en algunos casos, la eximente por incapacidad de culpabilidad, teniendo en cuenta que un trastorno de personalidad no define una enfermedad mental, sino un tipo de personalidad psíquica normal, un particular modo de ser y de actuar, respecto de sí y la sociedad.⁴⁰

En otros casos, se ha decidido a favor de la incapacidad de culpabilidad, conforme al actual concepto de enfermedad mental, a los aportes de las ciencias de la conducta, que permiten conocer hoy mucho mejor las características y limitadas capacidades de estas personas y, particularmente, frente a un concepto normativo de la culpabilidad, sobre la base de que un trastorno de esta índole alude a una profunda perturbación de la esfera emocional, que impide o dificulta a quien lo sufre interiorizar pautas de conducta.⁴¹

En una tercera posición, debido a una menor reprochabilidad de la conducta, se advierte, en esta clase de sujetos, una menor responsabilidad penal y, por eso, determina una disminución de la pena, sin perjuicio del tratamiento al cual debe ser sometido en razón de su enfermedad.⁴²

De forma general, el pensamiento jurisprudencial se ha mostrado, en algunos casos, a favor de la aceptación de cierta influencia de los trastornos de la personalidad en la capacidad de culpabilidad.

En Cuba, los principales tratadistas que han abordado el tema son partidarios de que tales trastornos no determinan, en ningún supuesto, la incapacidad de culpabilidad del sujeto.⁴³

Lo anterior se explica a partir de que estos trastornos son, en general, anomalías o defectos del carácter de reducida intensidad que, en su estado

³⁹ Vid. Juan M. Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malaree: *Lecciones de Derecho penal*, v. II, p. 153.

⁴⁰ Vid. el fallo de la Cámara Nacional Criminal y Correccional (CNCC), Sala II, en la causa «Giuffrida, Rosario H.», de 30 de abril de 1985, en Sebastián Soler, *op. cit.*, p. 73.

⁴¹ Vid. el pronunciamiento de la CNCC, Sala VI (*Ibid.*, pp. 73-75).

⁴² Vid. el fallo de la CNCC, Sala VII, en la causa «Rojas, Jorge O.», de 14 de junio de 1985 (*Ibid.*, p. 76).

⁴³ Vid. Pérez González: *Manual...*, p. 246.

habitual, compensado, se mantienen dentro del nivel neurótico-psicopático, por lo que no llegan a la eliminación total de la autodeterminación del enfermo, siendo discutible que la capacidad intelectual puede resultar también afectada y conservar, aunque de modo relativo, la integridad de sus facultades mentales.⁴⁴ De ahí que apenas se le otorgue relevancia jurídico-penal y que no constituyan causa de eximente de la responsabilidad penal por incapacidad de culpabilidad.

Sin embargo, la doctrina nacional se manifiesta a favor de que un trastorno de esta índole pudiera ser causa de capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida, en caso de ser muy acentuado⁴⁵ y de guardar relación con el acto delictivo.⁴⁶

Según la estimativa jurisprudencial de Quirós,⁴⁷

La práctica judicial, reiteradamente, ha afirmado la responsabilidad penal en estos casos y si bien en algunas ocasiones ha negado incluso la atenuación por imputabilidad disminuida (sentencias Nos. 378 de 11 de septiembre de 1969, 953 de 3 de mayo de 1978), en general, esa atenuación se ha reconocido (sentencias Nos. 95 de 25 de mayo de 1959, 953 de 3 de mayo de 1978, 996 de 26 de febrero de 1984).

Para proceder a dicha atenuación, es necesario que exista relación causal entre la enfermedad y el delito cometido, por encontrarse este dentro de la anomalía caracterológica padecida; y que se demuestre que, en el campo de la conciencia, ha disminuido la capacidad para comprender el alcance del acto o rebajar la facultad de dirigir la conducta.⁴⁸

CONCLUSIONES

1. En la doctrina se valora la capacidad de culpabilidad como el fundamento para determinar la responsabilidad jurídico-penal de los acusados afectados de trastornos de la personalidad.
2. La capacidad de culpabilidad es la facultad del individuo de comprensión del injusto y de actuar acorde con esa comprensión, que debe incluir lo afectivo y emocional del hombre y en la cual el elemento socio-

⁴⁴ Vid. Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal*, t. 3, p. 176; y García Oliva y Pérez González: *Op. cit.*, p. 116.

⁴⁵ Ello dependerá de la naturaleza del trastorno, que pudiera ser habitualmente grave o coyunturalmente acentuado –descompensado–, en relación dramática con el contexto en que se produce el delito (Vid. Pérez González: *Manual...*, p. 246).

⁴⁶ «[...] Por ejemplo, nada asociaría un trastorno de personalidad de tipo explosivo, con un delito de malversación, cometido luego de meses de planificación y meticulosidad por muy acentuada que sea su impulsividad» (*Idem*).

⁴⁷ Vid. Quirós Pérez: *Op. cit.*, p. 177.

⁴⁸ *Idem*.

- lógico adquiere gran trascendencia. Su fundamento radica en la capacidad de autodeterminación humana individual en el marco de determinadas condiciones objetivas, las cuales ofrecen al hombre las diversas posibilidades para su actuación.
3. En el ámbito psiquiátrico y en el jurídico-penal, la valoración de la influencia de los trastornos de personalidad en la capacidad de culpabilidad no ha sido pacífica. No obstante, la doctrina, el Derecho comparado y el pensamiento jurisprudencial reconocen, en determinados casos, la influencia de dichos trastornos sobre este elemento de la culpabilidad, por lo que es necesario que merezcan el calificativo de «graves o acentuados» (descompensados), guarden relación con el delito cometido y se demuestre que disminuyen la inteligencia o rebajan la voluntad de manera evidente.
 4. El trastorno de personalidad, como diagnóstico, no debe conducir a una clasificación rigurosa como causa de eximente por incapacidad de culpabilidad o capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida. En su análisis, la valoración jurídica resulta esencial para alcanzar un tratamiento justo y humano, conforme a un Derecho penal de culpabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Bustos Ramírez, Juan M.: *Manual de Derecho penal, parte general*, 3.^a ed. aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Oriel, Barcelona, 1989.
- Bustos Ramírez, Juan M. y Hernán Hormazábal Malarée: *Lecciones de Derecho penal*, vol. II, Editorial Trotta, Barcelona, 1997.
- Cerezo Mir, José: *Curso de Derecho penal español, parte general*, t. 3, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- Colectivo de autores: *Tercer glosario cubano de psiquiatría (GC-3)*, Hospital Psiquiátrico de La Habana, 2001.
- Colectivo de autores: *Psicología jurídica (selección de textos)*, t. 1, La Habana, 2013.
- Fernández Rius, Lourdes (compil.): *Pensando en la personalidad*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- García Fernández, Armando: «El tratamiento jurídico penal a los trastornos de personalidad en las Fuerzas Armadas Revolucionarias» (tesis en opción al título de especialista en Derecho penal), Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2012.
- García González, Graciela: «La enfermedad mental como causa que excluye la capacidad de culpabilidad en el Derecho penal sustantivo cubano» (tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas), Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2008.

- Marquardt, Eduardo H.: *Temas básicos de Derecho penal*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.
- Martínez Cruzata, Dunia: «El conocimiento de la antijuricidad en el Código penal y la Ley de los delitos militares» (tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas), Cátedra de Derecho penal de la EMS Comandante Arides Estévez Sánchez, La Habana, 2016.
- Medina Cuenca, Arnel y Mayda Goite Pierre: *Selección de lecturas de Derecho penal general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.
- Mezger, Edmund: *Derecho penal, parte general*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.
- Muñoz Conde, Francisco: *Teoría general del delito*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- Organización Mundial de la Salud: *CIE 10, Trastornos mentales y del comportamiento: Descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico*, Editorial Meditor, Madrid, 1993.
- Pérez González, Ernesto: *Manual de psiquiatría forense*, Ediciones ONBC, La Habana, 2005.
- _____: *Psicología, Derecho penal y criminología*, Ediciones ONBC, La Habana, 2012.
- _____: *Psiquiatría forense*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2011.
- Quirós Píres, Renén: «El pensamiento jurídico-penal burgués: exposición y crítica», en *Revista Jurídica*, año III, no. 8, Ediciones MINJUS, La Habana, julio-septiembre de 1985.
- _____: *Manual de Derecho penal*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- _____: *Manual de Derecho penal*, t. 3, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- Rodríguez Pérez de Agreda, Gabriel: «La culpabilidad ¿un concepto en crisis?», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 16, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, julio-diciembre de 2000.
- Roxin, Claus: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, Madrid, 1981.
- _____: *Derecho penal, parte general*, t. 1, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- Soler, Sebastián: *Derecho penal argentino*, 10.^a reimp., actual. por Guillermo J. Fierro, Editorial Tea, Buenos Aires, 1992.
- Zaffaroni, Eugenio R.: *Tratado de Derecho penal, parte general*, t. 4, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1981.

Legislación

Ley No. 19.617, de 1874, Código penal de Chile.

Ley No. 6, de 17 de noviembre de 1922, Código penal de Panamá.

Ley No. 9155, de 4 de diciembre de 1933, Código penal de Uruguay, vigente a partir de primero de julio de 1934.

«Ley No. 4557, de 1970, Código penal de Costa Rica», en *Gaceta*, no. 257, 15 de noviembre de 1970.

Ley No. 11.179, de 1984, Código penal de Argentina, actualizado.

Ley No. 62, de 1987, Código penal vigente en Cuba, actualizado hasta la Ley No. 93, de 16 de febrero de 2001.

Ley orgánica No. 10, de 23 de noviembre de 1995, Código penal de España, modificado por la Ley orgánica No. 15, de 25 de noviembre de 2003.

Ley 1160, de 1997, Código penal de Paraguay.

Decreto Ley No. 100, de 1980, Código penal de Colombia.

Decreto No. 2274, de 20 de agosto de 1884, Código penal de República Dominicana.

Decreto de 2 de enero de 1931, Código penal federal de México, reformado el 23 de agosto de 2005.

Decreto legislativo No. 270, de 13 de abril de 1973, Código penal de El Salvador.

Decreto No. 17, de 5 de julio de 1973, Código penal de Guatemala.

Decreto No. 297, de 16 de enero de 1974, Código penal de Nicaragua, puesto en vigor a partir del primero de abril de 2005.

Decreto No. 144, de 26 de septiembre de 1983, Código penal de Honduras.

Código penal de Alemania de 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998.

Código penal de Bolivia de 2 de abril de 1973.

Código penal de Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1999.

Código penal de Perú, 3.ª ed., Editora Jurídica Grijley, Lima, 1999.

«Código penal de Venezuela», en *Gaceta Oficial*, ed. extraord., Caracas, 20 de octubre de 2000.

LA PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS EN CUBA: ¿MERAMENTE SITUACIONAL?

M.Sc. Daylín Gozá Valdés

Especialista A en legislación monetaria y crediticia,

Banco Nacional de Cuba

EL LAVADO DE activos,¹ como acción de incorporar a espacios o vías lícitas bienes cuyo origen es delictivo, ha sido un fenómeno aparejado al propio desarrollo de la sociedad y la criminalidad, de forma paralela y proporcional al progreso económico y científico-técnico de los diferentes países y con marcada influencia de la globalización. La bibliografía especializada ubica su surgimiento, incluso, antes de la existencia del dinero que, como se conoce, fue el resultado de resolver los problemas que generaba el trueque. Sin embargo, la circulación monetaria devino, sin duda, el elemento detonante de esta problemática, en tanto la naturaleza genérica del dinero facilitaría la fusión y el enmascaramiento de los recursos de carácter ilegítimo con los legales.

A lo largo de la historia, el progreso del comercio y de las finanzas impondría características determinadas a este tipo de conductas, indisolublemente ligadas a la criminalidad.

Las autoridades bancarias y financieras mundiales fueron las primeras en divisar ese fenómeno como contrario a sus intereses, a partir de la latente posibilidad de contaminación del sistema financiero y mercantil legal, a consecuencia de las actividades de blanqueo. La preocupación fundamental estribaba en que se afectasen sus negocios como resultado de la intervención penal del Estado sobre los recursos de procedencia ilegítima que, una vez insertados en el sistema, se fusionaban con los de carácter legal y pasaban a integrar el capital de la institución bancaria o financiera.

Unido a lo anterior, la evolución de la actividad mercantil trajo aparejada la internacionalización de la banca y la descentralización de la actividad financiera, lo que conllevaría a un movimiento de capitales más expedito y transfronterizo. A la vez, el desarrollo científico-técnico propiciaba la multiplicación de nuevas formas de comercio electrónico que posibilitaban la transacción, capitalización e incremento de activos de manera virtual.

¹ «Suele verse en los diversos trabajos sobre la temática el empleo de expresiones que relacionan un sustantivo abstracto del fenómeno (cuyo origen lo encontramos en una acción) con un sustantivo concreto. De esta manera se reconocen, entre los primeros, vocablos como “lavado”, “blanqueo” o “reciclaje” y por el otro lado “activos”, “dinero” o “capitales”». (Federico Marengo: «Aspectos generales del lavado de activos», pp. 3 y 4).

Las infraestructuras bancarias y financieras devinieron, en consecuencia, el escenario más habitual y favorable para la manifestación del blanqueo de capitales.

En 1988, los reguladores bancarios del Grupo de los Diez y de Luxemburgo emitieron la Declaración de principios del Comité para la Reglamentación Bancaria y las Prácticas de Vigilancia de Basilea (Declaración de Basilea), que instrumentó un grupo de reglas de comportamiento para los operadores del sistema encaminadas a prevenir dicha actividad.

Pronto, el lavado de activos comenzaría a ser perseguido penalmente, a partir de su identificación como una manifestación criminal no convencional, asociada a la evolución e internacionalización de otras manifestaciones criminales de nuevo tipo, y a la globalización del comercio y el tráfico mercantil. Su trascendencia al ámbito penal estuvo determinada por la apreciación de que la contaminación de los bienes legítimos con los de origen criminal era lesiva al orden socio-económico de los Estados y a la salud comercial y financiera de los mercados internos e internacionales, y propiciaba el auge de esas otras manifestaciones delictivas que le precedían.

Los primeros pasos para la penalización del lavado de activos tuvieron lugar a partir del desarrollo alcanzado por el tráfico y consumo de drogas, potenciado por el desarrollo tecnológico y la globalización, la que llegó a convertirse en una industria ilegal expandida internacionalmente, que generaba cuantiosísimas ganancias a las cadenas de traficantes, las que, obviamente, luego, pretenderían legitimar. La magnitud de esta problemática evidenció que combatir el fenómeno del lavado era una parte determinante en la lucha contra el narcotráfico, pues si se evitaba que las ganancias obtenidas pudiesen utilizarse legalmente, la rentabilidad de este delito disminuiría, y la relación costo-beneficio a valorar por el criminal sería más desproporcionada y menos inclinada a favor de delinquir.

Las primeras regulaciones internacionales que conminaron a todos los Estados a criminalizar el blanqueo de capitales estuvieron asociadas al combate del narcotráfico, dígame la Convención de las Naciones Unidas (CNU) contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aprobada en Viena en 1988, la que obligaba a los países miembros signatarios a contemplar como delito el «lavado de narco dólares», prever la confiscación de bienes adquiridos con esos fondos, además del levantamiento del secreto bancario² en esos casos.

La expansión y el perfeccionamiento constante de los modos de operar vinculados al blanqueo de capitales se verían potenciados por el creciente

² La protección que los bancos e instituciones financieras deben otorgar a la información que tienen sobre sus clientes. Debe entenderse como una variante del secreto profesional, pues implica la no difusión de información a terceras personas. «[...] consiste en no revelar en la relación cliente-banco, informaciones, datos y hechos que el banco conoce del cliente» (Esteban Martel Sotolongo: *Supervisión bancaria*, pp. 113).

fenómeno de la criminalidad organizada, en tanto la propia complejidad de las actividades de blanqueo conllevaba a que normalmente fuesen realizadas de modo organizado, planeado e inteligente y que participasen varias personas; a la vez que los criminales vinculados a ese tipo de manifestación tendrían, entre sus principales propósitos, blanquear las ganancias obtenidas.

En razón de todos estos perjuicios, en julio de 1989, el G-7 creó el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI),³ con la finalidad de establecer estándares, desarrollar y promover políticas para combatir el blanqueo de capitales, evaluar la efectividad de los sistemas jurídicos nacionales y reforzar la cooperación internacional y la seguridad del sistema financiero mundial.

La necesaria preexistencia de un delito anterior, fuente primaria del capital ilegítimo, en el contexto contemporáneo en que la circulación de personas y bienes por todo el orbe es algo cotidiano, trae aparejada la posibilidad altamente probable de que el delito previo haya sido cometido en territorio distinto al del blanqueo, lo que, sin duda, acarrea preocupación internacional en cuanto a las regulaciones internas de los Estados. Esta fue la principal motivación para que, mediante la Resolución No. 1617, de julio de 2005, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se instara a los Estados miembros a implementar los estándares internacionales comprendidos en las recomendaciones emitidas por el GAFI en materia anti-lavado de activos y financiación del terrorismo, cuya falta de reconocimiento expreso devenía motivo suficiente para catalogar a un país como riesgo para el sistema financiero internacional.

SITUACIÓN ESPECÍFICA DE CUBA

Cuba, a pesar de su situación peculiar, no quedaba exenta de este flagelo. En 1997, coincidiendo con el inicio del proceso de restructuración de la banca en la isla, se concibieron las primeras regulaciones antilavado en la

³ En 1990, el GAFI emitió 40 recomendaciones para el enfrentamiento y la prevención del lavado de activos, con aspectos y buenas prácticas a instrumentar por las diferentes naciones en sus sistemas internos antilavados, dirigidas esencialmente a:

- Identificación de los riesgos, y desarrollo de políticas y coordinación local.
- Lucha contra el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación.
- Aplicación de medidas preventivas para el sector financiero y otros sectores designados.
- Establecimiento de poderes y responsabilidades como autoridades investigativas, de orden público y de supervisión, y otras medidas institucionales.
- Mejoramiento de la transparencia y la disponibilidad de la información de titularidad de beneficio de las personas y estructuras jurídicas.
- La facilitación de la cooperación internacional.

esfera administrativa del Estado. Su sistema bancario fue precursor en la lucha contra el fenómeno del lavado de activos, incluso antes de regularse como una conducta delictiva.

Estas normativas estuvieron encaminadas, inicialmente, a establecer las bases conceptuales del lavado de dinero y los controles e informaciones a registrar y analizar por los operadores bancarios para la profundización en el conocimiento de este asunto y su detección, en consonancia con los estándares más difundidos en ese momento en el sector bancario y financiero internacional. Sucesivamente, el Banco Central de Cuba (BCC) dictaría otras regulaciones de obligatorio cumplimiento para las instituciones bancarias y financieras del país que perfeccionarían los controles y medidas preventivas en torno a esta problemática.

Mediante la Ley No. 87, de 16 de febrero de 1999, se incorporó como delito la figura del lavado de dinero, proveniente de hechos de tráfico ilícito de drogas, armas o personas, o relacionados con el crimen organizado, la que resultaría limitada ante las exigencias internacionales y regionales de las organizaciones y organismos dedicados a la prevención de estos fenómenos y su enfrentamiento, pero, en el orden interno, resultaría de escasísima aplicación.

Nuestro Estado, consciente de la magnitud del fenómeno y atendiendo a la política de cooperación y lucha que siempre ha mantenido contra la criminalidad transnacional y organizada, y siendo miembro signatario de las CNU de Viena, Palermo y Mérida,⁴ que comportan obligaciones en este sentido, se integró, el 13 de diciembre de 2012, al Grupo de Acción Financiera Internacional para Sudamérica (GAFISUD),⁵ con el compromiso de cumplimiento de las recomendaciones emitidas por el GAFI.

Los referidos compromisos internacionales asumidos por el Estado cubano, unidos a la creciente influencia mundial de estos fenómenos delictivos; la actualización del modelo económico cubano, con la aparición de otras formas de gestión no estatal; y la potenciación de la inversión extranjera propiciaron que se llevaran a cabo en el país modificaciones legislativas.

Por medio del Decreto Ley No. 316, de 7 de diciembre de 2013, «Modificativo del Código penal y de la Ley contra actos de terrorismo», se variaron, entre otros aspectos, la formulación del anterior delito de *lavado de dinero*, cuya denominación se sustituyó por el término más amplio de *lavado de activos*, y se estructuró una amplia gama de conductas infractoras derivadas

⁴ Díganse las CNU contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aprobada en Viena el 20 de diciembre de 1988; contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo), adoptada el 15 de noviembre de 2000; y contra la corrupción, el 31 de octubre de 2003.

⁵ A partir de agosto de 2014, se acordó la modificación de su nombre por el de Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT).

de la operación o interacción con bienes.⁶ A la vez, el Decreto Ley No. 317, de 7 de diciembre de 2017, «De la prevención y detección de operaciones en el enfrentamiento al lavado de activos, al financiamiento al terrorismo, a la proliferación de armas y al movimiento de capitales ilícitos», instauró una serie de medidas en cuanto a operaciones sospechosas y creó las estructuras⁷ que se encargarían de la gestión, control, investigación y análisis de la información requerida para la prevención y detección de operaciones vinculadas al lavado de activos, sus delitos determinantes, el financiamiento al terrorismo, la proliferación de armas y otras de similar gravedad.

En este nuevo sistema perfeccionado, el BCC se erigió como autoridad rectora de la prevención del lavado de activos en el país, y presidente del Comité coordinador creado para elaborar y evaluar las políticas estatales al respecto, el que estaría integrado por representantes de la Fiscalía General de la República, los ministerios de Justicia, Relaciones Exteriores y del Interior, la Aduana General de la República, la Oficina Nacional de Administración Tributaria, y otros expertos de los órganos y organismos de la Administración Central del Estado, en caso necesario. Quedaba, además, bajo el mando del BCC la DGIOF, órgano encargado, entre otras actividades, de proponer y controlar el cumplimiento de los principios y estrategias para prevenir el blanqueo.

La DGIOF es la unidad de inteligencia financiera (UIF) de nuestro país, la cual constituye una exigencia internacional para todo sistema antilavado de activos interno, pues tanto en las convenciones internacionales emitidas por la Organización de Naciones Unidas, relacionadas con este asunto, como en la Recomendación No. 29 del GAFI, para las instituciones bancarias y financieras, se establece la obligación de reportar las operaciones sospechosas a las UIF, las que deben funcionar como centro para la recepción y análisis de toda la información relevante al lavado de activos y otras actividades ilícitas asociadas, con capacidad para obtener información adicional de los sujetos obligados, y con acceso oportuno a la información financiera, administrativa y del orden público que requiera para desempeñar tales funciones. Actúa, además, como enlace entre los sujetos obligados a reportar y el sistema represivo penal, pues, luego de ser analizada la información, de estimarse la existencia de un caso de blanqueo, se debe dar cuenta a las autoridades competentes.

⁶ Luego de la entrada en vigor del Decreto Ley No. 316, y a raíz de consulta formulada por el ministro-presidente del BCC, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular emitió el Dictamen No. 441, de 17 de marzo de 2014, que conceptualizó, jurídicamente, el término *bienes*, en correspondencia con lo normado en el Artículo 46.1 del Código civil, y en relación, entre otros aspectos, con el objeto material del delito de lavado de activos.

⁷ Actividad reglamentada por el Decreto Ley No. 322, de 30 de diciembre de 2013, «De la Dirección General de Investigación de Operaciones Financieras (DGIOF), sus funciones y estructuras».

INSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA ANTILAVADO DE ACTIVOS EN CUBA

Luego de 1959, el Gobierno Revolucionario se preocupó por combatir la delincuencia convencional imperante en la isla y potenció la prevención primaria,⁸ a partir de enfocarse especialmente en atacar las causas del delito, y desarrollar diversos programas sociales y comunitarios en esa dirección. La prevención en otros niveles quedaba a cargo de los órganos de represión penal, con medidas encaminadas a actuar sobre la delincuencia propiamente dicha y con el objetivo de la no reiteración de esas conductas, lo que se retroalimentaba de los programas sociales y comunitarios para la reinserción de los sancionados.

Antes de la década de los 90, nuestro país no se veía afectado directamente por la criminalidad no convencional, transnacional y organizada, en auge en el resto del mundo. Sin embargo, a partir de la apertura a la inversión extranjera y las modificaciones operadas luego del Período Especial, ese escenario cambió, y la nación no es ajena a los peligros de esa criminalidad.

Como se mencionó, las primeras regulaciones preventivas del fenómeno del lavado de activos provinieron del sistema bancario, a consecuencia de la identificación de esta problemática por organismos y autoridades del sistema financiero internacional. Institucionalmente, el BCC asumió la función supervisora de todas las entidades financieras cubanas y extranjeras radicadas en Cuba.

Luego, ante las diversas problemáticas que enfrenta el mundo, a partir de los compromisos internacionales asumidos por Cuba en el enfrentamiento y prevención de estas nuevas manifestaciones, se estructuraron y perfeccionaron los sistemas preventivos en materia de enfrentamiento al narcotráfico, el tráfico y la trata de personas, la prostitución, la corrupción administrativa, el blanqueo de capitales y otros crímenes no convencionales.

De ese modo, se instauraron sistemas de prevención especializados e individuales para cada una de estas problemáticas de nuevo tipo, y quedaron a cargo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social las funciones de

⁸ Doctrinalmente, la clasificación más difundida de la prevención criminal es la que toma como referente la distinción teórica que hace la medicina en cuanto a la prevención de las enfermedades:

- *Prevención primaria*, referente al conjunto de acciones encaminadas a formar en la sociedad los valores conductuales aceptados y anticipar los impulsos o motivaciones delictivas, para impedir el desarrollo del delito.
- *Prevención secundaria*, vinculada a la ejecución de estrategias para intentar aminorar o combatir el delito que ya ha aparecido.
- *Prevención terciaria o especial*, concerniente a la actuación dirigida a que comportamientos delictivos individuales no se reiteren en el futuro, es decir, se encamina a evitar la reincidencia.

dirigir y coordinar —con los órganos, organismos, organizaciones e instituciones correspondientes— las vías y métodos para la atención integral de los problemas sociales y la prevención de conductas antisociales y delictivas convencionales.⁹

Con las modificaciones legislativas instrumentadas por el Decreto Ley No. 317 de 2013, el sistema de prevención del blanqueo de capitales quedaría configurado de manera independiente a los existentes para otras modalidades delictivas.

MARCO LEGAL PARA LA PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS EN CUBA

Mediante la Resolución No. 91, de 19 de marzo de 1997, del Banco Nacional de Cuba (BNC), se puso en vigor la «Guía para la detección y prevención del movimiento de capitales ilícitos», que estableció, en todas las dependencias bancarias del país, el sistema denominado «Conozca a su cliente», por el que quedaron obligadas a identificar detalladamente a sus usuarios y a obtener los datos necesarios para poder valorar la legitimidad de los servicios solicitados y monitorear los diferentes movimientos de capitales ejecutados, de manera que pudiesen fiscalizar y clasificar las operaciones de cada cliente, además de prestar colaboración a las autoridades competentes en sus investigaciones. Se instituyó la función de cumplimiento en todas las entidades y un sistema de conocimiento de los empleados bancarios y la selectividad de estos. Igualmente, se fijó la obligación de capacitar a dicho personal en todos estos asuntos, lo que quedó a cargo del Centro Nacional de Superación Bancaria (CNSB).

Estas normativas fueron perfeccionadas a partir de la institucionalización de la función de supervisión bancaria, mediante la Resolución No. 79 de 1998, del BCC, y con la creación de la Oficina de Supervisión Bancaria, a cargo del superintendente, mediante la Resolución No. 17, de 19 de marzo de 2004, del BCC, como órgano auxiliar en el cumplimiento de las funciones de supervisión de este.

Asimismo, desde ese entonces, ya se advertía la necesidad del levantamiento del secreto bancario, a los efectos de la investigación de presuntos hechos de lavado, lo que se previó mediante la Resolución No. 66 de 1998, del BCC, con la obligación de todas las instituciones financieras de suministrar los datos e informaciones cuando fuesen requeridos por los tribunales,

⁹ Mediante el Decreto Ley No. 286, de 20 de septiembre de 2011, se integraron las funciones del Sistema de prevención y atención social y del Programa de trabajadores sociales en dicho ministerio, al que se le asignó la función general de proponer, dirigir y controlar la política aprobada por el Estado y el Gobierno, en cuanto a la prevención, asistencia y trabajo social.

fiscales e instructores de los órganos de la Seguridad del Estado, las autoridades fiscales, los inspectores de supervisión bancaria, los auditores internos de las instituciones financieras y los de la Oficina Nacional de Auditoría.

La Instrucción No. 26, de 30 de julio de 2004, «Guía para los integrantes del sistema bancario y financiero nacional para prevenir las operaciones de lavado de dinero», del BCC, actualizó el sistema de prevención, al contemplar aspectos particulares en relación con el control financiero de las cooperativas de producción agropecuaria y de créditos y servicios, las unidades básicas de producción agropecuaria y las empresas radicadas y no radicadas en el país. Esta fue actualizada mediante la Instrucción No. 26, de 13 de noviembre de 2006, la que amplió y precisó su contenido.

Posteriormente, con la Resolución No. 51, de 15 de mayo de 2013, del BCC, «Normas generales para la detección y prevención de operaciones en el enfrentamiento al lavado de activos, al financiamiento al terrorismo y del movimiento de capitales ilícitos», se derogó la antigua «Guía para la detección y prevención del movimiento de capitales ilícitos», puesta en vigor por la mentada Resolución No. 91 de 1997, del BNC, que estableció medidas más integrales para prevenir estos fenómenos, en correspondencia con los parámetros más difundidos internacionalmente.

La Instrucción No. 26, de 20 de mayo de 2013, estableció las «Normas específicas para la detección y prevención de operaciones en el enfrentamiento al lavado de activos, financiamiento al terrorismo y movimiento de capitales ilícitos», las que fueron actualizadas por la Instrucción No. 26 BIS, de 26 de noviembre de 2013, que incorporó nuevas exigencias y perfeccionó lo concerniente a la debida diligencia de los trabajadores bancarios, la función de cumplimiento y el papel de los oficiales de cumplimiento, la aplicación de medidas cautelares, el monitoreo de las operaciones, la ejecución de reportes de operaciones sospechosas, entre otros aspectos. Además, se establecieron medidas específicas para el monitoreo y control de las transferencias desde el exterior, a favor de personas naturales, mediante la Instrucción No. 1, de 27 de enero de 2014, del BCC.

La evaluación y aplicación del enfoque basado en los riesgos nacionales fueron incorporadas por la Resolución No. 48, de 21 de abril de 2014, del BCC, que aprobó la guía metodológica «De la prevención y detección de operaciones en el enfrentamiento al lavado de activos, el financiamiento al terrorismo y el movimiento de capitales ilícitos y la evaluación y aplicación del enfoque basado en los riesgos nacionales», a ser aplicada por el Comité coordinador establecido por el Decreto Ley No. 317 de 2013, para la identificación, valoración de las amenazas, vulnerabilidades y riesgos del país en materia de lavado de activos, de financiamiento al terrorismo y el movimiento de capitales ilícitos. De igual forma, tales políticas regirían la confección del diagnóstico nacional y de la propuesta de estrategia de prevención y enfrentamiento a ser presentada trianualmente a la aprobación del Consejo de Ministros.

La Resolución No. 73, de 4 de julio de 2014, del BCC, estableció las «Normas generales para actividades o profesiones no financieras en la detección y prevención de operaciones para el enfrentamiento al lavado de activos, el financiamiento al terrorismo y al movimiento de capitales ilícitos», que reglamentaban un sistema de prevención específico para algunos de los sujetos obligados incluidos en el Decreto Ley No. 317 de 2013, que quedaban fuera de las regulaciones procedimentales establecidas.

Ese decreto ley dejó establecidos, como sujetos obligados: las instituciones financieras y oficinas de representación; abogados, notarios, consultores y otros profesionales jurídicos; tenedores de libros (contadores); proveedores de servicios societarios; así como cualquier otra profesión, actividad o entidad que el BCC considere, oído el parecer del Comité coordinador. Dichos sujetos quedaron obligados a evaluar las vulnerabilidades existentes en su actividad para la ocurrencia de estos fenómenos, aminorar los riesgos y reportar a la DGIOF las operaciones sospechosas que se presenten en su ámbito de acción.

¿QUÉ ES LA PREVENCIÓN SITUACIONAL?

La prevención situacional del delito surgió como una manifestación de la criminología administrativa y al amparo del pensamiento económico, como una idea de la Unidad de investigación del delito de la Agencia Británica de Prevención del Delito, a cargo de Ronald Clarke. Esta modalidad de prevención, de tipo secundario, no se interesa por las causas del delito, sino por sus manifestaciones o formas de aparición, y crea programas para neutralizar las oportunidades. Toma como base los postulados de la Teoría de la elección racional, según la cual el delincuente decide delinquir luego de identificar una oportunidad criminal y hacer un cálculo entre ventajas y desventajas; y de la Teoría de las actividades rutinarias o Teoría de la oportunidad, según la cual, para que el crimen ocurra, es necesaria la coincidencia de un delincuente potencial, un objetivo atractivo y la ausencia de control, ya sea formal o informal.

El referido Ronald Clarke definió la prevención situacional como aquellas medidas dirigidas a formas delictivas específicas que suponen el control, organización, diseño y manipulación del entorno inmediato, de la forma más sistemática y permanente posible, con el objetivo de reducir las oportunidades para la comisión de delitos e incrementar sus riesgos, de acuerdo con la forma en que estos son percibidos por los infractores.

Mediante las técnicas de prevención situacional se pretende obstaculizar físicamente el éxito del delincuente, tomando como presupuesto fáctico que para que el delito ocurra deben concurrir tres factores: un agresor motivado, un objeto disponible y la ausencia de vigilancia sobre este. En con-

secuencia, se estima que, si se elimina uno de estos factores, se logra que el presunto delincuente cambie su comportamiento y no incurra en el delito.

En la actualidad, en que el mundo gira alrededor de la idea de «la sociedad de riesgo», se ha entronizado el uso de técnicas y medios de prevención situacional, dirigidas a evitar el delito, tales como la colocación de alarmas, las contraseñas, entre otras. Normalmente, este tipo de medidas preventivas son efectivas en la prevención de delitos patrimoniales y contra la propiedad; no tiene muchas veces aplicación en la prevención de los demás delitos.

Sin embargo, la instrumentación de reportes, controles y monitoreo del movimiento de capitales por parte del Sistema bancario y financiero, obviamente, implica acciones de obstaculización de actividades de lavado de activos, que resultan congruentes con los postulados de este movimiento en cuanto a incrementar el esfuerzo necesario para cometer un delito, minimizar sus recompensas y aumentar las probabilidades de ser detectado.

La mayoría de los autores dividen las técnicas de prevención situacional en cuatro grupos, según se orienten a:

- 1) Aumentar el esfuerzo del infractor.
- 2) Aumentar el riesgo para el infractor.
- 3) Reducir la ganancia del delito.
- 4) Incrementar los costos morales y reputacionales de la conducta delictiva, a partir de establecer, explicar o clarificar reglas o normas de conducta.

En contra de la prevención situacional, se han esgrimido varios aspectos. En muchos casos, se acude a técnicas que invaden la privacidad de las personas, y no elimina o disminuye la delincuencia; solo la desplaza hacia otro sitio o escenario.

Teóricos de prestigio, como Muñoz Conde y Ferrajoli, han criticado, igualmente, la Teoría de la prevención situacional. El primero señala que, mediante esta, el Estado transfiere al ciudadano responsabilidades que son suyas, en tanto el último señala que, con ella, se pretende instrumentar un control estatal-disciplinar, que cataloga como «panóptico social mucho más minucioso y penetrante que aquel carcelario concebido por Bentham y que es idóneo no apenas a desarrollar funciones de prevención de delitos, mas también de gobierno político de la sociedad».¹⁰

Sin embargo, para ripostar tales críticas, los defensores de la prevención situacional se han basado en la concepción del pacto social, a partir de lo cual justifican las posibles afectaciones en la idea de que los ciudadanos han cedido parte de sus libertades en beneficio de la colectividad, la tranquilidad ciudadana y el orden social.

¹⁰ Themis María Pacheco de Carvalho: «La ocasión hace al ladrón. La prevención de la delincuencia por medio de la prevención situacional», p. 7.

LA PREVENCIÓN SITUACIONAL DEL LAVADO DE ACTIVOS: ¿ACIERTO O DESACIERTO?

Como es conocido, las políticas para prevenir la criminalidad convencional deben ir encaminadas a mejorar las condiciones de vida de las personas, en pos de evitar las injusticias sociales, proporcionar empleo, acceso a una vivienda y educación gratuita, así como a erradicar la pobreza, la explotación y el abuso de los grupos favorecidos. Obviamente, dicha criminalidad convencional presupone que los sujetos comisores sean, como regla, personas de escasos recursos y de segmentos sociales poco favorecidos. Sin embargo, ante las nuevas formas de criminalidad, en la que, generalmente, los criminales son personas de buena conducta social y privilegiada posición económica –llamados de «cuello blanco»–, suelen verse los patrones tradicionales de prevención como ineficaces e inaplicables.

Ciertamente, para prevenir el fenómeno del lavado de activos como manifestación criminal no convencional se debe contar con sistemas de control y prevención efectivos y de nuevo tipo, no solo en el sector público, sino también en el privado, pues la mayoría de los mecanismos habituales de prevención y enfrentamiento no lo son de aplicación en la forma en que tradicionalmente se han concebido. Sin embargo, tampoco deben ser desechados en toda su extensión.

Como tendencia internacional, en el caso de los delitos no convencionales, se ha optado por el recrudecimiento de las sanciones penales, el empleo de técnicas especiales de investigación y la prevención únicamente por medio del entorpecimiento de su comisión y la persuasión de los posibles criminales con la amenaza de un castigo.

En delitos no convencionales, como el blanqueo de capitales, las políticas de prevención y enfrentamiento están dirigidas mayormente a reducir el daño causado por este, y hacen hincapié en la reducción de las oportunidades para delinquir y en el fortalecimiento de las normativas y sistema legales.

La concepción de sistemas o estructuras capaces de detectar e identificar con eficacia la presencia de capital ilícito previene a los criminales de contaminar los sistemas financieros legales con dichos caudales, aunque es conocido que este fenómeno puede alcanzar a todos los sectores de la economía. El conocimiento general del hecho de que existen estructuras dedicadas al rastreo de los fondos o bienes, y que se cuenta con sistemas de información eficaces que permiten conocer el origen y destino final de estos, así como comprobar la trazabilidad de las operaciones, son, sin duda, aspectos que disuaden a los blanqueadores de utilizar el sistema bancario y financiero con fines de blanquear su capital.

La existencia de normativas institucionales como las analizadas, que establecen controles rigurosos y monitoreo del movimiento de capitales, hace

que el blanqueador tenga que esforzarse más para enmascarar el origen ilegítimo de sus recursos y desarrollar nuevos métodos y técnicas para ello. Asimismo, se obstaculizan las oportunidades que brinda el secreto bancario estricto, al ser levantado a los fines de la investigación de presuntas operaciones de blanqueo. En consecuencia, las estructuras de supervisión instauradas hacen mayor, para el infractor, el riesgo de ser detectado.

Estos obstáculos de orden fáctico no son más que técnicas de prevención situacional; sin embargo, las estrategias preventivas de tan trascendente fenómeno no deben limitarse a esa única esfera.

El jurista alemán Winfried Hassemer alerta que una multiplicación descontrolada de estas medidas puede conducir al aumento de la distancia social y obstaculizar las relaciones a nivel comunitario. Señala que ello es común en las sociedades con reducida o nula prevención social y altas tasas de criminalidad.

El crimen es un problema social y, por tanto, requiere una intervención multidisciplinaria para neutralizar sus causas y aminorar sus efectos.

No se deben desechar, en modo alguno, las técnicas de prevención situacional, que deben imperar sobre todo en el ámbito bancario y financiero, para evitar el uso del sistema legal en operaciones de blanqueo, mas tales técnicas, por sí solas, no resuelven el problema, sino que desplazan esa delincuencia.

La obstaculización del blanqueo de capitales es solo una solución inmediata y parcial al problema, pero la gravedad mayor radica en los delitos previos, muchas veces vinculados al crimen organizado, por lo que se requiere de otras medidas preventivas que ataquen las causas y consecuencias del delito, además de combatir la delincuencia precedente.

En virtud de lo anterior, además de sistemas estructurales eficaces de obstaculización del delito, y captación eficiente de la trazabilidad de los movimientos de capitales, mediante la ejecución de monitoreos y controles efectivos, y la cooperación interinstitucional e internacional en el cumplimiento de tales misiones, se deben potenciar, también, medidas consustanciales a la subjetividad del hombre, desde el plano moral y motivacional, ya sea de los operadores del sistema, ya de personas ajenas a este.

En resumen, los mecanismos y estrategias existentes para la prevención del blanqueo de capitales están encaminados a prevenir ese fenómeno de forma situacional esencialmente, pero en el escenario económico-social actual se requiere de una prevención social y multilateral que atienda, también, las causas del delito y evalúe todos los factores criminológicos. A pesar de que Cuba no es un territorio atractivo para el lavado de activos y que su sistema antilavado está en correspondencia con las principales normativas internacionales, no existen medidas de prevención primaria ni terciaria encaminadas a prevenir este tipo de modalidad criminal, en cuyo terreno se puede trabajar y avanzar mucho.

La prevención del lavado de activos puede y debe ser de corte situacional, pero nunca de forma exclusiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Pastor y Eguidazu Palacios: «La prevención del blanqueo de capitales», en *Cuadernos de Formación*, vol. 3, Aranzadi, Navarra, 2007.
- Anthony, Carmen: «Algunos aspectos de la prevención de los delitos no convencionales» (ponencia, Curso Internacional de Criminología), La Habana, julio de 1987, en <http://produccioncientificaluz.org/index.php/capitulo/article/viewFile/4046/4045>, [consulta: 13/04/16].
- Armienta Hernández, Gonzalo et al.: *El lavado de dinero en el siglo XXI, una visión desde los instrumentos jurídicos internacionales, la doctrina y las leyes de Latinoamérica y España*, UNIJURIS, México, 2015.
- Blanco Cordero, Isidoro et al.: *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, 3.ª ed., 2014.
- Camacho, Jesús: «La prevención del delito situacional», en http://www.popcenter.org/library/pdfs/espanol/scp_esp.pdf [consulta: 9/03/16].
- Caparrós, Fabián: *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colet, 1998.
- Carranza, Elías: *Criminalidad ¿prevención o promoción?*, Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica, 1994.
- Clarke, Ronald: *Situational Crimen Prevention: Successful Case Studies*, Albany, NY, Harrow and Heston, 1992.
- De Armas Fonticoba, Tania et al.: *Criminología*, Editorial Félix Valera, La Habana, 2004.
- De la Cruz Ochoa, Ramón: «Crimen organizado, delitos más frecuentes, aspectos criminológicos y penales», 2006, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2263/1.pdf> [consulta: 14/04/16].
- Díez Ripollés, José Luis: «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994.
- Fleitas Villareal, Sandra: «El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos, su regulación en la legislación uruguaya», en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Fleitas-Villarreal-El-bien-juridico-tutelado-en-el-delito-de-lavado-de-activos-su-regulacion-en-la-legislacion-uruguaya.pdf> [consulta: 21/03/16].
- Hassemer, Winfried: «Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad», en *Tesis y Razones*, año 9, no. 14, San José (Costa Rica), diciembre de 1997.
- Marengo, Federico: «Aspectos generales del lavado de activos», en *Pensamiento Penal*, <http://multimediosunion.com.ar/autores/federico-marengo> [consulta: 4/04/16].
- Martel Sotolongo, Esteban: *Supervisión bancaria*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2015.

- Mascarós, Julio César: *Historia de la banca en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2003.
- Pacheco de Carvalho, Themis María: «La ocasión hace al ladrón. La prevención de la delincuencia por medio de la prevención situacional», en <http://www.derecho-penalonline.com/derecho.php?id=27,81,0,0,1,0> [consulta: 17/11/16].
- Pleé, Raúl Omar: «Investigación patrimonial en materia de lavado de activos con fines de decomiso» (ponencia, Convención Internacional contra las drogas y legitimación de capitales), Editorial Grupo CDupuy, Caracas, 2010.
- Prado Saldarriaga, Víctor: *La criminalidad internacional de lavado de dinero: sus alcances regionales y nacionales*, Lima, 1994.
- Rodríguez Villar, P. y M. Bermejo: *Prevención del lavado de dinero en el sector financiero*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.
- Sartoris, Mariano Mauro: «Lavado de activos de origen delictivo; Las tesinas Belgrano», en *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, no. 171, Universidad de Belgrano, abril de 2005.
- Summers, Lucía: «Las técnicas de prevención situacional del delito aplicadas a la delincuencia juvenil», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, no. 1, Madrid, 2009.
- Tondini, Bruno: «Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos», en http://www.caei.com.ar/sites/default/files/20_7.pdf [consulta: 14/04/16].
- Torres Aguirre, Armando: «La internacionalización del lavado de activos», en *Revista del Banco Central de Cuba*, año 18, no. 3, La Habana, 2015.
- _____: «Lavado de activos: regulación jurídico-penal en Cuba», en *Revista del Banco Central de Cuba*, año 18, no. 4, La Habana, 2015.
- Villanueva, Juan Luis y Napoleón David Beras Hernández: *Lavado de activos en la República Dominicana*, CONAEJ, Santo Domingo, 2011.
- Zaragoza Aguado, Javier: *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN CUBA

*M.Sc. Carlos Manuel Díaz Tenreiro, juez profesional,
Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TSP*

*Dra. Yanet Alfaro Guillén, Prof. auxiliar,
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana*

ENTRE LOS DICTADOS más significativos de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo (SCA) del Tribunal Supremo Popular (TSP) correspondientes al período 2012-2015, destacan los que dirimen conflictos en torno a la concertación contractual de la compraventa de viviendas. La viabilidad normativa de este trascendental negocio jurídico puso fin a décadas de violación de limitaciones a la transferencia por venta del bien inmueble más importante para el individuo. Proliferaban transacciones privadas sin amparo legal, encubiertas en donaciones matizadas por la alteración de sus presupuestos de autorización administrativa previa, bajo coberturas testamentarias aparentes y débiles apoderamientos o, simplemente, sin acogerse a alternativa alguna de eventual protección.

Con la entrada en vigor del Decreto Ley No. 288, de 2011, modificativo de los artículos 69 y 70 de la Ley general de la vivienda (LGV), entre otros, se flexibilizaron los contratos de permuta y donación, en el sentido de suprimir los requerimientos controlables por las direcciones municipales de la Vivienda como mecanismo legitimador de la contratación bajo estas modalidades. Al tiempo, fue sustituido el derecho de tanteo cual garantía de adquisición preferente y generalizada del Estado¹ para adquirir viviendas cuyo propietario estuviese interesado en su venta. De este modo, la vivienda en Cuba transitó de bien de tráfico notablemente limitado a bien en el comercio sujeto a regulaciones contractuales generales, aunque con la subsistencia de limitaciones específicas, como la forma de pago y la que protege a los convivientes, cual reminiscencia de la supremacía del derecho ocupacional, determinante del régimen jurídico de estos bienes en la legislación anterior y, sobre todo, como expresión de la subsistente tutela a situaciones de desamparo habitacional que no puede atender el Estado en exclusiva. No obstante, la compraventa de viviendas en Cuba entre particulares constituye una alternativa contractual de libre elección por los interesados y, en ello, radica el fundamental viraje de su concepción normativa.

¹ Esta limitación, devenida prohibición, tiene sus orígenes en las facultades que la Ley de reforma urbana, dictada en 1960, confirió a los consejos, para el ejercicio del derecho de tanteo ante la oferta de venta del propietario interesado, cuestión que hubiese podido calificar de temporal, pero tuvo medio siglo de vigencia.

El período precedente, gestante de contrataciones informales, inviables en su tiempo e imperfectas en cuanto a estipulaciones o contenido, a la luz de la vigente norma, reporta un remanente de casos que inciden en la radicación de los tribunales y generan pronunciamientos que pautan el régimen jurídico del contrato de compraventa, a toda luz desprovisto de contundencia desde el ámbito de la previsión normativa y de una trayectoria de solución de casos que propicien una adecuada atención a las controversias actuales.

Es así que los juzgadores, a partir de los eventuales sometimientos de asuntos a control del foro, han venido trazando pautas interpretativas a las que habrá que atender como guías preliminares en el estadio actual de la dinámica de la institución en análisis. En ningún caso, constituyen criterios inmutables, ni siquiera pilares del régimen en construcción, por lo novedoso de las emisiones y la constante revisión a que son sometidas, no solo desde la óptica que el juzgamiento ofrece, sino también, y de manera fundamental, en el escenario de la ejecutabilidad del fallo. En cambio, valen como luces o muestras esenciales del camino que ha de irse construyendo en la operatividad del tráfico jurídico, a partir de la incidencia conflictual, las tendencias de los contratantes y la interpretación integradora, evolutiva y contextualizada de los preceptos reguladores.

El ámbito en el que se despliega la actividad jurisdiccional que se analiza se caracteriza por lo cambiante del sustrato socioeconómico y cultural imperante; por el incremento de la radicación y la complejidad de los asuntos, como causa de un conjunto de acciones tomadas por la dirección del sistema judicial para la adecuación contextual; por las numerosas y esenciales modificaciones legislativas, reflejos de cambios en la dinámica de la contratación privada en Cuba y, esencialmente, generadoras de nuevas tendencias de conflictividad. Todo ello encuentra en el proceso un espacio de realización de las expectativas de los justiciables, signado por la gestación de su reforma, bajo la iniciativa y puesta en práctica por la dirección del Sistema de Tribunales, mediante la adopción, por el Consejo de Gobierno (CG) del TSP de la Instrucción No. 217, de 17 de julio de 2012.

En otro orden, la caracteriza la solución de litigios judiciales sobre los contratos de compraventa de vivienda de residencia permanente, la significativa confrontación entre la existencia de ambigüedades y omisiones de la preceptiva legal y la ascendente necesidad de dirimir controversias cada vez más complejas, cuyos matices no avizoró el legislador.

ANÁLISIS NORMATIVO

El Artículo 70 de la LGV, modificado por Decreto Ley No. 288, de 2011, proporciona la viabilidad normativa de la compraventa privada de la vivienda de residencia permanente como figura de libre concertación, mediante la

siguiente previsión: «La transmisión de la propiedad de una vivienda por compraventa, entre personas naturales, se formaliza directamente ante notario con sede en el lugar donde se encuentre enclavado el inmueble, por el precio que libremente acuerden las partes».

Habrà que admitir, no obstante, la subsistencia de un régimen especial para esta modalidad contractual, a partir de:

- Inclusión de la figura negocial entre el articulado de la LGV, como cuerpo normativo de carácter especial.

- Generalizada vinculación entre la atribución de específica competencia notarial y la ubicación territorial del inmueble objeto de los pactos transmisivos.

- Imposición de un exclusivo instrumento de pago emitido por el sistema nacional bancario.

- Previsión del requisito demostrativo de la inexistencia de adeudo con el banco a cuenta del vendedor, sobre la vivienda en cuestión.

- Protección, bajo previsión de efectos nulificantes, de los convivientes del vendedor.

- Reciente entrada en vigor del Decreto Ley No. 343, de 14 de diciembre de 2016, modificativo de los artículos 44, 203 y 211 de la Ley No. 113, de 23 de julio de 2012, del sistema tributario, en cuanto a la composición de la base imponible del impuesto sobre transmisión de bienes asociado al contrato de compraventa de vivienda, a partir de la relación entre el precio de venta declarado por los contratantes y la previsión de valores de transmisión referenciales.

La regulación positiva del contrato en estudio presenta las siguientes ambigüedades, que resultan fundamentales en la concepción de su régimen jurídico:

- Incidencia del cumplimiento del otorgamiento notarial. Lo determinan los desafortunados empleos de los términos *se formaliza directamente ante notario*, incluidos en el Artículo 70.3 de la LGV.

- Título de dominio únicamente notarial. Derivado de lo anterior, queda en terreno de duda la validez de las resoluciones judiciales como título de dominio (Cfr. Art. 4.7 de la Resolución No. 114, de 3 de julio de 2007, de la ministra de Justicia).

- Reconocimiento de contrato (vs) reconocimiento del dominio. Reciente confusión sometida a solución judicial, bajo la modalidad de pretensiones principal y subsidiaria, respectivamente, como reflejo de deficiente concepción normativa de la incidencia de la forma en la eficacia negocial.

Por su parte, constituyen omisiones trascendentales:

- La eficacia de los contratos anteriores a la permisión normativa. No se introdujo variante de transitoriedad.

- Concepto de vivienda. Incidencia en las modalidades contractuales de porciones inmobiliarias sujetas a revisión judicial.

Bajo este condicionamiento, nada favorable, se someten a control judicial acuciantes conflictos, a los que han debido atender los juzgadores con intención constructiva, además de componedora.

SOPORTE PROCESAL

Las controversias que condicionan la emisión de los pronunciamientos de venidas pautas constructivas del régimen jurídico del contrato de compraventa de vivienda están asociadas, en todos los casos, al reconocimiento judicial de su eficacia. De tal suerte, los cauces procesales que se proporcionan son el del proceso ordinario o el del sumario, según la ascendencia del precio aducido por los contendientes. Al ser la cuantía, en estos casos, el criterio atributivo de competencia, a partir de los artículos 5.1 y 6.1, en relación con el 223 a) y el 358.1, todos de la LPCALE, el elemento *precio*, la mayoría de las veces totalmente intrascendente para la solución del diferendo, condiciona la coexistencia de tramitaciones en las instancias municipal y provincial de casos similares en el orden fáctico.

La reforma en curso del proceso civil ofrece un cauce más favorable al sometimiento de estos litigios, por los importantes reportes del incentivo de la oralidad, el fortalecimiento del papel activo del juez en la conducción del proceso, el redimensionamiento del régimen cautelar y los esfuerzos por la rectoría de la inmediatez, si bien estos dos últimos están algo rezagados en relación con el resto. A pesar de las limitaciones de la regulación sustantiva antes reseñada, el soporte procesal de los conflictos que se exponen ofrece mejores alternativas para la composición del diferendo y para la satisfacción de las expectativas de quienes acuden al juzgador.

SUPUESTOS DE MAYOR INCIDENCIA EN LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

Aunque no son los únicos, los ejes conflictuales que se relacionan a continuación han sido los que con mayor frecuencia se radican en los tribunales del país, todos relacionados con las derivaciones del reconocimiento de la eficacia contractual:

- Eficacia de los contratos anteriores a la modificación normativa.
- Contratación en cadena o consecutiva.
- Formalización notarial de compraventas de viviendas previamente vendidas sin cumplimiento de formalidades legales.
- Convenios de venta sobre porciones inmobiliarias.
- Incumplimiento de formalidad notarial posterior a la previsión normativa.
- Conjunción de pretensiones reconocitivas del contrato y el dominio.

Veamos, entonces, los elementos de cimentación que proporcionan los dictados de la SCA, a partir de 2013, como resultado de recursos de casación civil interpuestos en procesos vinculados a las pretensiones anteriores.

Eficacia de los contratos anteriores a la modificación normativa

Los primeros conflictos que llamaron a las puertas de las salas o secciones de lo civil en las estructuras del sistema judicial fueron los reconocimientos de contratos de compraventas concertados en fecha anterior a la permisibilidad normativa. Con la formulación de sus objetos, se coloca al juzgador ante la disyuntiva de ponderar con acierto la relación entre la existencia de un vínculo contractual demostrado entre los contendientes; la prohibición del tipo negocial al tiempo de su realización, pero inexistente en el de la resolución judicial, en correlación con la irretroactividad de la norma jurídica civil; y la repercusión social de estos asuntos. Ciertamente, se integra el incumplimiento de un requisito de dos de los elementos esenciales, comunes objetivos del negocio jurídico, como causa de la relación contractual, que es la licitud del objeto y la causa.

Ante la suficiente demostración de los elementos personales y reales constitutivos del contrato de compraventa: identificación y ubicación de los sujetos como comprador y vendedor;² asociados a la determinación del bien enajenado y del precio pactado, la línea trazada por la SCA del alto foro cubano ha sido la de reconocer la eficacia del vínculo, a tenor de los siguientes elementos de alcance general, a partir de la Sentencia No. 46, de 28 de febrero de 2013:

- Fundamento garantista del recurso de casación. Cimentado desde el Artículo 120 de la Constitución de la República, resaltado por el Artículo 4 a) y e) de la Ley 82, de 1997, reguladores de los patrones de legalidad y amparo de intereses legítimos, matizados por el principio de independencia judicial.

- Vigencia de norma jurídica legitimadora de estos tipos contractuales en la fecha de la solución del conflicto, como expresión actualizada de una voluntad estatal renovadora y manifestación de la flexibilidad del principio de irretroactividad de las leyes civiles.

- Sentido de justicia, incidencia social de la situación conflictual.

² Desde la teoría general del contrato, puede concebirse la estructura de este tipo de negocio jurídico, a partir de un elemento personal, uno real y otro formal, destinatario de las más candentes discusiones en sede de venta inmobiliaria, a partir de las correspondientes previsiones normativas. Vid. Teresa Delgado Vergara: «Contratos onerosos traslativos del derecho de propiedad: compraventa y permuta», en *Derecho de contratos*, t. 2, pp. 6 y ss.

– Control del cumplimiento de los elementos del contrato, bajo el predominio del consensualismo en la regulación de estos negocios jurídicos en el Código civil (CC) cubano.³

– Prevención de consecuencias de actuaciones dolosas del sujeto empoderado.

– Aplicación de las disposiciones finales segunda y cuarta del Decreto-Ley No. 288, de 2011, en beneficio del sujeto más débil.

Atendiendo a las particularidades del caso, el propio pronunciamiento deja definido los siguientes baremos de control:

– Suficiencia probatoria en cuanto a la específica comprobación de los elementos del contrato: consentimiento, identificación del bien, precio,⁴ pago, entrega.

– No aplicación de las sanciones administrativas previstas en su tiempo para este tipo de transacción.

Como resultado del despliegue de la función de conocimiento del juez, fueron estos los sustentos para dotar de eficacia a los contratos de compraventa, cronológicamente ubicados en fecha anterior a la liberación normativa de la figura. *Vid. Sentencia No. 46, de 28 de febrero de 2013 (primer considerando):*

Que, el motivo único en que se sustenta el recurso, con amparo en el apartado primero del artículo seiscientos treinta de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico debe prosperar, habida cuenta [de] que, del análisis de las actuaciones se constata situación fáctica consistente en la concertación de contrato de compraventa de vivienda realizado entre las partes en mil novecientos noventa y ocho, por convenido precio ascendente a cinco mil dólares americanos, cuyos efectos entonces estaban vedados de eficacia de conformidad con prohibición normativa vigente, que a la fecha, por expresa voluntad estatal fue derogada, y en el específico supuesto que se trata, no aplicada por autoridad competente a los sujetos involucrados, la disposición especial séptima de la Ley general de la vivienda, irrefutable resulta la marcada injusticia que trae consigo no atribuirle a la relación negocial entre los litigantes instituida, los favorables efectos que la novedosa norma inmobiliaria les reconoce de cara a formalizar el contrato realizado con la obtención de pertinente titularidad a favor del comprador, quien erogó suma dineraria que satisfizo al vendedor a la sazón de la venta, y su negación de acudir ante fedatario para revestir de

³ Vid. Nancy de la Caridad Ojeda Rodríguez: «La forma del contrato versus la legitimación para contratar», en *Perspectiva actual del Derecho procesal (civil y administrativo) en Cuba*, pp. 252 y ss.

⁴ Sobre la certidumbre del precio, como elemento esencial especial del contrato de compraventa, *vid.* Aida Kemelmajer de Carlucci: «El contrato de compraventa como paradigma contractual. La visión del Derecho comparado», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 40, pp. 146 y ss.

eficacia jurídica el acto de disposición del bien, entraña actuar doloso en el vendedor, que no puede quedar tutelado en el justo momento en que el legislador erige en norma jurídica la voluntad del Estado de proteger los actos de transmisión de la propiedad entre personas naturales sobre bienes de la presente naturaleza; pues sobrevienen relevantes en el presente caso, elementos de juicio que dejan sentado el negocio de que se trata, a saber, el abandono de ocupación del bien por su titular desde hace más de catorce años, con expresa renuncia a continuar domiciliado en el Registro de direcciones del lugar, la efectiva entrega del dinero pactado en dos cuantías de dos mil quinientos dólares americanos, cada una, que recibiera conteste como contraprestación, y la ejecución por la inconforme de múltiples acciones de remodelación que se traducen en actos de dominio, así permitidos por aquel al dejar el inmueble a su plena disposición, los que unidos a que el negocio jurídico de compraventa, siempre reconocido en la ley inmobiliaria, primero con la exigencia del pertinente ejercicio del derecho de tanteo que le asiste al Estado de forma preferente, sobre los inmuebles objeto de venta entre particulares, y a posteriori, con la modificación que le introdujo el decreto-ley doscientos treinta y tres de dos de julio de dos mil tres, solo a favor del Estado, mediante el correspondiente pago del precio legal a su propietario, requisitos que de no cumplirse enervaban entonces la eficacia del contrato, pero suprimidos como han sido para la virtualidad del negocio, procede la debida aplicación de las disposiciones finales segunda y cuarta del decreto-ley doscientos ochenta y ocho de veintiocho de octubre de dos mil once, en beneficio de los sujetos intervinientes en el mismo.

Segundo considerando:

Que, en irrestricta observancia de la premisa que consagra el artículo ciento veinte de la Constitución de la República, que encarga la función de impartir justicia al Tribunal Supremo Popular y a los demás que la ley instituye, remitiendo al tiempo a la ley orgánica en todo lo concerniente a los objetivos de la actividad judicial, definidos en el artículo cuatro de la ley ochenta y dos de mil novecientos noventa y siete, que en sus incisos a) y e), se realza con importancia capital el de cumplir y hacer cumplir la legalidad socialista y amparar los intereses legítimos de los ciudadanos, proclamando el aludido texto constitucional en su artículo ciento veintidós la independencia de los jueces en sus funciones y su obligación de apego a la ley, de lo que sigue entender que, siendo la casación un medio que garantiza a las partes la defensa de sus genuinos derechos, su alcance es mucho más trascendental, ya que tiende a restituir el imperio de la ley quebrantada o vulnerada, por error, al apreciar el sentido y alcance de un precepto, o por incongruencia en la subsunción de los hechos en la norma aplicable, de ahí que sea obligado estimar que la casación, al mismo tiempo que se nutre de un elemento jurisdiccional lleva implícita la esencia política que le reserva el objetivo de velar por la pureza en la aplicación o interpretación de la norma vigente en todo el

territorio nacional; razones todas que dejan configurada la infracción que se identifica en el amparo que toma la casacionista como apoyo de su inconformidad, y determinan la estimación del estudiado motivo.

Considerando (segunda sentencia):

Que, por los propios fundamentos del considerando de la sentencia de casación que se dan por reproducidos, debe prosperar la pretensión deducida por la actora, habida cuenta [de] que, al quedar probada la existencia del contrato de compraventa, revestido de los elementos esenciales que lo dotan de eficacia jurídica, mediante la entrega del bien y el pago del precio convenido entre las partes, ascendente a cinco mil dólares americanos, y atendiendo a que ello no extravasa el marco de realización de pretensio negocio de transmisión dominica de un inmueble, concertado entre particulares con soslayo del derecho preferente que al respecto por disposición legal le venía reconocido al Estado, con consecuencia exclusivamente de carácter administrativa, ese proceder no alcanza connotación del supuesto previsto en el artículo ochenta y uno del Código civil, unido a la no concurrencia sobre los sujetos intervinientes en el negocio jurídico de sanción administrativa prevista en la disposición especial séptima de la Ley general de la vivienda, como lógica consecuencia de válida declaración de ilicitud del referido acto por autoridad competente, así como la negativa del demandado para viabilizar su perfeccionamiento ante fedatario público, se erigen circunstancias atendibles en lo que concierne a que los efectos que le son inherentes, adquieran toda virtualidad jurídica a partir de la vigencia del decreto-ley doscientos ochenta y ocho de treinta y uno de octubre de dos mil once, modificativo del artículo setenta de la Ley general de la vivienda, mandato que introduce toda absolución de medida sancionadora sobre los actos de disposición que genera la autonomía de la voluntad de las personas sobre la vivienda [de] que devienen titulares en los actos de trasmisión de la propiedad, de conformidad con la previsión contenida en el artículo dos de la citada norma complementaria, cuyo sentido y alcance protege su interés, es así, que apreciado el material probatorio obrante en los autos en su integridad e individualmente, con sujeción a la premisa que estatuye el artículo cuarenta y tres de la ley de trámites civiles, es de estimar la pretensión deducida con los pronunciamientos que a continuación se consignan.

Contratación en cadena o consecutiva

Tiene lugar cuando la descripción fáctica que contiene la demanda no se limita a consignar la existencia de un supuesto convenio de venta, sino que se relacionan sucesivas transmisiones que culminan con la que involucra al promovente como aducido comprador, lo que motiva la promoción judicial. Al respecto, la sala ha extremado cuidados en los ámbitos siguientes:

Procesal: Imprescindible la intervención, como demandados, de todos los intervinientes en las transacciones que se narran de forma consecutiva para la válida constitución de la relación jurídica procesal, en virtud de la incidencia del resultado del proceso en las esferas jurídicas de cada uno de ellos.

Sustantivo: El resultado exitoso del proceso presupone el reconocimiento y la titulación de los contratos precedentes porque ello supedita la eficacia de estos, pretendida por los accionantes.

Así ha dispuesto la sala, a partir de la **Sentencia No. 631, de 30 de septiembre de 2014 (único considerando)**:

Que el primer motivo del recurso, amparado en el apartado nueve del artículo seiscientos treinta de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, acusando como infringidos los artículos cuarenta y tres, en relación con el trescientos cuarenta y ocho, ambos de la propia ley adjetiva, debe acogerse, toda vez que resulta cierto que del examen de la prueba testifical practicada a instancia del recurrente, que se valora separadamente y en relación con los demás medios probatorios aportados, conforme a las reglas y principios determinantes de su eficacia, se constata que se ha cometido error con trascendencia al fallo al apreciar de modo irracional su eficacia, toda vez que quedó acreditado de forma indubitada, que el demandado no recurrente [...] se desposeyó de la moto de su propiedad desde fecha no bien precisada, pero con anterioridad al año dos mil nueve, mediante un acto de compraventa que efectuó con el también demandado [...], quien a su vez la transmitió al recurrente en igual operación contractual de compraventa, por la suma de cincuenta mil pesos, moneda nacional, quedando por acreditada una situación de hecho que se corresponde con un contrato de compraventa de tracto sucesivo, del que puede derivarse un efecto jurídico en correspondencia con las disposiciones contenidas en el artículo trescientos treinta y cuatro del vigente Código civil, en relación con el decreto número trescientos veinte que entró en vigor en tres de enero de dos mil catorce, distinta a la que se tomó en cuenta para dictar sentencia; lo que impone [que] se acoja el amparo escogido y, consecuentemente, procede casar la controvertida sentencia.

Considerando (segunda sentencia):

Que valoradas las pruebas practicadas en el proceso, de conformidad con la eficacia que les conceden las normas que las rigen, por separado y de conjunto, según las reglas y principios determinantes de su eficacia, se constata que quedó debidamente acreditado que el demandado [...] enajenó la moto de su propiedad desde fecha no bien precisada, pero con anterioridad al año dos mil nueve, mediante un acto de compraventa que efectuó con el también demandado [...] quien a su vez la transmitió al recurrente en igual operación contractual de compraventa, por la suma de cincuenta mil pesos, moneda nacional, lo que se negó por dicho propietario

al contestar la demanda y después en el acto de la comparecencia, ofreciendo versiones distintas, en que involucró a otros compradores anteriores y alegó un supuesto pacto de retroventa, que no pudo demostrar con la prueba propuesta a dicho fin; afirmando en definitiva que en cierto momento estuvo de acuerdo en hacer el traspaso, pero después se arrepintió, al no ser la persona que demanda a quien le efectuó la venta de la referida moto, pues según argumentó en la comparecencia a que se contrae el artículo cuarenta y dos de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, en sede judicial, al intentar el traspaso el actor le ofreció una suma de dinero como regalo, en ínfima cuantía, que no aceptó, ante cuyo proceder es forzoso estimar que ha quedado demostrado el contrato de compraventa en la modalidad de tracto sucesivo, que debe validarse en correspondencia con lo dispuesto en el artículo trescientos treinta y cuatro del Código civil, al dotar de legitimación a los concurrentes al proceso para elucidar el conflicto, en correspondencia con las nuevas normativas que contiene el decreto número trescientos veinte que entró en vigor en tres de enero de dos mil catorce, porque en la actualidad, resultan aplicables por extensión en el tiempo los efectos del acto jurídico mencionado, a tenor de las normas reguladoras de la compraventa y donación, que se estipulan en el nuevo cuerpo legal, a lo que cabe agregar entonces, que es posible el reconocimiento del contrato, atendiendo al momento en que se produce el conflicto y al interés tutelado por las mencionadas disposiciones en la materia, lo que obliga a resolver accediendo a la pretensión formulada, en la forma que más adelante se dirá.

Sin embargo, en este caso, el juzgador no llegó a exonerar como parte del fallo a los intervinientes en las transmisiones anteriores del trámite notarial, ni a dejar sentada la cualidad de la sentencia estimatoria como título de dominio porque la condena que contiene el fallo se limita a la obligatoriedad del último vendedor de concurrir ante notario público para el otorgamiento de la escritura correspondiente:

Fallo:

Declarar con lugar la demanda establecida contra [...] y en consecuencia se reconoce el contrato de compraventa de la moto modelo MZ, tipo paseo [...], propiedad del demandado [...], el que debe comparecer ante notario público a perfeccionar el contrato de compraventa referido, en favor del actor [...], lo que de no cumplirse será verificado por el tribunal, sirviendo la presente resolución como título traslativo de dominio a todos los efectos legales, previo el pago de los impuestos correspondientes, si procediere. Sin imposición de costas procesales.

El asunto no resulta nada pacífico. La consideración de la sentencia como título de dominio no ha sido el criterio seguido por la judicatura en sede de compraventa de viviendas. Sin embargo, la conminación de cada uno de los involucrados en las transmisiones precedentes, a concurrir a

cumplir la controvertida instrumentación notarial, pudiera llegar a frustrar la realización del derecho reclamado por el actor, tanto como la desestimación de su demanda, por la altísima envergadura de su verificación. En última instancia, de este puntual acápite deriva una interesante deuda de los juzgadores, con la edificación que vienen desarrollando.

Formalización notarial de compraventa de viviendas vendidas sin cumplir formalidades legales

Se trata de supuestos de dobles o múltiples ventas u otras variantes de transmisión, de modo que, no obstante la existencia de concertaciones de compraventas desprovistas de la formalidad notarial, el titular documental del bien lo enajena, mediante concertación posterior –o más de una–, en la que se cumplen los requerimientos formales que establece la norma. Este acontecer genera una insatisfacción en el supuesto comprador originario que, en la mayoría de los casos, no alcanza el resultado deseado por la indebida formulación del objeto del proceso.

Los fundamentos desestimatorios de alcance general de la tesis judicial han sido:

- Carencia de facultades dominicas sobre el bien al que se contrae el conflicto, a cargo de quien se demanda como propietario. Soslayo del Artículo 129 del CC y del objeto de la transmisión que prevé el 334 del propio cuerpo normativo.
- Improcedencia de la constitución de una situación de doble titularidad en concepto de propiedad por sujetos y vías de adquisición diferentes.
- Detección y rechazo de la situación descrita por el control público registral determinante de nulidad posterior.
- Inseguridad jurídica y potencial en afectaciones a terceros.

Al respecto, *vid.* **Sentencia No. 359, de 16 de junio de 2015, de casación (único considerando):**

Que el segundo motivo que integra el recurso debe prosperar, toda vez que amparado en el ordinal noveno del artículo seiscientos treinta de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, acusa infracciones en la valoración de prueba documental, que advierte esta sala a partir del examen de la escritura pública [...] contentiva de contrato de donación concertado entre el recurrente y la propietaria anterior del inmueble, lo que constituye incuestionable acreditación del importante extremo consistente en la carencia de titularidad sobre el bien cuyo reconocimiento de la propiedad se interesa, a cargo de quien se demanda en calidad de vendedora, y revela el desacierto contenido en la sentencia interpelada al estimar pretensión declarativa del perfeccionamiento de contrato de compraventa entre el promovente y una de las demandadas, al tiempo en que esta última había formalizado contrato de donación con el ahora recurrente, de modo que

se integra supuesto de falta de apreciación probatoria con trascendencia a la convicción que, en cuanto a la vigencia de distorsionada situación de hecho, arribó la sala juzgadora, constitutivo del éxito del amparo escogido.

Único considerando (segunda sentencia):

Que analizadas como han sido las actuaciones, entendemos los actuantes que la demanda establecida no puede prosperar porque pretende quien promueve el reconocimiento de contrato de compraventa de vivienda que aduce haber concertado con la demandada, que integra la relación procesal en calidad de vendedora, sin tener en cuenta que tal estatus tiene como ineludible presupuesto la vigencia de titularidad dominica sobre el bien objeto de transferencia, lo que no acontece en este caso, en el que con anterioridad a la promoción se formalizó contrato de donación entre los demandados que no ha sido previamente impugnado por la promotora desde su posición de supuesta titular de la vivienda, a partir de su precedente adquisición en virtud de la compraventa cuyo reconocimiento pretende estado de cosas al que resultaba obligada, dada la adversidad que generaría la vigencia de doble titularidad sobre el mismo inmueble que pudiera generarse, lo que sería de inmediato advertido por el control estatal mediante la calificación registral, que con motivo del tracto inmobiliario desestimaría su inscripción, a más de los reportes que a la inseguridad jurídica y a la vulneración de derechos de terceros pudieran producirse, todo lo cual y en atención a lo que regulan los artículos ciento veintinueve y trescientos treinta y cuatro del Código civil, condiciona el fracaso de la demanda en examen.

La adecuada reclamación en estos casos es la que combina la pretensión de reconocimiento de la eficacia del contrato de compraventa que se aduce concertado sin el cumplimiento de los requisitos de forma, pero en fecha anterior al que fue perfeccionado, bajo el acatamiento de todos los presupuestos formales, con la impugnación de este último como derivación sucesiva e imprescindible del éxito de la primera. La exclusividad de la solicitud reconocitiva impide el éxito pretendido por los propios fundamentos antes indicados.

Convenios de venta sobre porciones inmobiliarias

No son pocas las demandas que describen concertaciones contractuales del tipo estudiado sobre partes de viviendas, como plantas superiores, porciones posteriores o laterales, generalmente resultantes de ampliaciones constructivas o, simplemente, de espacios físicamente segregados del otrora único inmueble.

La negación de tutela a estas alternativas de contratación se integra por los siguientes elementos de alcance general:

– Especialidad del régimen jurídico de la vivienda como bien inmueble por excelencia y, consecuentemente, de su compraventa, según el Artículo 70 de la LGV, modificado por Decreto Ley No. 288, de 2011, y disposiciones complementarias.

– Integración del concepto de vivienda como bien objeto de estos contratos: «[...] unidad inmobiliaria que incluye el avituallamiento que requiere la satisfacción de las necesidades vitales de alimentación, higiene corporal y ambiental y descanso en la cotidianeidad [sic]».

– Presupuesto registral.

– Política impeditiva de la proliferación de vulneraciones al orden urbanístico territorial.

– Inmuebles que no se integran al ornato como viviendas independientes (acceso/servicios).

En este sentido, *vid.* **Sentencia No. 882, de 22 de noviembre de 2016, de casación (único considerando):**

Que el segundo motivo original que sustenta el recurso, establecido al amparo del ordinal nueve del artículo seiscientos treinta de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, debe prosperar, toda vez que acusa con acierto infracciones en la valoración de importante resultado documental alcanzado en el proceso, devenido antecedente investigativo del caso a cargo de la organización política a la que pertenece la inconforme, del que resulta la exclusión de la concertación contractual que tuvo por probada la sala juzgadora sin hacer referencia alguna entre los sustentos de la sentencia interpelada, a las razones desestimatorias de esta importante prueba, no obstante lo cual y con independencia del resto de las derivaciones de probanza que se constatan en las actuaciones provinciales, advertimos los actuantes que el juzgamiento incurre en notable soslayo de la especialidad del régimen jurídico del contrato de compraventa de la vivienda de residencia permanente, determinada por las específicas previsiones del artículo setenta de la Ley general de la vivienda y disposiciones complementarias para este tipo contractual, en todo caso denominativas del bien objeto de la obligación de entrega como vivienda, entendida cual unidad inmobiliaria que incluye el avituallamiento que requiere la satisfacción de las necesidades vitales de alimentación, higiene corporal y ambiental y descanso en la cotidianeidad [sic], y sobre todo preceptivos de la inscripción del bien [en] el Registro de la propiedad, requisito que presupone la actualidad y vigencia de la titularidad a cargo del vendedor, estados de cosas que no se verifican en este caso porque el inmueble objeto de la petición consiste en una porción de la vivienda de la que resulta propietaria la recurrente, con una denominación y funcionalidad en el título correspondiente que difieren de lo que constituye en la actualidad tras el desempeño constructivo del que ha sido destinataria, situación que distancia al controvertido espacio del

objeto de la obligación de entrega que dimana del contrato sometido a control judicial y que indebidamente validó la sala juzgadora, razones en las que estriba la comprobación de una situación de hecho distinta a la juzgada en cuanto a las particularidades mobiliarias de la relación sujeta al reconocimiento que proporcionan las resoluciones judiciales para la eficacia debida y en consecuencia debe ser estimado el recurso.

Único considerando (segunda sentencia):

Que analizadas como han sido las actuaciones, en especial la correlación y suficiencia entre las alegaciones de parte y los resultados probatorios obtenidos, advertimos los actuantes que lo pretendido por los promoventes en cuanto al reconocimiento del contrato de compraventa que aducen haber concertado con su contraria no puede prosperar porque, desde los hechos promocionales, se califica por los propios actores al bien objeto de los pactos contractuales como habitación de uso múltiple, integrante [...] del inmueble propiedad de la demandada, sin que, según fue razonado en la sentencia de casación, pueda validarse por quienes juzgan la modalidad contractual invocada en atención a la especialidad del régimen jurídico de que es destinataria, por el imperio de específicas previsiones normativas que traen causa de su objeto, consistente en vivienda como bien cuyos trascendentales fines y notable incidencia en la vida del conglomerado social acarrear el despliegue del control estatal sobre su uso, administración y disposición, de suerte que no se contempla como parte de estas regulaciones la posibilidad de la enajenación parcial de estos bienes, cual política impeditiva de la proliferación de vulneraciones al orden urbanístico territorial derivadas de adquisiciones domínicas sobre bienes que no se integran al ornato como viviendas independientes o que no cumplen los requisitos de acceso o de servicios fundamentales de abasto de agua, desagüe y dimensiones exigibles para su habitabilidad, a todo lo cual se adiciona el puntual inconveniente que concurre en este caso, en cuanto a la carencia de titularidad demostrada a cargo de la demandada sobre el espacio al que se asocia la contratación, habida cuenta [de] la importante transformación constructiva que posee en relación con la referencia que le corresponde en el título de propiedad del inmueble al que pertenece, aspectos que quebrantan los postulados del artículo setenta de la Ley general de la vivienda y disposiciones complementarias a este precepto y con ello decaen las posibilidades de estimación de lo peticionado.

Incumplimiento de formalidad notarial posterior a la previsión normativa

Desde el ámbito académico, se avizoró la probabilidad de la concertación de contratos de compraventa de la vivienda de residencia permanente, al

margen del otorgamiento de la correspondiente escritura notarial, prevista como elemento formal desde la letra del Artículo 70.3 de la LGV.⁵ Sin embargo, el establecimiento de demandas con el objetivo de obtener un resultado reconocitivo del contrato, en estos casos, supuso un nuevo reto para el juzgador cubano. La cuestión esencial a dilucidar es la calificación de la incidencia de la instrumentación notarial en la eficacia de la relación contractual. Coincidimos con la posición asumida por Delgado Vergara,⁶ cuando, en estudios precedentes, dejó sentado que, «aunque puede debatirse el rol que [desempeña] la forma en el juego de los artículos 313, 191.2 y 339 del Código y el artículo 70.3 de la Ley general de la vivienda, ya sea con un valor integrativo o con un valor de publicidad, sí resulta claro que la intención del legislador es la de solemnizar el negocio en su perfección». La autora se decanta del modo indicado a partir de la interpretación que ofrece de la terminología legal, en relación con un coherente engranaje con elementos determinantes de la teoría de la perfección del contrato.

En una primera aproximación, de forma indirecta, el TSP anunció la postura valorativa de la improcedencia de la resolución como causal de ineficacia de contrato de compraventa de vivienda, concertado con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto Ley No. 288, en 2011, sin el correspondiente otorgamiento notarial, cual presupuesto preliminar del reconocimiento de su carácter consensual: **Vid. Sentencia No. 536, de 18 de julio de 2016 (segundo considerando):**

Que en la propia línea de razonamiento, deben ser desestimados los motivos primeros original y adicional, amparados en el apartado uno del artículo seiscientos treinta de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, tomando en cuenta que las infracciones sustantivas que se acusan están sometidas al mismo análisis en cuanto a la insuficiencia probatoria sobre la efectiva concertación de la compraventa que se indica, de modo que se aleja la motivación casacional de la situación fáctica que sostiene el fallo que se recurre y con ello no se ajustan los inconformes a la técnica que esta causal del recurso exige, al tiempo que consecuentemente devienen inatendibles las previsiones normativas ante el deficiente substrato para su aplicación; y en la propia línea, la inexistencia de alegación actoral y sobre todo de prueba, respecto a los supuestos de hecho que condicionan la procedencia de la resolución obligacional como forma de extinción del contrato, institución que cuenta con un régimen jurídico que integran los principios de intangibilidad y obligatoriedad como expresión, primero, de la reciprocidad que en casi todos los casos caracteriza al flujo

⁵ Vid. Teresa Delgado Vergara: «La compraventa de viviendas en Cuba», en Leonardo Pérez Gallardo (coord.), *La compraventa como paradigma contractual*.

⁶ Vid. Teresa Delgado Vergara: «El contrato de compraventa en Cuba: ¿Contrato consensual, formal o solemne?».

de las obligaciones que lo componen y luego de la fortaleza del convenio que se adopta, tanto para proteger las posiciones de los contrayentes como para proveer la seguridad y estabilidad del tráfico jurídico en el que se inserte, lo que debió encontrar un preciso espacio en el ámbito de las alegaciones, con ostensible repercusión en el probatorio por no haberse dirigido la pretensión actoral al reconocimiento del vínculo contractual, si no [sic] a su extinción, de suerte que más allá de demostrar los elementos que lo componen, exigencia básica pero no exclusiva, debió proveer la acreditación de las causas que condicionan la petición extintiva, lo que no verificado determina que no se constaten los quebrantamientos que han sido infructuosamente acusados.

Posteriormente, la **Sentencia No. 669, de 21 de septiembre de 2016**, deja, finalmente, sentado el criterio de la sala (**único considerando**):

Que con notable desacierto atribuye quien recurre a la sala de juicio el haber dictado sentencia contentiva de errores que describe en los tres motivos del recurso que se analizan de conjunto por tratar en puridad similar cuestión, que no es otra que el desacuerdo de la parte impugnante con que culminase el pleito mediante el dictado de fallo estimatorio de la acción de reconocimiento del contrato verbal de compraventa de vivienda concertado entre las partes ahora contendientes en fecha no precisada del mes de octubre de dos mil trece, y es que no cabe dudar que los razonamientos que introduce el casacionista al presentar similares aristas de un mismo tema, centrados en elevar al rango de elementos de validez del negocio los contemplados en la redacción del artículo setenta del decreto-ley número doscientos ochenta y ocho de dos mil once, evidencian total abstracción de la esencia de las novedosas modificaciones que a la ley sustantiva especial en materia inmobiliaria introdujo la preceptiva aludida y sus normas complementarias, tendentes todas a la desregulación del control estatal sobre los contratos traslativos de dominio de inmuebles, lo que se materializa al eliminar prohibiciones y flexibilizar limitaciones en dichos actos de transmisión de la propiedad, de manera que se garantiza a los ciudadanos el ejercicio efectivo de sus derechos, entre los que no cabe dudar figura el de disposición sobre los bienes de propiedad personal a que se refiere la norma sustantiva civil, también refrendado en el artículo veintiuno del texto constitucional; a ello se debe adicionar la vigencia y prevalencia de lo postulado en el artículo trescientos trece del Código civil, que faculta al justiciable a acudir a los órganos de justicia en solicitud de tutela dirigida al completamiento de la formalidad requerida para determinado acto siempre que se deje debidamente acreditada la presencia del consentimiento y los demás requisitos necesarios para la validez de este, como en el caso aconteció, lo que equivale a legitimación para dotar el negocio de compraventa de la forma legalmente exigida mediante la instrumentación formal por mandato judicial previa prueba contundente respecto a los particulares de interés, de manera que se reafirma la

naturaleza no solemne, sino estrictamente consensual de tal tipo de contrato instaurado, a partir de la primacía del principio de autonomía de la voluntad y, al no desconocerlo la sentencia cuestionada, no incurrió en la vulneración denunciada, lo que fuerza al rechazo de los motivos examinados y, consecuentemente, se desestima el recurso establecido.⁷

- 7 En la propia línea, *vid.* el **segundo considerando de la Sentencia No. 978, de 30 de diciembre de 2016:**

Que tampoco puede prosperar el segundo motivo que compone el recurso porque, amparado en el apartado uno del artículo seiscientos treinta de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, acusa un conjunto de preceptos normativos en los que ampara el carácter consensual que atribuye al contrato de compraventa de vivienda en Cuba, lo que resulta acertado tomando en cuenta que la previsión del apartado tercero del artículo setenta de la Ley general de la vivienda no logra establecer la instrumentación notarial como un requisito formal constitutivo del contrato porque lo impide el desacertado empleo del término directamente que contiene la norma, de suerte que prevalece el régimen consensualista general que rige bajo la égida del artículo trescientos trece del Código civil cubano, no obstante lo cual [sic] la forma notarial impone una solemnidad ineludible a la eficacia de este tipo de acto jurídico, en los ámbitos de su oponibilidad frente a terceros y de su publicidad porque así lo exige el acceso al Registro de la propiedad, según el artículo cuatro, inciso seis de la resolución ciento catorce de tres de julio de dos mil siete de la ministra de Justicia, en relación con el mencionado artículo setenta, apartado tres de la principal ley inmobiliaria, determinantes de la calificación de la escritura pública como forma de valer del contrato contenido, lo que tributa a la seguridad jurídica, expresada en el reforzamiento de los presupuestos para la plenitud de sus efectos, en correspondencia con la intención de potenciar la institucionalidad y el acatamiento ciudadano de las disposiciones normativas, estado de cosas que coincide con el análisis de la impugnante contenido en el concepto infractor analizado, sin llegar a reportarle el éxito que pretende porque corregida la ponderación del juzgamiento y revisada la tramitación provincial, se advierte que la situación fáctica demostrada con los resultados de prueba alcanzados no corporifica la concertación contractual sobre la que recaen las pretensiones, en primer orden porque el documento obrante a foja seis, que se aduce suscrito por ambas contendientes, no incluye el precio de venta en los pactos que contiene, como elemento esencial especialísimo distintivo de este tipo de contrato, al tiempo que refiere la venta de cada uno de los inmuebles de las litigantes indistintamente, extremo que se aproxima más a la versión actoral de la no recurrente expresada en demanda reconventional, que a la formulada por la inconforme para dar inicio al proceso, deficiencias que se reiteran del examen de las documentales de dieciocho de octubre de dos mil catorce y de nueve de febrero de dos mil quince; del mismo modo que el documento expedido por la presidenta del Comité de Defensa de la Revolución omite calificar el tipo de contrato realizado entre las partes y ello debilita la información que ofrece sobre los pactos que sostuvieron, como también ocurre con las declaraciones privadas aportadas, que en número de treinta y tres, hacen predominante referencia a supuestas derivaciones del acto y no a su concertación propiamente, como es el caso de quienes se califican de compradores de algunos bienes que se imputan al pago recibido por la casacionista, otros no especifican el tipo de acto, todos contienen alusiones indirectas a los hechos fundamentales y ninguno menciona el pago en metálico; mientras que, de los cinco testigos examinados, dos ofrecen testimonios presenciales de los convenios, dos referenciales y uno desconoce al respecto, y todos coinciden en el hecho de que se produjo el pago del bien a cargo de quien recurre mediante la entrega de otros, los que llegan a especificar de manera armónica, aspecto que por sí

Los sustentos fundamentales de la postura del foro son:

- Esencia de las modificaciones legislativas que viabilizan el contrato de compraventa de vivienda: eliminar prohibiciones y flexibilizar limitaciones.
- Aplicación de los fundamentos de la teoría general del contrato, en cuanto a la incidencia de la forma en la eficacia contractual, para sentar con precisión que, en este caso, el instrumento notarial es un requisito de plena eficacia y no de perfección. Apoyatura importante de este posicionamiento lo constituyen la calificada inocuidad de la redacción normativa del precepto habilitante: «[...] directamente ante notario [...]» y el ya declarado predominio del carácter consensual del Artículo 313 del CC.
- Eficacia traditoria (Artículo 206.3, CC) y legitimadora (Artículo 70, LGV, publicidad, oponibilidad, seguridad jurídica) del instrumento público.

Conjunción de pretensiones reconocitivas del contrato y el dominio

Han sido muy interesantes las pretensiones actorales que, de forma subsidiaria, someten al tribunal el reconocimiento del contrato que se aduce convenido entre las partes o el reconocimiento del dominio sobre dicho bien a favor del actor.

Mediante uno de sus más recientes dictados, la sala corrigió la relación indebidamente sometida, a partir de los siguientes elementos:

- Ambas pretensiones traen causa de los mismos hechos: concertación contractual de compraventa de vivienda sin cumplir la formalidad notarial en vigencia del Decreto Ley No. 288, de 2011. Sin embargo, constituyen manifestaciones diferentes de sus posibles consecuencias, con carácter excluyente.
- Dependencia de la estimación de la condición domínica reclamada, respecto a la eficacia de la fuente adquisitiva consistente en el contrato sujeto a reconocimiento judicial. La teoría del título y el modo, explicativa de la adquisición del derecho real de propiedad,⁸ ha de ser analizada en las transmisiones por venta de la vivienda, según se haya dado cumplimiento, o no, a la formalización notarial. Cuando las partes acatan este requisito de forma, el instrumento público constituye tanto el título como el modo de adquirir, por la eficacia que le es inherente. Sin embargo, pueden las partes aplazar la entrega como elemento del clausulado convenido, en cuyo caso

solo desvirtúa la tipificación del contrato de compraventa, al que distingue el precio del resto de los contratos traslativos del dominio y al que atribuye el artículo trescientos treinta y cuatro del Código civil cubano una expresión dineraria, excluyente de equivalentes como los que han quedado suficientemente demostrados mediante la prueba testifical analizada, todo lo cual deriva en una insuficiencia probatoria general en torno a la existencia del contrato sujeto a intervención judicial, que colinda con su tipificación bajo modalidad distinta, lo que en cualquier caso impide el éxito del motivo en examen, no obstante el acierto del quebrantamiento esencial que fue acertadamente argumentado.

⁸ Vid. Artículo 178 del CC.

se estaría a la previsión del apartado tercero del Artículo 206 del CC. En otro orden, la inexistencia de otorgamiento notarial impone una dinámica distinta a los componentes de la teoría analizada. De tal suerte, el título lo constituye el contrato mismo, cualquiera que sea su forma, en este caso desprovisto de los caracteres de oponibilidad y publicidad; mientras que el modo queda integrado con la entrega física del bien.⁹ No demostrada la relación contractual (título), se descarta la condición dominica, cuya integración, únicamente vinculada a la entrega en este caso (modo/*traditio*), deviene a toda luz insuficiente para la investidura pretendida.

Vid. primer considerando de la Sentencia No. 978, de 30 de diciembre de 2016:

Que el primer motivo que compone el recurso no puede prosperar porque, al amparo del apartado dos del artículo seiscientos treinta de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, imputa la inconforme el vicio de incongruencia a la sentencia interpelada bajo la égida del artículo cuarenta y cinco del mencionado cuerpo normativo, alegando la omisión valorativa y resolutoria de la pretensión formulada con carácter subsidiario, sin que sea constatable tal estado de cosas en primer orden porque el precepto invocado no tutela el supuesto de incongruencia narrado, al estar destinado a impedir dictados judiciales en los que difiera el juzgamiento del específico pedido de partes, lo que no acontece en esta ocasión ni siquiera desde el plano de la argumentación casacional, descriptivo de una variante omisiva, en todo caso prohibida por la previsión del artículo ciento cuarenta y seis de la ley de procedimiento, no consignado por la recurrente, razones suficientes para la desestimación del motivo, no obstante lo cual [sic], valga analizar que soslaya la casacionista que no se produce la omisión acusada porque las dos pretensiones deducidas en la demanda interpuesta a su cargo traen causa de los mismos hechos narrados, referidos a la concertación contractual de la compraventa de vivienda de residencia permanente en fecha posterior a la entrada en vigor del decreto ley doscientos ochenta y ocho de dos mil once, norma especial habilitante de este tipo de transacción entre personas naturales, lo que catalogó la sala provincial de improcedente a partir de su interpretación sobre el alcance y cometido de estas previsiones legales, análisis al que si bien no alcanza el control casacional por los límites imperantes en el ámbito del amparo escogido, sin duda ofrece una cobertura total a lo petitionado, que mediante la formulación de un pedido principal seguido de uno suplementario, se desdobra como dos manifestaciones diferentes de las posibles consecuencias de los mismos hechos, de modo que los fundamentos de los considerando primero y segundo de la sentencia examinada inhiben las posibilidades de

⁹ Marta Fernández Martínez y Zurelis Rodríguez Reina: «Propiedad y derechos reales», en *Compendio de Derecho civil*, p. 264.

éxito de la demanda de forma abarcadora, al descartar la viabilidad legal de la relación jurídica contractual que se aduce como fuente de la adquisición, a cuyo tenor no requiere específico análisis la denegación de reclamación derivada, habida cuenta [de] que se trata de la alegación de un supuesto fáctico de transmisión del dominio sobre vivienda de residencia permanente, desde el que se pretende el reconocimiento del contrato que la origina o en su defecto la declaración judicial del carácter de propiedad de quien se aduce compradora, sin tomar en cuenta que se trata de pretensiones excluyentes, indebidamente formuladas con carácter subsidiario a partir de los mismos hechos, habida cuenta [de] la dependencia de la estimación de la condición dominica a cargo de quien recurre, respecto a la licitud de la fuente adquisitiva, en este caso el contrato, referente al cual no llegan los fundamentos de la resolución que se impugna a considerar la certeza de lo acontecido porque en su lugar fue analizada la inviabilidad normativa del vínculo sujeto a juzgamiento.

ANÁLISIS DISTINTIVO

Las pretensiones de reconocimientos de contratos celebrados antes y con posterioridad a la previsión normativa, preliminarmente, sugieren el mismo análisis silogístico a cargo del juzgador. Sin embargo, existe una notable diferenciación del condicionamiento de la necesidad de tutela judicial en cada caso. Es por ello que, en la tramitación de ambos tipos de casos, son pertinentes las siguientes reflexiones comparativas:

Distinción en el despliegue del control judicial

– Eficacia de los contratos anteriores a la modificación normativa: Flexibilidad en la ponderación de la procedibilidad de la demanda cuando no se aporta título actualizado e inscrito. Remisión a la vía notarial para la obtención del título de dominio que permita la ulterior inscripción. Convalidación de la imperatividad del modo de pago.

– Eficacia de los contratos en los que se incumple la formalidad notarial posterior a la previsión normativa. Rigidez en el control de la aportación de la documentación requerida durante el juicio de admisibilidad de la demanda. Remisión a la vía notarial para el cumplimiento de todas las formalidades que la norma exige.

Equiparación en el despliegue del control judicial

En ambos casos, se produce la remisión al cumplimiento de la formalidad notarial. Cabe preguntarnos sobre las posiciones que han condicionado la exclusión de la cualidad de la sentencia para ser considerada título de dominio, sobre todo a partir de la correlación entre los artículos 70 de la LGV

y 4.7 de la Resolución No. 114, de 2007, de la ministra de Justicia. Mucho más controvertido se torna el asunto cuando entran al análisis las finalidades garantistas de la legalidad, amparadoras de los intereses legítimos que tiene la impartición de justicia, cuya expresión tiene lugar mediante la resolución conclusiva.

¿DISPONIBILIDAD DE LOS CONFLICTOS?

Un aspecto esencial, en el análisis de estos tipos de conflictos, es la determinación de su disponibilidad. Como elemento preliminar a favor, reluce la esencia contractual del diferendo, mientras que, como fundamento en contrario, debe sostenerse que las particularidades normativas del caso exigen el control de los elementos del acto:

- Sujetos/acuerdo
- Bien/precio/pago
- Entrega

A propósito del asunto, pero en relación con la transmisión vehicular por compraventa, se pronunció brevemente el **único considerando de la Sentencia No. 881, de 22 de noviembre de 2016**:

Que ninguno de los motivos que componen el recurso pueden prosperar porque, amparados en el apartado uno del artículo seiscientos treinta de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, acusan infracciones normativas que no se producen, en primer orden, porque no se rebate en la impugnación la insuficiencia probatoria valorada en la sentencia interpelada como sustento esencial del fallo desestimatorio mediante el amparo casacional pertinente, y en cambio se cuestionan aspectos del supuesto fáctico juzgado a través de la argumentación del primero de los motivos examinados cobijado por causal cuyos rigores técnicos invalidan esta tendencia del recurrente, que por demás soslaya que no obstante haber sido aceptados por su adversaria los hechos fundamentales de la demanda establecida en su contra, ello resulta a toda luz contradictorio con la posición negatoria asumida por ella y que condicionó la promoción judicial de quien recurre, alegada como parte de los fundamentos de hecho de la demanda, razones que motivaron el examen de los resultados probatorios obtenidos en el proceso que por ser insuficientes impiden el éxito actoral, sin que con el pronunciamiento se propicie supuesto alguno de simulación como supuesto de acto jurídico anómalo, por la incoherencia que se produce en su constitución entre la voluntad declarada y la que realmente corresponde al titular de las manifestaciones vinculantes, determinante de su ineficacia mediante la previsión de las causales de nulidad absoluta que prevén los incisos [e) y f)] del artículo sesenta y siete del Código civil, en virtud de la adjudicación hereditaria de la participación sobre el bien del recla-

mo, que deberá formalizar la no recurrente ante notario público, por derivar este requerimiento del sobrevenido fallecimiento de cotitular registral del vehículo controvertido, sin haberse verificado la pretendida formalización de la compraventa que ambas partes aducen de modo insuficiente, a los efectos del reconocimiento judicial de la imprecisa transacción, de modo que devenida titular exclusiva podrá cumplimentarse la formalización notarial del contrato de compraventa sometido sin éxito a control del tribunal, todo lo cual conduce a la desestimación del recurso en examen.

Este análisis es el delator de la decantación de la máxima judicatura por el carácter indisponible de la situación conflictual que derive de un pedimento de parte reconocitivo de la eficacia negocial en estudio.

PAUTAS INTERPRETATIVAS CONSOLIDADAS

La incidencia de las emisiones del alto foro cubano, que se erigen en pronunciamientos icónicos en estos tiempos edificantes, puede sistematizarse en el estadio en curso como sigue:

1. Incidencia de la forma: La compraventa de viviendas es un contrato formal, pero no solemne. El otorgamiento de escritura pública constituye presupuesto de plena eficacia (oponibilidad contundente/publicidad) y no de perfección. Rectoría del principio *instrumento prueba* y no *instrumento forma*. El análisis integrado de los artículos 191.2, 313 y 339 del CC, en relación con el Artículo 70.3 de la LGV, condiciona esta afirmación.

2. Distinción entre:

– Reconocimiento de contrato (artículos 111 a), CC y 70.3, LGV). Objetivo: Adquisición del título que confiere la condición de propietario al vendedor. Imprescindible en los contratos en los que el acatamiento de determinada forma, en virtud de imposición normativa o estipulación de partes, resulta requisito de eficacia probatoria.

– Reconocimiento de dominio (Artículo 129.3, CC). Objetivo: Reconocimiento de la condición de propietario del promovente en los casos en los que el título que se le atribuye está desprovisto de la imposición del cumplimiento de forma específica prevista por la norma o incorporada por las partes.

3. Alcance del control judicial en los litigios de transmisiones sucesivas desprovistas de la instrumentación notarial: Despliegue necesario sobre todas las contrataciones que se hayan realizado sin cumplimiento de la forma hasta la que resulta de interés directo del concernido o demandante.

4. Inviabilidad del reconocimiento de contrato al que sobrevino modalidad contractual plenamente eficaz, sin el ejercicio concomitante de acción impugnatoria.

5. Concepción de la vivienda como elemento real del contrato estudiado. Negación de porciones.

RETOS DE LA LABOR JUDICIAL EN CUANTO AL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA

La panorámica que ofrecen los acápites anteriores permite definir, como reto fundamental de la labor judicial que ha sido analizada, propiciar un resultado judicial contextualizado, cual parte de un sistema de impartición de justicia cercano al justiciable y facilitador de la composición o adecuada resolución del conflicto. A este fin tributan, directamente:

I. Potenciar las alternativas de reforma del proceso civil para ofrecer un soporte más efectivo al cauce del litigio. Nótese cómo en todos los casos analizados la concertación contractual ha estado signada por irregularidades o distorsiones de difícil asimilación para el juzgador, como presupuesto para la adecuada emisión del fallo. Es así que la rectoría del principio de inmediación, por ejemplo, acude con urgencia a la concepción del soporte procesal idóneo.

II. Intensificar el estudio de las instituciones para la construcción acertada de la figura en el contexto patrio. El desarrollo de las líneas de interpretación evolutiva como parte de los pronunciamientos judiciales está sujeto al dominio de los elementos técnicos que conforman la dimensión teórica del contrato. Lograr la adecuación de la aplicación de la norma, la suplantación de sus lagunas, la corrección de sus imprecisiones y, en general, la consolidación del régimen jurídico de toda figura exige la constante actualización del juzgador en ámbitos tan dinámicos como el contractual. Lo relativo al título documental del dominio transmitido debe replantearse, en virtud del apartado séptimo del Artículo 4 de la Resolución No. 114, de 2007, de la ministra de Justicia, concerniente a las finalidades de la impartición de justicia y la fuerza ejecutiva de la resolución judicial firme. La controvertida titulación soporta en la actualidad el mayor peso entre las cuestiones a perfeccionar, con motivo de la solución de conflictos, por lo inminente de su replanteo, dirigido a validar la concepción sentencia-título.¹⁰

¹⁰ A modo de ejemplo, *vid.* el fallo de la **Sentencia No. 46, de 28 de febrero de 2013**: *Declaramos con lugar la demanda en proceso ordinario sobre reconocimiento de contrato de compraventa, establecida por [...] contra [...] y en consecuencia se declara perfeccionado el contrato de compraventa por convenido precio ascendente a cinco mil dólares americanos, efectuado entre las partes sobre la vivienda sita en [...] y se dispone compeler al demandado, luego de cumplimentar las diligencias previas necesarias, a comparecer ante notario público competente, conjuntamente con la actora, para otorgar la correspondiente escritura pública sobre contrato de compraventa, que servirá de justo título de dominio de la demandante [...].* Nótese como quedó establecido el doble pronunciamiento en este tipo de sentencia: uno reconocitivo y otro de compulimiento.

III. Aseguramiento de la ejecutabilidad del fallo mediante la emisión de pronunciamientos judiciales fundados. A partir del análisis riguroso de los resultados de prueba, deberá procurar el juzgador despejar los aspectos fácticos del conflicto para garantizar la emisión de fallos ajustados a la realidad y, por tanto, ejecutables. En este propio orden, el incentivo de la adopción de medidas cautelares a instancia de los contendientes coadyuva a la realización última de los fines del proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- Delgado Vergara, Teresa: «Contratos onerosos traslativos del derecho de propiedad: compraventa y permuta», en Nancy de la C. Ojeda Rodríguez (coord.), *Derecho de contratos*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2016, pp. 3-45.
- _____: «El contrato de compraventa en Cuba: ¿Contrato consensual, formal o solemne?» (Conferencia, VIII Evento Internacional Justicia y Derecho), La Habana, mayo de 2016.
- _____: «La compraventa de viviendas en Cuba», en Leonardo Pérez Gallardo (coord.), *La compraventa como paradigma contractual*, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2012.
- Delgado Vergara, Teresa y Rafael Roselló Manzano: «De los requisitos del contrato», en *Ámbito Jurídico* (www.ambito-juridico.com.br), no. 3/11.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 2006.
- Fernández Martínez, Marta y Zurelis Rodríguez Reina: «Propiedad y derechos reales», en Caridad del C. Valdés Díaz (coord.), *Compendio de Derecho civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 252-274.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida: «El contrato de compraventa como paradigma contractual. La visión del Derecho comparado», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 40, La Habana, julio-diciembre de 2012, pp. 122-158.
- Ojeda Rodríguez, Nancy de la Caridad: «La forma del contrato *versus* la legitimación para contratar», en Colectivo de autores, *Perspectiva actual del Derecho procesal (civil y administrativo) en Cuba*; Homenaje al profesor Dr. Rafael Grillo Longoria, Editorial ONBC, La Habana, 2016, pp. 250-262.
- Pérez Gallardo, Leonardo B.: «De la autonomía de la voluntad y sus límites», en *Lecturas de Derecho de obligaciones y contratos*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000, pp. 213-272.
- Valdés Díaz, Caridad del Carmen: «Norma jurídica y relación jurídica en el ámbito del Derecho civil», en *Compendio de Derecho civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 128-144.
- _____: «Requisitos del contrato», en Nancy de la C. Ojeda Rodríguez (coord.), *Derecho de contratos*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, pp. 53-91.

Legislación

«Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral», Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., no. 34, La Habana, 20 de agosto de 1977.

Código civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Editorial ONBC, La Habana, 2017.

«Decreto-Ley No. 241, de 26 de septiembre de 2006», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 33, La Habana, 27 de septiembre de 2006.

«Decreto-Ley No. 288, de 28 de octubre de 2001», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 35, La Habana, 2 de noviembre de 2001, pp.359-363.

Sentencia No. 46, de 28 de febrero de 2013.

Sentencia No. 631, de 30 de septiembre de 2014.

Sentencia No. 359, de 16 de junio de 2015.

Sentencia No. 536, de 18 de julio de 2016.

Sentencia No. 669, de 21 de septiembre de 2016.

Sentencia No. 881, de 22 de noviembre de 2016.

Sentencia No. 882, de 22 de noviembre de 2016.

Sentencia No. 978, de 30 de diciembre de 2016.

PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS PARA UN NUEVO ENFOQUE DE LOS EFECTOS DE LA PRETERICIÓN (II, FINAL)

Dra. Yanet Alfaro Guillén
Prof. auxiliar, Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana

LA PRETERICIÓN EN LOS SISTEMAS LEGITIMARIOS DE NATURALEZA ROMANA

La preterición, como capa protectora, acompaña al heredero forzoso desde las primigenias concepciones de esta forma de sucesión y, sin embargo, hasta la actualidad, no cuenta con un contundente análisis conceptual que derive en una uniforme línea de pensamiento al respecto.¹ La mayoría de los ordenamientos jurídicos restringe la regulación de la figura al ámbito de sus efectos y crea, con ello, significativas incertidumbres con miras a su aplicación.² Se genera así gran conmoción en el ámbito de su construcción teórica porque resulta verdaderamente engorroso definirla en ausencia de

¹ En la mutabilidad histórica de la esencia de este instituto jurídico, pudiera encontrarse la causa de sus imprecisiones conceptuales. Transita de causal romana de radical ineficacia testamentaria a mecanismo de protección de los derechos legitimarios lesionados más allá de la eficacia del testamento.

² Los códigos civiles cubano y español omiten los conceptos de *preterición* y toda referencia a sus presupuestos, *Cfr. vgr.* Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Instituciones de Derecho civil*, vol. II, 2.^a ed., p. 326; José A. Martín Pérez: «Sección quinta de las legítimas», en Miguel Pasquau Liaño, *Jurisprudencia civil comentada: Código Civil*, p. 1524; Antonio Alcalá Navarro: *Código civil: comentarios y jurisprudencia*, vol. II, p. 349; José M. Busto Lago: «Artículos 806 al 822», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3.^a ed., p. 978; Francisco Lledó Yagüe: *Sistema de Derecho civil: Derecho de sucesiones*, p. 528. No obstante, en ambos ordenamientos (artículos 495.2 y 814.3, respectivamente) se alude a uno de los supuestos excluyentes de la figura, aunque con sobrados inconvenientes. *Cfr.* José A. Quince Fanjul: «Preterición: interpretación del art. 814.3 Cc», en *Revista Jurídica de Asturias*, no. 32, pp. 120 y ss. Al respecto, José M. García Moreno («La preterición de herederos forzosos en el derecho común tras la reforma de 1981», en *Actualidad Civil*, no. 44, p. 888) afirma que la Comisión de Codificación sí previó una variante conceptual. Fernando Moreno Mozo («El doble concepto de sujeto preterible contenido en el art. 814 del Código Civil», en *Actualidad Civil*, no. 18, p. 1) considera que, aunque el Artículo 814 del Código civil español no define la preterición, encierra un doble concepto de sujeto preterible: a) el real (apartados 1 y 2); y b) el instrumental (apartado 3) porque, en él, el descendiente preterido no es un heredero forzoso real en la sucesión del causante, al estar premuerto o ser indigno, solo sirve de instrumento para que otros sucedan como legitimarios. Idéntica acefalía presentan los códigos civiles latinoamericanos, *vgr.* artículos 1276 (Colombia), 1218 (Chile), 1008 (Uruguay), y 3600 y 3601 (Argentina).

previsión normativa y surgen polémicas valoraciones que engrosan la doctrina sucesoria.

En los códigos civiles cubano y español, no logran los legisladores concebir un verdadero sistema de protección legitimaria porque:

- No se concibe, en el caso cubano, en la sucesión intestada y, sin embargo, los efectos de su incumplimiento pudieran derivar en este tipo de sucesión y, en el español, no es claro el legislador en este sentido y puede conducir tal imprecisión a diferentes interpretaciones.

- Regulan solo los efectos preliminares de la preterición y no los definitivos.

- No se regula la existencia de delación y titulación legitimarias propias, lo que resulta colofón de una debida protección.

Los códigos civiles latinoamericanos, a pesar de tener el mismo antecedente legislativo, con la acción de reforma, se encuentran en mejor situación y han logrado revertir, a través de la norma actual, la situación del legitimario preterido.

Bajo el imperio de un sistema legitimario asistencial, en el que, además, se ha reforzado la libertad de testar con la formulación actual del Artículo 492 del Código civil (CC), toda grieta en el régimen de protección que ha de serle inherente alcanza dimensiones superiores porque entran en franca colisión, con incidencia notable en la armonía interna de la norma que lo articula. En este sentido, es muy convincente Miquel,³ cuando afirma que la preterición es tanto más importante cuanto más amplia sea la libertad de testar.

En el modelo romano, el régimen jurídico de la preterición refleja el verdadero funcionamiento de la dinámica legitimaria, al ser el misionero de la protección por excelencia. Corrige, en primer lugar, los actos del testador contrarios a su deber de legítima.⁴ Esta corrección implica modificación y, con ella, podría corromperse el equilibrio en la coexistencia de los principios de libertad de testar y protección legitimaria. Presupuesto primordial para evitarlo es la regulación de la figura que garantiza que, en su escenario, protagonice su correcta aplicación. Tal estado de cosas constituye una quimera, ante la carencia de su definición normativa. Sin duda, es este régimen jurídico el que agrava el antiguo conflicto⁵ de la procedencia

³ José M. Miquel González: «Legítima material y legítima formal», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 49, p. 542; y «Preterición», en Antonio Cabanillas Sánchez *et al.*: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. iv, p. 5374.

⁴ Vid. Quince Fanjul: *Op. cit.*, p. 116.

⁵ Vid. Juan B. Vallet de Goytisolo («Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 19, no. 1, pp. 11-12) afirma que, desde el período de la codificación civil en España, se vivió un clima de polémica en torno al régimen sucesorio a elegir entre los sistemas de legítimas y el de libertad de testar. Indica que se vertieron criterios a favor de la libertad de testar de carácter individualista, familiar, político, social y empírico o práctico. A favor de las legítimas, las razones son

de la limitación a la libertad de testar que supone la sucesión forzosa.⁶ Aunque en el sistema legitimario cubano, de forma general, la limitación a la voluntad del causante se reduce con la introducción de requisitos adicionales para el despliegue de la especial protección, se somete aquella a una injustificada invasión, a partir de las falencias del régimen jurídico de la preterición. Ello se produce por interpretaciones indebidas emanadas de las omisiones y las ambigüedades del Artículo 495, que han ido en detrimento de la protección legitimaria y la voluntad del testador. Solo con la definición de su concepto, aun con mayor o menor acierto, se encontraría un importante paliativo.

Definición y ámbito

El análisis de este epígrafe no estará dirigido a una simple conceptualización de la institución, sino a determinar su ámbito de protección y, con ello, su ubicación en el ordenamiento jurídico. Ello permite sentar las pautas para sistematizar los elementos de una adecuada conceptualización, a partir de las discusiones doctrinales y la naturaleza de la institución y fijar el punto de partida para la debida regulación de sus efectos.

Como excepción a la omisión normativa del concepto, en el Derecho civil aragonés, desde la hoy refundida Ley de sucesiones por causa de muerte,⁷ llegó el legislador, en los artículos 188 y 189, a prever sus presupuestos de tipificación y exclusión, preceptos que, por su acierto y exclusividad, es conveniente reproducir:

Artículo 188 [Supuestos de preterición] 1. Se entienden preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que, no favorecidos en vida del causante ni en su sucesión legal, no han sido mencionados en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia. 2. No se consideran preteridos quienes en el momento de la delación de la herencia son legitimarios de grado preferente por sustitución de un ascendiente que no había sido preterido.

Artículo 189 [Mención suficiente] 1. Es suficiente para que no haya preterición cualquier mención del legitimario en cualquier parte o cláusula del

también de tipo individualista –basadas en el principio de igualdad–, propiamente jurídicas, políticas y económicas.

⁶ Manuel Espejo Lerdo de Tejada (*La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, vol. II, p. 307) afirma que en la regulación de la preterición los principios normativos fundamentales son: protección a la legítima y respeto a la voluntad del testador y, en este sentido, la regulación legal toma en consideración dos elementos heterogéneos: por un lado, la consistencia o recta formación de la voluntad testamentaria (más bien su falta); y, de otro, la satisfacción o cumplimiento de la legítima porque pretende integrar y proteger estos dos elementos heterogéneos.

⁷ Vid. Ley No. 1, de 24 de febrero de 1999.

testamento o escritura en que se ordene la sucesión, aun sin disposición alguna a su favor ni exclusión expresa de la legítima o de beneficios sucesorios. 2. Es también suficiente cualquier atribución de carácter simbólico o de valor irrelevante. 3. No es mención suficiente, respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento o la escritura, el uso de expresiones no referidas especialmente a ellos. Tampoco es mención suficiente la referencia a un descendiente como fallecido cuando en realidad vive.⁸

También en Cataluña, el Artículo 451.16 del Código civil⁹ establece los presupuestos de la figura.

La complejidad de estos contenidos aconseja sentar *ab initio*, como ejes temáticos del análisis, las categorías de mención, atribución, intención y olvido, por ser las portadoras de los elementos definitorios claves.

Los afanes fundamentales de conceptualización se producen sobre las líneas de la atribución o la mención. No obstante, ha habido acercamientos, como el de Espejo,¹⁰ que no se decanta con exactitud por ninguno de estos dos ejes y prefiere la consideración de que la liberación del testamento de cualquier formalidad interna, y la libertad amplísima en cuanto al modo de cumplir con el deber de legítima, resuelven la cuestión del concepto legal de preterición de modo suficiente.

De todos, considero que la omisión es la terminología adecuada para definir el supuesto de hecho de la preterición, entendida como la total ausencia de mención y atribución.¹¹

La suficiencia de la mención es el aspecto cardinal de este componente conceptual de la institución en estudio. Debe validarse cuando es atributiva de bienes, derechos o porciones alícuotas *mortis causa*, y cuando se refiere a la condición legitimaria porque la norma indica lo que a este sucesor corresponde, de acuerdo con la línea de análisis que viene trazándose. Así, se va sentando con fuerza el favorable criterio de que es suficiente cualquier género de alusión testamentaria al legitimario, por entender la figura como una exigencia de carácter formal.¹²

⁸ Ambos han sido reiterados sin variaciones en los artículos 503 y 504 del vigente Código de Derecho foral aragonés de 2011. *Vid. Boletín Oficial de Aragón*, 29 de marzo de 2011.

⁹ *Vid.* Ley No. 10, de 10 de julio de 2008.

¹⁰ Espejo Lerdo de Tejada: *Op. cit.*, p. 286.

¹¹ Fue esta la *ratio decidendi* para la exclusión de la preterición en el tercer considerando de la Sentencia No. 229, de 8 de abril de 2003, de la Audiencia Provincial de Baleares: «[...] si la preterición es la omisión de alguno de los herederos forzosos en el testamento, sin desheredarlo expresamente, que puede consistir en no instituirlo ni desheredarlo expresamente, o bien en no dejarle bien alguno, o simplemente en omitirlo no mencionándole, deberá concluirse que en el presente caso no ha existido preterición, pues se le nombra en el testamento y se le nombra heredero, por sustitución, en el bien inmueble adjudicado a [...]».

¹² Juan B. Vallet de Goytisolo: «Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 25, no. 1, p. 21; María J. López Frías:

La atribución, cualquiera que sea su contenido o cuantía, posibilita la exclusión de la total desprotección legitimaria mediante la preterición. De este modo, y a tenor de los artículos 815 del Código civil español y el 494 del cubano, ante la atribución por cualquier título —*mortis causa* o *inter vivos* y por insignificante que sea— de la porción legitimaria y sin necesidad alguna de mención, estaremos en presencia, cuando menos, de una parcial protección y, por tanto, queda desvirtuada la condición de preterido del heredero forzoso. En todo caso, a mano del legitimario, cuyo derecho haya sido satisfecho solo en parte, quedan siempre las acciones de suplemento, como otras alternativas defensivas de la intangibilidad de la cuantía legitimaria.

La intencionalidad y el olvido, a diferencia de los anteriores, no son elementos tipificadores de la preterición, sino, en todo caso, calificadores. Se muestran totalmente intrascendentes sus análisis, como categorías que componen el concepto, porque la naturaleza jurídica de la preterición estriba en su esencia protectora de la intangibilidad legitimaria y sus efectos por tanto, deben dirigirse a restablecerla sin importar cuál ha sido la fuente de la violación: si el olvido o la intención del causante. Ello no se desvirtúa con la responsabilidad que le corresponde a esta figura de mantener el adecuado equilibrio entre protección legitimaria y preservación de voluntad del causante. No es escalonando los efectos de la preterición, en atención a la intencionalidad del causante, lo que permite armonizar la coexistencia entre libertad de testar y legítimas, sino la adecuada previsión de sus efectos. La preterición debe concebirse cual mecanismo de protección del legitimario que, aunque —como el resto de las instituciones en el sistema romano— debe salvaguardar la última voluntad del causante, no partir de distinciones presuntivas la articulación de sus efectos porque, trátase de error o de intención, el resultado lesivo es el mismo y, por tanto, igual debe ser su reversión. Sobre estos componentes, no arroja elemento alguno el legislador cubano y, en cambio, el español los toma como punto de partida para la básica distinción de sus efectos.¹³

«Comentario a la S.T.S. de 23 de enero de 2001: problemas interpretativos en relación a la preterición», en *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, p. 1783; y Juan J. Rivas Martínez: *Derecho de sucesiones común y foral*, t. 1, 4.ª ed., p. 1899. En cambio, no ha sido ese el criterio seguido por la SCA del TSP cuando, en el primer considerando de la Sentencia No. 317, de 12 de mayo de 2005, valora que «[...] el heredero especialmente protegido no sólo requiere de su reconocimiento como tal por el testador, sino además de asignación patrimonial concreta que satisfaga su legítima [...]». Tampoco el legislador catalán acoge esta tesis cuando, en el Artículo 451.16 del Código civil, tras la reforma de 2008, establece la absoluta insuficiencia de la mención desprovista de atribución.

¹³ Tal estado de cosas se produce con la reforma legislativa que introduce la Ley No. 11, de 13 de mayo de 1981, en el Código civil, que, al parecer, obedece a reclamos contenidos en estudios doctrinales precedentes. Vid. Vallet de Goytisolo: «Atribución...», pp. 4, 5 y 102; y José L. Lacruz Berdejo y Francisco de A. Sancho Rebullida: *Elementos de*

Afortunadamente, predomina el criterio de la prevalencia de la atribución sobre la mención, aunque valga precisar lo valedero de estimar que, en cualquiera de los dos supuestos, por separado, siempre que se verifiquen, como se ha descrito en las líneas anteriores, debe entenderse excluida la preterición. De este modo, el cumplimiento de los deberes formal y material de legítimas no debe ser integrado en el concepto de preterición en relación preponderante, sino de ubicación en un mismo plano, a los efectos de su exclusión. Así, sin inconvenientes ni casuismos, se lograría que, cumplido cualquiera de los deberes legitimarios, al menos en parte, resulte protegido el sucesor forzoso, de modo que, en su caso, no habría preterición.

Si bien resulta atinado entender la optimización del cumplimiento del deber de legítimas a través de la atribución, no puede olvidarse la relevancia de la mención con el mismo objetivo. De ello, hablan por sí solos los antecedentes romanos de la preterición y el espíritu legislativo de los Ordenamientos Forales en Navarra y Aragón, aunque, con la reciente codificación en esta última región, se ha pretendido moderar el carácter formal de la legítima con respecto a la normativa precedente.¹⁴ La cuestión referida a la mención del legitimario en testamento, como contenido del deber formal de legítima, indiscutiblemente, ha ido cediendo importancia en los planos teórico y legislativo, frente a la exigibilidad del cumplimiento del deber material. Ello obedece al surgimiento en Roma de la institución de la *portio debita*, que determinó este giro en la concepción de la institución en examen, nacida sin la noción de atribución material alguna. Es comprensible la imposición de este viraje.

De este modo, y teniendo en cuenta que el deber legitimario tiene una doble composición (deber legitimario formal –mención suficiente– y deber legitimario material –atribución–), debe admitirse que el cumplimiento de cualquiera de estos deberes, por sí solo, excluye la preterición. Así, podríamos definirla como *la omisión en testamento de la condición legitimaria, sin que tampoco haya existido atribución alguna mortis causa o por actos inter vivos realizados por el testador a favor de un legitimario. Supone entonces una total violación al derecho legitimario.*

Derecho civil, vol. II, pp. 438 y ss. Según Francisco Lledó Yagüe («La tutela de la legítima formal», en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, t. 3, p. 2532), voces prestigiosas de la doctrina española reclamaron la distinción normativa de los efectos de la preterición, teniendo en cuenta la intencionalidad del causante, de modo que la reforma legislativa producida en 1981 arrojó el resultado distintivo en el orden de los efectos, siguiendo esta orientación doctrinal (Pedro de P. Contreras: «Preterición, Derecho intertemporal y Constitución española», en *Anuario de Derecho Civil*, t. 39, p. 711). En cambio, parece no coincidir Miquel González: «Legítima material...», p. 536.

¹⁴ *Vid.* Exposiciones de motivos del fuero nuevo de Navarra, Ley No. 1, de marzo de 1973; y del Código del Derecho foral de Aragón, en *Boletín Oficial de Aragón*, 29 de marzo de 2011.

EFFECTOS DE LA PRETERICIÓN

La preterición genera efectos que se ubican en planos diferentes: efectos preliminares y efectos definitivos.

Efectos preliminares

En un plano preliminar, la total vulneración del derecho legitimario genera efectos que, por sí solos, no permiten al sucesor forzoso adquirir la legítima, pero sí allanan el camino. Estos son los efectos o acciones impugnatorias por preterición: nulidad, reducción/rescisión, inclusión/reforma, cuyo objeto es inhibir los efectos básicos de las lesiones legitimarias cometidas a través de los actos lucrativos *inter vivos*, o las disposiciones testamentarias inoficiosas del testador y los actos particionales realizados por los sucesores sin la intervención de los preteridos y sus derivaciones. Estas últimas integran la llamada reipersecutoriedad sobre el contenido de la porción legitimaria no adquirida por su titular y le permiten accionar contra los terceros adquirentes de dichos bienes, acciones o derechos.¹⁵ En estas acciones, se incluye, también, la de oposición a la partición, bien para que se postergue al momento en que pueda intervenir el preterido, bien para que no llegue a efectuarse entre quienes la pretenden en las circunstancias vigentes en la fecha de la oposición. La enumeración de esta acción, en el listado de las preliminares, constituye una manifestación del principio informador de que el sujeto que asume una acción de largo alcance puede, por ello, ejercer otra de efectos reducidos en la misma línea de intereses.

También pueden llamarse efectos privilegiados por ser los únicos a los que se confiere cobertura normativa.¹⁶ Son propios de los sistemas legitimarios de naturaleza romana porque, en el modelo germano, no se verifican nunca las violaciones que se dirigen a invalidar. Se concretan mediante acciones de nulidad de las disposiciones testamentarias, reducción de las disposiciones testamentarias, nulidad o rescisión de los actos de partición y adjudicación de herencia con exclusión de los preteridos y sus derivaciones, reducción de liberalidades de cualquier tipo efectuadas en vida del causante que excedan la porción de libre disposición de su patrimonio y las de impugnación de actos simulados o fraudulentos realizados por él, en

¹⁵ Vid. Carlos A. Sotomayor Bernos: «Perú», en Cristina N. Armella (coord.): *Regímenes sucesorios en Iberoamérica y España*, p. 781; Roberto Suárez Franco: *Derecho de sucesiones*, 2.ª ed., pp. 320-321; y Elena García Cima de E.: «Argentina», en Armella, *op. cit.*, p. 139. Esta autora afirma que el legitimario que insta a la reducción tiene reconocida la acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes de bienes afectados por el ejercicio de esta acción.

¹⁶ El legislador cubano, lamentablemente, los regula desde la óptica de la eficacia testamentaria y no en dirección a la protección del preterido.

perjuicio de la legítima. A excepción de las dos primeras, todas coinciden con las acciones de complemento en cuanto a denominación y viabilidad legal, pero difieren respecto al origen porque las acciones que derivan de la preterición traen causa de la total violación legitimaria y las segundas, de la parcial; y, en cuanto a objeto, porque aquellas persiguen la total adquisición de la cuota legitimaria y estas su completamiento.

En el contexto de los efectos de este tipo, la discusión fundamental la suscita la repercusión de la preterición en la eficacia de las disposiciones testamentarias que violan la legítima y las fuertes críticas contra la acción de nulidad ocupan un lugar preponderante. Con el ejercicio de estas acciones preliminares, el legitimario logra suprimir los obstáculos que le impiden adquirir su porción, todos dimanantes de la actuación intencionada o errónea del testador, pero poseedores de distintas modalidades. El Artículo 495 del CC cubano establece efectos reductores y nulificantes a la desprotección legitimaria.¹⁷ Sin embargo, nada regula la normativa dedicada a los herederos especialmente protegidos en lo referente a las posibilidades de repetición contra terceros adquirentes de los bienes que integran la porción legitimaria.

Esta mixtura en el listado de las acciones preliminares ocasiona la polémica en cuanto a la determinación de su naturaleza, a partir del contenido personal que les legó su antecedente romano con la *querella inofficiosi testamenti*, cuyo objeto es la impugnación de los actos realizados por la persona demandada y no alcanza sus bienes directamente (acciones de nulidad y reducción de disposiciones testamentarias, de donaciones, etc.) y la naturaleza real que les imprime la reipersecutoriedad que, al legitimario lesionado, conceden las acciones contra los terceros adquirentes de los bienes que integran la porción legítima (acciones derivadas de los actos violatorios del causante), inherente a la titularidad de los derechos reales.

La determinación de la naturaleza imperativa o, por el contrario, dispositiva, de estos efectos ha suscitado también trascendentes valoraciones.¹⁸ La cuestión pasa por determinar la viabilidad, o no, de la renuncia y

¹⁷ Igual fórmula contiene el Artículo 814 del Código civil español. Los legisladores forales en España se han decantado entre varias alternativas: En Aragón, los artículos 507 y 508 prevén efectos reductores; en Cataluña, el Artículo 422.7 establece una suerte de ineficacia por preterición que no llega a calificar; en Galicia, mediante fórmula muy parecida a la anterior, el Artículo 258, al parecer, atribuye efectos reductores de las disposiciones testamentarias a la preterición intencional y el 259, efectos nulificantes de la institución de herederos y reductores del resto de las cláusulas a la preterición no intencional; en Navarra, el Artículo 271, para todo tipo de preterición, dispone solamente la nulidad de la institución de heredero testamentario.

¹⁸ *Vid.* Resolución de 4 de mayo de 1999 (RJ\1999\3251), de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual establece que «ciertamente es doctrina reiterada tanto del Tribunal Supremo como de esta Dirección General [...] que si bien la preterición de alguno de los herederos forzosos en línea recta determina –conforme al artículo 814 del

negociación de sus efectos por los preteridos y su disponibilidad a cargo del testador. En ello, se consolida el llamado régimen dispositivo de la preterición.¹⁹

Predomina el criterio a favor de la disponibilidad de las acciones derivadas de la preterición por sus titulares,²⁰ tanto a través de transacción

Código Civil, en su redacción anterior a la reforma de 1981— la nulidad de la institución de heredero, la cual podría ser acordada por los tribunales cuando los herederos instituidos sostengan su validez, nada se opone a que éstos reconozcan a los preteridos la porción que les corresponda y puedan convenir con ellos no impugnar la partición hereditaria, y en distribuir y adjudicar los bienes en la proporción que legítimamente les hubiera correspondido, si se hubiere abierto la sucesión intestada, por lo que no cabe rechazar la inscripción de la partición en esta forma efectuada, bajo el supuesto de no poder concederse validez legal al testamento que lo origina, pues “los interesados pueden de común acuerdo prescindir de las disposiciones testamentarias y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia”, y, por otra parte, con tal proceder se subsana el descuido o imprevisión del testador, se acata e interpreta racionalmente su institución presunta, se salvaguardan los derechos de los legitimarios y se evitan dilaciones y gastos que pueden consumir buena parte de la propia herencia». Constituyen antecedentes de esta Resolución las dictadas por la misma entidad el 20 de mayo de 1989, el 30 de junio de 1910, el 31 de enero de 1931 y el 10 de mayo de 1959.

¹⁹ En los sistemas legitimarios de naturaleza germana, es viable la renuncia incluso anticipada al fallecimiento del causante, mediante pacto sucesorio entre este y sus reservatarios, *v.gr.*, párrafos 2346 y 2348 del BGB. Algunos ordenamientos forales en España, influidos por este sistema, la admiten igualmente, no obstante su esencia romanista y la prohibición que al respecto rige en los sistemas de ese corte, *vid.* leyes 155 y 156 del fuero nuevo de Navarra y el Artículo 177.1 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, de Aragón.

²⁰ *Vid.* Vallet de Goytisolo: «Atribución...», p. 41; Manuel Peña Bernaldo de Quirós: «La naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho civil*, vol. xxxviii-iv, octubre-diciembre, p. 887; Manuel Martínez Escobar: *Sucesiones testada e intestada*, t. 1, pp. 253 y ss. Rivas Martínez (*Derecho de sucesiones...*, t. 2, p. 1922) afirma que no es necesario que se declare judicialmente la nulidad de la cláusula testamentaria de declaración de herederos, cuando «[...] los designados y los preteridos se distribuyen la herencia conforme a las reglas de la sucesión intestada [...]; los interesados al amparo del artículo 1058 del Código civil español, prescinden de las disposiciones testamentarias y acuerdan distribuirse los bienes conforme les convenga y cuando el preterido renuncia a impugnar la institución testamentaria [...] así parece admisible también que queda sanada la preterición si el preterido se contenta con cualquier otra solución transaccional, incluso inferior a sus derechos legitimarios». *Vid.*, además, Luis Roca-Sastre Muncunill: «Casuística legitimaria en el régimen del Código civil», p. 595; Juan Bolás Alfonso: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 25, p. 225; Rosa M. Méndez y A. Esther Vilalta: *Acciones sucesorias por preterición*, p. 14; Carlos Vattier Fuenzalida: «Artículo 814», en Andrés Domínguez Luélmo, *Comentarios al Código civil*, p. 933; José M. Fernández Hierro: *La sucesión forzosa: estudio sobre las legítimas y las reservas en derecho común y foral*, p. 402; Theodor Kipp: *Derecho de sucesiones*, vol. II, p. 285; Francisco A. M. Ferrer: «Artículos 3591 al 3638», en M. Ferrer y G. Medina (coords.): *Código civil comentado*, t. 2, p. 166; Luis Roca-Sastre Muncunill: *Derecho de sucesiones*, t. 2, p. 598; y Julius Binder: *Derecho de sucesiones*, pp. 224-225.

como de renuncia²¹ a todo beneficio. Es interesante cómo algunos autores²² exigen que el acuerdo evasivo de los efectos de la preterición al que arriben los implicados, para que, verdaderamente, desplace las consecuencias legales, conlleve un resultado igual al que se lograría con la apertura de la sucesión *ab intestato*. Cuando el testador no cumple su deber de legítima, a salvo las alternativas de transacción entre los implicados, procede la defensa de la lesión por la vía que la norma establece. Estas alternativas resultan viables solo cuando no contravienen la regulación legal de las instituciones sucesorias porque no es posible violentarla para dar eficacia a un posible acuerdo, de modo que ninguna variante, por consentida que sea, podrá violar las normas protectoras de los acreedores del causante y la herencia, ni las de la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.²³

Este acápite, en el contexto normativo cubano, rebasa los límites de los análisis sobre la renuncia general a determinados derechos. Se complica por el fundamento asistencial con el que se regula el derecho legitimario en el CC, de tal suerte que su renuncia pudiera colisionar con su fundamento, y derivar con ello en la inviabilidad de la primera. Sin embargo, la deducción anterior también podría conducir al absurdo de entender que la persona no puede renunciar a lo que necesita, y olvidar que, si bien las normas previsoras de la legítima tienen un carácter tuitivo —y, en consecuencia, imperativo—, también los derechos que de estas dimanar, pueden renunciarse, si ello no va en detrimento de otro sujeto o colectividad que no sea el renunciante mismo. Es así que, al amparo del Artículo 5 del CC, es perfectamente viable la renunciabilidad legitimaria.²⁴

²¹ Fornieles indica que esta renuncia solo puede validarse cuando sea expresa (*vid.* Salvador Fornieles: *Tratado de las sucesiones*, t. 2, 3.ª ed., p. 92). Según Jiménez González, la renunciabilidad de los efectos de la preterición es posible a través de la confirmación por parte del legitimario de los actos y disposiciones del testador violatorios de su derecho (*vid.* Víctor M. Jiménez González: «Paraguay», en Armella, *op. cit.*, p. 759).

²² *Vid.* Martín: *Op. cit.*, p. 1528; y López Frías: *Op. cit.*, p. 1785.

²³ Sobre este asunto, *vid.* María del C. Gete-Alonso Calera: «Legítima», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, no. 12, pp. 3851-3860; y Sentencia de 20 de junio de 1986 (RJ\1986\4558) del Tribunal Supremo español que, en sus *considerando* séptimo y octavo, contiene algunas interesantes valoraciones.

²⁴ *Vid.* Leonardo B. Pérez Gallardo: «Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa», en *Derecho de sucesiones*, t. 2, p. 265. No obstante, valga la contundencia del razonamiento en contra, orientado hacia las implicaciones de orden público que produce la renunciabilidad legitimaria en un régimen asistencial y, sobre todo, en el que rige un sistema de asistencia social que vería engrosados sus deberes de patrocinio, por la voluntaria colocación de un sujeto en situación de precariedad económica irreversible, a partir de la renuncia a su condición legitimaria.

El criterio mayoritario se orienta, también, a favor de la disponibilidad del testador sobre las consecuencias de su violación legitimaria.²⁵ La cláusula codicilar romana pudiera ser el antecedente de esta facultad del causante.²⁶ La previsión testamentaria de los efectos de la preterición puede solo concretarse mediante alternativa de protección distinta a la que establece la norma, en caso de sobrevenir el incumplimiento del deber de legítimas, pero sin rebasar sus límites ni alterar su naturaleza. De este modo, a partir de lo que la ley ordena, el testador solo podría establecer ciertas pautas y cubrir con sus disposiciones lo no previsto por el legislador. Desde luego, no le es dable excluir la tipificación de la figura para evadir las consecuencias de su protección porque ello, entonces, equivaldría a una desheredación. Precizando: la disponibilidad a cargo del testador solo podrá evitar que los efectos reductores de sus disposiciones testamentarias o sus actos gratuitos realizados *inter vivos* se produzcan aleatoriamente.

La norma cubana no establece el modo en el que se despliegan los efectos reductores,²⁷ o sea, el orden ante la diversidad, la proporción ante la multiplicidad, etc. Se lleva a vía de hecho por el juzgador aplicando los

²⁵ Vid. Vallet de Goytisolo: «Artículo 814», en Cándido Paz-Ares Rodríguez y Luis Díez Picazo: *Comentario del Código civil*, t. 1, pp. 2008-2009 y «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981» (ponencia), pp. 110-111; Díez-Picazo y Gullón: *Op. cit.*, p. 327; López Frías: *Op. cit.*, pp. 1783-1784; Juan M. Rey Portolés: «Comentario a la “vuela pluma” de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, no. 549, p. 359; Carmen López Rendo: «Reflexiones sobre la preterición en el Código civil: Comentario al Artículo 814 tras la reforma sufrida por Ley de 13 de mayo de 1981», en *Actualidad Civil*, no. 1, 1991, pp. 40 y 53; Torres García y Domínguez Luelmo dejan muy claro que la indisponibilidad de la legítima para el testador se produce solo respecto a la limitación de no disponer de la porción legitimaria, sino a favor de los legitimarios (vid. T. F. Torres García y Andrés Domínguez Luelmo: «La legítima en el Código civil I», en María del C. Gete-Alonso Calera: *Tratado de Derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, vol. II, p. 1843; y Lledó Yagüe: «La tutela...», p. 2527). García Moreno, en cambio, ofrece una valoración diferente de la cuestión (vid. García Moreno: *Op. cit.*, pp. 685-686). Fernández-Díez y Bolás Alfonso van más allá en la concepción de este poder dispositivo del causante, cuando afirman que el testamento puede prever consecuencias distintas de las legales para la preterición en los supuestos en los que no haya incumplido con intención su deber legítimo (vid. Ignacio Garrote Fernández-Díez: *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los derechos civiles forales*, pp. 220 y 259; y Bolás Alfonso: *Op. cit.*, p. 196). En todos estos criterios, se han apoyado sus autores en la regulación del último párrafo del Artículo 814 del CC español: «A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador». No obstante, se han vertido criterios contrarios (vid. Méndez y Vilalta: *Op. cit.*, pp. 14-15 y Busto Lago: *Op. cit.*, p. 963).

²⁶ Juan B. Vallet de Goytisolo: «Apuntes de Derecho sucesorio», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 4, no. 4, 1951.

²⁷ En cambio, el Artículo 3602 del CC argentino se ocupa de este asunto.

principios atinentes del Derecho de sucesiones –fundamentalmente: preservación de la voluntad del testador y protección legitimaria–, los mismos que avalan la posibilidad de que el causante intervenga porque no existe imperatividad normativa limitante de la intervención volitiva, ahí donde no existe regulación alguna.

La indisponibilidad legitimaria es, sin duda, la regla en este tipo de sucesión. El causante no puede determinar quiénes son sus legitimarios, qué cuantía integra la legítima ni qué acciones de defensa corresponden a sus titulares. En cambio, sí le es dable mejorar –en los ordenamientos que conciben la figura– decidir el contenido de la porción en sus límites cuánticos, elegir el título por el que la atribuye,²⁸ perdonar al legitimario indigno y, también, preferir cuál de sus legados o actos de liberalidad deben reducirse preferentemente, sin que pueda impedir que se complete la porción legitimaria. Con ello, no se produce infracción alguna y, por el contrario, el tribunal encontraría una valiosa guía que la norma no le proporciona. Ahora bien, estas facultades dispositivas del causante tienen dos límites fundamentales:²⁹ a) la norma, que establece el principio de intangibilidad legitimaria, de suerte que cualquier alternativa del causante tiene que ser «a salvo la legítima»; b) la certidumbre de su manifestación en cuanto a que no quede duda alguna de la voluntad del testador, expresada en la disposición modificativa de los efectos legales. No obstante, valga no confundir *certidumbre* con *atribución concreta* porque, en este caso, quedaría *per se* excluida la preterición.

Cuando las disposiciones del testador llegan a concebir concretas alternativas de atribución, tiene lugar el cumplimiento del deber legitimario que excluye la preterición y, para que puedan disponerse los efectos de las instituciones, antes, estas tienen que tipificarse. La facultad de disponer del testador, en estos casos, oscila entre los límites que imponen la intangibilidad legitimaria, la certidumbre de su voluntad y la ausencia de atribución concreta como alternativa. Deben, entonces, distinguirse los siguientes supuestos:

a) Cuando el testador dispone que, en caso de tener heredero especialmente protegido la atribución de porción o bienes concretos, no existe preterición porque el causante ha cumplido el deber legitimario y, por tanto, no puede hablarse de disponibilidad de unos efectos que no se producen.

b) Cuando el testador dispone que, en caso de quedar preterido algún heredero especialmente protegido, se reduzcan ciertos legados antes que otros, o los legados previos a la institución de heredero, o la institución de

²⁸ Vid. Mikel M. Karrera Egialde: «Sentencia de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1415)», en *Cuadernos de Jurisprudencia Civil*, no. 88, 2012, pp. 116-117.

²⁹ Rafael Linares Noci: «Planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que han precedido a la nueva regulación legal de la preterición», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 42, no. 1, 1989, pp. 1579 y ss.

herederos de uno en lugar de otro legitimario; es este un típico supuesto de disponibilidad a cargo del testador de los efectos de la preterición.

La evasión de los efectos preliminares de la preterición, tanto por el testador como por los implicados, no violenta la naturaleza protectora de la preterición porque sus derivaciones no deben limitar a ultranzas la eficacia de las disposiciones del testador.³⁰

Al revertir la lesión, sin afectar el contenido del testamento, se dotará de igual protección al preterido, sin incidencias restrictivas de la última voluntad del causante, estado de cosas muy favorable para la situación de que se trata. En otro caso, la satisfacción legitimaria quedará al margen, pero a cuenta de los titulares de los derechos en juego. Por otro lado, tendríamos a un sujeto afectado en mejor situación, si concedemos tales alternativas porque, con estas, lograría acortar el camino que le conduce a la adquisición definitiva de su porción. Eso sí, la renuncia al ejercicio de las acciones de defensa, a cargo de sus titulares, ha de ser siempre expresa, la conducta tácita en este sentido no conduce a la presunción de abdicación. Por último, no quebrantan la intangibilidad legitimaria porque esta se concibe como principio que garantiza la realización de los derechos que se protegen con la sucesión forzosa, pero no los somete a su vigencia. Por ello, la indisponibilidad que, para el testador, supone este principio se suscita solo respecto a la limitación de orientar la cuota legitimaria hacia quienes no sean legitimarios y solo sobre ella recae el carácter intangible. En los casos de la disponibilidad a cargo del testador, la intervención notarial en el ámbito de la redacción de las cláusulas del negocio testamentario atinentes es determinante para la viabilidad de la intención del otorgante. Así, la precisión de la escritura, precedida de la instrucción al autor del negocio, en cuanto a las previsiones legales y las consecuencias de las manifestaciones testamentarias, constituye el vehículo idóneo para la ejecutabilidad de estas atípicas disposiciones.

Sin embargo, la previsión del Artículo 495 del CC cubano no parece dar cobertura a ninguna de las alternativas que conducen a este resultado y tampoco la judicatura se ha pronunciado al respecto. No obstante, a partir de ello, asumir la total indisponibilidad de los efectos de la preterición conduce al absurdo de privarles, también, de la facultad de renunciar a la satis-

³⁰ A la valía de la disponibilidad a cargo del testador, también coadyuva el paralelismo que puede establecerse con la admisibilidad de la exclusión testamentaria de los sucesores legales, de modo que si el testador puede alterar el orden de llamamientos a su herencia intestada, cuyos preceptos reguladores, aunque supletorios, son también imperativos, por los mismos fundamentos –adicionando solo que se procuraría por este conducto una variante de protección al preterido–, debe concederse al testador la facultad de influir en las consecuencias del incumplimiento de su deber legitimario. Esta facultad del testador, incluso, ha sido regulada por el CC alemán en el párrafo 1938, de modo que su viabilidad rebasa el ámbito de los análisis doctrinales. *Vid.* Sergio Cámara Lapuente: *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, p. 28.

facción de su derecho. Así, una mera renuncia a las derivaciones no debería encontrar reparos y, en cambio, pudiera ampararse en la renunciabilidad genérica de los derechos de contenido o incidencia patrimonial a la que el propio cuerpo normativo da cobertura. Empero, cualquier transacción encaminada a evadir el efecto nulificante, mediante alternativa que reporte la satisfacción legítima de manera distinta, sí parece estar desterrada de la regulación cubana.

La legitimación para el ejercicio de las acciones impugnatorias motiva interesantes análisis, sobre todo, en el entorno de una protección legítima de asistencia. En el orden de la legitimación activa, la adición del presupuesto de dependencia económica del causante engrosa sus requisitos porque el preterido deberá demostrar, previo a la prueba de su lesión, su especial condición subjetiva, o sea, su condición de heredero especialmente protegido. En este sentido, el control del cumplimiento de los presupuestos de la especial protección será ejercido por el juez, como cuestión preliminar a la estimación de la demanda. La pasiva señala a todo el que fue beneficiado con contenido legítimo a través de los actos dispositivos del causante, o posteriores de los herederos y sus derivaciones.

Nulidad de las disposiciones testamentarias

El CC cubano, como efecto primario de la preterición, prevé la nulidad de la cláusula de institución de heredero testamentaria.³¹ De esta regulación, se discute su efectividad, forma en la que opera, la legitimación activa para su ejercicio y su repercusión en la eficacia de disposiciones testamentarias anteriores.

A pesar de que las normas reguladoras no dejan margen a ello, se formulan valoraciones en torno a que el resultado nulificante debe restringirse solo a cuánto perjudique a los preteridos en su cuota intestada,³² como resultado de la indebida interpretación que conduce a la sucesión sin testamento.

También ha sido analizada la operatividad de la consecuencia nulificante de la preterición legítima por lo controversial de si se trata de una nulidad *ipso iure*, o sea, que no requiere pronunciamiento judicial o si, por el contrario, ocurre solo a partir de resolución judicial declarativa.³³

³¹ Prevén la acción de nulidad de la institución de heredero testamentaria el CC español para los supuestos de preterición no intencional de los hijos y demás descendientes, Artículo 814; el de Perú (Artículo 806), aunque con una redacción que deja margen a la duda de si, en efecto, se trata de la previsión de la nulidad parcial de la cláusula o de su reducción. El 742 del CC puertorriqueño establece la nulidad de la institución de heredero (*vid.* Enid Martínez Moya: «Puerto Rico», en Armella, *op. cit.*, p. 814).

³² José M. Miquel González: «Preterición», p. 5364; y «Legítima material...», p. 530.

³³ La última posición dictaminada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, el 13 de septiembre de 2001 (RJ\2002\2410), se decanta por la inviabilidad de la procedibilidad de oficio de la nulidad derivada de la preterición: «La primera consideración a tener en cuenta, es que el Código civil prevé para el caso de preterición no intencional

Se cuestiona su ejercicio a cargo de los herederos instituidos que no ostenten la condición legitimaria y, también, a cargo de los legitimarios instituidos herederos testamentarios o legatarios, dada su vinculación a la voluntad del causante, como sucesores al fin, y la posible influencia de su ejercicio en la esfera jurídica de estos sujetos. Valga para esclarecer, en ambos casos, lo que resuelve la Dirección General de los Registros y del Notariado en España.³⁴

de todos los hijos o descendientes, la “anulación” de las disposiciones patrimoniales testamentarias, y este término con independencia de las dificultades de trasponer al ámbito testamentario, los conceptos de nulidad y anulabilidad acuñados por la doctrina para el ámbito contractual apunta claramente a la necesidad de impugnación del testamento que incurra en tal defecto, si se quiere dejar sin efecto, lo cual, armoniza perfectamente con la evolución institucional favorable a la absorción del *ius discendi nullum* por la querella *inofficiosi testamenti*. En segundo lugar, habrá de observarse que el Artículo 814 del Código civil al declarar la anulación de todo el contenido patrimonial del testamento que incide en preterición no intencional de todos los hijos o descendientes, no hace distinción de supuestos, de modo que el significado que se atribuya al término anulación deberá aplicarse a todos, y es evidente que para muchos de ellos resulta incuestionable que la ineficacia de ese contenido patrimonial del testamento precisará, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso incoado por el preterido, proclame la no intencionalidad. En tercer lugar, el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (*cf.* Artículo 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (*cf.* Artículo 658 del Código civil), más parece avalar la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurre en caducidad ni en vicios sustanciales de forma, que la solución contraria [...]. Por todo lo expuesto habrá de concluirse que en el caso debatido, no podrá prescindirse, sin consentimiento de los beneficiarios, o sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento cuestionado a la hora de formular la partición, y ello sin necesidad de prejuzgar ahora si, en el pleito consiguiente la carga probatoria corresponde a la que alega la intencionalidad de la preterición o, dada la significación de la no revocación del testamento, al que pretenda su ineficacia». García-Bernardo la considera una acción de nulidad que requiere ser declarada, pero mediante interesante posición, aunque no compartida, estima que, en ocasiones, requiere pronunciamiento judicial a instancia de parte interesada y en otros no es necesario y procede declararse de oficio (*vid.* Alfredo García-Bernardo Landeta: «Preterición formal y material y nulidad de la institución», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 22, no. 2, 1969, pp. 375-376).

³⁴ *Vid.* Resolución No. 1, de 13 de octubre de 2005, la que, en el cuarto apartado, establece: «Respecto de la primera cuestión es doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (elaborada en sede de preterición pero aplicable a otros supuestos de nulidad de disposiciones patrimoniales testamentarias) que los herederos pueden apreciar la existencia de causa de nulidad de una disposición y actuar en consecuencia con el fin de salvaguardar derechos dignos de tutela, evitar largas dilaciones y los costes que pueden llegar a agotar el caudal hereditario. Para que ello sea posible es preciso contar con el consentimiento de los eventuales perjudicados por una declaración de nulidad pues con ello se cierra el círculo de legitimaciones que serían precisas en un procedimiento judicial». *Vid.*, también, G. Ortega Pardo: «Heredero testamentario y heredero forzoso», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, no. 2, 1950, p. 346.

Tras el resultado impugnatorio, habrá que atender a su repercusión en la vigencia de disposición testamentaria anterior, tácitamente revocada por la que deviene ineficaz.

Solo se suscita ese debate en los supuestos de revocación tácita. En los de revocación expresa, no cabe la duda porque no alcanza la consecuencia nulificante de la preterición a la cláusula revocatoria o porción clausular contentiva de la voluntad revocatoria. En cambio, la tácita derogación del testamento anterior tiene lugar justamente a partir de disposiciones testamentarias patrimoniales incompatibles con las precedentes. Este análisis se genera cuando la cláusula patrimonial incompatible con el contenido del testamento anterior es la de institución de heredero, por ser la que soporta los efectos nulificantes de la violación legítima.

La posición que se asuma dependerá, en primer orden, de la naturaleza que se atribuya al más radical de los efectos de la preterición —en el sentido de determinar si se trata, o no, de una auténtica acción de nulidad, devenida de la infracción de la norma prohibitiva que establece el deber de legítima— y luego del alcance que la norma le conceda. Además, habrá que atender a la regulación de la revocación como causal de ineficacia testamentaria que cada ordenamiento contenga. El Artículo 479 del CC cubano sigue la teoría rígida de la revocabilidad testamentaria cuando su apartado segundo establece que el mero otorgamiento de negocio testamentario posterior revoca al anterior. Esto permite sostener la vigencia de los efectos revocatorios del testamento, cuya cláusula de institución de heredero haya sido anulada por preterición, respecto a cualquier disposición testamentaria otorgada con anterioridad por el mismo causante.³⁵ La ineficacia testamentaria que la preterición genera se circunscribe a la institución de heredero sin participación en el otorgamiento del negocio mismo y, por tanto, la voluntad subyacente en la existencia del negocio asegura la eficacia revocatoria. Aunque el asunto es controvertido³⁶ y genera posiciones que contienen contundentes argumentos encontrados, la asumida, además de sustentable, desde el ordenamiento positivo cubano, es también la más favorable para el preterido, quien, en caso de recobrar eficacia disposicio-

³⁵ Vid. María A. Moreno Del Valle: «Los efectos de la preterición: aspectos doctrinales y jurisprudenciales», en *Actualidad Civil*, no. 1, 2002, pp. 258-259.

³⁶ En una segunda línea de análisis, cabrían posicionarse argumentos atinentes a que solo puede entenderse que, tras la nulidad de la cláusula de heredero testamentaria, el testamento anterior resulta eficaz, si había sido revocado por su incompatibilidad con la cláusula de institución de heredero devenida nula por la impugnación del preterido, dados los efectos retroactivos de esta causal de ineficacia negocial. Aunque la voluntad derogatoria haya quedado implícita en el segundo otorgamiento, si estuvo contenida solo en la cláusula de institución de heredero, la carencia de efectos que la nulidad reporta al negocio que invalida impide cualquier intento de preservación de la voluntad revocatoria.

nes testamentarias anteriores, estará obligado a impugnar la cláusula de institución de herederos, de haber sido preterido también en esas.

El mismo estado de cosas se produce en los casos en los que el testamento impugnado por preterición lo es, también, por otras causales sustantivas o negociales que invalidan el otorgamiento mismo y su nulidad llega a estimarse por resolución judicial. De tal suerte, el efecto revocatorio del testamento anulado no conserva vigencia y, por tanto, el testamento otorgado precedentemente recupera eficacia, y obliga al legitimario a continuar impugnando su clausulado, de haber sido preterido previamente.³⁷

Reducción de las disposiciones testamentarias

La reducción de las disposiciones testamentarias es el efecto estandarizado en la mayoría de los códigos civiles latinoamericanos y el predominante en el CC español. Se establece a través de la equiparación de los efectos de la preterición a los de la debida protección testamentaria de los legitimarios³⁸ o de la reforma, ajuste o reducción de las disposiciones testamentarias violatorias³⁹ sin cercenar la voluntad del causante. El modelo

³⁷ Es el sentido que ofrece el alto foro cubano, en la Sentencia No. 11, de 13 de enero de 1918, al privar de acción a una hermana del testador, como su pariente más cercano, para pedir la nulidad de un testamento porque, con la declaración de dicha nulidad, no adquiriría la condición de heredera *ab intestato* del causante, por existir un testamento anterior. *Vid.* Martínez Escobar (*Op. cit.*, p. 148) que afirma: «Si el testamento revocatorio es declarado nulo en su totalidad, como consecuencia de la nulidad declarada, readquiere su eficacia el revocado. La nulidad alcanza a la revocación. Desapareciendo el último testamento resurge la situación anterior que existía al otorgarse».

³⁸ *V.gr.*, los CC de Chile (Artículo 1218), Argentina (3600 y 3601), Colombia (1276) y Uruguay (1008). Suárez Franco afirma que, en Colombia, el preterido no necesita reformar el testamento porque el Artículo 1276 del CC lo reconoce como instituido y, por tanto, la reforma se produce solo para el complemento (*vid.* Suárez Franco: *Op. cit.*, pp. 305-306). Por su parte, García Cima de Esteve asegura que, en el contexto jurídico argentino, se ejerce la acción de reforma o reducción solo para remediar las lesiones legitimarias producidas por liberalidades efectuadas en vida del testador (*vid.* García Cima de Esteve: *Op. cit.*, p. 139). Según Armella, en Colombia, el preterido no tiene más que intervenir en el proceso judicial sucesorio para lograr adquirir su porción y, solo en aquellos casos en los que el ejercicio de las acciones sean asumidas por el preterido después de la partición, es que deberá promover un proceso sucesorio (*vid.* Cristina Noemí Armella: «Colombia», en *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España*, pp. 382-383). Bonilla Anido deja claro que la equiparación que establece el legislador uruguayo entre el legitimario omitido y el protegido por el testador se produce solo a los efectos de atribuirle *ex lege* la titulación de legitimario al preterido, pero la integridad de su porción tiene que lograrla mediante el ejercicio de las acciones de protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima –*vid.* Raúl Anido Bonilla: «Uruguay», en Armella, *op. cit.*, pp. 912 y ss.

³⁹ *V.gr.*, los CC de Ecuador (Artículo 1261), Venezuela (888) y Bolivia (1068). En el caso del ordenamiento ecuatoriano, Ycaza Garcés afirma que, tras la reforma, por los cánones de la sucesión intestada, el preterido adquiere análisis enrevesado, si se atiende a que, precisamente, la reforma permite reducir las disposiciones testamentarias para la

de la equiparación proporciona al preterido una tutela equivalente a la que goza el legitimario protegido, sin necesidad de ejercitar acción alguna de defensa. Los ordenamientos que lo adoptan parecen asumir que la omisión del legitimario es un reconocimiento tácito de la asignación a que la ley obliga. De esta variante, se analiza la naturaleza de la protección que se está proporcionando y la forma en la que se hace efectiva, o sea, la vía por la que llega a adquirir el preterido su porción. Se plantean tres variantes: a) adquisición automática; b) adquisición a través de la acción de petición de herencia; y c) adquisición a través de la acción de reforma. Zannoni⁴⁰ se decanta por la segunda.

No obstante, en estos sistemas, también debe acudir a la acción de reforma cuando el testador, a la vez que omite al legitimario, realiza liberalidades en vida o atribuciones testamentarias particulares que afectan la legítima estricta o rigurosa. Mediante la reforma o reducción, la ley concede la posibilidad de obtener que se ajuste el testamento cuando el testador no ha respetado la legítima, lo que permite que estas asignaciones forzosas se cumplan y, también, las disposiciones testamentarias si algo quedara. Con el efecto reductor, se resuelve retroactivamente el dominio de terceros sobre bienes o derechos integrantes de la porción legitimaria transgredida, a cuyo tenor sobreviene la obligación de aquellos de restituir el bien y, de ahí, la reipersecutoriedad de sus resultados.

Cuestión bien debatida por los estudiosos del régimen jurídico de la reforma testamentaria como medio de defensa legitimario es la que atiende a su naturaleza. Resulta convincente la valoración de Fornieles,⁴¹ cuando concluye que presenta una naturaleza dual, conformada por un aspecto personal, derivado de la nulidad de los actos del causante, cuyo resultado excede la parte de libre disposición y, por otro, real, dados sus efectos reivindicatorios frente a terceros.

En el terreno de la reipersecutoriedad del resultado de la acción de reducción, se debate sobre si se logra completar la porción del lesionado *in natura* o a través del reintegro de valores. Zannoni y M. Ferrer⁴² estiman que el resultado reductor debe revertir la lesión legitimaria *in natura*. Sin embargo, en atención a que se producen derivaciones que afectan a terceros adquirentes de buena fe, cuando el resultado reductor se consigue

satisfacción de este sin desmembrar innecesariamente la voluntad del causante (vid. Francisco X. Ycaza Garcés: «Ecuador», en Armella, *op. cit.*, p. 509).

⁴⁰ Vid. Eduardo Zannoni: *Manual de Derecho de las sucesiones*, 4.ª ed., p. 559. Caravia Díaz considera que, a través del ejercicio de la acción de reforma, los herederos preteridos recibirán su legítima como verdaderos legitimarios, pues no devienen herederos legales ni testamentarios (vid. Elena Caravia Díaz: «Efectos de la preterición de herederos en el ordenamiento civil cubano: ¿Reforma necesaria o pretensiones vanidosas?», p. 79).

⁴¹ Fornieles: *Op. cit.*, pp. 97 y ss.

⁴² Vid. Zannoni: *Op. cit.*, p. 517 y M. Ferrer: *Op. cit.*, pp. 173 y ss.

después de efectuada la partición, deben valorarse las ventajas del reintegro de valores por las gravosas consecuencias que la satisfacción *in natura* puede ocasionar a los poseedores de los bienes que integran la porción legítima.

Los ordenamientos que establecen la reducción o reforma testamentaria se han encargado, además, de la ineficacia de los actos ulteriores, mediante la previsión de la reipersecutoriedad de esta acción o sus efectos reivindicantes frente a terceros. Tales previsiones suponen una valiosa alternativa de protección que la norma proporciona al preterido, al viabilizar sus facultades de accionar directamente sobre los bienes que integran su porción y que no encuentra paralelo en nuestro ordenamiento tras el fatídico resultado nulificante. El preterido en Cuba deberá accionar sucesivamente para privar de eficacia los actos del testador violatorios de su legítima, al iniciar la impugnación de la cláusula de institución de heredero testamentaria, su orden de actuación, seguida de la reducción de legados en la medida precisa y, de ser necesario, habrá de proseguir con las pretensiones impugnatorias de los actos ulteriores del testador.⁴³ El Derecho positivo cubano no prevé variante alguna que, tras la declaración judicial de nulidad, permita al preterido obtener la adquisición de su porción por el simple reclamo del reintegro de los bienes que la componen, sino que priva de eficacia al acto jurídico determinante de la posesión a cargo de quien deberá ser demandado.

El resto de las acciones preliminares operan, aunque con mayor alcance, de igual modo que cuando tienen fines de complemento.⁴⁴

Efectos definitivos

Tras el ejercicio exitoso de las acciones por preterición, se despliega un segundo conjunto de efectos mucho menos explorados por los estudiosos del asunto. Los efectos definitivos son los que permiten al legitimario adquirir lo que, por legítima, le corresponde, luego del éxito de los efectos preliminares. Se ha visto que, en los sistemas legitimarios configurados como un límite a la libertad de testar, la delación forzosa no atribuye la porción legítima, simplemente la ofrece y, luego, por otro cauce, deberá hacerse efectiva la adquisición. Esos otros cauces son los efectos definitivos de la preterición, que se concretan en el título sucesorio por el que, finalmente, acude a la sucesión el preterido y en el título adquisitivo de su porción.

La forma en la que se conciben estos efectos debe estar en perfecta armonía con la concepción de la sucesión forzosa que cada ordenamiento

⁴³ José K. Fernández Martell: «La reducción de liberalidades inoficiosas: medio garante de la intangibilidad cuantitativa de la legítima en Cuba. A propósito de los veinticinco años del Código Civil» (ponencia, versión digital), pp. 21 y ss.

⁴⁴ Vid. Manuel Albaladejo: *Curso de Derecho civil*, vol. v, 9.ª ed, pp. 392-393; y la propuesta que, en este sentido, ofrece Miquel González («Legítima material...», pp. 5344-5345).

adopte y este es el hilo conductor más seguro para la regulación de un sistema coherente.

Estos efectos han sido poco tratados por los teóricos. También los códigos civiles cubano y español carecen de precepto de este tipo y ello pudiera estar determinado por la contundencia de su antecedente romano, orientado a la sucesión intestada, como consecuencia de la ineficacia de las disposiciones testamentarias que producía la preterición.

Desde el surgimiento de la institución, sus consecuencias preliminares fueron anulatorias de la voluntad testamentaria, primero total y luego gradualmente. De ese modo, se daba tutela al preterido con la apertura de la sucesión intestada que constituía el invariable escenario de satisfacción definitiva. Antes de la Novela 115 de Justiniano, la preterición se tipificaba en los casos de omisión testamentaria y su efecto era la nulidad total del testamento y la apertura de la sucesión intestada. Durante toda la vigencia de la Novela, la preterición se producía cuando no se instituía heredero al legitimario y provocaba la nulidad de la cláusula de institución con la apertura de la sucesión intestada. A partir de la abolición del requisito de institución hereditaria, fundamentalmente desde el ordenamiento de Alcalá, comienza a variar el supuesto de hecho de la preterición en los ordenamientos posteriores, pero se mantiene su consecuencia nulificante y la remisión a la *ab intestato*.⁴⁵

En idéntica situación se encuentran los artículos 503 al 508 del Código del Derecho foral de Aragón; el 451.16 del CC de Cataluña; del 258 al 261 de la Ley de Derecho civil de Galicia; y la Ley No. 271 del Fuero Nuevo de Navarra.

De igual modo, se comporta la regulación de los códigos civiles de Bolivia, Uruguay, Colombia, Chile, Argentina, Ecuador y Venezuela, que se limitan, según el caso, a diseñar las acciones de reforma o reducción (efectos preliminares) sin que, en ningún precepto, se conciba el título o modo por el que el legitimario preterido adquiere, una vez ejercitadas con éxito las acciones por preterición.

⁴⁵ Vid. Vallet de Goytisolo: «Apuntes...», p. 480; Juan A. Obarrio Moreno: «La preterición en los *commentaria* del jurista Cerdán de Tallada», en *Revista General de Derecho Romano*, no. 11, 2008, p. 6, y *La preterición en el ámbito del ius commune: los comentarios de Tomás Cerdán de Tallada al fuero Declaran*, p. 74; y Alfredo García-Bernardo Landeta: «La preterición en nuestro Código civil después de la última reforma del Artículo 814», en *Revista Jurídica del Notariado*, no. 50, 2004, p. 91. Sin embargo, desde el propio Derecho romano, Fernández Camus considera que la nulidad testamentaria, por violación de la legítima, tiene como límite el interés del querellante y, obtenido su resultado, por sentencia, se ordena la restitución y se condena al demandado, siguiendo las reglas establecidas para la acción de petición de herencia. Aunque Justiniano no llegó a compilar este particular, según el indicado autor, el análisis de los textos de la época conduce a la conclusión de que abrir la intestada es una teoría exagerada porque va más allá de la intención de los legisladores de la época (vid. Emilio Fernández Camus: *Varias conferencias sobre los principios fundamentales del Derecho hereditario*, p. 182).

A diferencia de lo planteado, en cuanto a la disponibilidad de los efectos preliminares, el terreno de los definitivos sostiene un análisis muy distinto. Si las definitivas derivaciones de la total violación legitimaria están precedidas por el ejercicio de las acciones de impugnación que eliminan los impedimentos para la adquisición de lo que corresponde al preterido, no debe validarse la renunciabilidad del derecho de opción que se confiere al preterido, a partir del título correspondiente, ni de la final adquisición de la porción. Ello sugiere la conclusión de que el preterido que impugna los actos violatorios del causante, con el ejercicio de las acciones conducentes a estos fines, ejecuta actos concluyentes de su intención de aceptar la herencia. Por ello, aunque la inexistencia de título sucesorio que materialice la delación, al tiempo del ejercicio de las acciones preliminares, impida imputarle la condición de heredero, siquiera de legitimario, mediante la aceptación tácita, tampoco resulta viable la renuncia a adquirir tal condición.

Constituye una total inconsecuencia que el preterido impugne los actos del testador o de terceros que vulneran el derecho a adquirir su legítima y, tras el triunfo impugnatorio, renuncie a tal adquisición. El principio que prohíbe la actuación contraria a los actos propios, válidamente realizados, lo impide en primer orden. Si bien el carácter dispositivo de los efectos preliminares coadyuva a una equilibrada coexistencia entre la libertad de testar y la limitación que la sucesión forzosa supone, la irrenunciabilidad de los definitivos completa la proporción en la balanza medidora. Desde luego, esto se produce solo cuando coinciden titulares del ejercicio de las acciones de impugnación y ulteriores renunciantes. El preterido que no impugna, tácitamente, renuncia a ello y, desde esa ubicación, le es dable repudiar las derivaciones finales. Por último, admitir la disponibilidad de estos efectos a cargo del testador conduce a un contrasentido, si se tiene en cuenta que ellos permiten la adquisición definitiva de la porción al preterido, y cualquier previsión testamentaria de este tipo equivaldría a la exclusión de la preterición y no al acomodo de sus efectos a la voluntad del causante.

Debate doctrinal

En Cuba, como fue analizado, la indebida derivación interpretativa de los efectos definitivos de la preterición, o sea, la vía por la que el preterido adquiere su porción, apunta a la apertura de la sucesión intestada en la que podrá adquirir parte del caudal, solo como un heredero legal más.⁴⁶

⁴⁶ En cambio, en el CC español, pueden presentarse dos situaciones en dependencia de la intencionalidad de la desprotección, o no. Coinciden buena parte de los autores en que, si se ha preterido erróneamente a los descendientes, habrá que abrir la intestada, con el debate de si se hace para conferir **la total cuota ab intestato** –vid. De la Cámara Álvarez: *Op. cit.*, p. 215; Lledó Yagüe: «La tutela...», p. 2548; Roca-Sastre Muncunill: «Casuística legitimaria...», p. 596; José M. Miquel González: «Acción de reclamación de filiación extramatrimonial y preterición intencional: comentario a la STS de 9 julio

Rivera Fernández asocia la preterición a la ausencia de un título sucesorio atributivo y, con ello, justifica el porqué del efecto nulificante que ocasiona que se abra la intestada y por esa vía adquiera la herencia a título de heredero legal.

2002 (RJ 2002, 8237)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, no. 10, 2003, p. 439; Bolás Alfonso: «La preterición...», p. 227; Moreno del Valle: «Los efectos...», p. 264; Santiago Espiau Espiau: «Nulidad de testamento por preterición errónea y usufructo viudal», en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 94, no. 3, 1995, p. 610; y Garrote Fernández-Díez: *Op. cit.*, p. 219–; **la legítima estricta** (vid. Juan B. Vallet de Goytisolo: «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, no. 1, 1986, p. 45; y la Sentencia de 13 de julio de 1985, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español (RJ\1985\4052), cuarto considerando: «[...] está poniendo de manifiesto que el testador no quiso proveer al preterido o desheredado de todo su patrimonio y por tanto que únicamente es de respetarle la legítima, como porción que la ley imperativamente le reconoce y de la que por tanto no puede verse privado, lo que en definitiva es consecuencia de reconocimiento, en módulo interpretativo acogido por el Artículo 675 del Código civil, de que la voluntad del testador, que es la ley prevalente en toda disposición testamentaria, fue no reconocer al heredero forzoso más que lo rigurosa y estrictamente reconocido por la ley, que es, siguiendo lo proclamado en otras legislaciones, lo que reconoce actualmente el Código civil español en la redacción dada al precitado Artículo 814 por la ley 11/1981, de 13 de mayo»); **la larga** (vid. Vallet de Goytisolo: «Observaciones...», p. 57); **si se abre solo con respecto al preterido** (vid. Torres García y Domínguez Luelmo: *Op. cit.*, pp. 1850-1851; y Miquel González: «Legítima material...», p. 527); a todos los legitimarios o a todos los sucesores legales y, en estos tres casos, si se hace **respecto a la legítima individual vulnerada** (vid. Peña Bernaldo de Quirós apud Vallet de Goytisolo, «Observaciones...», p. 44) o a la global. Sin embargo, no existe igual consenso en los supuestos en los cuales ha existido preterición no intencional del resto de los legitimarios o intencional de cualquiera de ellos, pues los autores se debaten entre **la apertura de la intestada** (vid. Bolás Alfonso: «La preterición...», pp. 224-225; y García-Bernardo Landeta: «La preterición...», pp. 63-64) y la determinación del título directo de adquisición de su porción sin tener que acudir a otro tipo de sucesión. Por este criterio, parecen haberse decantado el Tribunal Supremo español en el tercer considerando de la Sentencia No. 981, de 7 de octubre de 2004 (RJ/2004/6230) y la Audiencia Provincial de Madrid, esta última cuando, en casos en los que estimó intencionalmente preteridos a legitimarios, dictó la sentencia de 23 de junio de 1999, cuyo fallo dice que «[...] debiendo declarar como herederos forzosos de don J del VA por mitad y por partes iguales a don L del VB y a doña MAP, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria a favor del cónyuge viudo [...]» y la No. 129, de 10 de marzo de 2005, «[...] en el único sentido de declarar el derecho de las demandantes D^a. A y D^a. M a la cuota que les corresponda sobre el tercio de legítima estricta en la herencia de sus difuntos abuelos, lo que comporta la estimación en parte de la demanda en su día deducida [...], conclusión a la que se arriba a partir de los pronunciamientos de reconocimiento directo de los derechos legitimarios de los preteridos, sin atender a condición sucesoria distinta. Igual criterio negativo de la apertura de la intestada sostienen Roca-Sastre Muncunill, Reverte y Rivera, quien afirma que, en estos casos, la ley configura un título autónomo con el que el preterido pueda acceder a su cuota (Roca-Sastre Muncunill: *Derecho de...*, t. 2, p. 592; Antonio Reverte Navarro: «Reflexiones sobre la legítima en el Código civil», p. 4147; y M. Rivera Fernández: «Artículos 814 al 815», en Ana Cañizares Laso *et al.*, *Código civil comentado*, vol. II, p. 842).

Miquel González,⁴⁷ refiriéndose a la preterición intencional, se plantea el interrogante de si se abre hoy la sucesión intestada para que, por su conducto, adquiera el preterido o la expresión «se reducirá la institución de heredero» significa que el legitimario preterido exige directamente la legítima al instituido sin anular nada. Responde que una u otra derivación dependerá de la deducible voluntad del testador.

Vallet de Goytisolo⁴⁸ afirmó que, frente al sistema en que la ley atribuye directamente la titularidad o cotitularidad de un contenido, existe otro en el cual la ley no dispone directamente de ese contenido, sino que determina la existencia de un deber del causante y lo refuerza y asegura con una limitación de las facultades dispositivas de este, que sanciona con un conjunto de normas cuya fuerza radica en la invalidación de las disposiciones que violen aquel deber. En este orden, concluye que la adquisición del legitimario llega a través de estas sanciones, como consecuencia de las invalidaciones producidas, que dejan paso, en todo o en parte, a su derecho *ab intestato* o a la disposición testamentaria ordenada a su favor, pero liberada de toda limitación.

En cambio, Espejo Lerdo de Tejada,⁴⁹ contundentemente, afirma que, en el Derecho español, la violación de la legítima no da paso a la sucesión intestada sobre la base de criterios de independencia de la sucesión legítima, a los efectos de su protección.

Tratamiento judicial en Cuba

En el período comprendido entre enero de 2005 y junio de 2012, en la parte dispositiva de las sentencias del más alto foro cubano, no se ha hecho mención a la apertura de la sucesión intestada, tras la nulidad de la institución de herederos por preterición u otro efecto definitivo como el derecho a percibir la cuota el preterido, la forma de adquirirla, etc.⁵⁰

La respuesta al interrogante de por qué tiene lugar tal estado de cosas conduce a las siguientes variantes:

⁴⁷ Miquel González: «Legítima material...», pp. 532-533.

⁴⁸ Vallet de Goytisolo: «Atribución...», pp. 38-39.

⁴⁹ Espejo Lerdo de Tejada: *Op. cit.*, p. 369.

⁵⁰ La Sentencia No. 422, de 18 de noviembre de 2011 (SCA, TSP), resuelve recurso de casación en el que, precisamente, se fundamentaba el quebrantamiento en la declaración de heredero especialmente protegido del preterido que en la sentencia interpelada se dispuso, en lugar –según el casacionista– de disponerse la apertura de la sucesión intestada y, al respecto, se consideró en la indicada resolución, pero nada fue dispuesto por el tribunal (*vid.* el único considerando y el fallo de la segunda sentencia: «[...] acreditado como se encuentra en las actuaciones la existencia de una menor hija del causante que por consiguiente con relación a él adquiere la categoría de heredera especialmente protegida que prevé el inciso a) del apartado uno del artículo cuatrocientos noventa y tres del Código civil, al ser desconocida en el testamento que otorgó a favor de persona distinta, ello deviene clara situación de preterición que invalida dicha institución y que obliga [a] acudir a la persona interesada a los trámites de la herencia intestada, lo que

– Por la observancia del principio de congruencia, a cuyo tenor no puede el juzgador rebasar los límites del *petitum* en su dictado y, por tanto, solo ha de pronunciarse en cuanto a los efectos preliminares de la preterición que le han sido instados.

– Por cuestiones relativas a la competencia por razón de la materia, en el sentido de que el foro que conoce de las acciones impugnatorias no es, luego, el competente para emitir pronunciamiento relativo a la apertura de la sucesión *ab intestato* que, comúnmente, se atribuye al ámbito de facultades del notario o a tribunales de primera instancia.

En Cuba, las acciones impugnatorias por preterición integran la competencia de las salas de lo Civil y lo Administrativo de los tribunales provinciales populares y se tramitan por los cauces del proceso ordinario –*vid.* Artículo 6.6 (modificado por el Decreto-Ley No. 241 de 2006) en relación con el 223.3, ambos de la Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico–, mientras que la declaración de herederos *ab intestato* corresponde a la competencia de las secciones de lo civil de los tribunales municipales populares por los cauces del proceso sucesorio de declaración de herederos –*vid.* Artículo 5.5 en relación con el 535 del mismo cuerpo legal, este último modificado por Ley 50, de primero de marzo de 1985, de las notarías estatales, que traslada al ámbito de atribuciones notariales la autorización mediante acta de notoriedad del título sucesorio *ab intestato*, excepto en los supuestos de manifiesta contradicción de partes, producción de perjuicios a terceros o emisión de dictamen contrario a cargo del fiscal.

no desvirtuado con las pruebas aportadas por la demandada en el proceso, obliga [a] resolver como se dirá:

FALLAMOS: Declaramos *con lugar* la presente demanda en proceso ordinario establecida por [...] en representación de su menor hija [...] contra [...] y consecuentemente se anula el acto de institución de herederos contenido en la escritura número doscientos quince de fecha siete de mayo de dos mil cuatro sobre testamento otorgada por [...] ante la notario [...] el que queda sin valor ni efecto alguno [...].».

Años antes, la misma sala, en el único considerando de la Sentencia No. 120, de 28 de febrero de 2005, refleja que, por derivación de la precedente nulidad de la cláusula de institución de heredero testamentaria, se produjo la apertura de la sucesión intestada, solo como elemento de hecho y no de Derecho, incorporado a la resolución judicial: «[...] lo cierto es que por sentencia firme se dispuso la nulidad del acto jurídico consistente en testamento notarial contenido en la escritura número [...] otorgada [...] por el hecho de haberse infringido lo concerniente a la designación del heredero especialmente protegido, en este caso un hijo menor de edad, por lo que intrascendente resulta que con posterioridad a la firmeza de dicha sentencia dicho menor hubiere abandonado el país definitivamente pues, para entonces ya había surtido todos los efectos legales en cuanto a la nulidad del mencionado instrumento, abriéndose así la sucesión intestada como en efecto fue verificado, alcanzando por tanto tal nulidad a los actos realizados en virtud del instrumento declarado nulo, en este caso, el acto jurídico de aceptación y adjudicación de herencia contenido en la correspondiente escritura, respecto al cual se interesó su nulidad en el presente proceso [...].».

– Por incertidumbre, en cuanto al destino final o los efectos definitivos de la preterición, que puede seguramente dimanar, incluso, de la omisión normativa al respecto.

De este modo, se agrava la incertidumbre que dimana de las omisiones normativas. Los artículos 814 y 495 de los CC español y cubano, respectivamente, solo prevén los efectos preliminares de la preterición. De aquí, surgen las enconadas polémicas en torno a la adquisición definitiva de la legítima, enriquecidas en España tras la reforma legislativa introducida por la Ley No. 11, de 13 de mayo de 1981, que encuentra su punto más significativo en las orfandades normativas de la dinámica legitimaria en la sucesión intestada.

Este análisis pretende solo allanar el camino, atestado de incertidumbres, hacia las definitivas derivaciones de la preterición, intentando encontrar, al menos, referativamente, alguna pisada segura en el terreno forense. Es comprensible, sin embargo, que existen razones de peso para el silencio del foro en este aspecto.

En el plano de los efectos definitivos de la preterición, la laguna normativa alumbra una significativa carencia en la construcción teórica de la figura, deja a oscuras el final del camino por el que ha de transitar el preterido y trasciende a la ruptura de la equidad entre los regímenes legales que han de preverse para dar cobertura a la tutela de los legitimarios protegidos por el testador y a aquellos que, no habiéndolo sido, han ejercitado con éxito las acciones impugnatorias previas. Perdido este imprescindible equilibrio en la regulación jurídica de la protección legitimaria, se pierde la esencia de la tuición a que está convocada.

Aplicación y previsión normativa de los efectos de la preterición

En el análisis de la dualidad de efectos que la preterición genera, surge el interrogante acerca de si es correcto conminar al preterido al ejercicio de un conjunto de acciones previas que le permitan, luego, adquirir su porción, o si es preferible concederle la titularidad de acciones de reclamación directa, lo que evita el rodeo impugnatorio.⁵¹ Constituye esta disyuntiva el punto de partida propicio para la adecuada configuración del sistema de efectos de la institución porque, de ellos, depende la armónica interrelación de los principios de libertad de testar y protección legitimaria.

La desconexión entre el presupuesto asistencial de la legítima cubana y su implementación –mediante un sistema de reglamentación negativa–, la infeliz traspolación de los efectos del incumplimiento del deber de la legítima española –sin tener en cuenta sus nuevas particularidades– y las deficiencias de la

⁵¹ Al respecto, *cfr.* Vallet de Goytisolo: «Atribución...», pp. 41 y ss.

regulación normativa permiten concebir, sistematizar y aplicar alternativas de protección distintas a las que informan las vigentes interpretaciones e, incluso, a las previstas en sus antecedentes históricos españoles.

En la renovación del sistema de efectos de la preterición, deberán tenerse en cuenta la autonomía de la sucesión forzosa y la naturaleza protectora de la intangibilidad legitimaria que tiene la figura, a la vez que moderadora de este último principio con el de libertad de testar.

En el orden de los efectos preliminares, se torna muy compleja la renovación porque, dada su previsión legislativa, únicamente puede replantearse a partir de reformas normativas. En cambio, la generalizada ausencia de regulación de los efectos definitivos de la preterición, como parte de su construcción teórica, permite estructurarlos con propósitos encaminados a su adecuado despliegue, de cara a la optimización de la protección a la que deben dirigirse. Las siguientes propuestas aportan la solución de protección legitimaria a la que debe aspirarse, pero subsiste el problema de la desacertada restricción a la voluntad del causante, que provoca los efectos preliminares nulificantes en algunos ordenamientos como el cubano y, en menor medida, el español. Así, la coordinación de la aplicación de los principios de *favor testamenti* y de intangibilidad de la legítima se alcanza solo en un porcentaje medio.

Articulación de los efectos preliminares

En cuanto a los efectos preliminares, como alternativa de *lege ferenda*, se sugiere la sustitución normativa de la acción de nulidad de las disposiciones violatorias de la legítima por la de su reducción, reforma o ajuste a la porción de libre disposición, en todos los casos, sin importar el tipo de preterición de que se trate ni el número de legitimarios perjudicados. Ello produciría mejor compensación al preterido con menor incidencia en la limitación de la libertad de testar y la modificación testamentaria, pero la efectividad de esta propuesta requiere la positivización del orden en el que ha de operar la reducción. Entre tanto, la aplicación del Artículo 495.1 del CC cubano bien puede implementarse siguiendo las ya vistas conclusiones de Pérez Gallardo.

La nulidad de las disposiciones testamentarias constituye un desdichado efecto de la preterición. Desgarradoramente, impacta la voluntad del testador contenida en las cláusulas a las que alcanza, sin reportar un tributo proporcional al preterido.⁵² La supresión de los estorbos primeros

⁵² En contra, está Fernández-Díez porque, no obstante reconocer los drásticos efectos de la nulidad, acaba por justificarlos, al concebir en ellos un cauce al preterido para dar cumplimiento a la voluntad presunta del testador (*vid.* Garrote Fernández-Díez: *Op. cit.*, pp. 218-219 y 259). En la misma línea, García-Bernardo Landeta estima que las nulidades tienen la explicación histórica del efecto de la preterición, se avienen al fundamento de la preterición y resuelven, conforme a los principios del CC español, los actos dispo-

que supone la preterición, para la satisfacción del derecho legitimario, no requiere tal incidencia ni siquiera para propiciar la atribución de un título sucesorio al preterido.⁵³ Téngase en cuenta el desentono que genera la previsión normativa de la nulidad de las disposiciones testamentarias, cual expresión más nítida de la inobservancia de la voluntad del causante en el contexto de un sistema legitimario romanista, en el que la protección a los sucesores forzosos opera como límite a la libertad de testar, intentando evadir los drásticos impactos que en ella produce el sistema legitimario de reserva legal. Añádase el desafortunado arrastre interpretativo de la derivación a la intestada que ocasiona el resultado nulificante, por los conflictos que supone la sucesión legitimaria en el azaroso terreno del *ab intestato*. La subsistencia de esta previsión normativa obedece a razones de orden histórico más que necesario, que hoy han perdido toda vigencia porque se basaban en la necesidad de la continuación de la familia en el *sui* sin posibilidad alguna de que el causante lo impidiera, dada la oponibilidad del resultado nulificante.⁵⁴

Las restantes acciones preliminares no son portadoras de estos inconvenientes, pero, al resultar incompletas sus regulaciones normativas, presentan otros a los que es necesario atender. La acción de reducción de legados, regulada en el Artículo 495.1 del CC cubano, constituye uno de estos casos. El legislador establece que, ante la preterición «[...] valen los legados en cuanto no excedan de la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente». Esta formulación da cabida a las dudas de cómo organizar la reducción y, luego, cómo encauzar la validez de los legados que excedan, en todo o en parte, la cuantía de libre disposición. Ante este escollo, habrá que remitir a la acción de rescisión. Los requisitos doctrinales de esta causal de ineficacia negocial por disconformidad con la ley se manifiestan en el supuesto analizado; en cambio, el legislador cubano no prevé la preterición como causal rescisoria del acto jurídico que la supone. Estas causales se establecen bajo el sistema de *numerus clausus*,

sitivos del heredero aparente (vid. García-Bernardo Landeta: «Preterición formal...», pp. 380-381).

⁵³ En la misma línea, vid. María M. Bermejo Pumar: «Atribuciones legales (legítimas, derechos de cónyuge viudo y de las parejas, reservas)», en J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho privado*, t. 5, vol. 3, p. 105.

⁵⁴ Vid. Bolás Alfonso: «La preterición...», pp. 187-188. López Beltrán de Heredia acusa lo absurdo de esta previsión, desde la abolición del requisito de adquisición legitimaria, exclusivamente mediante la institución de heredero (vid. Carmen López Beltrán de Heredia: «Algunos problemas de la preterición no intencional de los hijos o descendientes», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 64, no. 585, 1988, pp. 358 y 377). No obstante la fuerza de los antecedentes, el legislador español, con la Reforma de 1981, suprimió la nulidad como consecuencia fundamental y la relegó solo a determinados supuestos, regulación aunque no óptima, menos lesiva (vid., asimismo, Obarrio Moreno: *La preterición...*, p. 105).

pero, en su previsión, rige el principio de subsidiariedad que informa a este tipo de ineficacia y ello podría ser la brecha para la viabilidad de la propuesta. La coincidencia cronológica de las particulares atribuciones testamentarias –aun cuando se hayan dispuesto a través de varios testamentos vigentes a la muerte del otorgante–⁵⁵ dan lugar al fenómeno de la sucesión *per relacionen*, y sugiere que su reducción se produzca a prorrata, salvo que el testador haya impuesto el orden del reajuste.⁵⁶

La dinámica de la transmisión *mortis causa* indica el camino a seguir para establecer el orden de reducción de las disposiciones testamentarias y las liberalidades que quebrantan el derecho legitimario. La primera reducción deben soportarla aquellas (primero, la institución de heredero; y, luego, los legados) del modo indicado. Ante la insuficiencia de estas contracciones preliminares, corresponde reducir las liberalidades efectuadas en vida del testador y, para ello, sí habrá que atender a la fecha de su realización para reducir, en orden inverso, su cronología, de modo que comenzará por rescindirse el acto efectuado en fecha más próxima a su muerte y, en ese orden invertido, debe continuar el proceso reductor hasta la total integración de la porción del preterido.⁵⁷

Cuestión trascendental en la construcción teórica de estos efectos es la estimación de que el ejercicio triunfante de las acciones, a través de las cuales se concretan, deviene la titulación sucesoria legitimaria de la que carecía el preterido, previo a su actuación. En ello estriba la solución de continuidad entre unos y otros efectos de la preterición. Los preliminares, al estar con mayor o menor acierto regulados por la norma, constituyen previsiones por las que habrá de estarse para el logro de la reversión de las lesiones legitimarias, pero han de tenerse muy en cuenta las insuficiencias de su articulación, al concebir las derivaciones definitivas. García Moreno⁵⁸ ha dicho que el preterido, una vez que obtiene el título con el que acceder a la herencia del causante, se configura como titular de una acción de reclamación de la legítima, que pretende corregir la actuación voluntaria del testador. Peña Bernaldo de Quirós⁵⁹ afirma que la sentencia estimatoria de la petición del legitimario declara el carácter y alcance de la cualidad de heredero forzoso y, consiguientemente, la nulidad total o parcial de la disposición testamentaria que se oponga a ello, de modo que, si la partición de la herencia no se hu-

⁵⁵ Esto ocurre porque, salvo para el testador, el testamento solo produce efectos a partir de la muerte de su autor, por lo que no importa la fecha del otorgamiento, sino la de su eficacia.

⁵⁶ Fernández Martell: *Op. cit.*, p. 25.

⁵⁷ Los artículos 1832 y 3062 del CC argentino y 890 del uruguayo constituyen magníficas propuestas de la prelación reductora que ha de efectuarse por la preterición. (Vid. Raúl Anido Bonilla: «Uruguay», p. 913).

⁵⁸ García Moreno: *Op. cit.*, p. 905.

⁵⁹ Peña Bernaldo de Quirós: *Op. cit.*, p. 888.

biese efectuado, esta operación habrá de atenerse a dicho título sucesorio. Así, la resolución judicial que ponga fin al proceso –cuyo objeto sean las acciones de defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima– ha de ser considerada título sucesorio a favor del preterido y, para ello, debe el juez, en su parte dispositiva, realizar especial mención a esta condición.

La optimización de la regulación de los efectos preliminares de la preterición es, por tanto, posible a partir de los siguientes presupuestos:

a) Circunscripción de estos efectos a la impugnación de los actos, y las disposiciones del causante, violatorios del deber legitimario, sin conminar al preterido al ejercicio de ninguna acción declarativa de su titulación sucesoria.

b) Equiparación de la sentencia estimatoria de las acciones impugnatorias a la titulación sucesoria de la que carece el preterido por haber incumplido el testador el deber de otorgársela.

c) Concepción dispositiva de su ejercicio a cargo del legitimario lesionado.

d) Regulación de las acciones preliminares en orden de prelación, remitiendo a las acciones de ineficacia del acto jurídico previstas en el CC o estableciendo una propia para la ineficacia que produce la preterición.

En el primer caso, sería recomendable remitir a la acción de nulidad prevista en los incisos e) y f) del Artículo 67, solo para la impugnación de los actos simulados por el testador en fraude de la legítima, pero en el resto de los supuestos es preferible acogerse a la regulación de la acción de rescisión. En el segundo caso, la regulación de una acción reductora de las disposiciones testamentarias y los actos lucrativos del testador, violatorios de la legítima, perfecciona la alternativa protectora, dadas las particularidades del supuesto de hecho que la genera, su objeto, fundamento y efectos ulteriores, que le diferencian de la genérica acción de rescisión.

En este estudio, merece particular atención el análisis de los supuestos de preterición de parte de los legitimarios, por la influencia de esta situación en la previsión de sus efectos. En estos casos, el testador no viola la legítima global, sino la individual de los preteridos. Tal estado de cosas reclama un tratamiento distinto al de la preterición de todos los legitimarios porque la vulneración del preterido ha de revertirse con cargo solo a la porción legitimaria destinada a los sucesores forzosos protegidos.⁶⁰ De este modo, deben reducirse las porciones individuales de los últimos exclusivamente, sin incidir en las disposiciones del causante sobre la parte libremente disponible de su caudal. Si bien se ha rechazado la clasificación de la preterición en atención a la intencionalidad del testador, o no, y al tipo de deber incumplido, se advierte la necesidad de atribuir efectos distintos a los supuestos de violación de la

⁶⁰ Miquel González: «Legítima material...», pp. 533-534. López Beltrán propone un atinado sistema de efectos que se ajusta al supuesto de violación de la legítima individual y desconoce la nulidad como posible sanción (López Beltrán de Heredia: *Op. cit.*, p. 385).

legítima global e individual en el plano preliminar.⁶¹ Así, las acciones impugnatorias, en el supuesto analizado, debieran alcanzar únicamente a la reducción de las porciones resultantes de la división de la legítima global entre los protegidos o a su indivisión, cuando solo uno lo haya sido, sin invasión admisible en el resto del caudal.

La preterición de algunos de los legitimarios en el otorgamiento de testamento puede producirse en tres supuestos fundamentales:

- a) A partir de la condición de herederos especialmente protegidos.
- b) A partir de la institución de herederos voluntarios
- c) A través de legados.

La claridad de la alternativa de reducción ya planteada resulta perceptible sin inconvenientes en el primero de los supuestos anteriores. En cambio en los últimos dos casos, se torna compleja la determinación de la variante de protección idónea. En ambas situaciones, debe orientarse la solución hacia la inclusión que, exclusivamente, se produce a través de las reducciones de las disposiciones atributivas a favor de algunos legitimarios, para dar cobertura a la protección de todos ellos, sin perjuicio de que se reduzcan las disposiciones voluntarias del testador, pero con el objetivo de la integración de la cuota legítima y no de revertir la preterición en sí misma. Tal estado de cosas tendrá que producirse, también, bajo la titulación sucesoria que otorga al preterido el ejercicio de la acción de reducción, desplegado como efecto preliminar.

Ahora bien, estas consideraciones serán de *lege ferenda* en tanto existan previsiones como las que contiene el Artículo 495 del CC cubano, que equipara los efectos de la preterición de alguno a la de todos los legitimarios y regula el impacto de las violaciones a la legítima estrictamente individual en la parte de libre disposición.⁶² Pérez Gallardo⁶³ ha concluido que, en el ordenamiento cubano, la nulidad de la cláusula de heredero debe entenderse únicamente referida a la institución de herederos voluntarios, y deja a salvo las atribuciones a título de herencia a favor del resto de los legitimarios, como pago de sus legítimas individuales. Esta alternativa es la única viable, dado el efecto nulificante que, con aciago, impone el legislador. Es sustentable, además, a partir de la imposición que la legítima

⁶¹ Guillermo Lohmann Luca de Tena: «Artículo 723», en *Código civil peruano comentado*, t. 4, p. 507.

⁶² Esta es la tendencia implantada en la mayoría de los códigos civiles consultados. Los de Argentina, Chile, Uruguay, Venezuela y Perú no establecen distinción alguna en el orden de los efectos de la preterición de todos o algunos legitimarios (*vid.* artículos 3715, 1218, 1008, 888 y 806, respectivamente). En cambio, en el Artículo 814 del CC español, sí se gradúan los efectos, según sean todos los preteridos o algunos, pero se prevé solo en los casos de preterición no intencional de descendientes y sin lograr el alcance necesario porque todos los impactos se suscitan, en mayor o menor medida, también, en la porción libremente disponible.

⁶³ *Vid.* Pérez Gallardo: *Op. cit.*, p. 289.

supone, capaz de generar la presunción de que todos los títulos de los que se vale el testador para satisfacerla integran el cumplimiento de su obligación y, por tanto, no se afectan por las previsiones de nulidad, concebidas para los actos violatorios del deber legitimario, entre los que no se incluyen aquellos.⁶⁴

⁶⁴ Esta variante fue la adoptada en la Sentencia No. 35, de 21 de julio de 2011, dictada por la Sala de lo Civil, de lo Administrativo y de lo Laboral del TPP de Matanzas, en supuesto de preterición de hija póstuma, en testamento otorgado por su padre, en el que se instituyó como heredera voluntaria a la madre del testador, quien a la postre devino heredera especialmente protegida. El testamento, cuya impugnación pretendió, ante el órgano jurisdiccional, la madre de la preterida menor, contenía dos cláusulas: la primera disponía la carencia de herederos especialmente protegidos; y la segunda, de institución de heredera voluntaria a la progenitora del otorgante. En su tercer considerando, la sala analiza: «Que la nulidad absoluta como consecuencia jurídica de los actos de configuración defectuosa que provoca la invalidación del mismo, así como de los efectos típicos de éstos o los previstos por las partes, en cuanto tal, resulta una alternativa de *ultima ratio*, teniendo en cuenta el principio a favor del negocio jurídico, que informa el Derecho civil de manera general, favorece la preservación de los actos que en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad concierten los sujetos de derecho aun cuando adolezcan de algún defecto siempre que sea susceptible de subsanación por otra vía que no lo invalide jurídicamente, o al menos limitar su alcance solamente a aquellas disposiciones defectuosas, preservando su validez el resto del acto interpelado, razones que justifican que desde el punto de vista legal y doctrinal las causales que la motivan sean *numerus clausus*, complementado por los diferentes libros que regulan una esfera uniforme de relaciones jurídicas, la normativa de la parte general del Código civil a partir de la fijación de causales *sui generis* que proceden ante determinadas situaciones exclusivas del tipo de la relación jurídica civil objeto de regulación, cual la acción de nulidad de la institución de heredero franqueada en el artículo cuatrocientos noventa y cinco, apartado primero del citado texto legal sustantivo, en los supuestos en que se haya preterido a un heredero especialmente protegido, cual acontece en los presentes autos con la menor hija de la reclamante, que ilustrara la convergencia en la menor de los presupuestos para tal calificación, no obstante lo cual, no fue tenida en cuenta por el testador y desconocidos sus derechos en el negocio jurídico testamentario, previsión que sanciona la norma invocada con la ineficacia de la disposición contenida en la cláusula primera y modificación de la segunda del testamento cuyo contenido se impugna, preservando su validez los juicios en él contenidos emitidos por el notario, así como las demás declaraciones en cuanto a que se reserve a la menor la mitad de la herencia que le corresponda, quedando el resto del patrimonio a favor de la persona de la madre del mismo, con ello se alcanzan los fines pretendidos por la reclamante y a su vez se respeta la voluntad del causante, principio de observancia obligatoria para el derecho, en tanto meta suprema del respeto debido a los actos de última voluntad, lo que nos obliga a pronunciarnos como a continuación se consigna». Finalmente, el fallo indicó: «Que debemos declarar y declaramos con lugar en parte la demanda en proceso ordinario sobre nulidad de institución de herederos establecido por [...], contra [...]; en consecuencia, se declara nula la cláusula primera y se modifica la segunda del testamento otorgado por [...], contenido en la escritura pública número doscientos quince de fecha siete de mayo del año dos mil cuatro autorizada por [...], inscrita al tomo setecientos once del folio veintiséis del Registro de actos de última voluntad, instituyéndose como heredera especialmente protegida a la menor [...], así mismo como heredera del remanente del patrimonio de

Previsión de los efectos definitivos

Al retomar la planteada independencia de la sucesión legitimaria con su correspondiente titulación, el preterido —una vez que ejercita con éxito la acción de nulidad y las restantes impugnatorias, tomando como título sucesorio la sentencia firme estimatoria de sus pretensiones—, sin ostentar la condición de heredero legal, podrá adquirir su porción legitimaria ante notario en los casos de aquiescencia al respecto o en proceso sucesorio particional.⁶⁵ En el primer caso, la escritura pública notarial de adjudicación de herencia sería el título adquisitivo y, en el segundo, la resolución judicial firme que ponga fin al proceso. Ello no evade la previsión del efecto nulificante, solo lo adecua al fin con el que la propia norma lo ha previsto.

La causa de pedir en los procesos, cuyo objeto lo constituyen las pretensiones impugnatorias de las disposiciones testamentarias por preterición, está orientada a paliar los efectos de la lesión y no directamente a la obtención de la titulación sucesoria de la que el preterido carece. No es preciso que, en la resolución que ponga fin al proceso, estimando la demanda, se emita pronunciamiento alguno en cuanto a la titulación que produce, porque ella se erige como efecto indirecto del resultado del proceso, y propicia el llamamiento a favor del heredero especialmente protegido preterido. Los pronunciamientos judiciales específicos, en este orden, viabilizarían la alternativa planteada y serían admisibles porque no afectan la congruencia que ha de cuidar el juzgador, pero la procedencia de lo propuesto no queda sujeta a ellos.

Muy interesante se presenta la cuestión de si se trata de un conflicto judicial sucesorio *ab intestato* o de testamentaria. Resulta que nuestro ordenamiento procesal solo concibe los juicios sucesorios particionales de estos dos tipos, como reflejo de la clásica escisión de la sucesión *mortis*

[...], a la señora [...], quedando inalterables el resto de los pronunciamientos». La sentencia fue revocada por la No. 422, de 18 de noviembre de 2011, dictada por la SCA del TSP.

⁶⁵ Según Goyena Copello, esta fue la alternativa seguida por la tesis amplia relativa a los efectos de la nulidad de la cláusula de institución de herederos testamentarios por preterición, concebida en la doctrina argentina para atenuar los drásticos efectos del Artículo 3715 del CC derogado por el actual. Sus seguidores, so pretexto de respetar la voluntad del testador, se apartaban de la redacción literal del precepto y, aunque anulaban la cláusula de institución de heredero, entregaban al instituido la porción disponible y, al legítimo, su cuota (*vid.* Héctor Goyena Copello: *Tratado de Derecho de sucesión*, t. 2, 2.^a ed., p. 195). De igual modo, Anido Bonilla afirma que, cuando el legítimo que había sido omitido obtiene la sentencia de reforma, no recibe una mera sentencia declarativa, en la cual se dice que ya era heredero desde la apertura de la sucesión, sino que la sentencia le atribuye esa nueva calidad. Por eso, en el contexto jurídico uruguayo, se ubica la entrega efectiva de la porción que corresponde al lesionado en el objeto de la acción de reforma y no la atribución de la cualidad de heredero del legítimo (*vid.* Anido Bonilla: *Op. cit.*, pp. 910 y ss).

causa en testada e intestada.⁶⁶ Sin embargo, se plantea esta disyuntiva en los supuestos de sucesión mixta en los cuales sucesores testamentarios e intestados del mismo causante se disputan la partición hereditaria. En aras de que este detalle no obstruya la propuesta de orden procesal, valga la siguiente variante: si tras la nulidad de la cláusula de institución de heredero testamentaria, operada según el anterior Artículo 495 del CC, existiera desacuerdo de cualquier índole entre los legitimarios, con trascendencia a la partición de la porción legitimaria, debe:

1. Acudirse a un proceso sucesorio de testamentaria ante las secciones de lo civil de los TMP, en los supuestos de conflictos entre los legitimarios internamente, en lo que a la determinación de las legítimas individuales se refiere, y en los de vigencia de la institución de legados, sobre todo si el conflicto particional versa sobre la composición de la legítima global y los legatarios lo son en parte alícuota del caudal.

2. Acudirse a un proceso sucesorio de operaciones divisorias del caudal hereditario (el nombre que recibe el particional *ab intestato*), si no existieran disposiciones testamentarias vigentes de atribución patrimonial y por tanto, la parte de libre disposición, tras el cobro de la legítima, debe corresponder a los herederos legales, cuando los conflictos rebasen los de determinación de las legítimas individuales.

La apertura de la sucesión intestada debe producirse solo para la adquisición de lo que pudiera quedar disponible, tras el resultado de la nulidad de la institución de heredero testamentario y la adquisición de la porción legitimaria por el preterido, y en todos los casos en los que tenga lugar tal estado de cosas deberán concurrir con el preterido los sucesores legales al otorgamiento de los actos de adjudicación notarial o deberán ser partes en el proceso particional judicial que corresponda.

Los efectos de la preterición no deben dirigirse a atribuir al preterido un título sucesorio, sino a propiciar que adquiera la legítima y ello puede lograrse tras el éxito de las acciones impugnatorias por preterición, sin necesidad de obtener el título sucesorio *ab intestato* porque existe una delación propiamente legitimaria y la titulación que la hace efectiva dimanaría, en este caso, de la firmeza de la sentencia que estime las acciones preliminares, al estar regulado el contenido del llamamiento forzoso en la norma.

La teoría clásica de los títulos sucesorios los representa por medio del testamento y la declaratoria de herederos. Sin embargo, ello no resulta óbice para la defensa de la titulación sucesoria del preterido, a través de la sentencia estimatoria de las acciones por preterición, porque el título sucesorio ha de devenir instrumento para el ejercicio del derecho de opción

⁶⁶ Yanet Alfaro Guillén: «De los procesos sucesorios en general. Valoraciones de su regulación en la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 36, 2010, pp. 89 y ss.

hereditaria y la sentencia puede serlo porque, ineludiblemente, ha de ser notificada a todas las partes del proceso, entre las que figurarán siempre los preteridos. Además, la sentencia es inscribible en el Registro de actos de última voluntad y declaratoria de herederos. En este sentido, no han de frenar concepciones teóricas que, al esbozarse, no han ahondado, en las particularidades de la sucesión legitimaria, la posibilidad de dar cabida a la titulación legitimaria propia del preterido, que permita dar una respuesta satisfactoria a su derecho, cuando ha sido violado.

En la práctica forense en Cuba, cobra vida una titulación sucesoria formal a favor de herederos legales indebidamente excluidos del título sucesorio *ab intestato*, mediante las sentencias que se dictan en procesos ordinarios⁶⁷ por las secciones de lo civil de los TMP, a cuyo tenor se modifica el juicio de notoriedad notarial contenido en las declaraciones de herederos previamente autorizadas por fedatarios públicos, para disponer la inclusión de aquellos que no fueron en su momento llamados. No existe margen a la duda de que se viabiliza así la obtención de un título sucesorio distinto al testamento y a la declaración de herederos y ello no ya en el ámbito de disquisiciones teóricas, sino en el concreto escenario de la aplicación del Derecho nacional.⁶⁸

Nótese, además, cómo no se cuestiona, en ningún ámbito, la necesidad de la titulación legitimaria del preterido en los casos en los cuales los efectos preliminares han sido reductores y no nulificantes, o sea, cuando se satisface su derecho mediante la reducción de disposiciones testamen-

⁶⁷ Vid. Acuerdo No. 76, de 14 de junio de 1988, del CGTSP, modificado por el 161, de 22 de febrero de 2011: «PRIMERO: El claro tenor de la disposición especial primera de la Ley No. 50, de 25 de diciembre de 1984, de las notarías estatales, exceptúa a estos órganos, entre otros casos, del conocimiento de los procesos sucesorios de declaratoria de herederos en que sea manifiesta la contradicción entre partes y ello basta para entender que en el supuesto de la omisión de un heredero en que sea manifiesta la contradicción entre partes al extenderse el acta notarial constitutiva de una institución de esa naturaleza, es ante el tribunal municipal correspondiente donde debe ventilarse el proceso para obtener su modificación, conforme previene el inciso 5) del Artículo 5, en relación con el segundo párrafo del Artículo 537, ambos de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, salvo el caso en que todos los interesados acuerden concurrir ante el notario para que extienda nueva acta en tal sentido.

SEGUNDO: Una vez firme la sentencia que dicte el tribunal disponiendo la modificación de la instituida y la inclusión de quien inicialmente había sido omitido en el acta, el tribunal debe comunicar lo resuelto al Registro general de declaratoria de herederos y al notario autorizante adjuntándoles copias testimoniadas de la resolución dictada para que se realice la oportuna anotación en el asiento provocado por la remisión de la copia del acta notarial a que se refiere el Artículo 125 del Reglamento de la Ley de las notarías estatales, lo que es suficiente para producir la inscripción necesaria en el Registro central de declaratoria de herederos del Ministerio de Justicia y al margen de la matriz correspondiente a todos los efectos pertinentes».

⁶⁸ En estos casos, la novación se produce solo en la titulación formal porque la material sigue siendo la ley, al tratarse de la sucesión *ab intestato*.

tarias⁶⁹ de actos efectuados en vida del testador a título gratuito o mediante los ajustes que acuerdan los implicados, tras la preterición, o que previene el testador para evadir los efectos preliminares invalidantes de su voluntad. En todos estos casos, el preterido adquiere como legitimario, en atención a una titulación propia,⁷⁰ que únicamente se entiende procedente de la norma, en cuanto a contenido y, de las sentencias que estimen la reducción, de los acuerdos o de las previsiones testamentarias –según el caso–, en cuanto a forma. Es la independencia de esa titulación la que permite tal estado de cosas, aunque pasa inadvertida y aunque tribute que la reducción de disposiciones testamentarias no está prevista como una de las causas de apertura de la sucesión intestada.⁷¹

La titulación legitimaria no es una construcción a ultranza para la salvaguarda del preterido, sino, por el contrario, una institución propia y fundamental de la sucesión forzosa.⁷² Rige cualquiera que sea la vía por la que el legitimario realiza su derecho (la escogida por el testador o la que la norma establece en su defecto), por lo que es a su amparo que debe desplegarse la debida tutela al sucesor forzoso. El contenido del título legitimario está regulado por normas de *ius cogens* y, por tanto, prevalece frente a cualquier otra titulación sucesoria que pueda ostentar. Sin embargo, la falta de previsión normativa, en este sentido, hace tambalear, en la operatividad jurídica, todos estos elementos.

Se yergue, además, como puntal para el sostén de este análisis, que las acciones de complemento tienen naturaleza exclusivamente rescisoria o reductora. Su resultado se limita a la disminución de los efectos de los actos que violan la legítima, pero no llegan a atribuir nada al legitimario afectado. La adquisición se materializa, posteriormente, ante notario o tribunal, a partir de la sentencia estimatoria de las acciones de complemento,⁷³ exigida no como título sucesorio del legitimario, sino como prueba de la ineficacia del acto que quebranta la intangibilidad de la legítima y permite el reintegro del contenido restante de la porción no disponible.⁷⁴ Tal estado

⁶⁹ Es el caso de los supuestos de preterición intencional en España, de la acción de reforma en los códigos latinoamericanos consultados y de la reducción de legados del Artículo 495.1 del CC cubano.

⁷⁰ Vid. Peña Bernaldo de Quirós: *Op. cit.*, p. 872.

⁷¹ Vid. Artículo 509 del CC cubano.

⁷² Otero Valentín afirma que la legítima se hace efectiva por derecho propio, no por otro título (Vallet de Goytisolo: «Atribución...», p. 21).

⁷³ Nótese que, desde la previsión del derecho al suplemento, en la Novela 115 de Justiniano, ya el agraviado adquiriría directamente el complemento sin acudir a otro título que no fuera el resultado de su reclamo reductor de los actos lesivos del testador.

⁷⁴ No obstante, Vallet considera que la acción de complemento no supone una delación complementaria, sino la atribución *ipso iure* de una acción para reclamarlo (vid. Vallet de Goytisolo: «Apuntes...», p. 491). De la Cámara tiene criterio similar porque entiende

de cosas tiene lugar siempre de este modo, incluso cuando la atribución insuficiente se produce por título sucesorio distinto al de legitimario (legatario o heredero voluntario) y hasta por actos *inter vivos*, sin que el legitimario, por tanto, tenga titulación sucesoria alguna distinta a la de simplemente legitimario.⁷⁵ Lamentablemente, estas luces no alcanzan a alumbrar las vías de adquisición del preterido.

que, en estos casos, existe una vocación atípica a título singular, que guardaría cierta semejanza con los llamados legados legales (*vid.* De la Cámara Álvarez: *Op. cit.*, p. 231). García-Bernardo niega que, tras el complemento, el preterido adquiera por una vía sucesoria atípica porque ello se logra a través de la partición. En lo último, acierta el autor, por cuanto el resultado del complemento sería solo ofrecer un título declarativo del derecho, cual titulación sucesoria formal y, luego, la partición, cualquiera que sea su modalidad será el título adquisitivo, de modo que su posición no excluye con suficiencia la adquisición atípica que el complemento encauza (*vid.* García-Bernardo Landeta: «La preterición...», pp. 58-59). O'Callaghan y Rivera advierten que el complemento de la legítima se recibe por el mismo título por el que el causante atribuyó parcialmente la porción al legitimario (*vid.* Xavier O'Callaghan: *Código civil: comentado y con jurisprudencia*, 6.ª ed., p. 817; y Rivera Fernández: *Op. cit.*, p. 850). Es cuestionable esta consideración, cuando se ausentan los presupuestos necesarios para ello, por cuanto las porciones legitimarias alcanzan la cuantía que la norma establece, tras el ejercicio de las acciones de complemento, en atención a la condición legitimaria de los titulares y no a la de heredero voluntario, legatario y, mucho menos, donatario, por lo que será por aquel título que deben adquirir el suplemento. En contra, apoyando la independencia de esta delación, Torres García y Domínguez Luelmo: *Op. cit.*, p. 1865; Andrés Domínguez Luelmo: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, p. 32; y Espejo Lerdo de Tejada: *Op. cit.*, p. 370.

⁷⁵ Vallet reconoce que el legitimario puede adquirir la legítima directamente, tras el ejercicio de las acciones de complemento, cuando dice que, en los sistemas donde no existe delación legal forzosa de ese contenido, su atribución *mortis causa* al legitimario solo puede producirse por testamento o *ab intestato*, aparte de su posible complemento por la acción de suplemento y por las de reducción de legados y donaciones. Antes, en otra monografía, había dicho que, a través de la reducción de donaciones inoficiosas, se adquiere a título de legitimario (*vid.* Juan B. Vallet de Goytisolo: «Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, no. 3, p. 840; y «Observaciones...», p. 58). Pérez Gallardo admite que, en el contexto jurídico cubano y bajo el imperio del Artículo 494 del CC, en los casos en los que el causante incumpla con el deber de legítimas, estos se comportan como meros receptores, mediante el complemento por la reducción de legados o de las donaciones inoficiosas (*vid.* Pérez Gallardo: *Op. cit.*, p. 280). En el caso que cito a continuación, el notario cubano actuante instrumentó los actos jurídicos de adjudicación de participación en vivienda, como pago de la legítima, entrega de legado y constitución de copropiedad por cuotas sobre vivienda, contenidos en la escritura pública notarial 59, otorgados el 5 de julio de 2012, a través de la reducción del legado dispuesto por la testadora, en perjuicio de la integridad de la porción legitimaria, sin el antecedente del ejercicio judicial de la acción-reducción, en las cláusulas:

«SEXTA: Que no obstante, al ser el único bien del que se tenga noticia hasta el momento que constituye el caudal patrimonial dejado al fallecimiento de la testadora [...] y sin que exista litigio alguno, al estar protegida por normas de naturaleza imperativa, inderogables por la sola voluntad de herederos y legatarios, las que atañen a la legítima, la que debe ser pagada antes de proceder a la entrega del legado, so pena de que este no tenga validez, según sanciona el Artículo 495.2 del vigente Código civil, de común acuerdo los aquí comparecientes reducen la participación que la menor [...] tiene en

De igual modo, la eficacia de los legados que no excedan la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente es otro de los efectos de la preterición, más allá de las acciones impugnatorias, por lo que pudiera tratarse de un efecto definitivo. De su previsión por el legislador cubano en el Artículo 495, pudiera interpretarse que fue *ratio legis* de la supervivencia de las atribuciones particulares la regulación de la acción de nulidad solo para propiciar el pago de la legítima al preterido, produciendo la apertura de la intestada únicamente para el exceso de la libre disposición resultante de la nulidad, tras el cobro de la legítima y la adquisición de los legados. Aunque el precepto no contiene una formulación que permita el despliegue de análisis concluyentes, sí los aproxima a un posible desentendimiento del legislador, sobre la procedencia de la apertura de la sucesión intestada como alternativa de protección legitimaria, al hacer referencia a la porción de la que el testador no puede disponer libremente y ser esta última apreciable solo bajo las égidas de las sucesiones testada y legitimaria.

En otro orden, la acumulación de los pronunciamientos sobre las acciones impugnatorias y la adquisición legitimaria en una misma resolución judicial se muestra improcedente por razones del estricto orden procesal que impone la norma actual.⁷⁶

el legado sobre la vivienda en que la testadora la beneficiara, de modo que a los fines de pagar la legítima que le corresponde a su tía, la señora [...], representada en este acto por la fiscal [...] se le atribuye por tal concepto como pago de la mencionada legítima asistencial a la que ella tiene derecho como heredera especialmente protegida una participación sobre el referido inmueble ascendente a la mitad de su valor, o sea, [...] cuota de participación que se adjudica la señora [...] en plena propiedad, a través de su representante legal, la fiscal [...], quien da por satisfecho el pago de la cuota legitimaria a la que la mencionada heredera especialmente protegida tenía derecho».

«SÉPTIMA: Que en este propio acto, y al amparo del Artículo 505.1, en relación con el Artículo 501.1, ambos del Código civil, la representante legal de la heredera especialmente protegida ejecuta la entrega del legado (reducido en un cincuenta por ciento de su valor, exactamente la parte de la que podía disponer libremente la testadora), a los padres, en ejercicio de la patria potestad, como representantes legales de la menor [...]». Esta fórmula, viable ante el acuerdo existente entre legatario y heredero especialmente protegido, disminuye las desdichas por las que atraviesa el legitimario ante el cumplimiento parcial del deber del testador y le proporciona una vía de satisfacción efectiva de sus derechos.

⁷⁶ Téngase en cuenta que las adjudicaciones hereditarias que tienen lugar por la vía judicial se encauzan por los trámites de los procesos sucesorios particionales que, por tener naturaleza especial, no permiten su acumulación con ningún otro tipo de proceso. En España, ambos procesos integran la competencia de los juzgados de primera instancia (exartículo 85.1 de la Ley No. 6, de primero de julio de 1985, Ley orgánica del Poder Judicial), pero las acciones impugnatorias se tramitan mediante juicio ordinario o verbal que tienen naturaleza contenciosa (vid. Artículo 249 en relación con el 251.12, ambos de la Ley No. 1, de 7 de enero de 2000, de enjuiciamiento civil, mientras que el conflicto de partición y adquisición de herencia se viabiliza mediante el juicio especial de división de patrimonios, en especial el de división de herencia, previsto en los artículos 791 y 799 y ss., de la última ley indicada). En cambio, Gete-Alonso y González Carrasco aseguran que son disposiciones judiciales perfectamente acumulables —vid. María del C. Gete-Alonso

Es incorrecto que se dispongan judicialmente las vías de adquisición de la porción legitimaria del preterido durante los trámites de ejecución de las sentencias que estiman las acciones por preterición y, por tanto, modifican por nulidad o rescisión las cláusulas testamentarias. También, en el proceso de ejecución, el tribunal ha de observar una estricta e importantísima postura congruente y en modo alguno puede ejecutar acciones no contenidas en la parte dispositiva de su resolución ya firme. En estos trámites procesales, solo puede hablarse de la indeclinable ejecutoria de oficio que han de librar los tribunales, una vez que sean firmes sentencias de este tipo, consistente en la remisión de copia certificada al notario autorizante del testamento modificado y al Registro de actos de última voluntad, para que se hagan las anotaciones pertinentes. En el caso de Cuba, ello no constituye dilema alguno, dada la regulación del Artículo 4 del Decreto-Ley No. 117, de 19 de octubre de 1989,⁷⁷ que pone en funcionamiento este registro y ordena su dinámica, contentiva del carácter inscribible de todo acto de última voluntad y sus modificaciones.

Esta propuesta, sin quebrantar norma ni principio alguno, posibilita proveer al legitimario preterido de igual posibilidad de satisfacción de su derecho lesionado que la que se concibe para el protegido por el testador. Así, encuentra aplicación el principio informador de la sucesión forzosa (consagrado en algunos ordenamientos)⁷⁸ de que «la preterición no perjudica la legítima» porque el legitimario protegido y el preterido gozarían de la misma tutela a sus derechos y ello constituye el pilar fundamental de la efectiva protección en el sistema legitimario romano.

Por último, en la articulación de los efectos definitivos de la preterición, deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

- a) Necesidad de su regulación expresa.
- b) Articulación sustentada en la independencia de la sucesión forzosa capaz de reportar un título sucesorio propio al legitimario justificativo de su adquisición.
- c) Admisión de la adquisición definitiva de la porción legitimaria del preterido, a partir de la vigencia de su titulación sucesoria, sin acudir a la sucesión intestada, mediante escritura pública notarial de adjudicación de herencia, autorizada por notario público, en los casos de aquiescencia al respecto o a través de resolución judicial firme que ponga fin al correspondiente proceso sucesorio.
- d) Regulación imperativa de este sistema de efectos.

y Calera: «Artículo 912», en A. Cañizares Laso (coord.), *Código civil comentado*, vol. II, p. 1207; y Carmen González Carrasco: «Artículos 912-914», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3.^a ed., p. 1087.

⁷⁷ El artículo establece: «Los actos que constituyan, modifiquen o revoquen la última voluntad de las personas o las declaratorias de herederos y los documentos en que consten dichos actos o declaratorias, deberán inscribirse o anotarse en el Registro».

⁷⁸ V.gr. Artículo 814 del CC español.

e) En ausencia de litis, el ejercicio judicial de las acciones preliminares ha de ser tenido en cuenta como presupuesto indispensable y, de resultar un contexto de conflicto, las acciones preliminares constituirán cuestiones prejudiciales del proceso de adjudicación de la legítima.

Retomando la idea inicial de este epígrafe –después de haber formulado las propuestas para la adecuada regulación normativa de cada grupo de efectos–, valga sentar que: primero, la reglamentación negativa del sistema legitimario romano y, luego, la disponibilidad de los efectos preliminares de la preterición conducen a la necesidad de que se ejerzan con éxito las acciones impugnatorias de las disposiciones inoficiosas del causante, como presupuesto de la delación legitimaria a favor del preterido. Solo el pronunciamiento judicial atinente, a falta de alternativa convenida entre los implicados, destruye la eficacia y, con ello, la aparente legalidad de los actos del causante, violatorios de la intangibilidad de la legítima, a la vez que constituye un título demostrativo del llamamiento del preterido a la sucesión forzosa.

Así, se logra la complementación, nunca exclusión, de los sistemas de efectos, de tal suerte que el ejercicio de las acciones preliminares no permite la directa adquisición de la porción que proporcionan los efectos definitivos, cuyo despliegue, sin embargo, se produce solo a consecuencia del exitoso ejercicio de las indicadas acciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, Manuel: *Curso de Derecho civil*, vol. v, 9.^a ed., Edisofer, Madrid, 2008.
- Alcalá Navarro, Antonio: *Código civil: comentarios y jurisprudencia*, vol. II, Sepin, Madrid, 2009.
- Alfaro Guillén, Yanet: «De los procesos sucesorios en general. Valoraciones de su regulación en la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 36, La Habana, 2010.
- Armella, Cristina Noemí: «Colombia», en *Regímenes Sucesorios en Iberoamérica y España*, VII Jornada Notarial Iberoamericana, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995.
- Anido Bonilla, Raúl: «Uruguay», en Armella (coord.), *Regímenes...*, Madrid, 1995.
- Bermejo Pumar, María Mercedes: «Atribuciones legales (legítimas, derechos de conyuge viudo y de las parejas, reservas)», en J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho privado*, t. 5, vol. 3, Civitas, Madrid, 2005.
- Binder, Julius: *Derecho de sucesiones*, Leyer, Bogotá, 2006.
- Bolás Alfonso, Juan: «La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 25, Madrid, 1983.
- Busto Lago, José M.: «Artículos 806 al 822», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3.^a ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

- Cámara Lapuente, Sergio: *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Civitas, Madrid, 2000.
- Caravia Díaz, Elena: «Efectos de la preterición de herederos en el ordenamiento civil cubano: ¿Reforma necesaria o pretensiones vanidosas?» (Trabajo de diploma), Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2009 (versión digital).
- Contreras, Pedro de P.: «Preterición, Derecho intertemporal y Constitución española», en *Anuario de Derecho Civil*, t. 39, fasc. II, Madrid, 1987.
- De la Cámara Álvarez, Manuel: *Compendio de Derecho sucesorio*, 2.^a ed., actual. por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, La Ley, Madrid, 1999.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Instituciones de Derecho civil*, vol. II, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- Espiau Espiau, Santiago: «Nulidad de testamento por preterición errónea y usufructo vidual», en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 94, no. 3, 1995.
- Espejo Lerdo de Tejada, M.: *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- Fernández Camus, Emilio: *Varias conferencias sobre los principios fundamentales del derecho hereditario*, [s. e.], La Habana, 1928.
- Fernández Hierro, José M.: *La sucesión forzosa: estudio sobre las legítimas y las reservas en derecho común y foral*, Comares, Granada, 2004.
- Fernández Martell, José K.: «La reducción de liberalidades inoficiosas: medio garante de la intangibilidad cuantitativa de la legítima en Cuba. A propósito de los veinticinco años del Código civil» (ponencia, Congreso Internacional por los 25 años del CC cubano), La Habana, julio de 2012 (versión digital).
- Fornieles, Salvador: *Tratado de las sucesiones*, t. 2, 3.^a ed., EDIDR, Buenos Aires, 1950.
- García-Bernardo Landeta, Alfredo: «La preterición en nuestro Código civil después de la última reforma del Artículo 814», en *Revista Jurídica del Notariado*, no. 50, Madrid, 2004.
- _____: «Preterición formal y material y nulidad de la institución», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 22, no. 2, Madrid, 1969.
- García Cima de Esteve, Elena: «Argentina», en Armella (coord.), *Regímenes...*, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1995.
- García Moreno, José M.: «La preterición de herederos forzosos en el derecho común tras la reforma de 1981», en *Actualidad Civil*, no. 44, Madrid, 1995.
- Garrote Fernández-Díez, Ignacio: *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los derechos civiles forales*, Comares, Granada, 2004.
- Gete-Alonso Calera, María del C.: «Artículo 912», en A. Cañizares Laso (coord.), *Código civil comentado*, vol. II, Civitas, Navarra, 2011.
- _____: «Legítima», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, no. 12, Madrid, 1986, pp. 3851-3860.
- González Carrasco, Carmen: «Artículos 912-914», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 3.^a ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

- Goyena Copello, Héctor R.: *Tratado de Derecho de sucesión*, t. 2, 2.^a ed., act. y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- Jiménez González, Víctor M.: «Paraguay», en Armella (coord.), *Regímenes...*, Madrid, 1995.
- Karrera Egialde, Mikel M.: «Sentencia de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1415)», en *Cuadernos de Jurisprudencia Civil*, no. 88, 2012, pp. 116-117.
- Kipp, Theodor: *Derecho de sucesiones*, comp. y adapt. por Ramón M. Roca Sastre, vol. II, Bosch, Barcelona, 1951.
- Lacruz Berdejo, José L. y Francisco de A. Sancho Rebullida: *Elementos de Derecho civil*, vol. II, José María Bosch, Barcelona, 1973.
- Lledó Yagüe, Francisco: «La tutela de la legítima formal», en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, t. 3, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- _____: *Sistema de Derecho civil: Derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2002.
- Linares Noci, Rafael: «Planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que han precedido a la nueva regulación legal de la preterición», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 42, no. 1, Madrid, 1989.
- Lohmann Luca de Tena, Guillermo: «Artículo 723», en *Código civil peruano comentado*, t. 4, Gaceta Jurídica, Lima, 1995 (versión digital).
- López Beltrán de Heredia, Carmen: «Algunos problemas de la preterición no intencional de los hijos o descendientes», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 64, no. 585, Madrid, 1988.
- López Frías, María J.: «Comentario a la STS de 23 de enero de 2001: problemas interpretativos en relación a la preterición», en *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, Granada, 2001.
- López Rendo, Carmen: «Reflexiones sobre la preterición en el Código civil: Comentario al Artículo 814 tras la reforma sufrida por Ley de 13 de mayo de 1981», en *Actualidad Civil*, no. 1, Madrid, 1991, pp. 40 y 53.
- M. Ferrer, Francisco A.: «Artículos 3591 al 3638», en M. Ferrer y G. Medina (coords.), *Código civil comentado*, t. 2, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.
- Martín Pérez, José Antonio: «Sección quinta de las legítimas», en Miguel Pasquau Liaño (coord.), *Jurisprudencia civil comentada: Código Civil*, Comares, Granada, 2000.
- Martínez Escobar, Manuel: *Sucesiones testada e intestada*, t. 1, Cultural S.A., La Habana, 1947.
- Martínez Moya, Enid: «Puerto Rico», en Armella (coord.), *Regímenes...*, Madrid, 1995.
- Méndez, Rosa M. y A. Esther Vilalta: *Acciones sucesorias por preterición*, Bosch, Barcelona, 1998.
- Miquel González, José M.: «Acción de reclamación de filiación extramatrimonial y preterición intencional: comentario a la STS de 9 julio 2002 (RJ 2002, 8237)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, no. 10, Madrid, 2003.
- _____: «Legítima material y legítima formal», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 49, Madrid, 2009.
- _____: «Preterición», en Antonio Cabanillas Sánchez *et al.*, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. IV, Civitas, Madrid, 2003.

- _____: «Preterición no intencional. Momento decisivo para juzgar la no intencionalidad. Comentario a la STS de 23 enero 2001», en *Revista de Derecho Patrimonial*, no. 9, Madrid, 2002.
- Moreno Del Valle, María Amparo: «Los efectos de la preterición: aspectos doctrinales y jurisprudenciales», en *Actualidad Civil*, no. 1, 2002.
- Moreno Mozo, Fernando: «El doble concepto de sujeto preterible contenido en el art. 814 del Código Civil», en *Actualidad Civil*, no. 18, Madrid, 2009.
- Obarrio Moreno, Juan Alfredo: *La preterición en el ámbito del ius commune: los comentarios de Tomás Cerdán de Tallada al fuero Declaran*, Dykinson, Madrid, 2009.
- _____: «La preterición en los *commentaria* del jurista Cerdán de Tallada», en *Revista General de Derecho Romano*, no. 11, Madrid, 2008.
- O'Callaghan, Xavier: *Código civil: comentado y con jurisprudencia*, 6.ª ed., La Ley, Madrid, 2008.
- Ortega Pardo, G.: «Herederio testamentario y herederio forzoso», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, no. 2, Madrid, 1950.
- Peña Bernaldo de Quirós, Manuel: «La naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. xxxviii-iv, octubre-diciembre, Madrid, 1985.
- Pérez Gallardo, Leonardo B.: «Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa», en *Derecho de sucesiones*, t. 2, Félix Varela, La Habana, 2004.
- Quince Fanjul, José A.: «Preterición: interpretación del art. 814.3 Cc», en *Revista Jurídica de Asturias*, no. 32, 2008.
- Rey Portolés, Juan Manuel: «Comentario a la “vuela pluma” de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 58, no. 549, Madrid, 1982.
- Reverte Navarro, Antonio: «Reflexiones sobre la legítima en el Código civil», en J. M. González Porras y F. P. Méndez González, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia, 2004.
- Rivas Martínez, Juan J.: *Derecho de sucesiones común y foral*, t. 1 y 2, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2009.
- Rivera Fernández: «Artículos 814 al 815», en Ana Cañizares Laso *et al.*, *Código civil comentado*, vol. II, Civitas, Navarra, 2011.
- Roca-Sastre Muncunill, Luis: «Casuística legitimaria en el régimen del Código civil», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, Madrid, 1988.
- _____: *Derecho de sucesiones*, t. 2, Bosch, Barcelona, 1991-2000.
- Sotomayor Bernos, Carlos A.: «Perú», en Armella (coord.), *Regímenes...*, Madrid, 1995.
- Suárez Franco, Roberto: *Derecho de sucesiones*, 2.ª ed., Temis, Bogotá, 1996.
- Torres García, T. F. y Andrés Domínguez Luelmo: «La legítima en el Código civil I», en María del C. Gete-Alonso y Calera, *Tratado de derecho de sucesiones: Código*

civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco, vol. 2, Civitas, Navarra, 2011.

Vallet de Goytisolo, Juan B.: «Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, no. 3, Madrid, 1986.

_____: «Apuntes de Derecho sucesorio», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 4, no. 4, Madrid, 1951.

_____: «Artículo 814», en Cándido Paz-Ares Rodríguez y Luis Díez Picazo (coords.), *Comentario del Código civil*, t. 1, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2008 y 2009.

_____: «Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 25, no. 1.

_____: «La preterición después de la reforma de 13 de mayo de 1981» (ponencia, Pleno de académicos de número durante 1982), Madrid, pp. 110-111.

_____: «Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 39, no. 1, Madrid, 1986.

_____: «Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 19, no. 1, pp. 11-12.

Vattier Fuenzalida, Carlos: «Artículo 814», en Andrés Domínguez Luelmo, *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

Ycaza Garcés, Francisco X.: «Ecuador», en Armella (coord.), *Regímenes...*, Madrid, 1995.

Zannoni, Eduardo: *Manual de Derecho de las sucesiones*, 4.^a ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.

RESTITUCIÓN PARCIAL DEL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo
Profesor titular, Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana

«Las normas y las leyes, así como los proyectos de la comunidad civil, han de procurar la inclusión, abrir espacios de diálogo, espacios de encuentro y así dejar en el doloroso recuerdo cualquier tipo de represión, el control desmedido y la merma de libertad [...] Al reconocer lo bueno que hay en los demás, incluso con sus limitaciones, vemos la riqueza que entraña la diversidad y el valor de la complementariedad. Los hombres, los grupos tienen derecho a recorrer su camino, aunque esto a veces suponga cometer errores».

P. P. FRANCISCUS

EN LOS ÚLTIMOS tiempos, la discapacidad se ha convertido en un asunto recurrente y recurrido, es la ladera de la montaña por la que va una buena parte de las discusiones académicas, una ladera que va cuesta arriba y que ha invadido, solo en el Derecho, todas sus disciplinas, a partir de un lenguaje inclusivo y no excluyente. Si la discapacidad se enfoca desde una perspectiva de derechos humanos, ¿hay acaso alguna parcela del Derecho para la cual la persona es centro de su atención, que pueda resultar ajena a lo que la discapacidad supone e importa? Ante todo, y por cuestión de principio, hablemos de personas con discapacidad, en situación de discapacidad o, en todo caso, de personas con capacidades diferentes.

También *prima facie*, en los países de Derecho continental o romano-francés, aunque se hable de modulación, gradación o restricción de la capacidad, a lo que concretamente se refiere la doctrina es a la moderación o restricción judicial del ejercicio de la capacidad jurídica, de goce o ejercicio, o sea, a esa faz dinámica de la capacidad que se vierte en la proyección de la persona como sujeto de derecho, en el entramado de relaciones jurídicas que establece en el tráfico jurídico, que conviene distinguir de la capacidad jurídica como megaconcepto, inherente a toda persona, por el solo hecho de serlo, y que es, respecto al sujeto, lo que la personalidad jurídica representa en relación con aquella persona. La capacidad jurídica no se modula, no se restringe, ni se priva a nadie de ella. Aunque en el lenguaje jurídico se utilizan indiscriminadamente ambos términos, conviene que no sea así, pues ofrecería una visión equivocada de lo que se persigue en la Convención de los derechos de las personas con discapacidad (CDPD),

aprobada por Naciones Unidas en diciembre de 2006, norma que consagra el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica.

Tradicionalmente, el enfoque se ha centrado en la rehabilitación o normalización de las personas con discapacidad, de modo que «el protagonista es el individuo que debe ser objeto de un tratamiento médico recuperador, incluida su capacidad de trabajo».¹ Las personas con discapacidad han sido concebidas como enfermas, de ahí que se hayan calificado de inválidas, minusválidas, retrasadas, limitadas, disminuidas, locas, dementes. Así de crudo ha sido el lenguaje; a fin de cuentas, la crudeza hay que matizarla, pues los términos evolucionan y lo que un día se concibió como adecuado, hoy, con una visión diferente del fenómeno, resulta verdaderamente peyorativo, vejaminoso, discriminatorio.²

¹ Rafael de Lorenzo García: «La protección jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho internacional», en *Asamblea*, no. 5, 2001, p. 85.

² A modo paradigmático, valga consultar la Sentencia C 458-15, de 22 de julio de 2015 (Ponente: Ortiz Delgado), de la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana, que resolvió la acción de inconstitucionalidad establecida contra ciertas normas legales, todas ellas tuitivas de las personas con discapacidad, pero en cuyos textos se emplean expresiones del lenguaje que, al día de hoy, resultan peyorativas de este sector vulnerable: *minusvalía*, personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognoscitivas, emocionales, *limitado auditivo*, *población con limitación*, *disminución padecida*, *población minusválida*, *minusválidos*, *discapacitado*. En ella, se deja sentado que «[...] el uso del lenguaje ha cambiado, ha tomado un papel importante como elemento para eliminar la discriminación y, sin duda, es relevante para la construcción e interpretación de las normas.

»Los fragmentos acusados generan discriminación porque corresponden a un tipo de marginación sutil y silenciosa consistente en usar expresiones reduccionistas y que radican la discapacidad en el sujeto y no en la sociedad. Con ello, definen a los sujetos por una sola de sus características, que además no les es imputable a ellos, sino a una sociedad que no se ha adaptado a la diversidad funcional de ciertas personas.

»No cabe ninguna duda del poder del lenguaje y más del lenguaje como forma en la que se manifiesta la legislación, que es un vehículo de construcción y preservación de estructuras sociales y culturales. Ese rol de las palabras explica que las normas demandadas puedan ser consideradas inconstitucionales por mantener tratos discriminatorios en sus vocablos.

»La discriminación aludida se manifiesta porque las expresiones acusadas [...] contribuyen a la generación de una mayor adversidad para las personas en situación de discapacidad, pues ubican su situación como un defecto personal, que además los convierte en seres con capacidades restringidas que tienen un menor valor. Esta carga propia de las palabras citadas hace que los procesos de dignificación, integración e igualdad sean más complejos.

»[...] las expresiones usadas por el legislador no son neutrales, tienen una carga no sólo peyorativa en términos de lenguaje natural, sino violatoria de derechos en términos de las últimas tendencias del DIDH que ha asumido el enfoque social de la discapacidad. En ese sentido no podrían ser exequibles expresiones que no reconozcan a las personas en condición de discapacidad como sujetos plenos de derechos, quienes a pesar de tener características que los hacen diversos funcionalmente, deben contar con un entorno

Lo cierto es que la discapacidad se ha considerado una enfermedad. La determinación de si una persona puede ejercer *per se* su capacidad jurídica, o no, o sea, si tiene capacidad de goce o ejercicio, ha correspondido tradicionalmente a los jueces, sobre la base de los dictámenes periciales. Han sido los médicos, fundamentalmente los psiquiatras, quienes han tenido bajo su estilográfica la redacción de un dictamen que ha sido piedra angular para proceder a la promoción del proceso judicial de incapacitación y para confirmar esta cuando se ha sometido al «presunto» incapacitado a su valoración o exploración. Tal dictamen ha sido la vara mágica, tomada por los jueces para condenar a las personas, en la mayoría de los casos, al menos en el contexto del Derecho cubano, a la muerte civil, pues, tras su declaración de incapacitación por tribunal competente y el nombramiento del tutor, el incapacitado deviene «la nada elevada a la nada». La función del Derecho ha sido, sin duda, tuitiva sin compasión. En ese afán protector, el incapacitado no se toma en cuenta, no se explora, no interviene en acto jurídico alguno. La tutela es una institución de guarda y protección de la persona y su patrimonio. La voluntad del tutelado no existe en el mundo jurídico, la que se erige es la del tutor, ciertamente, con controles judiciales como los que establece el Artículo 155.2 del Código de familia (CF) para realizar actos de disposición del patrimonio del incapacitado o cualquier otro acto que, sin ser de disposición, pueda comprometer dicho patrimonio, pero, en tal caso, el incapacitado es ignorado.

Esta visión ha estado impregnada durante años en la mente de las personas y romper esquemas resulta más difícil que derribar muros. Los juristas solemos actuar con modelos geométricos, ya establecidos. Se ha concebido al Derecho como un dogma, se ha actuado impositivamente. La discapacidad es un baremo jurídico-social. Y este es uno de los méritos de la convención, o sea, redefinir la discapacidad desde una perspectiva social. La discapacidad es el resultado de la interacción de la persona con la sociedad. Las capacidades son diferentes porque diferentes son también las personas. Y la sociedad acentúa esa diferencia. De ahí que, en el preámbulo de la propia convención, en el inciso k), se deje dicha la preocupación de que «las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo», barreras que son impuestas en la mayoría de las oportunidades por las propias instituciones de orden público, que cercenan o coartan el ejercicio de sus propios derechos.

que les permita desenvolverse con la mayor autonomía posible, pues son mucho más que los rasgos que los hacen diversos y pueden ser parte de la sociedad si ella se adapta a sus singularidades y les da el valor que les corresponde como individuos, en concordancia con el derecho a la dignidad humana [...]».

La Sentencia No. 752, de 30 de septiembre de 2016 (ponente: Kenia M. Valdés Rosabal), de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo (SCA), del Tribunal Supremo Popular (TSP) de Cuba, deja sentado lo siguiente: «Más que la propia enfermedad que pueda padecer el individuo, prevalece la aptitud necesaria para obrar por sí mismo, para actuar libremente acorde a la voluntad de querer o hacer determinada cosa». Se trata de ponderar las posibilidades de actuación de cada persona, socavar en sus aptitudes y reforzar aquellas que permiten su propia realización, aun con las limitaciones que pueda presentar.

De este modo, se impone superar el modelo de combinación binaria que ha prevalecido en el Derecho de casi todos los Estados, a cuyo tenor la persona es plenamente capaz o totalmente incapacitada, sin matices, sin claroscuros, sin grises. El estatuto jurídico de la incapacitación se ha concebido históricamente como inamovible, inflexible, sin alternativas. La incapacitación ha sido la medida de «salvación» de las personas y su patrimonio. Una figura de naturaleza instrumental, necesaria para la delación y debida constitución de la tutela vía judicial, «útil» para el incapacitado, de manera que en las «mejores» opiniones, se ha calificado de un mal necesario por el que hay que transitar. Sí, hay que proteger el patrimonio a costa de la incapacitación, pues hay que pronunciarse sobre esta, aunque ello le suponga una verdadera «nulidad» a la propia persona. Empero, como aporta esta sentencia, se ha superado el modelo médico-rehabilitador con el que se ha tratado la discapacidad, el enfoque de hoy es de contenido social, desde el prisma de los derechos humanos; solo así se puede superar el largo letargo vivido e insertar un modelo en el que la voluntad no se sustituye, sino se asiste, se asesora, se acompaña, se informa, pero no convierte a la persona en actor o actriz de reparto de su propia vida, sino se mantiene como protagonista, solo con la asistencia de personas que afectivamente le son cercanas, y para determinados actos de contenido dispositivo patrimonial.

Se busca que los operadores del Derecho actúen con prudencia y mesura, de manera que encuentren el traje que más se aviene al torso de la persona. Se procura actuar como si fuéramos sastres, ajustando las medidas de protección y apoyo a las necesidades propias de las personas con capacidades diferentes, según el grado de discapacidad, sus potencialidades, habilidades, aptitudes, posibilidades de actuación, graduando el ejercicio de la capacidad, o bien restringiéndolo parcialmente, según estas posibilidades, en las que los criterios experticios médicos son un componente más a tener en cuenta por los jueces, a ser valorados por ellos, pero sin tener carácter exclusivo y excluyente.

Hay que adentrarse en el estudio de la patología, pero sin que esta anule a la persona. Se trata de dar un salto al vacío procurando un enfoque social del fenómeno de la discapacidad, de modo que el criterio médico

deje de ser el centro de atención para convertirse en un dato relevante a tener en cuenta, pero con un prisma multidisciplinario.

Un dato relevante si se quiere pero no ya para prescribir una determinada conducta hacia la persona con discapacidad sino para adecuar las respuestas jurídico-políticas a la realidad individual de un sujeto de derechos. El centro de la escena es ocupado en cambio, por las «barreras» que la realidad social, política y jurídica le antepone a la persona con discapacidad para el pleno goce de sus derechos.³

LA LIBERTAD HUMANA COMO VALOR

La libertad humana, junto a la vida, son los más trascendentes derechos fundamentales de la persona. La libertad es el presupuesto del resto de los derechos. Como ha apuntado el maestro Fernández Sessarego:

sólo en muy escasas ocasiones durante el humano existir se tiene la oportunidad de vivenciar la libertad. Ello solo ocurre en el instante de las más comprometedoras decisiones, aquella en que la persona tiene que asumirlas por sí misma, sin intervención de otro ser humano [...]. El hallarse en esta situación hace sentir al hombre plenamente responsable de su decisión. Ella compromete todo su ser, lo sume en una radical angustia existencial. La angustia de sentirse responsable de su elección, de no poder transferir a otro ser las consecuencias de su decisión.⁴

Las personas necesitan afianzar su yo, sentirse seres pensantes y poder tomar sus propias decisiones. Si esto no le es posible a una persona de modo independiente, al menos acompañada o asistida sí, pero en todo momento hay que evitar que un tercero las tome por ella. La sentencia del TSP se sustenta en el principio de libertad afianzado en la CDPC desde su propio preámbulo, en el inciso n), cuando reconoce «la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones». Se trata de potenciar la autonomía de las personas con capacidades diferentes, de afianzarlas en su realización personal, y sustentar la incapacidad en una categoría residual.

Como expone Cifuentes, en la doctrina argentina, la libertad es un concepto difícil. El derecho de libertad se funda en la naturaleza del hombre, en su calidad de persona, subsiste, naturalmente, aun cuando el valor que protege haya dejado de ser sentido por este.

³ Luis G. Bulit Goñi: «Los derechos de las personas con discapacidad. Necesidad de una nueva mirada jurídico-política al Derecho argentino», en *Síndrome de Down*, vol. 27, p. 108.

⁴ Carlos Fernández Sessarego: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, p. 993.

El individuo no sólo puede, sino que debe hacerlo valer, y no porque tenga grandes dotes u ocupe una alta posición social, o porque sea de temperamento activo, sino por el hecho de que es un ser humano. Ese derecho no se extingue aun cuando el hombre se vuelva indiferente respecto de los contenidos de la libertad: sigue siéndole impuesto como un deber y testimonio contra él.⁵

EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA COMO DERECHO HUMANO

La CDPD da un giro copernicano a la manera en la que se ha enfocado la discapacidad. De un modelo médico-rehabilitador, en el que el dictamen se convierte en piedra angular para el juez, a los efectos de valorar si una persona está en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, o no, se pasa a un modelo de inserción social, tal como se aduce en el tercer considerando de la segunda sentencia (o sentencia de instancia), dictada por el TSP, en el que se pasa a considerar a las personas con discapacidad desde su dimensión humana y personal, no pretendiéndose que se adapten al modelo que impone la sociedad, sino que esta les brinde herramientas de apoyo y, en última instancia, es ella la que se debe adaptar a sus necesidades. El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad se erige, pues, en un derecho humano, enarbolado y positivizado en el Artículo 12 de la Convención. Toda persona, con independencia de su grado de discapacidad, amén de sus potencialidades, está en el derecho de ejercer la capacidad jurídica por sí misma, en la medida de sus posibilidades y, en todo caso, cuando no le sea posible, ser asistida por la red de apoyos que al efecto se establezca.

El Artículo 12 de la Convención refleja la aplicación de la filosofía propia del modelo social de la discapacidad en el ámbito de la capacidad jurídica. El modelo social es el único plenamente coherente con la consideración de la capacidad jurídica como una cuestión de derechos humanos y con la exigencia de igualdad de las personas con discapacidad en esta materia. Frente a la visión mantenida por el modelo médico, el modelo social exige adoptar una nueva mirada en relación con la cuestión de la capacidad [...] Desde sus premisas, las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos que los demás ciudadanos, pero, además, deben poder ejercerlos en condiciones de igualdad. Ello implica que las personas con discapacidad han de tener reconocida plena capacidad jurídica [...] en igualdad de condiciones.⁶

⁵ Santos Cifuentes: *Derechos personalísimos*, 2.ª ed., pp. 434-435 apoyado en Guardini.

⁶ Vid. María del Carmen Barranco, Patricia Cuenca y Miguel Á. Ramiro: «Capacidad jurídica y discapacidad. El Artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad», en *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, vol. 2012, p. 64.

Como ha sostenido el juez Bejar Rojas, en el contexto peruano, en su mítica Sentencia No. 32, de 15 de junio de 2015 (3), Juzgado de Familia de Cusco - S.ExMeson Urb. La Florida C-14, recaída en el expediente 01305-2012-0-1001-JR-FC-03):⁷

El derecho al igual reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales de nuestra Constitución. Así pues, «la dignidad inherente a la persona humana», de la que también se derivan los derechos reconocidos en la CDPD, exige que la capacidad jurídica se interprete en un sentido que ésta se deba garantizar a todos, sean o no personas con discapacidad. Esto en especial para las PCD sicosocial e intelectual presupone un conjunto de elementos, que deben comprenderse en el acceso que deben tener a un sistema de apoyos y salvaguardas, lo cual [*sic*] corresponden con una interpretación basada en el principio de dignidad humana, el que ha sido desarrollado también, de modo detallado, en la Observación General N° 1 del Comité de la CDPD donde se han recogido estos elementos.

¿Qué supone este modelo de inclusión social? La integración de las personas con capacidades diferentes, un cambio de paradigmas que «importa [...] una nueva manera de pensar sobre la discapacidad, sobre la sociedad y sobre las relaciones jurídicas, políticas y sociales que se dan en la misma frente al dato de la discapacidad, teniendo como objetivo la redefinición de las reglas de juego formales e informales para construir escenarios cultu-

⁷ Sentencia laudable en el orden técnico y axiológico. Verdadera obra de orfebrería jurídica. «El Juzgado conoce la demanda en proceso de interdicción interpuesta por M. R. C. V. contra W., R., C. y M., de apellidos V. C., con la pretensión de declaración judicial de interdicción civil y nombramiento de curador, a efectos de que se declare interdictos a W. y R. de apellidos V. C. por tener esquizofrenia y se nombre como curadora a la demandante.

»M. R. C. V., madre de los demandados W. y R. de apellidos V. C., de 47 y 45 años de edad respectivamente, concebidos dentro del matrimonio con quien en vida fue J. P. V. L., ambos con esquizofrenia paranoide, en el caso de W., desde los 20 años de edad y en caso de R., desde los 18 años de edad, enfermedad que limita de sobre manera [*sic*] a los demandados para valerse por sí mismos, y les genera una absoluta incapacidad mental. Los demandados son mayores de edad, viven en el domicilio de la demandante, no teniendo bienes a su nombre; siendo que ambos demandados se encuentran dentro de los presupuestos para declararlos civilmente interdictos. Que estando [*sic*] a la designación de curador para los demandados para lo cual propone [que] sea la recurrente, quien cuenta con suficiente solvencia moral y económica. El motivo por el cual se solicita la interdicción de los demandados es a fin de que pueda tramitarse a su favor la pensión de orfandad por incapacidad de su causante, su progenitor, por el Poder Judicial y la Oficina de Normalización Previsional, esto en razón [de] que se les exige para acceder a la referida pensión como requisito adjuntar la resolución judicial de interdicción de sus hijos y nombramiento de curador.

rales universalmente accesibles».⁸ En fin, se trata de construir un modelo social que

se enfrenta a la discapacidad teniendo en cuenta la influencia que tienen los factores ambientales en la vulneración de algunos de los derechos básicos de las personas con discapacidad. Desde esta óptica, la discapacidad es un concepto que resulta de la interacción entre las personas con discapacidades físicas, sensoriales, mentales e intelectuales y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. No se debe considerar a la discapacidad [sic] como un problema individual, de la persona, sino como un fenómeno complejo, integrado por factores sociales. No son las limitaciones individuales las raíces del fenómeno, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados con los que asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.⁹

Como expone el juez peruano, en la sentencia ya referenciada, en un Estado democrático y social de derecho, es deber del Estado a través del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial [sic], garantizar en forma efectiva el respeto al derecho de la capacidad jurídica efectiva de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas con discapacidad sicosocial e intelectual, la cual consiste no solo en la existencia de normas declarativas que lo reconozcan, sino que se requiere implementar medidas que garanticen en forma real y material su derecho al ejercicio de su capacidad jurídica, para [lo] cual se les debe dotar de apoyo y asistencia conforme a las necesidades de cada caso, para que puedan adoptar sus propias decisiones.

Se trata de visualizar la discapacidad tal cual es, como un freno impuesto por la propia sociedad que limita el ejercicio pleno de sus capacidades a las personas con discapacidad. Han de prevalecer en este enfoque los límites y obstáculos que el medio social les impone a las personas con

⁸ Bulit Goñi: *Op. cit.*, p. 108.

⁹ *Ibid.*, p. 55. Según de Lorenzo García (*Op. cit.*, p. 86), «el tratamiento del problema pasa de lo individual a lo colectivo: la cuestión no es tener una discapacidad sino la desventaja que esa situación comporta en el ámbito social en que la persona se integra».

Como deja claro Bejar Rojas en su sentencia, «[...] bajo el modelo social no son las características individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y asegurar adecuadamente que las necesidades de las PCD sean tenidas en cuenta. Esta distinción es de suma importancia pues al tomarse conciencia de los factores sociales que integran el fenómeno de la discapacidad, las soluciones no se elaboran apuntando individualmente a la persona afectada, sino más bien se encuentran dirigidas hacia la sociedad, o teniendo muy presente el contexto social en el cual la persona desarrolla su vida».

motivo de su discapacidad psíquica, intelectual, sensorial o física. El resultado de esta interacción es lo que genera la discriminación de trato a tales personas que, en todo caso, la CDPC quiere evitar a toda costa. De ahí su reafirmación en el preámbulo, donde se reconoce que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

En fin, el enfoque social de la discapacidad la

asocia [...], no a la condición médica de una persona sino a la reacción social o a las dificultades de interacción con su entorno, derivadas de esa condición. Esa reacción social limita la autodeterminación de la persona con discapacidad y le impide integrarse adecuadamente a la comunidad. Desde esa óptica, el enfoque social tiene por norte la adopción de medidas que: (I) permitan al mayor nivel posible el ejercicio de la autonomía de la persona con discapacidad; (II) aseguren su participación en todas las decisiones que los afecten; (III) garanticen la adaptación del entorno a las necesidades de la persona con discapacidad; y (IV) aprovechen al máximo las capacidades de la persona, desplazando así el concepto de «discapacidad» por el de «*diversidad funcional*».¹⁰

Como sostiene el argentino Olmo, «la lectura conjunta de los arts. 1º y 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad [...] permite concluir que el sistema de apoyos para la toma de decisiones y de salvaguardias resulta aplicable a todas las personas con discapacidad, sin distinción [...]». Por lo tanto, los jueces en las sentencias deben, además, prescribir los apoyos que correspondan para el ejercicio de los derechos y determinar sus alcances, según las circunstancias del caso con-

¹⁰ Sentencia C-035/15, de 28 de enero de 2015, de la Corte Constitucional de Colombia (Ref.: expediente D-10319); ponente: Calle Correa. En ella, también, se deja dicho que «el modelo social erige a la dignidad de humana [*sic*] como un presupuesto ineludible para que las personas en situación de discapacidad puedan aportar a la sociedad, y junto con ello, sentirse parte de la misma sin ser excluidos por sus condiciones, de manera que rechaza la idea de la rehabilitación como un proceso de normalización del individuo. En este sentido, las medidas que persigue el modelo se dirigen a garantizar el mayor nivel de autonomía posible del individuo, mediante los ajustes requeridos por su condición, que no se concibe como limitación sino como diversidad funcional.

»Esta forma de abordar y tratar la discapacidad, permite que la sociedad se adapte a las necesidades y aspiraciones de las personas en situación de discapacidad y no que ellas tengan la gravosa obligación de ajustarse al entorno en el que se encuentran. En este orden de ideas, las personas en condición de discapacidad son reconocidas en su diferencia, lo que señala hacia el Estado el deber de adelantar acciones dirigidas a lograr la satisfacción de sus derechos, en un plano de igualdad de oportunidades y remoción de las barreras de acceso a la sociedad. Esta visión evita el trato que tradicionalmente han recibido las personas en condición de discapacidad, basado en la marginación a través de su invisibilización».

creto, ya que cuentan con sustento supralegal por encontrarse previstos genéricamente en la CDPD y devienen plenamente operativos. De modo que el juez deberá pensar en infinitas posibilidades, incatalogables todas, en lugar de una sola figura fijada por ley. No existe un caso igual al otro porque todas las personas son distintas, cada una con sus peculiaridades propias por ser únicas e irrepetibles. De ahí que no sea posible redactar fórmulas universales aplicables a todos por igual.¹¹

LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL ARTÍCULO 12 DE LA CDPC

Llama la atención en la sentencia del TSP la aplicación directa de la Constitución y del Artículo 12 de la CDPC. Sin duda, en los últimos años, la SCA-TSP, en la fundamentación jurídica de sus sentencias, ha empleado la Constitución de la República, como norma jurídica, por cuanto las normas constitucionales pueden dar cobertura y servir de sustento a los fallos judiciales. Como advierte la profesora Prieto Valdés, «no existe disposición constitucional o legal que impida la realización o eficacia directa de la voluntad popular constituyente. Todo lo contrario. No hay fundamento constitucional para no invocarla; no hay nada que limite para que ella sea, como debe ser y fue concebida, como disposición normativa superior del ordenamiento jurídico, expresión cimera del Derecho vigente».¹²

En efecto, cuando la mencionada sentencia del TSP anula la de instancia –por infracción de ley: al restringir el ejercicio de la capacidad a la señora AMGR, al amparo del Artículo 30 b) del vigente Código civil (CC)–, tuvo que acudir a la autointegración del Derecho, al no encontrar una solución concreta en el CF, que solo regula la tutela como institución de guarda y protección para los menores de edad, no provistos de progenitores con titularidad y ejercicio de la patria potestad, y para los mayores de edad, judicialmente incapacitados. En ambas circunstancias, la tutela se erige desde una visión positivista en la única figura tutiva de la persona y los bienes.

Ahora bien, en ese caso, no procedía mantener a la incapacitada en el régimen de incapacitación y someterla a la tutela, pues, como se expresa en el segundo considerando,

si bien no es totalmente incapaz, al quedar dictaminado según eficaz criterio de experticia que su facultad cognoscitiva no está sustancialmente disminuida [...] cierto también es, que no es plenamente capaz,

¹¹ Juan Pablo Olmo: «El fin de los procesos de “insania” de “inhabilitación”», en *Superior Doctrina Judicial Procesal*, marzo de 2012 (versión digital).

¹² Martha Prieto Valdés: «En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 31, enero-junio de 2008, p. 14.

diagnosticada como le ha sido una enfermedad mental de esquizofrenia paranoide cuya principal característica es que afecta la personalidad del individuo [...] ello hace entender que ciertamente concurre en el caso la causal de restricción de la capacidad de obrar prevista en el artículo treinta, inciso b) del Código civil, por razón de enfermedad mental, cual indica que el sujeto que la sufre, si bien no goza a plenitud de la capacidad de hecho, tampoco son nulas sus aptitudes para el ejercicio de todos los derechos y obligaciones que comprende, lo que se traduce en que podrá realizar determinados actos y cumplir las específicas obligaciones que su horizonte de discernimiento le permita, actuación que ha de entenderse válida y eficaz a todos sus efectos en el tráfico jurídico [...]

Pero, en tales circunstancias, sobre la base de la aplicación directa de los artículos 9 a), pleca 3.^a, 41 y 42 de la Constitución, el primero de los cuales —a cuyo tenor el Estado ha de garantizar a los ciudadanos «la libertad y la dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad», o sea, a tono con la CDPC— consagra el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la libertad y la dignidad, aplicada conforme al interés superior de las personas con discapacidad; y los otros dos refrendan los principios de igualdad y no discriminación, respectivamente, ambos con realce en los casos de personas con discapacidad, los que vienen en sustento del fundamento de la sentencia, para lo cual el TSP decide emplear la figura de los apoyos, como vía idónea para viabilizar el libre desarrollo de la personalidad de las personas en situación de discapacidad, potenciar su autonomía y su libertad en la toma de decisiones relativas a su persona y bienes, con el debido auxilio o colaboración que los apoyos designados puedan brindarle. O sea, el supremo tribunal, ante la ausencia de instituciones de guarda y protección, decide recurrir a valores o principios constitucionales que consagran derechos fundamentales de las personas, con especial énfasis en personas en situación de vulnerabilidad, sustentada en su situación de discapacidad. Como expresa la profesora Prieto Valdés, «en ningún momento se ha formulado impedimento, ni se puede, de interpretar las disposiciones legales y generales conforme con la Constitución, o desde la Constitución, sino que ella puede —y debe— emplearse como norma patrón en caso de lagunas o desregulaciones conscientes y de contraste ante antinomias, a los efectos de encontrar la solución al caso».

No es de extrañar, entonces, que la segunda sentencia del TSP, a partir del Artículo 12.3 de la CDPC, fijara apoyos alternativos (madre y hermano de la persona a la que se restituyó parcialmente el ejercicio de la capacidad), rompiendo así la inercia que, en este orden existe en el Derecho cubano. A juicio del tribunal,

aun sobre la orfandad del ordenamiento positivo cubano en sede familiar en lo que concierne a un sistema plural de protección de cara a tutelar a la persona en la justa medida de su necesidad, ha de observarse la previsión legal del artículo doce, apartado uno, en relación con el veinte, ambos del Código civil, para la aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad [...], cuyo contenido se erige sobre el modelo de la inserción social en colisión con el modelo tradicional de la incapacitación, como mecanismo de suplencia o sustitución de la capacidad de obrar, y obliga a adoptar un sistema de apoyo o asistencia en la puntual proporción que la persona lo demande, según las específicas circunstancias en ella concurrentes, para el acto o negocio a realizar, realizando como premisa que solo requieran de ayuda temporal y en determinadas esferas de actuación, lo que encuentra asidero legal en el artículo doce, apartado tres del expresado instrumento internacional, de obligado acatamiento para las naciones que la ratificaron, de ahí que nos resulte jurídicamente vinculante en relación con los derechos y sujetos que protege.

A tal fin, vale hacer las siguientes acotaciones con valor incidental o «prejudicial»:

1.^a La discutida aplicación al caso del Artículo 12.1 del CC, relativo a la ley aplicable a la capacidad de las personas, que establece, como punto de conexión, la ciudadanía, y que es una norma conflictual que no atañe a un caso en el que no hay elemento extranjero alguno en la relación jurídica.

2.^a La interpretación *lato sensu* del Artículo 20 del CC, para dar prioridad a la CDPC, frente a las normas contenidas en aquel. En primer lugar, dicho artículo da carácter prioritario a los tratados internacionales, cuando su regulación difiere de las normas conflictuales reguladas en los artículos 12 al 19 del CC. En tal sentido, habría que precisar si la invocación a este es posible, ante cualquier institución del Derecho civil, o solo para los casos en que se apliquen normas de Derecho internacional privado, a las que se refiere, expresamente, el mencionado artículo. Compartiría el criterio de que el tratado ha de tener jerarquía constitucional y, como tal, ser preminente frente al Derecho interno, si se trata de una convención o tratado internacional, protectora de derechos humanos, como la que atañe a los derechos de las personas con discapacidad, pero ello, en principio no podría ser invocado con la letra del Artículo 20, la cual es diáfana. Invocarlo, como cauce que permite dar preminencia a la CDPD, sobre la base de la regla conflictual contenida en el Artículo 12 del CC, me parece exagerado y forzado. Lo que busca el TSP es dar cauce a los apoyos a que se refiere el 12.3 de la CDPD y, en tales circunstancias, la norma que se complementa sería el CF, pues las instituciones de guarda y protección tienen su sede en él desde 1975.

No obstante, aun con estas disquisiciones teórico-normativas, la solución dada por el juzgador me parece atinada, justa, centrada en los nuevos escenarios y conforme con la tuición de los derechos de las personas con discapacidad.

¿Competía a nuestro TSP hacer un control de convencionalidad?

El control de convencionalidad en el Derecho cubano merece un estudio detallado. Al firmar Cuba un tratado o convención internacional, como la de los derechos de las personas con discapacidad, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, se ve ineludiblemente compelida a ajustar su Derecho interno a los postulados de la Convención. Urge, en tal sentido, una reforma al CC y al CF y, consecuentemente, a la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), que se ajuste al nuevo modelo de inserción social de las personas con discapacidad y recepcione los principios de la Convención, en los órdenes sustantivo, procesal y notarial. El Derecho civil y el familiar cubanos no tienen sistematizadas las acciones de protección a este sector vulnerable de nuestra población. Sigue aferrada la idea de la tutela como institución «protectora» de las personas incapacitadas. Aun cuando el Artículo 30 regula la restricción al ejercicio de la capacidad, hasta dicha sentencia, este no había sido realmente aplicado y, en aquellos escasos supuestos en que, al menos, se había citado, era inadecuadamente aplicado. La ausencia de normas en el CF, a tono con el Artículo 30 del CC, hizo inviable la figura, extraordinariamente novedosa en 1987, cuando se sanciona el Código.

De este modo, el TSP rompe esquemas conceptuales, anclados en la costumbre, el imaginario social y los prejuicios discriminatorios hacia las personas con discapacidad. Irrumpe estrepitosamente en la concepción binaria capacidad-incapacidad, extendida entre los operadores del Derecho, que no vieron el sello de novedad de la fórmula del Artículo 30 del CC, en estado de «criogenación» por casi 30 años y que, desde esa fecha, en el panorama hispanoamericano, protagonizaba una verdadera ruptura con esa concepción binaria sobre el ejercicio de la capacidad jurídica.

No obstante, no se aventura el TSP en hacer un control de convencionalidad, dada la no incorporación de los principios de la CDPC en el ordenamiento jurídico civil y familiar cubano y, a la vez, la colisión con el Derecho interno. En su sentencia, Bejar Rojas aborda el control de convencionalidad como una forma de dar contenido a las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación asumidas por un Estado, al suscribir y ratificar un tratado internacional. Tal control

[...] está referido a que los jueces nacionales, en su calidad de representantes del Estado, se encuentran en la obligación de preferir las normas de las convenciones internacionales de derechos humanos a las normas provenientes de su Derecho interno, esto en razón, de que el Estado tiene la responsabilidad de disponer la adecuación de su De-

recho interno en aras de cumplir con sus obligaciones internacionales, asumidas al suscribir y ratificar las convenciones de derechos humanos, conforme al principio de derecho internacional de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del Estado.

Se trata de dar preminencia a las normas contenidas en un tratado o convención internacional frente al Derecho interno, dado el incumplimiento por ese Estado de los deberes jurídicos que la suscripción de esta le impone, entre ellos, el debido ajuste o adecuación del Derecho interno a los dictados de la Convención, como ha acontecido con la CDPD. Según el Artículo 27 de la Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados, de 1969, las disposiciones internas no pueden invocarse para incumplir el compromiso internacional. Ahora bien, al atribuírsele este control de convencionalidad a los jueces, estamos en presencia de un control difuso de convencionalidad *ex officio*, es decir, aunque las partes no lo pidan, los jueces deben analizar si una ley va en contra de una convención internacional de derechos humanos, o no. Eso sí —como sostiene Bejar Rojas en su sentencia—, no debe perderse de vista que la aplicación del control difuso de convencionalidad

[...] está referida a la aplicación de toda convención de derechos humanos que haya sido suscrita y ratificada [...]; en ese contexto [...] la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se encuentra suscrita y ratificada por el Perú [aplicable *mutatis mutandi* a Cuba] constituye un tratado internacional de derechos humanos jurídicamente vinculante que aborda de manera específica los derechos humanos de las personas con discapacidad, por tanto, el Perú está obligado a cumplir con las normas y declaraciones que allí se registran. Esto queda claramente establecido en el Artículo 4 de la Convención, de cuyo contenido se aprecia que los Estados partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados partes deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; incluyendo medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; así como, abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella. En consecuencia, la Convención provee a las PCD un marco más amplio sobre la legislación nacional, y otorga un marco jurídico de mayor relevancia ante el cual recurrir y utilizar. Por ello, a fin de resguardar el cumplimiento de la CDPD y el respe-

to de los derechos humanos de las personas con discapacidad, es posible hacer uso del control difuso de convencionalidad, verificando en cada caso concreto si lo establecido por la legislación interna, es incompatible con lo señalado por la CDPD y afecta a la dignidad y derechos intrínsecos de la persona con discapacidad.

Si bien en la sentencia *in commento* no se hace uso de un control difuso de convencionalidad como correspondía en el caso (amén de que Cuba no forme parte del sistema de justicia internacional establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), el resultado ha sido el mismo. O sea, los jueces, al aplicar, de manera directa, preceptos de la Constitución cubana que enarbolan derechos fundamentales de las personas, han apartado el ordenamiento interno y han aplicado el Artículo 12.3 para dar respuesta a la situación jurídica creada, cuando previamente han declarado procedente anular el auto de incapacidad que declaraba tal estado civil en la señora AMGR y, consecuentemente, el auto de tutela por el que se le había nombrado a su madre como tutora, al preverse la restitución parcial del ejercicio de la capacidad jurídica y, por ello, declararse a la primera con capacidad de obrar restringida, y someterla a un sistema de apoyos para determinados actos personales, de sostenimiento y patrimoniales, que podría realizar, consciente y voluntariamente, asistida, eso sí, de su señora madre y, supletoriamente, de su hermano.

LOS APOYOS NECESARIOS

La segunda sentencia que dicta el TSP, al anular la del tribunal de instancia y subrogarse en su lugar, por vez primera en nuestro país, aplica el sistema de apoyos, al invocar el Artículo 12.3 de la CDPD, la que tiene como eje el reconocimiento del ejercicio de la capacidad y la implementación de mecanismos de apoyo, salvaguardas y ajustes razonables, tendientes a que las personas con discapacidad puedan ejercer la capacidad jurídica en iguales condiciones que los demás; se trata de un

sistema de apoyo individualizado adaptado a la situación de la persona que permita el ejercicio de su capacidad jurídica. Ello implica que un tercero interviene en la esfera de la autonomía de la persona. Ahora bien, esta intervención tiene como objetivo no la sustitución sino la promoción y el apoyo de la autonomía. La intervención del tercero no se realiza ni directa, ni indirectamente en función de los rasgos de la persona y no atiende sólo a la evaluación de sus capacidades, sino también a la situación en la que se encuentra. Y tal intervención no tiene por objeto decidir por la persona sustituyendo, de lo que se trata es de ayudar a decidir, de acompañar en la decisión, de decidir con la persona y para la persona. Las medidas de apoyo pueden y deben proyectarse cuando así lo requie-

ra la situación de la persona y, obviamente, con las debidas garantías, en todas las esferas en las que ésta actúa y en todos sus derechos. El modelo de apoyo trata, en este sentido, de poner a disposición de los sujetos que se encuentran en determinadas situaciones los medios o instrumentos necesarios —en este caso la asistencia de un tercero— para poder desarrollar libremente su poder de elección autónoma.¹³

En este orden, es dable dar una ojeada por el Derecho argentino que, con la entrada en vigor del Código civil y comercial de la nación, se sitúa a la cabeza del Derecho hispanoamericano comparado, en materia relacionada con la protección de las personas con discapacidad, al recepcionar los principios informantes de la CDPD y positivizarlos en dicho código, amén de las críticas de las que ha podido ser objeto. Como afirma Rajmil y Llorens, se intenta dar cabida a la libertad como esencia de la dignidad humana. Por eso, el Artículo 31 f), entre las reglas generales a la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica, dispone que «deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas a los derechos y libertades», lo que es ejemplo de un principio que ilumina todo el articulado, en lo que la doctrina ha dado en llamar «la dignidad del riesgo»,¹⁴ o sea, «el derecho a transitar y a vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse»,¹⁵ lo cual ha sido reafirmado por la Corte Suprema de Justicia de la nación argentina, al sustentar «que nuestro sistema jurídico recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación».¹⁶

El paradigma de la diferencia en que se sustenta la posibilidad de coexistir personas con capacidades diferentes nos permite pensar en apoyos, identificando a tales personas con aquello de lo que carecen y con lo que pueden, pudieron y podrán, y no intervenir para suplir una falta, sino para brindar, desde el entorno, la ayuda que necesiten para vivir.

Los apoyos son recursos y estrategias destinados a promover el desarrollo, la educación, los intereses y el bienestar personal, y a incrementar el funcionamiento individual. [...] Los mismos tienen por función: promover los intereses y metas de las personas, habilitando su satisfacción personal; posibilitan el acceso a recursos, información

¹³ Barranco, Cuenca y Ramiro: *Op. cit.*, p. 65.

¹⁴ Alicia Rajmil y Luis R. Llorens: «Régimen de capacidad de las personas humanas y de los derechos personalísimos en el Código civil y comercial (Ley 26.994). Aspectos notariales», en *Revista del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe*, año 7, no. 11, septiembre de 2015, p. 126.

¹⁵ Vid. Alfredo J. Kraut y Nicolás Diana: «Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria», en *La Ley*, 8 de junio de 2011, p. 8.

¹⁶ Sentencia de 7 de julio de 2015, autos «D. M. A. s/ declaración de incapacidad», *apud* Rajmil y Llorens, *op. cit.*, p. 127.

y relaciones propias de ambientes de trabajo y vivienda inclusivos; incrementan la autonomía y la autodeterminación, la productividad la participación comunitaria y la satisfacción subjetiva, y favorecen la producción de subjetividad y los componentes del proceso de subjetivación.¹⁷

Tómese en cuenta que el Artículo 12.3 de la CDPD deja sentado que «los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica», o sea, desde la Convención, se dejan las puertas libres a los Estados parte para que sean estos los que adapten los principios que aquella enarbola a las realidades autóctonas, diseñando así los apoyos necesarios para que las personas con discapacidad puedan ejercitar su capacidad jurídica. Es decir, los apoyos pueden ser de la más diversa naturaleza, siempre que tengan como cometido el viabilizar el poder de decisión, la autonomía, la toma de decisiones de las personas con discapacidad¹⁸ y, en consecuencia, se enaltezca el principio del interior superior de la persona con discapacidad, en el entendido de «la plena satisfacción de todos sus derechos fundamentales, sin que se pueda aducir un interés superior, objetivo o subjetivo, que se ubique por encima de la vigencia efectiva de sus derechos, su voluntad y sus preferencias».¹⁹

El Artículo 43 del mencionado Código civil y comercial argentino define el *apoyo* como «cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general», siendo su función esencialmente la «de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos». Así, y a modo de ejemplo, se considera

¹⁷ Natalia C. Bacigaluppo, Mónica R. de Dios y Pedro E. Marzuillo: «Discapacidad intelectual y el Artículo 12 de la CDPD» (ponencia), junio de 2010, p. 13.

¹⁸ Comité sobre las personas con discapacidad. Observación general No. 1 CRPD/C/GC/1, párrafo 17: «El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad –por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas–, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación, distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias. Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás».

¹⁹ Rajmil y Llorens: *Op. cit.*, p. 133.

apoyo un intérprete en el lenguaje de señas que le permite a la persona con una discapacidad sensorial auditiva darse a entender, poder exteriorizar su voluntad ante un tercero, incluido un notario, cuando quiere instrumentar determinado acto jurídico, o una simple manifestación de voluntad de naturaleza no negocial. Igualmente la figura del acompañante terapéutico, definido como

[...] un recurso humano capacitado para asistir a aquellas personas que se encuentren atravesando padecimientos o trastornos en su salud, como ser [sic] una crisis mental, una enfermedad, un determinado impedimento físico, etcétera. Es un apoyo frente a la particular necesidad de la persona que lo precise, contando con los conocimientos que le permitan acompañar a la persona en el tránsito de la condición en la que se encuentre, y, en la medida de lo posible, permitirle lograr una mayor autonomía.²⁰ O un asistente personal o un equipo de salud; o los propios pares o un apoyo para una situación determinada, es decir, el apoyo acompaña a la persona para que esta pueda ejercer sus derechos. Debe respetar los deseos y aspiraciones de la persona que asiste.²¹

En sentido genérico, el apoyo

consiste en la determinación de los elementos de ayuda, de colaboración, que se han de garantizar a cada persona para que se exprese, se identifique ante la sociedad y, pueda otorgar negocios jurídicos en la medida de sus posibilidades. Es lo que cada persona, según su situación, precisa para manifestar y cumplir su decisión. Tal vez necesite asistencia para completar su voluntad, en otros casos requiera que se integre una red mínima para lo diario, o alguna ONG para mejorar su calidad de vida, siempre, claro está, que los evaluadores de ello estén comprometidos a desentrañar cada necesidad y su equilibrada respuesta.²²

Así se ha sostenido, desde la propia jurisprudencia argentina, en una reciente sentencia: «El sistema de apoyos se inserta en el tránsito entre el paradigma de la sustitución de la voluntad (que caracterizó al modelo de la protección del Código civil), y el nuevo paradigma que pretende preservar al extremo el autónomo desenvolvimiento residual de la persona en el seno

²⁰ Sobre esta figura en el contexto del Derecho argentino, y su reconocimiento legal y jurisprudencial, *vid.* Nicolás E. del Hoyo: «El reconocimiento legal y judicial del acompañante terapéutico», en *Discapacidad y Derechos*, no. 2, noviembre de 2016.

²¹ Conf. D., J. s/Insania y Curatela, expediente No. 159079, Cámara de Apelación en lo Civil y lo Comercial, Mar del Plata, Sala Tercera, 22 de diciembre de 2015.

²² Carina S. Jorge: «Algunas consideraciones prácticas para la elaboración de un programa de apoyos en beneficio de la persona con padecimiento mental», en *Código Civil y Comercial*, noviembre de 2015, p. 4.

de su comunidad, para lo que se basa en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas».²³

Estos apoyos pueden tener una naturaleza voluntaria, por ser escogidos y determinados por la propia persona con discapacidad, pero también caben los forzosos, como los establecidos en la sentencia *in commento*. El apoyo forzoso, determinado por los jueces, y sometido periódicamente a revisión, según criterio discrecional de los tribunales, tiene una función de asistencia y complemento en el ejercicio de la capacidad jurídica, de modo tal que su ausencia puede llevar a la condena de nulidad de los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad. De ahí que, en el cuarto considerando de la segunda sentencia, el tribunal haya dejado claro el nombramiento de la madre de la señora AMGR, a quien se le restringe el ejercicio de la capacidad jurídica, como apoyo de su hija, tras la supresión del cargo tutelar que venía desempeñando, bajo el estado civil de incapacidad judicial al que esta fue sometida, de modo que su cometido, a partir de ahora, sería el de «apoyar a su hija en la realización de los actos o negocios que no pueda materializar por sí, como consecuencia de una remisión de la enfermedad y encontrarse clínicamente sumida en episodios psicóticos que inhabiliten su actuar consciente y voluntario, apoyo que deberá verificarse de forma oficiosa y en la intensidad que su hija lo requiera», o sea, se dispone un apoyo oficioso por el tribunal, forzoso y gradual o progresivo, conforme a la intensidad de la discapacidad:

proceder que responde a la perentoria y heterogénea realidad que compete a los juzgadores resolver ante la inexistencia legal de un sistema de pluralidad de instituciones de guarda, apoyo o asistencia, que posibilite disponer aquella que resulte más coherente con la específica necesidad del sujeto para completar, auxiliar o asistir su actuación, según sea el caso; medida de apoyo que ha de configurarse en los actos personales, patrimoniales y de sostenimiento que precise la G del R, siempre que se revierta su autonomía o independencia para actuar; puesto que, no puede declinarse la función tuitiva e individualizada que corresponde a los tribunales ejercer hacia las personas que inte-

²³ Sentencia de 7 de abril de 2016, del Juzgado de Familia de San Isidro, No. 1, Buenos Aires, Argentina.

Como expresa Pagano, en la propia doctrina argentina, «el apoyo se relaciona pues, con la intervención de un tercero en la esfera de la autonomía de la persona con un sentido muy diferente que la intervención propia del modelo binario. Por ende, no supone una sustitución, sino una promoción y un apoyo de la autonomía. No se trata de decidir *por* la persona, sino de ayudar a decidir, de acompañar en la decisión, de decidir *con* la persona y *para* la persona» [vid. Luz María Pagano: «Los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario al fallo 'M B E s/Determinación de la capacidad' de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil», Expte. 5191/2013-«M B E s/Determinación de la capacidad»- CNCIV-Sala I-09/08/2016 (elDial.com-AA9B58), en *elDial.com*, elDial DC226B].

gran el sector más vulnerable de la sociedad, a la espera de que así se instituya como soporte legal, tanto sustantivo como adjetivo.

Como ha dicho el Comité sobre las personas con discapacidad, en su Observación general no. 1, párrafo 18: «[...] un sistema de apoyo para la adopción de decisiones comprende diversas opciones que dan primacía a la voluntad y las preferencias de la persona y respetan las normas de derechos humanos. El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona».

Llama la atención que, en la parte resolutive de la sentencia del TSP, se dispone la configuración de un apoyo supletorio, al dejar dispuesto que también se nombra como apoyo a su hermano, en defecto de su madre, lo que supone –aun cuando no fue explicado– que la madre o, en defecto de esta, el hermano, asistirán, con carácter forzoso, a la persona en situación de discapacidad, «en la realización de determinados actos personales, de sostenimiento y patrimoniales, en cuyas circunstancias y, previo dictamen pericial que así lo certifique», de modo que –y aunque no lo diga esa resolución– la ausencia del apoyo conduciría a la nulidad del acto, si se tratara de actos con trascendencia jurídica.

Similarmenete aconteció en la Sentencia No. 32 del Juzgado 3.º de familia, de Cusco, Perú, tantas veces mencionada, en la que se dispuso constituir «un sistema temporal de apoyo para la toma de decisiones en favor de W y RVC, que estará conformado por su progenitora MRC viuda de V, y su hermana MVC y el equipo multidisciplinario de la Corte Superior de Justicia del Cusco, integrado por su coordinador, el médico siquiatra, una psicóloga y una asistente social, los que serán designados en la ejecución de sentencia». Se trata de un sistema de apoyo plural, convergente y no excluyente, con la participación no solo de parientes allegados a las personas con discapacidad, sino, también, de un equipo multidisciplinario que valore las potencialidades de las personas necesitadas de apoyo, de modo que, como también se dispone en dicha sentencia, «en todo momento se respete los derechos, la voluntad y las preferencias de W y RVC, y que los apoyos sean proporcionales y adaptados a las condiciones y necesidades de ambos hermanos», así como que «las personas que forman parte del sistema de apoyo no deben ejercer influencia indebida sobre W y RVC y abstenerse cuando exista conflicto de intereses en el apoyo para que adopte una decisión».²⁴

²⁴ En otros fallos significativos, desde un análisis comparado, cabe significar la Sentencia de 7 de abril de 2016, del Juzgado de Familia de San Isidro, No. 1, provincia de Buenos Aires, Argentina, en un caso en que la madre manifestó que su hijo M padecía trastorno de ansiedad generalizada, esquizofrenia paranoide, trastorno obsesivo compulsivo y solicitó, a tal fin, que se le designara sistema de apoyo. Se trataba de una persona con deseo de aprender a escribir para encontrar una actividad que lo motivara a superar su condición, tener una vida normal, ya que decía encontrarse deprimido y sin realizar

Igualmente, en la sentencia del TSP, resulta significativo el control judicial dispuesto, a tono con los aires que da el Artículo 12 de la CDPC, en el sentido de que las salvaguardias establecidas, además de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona con discapacidad, «se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial». Se trata de un control judicial *ex post* que ha de hacer el tribunal para determinar si: los apoyos funcionan, se adecuan a las necesidades de la persona, actúan conforme con sus intereses, no hay influencias indebidas, se potencia la autonomía y la toma de decisiones propias, o sea, para validar el ejercicio de la capacidad jurídica como un derecho humano. En el caso cubano, ante la ausencia de un régimen jurídico interno *ad hoc* sobre los apoyos y su control,

ninguna actividad recreativa. Sometido a tratamiento psiquiátrico. Con pronóstico reservado, incurable desde los conocimientos actuales de la medicina.

A la postre, el juez dispuso una limitación para el ejercicio de todos los actos jurídicos de disposición y administración, con la salvedad de la administración parcial de su salario y/o beneficio previsional, solo en pequeños montos de dinero, así como efectuar algunas compras para satisfacer necesidades básicas. E, igualmente, determinó que no podía vivir solo, pues «no puede cumplir con las indicaciones terapéuticas que se le efectúen, ni prestar consentimiento para prácticas o tratamientos que se propongan para lo que requiere la asistencia de su sistema de apoyo» y, en tal orden, designó como apoyo a su madre, MEB, «quien, previa aceptación y discernimiento del cargo procederá a llenar su cometido, y brindará el apoyo necesario a su pupilo a los fines de garantizar el ejercicio de su capacidad jurídica, debiendo promover su autonomía, facilitar la comunicación, comprensión y manifestación de su voluntad, respetando en la medida de lo posible sus deseos y aspiraciones. Deberá requerir la intervención de la justicia para los actos de disposición y aquellos de administración que resulten extraordinarios (conforme a los arts. 37, 38 y 43 del Cód. Civ. y Comercial)» e, igualmente, se le facultó a «tramitar y supervisar la administración de los haberes que se devenguen o hubieren devengado en concepto de pensión a favor del causante, con cargo de oportuna rendición de cuentas» (vid. «M. M. Determinación de la capacidad jurídica», Juzgado de Familia de San Isidro, 07 de abril de 2016, CC-XXIX- 128, en http://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=87c6ffd01fa7cb4e941c119a64132b58&hash_t=a711113fa06bc0ad3eaafd860d590f05).

En torno a dicho fallo, que tiene puntos en común con el comentado, se ha pronunciado la doctrina argentina en el sentido de que: «La restricción en la capacidad de obrar no tiene ninguna finalidad sustitutiva. Por el contrario, se busca evitar que este joven con padecimientos mentales provoque desarreglos en su patrimonio, sin contar con el equilibrio necesario para producir actos voluntarios. Es necesario remarcar que los actos voluntarios requieren de discernimiento, intención y libertad, situación que en este caso no se constata, según lo dictaminado por el equipo interdisciplinario que intervino. Por ello, el punto central de esta restricción es la limitación *a priori* para poder realizar, por sí, actos de disposición» (vid. Juan A. Seda: «Justicia con rostro humano para procesos de determinación de capacidad. Comentario “M. M. sobre determinación de la capacidad jurídica”», en *Discapacidad y Derechos*, no. 2, noviembre de 2016, IJ-CCXIX-76, http://ar.ijeditores.com/aa3a4&hash_uos.php?Hash=df2731448827cf0cad864907c0b7t=a711113fa06bc0ad3eaafd860d590f05).

se dispone el control judicial del sistema de apoyo establecido, por lo menos una vez al año, mediante rendición de cuenta de los parientes designados ante el Tribunal Municipal Popular de Cárdenas, para la oportuna comprobación de su efectivo cumplimiento, en beneficio de sus concretas necesidades, lo que incluye conocer la progresión o deterioro en el ejercicio de la capacidad de obrar declarada.

O sea, se trata de ofrecer ajustes a la rendición de cuenta de la tutela, regulada en el Artículo 161, en relación con los artículos 165 y 166, todos del CF,²⁵ con la peculiaridad de que no se trata, técnicamente, de una rendición de cuenta, sino de un control judicial del sistema de apoyo, en el que hay más protagonismo de los jueces, quienes deben velar no solo por la optimización de los recursos patrimoniales de la persona con discapacidad, sino, esencialmente, conocer la manera en que se muestra una progresión o deterioro de la capacidad de obrar, y la potenciación de la autonomía del sujeto, o no.

Por último, la sentencia dispone la modificación del estado civil de la persona con discapacidad, en el sentido de que se inscriba, al margen de su nacimiento su nuevo estatus de persona, cuyo ejercicio de la capacidad está restringido, y el sistema de apoyos establecido, lo cual es esencial, a los fines de la publicidad que dicho Registro brinda.

Se trata de una única sentencia, en la que se dispone no solo la restitución parcial del ejercicio de su capacidad, por tener este restringido, sino, también, el sistema de apoyos que le va acompañar, situación inédita en el Derecho cubano. Por lo tanto, compete al registrador del estado civil hacer las anotaciones correspondientes, al margen del asiento del nacimiento de la otrora incapacitada, al amparo del Artículo 42 e) de la vigente Ley del Registro del estado civil, adaptando la norma a los principios de la CDPD, de manera que los términos *incapacidad* y *tutela* sean «ajustados» a los dictados del modelo social de discapacidad, y al enunciado del Artículo 12 de la mencionada convención, conforme con la parte resolutive de la sentencia comentada.

EL VALOR DE UNA SENTENCIA

Valen la pena los sueños que abrazamos si, con ellos, regamos la fértil tierra en la que podremos cultivar el bien de los demás. Sin duda, en estos

²⁵ Tómese en consideración, además, que la rendición de cuenta de la tutela a que se refiere este precepto (el Artículo 161 del CF) es la que opera al concluir la gestión del tutor. En tanto, los artículos 165 y 166 del propio cuerpo legal hacen alusión a la rendición periódica de cuenta, que, con carácter anual, ha de hacer el tutor ante el tribunal, particular que se ha de anotar al pie de la inscripción de la tutela en el Registro que cada tribunal lleva al efecto, coligiéndose, de la lectura del Artículo 165, que el tutor podrá rendir cuenta en el TMP correspondiente a su domicilio, quien «comunicará al del registro donde esté inscrita la tutela dichas rendiciones de cuentas».

tiempos, «se hace inaplazable poner en marcha las medidas y prevenciones adecuadas para que la población con discapacidad pueda ejercer “per se” y con plenitud todas sus aptitudes y habilidades como seres humanos, así como todos sus derechos ciudadanos (civiles, culturales, económicos...) en un plano de igualdad real –no ficticia– con los restantes hombres y mujeres de su comunidad societaria».²⁶ Los seres humanos necesitamos de la libertad para afianzarnos y realizar nuestros proyectos de vida. Como expresa el maestro sanmarquino, Fernández Sessarego,

[...] cabe distinguir, teóricamente, dos tramos en la unitaria libertad. Una es la libertad ontológica que, en cuanto ser del hombre es capacidad de decidir por sí mismo. La otra, es el ejercicio o proyección de una decisión libre en el mundo exterior. El primer tramo de la libertad es el simple pero radical y subjetivo poder de decisión, mientras que su ejercicio supone su transformación en conductas, en comportamientos, en actos. Es el instante de la fenomenalización de la libertad.²⁷

Apostemos por la integración de las personas con discapacidad. Los dictados de la CDPD necesitan reflejarse en los fallos judiciales. Son los jueces, junto a los notarios, quienes pueden dinamizar los inertes resortes normativos que suelen resistirse al cambio de los tiempos. Es necesario reflejar una nueva mentalidad que les permita a las personas con capacidades diferentes potenciar sus habilidades y aptitudes. El hombre es libertad. La capacidad de decisión es consustancial a la naturaleza humana. Solo el ser humano es un ser pensante y, en tanto ser pensante, es libre.

El modelo social de discapacidad requiere de jueces con mentes abiertas, capaces de tender puentes por los que transiten las personas en pos de su realización personal. Dejémosles a las personas con discapacidad tomar sus propias decisiones. Creemos sistemas o redes de apoyo, asistámosles, aconsejémosles, pero sin desplazarles del papel protagónico que dichas personas deben tomar. Solo la libertad hace posible el Derecho. El Derecho ha demostrado que ha sido creado por seres libres y para seres libres.²⁸ No coartemos el poder de decisión de las personas. Sentencias como las comentadas impulsan los nuevos vientos que hoy soplan con fuerza en el Derecho de los seres humanos, aquilatan el sentido de la justicia y enaltecen la dignidad inherente a toda persona, como sustento ontológico, base y razón de ser del Derecho.

²⁶ Vid. Alfredo Romero Gallardo: «Comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 208/2013, de 16 de diciembre (asunto “Crónicas Marcianas”: Entrevista a una persona con discapacidad psíquica para ridiculizarla, emitida por televisión e internet)», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, no. 35, 2015, p. 34.

²⁷ Fernández Sessarego: *Op. cit.*, p. 239.

²⁸ *Apud* Fernández Sessarego, *op. cit.*, p. 240.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigaluppo, Natalia C., Mónica R. de Dios y Pedro E. Marzuillo: «Discapacidad intelectual y el Artículo 12 de la CDPD» (ponencia, I Congreso internacional sobre discapacidad y derechos humanos), junio de 2010, Buenos Aires (versión digital).
- Barranco, María del Carmen, Patricia Cuenca y Miguel Á. Ramiro: «Capacidad jurídica y discapacidad. El Artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad», en *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, vol. 2012.
- Bulit Goñi, Luis G.: «Los derechos de las personas con discapacidad. Necesidad de una nueva mirada jurídico-política al Derecho argentino», en *Síndrome de Down*, vol. 27, Buenos Aires, septiembre de 2010.
- Cifuentes, Santos: *Derechos personalísimos*, 2.^a ed., Astrea, Buenos Aires, 1995.
- De Lorenzo García, Rafael: «La protección jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho internacional», en *Asamblea*, no. 5, Madrid, diciembre de 2001.
- Del Hoyo, Nicolás E.: «El reconocimiento legal y judicial del acompañante terapéutico», en *Discapacidad y Derechos*, no. 2, noviembre de 2016, IJ-CCXIX-60, <http://ar.ijeditorescom/articulos.php?Hash=c45058de54f77bcb8db5f8910870afa1&hash=a711113fa06bc0ad3eaafd860d590f05> [consultado: 30-11-2016].
- Fernández Sessarego, Carlos: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011.
- Jorge, Carina S.: «Algunas consideraciones prácticas para la elaboración de un programa de apoyos en beneficio de la persona con padecimiento mental», en *Código Civil y Comercial*, noviembre de 2015 17/11/2015, 75, *on line*: AR/DOC/3887/2015, p. 4.
- Kraut, Alfredo J. y Nicolás Diana: «Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria», en *La Ley*, 8 de junio de 2011, Buenos Aires.
- Olmo, Juan Pablo: «El fin de los procesos de “insania” de “inhabilitación”», en *Superior Doctrina Judicial Procesal*, marzo de 2012, 01/03/2012, 39-DJ21/03/2012, 1 (versión digital).
- Pagano, Luz María: «Los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario al fallo “M B E s/Determinación de la capacidad” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil», Expte. 5191/2013-“M B E s/Determinación de la capacidad”-CNCIV -Sala I-09/08/2016 (elDial.com-AA9B58), en *elDial.com*, elDial DC226B.
- Prieto Valdés, Martha: «En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976. Un breve comentario», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 31, enero-junio de 2008, La Habana.
- Rajmil, Alicia y Luis R. Llorens: «Régimen de capacidad de las personas humanas y de los derechos personalísimos en el Código civil y comercial (Ley 26.994). Aspectos notariales», en *Revista del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe*, año 7, no. 11, septiembre de 2015, Rosario (Argentina), p. 126.
- Romero Gallardo, Alfredo: «Comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 208/2013, de 16 de diciembre (asunto “Crónicas Marcianas”: Entrevista a una persona con discapacidad psíquica para ridiculizarla, emitida por televisión e internet)», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, no. 35, enero de 2014.

Seda, Juan A.: «Justicia con rostro humano para procesos de determinación de capacidad. Comentario “M. M. sobre determinación de la capacidad jurídica”», en *Dis-capacidad y derechos*, no. 2, noviembre de 2016, IJ-CCXIX-76, http://ar.ijeditores.com/aa_3a4&hashuos.php?Hash=df2731448827cf0cad864907c0b7t=a711113fa06bc0ad3eaafd860d590f05.

ACTUALIDAD JUDICIAL

*Lic. Celaida Rivero Mederos,
especialista judicial, TSP*

TOMAN POSESIÓN DE SUS CARGOS

En actos solemnes celebrados el 23 de junio y el 5 de septiembre, en la sede del máximo órgano de justicia cubano, tomaron posesión de sus cargos jueces profesionales titulares, en presencia de Rubén Remigio Ferro, presidente del Tribunal Supremo Popular (TSP) y demás miembros de su Consejo de Gobierno.

En la primera ocasión, tomó posesión el compañero Yoel Izquierdo Castro, director de Organización, Planificación e Información del TSP, ceremonia a la que asistió Iván Ernand Collazo, funcionario de la Secretaría del Consejo de Estado. En la segunda, asumieron funciones los tenientes coroneles Fernando Guerra Díaz, Félix Antonio Casas Zayas y Aldo Machado Álvarez, de la Sala de lo Militar, actividad para la cual el máximo directivo del TSP invitó al Dr. Antonio Becali Garrido, presidente del Instituto Nacional de Deporte, Educación Física y Recreación; estuvieron presentes oficiales de la Dirección de Tribunales Militares.

Tanto Izquierdo Castro como Guerra Díaz (en nombre de sus compañeros), juraron mantener una conducta íntegra, con total apego a la Constitución socialista y demás leyes, y al Código de ética judicial, y manifestaron su responsabilidad, compromiso y lealtad con tan altas investiduras.

INTERCAMBIO CON DIPUTADOS CHINOS

El 13 de mayo, Remigio Ferro recibió a Li Shishi, miembro del Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional (APN) de China y director de su Comisión de Asuntos Jurídicos, y la comitiva que le acompañaba.

En el acto de bienvenida, el presidente del máximo órgano de justicia cubano les explicó la estructura y funciones del Sistema de Tribunales Populares (STP) y puntualizó que, para el proceso de actualización de las legislaciones penal, civil y familiar, en Cuba, se estiman las mejores experiencias de países socialistas, entre ellos China, esencialmente en los temas de soluciones alternativas de conflictos, como la mediación y la conciliación extrajudicial. Li Shishi expresó su profunda satisfacción por el valioso intercambio con los directivos judiciales cubanos y reafirmó la valía de la hermandad histórica entre los dos pueblos.

En el encuentro, participaron, además, Rosa Charroó Ruiz, diputada y viceministra de Justicia; y por el TSP, Oscar Manuel Silvera Martínez, vicepresidente; y Pedro Medina Gutiérrez, director de Comunicación Institucional y Relaciones Internacionales.

ACTUALIZAN MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO

El 22 de junio, Li Shaoping, vicepresidente del Tribunal Popular Supremo chino (TPS) y el presidente del TSP suscribieron la actualización del memorando de entendimiento sobre la cooperación y el intercambio judicial.

El presidente del órgano cubano explicó el funcionamiento y organización del STP, resaltó la necesidad de administrar una justicia de contexto, que responda a la sociedad y al pueblo para la cual se ejerce; e informó acerca del proceso de actualización de las legislaciones penal, civil y familiar, fundamentalmente en lo referente a la solución alternativa de conflictos, como la mediación y la conciliación extrajudiciales.

Shaoping manifestó su complacencia por el intercambio y ratificó la trascendencia de la hermandad histórica entre ambos pueblos. Lo acompañaron Ye Xiaoying, Zhu Ming y Huang Mingyao, prestigiosos jueces del sistema judicial chino; Dong Ning, funcionaria del Departamento de Cooperación Internacional del TPS; y Luning Chen, consejero político de la embajada de la República Popular China en Cuba.

Por la parte cubana, participaron los presidentes de sala Maricela Sosa Ravelo (de lo Penal), Plácido Batista Veranes (de los Delitos contra la Seguridad del Estado) y Liliana Hernández Díaz (de lo Económico), y Pedro Medina Gutiérrez, director de Comunicación Institucional y Relaciones Internacionales.

VIII CONGRESO DE LOS JURISTAS CUBANOS

Entre el 7 y el 8 de junio, en el Palacio de Convenciones de La Habana, sesionó el VIII Congreso de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC), con la presencia de más de 240 delegados nacionales y representantes de sus diferentes sociedades científicas y capítulos. El encuentro se realizó en ocasión del aniversario 40 de la organización, con la consigna central: «El papel del jurista en la sociedad socialista, próspera y sostenible».

El cónclave contó con la presencia de José Ramón Machado Ventura, miembro del Buró Político, segundo secretario del Partido Comunista de Cuba y vicepresidente de los Consejos de Estado y de Ministros; José Alexis Guinarte Gato, presidente de la UNJC; y Eusebio Leal Spengler, historiador de la ciudad de La Habana, quien, en intervención especial, señaló

que la Revolución es la fuente del Derecho, que no se detiene en el tiempo ante cualquier dificultad.

La delegación de base de la UNJC en el TSP fue reconocida por su condición de Destacada en el quinquenio, y contó en el congreso, entre sus representantes, con la presencia de un delegado directo, el juez Manuel Bernardo Arcila González.

JUECES CUBANOS EN RUSIA

Del 12 al 24 de junio, jueces cubanos procedentes de varias provincias del país participaron en el primer curso de formación en la Universidad Estatal Rusa de Justicia, como parte de su formación continua.

Centraron los estudios y análisis en asuntos como la actualización de los estándares internacionales para enfrentar la corrupción, el empleo de las tecnologías en el procedimiento penal, los medios técnicos especiales para el proceso de investigación y el procedimiento judicial penal para menores en la legislación rusa.

Como parte del programa, los jueces cubanos sostuvieron un encuentro con el Dr. Viacheslav Lébedev, presidente del Tribunal Supremo de la Federación Rusa, quien resaltó los excelentes vínculos existentes entre los tribunales supremos de ambos países; y departieron con Valentín Ershov, rector de la universidad, momento que les permitió obtener una visión mayor del comportamiento de sus materias a nivel internacional.

Asistieron al curso los presidentes de los tribunales provinciales populares (TPP) de Pinar del Río (Yojanier Sierra Infante), Matanzas (Amaro Cabrera Calero), Granma (Yamir Rodríguez Tamayo), Guantánamo (Mirian Elaine Navarro Navarro), Camagüey (Bielka del Pilar Cabot Varela) y del Tribunal Especial Popular de la Isla de la Juventud (Leydis Beisy Rivero Cardero). Junto a ellos, estuvieron varios presidentes de salas de lo Penal en la instancia provincial: Yosvany González Madruga (Mayabeque), Angélica Maurelo Carbonell (Santiago de Cuba), Adria Esther Rodríguez Romero (Holguín), Yaneiki Cortijo Caballero (Sancti Spíritus) y, de La Habana, Isabel Rojas Sanjudo y Gladys María Padrón Canals.

PROYECTO DE PUERTAS ABIERTAS

En cumplimiento de la Estrategia de comunicación institucional del TSP, el Proyecto de puertas abiertas ha propiciado la realización de numerosas visitas a la nueva sede del alto órgano de justicia cubano.

El primer encuentro se produjo el 16 de junio con estudiantes de quinto año de Derecho de la Escuela Militar Superior Comandante Arides Estévez Sánchez, como parte del programa complementario a la graduación. Los

jóvenes, además de apreciar la prestancia del inmueble, pudieron conocer el funcionamiento de la institución y detalles de las materias que corresponden a sus perfiles académicos. Asimismo, el 16 de agosto, jóvenes jueces de los tribunales militares, en la sede del TSP, entre otras áreas, conocieron el trabajo de las oficinas de trámites comunes y de atención a la población. Finalmente, Filiberto Caballero Tamayo, vicepresidente del TSP y jefe de la Dirección de Tribunales Militares, puntualizó que estos y los populares forman parte de un sistema único; y que tales vivencias les resultan provechosas, pues les ayudan a profundizar en la especialidad de una manera diferente.

En ambas ocasiones, los asistentes fueron atendidos por Roselia Reina Battle, presidenta de la Sala de lo Militar, y Mirtha Millán Nieves, jefa del Departamento de Comunicación Institucional, además de otros funcionarios y especialistas, quienes les informaron acerca de la historia del TSP, la restauración, los valores patrimoniales y arquitectónicos,

Otro momento significativo tuvo lugar en la mañana del 17 de agosto, con la presencia de jóvenes juristas, psicólogos e informáticos recién graduados, ahora profesores del Instituto Superior del Ministerio del Interior (ISMI) Eliseo Reyes Rodríguez (Capitán San Luis), acompañados por el teniente coronel Ariel Díaz Labrada, subdirector de ese centro docente. En esta ocasión, además de Reina Battle, los acompañaron Medina Gutiérrez y Rufina Hernández Rodríguez, directora de Formación y Desarrollo, quien les explicó la estrategia que sigue esta área y la importancia que le concede la dirección del TSP al restablecimiento de relaciones de trabajo con el ISMI.

El 11 de julio y el 7 de septiembre, el TSP recibió visitas de estudiantes y profesores de la Escuela Secundaria Básica Jorge Arturo Vilaboy, de La Habana Vieja, quienes fueron atendidos, en su recorrido, por Millán Nieves y especialistas del Departamento de Comunicación Institucional. Los adolescentes conocieron detalles de la labor judicial, el funcionamiento de los tribunales y elementos de la historia del inmueble.

El 22 de septiembre, altos directivos y especialistas del TSP dieron la bienvenida a un grupo de jueces de nuevo ingreso al STP que se incorporaron al TPP de La Habana, quienes recibieron una amplia información del quehacer multilateral acometido en la sede del alto foro. Fernando Vázquez Franco, jefe de despacho del presidente, explicó la labor de restauración desarrollada por los expertos para preservar el patrimonio arquitectónico y adaptar el inmueble a sus nuevas funciones; y Edgar Rojas Ricardo, director de Informática, comentó sobre la tecnología instalada, en particular, los sistemas inteligentes de audio y video de las salas de justicia y salones de reuniones, que convierten al edificio en uno de los más modernos del país.

El colofón de su recorrido consistió en un encuentro con Oscar Manuel Silvera Martínez, vicepresidente del TSP; Maricela Sosa Ravelo y Liliana Hernández Díaz, presidentas, respectivamente, de las salas de lo Penal y

de lo Económico; y Krissy Reyes Massuet, directora de Cuadros. Intercambiaron sobre la historia de las cinco sedes anteriores, y recomendaciones profesionales para el desempeño personal en la actividad judicial y la auto-preparación y superación permanentes.

Silvera Martínez insistió en que la confluencia de generaciones es la mayor fortaleza del STP y que tenemos que administrar justicia con calidad, pues nos corresponde garantizar el acceso a esta como uno de los derechos fundamentales del pueblo. Los exhortó a trabajar siempre con compromiso, transparencia, conciencia, disciplina y responsabilidad.

TRIBUNALES Y FISCALÍA ANTE LA MIRADA DE LOS DIPUTADOS

Con miras a la rendición de cuenta del TSP y la Fiscalía General de la República a la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP), ambas instituciones, el 10 de julio, presentaron un balance del trabajo desplegado en el quinquenio 2011-2016, ante la comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos del Parlamento.

Los diputados reconocieron los avances alcanzados en cuanto a los procesos penales, la atención a los ciudadanos, los privados de libertad, menores, mujeres, ancianos y, en general, a los sectores más vulnerables de la sociedad.

Silvera Martínez explicó el estado del plan de medidas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones indicadas por la ANPP, en diciembre de 2011; y resaltó la importancia de este proceso, así como lo necesario y efectivo que resulta para lograr indicadores superiores de calidad en la gestión de los tribunales cubanos. También, se refirió a los avances en el perfeccionamiento del STP y a las proyecciones para los próximos años.

Previo a este proceso, los TPP, además de recibir a los diputados, en sus territorios –para intercambiar sobre los resultados de trabajo en el período, las proyecciones inmediatas y el cumplimiento de las recomendaciones realizadas por el Parlamento cubano–, están rindiendo cuenta de su gestión, ante sus respectivas asambleas.

NUEVA SEDE PARA IMPARTIR JUSTICIA EN GRANMA

El 21 de julio, una funcional estructura quedó inaugurada como nueva sede del TPP de Granma, cuya inauguración estuvo a cargo de Remigio Ferro y Federico Hernández Hernández, miembro del Comité Central del Partido y primer secretario en el territorio.

El presidente del TSP, al pronunciar las palabras centrales, destacó que tal acontecimiento se inserta en los esfuerzos del país por la implementación de

los lineamientos del Congreso del Partido y, particularmente, por fortalecer la institucionalidad; y agregó que la edificación mejora las condiciones de trabajo y posibilita elevar la calidad en la prestación del servicio público de impartir justicia.

Asimismo, señaló que contar con un local como ese exige y posibilita trabajar mejor, con prontitud, respeto a los derechos y a las garantías de las personas, tomar decisiones justas y fundamentadas. Finalmente, aseguró que el sentido de lo justo sigue siendo el valor principal que defiende la sociedad cubana, y la impartición de justicia debe estar a la altura de estos tiempos, acompañar la actualización del modelo económico, ser inteligente, y de raíz esencialmente popular.

CUBA PARTICIPA EN EVENTO REGIONAL DE ESCUELAS JUDICIALES

Entre el 20 y el 21 de septiembre, en Quito, República del Ecuador, se celebró el Encuentro Regional de Formación y Gestión de las Escuelas Judiciales, como parte de la experiencia en la cooperación franco-ecuatoriana. Además del país sede, asistieron representantes de Cuba, Argentina, México, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela.

Por la parte cubana, participó la Dra. Rufina de la C. Hernández Rodríguez, quien transmitió la experiencia de la Escuela de Formación Judicial cubana, en cuanto a desarrollo y formación profesional, y compartió con los delegados presentes las estrategias de superación aplicadas en el STP.

GIRA INSTITUCIONAL DEL PRESIDENTE DEL TSP

Del 8 al 24 de octubre de 2017, Rubén Remigio Ferro, presidente del TSP, realizó una gira institucional por Guinea Ecuatorial, Namibia y Francia, en la que estuvo acompañado por Pedro Medina Gutiérrez, director de Comunicación Institucional y Relaciones Internacionales.

El objetivo central del recorrido de trabajo estuvo dirigido al fortalecimiento de las relaciones de fraternidad y colaboración para la formación y capacitación de jueces, conforme a los protocolos de cooperación rubricados, y corresponder a las invitaciones realizadas por Juan Carlos Ondo Angue y Peter Shivute, presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de Guinea Ecuatorial y Namibia, respectivamente.

Como colofón de ambas visitas, la delegación cubana fue recibida por los respectivos Jefes de Estado, Teodoro Obiang Nguema Mbasogo y Hage Geingob. Los encuentros permitieron confirmar el excelente estado de las relaciones bilaterales entre Cuba y ambos gobiernos y pueblos, y la aspiración de continuar fortaleciéndolas, particularmente en el ámbito

judicial. Los mandatarios condenaron el injusto bloqueo económico, comercial y financiero de los Estados Unidos contra Cuba y dieron muestras del aprecio, admiración y cariño por la Revolución cubana, su pueblo y sus líderes, Fidel y Raúl.

Remigio Ferro participó, además, como invitado especial en el evento convocado para el lanzamiento de una red global de integración judicial de África del Sur y tuvo a su cargo el discurso principal en la sesión inaugural. El cónclave sesionó en la ciudad de Swakopmund, República de Namibia, los días 16 y 17 de octubre, y contó con la participación de 16 países del área africana y la presencia de los presidentes de los poderes judiciales de las repúblicas de Botswana, Mozambique, Nigeria, Seychelles, Tanzania y Zimbabwe.

Como cierre de la gira institucional, Remigio Ferro y el Sr. Olivier Leurent, director de la Escuela Nacional de la Magistratura de Francia, dialogaron amistosamente y valoraron el positivo estado de los vínculos bilaterales, y las posibilidades de fortalecer la cooperación en materia de formación de magistrados e intercambio de experiencias en diversos ámbitos judiciales.

Por su parte, Medina Gutiérrez sostuvo conversaciones con Caroline Gontran, directora del Departamento de Europa y Asuntos Exteriores del Ministerio de Justicia francés.

En todas las visitas, la delegación cubana extendió invitaciones para participar en el IX Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2018.

PRONTUARIO DE USOS IDIOMÁTICOS (III)

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez
editor-TSP

SIEMPRE HE DEJADO constancia en *Lapsus cálamí* de que los asuntos que analizo aquí los tomo de mi diario bregar por textos que genera el Sistema de Tribunales Populares (STP). Ese quehacer me permite mantener una constante actualización acerca de cómo se comporta el uso del idioma español en nuestro universo y, en consecuencia, elaborar el contenido de cada una de las entregas.

Es ello lo que me ha permitido eslabonar la veintena de trabajos que han visto la luz en esta sección, con: argumentos a favor de su empleo, o no; muestras concretas de lo que acontece en múltiples sentencias (para el *Boletín del Tribunal Supremo Popular*) y artículos (con vista a incluirlos en la revista *Justicia y Derecho*); lo que plantean los textos especializados al respecto: y la correspondiente ejemplificación de lo que se considera adecuado, de manera que pueda tenerse una imagen real de los derroteros que podemos seguir en cada caso.

En esta ocasión, incluyo una serie de estructuras que no siempre se emplean de manera correcta, principalmente por adicionarles preposiciones u otros elementos que no les corresponden. Algunas de ellas clasifican entre las que la terminología lingüística denomina *expletivas* (superfluas, innecesarias, inútiles, inexpressivas, insustanciales...).

He querido tratarlas aquí porque, además de que se repiten a menudo –y su análisis puede contribuir a «desfacer entuertos», al decir de Don Quijote–, tienen ya muy larga data y nunca hemos logrado desterrarlas totalmente de la expresión escrita. Quien primero me acercó a ellas fue mi viejo profesor y amigo Ricardo Repilado Parreño (Santiago de Cuba, 14/6/1916-13/12/2003), cuando era mi profesor de *Redacción y Composición* (1975-1976). Las notas que siguen, de cierta forma, son un modesto homenaje a él, a quien, también, en buena medida, le debo mucho de lo que aprendí con sus enseñanzas en *Metodología de la investigación bibliográfica* (1977-1978) y *Teoría literaria* (1979-1980).

NO OBSTANTE

Según el uso que se le dé, esta locución puede ser adverbial o prepositiva:

– Como locución adverbial, equivale a «sin embargo». Por ser un elemento independiente, puede aparecer en cualquier parte de la oración, especialmente, al principio y en el centro de esta; es menos frecuente

colocarla al final. En todos los casos, se separa del resto mediante comas. De las dos locuciones, esta es la más común, pero es difícil encontrarla, en nuestro entorno, usada correctamente.

– Como locución prepositiva, significa «a pesar de»: *No obstante lo dicho, considero apropiada la idea*. Según Manuel Seco, con cierta frecuencia, el elemento sustantivo que le sigue es un infinitivo: *La muerte, no obstante ser una hermana sigilosa y velada, era diligente*. También se acepta, pero es poco frecuente, adicionarle *que*: *No obstante que ella lo dirigió todo*.¹

En esencia, esta variante solo puede estar seguida por *un sustantivo*, *un infinitivo* o *que*. Las demás son incorrectas y deben eliminarse.

Como supuesta locución prepositiva, la he encontrado muchas veces en la versión *no obstante lo cual* (ejemplo: «*No obstante lo cual*, no fue tenida en cuenta por el testador»). Pudiera pensarse que es correcta, por su semejanza formal con *No obstante lo dicho*; pero no es lo mismo. ¿Por qué? Porque la estructura *lo cual* es portadora de tres elementos que conspiran contra la idea que se quiere expresar: 1. Caracterización gramatical; 2. Función que desempeña en la frase; y 3. Redundancia, en este caso. Analicemos:

1. *Dicho* es un participio pasivo que, al aceptar la concordancia en masculino o femenino, puede funcionar como un adjetivo y, por tanto, cuando se le antepone *lo*, la construcción resultante se convierte en un sustantivo neutro, lo que se corresponde con la norma establecida para esta locución (*vid. supra*), condición que no cumple *cual*, pronombre relativo.

2. *Lo cual* tiene la función de INICIAR una frase explicativa del hecho enunciado previamente; y, en *no obstante lo cual*, CIERRA la estructura precedente.

3. Tanto *no obstante* como *lo cual* hacen referencia a algo mencionado inmediatamente antes. En ese sentido, son redundantes, y no hay necesidad de tal ambigüedad, si la idea queda definida con la primera parte; claro, entonces, se trataría, de *no obstante* como locución adverbial, separada por coma de la proposición adjetiva que sigue.

Otro empleo de *no obstante* –que también encuentro a menudo– es aquel en el que esta locución aparece incorrectamente seguida por la preposición *a*. Ejemplo: «*No obstante a ello*, la valoración judicial de la prueba científica está sometida en Cuba a los criterios de la sana crítica del juzgador». Así estructurada es incorrecta y debe eliminarse en la redacción de los textos que produce el STP.

SI BIEN...

Con toda intención, he colocado tres puntos al final del subtítulo que encabeza estas líneas. Tres razones amparan la colocación de tal signo: 1. La

¹ Manuel Seco: *Nuevo diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, Espasa Libros, S. L. U., Barcelona, 2011, pp. 427-428.

estructura de inicio puede tener varias formas para continuar y concluir; 2. No todas las expresiones que le siguen son correctas; y 3. No debe usarse como cierre de una frase. Vayamos por parte:

1. Si BIEN es una conjunción concesiva equivalente a «aunque», útil para iniciar una idea que debe tener una segunda parte y, en dependencia de la complejidad o extensión que medie entre una y otra, exigirá diferentes salidas. Pueden ser diversas, pero aquí me limito solo a dos, a partir de los ejemplos que he localizado:

- *En una expresión más o menos sencilla:* «*Si bien* resulta atinado entender la optimización del cumplimiento del deber de legítimas a través de la atribución, *no puede* olvidarse la relevancia de la mención con el mismo objetivo».

- *En una expresión más o menos compleja:* «*Si bien* el órgano judicial de instancia incurrió en exceso en la argumentación de su fallo, mediante el empleo de determinados recursos lingüísticos que se traducen en calificativos innecesarios, *ello* no trasciende al fondo de la decisión acordada, todo lo cual conlleva a resolver como se dirá».

En ambos casos, la idea es totalmente coherente y cumple la norma establecida para tal estructura. En el primero: *si bien... no puede*; en el segundo: *si bien... ello*.

2. Lo indicado antes no siempre se cumple. En general, en los textos que leo a diario, la segunda parte se pierde o se diluye entre palabras que no dan cierre a lo indicado mediante *si bien*. Ejemplo: «Le fijó una sanción, si bien muy rigurosa, pero en realidad se correspondió con la extrema gravedad y peligrosidad de los ilícitos penales consumados». Evidentemente, *pero* no da continuidad a *si bien* (aunque), sobra *en realidad* y faltan otras palabras. Una posible solución sería: «Le fijó una sanción *que*, si bien *era* muy rigurosa, se correspondía con la extrema gravedad [...]».

Si tal estructura aparece en uno de esos períodos extensos que parecen no tener fin —el récord de lo que he leído, hasta hoy, es de 740 palabras—, el que escribe ha de tener claro que la idea inicial debe cerrar coherentemente, para que pueda ser comprendida por quien leerá después. Ante esto, hay varias soluciones. Por ejemplo, cabría encabezar la segunda parte por *también* y repetir el verbo o la palabra que acompañó a *si bien*, en el inicio; pero mi recomendación, en los casos a que hago referencia ahora, sería evitar el empleo de esa conjunción concesiva, sin hablar de la excesiva extensión de los párrafos que, para mí, no tiene razón de ser. El supuesto empleo del estilo jurídico no justifica ni lo uno ni lo otro.

3. Independientemente de que *si bien* equivale a *aunque*, cuando se trata del cierre de una idea, no debe emplearse aquella, sino esta última. Por lo tanto, es incorrecta esta frase: «[...] *si bien* estos dos últimos algo rezagados en relación con el resto».

Y continúo con la argumentación acerca de por qué usé los puntos suspensivos. Otra razón radica en que no solo se usa la estructura como se indica en el subtítulo, sino una más complicada que, en esencia, expresa lo mismo. Se trata de *si bien es cierto que*. Ejemplo: «*Si bien es cierto que* la prueba articulada no es suficiente para justificar que la testadora tuviera comprometida sus facultades volitivas por razón de enfermedad mental, *no lo es menos que* la resultancia probatoria del enunciado resumen de historia clínica, reseña, además [...]».

Una variante de la expresión antes citada es: *Si bien es cierto que... también lo es que*.

Y no digo que es ciento por ciento incorrecta, pero parece ser consecuencia de una simbiosis entre varias estructuras que significan lo mismo. Manuel Seco (un experto en estas lides), en el citado *Nuevo diccionario...*, además de la ya analizada, solo recoge las siguientes: *bien que*, *es cierto que*, *es verdad que*, *bien es cierto que*;² jamás refiere la citada en el párrafo anterior, lo que, a las claras, indica que no existe.

Más allá de si existe en el español, o no, su uso implica extender la frase, hacerla más enrevesada y, además, sumar dos *que* a los tantos que se emplean, como parte del queísmo imperante en los diversos textos que genera el STP. Al respecto, mi única observación es la siguiente: Si estos, de por sí, transitan por interminables vericuetos, dada la tendencia general de la redacción de quienes escriben, ¿para qué complicarlos más?

BIEN... BIEN

He aquí una conjunción distributiva que puede ser disyuntiva porque su reiteración delante de dos oraciones coordinadas denota una relación de disyunción.

Generalmente, en sentencias y otros textos del STP suele usarse mal. Un ejemplo de esto es el siguiente: «Bien su corta edad, o la deteriorada situación familiar, más el ambiente social que le rodea en su comunidad, y todos en conjunto determinan que debe pasar al cuidado de su abuela». Quizás, muchos piensen que esta frase está perfectamente elaborada y no es así. Eso solo sería posible, si no estuviera precedida por la palabra *bien*, y se eliminara la conjunción *o*, que separa a los dos primeros enunciados; pero, al encabezarla de esa forma, la sintaxis española exige que se repita el elemento de inicio: *BIEN su corta edad*, *BIEN la deteriorada situación familiar*, *BIEN el ambiente social que le rodea...*

POR DEMÁS

En múltiples escritos del STP, frecuentemente, aparece *por demás* como sinónimo de *además*. Ejemplos: «*Por demás*, soslaya que, no obstante

² *Ibid.*, p. 108.

haber sido aceptados por su adversaria los hechos fundamentales de la demanda establecida en su contra [...]» y «*Por demás*, estas causales se establecen bajo el sistema de [...]». Es evidente que, en ambas, la frase de marras debió sustituirse por *además*. Se parecen, pero no significan exactamente lo mismo.

Por demás es una locución adverbial que significa «mucho», con sentido de límite máximo, equivalente a «por si fuera poco», con intención enfática. Por supuesto, es una variante de *además*, pero esta solo suma algún elemento y aquella lo resalta, en particular.

He aquí, un ejemplo apropiado –tomado de la literatura–, para que pueda apreciarse la diferencia entre *además* y *por demás*, independientemente de la relación de sentido que hay entre ellas:

De improviso, lanzó una estruendosa carcajada que POR DEMÁS me dejó perplejo. Una simple interiorización de lo expresado aquí refuerza la idea indicada antes: la esencia de lo destacado en versales no es sumar una idea más (como correspondería a *además*), sino resaltar el hecho de que la estruendosa carcajada, por si fuera poco, lo dejó perplejo. Intente encontrar las similitudes y diferencias que tienen, entre sí, *además* y *por demás*, y podrá comprender mejor, en este caso, el verdadero sentido de la frase.

Si aún no fuera suficiente lo explicado al respecto, sugiero comparar las dos frases que siguen, tomadas de los textos que leo a diario. El primero, con un empleo inadecuado de la estructura de marras («[...] posibilidad que desaparece *por demás* transcurrido el término de prescripción de cinco años»); el segundo, expresado correctamente («[...] quien está justamente defendiendo a un tercero, *por demás* mujer»).

En síntesis, evitemos el empleo de *por demás* con el simple sentido de *además* y demos a cada palabra su verdadero significado.

MEJOR ES LA FRASE AFIRMATIVA

Se está generalizando o, al menos, reiterándose demasiado, el uso de una estructura negativa, cuando se trata de ofrecer una definición o un concepto: *que no es otro(a) que*. No digo que sea incorrecta, pero no hay por qué continuar complicando más la expresión escrita, ya de por sí complicada en nuestro entorno.

He aquí dos ejemplos de lo que innecesariamente aparece en numerosos textos: «[...] *que no es otra que* el desacuerdo de la parte impugnante» y «[...] *que no es otra que* la legalidad socialista establecida en la Carta Magna».

Sin duda, no hay necesidad de expresar la idea mediante una estructura negativa, cuando es más directa, y más elegante, la variante afirmativa. En los dos ejemplos citados (y en todos los casos), puede eliminarse la

locución completa, incluidos los dos *que*. Basta con que, inmediatamente después de la palabra que se desea definir, se coloque una coma (,) o dos puntos (:) y se resolverá el problema.

Recomiendo eliminarla porque, además de ser una frase expletiva, no es propia de la expresión escrita, sino de la oral y, en especial, de la terminología usada por los profesores en sus clases.

ALGUNAS ESTRUCTURAS ABSOLUTAMENTE INNECESARIAS

En las ediciones 14 y 18, escribí ampliamente acerca de una estructura que «siempre está de más, no aporta nada a lo que queremos decir, es una expresión viciosa nacida en el lenguaje de los informes, donde, incluso, resulta pedante y absurda».³ Se trataba del compuesto *verbo + adjetivo (+ verbo) + que* (como *es importante recordar que*, y otras similares), convencido de que, en la mayoría de los casos, si se elimina, gana el texto, la idea se dice de manera más directa y se evita, por lo menos, un *que* (según la complejidad de la frase, puede exigir otros). Sin embargo, continúa usándose, como si nadie se percatara de su inutilidad.

Se trata de una estructura que presenta formas diversas; pero, en general, puede representarse como expresé en el párrafo anterior. Indico el segundo verbo entre paréntesis porque, a veces, se presenta sin él, en una variante simplificada que, en esencia, es lo mismo.

No voy a repetir lo que antes dije al respecto. Solo quiero añadir un ejemplo, didáctico, en el que incluyo las palabras con que más comúnmente se emplea, y sugerir que se destierre de nuestros textos: *Es (resulta) importante (necesario, prudente, oportuno, imprescindible, atinado, bueno) aclarar (advertir, reconocer, informar, decir, tener en cuenta) que...*

• El fenómeno que presento ahora, inicialmente, lo encontré en sentencias seleccionadas para el *Boletín*, donde no puedo alterar las frases; pero, ya traspasó aquel límite y, ahora, comienzo a verlo en artículos que se envían para su publicación en *Justicia y Derecho* y, en este caso, lo elimino siempre.

Se trata de *así las cosas*. Aparece en cualquier contexto, en particular, después de haber presentado una situación determinada. Siguiendo la lectura, dentro de un párrafo o a comienzo del siguiente, súbitamente, nos espetan la frase de marras, que no significa nada, y nada tiene que ver con un estilo funcional profesional. Ejemplo: «Así las cosas, se lograría

³ Juan Ramón Rodríguez Gómez: «Mejoremos algunas expresiones (I)», en *Justicia y Derecho*, no. 18, junio de 2012, p. 196.

sin inconvenientes ni casuismos que cumplido cualquiera de los deberes legítimos [...]».

Mi sugerencia concreta al respecto es eliminarla siempre porque, además (no por demás) es inelegante y le resta categoría a lo que se escribe.

- Siguiendo un juego de palabras, puedo decir que se ha convertido en normal que, en muchas sentencias —en especial, las penales—, cuando se describen las generalidades del inculcado, se diga «de normal conducta social». Y, he ahí, el problema: ¿qué se considera *conducta normal*, máxime en estos tiempos, cuando tantas cosas han pasado a considerarse como tal? Pienso que, en ese caso, mejor sería describir o explicar cómo se manifiesta esta. Por ejemplo: Mantiene una vida activa en la comunidad, participa en todas las actividades, desarrolla buenas relaciones sociales, goza de buena reputación entre los vecinos...

Si acaso se piensa que voy muy lejos en mi apreciación al respecto, recuérdese que en la «Metodología de redacción de sentencias penales» (Instrucción No. 208, de 2011, del Consejo de Gobierno del TSP, en el acápite II.1.2 k), se dice textualmente:

Consignar en párrafo separado y, al final, en lo posible y pertinente, los aspectos relacionados con:

- La conducta social mantenida por el acusado en referencia a los valores, deberes ciudadanos y normas de comportamiento general y con expresión de sus vínculos o relaciones, integración laboral e ingresos percibidos, características personales más acentuadas y modo de vida. [...]
- La conducta mantenida por el acusado con posterioridad al delito.⁴

Y no más por hoy.

⁴ Boletín del Tribunal Supremo Popular 2011, p. 65.

JusticiaEfectivaYTransparente

SITIO WEB
www.tsp.gob.cu



TRIBUNAL
SUPREMO
POPULAR
REPÚBLICA DE CUBA

TRIBUNAL
SUPREMO
POPULAR

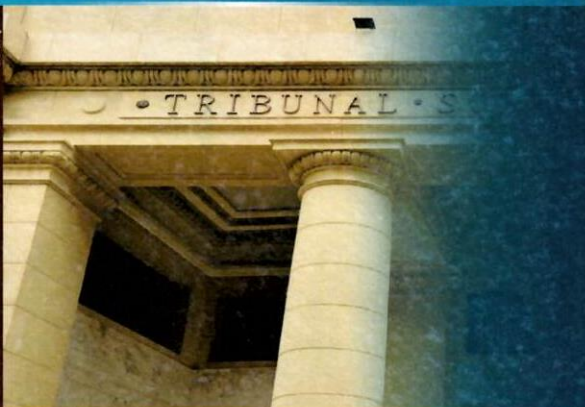
CONSEJO DE
GOBIERNO

SALAS DE
JUSTICIA

TRIBUNALES
PROVINCIALES

SUPERACIÓN
PROFESIONAL

CENTRO
NACIONAL DE
DOCUMENTO E
INFORMACIÓN
JUDICIAL
(CENDU)



NOTICIAS



TRIBUNAL, ESCUELA Y FAMILIA, DE
CASA AL FUTURO



AL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR,
PROFESIONALES DE ALTAS
COMPETENCIAS

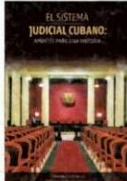


JUSTICIA EFECTIVA Y TRANSPARENTE,
CON ALTA VOCACIÓN DE MANIFESTA

GALERÍA DE IMÁGENES



PUBLICACIONES



ATENCIÓN
A LA POBLACIÓN



(53) 7 869 87 48, 7 869 88 79



poblacion@tsp.gob.cu



Aguilar 367 e/ Obrapía y Obispo,

La Habana Vieja, La Habana, Cuba. CP 10 100



RNPS 0504
ISSN 1810-0171