

# JUSTICIA Y DERECHO

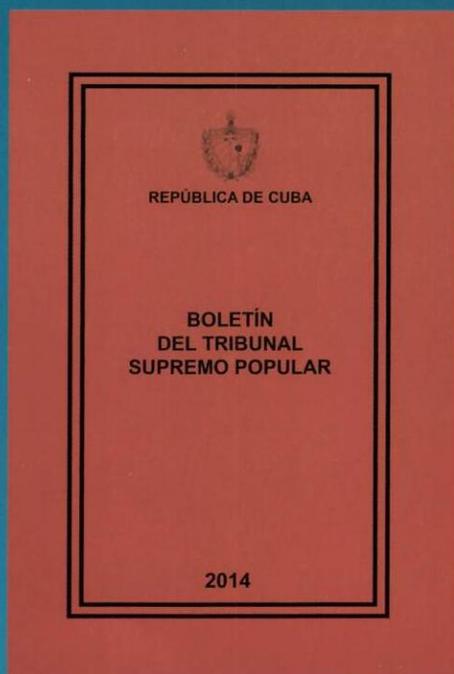
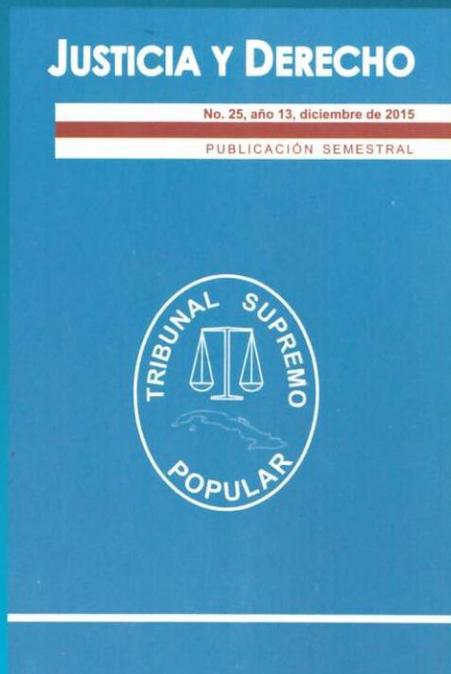
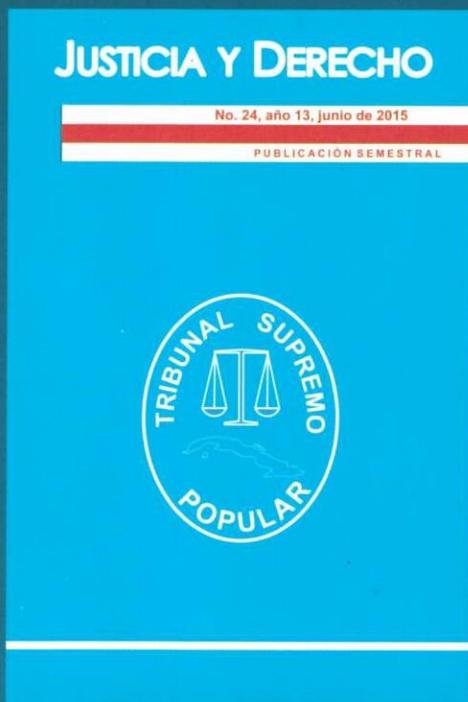
**PUBLICACIÓN SEMESTRAL**

No. 27, año 14, diciembre de 2016



**TRIBUNAL  
SUPREMO  
POPULAR  
REPÚBLICA DE CUBA**

# Publicaciones de 2015



## A LOS LECTORES

En correspondencia con el perfeccionamiento de nuestra estrategia de comunicación, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, mediante el Acuerdo No. 144, de 22 de julio de 2016, aprobó un nuevo identificador visual que, desde esta edición de *Justicia y Derecho*, aparece en su portada.

Este imagotipo contiene elementos que aluden a símbolos de nuestra identidad nacional e institucional.

El Director

---

## SUMARIO

---

- 3 • *Relatoría* (VIII Encuentro Internacional Justicia y Derecho)  
Esp. Roselia Reina Batlle
- 19 • *Consideraciones sobre la vulnerabilidad y el acceso a la justicia*  
M.Sc. Rubén Remigio Ferro, Esp. Odalys Quintero Silverio  
y Esp. María Caridad Bertot Yero
- 31 • *¿Desigualdades económicas en el proceso familiar en Cuba?*  
M.Sc. Carlos Manuel Díaz Tenreiro y Dra. Yanet Alfaro Guillén
- 45 • *La división sexual del trabajo y el enfoque de género*  
Esp. Vivian Aguilar Pascaud
- 59 • *La ejecución forzosa: una mirada desde la jurisdicción de lo económico*  
Esp. Liliana Hernández Díaz
- 83 • *La revisión penal y la cosa juzgada*  
Esp. Maricela Sosa Ravelo y Esp. cor. Ismael Lema Águila
- 102 • *Pensión por jubilación o viudedad y el derecho a la legítima asistencial*  
Dr. Leonardo Pérez Gallardo
- 116 • *El ocupante y su confrontación con el derecho del heredero*  
Esp. Yaíma Anaís Serrano Ruiz
- 139 • *Tratamiento de la zona de desarrollo próximo, en sede judicial familiar*  
Esp. Lourdes de las Mercedes Bautista Gutiérrez  
y Lic. Marte Antonio Valdés Ibargollín
- 155 • *La justificación del error de prohibición en el Derecho penal*  
Esp. Dunia Martínez Cruzata
- 171 • *El tratamiento legal de las nulidades en el proceso penal*  
Esp. Liliana Malena Díaz Campa
- 184 • *Integración del sistema de gestión documental al sistema de control interno*  
Lic. Yorlis Delgado López y M.Sc. Martha Marina Ferriol Marchena
- 191 • *Actualidad judicial*  
Lic. Celaida Rivero Mederos
- 200 • *Prontuario de usos idiomáticos (I)*  
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*  
*Dra. Yanet Alfaro Guillén*  
*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 y corrección  
*Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez*

Composición  
*Roberto Armando Moroño Vena*

Redacción  
Aguiar 367 entre Obrapía y Obispo  
La Habana Vieja, La Habana  
Teléfono: (53) 786 98700  
E-mail: celaida@tsp.cu

RNPS 0504  
ISSN 1810-0171

Publicación semestral  
Año 14, no. 27, diciembre de 2016

## RELATORÍA

---

---

Dada la importancia de las temáticas analizadas, publicamos la Relatoría del Encuentro Internacional, no solo como constancia descriptiva de los asuntos presentados, sino también con el objetivo de que estos continúen siendo fuente de discusión y debate entre los jueces del Sistema de Tribunales y, en general, de los operadores del Derecho.

**18 al 20 de mayo de 2016**

**Palacio de Convenciones de La Habana**

**Relatora principal: Esp. tte. cor. Roselía Reina Batlle**

Distinguidos invitados y delegados:

Estimados colegas:

Auspiciado por el Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, concluimos hoy el VIII Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2016.

Se caracterizó por la amplia concurrencia de magistrados, jueces y otros juristas, provenientes de tres organizaciones del sistema de Naciones Unidas y 25 países: Angola, Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Estados Unidos de América, El Salvador, Francia, México, Namibia, Panamá, Perú, Portugal, República Dominicana, Rusia, Suecia, Uruguay, Venezuela, Vietnam y Cuba como país sede, con la participación de 250 delegados cubanos y 111 de otras naciones, los que, unidos a quienes asistieron en calidad de invitados, suman más de 600.

Asimismo, se enaltecó con la asistencia de eminentes personalidades, entre ellos:

- Excelentísimo Señor Dr. Vyacheslav M. Lébedev, presidente del Tribunal Supremo de Rusia
- Excelentísimo Señor Dr. Peter Sam Shivute, presidente de la Corte Suprema de Namibia
- Excelentísimo Señor Dr. José Agustín Suárez Alba, presidente del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia
- Excelentísimo Señor Dr. Nguyen Son, vicepresidente del Tribunal Popular Supremo de Vietnam
- Excelentísimo Señor Dr. Ángel Juanes Peces, vicepresidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial de España

- Dr. Elías Carranza, director del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento al Delincuente (ILANUD)
- Dr. Pedro Salazar Ugarte, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México
- Dra. María Isabel Tormenta dos Santos, viceministra de Justicia de la República Popular de Angola
- Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Homero Acosta Álvarez, Secretario del Consejo de Estado
- María Esther Reus González, ministra de Justicia
- José Luis Toledo Santander, presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular
- Carlos Raúl Concepción Valdés, vicesfiscal general de la República
- Joaquín Bernal Rodríguez, funcionario de la Oficina del segundo secretario del Comité Central del Partido Comunista de Cuba.
- Ariel Mantecón Ramos, presidente de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos
- General de brigada Adalberto Rabeiro García, jefe de la Dirección de Investigación Criminal y Operaciones, del Ministerio del Interior
- Mayda Goite Pierre, vicerrectora de la Universidad de La Habana
- Marta Moreno Cruz, decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana
- Yamila González Ferrer, vicepresidenta de la Unión Nacional de Juristas de Cuba

Al dar la bienvenida a los participantes, el presidente del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, Rubén Remigio Ferro, destacó que este Congreso tiene lugar en momentos en que el planeta sufre nefastos acontecimientos, de los que no escapan el Derecho y la justicia, cuando estos sucumben a intereses de grupos de poder, frente a los que se yerguen hombres y mujeres honorables y virtuosos como los aquí presentes. En este ámbito, resaltó que en Cuba hay dos tópicos vitales: la disposición subjetiva de los jueces, dada en su posicionamiento consciente, como servidores públicos, con el papel activo y creador que les corresponde desde una perspectiva integradora, contextualizada y justiciera; y la necesidad de articular verdaderos sistemas de gestión de calidad que propicien el mejoramiento continuo en el ejercicio de la función jurisdiccional, como exige el pueblo en cuyo nombre la ejercemos por mandato constitucional.

La diversidad y profundidad de los temas tratados resultó el signo distintivo del programa científico, en el que se dictaron 17 conferencias magistrales.

En una primera intervención, el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el campo de la doctrina penal, expresó que la anterior polarización entre *derecho penal liberal y autoritario*, bien puede remplazarse por la de *derecho penal humano e inhumano*, de ahí que debamos procurar un derecho penal inductivo, en el que cada doctrina y sentencia sea un proyecto político con incidencia social. Mientras que, en su segunda conferencia magistral, indicó que el Derecho penal y la Criminología transitan por un escenario difícil, condicionado por la expansión general de lo prohibido y el endurecimiento de las penas clásicas, que trae consigo una reducción de las garantías de los justiciables.

El Dr. Vyacheslav Mijailovich Lébedev, presidente del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, disertó sobre las acciones realizadas en su país con vista a mejorar el sistema judicial, la creación de nuevas instituciones tendientes a garantizar el cumplimiento de los derechos y las obligaciones de los magistrados y la adopción de un Código de Ética Judicial por la Convención de Magistrados de toda Rusia, que definió los estándares de conducta de un juez en los ámbitos profesional y extraprofesional. Refirió que se trabaja en una nueva ley para rebajar las sanciones en delitos menores y describió la transparencia informativa del órgano que preside con publicaciones diarias sobre la actividad del sistema judicial en los principales medios de comunicación.

El Dr. Elías Carranza, director del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento al Delincuente, reflexionó en cuanto a la posibilidad de reducir la tasa de homicidio en América Latina, lo que no se logra con el endurecimiento de las penas, sino mediante políticas y acciones sociales que corrijan los factores que lo determinan en paralelo a la acción de la justicia penal.

El Dr. Juan Mendoza Díaz, vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, discursó por una visión crítica al modelo enjuiciatorio cubano, y enfatizó en el derrotero que es la reforma del proceso civil en Cuba, en aras de lograr su autonomía y una protección efectiva de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

La Dra. Teresa Delgado Vergara, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, se refirió al contrato de compraventa de viviendas en Cuba, su regulación jurídica desde 1959 a 2011 y a la importancia de que estos ejercicios académicos develen algunas sombras, para que se ilumine el camino hacia la perfección normativa por el que se avanza con pasos firmes.

La profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana Dra. Natacha Mesa Tejeda señaló los principales retos a los que se enfrenta el Derecho mercantil en Cuba, frente a la actualización de su modelo

económico, enfatizó en la responsabilidad patrimonial del deudor, la necesidad de regulación de un proceso concursal, la promulgación de una ley de sociedades mercantiles, el fortalecimiento del papel del contrato, la reconceptualización del trabajador por cuenta propia, entre otros desafíos, que deben enfrentar los juristas para contribuir al perfeccionamiento de las instituciones jurídicas mercantiles cubanas.

El Dr. Rodrigo Jiménez, de la Fundación Justicia y Género, de ILANUD, proporcionó un enfoque de género acerca de la justicia en iberoamérica, que se comporta de manera desfavorable hacia la mujer, debido a la primacía de un concepto patriarcal excluyente, lo que impone nuevos retos, a pesar de que las féminas han llegado a ocupar altos cargos en la judicatura.

El Dr. Sergio García Ramírez, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en apretada revisión panorámica, y a partir de la reforma constitucional de 2008, aludió al nuevo sistema de justicia penal en ese país, sus peculiaridades y problemas más acuciantes.

La Dra. Selva Klet, magistrada de la Corte Suprema de Uruguay, destacó el rol del juez, su carácter de servidor público, el control de la legitimidad de sus actos, mediante el examen de la fundamentación de sus sentencias o de su desempeño en las audiencias de los juicios, lo que es muestra de democracia y valores republicanos, en tanto que al ciudadano corresponde asumir el control del ejercicio, por los jueces, de una de las tres funciones esenciales del Estado de Derecho.

El Dr. Guillermo Blanco Vázquez, presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, precisó sobre la dialéctica procesal venezolana, de cara a un nuevo modelo procesal civil, con la finalidad de construir el verdadero modelo del Estado social, democrático, de Derecho y justicia.

Por su parte, el Dr. Wescleslao F. Olea Godoy, magistrado del Tribunal Supremo español, incursionó en la facultad sancionadora de la administración y alegó que, dada la relevancia del Derecho administrativo en esta esfera, debe regirse por los mismos principios y garantías del Derecho penal.

El Dr. Pedro Salazar Ugarte, presidente del Instituto de Investigaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, expuso los efectos perniciosos de los cambios constitucionales que, por un lado, hacen que el documento sea extenso y oscuro y, por otro, técnicamente defectuoso, con contradicciones, desorden y falta de sistematicidad; de ahí que sugirió reordenar y consolidar su contenido para que continúe siendo un instrumento útil para transformar la realidad social.

El magistrado del Tribunal Supremo de México Sergio Javier Medina Peñaloza, preocupado por la educación judicial internacional, esbozó la necesidad de formar personas más allá de desarrollarles habilidades para actuar dentro de un procedimiento, abogó por un modelo educativo en el que se practique la cooperación internacional entre las escuelas judiciales,

de modo que se obtenga una excelencia profesional de los servidores de la justicia vinculando la ciencia y la práctica.

El Dr. Benoit Chamouard, juez magistrado y jefe del Departamento Internacional de la Escuela Nacional de la Magistratura en Francia, explicó que la formación de jueces y fiscales se encauza teniendo en cuenta los avances de la sociedad, lo que les permite enfrentar los retos actuales, con una independencia judicial sin influencias externas.

La Dra. Mayda Goite Pierre, vicerrectora de la Universidad de La Habana, razonó que en la sociedad postmoderna, el juez encuentra asidero más allá del cuerpo normativo, en una óptica político-criminal y criminológica, que descansa en la actualidad que impacta su pensamiento, el expansionismo del Derecho penal, el Derecho penal del futuro, la incidencia de la criminalidad organizada y el delito económico, y la influencia de la criminalidad mediática.

De sumo interés resultaron las cuatro intervenciones especiales expuestas durante las sesiones de trabajo.

El Lic. Antonio Raudilio Martín Sánchez, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, brindó una panorámica sobre la aplicación de los principios propios del Derecho laboral para dar una mejor solución a los conflictos de los trabajadores.

Michel Fernández Pérez, asesor jurídico de la Oficina de Regulación Ambiental y Seguridad Nuclear, del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, se adentró en una visión de la justicia ambiental cubana, desde la autoridad administrativa, la importancia de la prevención del daño ambiental y de su inspección, y la necesidad de adecuar la legislación en esta materia al nuevo modelo de gestión económica y de reconocer constitucionalmente el derecho al medio ambiente.

Idania Silot Navarro, de la Fiscalía General de la República, respecto al reconocimiento de los hijos, realizó un detallado estudio legislativo de algunos de los artículos de la Ley del Registro del estado civil, con énfasis en la imperiosa necesidad de regulación frente a vacíos legislativos, con el propósito de garantizar los derechos de los niños en beneficio de nuestra infancia; mientras que Daniel Almanza, funcionario de la Dirección de Establecimientos Penitenciarios de Cuba, caracterizó el sistema de prisiones, los programas educativos previstos para los reclusos, la preparación en diversos oficios y la participación en otras actividades culturales y deportivas.

Como parte del trabajo científico en comisiones, se desarrollaron 46 ponencias, 19 paneles y 1 taller, que estuvieron a cargo de 66 expositores cubanos y 46 de otras naciones.

En materia penal, se presentaron 11 ponencias, 4 paneles y un taller:

De Cuba, Arlín Pérez Duarte enfatizó en cómo la sociedad moderna incide en la seguridad ciudadana y en el Derecho penal, en la inconsistencia

de las políticas públicas de prevención del delito y abordó las nuevas formas de criminalidad y las técnicas de investigación criminal empleadas.

La colombiana Gloria Lucía Bernal explicó que, durante siglos, los penalistas estudiaron separadamente el delito y la pena, pero hoy es trascendental buscar la razón de ser de ese poder punitivo del Estado, y establecer cuándo una conducta puede prohibirse con una pena, que es el fundamento material del Derecho penal.

Emilia María Santana Ramos, de España, se refirió a la problemática social de los niños y coligió que es un imperativo instrumentar políticas sociales en las que se reconozcan sus derechos como sujetos activos.

Sobre el crecimiento del delito de lavado de activos, su regulación y el deber de cuidado de los profesionales del Derecho, motivó Mónica Palencia Núñez, de Ecuador, mientras que los cubanos Marily Rafaela Fuentes Águila vinculó este ilícito al contexto socioeconómico nacional; Amalio Alfaro Matos llamó a una mejor interpretación y aplicación del delito de evasión fiscal, a la luz de las transformaciones del sistema económico; y Alina de Fátima Santana Echerri abordó las complejas manifestaciones de los delitos contra la hacienda pública en la práctica judicial, y la necesidad de establecer expresamente en la Constitución el deber de contribuir.

En lo concerniente al poder de castigar, Vicente Rivero Santana, de España, significó que la detención constituye una figura que, en el ámbito de la justicia penal, se identifica vinculada a garantías como derechos fundamentales. El argentino Raúl Marcelo Cheves expuso que las agencias policiales constituyen una recurrente puerta de acceso al proceso penal, pues no solo lo inician, sino que lo condicionan, provocando nulidades, debido a la dudosa constitucionalidad de su actuación y la violación de derechos fundamentales. El cubano Arnel Medina Cuenca destacó que en tiempos de globalización, la política de mano dura contra la delincuencia no es la vía idónea para enfrentar la violencia y la inseguridad ciudadana, y menos con la elevación de las penas privativas de libertad y del rigor en las condiciones de reclusión; en tanto que Miguel Fernando Tovar Villar se adentró en la crisis que presenta el sistema penitenciario en México, sus retos y el papel que corresponde a los jueces de ejecución de sentencias, en aras de lograr la reinserción social de las personas.

En otro orden, Odanis Vigo Conde, de Cuba, definió los principales factores técnico-jurídicos, las dificultades de orden práctico y subjetivo que pueden limitar la imparcialidad de los jueces en la tramitación de los incidentes que surgen durante el cumplimiento de las sanciones penales.

Respecto al relevante papel de las víctimas en el proceso penal, reflexionó Carlos Künsemüller, de Chile, quien abogó por alcanzar vías de tutela más efectivas para los agraviados, mediante la ampliación de la función reparatoria del daño causado por el delito en el sistema punitivo; mientras que la ecuatoriana Adriana Mendoza Solórzano explicó que, conforme al nuevo

marco constitucional que rige en su país, es posible una justicia restaurativa como una alternativa, en pro de una cultura de paz y defensa de los derechos humanos, que ayudará a prevenir la conflictividad, la violencia y el trastorno social.

Siguen siendo objeto de preocupación la protección de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente o sobre los que recaen conductas violentas de diversa naturaleza. Cuatro cubanas ponderaron la protección penal de la libertad e indemnidad en estos casos: Liyansy Valdés Izquierdo y Yanet Peña Soublet destacaron que es necesario reconceptualizar el delito de violación, atemperado a nuevos enfoques de sexo y género; e Ileana Gómez Guerra y Maileisy Cremé Leyva coincidieron al abogar por que se modifique la manera de proceder, a fin de reducir la victimización del menor.

Varios delegados cubanos incursionaron en otros temas de interés.

Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez, en una primera intervención, alertó que el Derecho penal moderno se ve influido hoy día por las amenazas de riesgos globales, transnacionales y locales, por lo que, en algunos contextos, se aprecia una reorientación expansionista hacia la protección de bienes entronizados con el desarrollo societal y tecnológico, que ha gestado nuevas generaciones de derechos objetivos. Como homenaje al cumpleaños 90 del líder histórico, Fidel Castro Ruz, su segunda ponencia la dedicó al legado criminológico, visto a través de las conquistas sociales de la Revolución.

Marisela Sosa Ravelo evaluó que el cumplimiento del principio de doble conformidad procura que el condenado se beneficie de un procedimiento judicial que haya agotado todas las posibilidades legales para demostrar que, en efecto, es responsable del hecho imputado, y que la decisión se ajusta a lo establecido en las normas penales de índole material y procesal, lo que se logra mediante los recursos.

El procedimiento de revisión, la cosa juzgada, su vinculación con las sentencias absolutorias y resoluciones de sobreseimiento libre, en pos de la observancia del principio *ne bis in idem*, fue examinado por María Esperanza Milanés Torres.

Un taller sobre penas subsidiarias a la privación de libertad, y su control en Cuba, contó con la intervención de Irasema Gálvez Puebla, quien señaló el rol fundamental de la comunidad en el enfrentamiento a la violencia y la criminalidad, de conjunto con una estrategia multidimensional que incluya políticas de control y de carácter preventivo, a fin de obtener resultados perceptibles y sostenibles; Katia Fernández Luis ahondó, especialmente, en las vinculadas con el trabajo correccional, con o sin internamiento, como forma de reinserción social, y propuso una mirada legislativa para su futura ampliación en Cuba. En lo concerniente a la labor del juez de ejecución, expusieron Yusmila Saraí Martínez Matamoros y Cecilio Acosta Moré, la primera en cuanto a la reinserción laboral de las personas que extinguen sanción, y el segundo, en lo relativo a elevar la efectividad de su control a través de un vínculo sistemá-

tico entre los jueces de ejecución y los delegados del Poder Popular de cada circunscripción, con una mayor intervención de los jueces legos.

José Ibáñez, de Francia, resaltó los fundamentos que, en el orden teórico-doctrinal, sustentan la prescripción penal, su trascendencia, y el vínculo con las tecnologías y medios de información. En otro orden, al incorporarse a la materia económica, profundizó en la importancia del contrato como instrumento en esa gestión y garante de la seguridad jurídica, que posee un importante papel frente a las nuevas formas de relaciones marcadas por la economía digital.

La comisión que trató el Derecho civil contó con 12 ponencias y 4 talleres:

El chileno Andrés Celedón Baeza caracterizó la protección al consumidor, frente a los modelos de organización administrativa y judicial en la resolución de conflictos de consumo y que, no obstante los avances, es necesaria la creación y regulación de tribunales y asesorías jurídicas especializadas, con la finalidad de alcanzar un equilibrio en el sistema jurídico.

Varios delegados cubanos dirigieron sus análisis hacia cuestiones de actualidad en el orden procesal:

La evolución y reforma del procedimiento civil en Cuba fue examinada por Carlos Manuel Díaz Tenreiro y Yanet Alfaro Guillén, quienes resaltaron que esta atenderá, de forma esencial, el incremento de la satisfacción de las expectativas procesales de los justiciables y de la rectoría del proceso, basada en los principios y la disminución de las reglas procesales; explicaron que su concepción deberá tomar, como aspectos apremiantes, la oralidad, la inmediatez, el notable retraso en el orden normativo de los procesos sucesorios y la ejecutabilidad de las resoluciones judiciales.

Kenia María Valdés Rosabal se refirió a las bases, en este mismo orden procesal, para un modelo de gradación de la capacidad restringida en el Derecho civil cubano, y Orlando González García razonó acerca de la revisión en materia civil y administrativa, y puntualizó sus consideraciones alrededor de la indefensión como causal de ese procedimiento.

Un análisis de los motivos de impugnación del acto administrativo, en el ordenamiento jurídico cubano, fue el sustento de Laine Irina Cabrera Guerra, al realizar propuestas para el perfeccionamiento legislativo, la creación de una norma específica que lo regule y, en consecuencia, el régimen de nulidades administrativas, mientras que Idalmis Pérez Hernández abordó lo relativo al coadyuvante de la administración e insistió en que se suprima de la ley procesal, pues resulta inoperante en la actualidad para el proceso contencioso-administrativo.

La cubana Tahimí Medina Marcheco estudió el problema que entraña la prueba ilícita en sede civil, lo relativo al debido proceso, la protección de los derechos fundamentales y recabó su regulación en la legislación procesal

civil; en tanto que Yoeslandy Blanco Pérez potenció la vía judicial en los litigios civiles y administrativos relacionados con la propiedad intelectual, con énfasis en las pautas que deben cumplirse para la adecuada protección de sus derechos.

Nuevas miradas a la contribución de los métodos alternativos de solución de conflictos, en la celeridad de la justicia, ofreció la portuguesa Eugenia de Moura, quien resaltó la mediación, la labor desplegada en el orden académico y sus acciones de divulgación, y enfatizó en que, a medida que estos mecanismos proliferen, se contribuirá a la celeridad de la justicia y a la pacificación social.

Cuatro paneles a cargo de delegados cubanos analizaron temas controvertidos de la práctica judicial:

En uno de ellos, Isabel Arredondo Suárez y José Félix León Rivas se adentraron en las acuciantes polémicas relativas a la solución de litigios, en torno a la vivienda y a los vehículos, mientras que, acerca de la simulación como causal de ineficacia de los actos jurídicos, expuso Martha Acosta Ricart, quien, además, tocó importantes aspectos doctrinales.

En otro, Raiza López Varona analizó el papel del juez ante los retos del proceso civil en Cuba, y Yamilka Torriente Hidalgo evaluó el uso de la oralidad, a la luz de las tendencias modernas del Derecho procesal. En este ámbito, Dianara Nayza Garés Núñez potenció la introducción de regulaciones que permitan instrumentar nuevas vías para conocer y resolver los conflictos que se derivan de la ejecución de sentencias civiles en la práctica cubana, en interés de la protección y eficacia de las resoluciones, la credibilidad y el respeto a las instituciones judiciales.

En el tercero, acerca de los abuelos como parte de los litigios en los que se enfrenta la guarda y cuidado y el régimen de comunicación de los menores, intervino Meylín Corona Álvarez; la guarda y cuidado de los hijos menores a cargo de terceros fue tratado por la cubana Dayanis Soria Arias.

Sensible resultó el tema sobre la atención al adulto mayor, abordado por las cubanas Denisell Alonso Victores e Ignerys Ramírez Gómez, quienes sostienen que su protección es un deber moral y legal de la familia y reclaman incluir, en el proceso sumario, una nueva institución que se corresponda con las nuevas circunstancias que rodean a la sociedad cubana actual, en la búsqueda de una protección más integral.

Un novedoso asunto de familia, sobre la adopción por parejas del mismo sexo, fue abordado por la ecuatoriana María del Carmen Vidal Maspons, en el que invocó el interés superior del niño y, desde esa óptica, resaltó su necesaria regulación.

De Perú, Giselle Cuzma Cáceres abordó la facultad tuitiva del juez en el proceso de familia y estimó que, para lograr una celeridad mayor, es ineludible la capacitación del personal jurisdiccional y el sistema informático, para resolver los problemas intrafamiliares, acuciantes para la sociedad.

Por último, interesante debate suscitaron las propuestas de Mayelín Cáceres González, respecto a un uso mayor de la conciliación y la mediación, como vías alternativas en la solución de conflictos familiares y explicó la necesidad de su regulación legal; y Jorge Hernández Aguilar otorgó especial importancia a la comparecencia en procesos de este tipo, al papel del equipo asesor multidisciplinario y, especialmente, al reto de los jueces en ellas.

En la temática laboral, hubo 5 ponencias y 4 paneles.

La cubana Vivian Hernández Pérez valoró las novedades y desafíos en el cooperativismo no agropecuario, como expresión del nuevo modelo económico, e ilustró acerca de su legislación actual, la proyección práctica y la búsqueda de su futura perfección.

Vivian Aguilar Pascaud abordó la división sexual del trabajo y el comportamiento de estas relaciones en el mercado laboral, como consecuencia de la aplicación de medidas neoliberales, y finalizó esbozando el comportamiento del empleo de las mujeres en la sociedad cubana.

Las brasileñas Fabiane Regina Carvalho de Andrade y Patricia Pérez de Araújo estudiaron el daño existencial que provocan conductas que restringen derechos fundamentales como la dignidad, la personalidad y la indemnización.

Sobre la constitucionalidad en el Derecho del trabajo, la cubana Eyanes López Batista analizó la correspondencia entre los principios del derecho al trabajo reconocidos en el Código de trabajo cubano con los postulados de la Carta Magna y sus perspectivas.

Otro panel versó sobre la seguridad social como derecho fundamental: Margarita Ibets Centella González, de Panamá, afrontó la protección e inserción laboral de las personas en desventaja por enfermedades especiales y la interpretación jurisprudencial de las normas vigentes en su país, que regulan el fuero de enfermedades que producen discapacidad laboral. La cubana Yaumara Gutiérrez Acosta presentó los importantes cambios legislativos acerca de la protección del discapacitado en Cuba, y Caridad Katywska Pimentel Rueda razonó los inconvenientes del procedimiento vigente para ejercer reclamaciones de seguridad social a largo plazo en la vía judicial, y propuso un mayor acercamiento de los justiciables a los tribunales de instancia municipal.

Por su parte, la española Hortensia Rodríguez Morales presentó la institución de la seguridad social en su país, su sistema de prestaciones y la incorporación de servicios básicos correspondientes a un estado social y de Derecho; sus compatriotas canarios Gumersindo Manso Abizonda y Humberto Guadalupe Hernández ilustraron, respectivamente, sobre el nuevo concepto de accidente de trabajo, según recoge la jurisprudencia, ampliando su concepto clásico, y las crisis empresariales, la protección del trabajador y las medidas de empleo contributivo y no contributivo.

Carmelo Batista Machín abordó el proceso de ejecución laboral a través del procedimiento de administración judicial y otras medidas alternativas, mientras que María Candelaria del Pino Padrón situó el derecho de opción indemnizatorio o la readmisión del trabajador, cuando se declara el despido improcedente.

Un asunto de suma actualidad se trató en otro panel por delegados cubanos: Ricardo Rogelio Fajardo Viltres realizó un análisis crítico del tratamiento jurídico al trabajador por cuenta propia en el vigente Código de trabajo; y Maira Cecilia Hernández de la Torre destacó la importancia de los convenios colectivos de trabajo, como máxima expresión de responsabilidad colectiva en el Derecho laboral cubano.

También en panel, Aymee Fernández Toledo analizó la institución de la prueba en el contexto del proceso laboral cubano actual y precisó cómo se atemperan las disposiciones del proceso civil a las características propias del laboral, sin violar los principios del debido proceso. Por su parte, Cecilio Antonio Cedalise Riquelme ilustró sobre las características de la casación laboral en Panamá con la admisión de las dos variantes, vicios *in indicando* y errores *in procedendo*, y esbozó la sencilla estructura operativa de la casación laboral desprovista de exigencias formalistas. El carácter *sui generis* de la relación laboral de los trabajadores del mar fue tratado, de forma novedosa, por la cubana Yaneidis Archer Avello, a la luz de la praxis judicial de la solución de conflictos suscitados de esta naturaleza.

La cubana Lidia Guevara Ramírez ahondó en los factores de riesgo en los sistemas de gestión, a la luz de las normas ISO.

Los debates en materia económica contaron con tres ponencias y 2 paneles:

Entre las novedades del nuevo modelo procesal, Ranulfo Antonio Andux Alfonso aportó una nueva dimensión procesal: suma abreviación y máxima concentración, que derivan en la eficacia del proceso como presupuesto del acto; asimismo, aludió a las excepciones que, de manera expresa o implícita, se oponen a la demanda y que son debatidas en la audiencia preliminar, acto al que las partes deben concurrir con los fundamentos y pruebas requeridos, en correspondencia con sus alegaciones.

Sobre el contrato económico, se ilustró en un panel integrado por dos cubanas: centrado en su regulación jurídica en la ley de contratación económica, Mercedes Carina Torres Hidalgo mostró el tratamiento de las cláusulas abusivas en el proceso y precisó que, dado el desequilibrio que ocasionan en los derechos y obligaciones, en detrimento de una de las partes, es imprescindible dotarnos de mecanismos que eviten y supriman la desigualdad en el contrato, mientras que Alina Bielsa Palomo recreó la excepción de la prescripción de la acción, frente a otros plazos establecidos en las normativas contractuales que no están dotados de tal eficacia.

Otro panel, compuesto por dos cubanas, enfrentó los nuevos desafíos para la jurisdicción de lo económico: Liliana Hernández Díaz lo hizo en cuanto al proceso de ejecución forzosa de resoluciones judiciales, el cual, destacó, requiere ser transformado para garantizar su eficacia, y atemperarlo a la nueva conflictividad y dinámica de la economía en el contexto actual del país. Por su parte, Yolanda Pino Martínez aludió a la ineficacia del proceso de ejecución forzosa para las cooperativas no agropecuarias, ante la inembargabilidad de los bienes estatales sobre los que se erigen.

En el contexto del Derecho económico, los problemas ambientales tuvieron un espacio particular, con la ponencia del cubano Daimar Cánovas González, quien se refirió a los principios del Derecho ambiental en Cuba y enfatizó que su eficacia depende de cómo la administración y los tribunales los apliquen y sobre la necesidad de lograr una jurisdicción ambiental única.

Una mirada al régimen cautelar en sede del proceso judicial ambiental y su perspectiva fue realizada por Dayana Elena Herrera Gómez, quien enfatizó en la necesidad del estudio de modernas instituciones, como las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada para lograr la efectividad de la protección del medio ambiente, en materia procesal.

Esta disciplina concluyó con la proyección de un interesante material fílmico acerca del cambio climático y la agricultura.

Los asuntos atinentes a cuestiones generales del Derecho ahondaron en clave de género y los de carácter constitucional. Se desarrollaron 14 ponencias y 5 paneles.

La estadounidense Natasha Lycia Ora Bannan transitó en su ponencia por la perspectiva de género, desde la posición de la judicatura y de la abogacía, denunciando la discriminación de que son objeto las mujeres, tanto cuando son agentes activos como pasivos y que se manifiestan, también, en relación con las abogadas que se ven obligadas a enfrentar situaciones anormales que van desde los casos que se les asignan hasta las pagas diferentes que reciben; mientras que la mexicana Ignacia Martínez Cruz centró su exposición en el derecho de los pueblos indígenas, e ilustró con un caso en el cual una nativa enfrentó una violación por parte de militares y, por su condición de india y mujer, sufrió los desmanes de una justicia ajena a los principios que informan el debido proceso.

En relación con la ética y el principio de independencia judicial, intervinieron la salvadoreña Elizabeth Villalta Vizcana, quien defendió la existencia de normas que regulen estas categorías en la actuación de los jueces y que las formule la propia judicatura, de modo que se alcance la excelencia en el servicio judicial y la confianza de la sociedad en él; y el ecuatoriano Ernesto Salcedo Ortega, quien cuestionó el sistema de selección de los jueces en su país, toda vez que el mecanismo de designación es engañoso y creador de dudas razonables en cuanto a la independencia judicial.

De Cuba, Orisell Richards Martínez se refirió al control judicial del ejercicio de la potestad discrecional y cómo tributa de manera positiva a la seguridad jurídica y al fortalecimiento del respeto a las garantías de los administrados, a lograr mayor equilibrio entre la potestad y al perfeccionamiento de la actuación administrativa.

Fidel Marco Tordoya Rivas, de Bolivia, equiparó los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos a los parámetros de interpretación constitucional, legal y de desarrollo del control de constitucionalidad y de convencionalidad; además, explicó la obligación del Estado y sus jueces de cumplimentarlos, mientras que su coterránea Dimelza Isis Saucedo López, bajo esa visión constitucional, abordó el delito de prevaricato, el rol del juez en la aplicación de la ley como garante efectivo de los derechos humanos y añadió la necesidad de probar la intención de actuar contrario a ley.

Isabel Celeste M. Fonseca, de Portugal, profundizó en la protección jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales, pues, a pesar de las recientes reformas constitucionales introducidas en su país, aún no se logra una adecuada tutela, especialmente en la salud, la educación y, de modo general, en la dignidad de las personas.

De Ecuador, Teresa Nuques Martínez señaló que el ordenamiento jurídico de su país ofrece un tratamiento especial a los pactos internacionales y los jerarquiza en su aplicación.

Por su parte, la cubana Martha Prieto Valdés expresó que, si se desea asegurar la eficacia y el espíritu de la letra constitucional, como garantía superior de los derechos y el orden en ella consagrados, ha de darse el paso para la instrumentación efectiva en sede judicial de la magna ley, como medio para su defensa y que, a la vez, permitan que el hombre pueda disfrutar los derechos y realizar en la sociedad su plena dignidad.

La ecuatoriana Pamela Martínez Loayza justipreció, desde una dimensión contextual, la eficacia de las normas constitucionales, en particular de los principios de aplicación de derechos reconocidos en el texto constitucional, que cruzan transversalmente a todo el sistema jurídico-constitucional ecuatoriano.

Ignacio Goicochea, representante de la Conferencia de La Haya para América, precisó la existencia de numerosos instrumentos internacionales que se encuentran a disposición de los Estados y que, al incorporarlos a los respectivos ordenamientos, brindan herramientas útiles para lograr una mejor protección de los derechos humanos y una adecuada infraestructura jurídica que favorezca el desarrollo de los negocios internacionales.

Acerca de la actuación de las mujeres en la judicatura cubana, sus retos y perspectivas, expusieron Heidys Rigñack Batista y Grether María Aguilera Fonseca, mientras que Miriam Téllez Vargas aportó datos que demuestran el papel de la mujer en la impartición de justicia, pues constituyen el 80% de la fuerza técnica y dirigente del Sistema de Tribunales Populares; de ahí que pudiera afirmarse que la justicia cubana tiene alma de mujer.

Sobre el acceso a la justicia penal en México, la ejecución de las penas, a la luz de las perspectivas contemporáneas de género y otros derechos humanos, se presentaron los mexicanos Iris Nathaly González Cortés, Carlos Humberto Elizalde Ramírez y Liliana Núñez Ortiz, quienes precisaron que el proceso penal y las instituciones se modernizan y se crea la figura del juez que controla la ejecución de las penas, sin embargo, queda en un falso garantismo, en tanto, en materia de género, sigue siendo discriminada la mujer.

También de México, Rubén David Aguilar Santibáñez fundamentó la tutela judicial efectiva como un derecho humano y el acceso a la justicia, a partir del control de constitucionalidad por diversos tipos y competencias de los tribunales y el control de la convencionalidad, que permite el cumplimiento de los convenios suscritos, tanto por el poder judicial como por la Corte Interamericana para estados que, como el suyo, le han reconocido esa potestad, aun cuando ello contradiga la ley nacional, siempre que se trate de un derecho humano fundamental; Raymundo Sobezanis Cortés razonó cómo el acceso a la justicia en su país está limitado por la pobreza, la desigualdad y la falta de educación de los pueblos y convoca a que la justicia no esté solo en manos de quien la paga.

El enfoque cubano sobre el tema de la vulnerabilidad y el acceso a la justicia fue expuesto por Odalys Quintero Silverio, quien afirmó que el cometido de los jueces desborda la mera aplicación de las normas y conlleva a la obligación de hacerlo con sentido de lo justo y sustento humanista, de equidad y racionalidad, por lo que es necesaria una labor de formación y desarrollo de valores, capacidades y actitudes, para lo cual se articula una estrategia desde la dirección del Tribunal Supremo Popular, que implementa a través de la Escuela de Formación Judicial. Manifestó que el acceso a la justicia también depende de la disposición subjetiva de los jueces para apreciar las vulnerabilidades y disminuirlas, desde una posición activa, inteligente y humanitaria.

Interesante resultó el panel en el que varios cubanos dedicaron sus análisis a la aplicación de la normativa constitucional en diversos ámbitos de la administración de justicia: Eremis Marilyn Tamayo Pérez reflejó la administración de justicia en Cuba, desde la época colonial hasta nuestros días y afirmó que continúan vigentes principios esenciales, como el de la independencia del poder judicial y la profesionalización de los jueces; Danis Antonio García brindó una ojeada constitucional del acceso a la justicia en la esfera administrativa, sus limitaciones principales y propuestas para incluir este derecho; Noel Rodríguez González puntualizó la necesidad de reforzar el carácter constitucional del derecho a la defensa, por estimar que, en la fase previa al juicio oral, es donde más desprotección y desigualdad pudiera generarse por la ausencia de contradicción de las partes; y Edel González Jiménez afirmó que, en el ordenamiento jurídico cubano, existen mecanismos y presupuestos legales que permiten, en sede judicial, asumir

la defensa de la Constitución y razonar e interesar, en el seno de los procesos judiciales, la inaplicación de un derecho o acto lesivo de la Constitución y, consecuentemente, exigir responsabilidad por los daños y perjuicios.

El paradigma constitucional del debido proceso se examinó en un panel, durante el cual Eduardo Franco Llor, de Ecuador, reflejó que, a partir de la Constitución de 2008, ningún juez puede atentar contra un principio establecido, pues todos se erigen en jueces constitucionales, sin importar la materia de que se trate, establecido así, categóricamente, en la Carta Magna; por tanto, en su país, los jueces no pueden alegar la ausencia de ley o lagunas en ella, en tanto la Constitución resuelve el asunto concreto, dada la facultad que les otorga de no solo aplicarla, sino también interpretarla; el cubano Yoel Quinta Arango lo centró en el derecho a la defensa penal, como garantía del debido proceso, con propuesta de nuevas formas para su mejor cumplimiento; y Gretter Guerra Alonso mostró la presencia en la Constitución cubana y en sus leyes procesales, del principio de no autoincriminación; no obstante, abogó por una mayor protección del indagado durante la fase investigativa.

Las ponencias de los cubanos Majela Ferrari Yaunner y Yuri Pérez Martínez dieron término a los trabajos de esta comisión. Majela discernió que la función judicial, como actividad creativa y compleja, necesita especialmente de la argumentación y justificación de las decisiones como elemento de control democrático; mientras que Yuri lo hizo en lo concerniente al juez y la Constitución, sobre la base del principio de supremacía constitucional, y sostuvo que la sujeción a la ley suprema de los encargados de impartir justicia, cualquiera que sea la instancia en que se encuentren, permite el control constitucional de los actos normativos.

Significativo resultó el hecho de que, finalizando el cónclave, coordinado por el presidente del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, se unieron el presidente de la Corte Suprema de Namibia, Dr. Peter Sam Shivute; de España, el vicepresidente del Tribunal Supremo y del Consejo del Poder Judicial, Dr. Ángel Juanes Peces; y el Dr. Du Wanhua, juez del Tribunal Supremo de China, quienes regalaron al plenario sus autorizadas intervenciones, a través de las cuales el auditorio alcanzó una visión integradora, acerca del desempeño de la función judicial en sus respectivos países.

Durante esta sesión, ante la continua campaña de ataque y guerra mediática de la derecha venezolana, apoyada y financiada por el imperio, los jueces cubanos proclamamos nuestro apoyo a la judicatura de la República Bolivariana de Venezuela, al pueblo de ese país y a su presidente constitucional.

Cerró el programa científico el Dr. Leonardo Pérez Gallardo, profesor de la Universidad de La Habana, quien, con despliegue de conocimiento y versatilidad, disertó acerca de las nuevas construcciones familiares y el requerimiento inminente de su reconocimiento y protección legal, más allá de lo tradicional, como vía para evitar que se conculquen derechos inherentes a la dignidad humana.

En estos tres días, tuvimos la posibilidad de confraternizar, y debatir sobre temas controversiales de gran actualidad, relativos a la administración de justicia en el contexto de un mundo globalizado, marco propicio para que se produjeran las más diversas opiniones por parte de 185 delegados, 60 cubanos y 125 de otros países.

Una vez más, el encuentro captó vivencias prácticas relacionadas con la justicia: Un grupo de delegados visitó la Prisión de Mujeres de Occidente, donde tuvieron la oportunidad de apreciar el tratamiento diferenciado que allí reciben, las posibilidades del programa materno-infantil, la comunicación con la familia, las condiciones del lugar, y los programas educativos en aras de una verdadera reinserción social. Otro tuvo la oportunidad de presenciar el desarrollo de un juicio oral del Tribunal Provincial Popular de La Habana; y un tercer grupo visitó el centro escolar «Solidaridad con Panamá», acompañados del Excelentísimo Sr. Francisco Carlos Pederech, embajador de ese país, en el que quedaron gratamente impresionados por la actividad cultural de bienvenida que ofrecieron sus alumnos y con la atención otorgada por sus educadores a los infantes y adolescentes que requieren de cuidados especiales, como muestra del respeto a sus derechos fundamentales y el noble propósito de estimular al máximo sus potencialidades para llevar una vida útil.

Hemos compartido experiencias y conocimientos sobre temas cruciales para el ejercicio de los derechos y la realización de la justicia; esto ha nutrido esa fuerza de lo justo que, al decir de José Martí, existe en el hombre y es el primer estado del Derecho.

Con esta fortaleza más, regresamos a nuestras labores. No nos despedimos, solo nos decimos «Hasta pronto», con la convicción de que volveremos a vernos dentro de dos años, en el IX Encuentro Internacional Justicia y Derecho 2018.

Muchas gracias.

## CONSIDERACIONES SOBRE LA VULNERABILIDAD Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

---

---

*M.Sc. Rubén Remigio Ferro, presidente, TSP*

*Esp. Odalys Quintero Silverio  
jueza profesional, Sala de lo Penal, TSP*

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

**E**L ASUNTO QUE abordamos supone una breve mención a sus variables clave: vulnerabilidad, acceso y justicia, algo sobre lo que se ha incursionado con loable profundidad y que haremos con extrema sencillez, solo a los efectos funcionales.

La vulnerabilidad puede entenderse como «[...] una etapa en una línea continua entre dos situaciones extremas de exclusión-inclusión social». <sup>1</sup> «[...] una condición de debilidad o fortaleza de los actores o entidades [...]». <sup>2</sup>

Son vulnerables «[...] aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para realizar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico». <sup>3</sup>

La vulnerabilidad es, en definitiva, la situación de riesgo que presenta un individuo o grupo social por una amenaza externa o interna. Vulnerables son, entonces, los pobres, los discapacitados, las mujeres, los niños, los ancianos, los migrantes internos y externos, los privados de libertad, las víctimas, los pertenecientes a pueblos indígenas o a minorías, y todo el catálogo que en su día incluyó las Reglas de Brasilia.

En la vulnerabilidad, están presentes aspectos objetivos sobre los que el Estado y la sociedad pueden incidir más directamente, y subjetivos, de mayor dificultad para su solución, que tienen que ver con la capacidad de los individuos para enfrentar los conflictos, su percepción de la justicia y sus expectativas respecto a ella.

Por eso, cuando nos detenemos en el concepto, hay que pensar no solo en la búsqueda de recursos para fomentar solidez económica y crear

<sup>1</sup> Mauricio Padrón Innamorato: «Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relacionales subyacentes», en *www.juridicas.unam.mx* y *biblio.juridicas.unam.mx*.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

oportunidades, sino también en el estímulo del conocimiento jurídico, del desarrollo cultural, en crear las disposiciones subjetivas de quienes juzgan para percibir las vulnerabilidades y darles el tratamiento debido; instaurar los mecanismos de control de la gestión que garanticen la calidad de la justicia que se administra y la observancia de los derechos de quienes acudan a ella, cualquiera que sea su condición social. En fin, en franquear los caminos de la ley para los más limitados y propiciar, incluso, hasta la cercanía geográfica de las instituciones de justicia.

El acceso, por su parte, tiene igualmente diferentes enfoques. Uno simple lo define como el ingreso al sistema judicial para ventilar presuntas violaciones de derechos y, otro más complejo, surge de su visión como trayecto, camino, recorrido, proceso en el que se adentra el individuo para hacer valer sus derechos, que no parte únicamente de la incursión en el proceso judicial, sino que incluye lo actuado o posible actuación, desde el momento en que surge la necesidad de defensa de su derecho, en una fase prejudicial.<sup>4</sup>

Esta segunda perspectiva incluye la disposición subjetiva de la parte afectada hacia la justicia, el uso de sus mecanismos, la percepción que sobre su calidad, autenticidad y transparencia tenga, de tal suerte que, en ocasiones, el descrédito de la justicia constituye el mayor de los obstáculos para una población vulnerable que carece de expectativas legales.

Finalmente, nos adentramos en el término *justicia*, entendida desde una perspectiva formal, como el resultado de procesos legales, cualquiera que sea el fallo al que hayan arribado los jueces, en correspondencia con el Derecho. Un enfoque de fondo se inclina por los resultados y categoriza como tal al acto judicial conclusivo en el que domine la satisfacción de valores.

Para John Rawls, el concepto supone la existencia de un conjunto de principios de aplicación universal, de dominio público, que constituyan la instancia final de resolución, cuya aplicación efectiva esté garantizada a quienes la requieran, a fin de que sean resueltos todos los conflictos que se planteen.<sup>5</sup>

Acceso a la justicia significa, por tanto, «[...] el derecho al respeto de las garantías del debido proceso [...] y el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de violación de un derecho fundamental [...]».<sup>6</sup> Por supuesto, no puede pretenderse que un problema de tamaña repercusión pueda resolverse con la sola acción del sistema judicial. Es consenso en los que abordan el asunto que, dada la esencia de la vulnerabilidad, son las fuerzas combinadas del Estado, la sociedad y el sistema judicial las que pueden brindar una solución plausible.

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> Alberto R. Dalla Vía: «La protección de las minorías en el campo de los derechos políticos», en *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*.

<sup>6</sup> Federico Andreu-Guzmán y Christian Courtis: «Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad», en *Defensa pública...*

Al Estado le corresponde una enorme cuota, proveyendo a la sociedad de políticas públicas que ayuden a la erradicación de la marginalidad,<sup>7</sup> asegurando educación para todos, salud gratuita, cultura, empoderamiento de la mujer, protección efectiva al niño y al anciano, garantías para los privados de libertad, igualdad de oportunidades entre los hombres, cualquiera que sea su raza, género, pertenencia a grupos o comunidades u orientación sexual.

Al sistema judicial se le adjudica, también, una gran tarea, que no es solo administrar justicia. Contrario a como muchos consideran, no basta con hacer cumplir ciegamente la ley. Hay que interpretarla, en función de cada realidad histórica, con visión racional e inteligente, dirigida a la protección de los más débiles porque, si bien la ley establece un trato igualitario para todos, un tratamiento de esa índole para los vulnerables es injusto; de ahí, la denominada falacia de la igualdad proclamada por el Derecho, a la que algunos hacen referencia.<sup>8</sup>

Súmese a lo dicho que el sistema deberá concentrar sus esfuerzos, además, en la labor divulgativa del Derecho, para disminuir la marginación por desconocimiento. A él, le corresponde una tarea activa en la garantía de la justicia concreta, dotando a los procedimientos de vías para mejor cumplir los mandatos de ley, de la manera en que cada ordenamiento jurídico lo permita y hacer uso de la iniciativa legislativa, siempre que una situación de desventaja corregible por ley así lo aconseje.

El juez no puede estar separado de la realidad, impasible, sujeto a lo que cada parte aporte en el proceso, porque la percepción de los problemas viene del contacto con toda la sociedad, de compartir las mismas situaciones generales; ello, unido a su preparación técnica, a la práctica de los principios del debido proceso, para garantizar la igualdad sin igualitarismo, es lo que garantiza la realización de la justicia en el plano legal.

La realidad cubana no es común a la mayoría del continente. Sin triunfalismos, la Revolución aportó, para bien, la base fundamental de esas diferencias: el cambio en la distribución de la riqueza, los programas sociales de salud y educación, el estímulo para el desarrollo de la cultura, la atención priorizada al niño y al adulto mayor, la adopción de estructuras nuevas en el sistema de justicia, en el que los tribunales —que se acercan a todos los territorios, por recónditos que sean, para facilitar el acceso geográfico— están conformados por jueces legos y profesionales: los primeros, con la misión natural incorporada de aportar las vivencias de la población, que tampoco son ajenas al resto de los jueces porque, de igual forma, comparten la misma condición social, separándolos solo la práctica profesional del Derecho.

<sup>7</sup> Louk Hulsman y E. Raúl Zaffaroni: «Análisis crítico del acceso a la justicia. Ministerio público de defensa», en *Defensa pública...*

<sup>8</sup> Alicia Ruiz: «Asumir la vulnerabilidad», en *Defensa pública...*

En los tribunales cubanos, hay una adecuada representación de sectores o grupos sociales anteriormente desfavorecidos.

De las 922 personas que hoy asumen funciones de jueces profesionales en todo el país, 564 (61.1%) son mujeres; 349 (38%), menores de 35 años; y 301 (32.6%), negros. Esta estructura demuestra las reales posibilidades de acceso de todos los sectores sociales a la judicatura y su representatividad en la administración de justicia.

Es característica de la actividad de los tribunales en Cuba la agilidad o celeridad con que se resuelven o deciden los asuntos judiciales.

Al cierre de 2014, en el Sistema de Tribunales Populares (STP), se resolvió el 94% de los asuntos penales. En el Tribunal Supremo Popular (TSP), por ejemplo, la resolución de los recursos de casación se realizó en un promedio de 63 días, en los casos de acusados en libertad, y se alcanzaron niveles superiores de agilidad en los asuntos con acusados en prisión provisional (28 días). Estos índices evitan un fenómeno presente en muchos países: los presos sin condena u olvidados permanecen en prisión por varios años, en espera de la solución del proceso, en ocasiones por términos iguales o superiores a los que les corresponderían, de ser sancionados.<sup>9</sup>

En materia civil, los tribunales municipales populares resolvieron el 82.9% de los asuntos, mientras que, en las provincias, ese indicador alcanzó el 75.7. En materia de familia, el 88.1. En lo administrativo, la resolución de los procesos, en el nivel provincial, fue del 78 y, en apelación, del 99.2. En la laboral, el 99 (de ellos, el 89.9% en un término inferior a 24 días hábiles). En la materia económica, se alcanzó una resolución del 90.2% en procesos ordinarios y 96.5 en procesos ejecutivos.<sup>10</sup>

El ciento por ciento de los recursos que se interpusieron ante el TSP fueron admitidos, lo cual constituye, también, una garantía de acceso a la justicia.

Para lograr esos resultados, que evidencian un nivel aceptable de acceso a la justicia, es vital, por una parte, no ya la disposición subjetiva de los destinatarios de la justicia, entre ellos los vulnerables, a la que, de inicio, hacíamos referencia; sino también la de los jueces, expresada en sus capacidades y actitudes para una conducción apropiada en el enjuiciamiento de personas vulnerables; y, por otra, aportando parte del complemento objetivo del procedimiento: la existencia de sistemas de gestión de la calidad en el ejercicio de la función judicial.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Oscar M. Silvera Martínez: «Acceso a la justicia desde la actuación de los tribunales en Cuba», en *Justicia y Derecho*, no. 17, pp. 174-180.

<sup>10</sup> Informe de balance anual del TSP, 2014.

<sup>11</sup> Rubén Remigio Ferro: «Problemas críticos de la justicia penal y el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad en América Latina y el Caribe: una mirada desde la perspectiva de Cuba».

Tan importante como contar con normas eficientes que garanticen el tratamiento diferenciado a personas expuestas a riesgos es que los jueces que decidan estén subjetivamente condicionados para ofrecerles la tutela jurídica y judicial suficiente que demanden.<sup>12</sup>

El enfoque cubano al asunto, como visión, expone que el cometido de los jueces desborda la mera aplicación de las normas. Conlleva la obligación de hacerlo con sentido de lo justo y sustento humanista, de equidad y racionalidad.

Lograr este objetivo supone, en el sistema judicial, la implementación de una labor sistemática de formación y desarrollo de valores, capacidades y actitudes, para lo que se articula una estrategia dirigida a ese objetivo, desde la dirección del TSP y se implementa a través de la Escuela de Formación Judicial (EFJ).

Las acciones de formación continua incluyen la enseñanza de los soportes normativos y deontológicos que exige la impartición de justicia a personas vulnerables. Así, son objeto de estudio las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, las de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad y las relativas a la administración de justicia de menores, las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito o del abuso de poder, entre otras.

El proceso de capacitación tiene lugar sobre la base de la detección de las carencias cognoscitivas y de habilidades, realizada a través de la evaluación de los procesos judiciales por los tribunales superiores, al resolver los recursos o los procedimientos especiales de revisión y supervisión de la actividad jurisdiccional y del sistema de atención a la población.

A fin de garantizar un aumento creciente y permanente de la calidad, la EFJ, en su función de formación de nuevos jueces, oferta el diplomado en Administración de justicia.

En la actualidad, el 39% de los jueces tienen títulos académicos de maestrías, especialidades o doctorados. Es parte de la preparación del juez, y del personal del STP, lo concerniente a la formación y consolidación de valores, de una cultura general integral y el suministro de informaciones básicas del devenir económico, social, político y cultural territorial, nacional e internacional, para propiciar la meta de un juez apegado a su realidad, informado y culto.

Para garantizar un nivel aceptable de preparación de quienes administran justicia, está establecida la evaluación del desempeño profesional sistemático de los jueces y trabajadores judiciales.

<sup>12</sup> *Idem.*

En total coherencia con lo dispuesto en el Artículo 63 de la Constitución de la República de Cuba, en los tribunales, funciona un sistema de atención a la población que permite el acceso a la justicia de todo aquel que tenga un problema vinculado con su administración, lo que, a través de la tramitación y el control de los planteamientos de la ciudadanía, posibilita identificar los errores e insuficiencias presentes en el trabajo judicial y adoptar las medidas que faciliten su erradicación, concediéndole calidad y transparencia a los procesos y al actuar judicial, a la par que viabiliza el control popular. Este sistema cumple, además, con el objetivo de brindar información a las personas que concurren a los órganos jurisdiccionales en la búsqueda de la mejor opción procesal, en una actuación que, como afirma un sector de la doctrina, pudiera considerarse tribunal de múltiples puertas.<sup>13</sup>

Lo dicho hasta aquí engarza con el segundo de los aspectos mencionados: la necesidad y pertinencia de sistemas de gestión de la calidad en el ejercicio de la función judicial.

En no pocos países, persisten resultados disfuncionales en el desempeño de los órganos jurisdiccionales, constatables en extensas moras, exagerados formalismos, decisiones absurdas con base en rebuscados tecnicismos, y un profundo y galopante distanciamiento entre juzgadores y enjuiciados, que hacen cada vez más inaccesible la justicia, separándose de un verdadero sentido democrático en su impartición, fenómeno que caracteriza las crisis de desconfianza hacia los sistemas judiciales.

Surge, entonces, una nueva visión ontológica y deontológica de la función judicial. En su contenido se concreta la perspectiva de la actividad judicial como servicio público al ciudadano, cuyo cometido es proporcionar acceso a la justicia institucional, cual vía para ventilar sus problemas y obtener amparo efectivo al ejercicio de sus derechos lesionados o en riesgo de serlos.

Esta visión impone la jerarquización institucional de valores, tales como honestidad, sentido de justicia y actuar diligente, entre otros, que deben entronizarse en la implementación de buenas prácticas en la actuación de los tribunales y de sus jueces, dirigidos a asegurar la prevalencia de las garantías y derechos de las personas intervinientes en los procesos.

Pero no basta con la jerarquización de valores; su implementación, incorporación y generalización en el actuar judicial necesita de la fijación de requisitos e indicadores precisos y medibles que garanticen esto.

Las normas ISO de la Organización Internacional de Normalización (integrada por más de 130 países), especialmente las ISO 9000 y 9001, sirven de sustento a nuestro proceder.

Varios países de América Latina y el Caribe (entre ellos, Costa Rica, Colombia y Cuba) están involucrados en la implementación de sistemas de

<sup>13</sup> Silvera Martínez: *Op. cit.*

gestión de la calidad en el ejercicio de la función judicial.<sup>14</sup> En Cuba, se han identificado cinco aspectos imprescindibles para promover el desempeño efectivo de esta:

1. Actuación diligente y ágil en la tramitación y decisión de los asuntos, con apego a plazos y términos establecidos en la ley.

2. Respeto y cumplimiento estricto del debido proceso y de las garantías y derechos de las partes y todos los intervinientes en los procesos judiciales.

3. Adopción de decisiones judiciales atinadas, debidamente fundamentadas y argumentadas, desde la interpretación clara y precisa de la ley aplicable, y caracterizada por su racionalidad y sentido de justicia.

4. Cumplimiento efectivo y oportuno de las decisiones judiciales firmes.

5. Atención responsable, profesional, transparente y ética de jueces y secretarios judiciales en el desempeño de sus funciones.

Para garantizar los fines previstos e implementar y desarrollar el sistema de calidad internamente, como ya dijimos, se realizan acciones de inspección y monitoreo a través de la revisión de expedientes de casos cerrados o en curso, así como por los tribunales superiores, al resolver los recursos y evaluar la tramitación de los procesos. En fin, en la medida en que el sistema asegure el control de la calidad en el ejercicio de la administración de justicia, se garantiza el acceso de los débiles y vulnerables y de los que no lo son, y la calidad de la justicia que administramos.

Sin embargo, no solo existen medidas sistémico-funcionales susceptibles de ser diseñadas y aplicadas por los sistemas judiciales de cada país, como hasta ahora hemos expuesto, que franquean el acceso de los vulnerables a la justicia. Hay una cara más concreta del asunto al alcance de ese propio actor. De eso, también, se ha ocupado nuestro sistema.

Refiriéndose a la realidad en su país, un magistrado brasileño<sup>15</sup> considera que el ciudadano no viene a la justicia porque no conoce su derecho; tiene conciencia, además, de que el servicio es moroso y caro, entre otros males de importancia, y exhorta al juez latinoamericano a salir de su neutralidad y asumir su rol de ciudadano comprometido con su realidad, en busca de soluciones.

Hace una propuesta de medidas que incluye competencia municipal, construcción de los juzgados cercana al grueso de la población común, en las periferias —para facilitar el acceso geográfico—, introducción de los juicios con jueces legos, eliminación parcial de los costos, flexibilización formal de los procedimientos, utilización de un lenguaje judicial sencillo. Todas estas medidas son una realidad en nuestro país.

<sup>14</sup> Rubén Remigio Ferro: «Gestión de la calidad de la función judicial en Cuba e independencia judicial. Presupuestos para su armonización» (tesis).

<sup>15</sup> Regis Fernández de Oliveira: «Medidas para hacer efectivo el acceso a la justicia», en *Revista del Poder Judicial*, no. 33.

El Consejo de Gobierno del TSP (CGTSP) tiene facultad reglamentaria, en virtud de la Ley No. 82, de 11 de julio de 1997, y su reglamento, la cual ha venido utilizando en la solución de algunas necesidades, en tanto la ley procesal se modifique.

Así, por ejemplo, para garantizar los postulados del debido proceso, el 26 de noviembre de 1985, dictó el Acuerdo No. 172, que hizo transitar el sistema penal, de la íntima convicción a la sana crítica, cumpliendo los postulados del derecho a la defensa y facilitando una nueva visión de la casación que, si bien tiene como presupuesto básico el respeto al hecho probado —razón que generaba el rechazo del recurso, cuando entraba en cuestionamiento fáctico—, hoy, gracias a la motivación de la sentencia y a las instrucciones que, respecto a las memorias del juicio, ofrece el mencionado acuerdo, la sala puede aceptar el ataque al hecho y decretar el quebrantamiento, cuando no hay correspondencia entre la práctica de la prueba en el acto del juicio oral y el hecho probado consignado en la sentencia.<sup>16</sup>

Esta solución garantiza la conversión del acceso formal a la justicia en un elemento sustantivo porque se pone fin a la tiranía de la intangibilidad de lo probado, por romperse la estructura lógica del razonamiento que se hace de la prueba, y permite llegar a la realidad de lo ocurrido, lo que no debilita la posición del juzgador de instancia, pues si bien es cierto que es él quien tiene la intermediación, también lo es que no hizo un uso adecuado de ella.

Más recientemente, el CGTSP dictó la Instrucción No. 208, de 26 de abril de 2011. Se trata de una metodología para la redacción de la sentencia y uno de los aspectos en que se insiste es en el lenguaje sencillo, claro, evitando la utilización de latinazgos y palabras en otro idioma, indicaciones que tienen por fin hacer asequible la justicia hasta a la persona más desfavorecida, en mayor desventaja, y que esta cumpla su función reeducadora, evidencie su transparencia y garantice el control popular, que es también una forma de evitar la vulnerabilidad.

Por otro lado, la Instrucción No. 211, de 15 de junio de 2011, de igual órgano, regula la metodología para la realización del juicio oral, pone el énfasis en la garantía de los principios del debido proceso que a ese trámite concierne y protege los derechos del acusado de declarar cuantas veces lo requiera en el acto oral, lo que refuerza el principio de defensa y la transparencia de la justicia, cumpliendo con la Declaración y con las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, de marzo de 2008.

Respecto a la flexibilización de los procedimientos, también se ha pronunciado el CGTSP. Esta vez mediante la Instrucción No. 173, de 7 de mayo de 2003, para evitar una mayor victimización de los menores vícti-

<sup>16</sup> Odalys Quintero Silverio: «Casación y cuestionamiento. ¿Quimera o realidad?», en *Enfoques de la práctica judicial en sede penal*, p. 82.

mas y de las personas con déficits mentales. Dispone el análisis sobre la necesidad del testimonio del menor o persona en la situación mencionada. De ser necesario, deberá decidir si puede realizarse el juicio solo con la filmación de la entrevista realizada durante la fase preparatoria, especialmente en los casos de menores de 12 años de edad. Puede, también, disponer su exploración mediante un especialista, en el local creado para ello, quien formulará las preguntas que le traslade el presidente de la sala a solicitud de las partes, o de oficio, y el testimonio será visto por circuito cerrado desde la sala o a través de videoconferencia, en comunicación directa entre ambos locales.

Si se decide examinarlo ante el tribunal, la entrevista deberá realizarse en un local habilitado para ese fin, sin togas, en presencia de su representante legal, el defensor y el fiscal. Las preguntas se realizarán solo a través del presidente, sin más formalidades. Se creará un ambiente propicio durante la exploración, con lenguaje claro, sencillo, coloquial, para lograr confianza y comunicación, sin dañar la sensibilidad del explorado. La instrucción dispone priorizar estos casos en los tribunales y utilizar a los jueces mejor preparados para ello.

Justamente, estas medidas forman parte de lo que directamente está al alcance del sistema judicial, en el orden funcional. Otra parte depende de cambios legislativos, en manos de los legisladores.

En Cuba, el advenimiento de la Revolución condujo a la promulgación de leyes que amparan a los más desfavorecidos. Aunque susceptibles de perfección, con ellas, esencialmente, se eliminan las mayores y más importantes vulnerabilidades, lo que no descarta la existencia de alguna, incluso invisibilizada por nuestra cultura patriarcal, aspectos en los que aún hay que seguir profundizando.

Así, por ejemplo, en 1973, se derogaron la Ley de enjuiciamiento criminal y las órdenes entonces vigentes en la justicia penal, y se promulgó la Ley No. 1251, de 26 de junio. En sus artículos 73 y 74, estableció la obligación del tribunal de instancia de elevar las actuaciones, cuando fuera interpuesto el recurso en término, con lo que desapareció la posibilidad del tribunal de base de inadmitir el recurso por problemas formales. El Acuerdo No. 261 del TSP, de 14 de abril de 1976, para complementar la ley y franquear el acceso en lo posible, indicaba que, cuando el tribunal que resolviera el recurso advirtiera que el escrito impugnativo padeciera de la ausencia de algún requisito formal, debía instruir al recurrente para que, en un plazo prudencial, subsanara el error.

Otra novedad respecto a lo anterior, que hizo más expedito el acceso a la justicia, fue establecer que la cita inadecuada del precepto no era obstáculo para la admisión del recurso, si era posible inferir el propósito del recurrente y la norma que lo amparaba. La vigente Ley No. 5, de junio de

1977 (LPP), mantuvo estas conquistas y las amplió al extender el término del recurso a 10 días hábiles.<sup>17</sup>

La vigente ley de procedimiento establece normas que facilitan el acceso a la justicia en caso de que el recurso de apelación en el proceso sumario no lleve dirección letrada; y, si hay presos, la sentencia se notificará directamente a estos (Artículo 85).

La existencia de la defensa de oficio gratuita es también una prerrogativa de vulnerables y no vulnerables para acceder al sistema judicial. Favorece a los primeros que muchos beneficios que se otorgan en trámites de ejecución de sentencia puedan ser gestionados por los sancionados, sin necesidad de representación letrada.

De manera que en todas las fases del proceso (acceso, tramitación del procedimiento y fase ejecutiva), nuestras leyes han intentado ir dando oportunidades de defensa y de acceso a la justicia a las personas vulnerables.

En Cuba, no es una preocupación la criminalización por crecimiento de la inseguridad, fomentada por las campañas publicitarias a través de la televisión y otros medios de difusión —propagan el miedo con sus crónicas negras, de las que hablaron Elías Carranza y Ferrajoli—<sup>18</sup> porque la criminalidad de subsistencia, la común, no es objeto de noticia en los medios; y el país se esfuerza por acorralar y combatir la delincuencia de cuello blanco, que sí es sancionada severamente y se persigue a conciencia, en términos aceptables.

Sin embargo, no todos son logros en Cuba, respecto a este asunto. Aún padecemos de males que deben enmendarse y que no siempre están al alcance del sistema judicial. Por ejemplo, es una decisión unipersonal del fiscal, o del instructor, autorizar la práctica, o no, de una prueba solicitada por el acusado o su defensor, en fase, con inmediatez; el acusado no es parte hasta que se le dicte medida cautelar; la víctima no está reconocida como parte en el proceso, queda atada a la decisión del fiscal en caso de inconformidad; existe una única institución de peritaje para la investigación criminal, lo que impide una segunda opinión contrastada, ante la inconformidad de la parte afectada; en algunas materias, los procedimientos administrativos se terminan en la instancia administrativa, sin recurso judicial; no se instituyen vías alternativas de solución de conflictos que ayuden a redefinir el asunto más expeditamente y con menor grado de violencia.

Si fuéramos a enunciar, por orden de prioridad, los más importantes problemas que tenemos con el acceso a la justicia, podríamos concluir que aún

<sup>17</sup> Maricela Sosa Ravelo y Tomás Betancourt Peña: «Procedencia o admisibilidad del recurso de casación», en *Justicia y Derecho*, no. 22, pp. 3-10.

<sup>18</sup> Luigi Ferrajoli: «La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública»; y Elías Carranza, «Criminalización de la pobreza», en *Defensa pública*....

nos afecta la existencia de límites en las leyes que favorecen las vulnerabilidades, algunos de los cuales hemos abordado, particularmente, y que ni siquiera pueden enmendarse con la posible interpretación del CGTSP.

Existen procedimientos para la solución de conflictos, en la vía administrativa, con afectación de derechos importantes del individuo, que carecen de acceso al sistema judicial.

Finalmente, sigue siendo un problema por resolver la creación de vías alternativas para la solución de conflictos, proceder más asequible por su cercanía absoluta al sitio de la contienda y a los contendientes, por la ausencia de formalismos, generalmente menos costoso, y más ventajoso porque minimiza los daños causados en los procesos, sobre todo a los vulnerables.

Actualmente, Cuba se encuentra inmersa en cambios legislativos. La Asamblea Nacional del Poder Popular ya trabaja para modificar la LPP y el Código penal, en cuyos proyectos se propone eliminar todas las situaciones de desventaja que explicamos y que esperamos que sean resueltas con prontitud.

Respecto a los medios alternativos, cada día son más los intelectuales que piensan en ello y se comprometen con sus proyectos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Andreu-Guzmán, Federico y Christian Courtis: «Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad», en *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, 2008.
- Carranza, Elías: «Criminalización de la pobreza», en *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, 2008.
- Dalla Vía, Alberto R: «La protección de las minorías en el campo de los derechos políticos», en *Defensa pública: garantía a la justicia*, Buenos Aires, 2008.
- Despouy, Leandro: «Acceso a la justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos», en *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, 2008.
- Ferrajoli, Luigi: «La desigualdad ante la justicia penal y garantía de la defensa pública», en *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, 2008.
- Fernández de Olivera, Regis: «Medidas para hacer efectivo el acceso a la justicia», en *Revista del Poder Judicial*, no. 33, Madrid, marzo de 1994.
- García Ramírez, Sergio: «Derechos humanos de los niños y adolescentes», en *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires, 2008.
- Hulsman, Louk y E. Raúl Zaffaroni: «Análisis crítico del acceso a la justicia», en *Defensa pública: garantía a la justicia*, Buenos Aires, 2008.
- Informe de balance anual del Tribunal Supremo Popular*, 2014.

Lorenzetti, Ricardo: «Acceso a la justicia de los sectores vulnerables», en *Defensa pública: garantía a la justicia*, Buenos Aires, 2008.

Ministerio de Defensa: *Defensa pública: garantía a la justicia*, Buenos Aires, 2008.

Padrón Innamorato, Mauricio: «Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relacionales subyacentes», en *www.juridicas.unam.mx* y *biblio.juridicas.unam.mx*.

Quintero Silverio, Odalys: «Casación y cuestionamiento. ¿Quimera o realidad?», en María C. Bertot Yero (coord.), *Enfoques de la práctica judicial en sede penal*, Ediciones ONBC, La Habana, 2013.

*Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, marzo de 2008.

Remigio Ferro, Rubén: «Gestión de la calidad de la función judicial en Cuba e independencia judicial. Presupuestos para su armonización» (tesis en opción del título de Máster en Derecho constitucional y administrativo), La Habana, 2014.

\_\_\_\_\_: «Problemas críticos de la justicia penal y el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad en América Latina y el Caribe: una mirada desde la perspectiva de Cuba» (conferencia, Congreso internacional sobre criminalidad y sistemas de justicia penal en América Latina y el Caribe), San José (Costa Rica), 5-7 de octubre de 2015.

Ruiz, Alicia: «Asumir la vulnerabilidad», en *Defensa Pública: garantía a la justicia*, Buenos Aires, 2008.

Silvera Martínez, Oscar M.: «Acceso a la justicia desde la actuación de los tribunales en Cuba», en *Justicia y Derecho*, no. 17, diciembre, 2011, La Habana, pp. 174-180.

Sosa Ravelo, Maricela y Tomás Betancourt Peña: «Procedencia o admisibilidad del recurso de casación», en *Justicia y Derecho*, no. 22, junio, 2014, La Habana, pp. 3-10.

## ¿DESIGUALDADES ECONÓMICAS EN EL PROCESO FAMILIAR EN CUBA?

*M.Sc. Carlos Manuel Díaz Tenreiro*

*presidente, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, TSP*

*Dra. Yanet Alfaro Guillén*

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

### IDEAS INTRODUCTORIAS

CUBA SE ENCUENTRA inmersa en un proceso de revisión y cambio en el modelo económico imperante, que impacta todos los ámbitos de la vida en el país. La indiscutible incidencia del comportamiento de los elementos regentes en la base económica de una nación, una vez más, se hace latente en cada uno de los ámbitos que componen la supraestructura, entre ellos la familia. Pudiera pensarse que la más significativa influencia se produce en las alternativas que adopta la economía doméstica; en la rectificación de los modelos educacionales preuniversitarios, a partir de la notable disminución de las alternativas de estudios con internamiento, lo que ha trascendido al incremento del número de viviendas asignadas a núcleos familiares en los numerosos centros concebidos al efecto o en la modificación de los patrones de la planificación familiar hacia la reducción del número de hijos como tendencia generalizada. Sin embargo, habrá que valorar, de igual modo, cómo la evolución de las formas de participación de la mujer, su protagonismo en todo el devenir del régimen socio-político del país, ha ido marcando su concepción como ciudadana en el contexto de reordenación en que se sitúa Cuba.

Desde 1959, la igualdad de la mujer ha sido destinataria de la responsabilidad estatal en primer orden y, también, de la concepción individual y social. La Federación de Mujeres Cubanas (FMC), fundada en 1960, ha sido la promotora que ha trazado las líneas de protección que la mujer ha requerido con el transcurso de los años, en función de los niveles de evolución que va alcanzando la humanidad. Para beneplácito del sistema que venimos implementando, no ha transitado en aislamiento o con una función social relevante pero relegada; ha sido, en cambio, acompañada por una inquebrantable y sostenida voluntad política garantista de sus logros.

En cualquier escenario, puede decirse que, en nuestro país, la participación de la mujer ha sido no solo un logro<sup>1</sup> del régimen político imperante, sino, además, un factor de éxito determinante para las transformaciones

<sup>1</sup> En la *categoría ocupacional* en Cuba, se registran los siguientes datos estadísticos, reveladores de la participación femenina en todas las áreas de empleo en el país:

que, en beneficio de la sociedad, la economía, la política, la cultura y la ideología patrias, se han producido.

Los análisis que componen este texto no constituyen un intento de glorificación de los logros del sistema de justicia familiar en Cuba, sino una presentación de la evolución del procedimiento y la norma sustantiva atinentes a las relaciones familiares, acreditativa de la consecución de niveles superiores de protección a la mujer, aun cuando subsistan algunos inconvenientes asociados a enfoques de género.

La preceptiva de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, firmada por Cuba, como primer país miembro, el 7 de marzo de 1980,<sup>2</sup> concibe la vigencia de la igualdad de género como principio general, a partir de tres presupuestos:

1. Igualdad como no discriminación.
2. Igualdad como responsabilidad estatal.
3. Igualdad en los resultados.

La discriminación de la mujer consiste en toda forma de distinción en menoscabo de esta, en razón de su sexo. Como componente del principio de igualdad de género, se expresa en una variante directa, a cuyo tenor se producen afectaciones intencionales en detrimento del sexo femenino, en cualquier ámbito de actuación de la mujer. Estas manifestaciones no se registran en la realidad cubana como uno de sus fenómenos, pues existe una expresa prohibición constitucional al respecto,<sup>3</sup> y una consecuente

Categoría	Total	Mujeres	%
operarios	2 022 800	330 200	16,3
técnicos	1 396 100	844 500	60,5
administrativos	335 500	219 000	65,3
servicios	881 800	349 900	39,7
directivos	282 600	95 000	46,0

El 48% de las personas ocupadas en Cuba son mujeres.

En Cuba, la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP) es el máximo órgano de ejercicio de la soberanía que reside en el pueblo y, del total de 612 diputados, 299 son mujeres, para un 48,9% de participación femenina en su composición.

(Datos tomados de «Anuario estadístico 2013», en [www.onei.cu](http://www.onei.cu); y de la «Conferencia de líderes globales sobre igualdad de género y empoderamiento de las mujeres: un compromiso de acción», pronunciada por Raúl Castro Ruz, en Nueva York, el 27 de septiembre de 2015.

- <sup>2</sup> Fue el segundo país en ratificar la Convención, el 17 de julio de 1980, en Copenhague.
- <sup>3</sup> Artículo 42 de la Constitución de la República (24 de febrero de 1976, reformada por la ANPP, en el noveno período ordinario de sesiones de la tercera legislatura, 10-12 de julio de 1992): «La discriminación por motivo de raza, color de la piel, sexo, origen nacional, creencias religiosas y cualquier otra lesiva a la dignidad humana está proscrita y es sancionada por la ley».

previsión delictiva de estas conductas.<sup>4</sup> No obstante la individual actuación del ser humano, marcada por características propias de su formación o su carácter, la población cubana reprueba, como parte de su idiosincrasia, estos actos alusivos a cualquier menoscabo directo de las féminas.

También la discriminación puede producirse indirectamente, cuando, sin incorporar elemento sexista alguno en apariencia, un comportamiento o criterio informal, institucional, generacional, individual o judicial alude a una desventaja de la persona, a partir de su sexo. La indiscutible subsistencia de patrones sexistas, expresados en nuestra sociedad, a través del androcentrismo fundamentalmente, propician la incidencia de estas formas de discriminación en los distintos escenarios de interrelación humana.

La insuficiente perspectiva de género que impera en nuestra sociedad, como mecanismo para la identificación, en todos los sentidos, de hombres y mujeres, impide la supresión de vestigios de discriminación de incuestionable existencia. En la comunicación verbal cotidiana del cubano, la sobregeneralización orientada a la masculinidad y en la estandarización de resultados investigativos de las ciencias sociales, únicamente centradas en el hombre, encontramos los primeros ejemplos. También aporta la recurrente fijación de criterios de medidas e indicadores para la evaluación de un mismo comportamiento entre mujeres y hombres. La instituida distribución de las cargas laborales entre los trabajos más o menos demandantes de esfuerzo físico<sup>5</sup> o específicas destrezas<sup>6</sup> y de las hogareñas, entre las de atención permanente a la casa y la familia y las del encargo económico de los gastos, reflejan la asignación de deberes específicos en atención al género, como tendencia transgeneracional.

Estas cuestiones generales configuran la presencia del sexismo como ideología de la desigualdad humana, en atención a la superioridad del género masculino, en la individualidad y en la sociedad cubana. Veamos cómo se comporta en el terreno de la impartición de justicia.

## **PROTECCIONES ESPECÍFICAS A LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR**

En la familia, como forma de organización, coexisten sujetos de diferentes generaciones y, entre ellos, los de mayor vulnerabilidad, por el rol que

<sup>4</sup> Artículo 295.1 del Código penal (Ley No. 62, de 29 de diciembre de 1987): «El que discrimine a otra persona o promueva o incite la discriminación, sea con manifestaciones y ánimo ofensivo a su sexo, raza, color u origen nacional o con acciones para obstaculizar o impedirle, por motivos de sexo, raza, color u origen nacional, el ejercicio o disfrute de los derechos de igualdad establecidos en la Constitución, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas o ambas». No se registran datos sobre la radicación judicial por este tipo de delito.

<sup>5</sup> Labores de carga, construcción, desempeños militares, educativas de círculo infantil...

<sup>6</sup> Trabajos de conducción de cualquier medio de transporte, algunos desempeños danza-rios, como el ballet clásico....

desempeñan o sus características individuales, son los niños, las mujeres y los ancianos. En Cuba, estos segmentos poblacionales cuentan con la implementación de políticas públicas que propician la tutela que requieren sus integrantes. Algunas de ellas son: programa materno-infantil, modelo educativo y de salud de los infantes, alternativas de acceso educacional al adulto mayor, círculos de abuelos, hogares de ancianos, programas y casas de orientación a la mujer,<sup>7</sup> y opciones de planificación familiar.

En este sentido, las características y posicionamientos de los miembros de la familia determinan el contenido de la protección jurídica de sus integrantes y, entre los principales, podemos enumerar los siguientes aspectos, desde las dimensiones de las normativas civil y familiar, la primera, fundamentalmente, en cuanto a los derechos reales y los sucesorios.

## Mujer

- El Código civil (CC), en vigor desde 1988,<sup>8</sup> le confiere la condición sucesoria *ab intestato*, como titular del tercer llamado, reforzada con el derecho de concurrencia en todos los casos en los que operen el primero y el segundo,<sup>9</sup> al cónyuge *supérstite* que, en la mayoría de los casos, es una mujer<sup>10</sup> (artículos 517 y 518, CC). Igualmente, integra el número de sujetos considerados herederos especialmente protegidos (Artículo 93, CC).

- El régimen del matrimonio en sus dimensiones personal y económica se sustenta en una base de igualdad de condiciones conyugales, sin discriminar al miembro femenino de la pareja en modo alguno —artículos 24 al 32 del Código de familia (CF).<sup>11</sup>

- Es considerado aporte a la subsistencia económica de la familia el trabajo hogareño y el cuidado de los hijos, roles que, de ordinario, desempeña la mujer, lo que constituye un reconocimiento a su trascendencia y la protege de valoraciones subestimadoras (27, CF)

- El aspecto anterior avala la dependencia económica respecto al consorte, de la mujer a cargo de esas labores, como presupuesto para el beneficio de una pensión alimenticia.

- Ha sido considerada sujeto relevante en la aplicación de las reglas particionales de la utilidad y la necesidad, durante la solución de conflictos sucesorios, la mujer a cargo del hogar y a la vanguardia de un grupo familiar.

<sup>7</sup> En Cuba, existen 174 casas de orientación a la mujer y a la familia.

<sup>8</sup> A través del dictado de la Ley No. 59, de 16 de julio de 1987.

<sup>9</sup> Esta regulación sustituyó el antecedente legislativo que le atribuía la condición de usufructuario al cónyuge sobreviviente.

<sup>10</sup> La esperanza de vida de la población cubana es de 78,45 años —76,50, en los hombres y 80,45 en las mujeres— («Anuario estadístico 2013»).

<sup>11</sup> Ley No. 1286 de 1975.

- Las mujeres con hijos menores son consideradas sujetos de especial protección ocupacional respecto a la vivienda de residencia permanente (65, Ley general de la vivienda).

### **Ancianos**

- Se prevé la intervención de los abuelos en los procesos judiciales de familia, como reconocimiento al importante rol que desempeñan en la dinámica familiar (apartado quinto de la Instrucción No. 216 de 2012, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo —en adelante, CGTSP—).

- Son considerados herederos legales, en el segundo y en el cuarto llamados sucesorios (artículos 510 y 515, CC).

- Gozan de protección sucesoria especial en la sucesión intestada en los casos de inaptitud para trabajar y de dependencia económica de su descendiente fallecido (516, CC).

- Se incluyen en la relación de herederos especialmente protegidos sin prelación de grados (493, CC).

### **Niños**

- El nuevo procedimiento familiar gestado en el ámbito judicial se concibe en función de proteger los intereses superiores de los menores de edad.

- Se introduce su escucha en los procesos judiciales civiles y de familia, en los que resulten implicados, sin el presupuesto de edad predeterminada.

- La fiscalía, como veladora del interés público y controladora de la legalidad en el país, desempeña un rol representativo de los intereses de los menores.

- Son considerados, en todos los casos, herederos especialmente protegidos de sus ascendientes inmediatos.

- No han sido destinatarios de la aplicación de normativas especiales restrictivas de derechos en materia inmobiliaria.

## **LA FAMILIA CUBANA EN EL ENTORNO DE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA**

Las mutaciones en las características de la familia, como forma de organización primaria y esencial de la sociedad —en la que se fraguan los valores fundamentales del ser humano, al tiempo que se gestan inseguridades, debilidades y disfuncionalidades individuales, que acompañan al hombre durante toda su efímera existencia— son un detonante importantísimo para la legitimidad de la norma jurídica reguladora de la dinámica familiar y para la determinación de las líneas jurisprudenciales de su interpretación y aplicación.

Al margen de los enfoques sociológicos o psicológicos que puedan permitir una enumeración de caracteres del grupo familiar cubano más exhaustivo, las que en mayor medida impactan la impartición de justicia, a partir del tipo de conflicto que se somete a decisión judicial, pueden ser las que siguen:

- Está frecuentemente marcada por la emigración de alguno o varios de sus miembros.
- Se incrementa el número de ancianos en el núcleo familiar, como expresión del envejecimiento poblacional.
- Por lo general, uno de sus miembros ha cursado estudios superiores.<sup>12</sup>
- Se extingue, como regla, el sometimiento femenino o poderío patriarcal.
- La tendencia a la disminución del número de hijos por pareja.
- Aunque la Organización de Naciones Unidas ha considerado que el período de fecundidad femenina se mantiene estable entre los 15 y 49 años, se percibe, desde el comportamiento social, cierto aumento en la edad de reproducción femenina.
- La mujer extiende su influencia en el núcleo familiar, tanto en el desempeño de sus roles como en su presencia física por ser más longeva.<sup>13</sup>
- Existen bajos niveles de conocimiento sobre género.
- No escapamos de las deformaciones en las relaciones hombre-mujer por la presencia de los estereotipos sexistas.

La legislación cubana en vigor después del triunfo revolucionario propicia la inclusión de la mujer en todos los roles necesarios, sin resquicios de discriminación o demérito. La Constitución aprobada en 1976 (y el CF, en vigor desde 1975) garantizan las formas fundamentales de protección

<sup>12</sup> Del total de la población cubana, un millón 54 000 individuos poseen nivel educacional superior («Anuario estadístico 2013»).

<sup>13</sup> Vid. nota 1. Las cifras de los *niveles educacionales* en Cuba muestran cómo la mujer accede a todos, cual garantía de la elevación de su formación, con independencia de su posterior desempeño:

Nivel	Total	Mujeres	%
primario	256 700	430 300	16.9
secundario	1 056 500	222 600	21.1
medio superior	2 551 600	981 700	38.5
superior	1 054 000	591 000	56.1

Del total de estos valores numéricos, las mujeres constituyen el 37,4% de los individuos con nivel educacional en el país. Como, en los últimos años, ha disminuido el índice de masculinidad, la integración del grupo familiar está reforzada por la presencia de mujeres (994 hombres por cada mil mujeres). De una población ascendente a 11 210 064 personas, 5 620 719 son mujeres (50,1%). Desde el Censo de Población y Vivienda de 2002, las mujeres constituyen el 40,6% del total de *jefes de viviendas*, dividido entre ambos sexos («Anuario estadístico 2013»).

normativa. El texto constitucional refrenda la igualdad como principio fundamental, rector de todas las relaciones interpersonales y las de los individuos con el ente público, excluyente de toda forma de discriminación social.<sup>14</sup> Loable resulta la particularización que, en cuanto a la igualdad de sexo, consagra la Carta Magna.<sup>15</sup> El código, como principal norma sustantiva reguladora de la dinámica familiar, en los aspectos de mayor relevancia jurídica, potencia significativamente el rol femenino que, al margen de las modificaciones que amerita por su data, de conjunto con los incontables íconos evolutivos que se han producido, constituye punto de partida fundamental en el trascendental empeño de garantizar la igualdad de género.

Ahora bien, debe quedar clara la distinción entre los enfoques de género que existen a nivel social e individual en la ideología y el comportamiento de los cubanos, y las líneas o derroteros que han seguido los juzgadores para la solución de conflictos familiares. Si bien los primeros acompañan al individuo que las proyecta en todo su accionar, no consideramos que pueda ser catalogado como estado de cosas en el entorno de la impartición de justicia. Se trata de un aspecto de contornos nada nítidos, que complejizan su calificación.

Las valoraciones judiciales que componen o sustentan cada juzgamiento, en el universo familiar, están marcadas por su transdisciplinariedad, dado el conjunto de elementos de los que se nutren, más allá de los límites normativos, en los órdenes psicológico, demográfico, económico, cultural, afectivo y sociológico. En la integración de los que resulten atinentes a cada caso, para fundamentar su resolución, subyacen íconos de subjetividad determinados por los caracteres propios de los profesionales en ejercicio, que pueden provocar catalogaciones imputadoras de subsistencia de enfoques de género.

Como parte de ese conglomerado de profesionales que tiene a su cargo la jurisdicción familiar en Cuba, no descartamos la existencia de casos en los que se incurra en ponderaciones situacionales matizadas, y hasta determinadas por líneas sexistas. En cambio, no consideramos que se trate de una tendencia. La judicatura cubana, en estricto cumplimiento de uno de sus principales deberes, a la vez que principio, el de independencia, se caracteriza por el apego exclusivo a la normativa vigente y a la concepción de la ciudadanía, como la destinataria del servicio que ofrece, máximo exponente de los vales de los criterios para la solución de conflictos. Ambos elementos en nuestro país propician una impartición de justicia que, en evaluación generalizadora, puede estimarse avanzada en la perspectiva de género.

<sup>14</sup> Artículo 41 de la Constitución: «Todos los cubanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes».

<sup>15</sup> Artículo 44: «La mujer y el hombre gozan de iguales derechos en lo económico, político, cultural, social y familiar [...]».

Las características predominantes de la legislación en este sentido, y la neutralidad de la norma procesal, coadyuvan indudablemente. Como parte de las tareas que derivan del Plan de acción nacional<sup>16</sup> para dar cumplimiento a las recomendaciones y acuerdos de la Conferencia de Beijing (1995), la atención permanente a la adecuación legislativa ha sido de trascendental importancia para las transformaciones que han tenido lugar en la sociedad cubana, en cuanto a la protección a la familia, en general, y a la mujer, en particular. Desde 2007, el CGTSP, en ejercicio de la facultad que le confiere el Artículo 121 de la Constitución, mediante el dictado de la Instrucción No. 187 (sustituida en 2012 por la 216), ha ido sentando pautas modificadoras del procedimiento familiar vigente, como alternativa efectiva de la adecuación de los trámites a las características del momento y del litigio que surge en la familia. Estas regulaciones constituyen las bases de posterior reforma legislativa procesal, al tiempo que actualizan el procedimiento en vigor y garantizan, a partir de la formulación de su apartado primero, la igualdad de las partes. A su vez, encuentran específico amparo en la regulación que contiene el Artículo 63 del mencionado plan, que da cobertura a las transformaciones del Derecho interno de los países signatarios de la Convención.

El imperio del principio de imparcialidad, promotor de la intervención del juzgador en todos los casos, sin implicaciones, compromisos ni vocación por las partes, en atención a aspecto alguno, también instala, entre los profesionales de la justicia, la orientación hacia el despojo de todo cuanto ideológica, material, afectiva o humanamente pueda desplazarlo de la precisa posición que le corresponde.

El Artículo 40 de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico pone a disposición del juzgador un conjunto de facultades dirigidas a restablecer, en cualquier momento de la tramitación, el estado de equilibrio o igualdad que debe existir entre las partes. El ejercicio de estas alternativas no compromete la imparcialidad de su actuación. El rol activo del juzgador, para remediar o impedir desigualdades entre las partes durante la tramitación, sea cual sea la causa que la genere, mediante el apoyo institucional que puede propiciar la FMC fundamentalmente, o adoptando variantes de la tramitación, como la comparecencia o la intervención del equipo multidisciplinario, convierten al juzgador en acreedor de justo reconocimiento por su decisiva intervención para el alcance de los parámetros del debido proceso.

<sup>16</sup> El Consejo de Estado aprobó el Plan de acción nacional de seguimiento a la Conferencia de Beijing, el 7 de abril de 1997 (publicado en la *Gaceta Oficial de la República*, el 5 de mayo de ese año). Entre las áreas críticas que este comprende, se incluye la legislativa. El apartado 63 consagra: «Estudiar la conveniencia y posibilidad de establecer procedimientos diferenciados para la solución judicial de los asuntos de familia, considerando la creación de salas o tribunales de familia».

Valga referir, a modo panorámico, que los procesos judiciales correspondientes al Derecho de familia que más inciden en la radicación son los de divorcio, alimentos, y reconocimiento de unión matrimonial no formalizada (rumnf).<sup>17</sup> Durante su tramitación y resolución, puede advertirse, tanto en la revisión física del expediente como en el estudio del juzgamiento que le pone fin, el cometido de la rectoría judicial, fundamentalmente desprovisto de inclinaciones o incidencias de género.

Hoy, la función judicial en sede familiar en Cuba, como paradigma de actuación, no se plantea suprimir los estereotipos sexistas o los enfoques asociados que pudieran subsistir, si no lograr que los pronunciamientos contenidos en sentencia contribuyan a la formación de una cultura social de género. De este modo, deviene reto fundamental procurar, desde lo jurisprudencial, el equilibrio entre los sexos, que aún escatiman las esferas axiológica, cognitiva, ideológica y conductual del ser humano. En este afán, la preparación del juzgador, en cuanto a las características del grupo social sujeto a su jurisdicción y a las circunstancias que lo condicionan, resultan fundamentales factores de éxito.

## LEGISLACIÓN SUSTANTIVA

Los elementos subjetivos y demás complejidades descritas en el ámbito del análisis judicial no se suscitan en el Derecho sustantivo. Los propios caracteres de la norma jurídica impiden que se generalice la presencia de ambigüedades y otros obstáculos para un estudio agudo de cualquier temática sobre la regulación legal. Las disposiciones sobre los conflictos familiares y la dinámica familiar, en general, deben permitirnos valoraciones más precisas.

En otro orden, está el hecho de que el cuerpo normativo fundamental para la cobertura legal de la familia es el Código, promulgado mediante la Ley 1289 de 1975, cuya preceptiva refuerza la posición de las féminas, tanto en el matrimonio como en el grupo de familiares y la sociedad, en general. Esta tendencia, que pudiera ser criticada como parte de los análisis de una correcta perspectiva de género, sobre todo ajustada a las caracterís-

<sup>17</sup> Los procesos de familia que más incidencia tienen son:

Tipo de proceso	2011	2012	2013	2014	ene-sept. 2015
divorcio	25 261	26 097	26 204	25 963	20 035
alimentos	5721	5896	5493	4169	3325
rumnf	1845	1995	2016	1887	1422

(Datos ofrecidos por el Departamento de Estadísticas del TSP).

ticas actuales del individuo y de las relaciones interpersonales, constituyó un mecanismo muy efectivo para lograr el equilibrio social de que la mujer carecía en la Cuba que le dio vigor.

Los aportes fundamentales de la ley a la identidad de género, desde la ordenación de las relaciones familiares, en el régimen del matrimonio, se encuentran en sus aristas personal y económica, el de la filiación y el de la patria potestad de ambos cónyuges sobre sus hijos menores de edad. Sin embargo, en reciente estudio realizado como trabajo de diploma, en los últimos cursos académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, se identificaron tres manifestaciones de subsistencia de estereotipos de género en su articulado:

1. La regulación del Artículo 4.3 consagra edades inferiores a la mayoría y más temprana en la mujer, para la formalización del matrimonio.

2. El Artículo 6 exige la demostración de la condición de gestante, o no, de la mujer para contraer nuevo matrimonio, si ello fuera a producirse en el período de 300 días posteriores a la extinción de previo vínculo nupcial a su cargo, a los fines de la determinación de la paternidad.

3. El Artículo 89 establece una regla de preferencia a favor de la madre para la guarda y cuidado de los hijos menores, tras la disolución del vínculo matrimonial de los progenitores, lo que considera una regulación que asocia a la mujer con el mejor desempeño de las tareas hogareñas y la atención a los hijos, en detrimento de otras opciones para su desarrollo.

Coincidimos con los criterios anteriores en lo fundamental. Puede sostenerse que las regulaciones referidas están impregnadas de valoraciones sexistas incoherentes con la sistemática y la esencia de la legislación familiar en Cuba. Los principales análisis que han podido determinar esta preceptiva indican que la mujer:

- Está apta para asumir los roles de esposa y madre de familia a edades más tempranas.

- Tiene más responsabilidad y carga en el desempeño de la procreación y la conducción del hogar.

- Supera al hombre en las condiciones necesarias para ejercer en exclusiva la guarda y cuidado de los hijos menores.

- Es portadora de elementos fundamentales en la determinación de la paternidad de su hijo.

Desde luego, ninguna de tales consideraciones avalan la subsistencia de estas normativas que, por fortuna, no constituyen pilares de la regulación positiva de la dinámica familiar. El grado de desarrollo de los roles familiares, los avances científicos en la psicología y la genética humana los superan en toda medida. De igual modo, los pronunciamientos que contienen las sentencias proveen análisis mucho más agudos y atemperados.

## REFLEXIONES

De los elementos anteriores, puede inferirse que la esencia de los patrones o líneas ideológicas que orientan la impartición de la justicia familiar en Cuba, así como la norma procesal y la generalidad de la sustantiva, están liberados de enfoques de género. Sin embargo, en la realidad cubana, las tendencias machistas subsisten, únicamente vinculadas a la formación tradicional del individuo. De tal suerte, el desafío más importante para los juzgadores no será solo el de mantener y destacar estos estándares de su actuación, sino procurar, desde ellos, incidir en la conciencia poblacional con intención transformadora.

Si bien la realidad *per se* no puede ser cambiada por la impronta de un pronunciamiento o criterio jurisprudencial, no cabe dudar que la reiterada evaluación de sus fenómenos por los juzgadores, bajo patrones que legitiman el fallo, determinados por su contextualización ciudadana, tiene una incidencia transformadora, que pasa por la conciencia individual de los justiciables y trasciende a la del conglomerado social. En este sentido, la impartición de justicia está llamada a contribuir en la constitución de la identidad de género.

En coherencia con los ostensibles resultados que la protección a la mujer reporta en todos los escaques del entorno nacional, en el que corresponde a la impartición de justicia familiar, pueden relacionarse los siguientes logros:

- Los enfoques de género no constituyen una tendencia de la impartición de justicia familiar en Cuba.
- Concepción de un procedimiento familiar a tono con las características de la conflictividad actual, más cercano al justiciable.
- Constante intervención de la FMC en las concepciones procesales y sustantivas atinentes a la familia, en general, y a la mujer en particular.
- Implementación y fructífero funcionamiento de los equipos multidisciplinarios<sup>18</sup> para el perfeccionamiento de la justicia familiar y la captación de situaciones de desigualdad o desequilibrio en las relaciones familiares con trascendencia al conflicto sometido a solución judicial.
- Existencia de regímenes específicos de protección a la mujer como miembro de la familia y de la sociedad.

## RETOS FUNDAMENTALES

La perspectiva que nos facilita nuestro desempeño profesional visualiza el fenómeno abordado como un estado de cosas en marcha ascendente.

<sup>18</sup> Estos equipos agrupan a más de 1300 profesionales de especialidades como psicología, sociología, pedagogía y trabajo social.

La lucha contra los estereotipos que arraiga una sociedad no culmina con el dictado de una sentencia de avanzada ni con la mera fijación de líneas interpretativas adecuadas. Estos son solo importantes puntos de partida. Tomando en cuenta que la subsistencia de algunas manifestaciones de desigualdad son el reflejo de la ideología nacional, dibujada en las expresiones androcentristas determinadas por la sobregeneralización, la instalación de dobles parámetros, el establecimiento de deberes específicos para cada sexo, algunos rezagos de familismo, podemos identificar, como retos fundamentales que asume hoy la judicatura, los siguientes:

- Vencer los reminiscentes enfoques sexistas en la normativa sustantiva, como parte de la labor interpretativa judicial que precede su aplicación.
- La implementación de la interconexión con la jurisdicción penal para los casos en los que el conflicto tipifique alguna variante de violencia intrafamiliar, como solución más satisfactoria en el orden tutelar.
- La concepción de algún indicador estadístico u otro medio de captación de casos en los que se victimice a algún miembro de la familia, para su control y atención, como fenómeno aislado o de incidencia social.
- La continuidad de la formación de los juristas en los temas y enfoques de género.
- Mantener los niveles de preparación que, en los juzgadores, requiere la solución de los conflictos familiares demandados por los cambios socio-culturales y económicos.
- Coadyuvar, a partir de una adecuada argumentación de las resoluciones judiciales, a la transición hacia una conciencia de género, garantista de la supresión de todas las desigualdades persistentes.
- Lograr que la justicia familiar constituya uno de los mecanismos reguladores del equilibrio social que requiere el estado de igualdad de género.

## CONCLUSIONES

1. La adecuación de la perspectiva de género requiere mucho más que la apertura, el incremento y la garantía de la participación social de la mujer. Esto último pasa, en mayor medida, por el torrente de la voluntad política y, en segundo orden, como reflejo de ello, por el interés y el ánimo de una sociedad. En cambio, los enfoques de género que impregnan el comportamiento humano, desde los aspectos más intrascendentes hasta los determinantes para la subsistencia, son imputables a la idiosincrasia y a la perspectiva de vida de las generaciones.
2. La discriminación femenina resulta, en estos tiempos, doblemente inadmisibles: primero, por la enconada lucha que viene librándose para erradicarla; y, luego, por la demostrada aptitud de la naturaleza de la mujer para que se legitime su desempeño en cualquier rol. Si la desigualdad

- a que ha estado sometida tiene, por tanto, una esencia histórica y no anatómica, entonces, habrá que detenerse a pensar cómo esa historia ha ido cambiando para difuminar tan nefasto antecedente.
3. Como balance conclusivo de estas ideas, que solo esbozan la situación de la mujer en la impartición de justicia familiar en Cuba, podemos decir que los aspectos fundamentales de la protección de la mujer están logrados. Más allá de la simple suma del conjunto de elementos previamente enumerados, como logros y como retos, habrá que admitir que la reminiscente lucha por la igualdad de género no empaña el triunfo que constituye el posicionamiento socio-cultural y político que ha alcanzado la mujer cubana. No obstante, valgan —y mucho— los análisis críticos en este orden, exigentes de la continuidad del cambio y reveladores de los vestigios sexistas que nos compulsen a avanzar hacia la instalación de adecuados enfoques de género en los criterios judiciales, en pos de la efectiva ocupación de la posición que a la mujer corresponde en las formas de organización humanas.
  4. La dirección del país continúa priorizando las transformaciones que requiere la transición hacia el estado de igualdad de género, y ejemplo de ello lo constituyen todos los afanes de seguimiento al Plan de acción nacional derivado de la Conferencia de Beijing, como el Segundo Seminario Nacional de Evaluación, celebrado en La Habana entre los días 27 y 28 de febrero de 2002, en el Centro de Capacitación de la Mujer, que tuvo significativa incidencia en el ámbito de la legislación familiar.
  5. No es posible desatender que los estereotipos sexistas continúan presentes en el comportamiento social y en la dinámica familiar cubana, como reflejo, probablemente residual, de la idiosincrasia de nuestro pueblo. Sin embargo, los inconvenientes de la norma sustantiva familiar en Cuba no constituyen verdaderos obstáculos para excluir los enfoques de género de la impartición de justicia. El proceso familiar no enfrenta dificultad alguna, de cara a la temática abordada y, en consecuencia, propicia una adecuada perspectiva de género en lo judicial. *El principal reto de la judicatura cubana*, en lo que a género se refiere, no es la supresión de enfoques sexistas en la solución de conflictos, sino, desde una adecuada perspectiva de género, *incidir en los niveles de conciencia social con intención transformadora*.
  6. Las aproximaciones anteriores describen las complejidades del asunto y las características de su comportamiento en Cuba y, aunque revelan un predominante progreso, comprenden la brecha que separa los estándares de actuación judicial y los patrones de comportamiento social, en cuanto a las concepciones de género, al tiempo que concientizan que demostrar la necesidad de la transformación efectiva resulta muy sencillo, lo difícil es lograrlo.

## BIBLIOGRAFÍA

«Anuario estadístico 2013», en *www.onei.cu*.

Bautista Gutiérrez, Lourdes de las M.: «Prácticas y reflexiones sobre la Instrucción 187 de 2007», en *Justicia y Derecho*, año 9, no. 17, La Habana, 2011, pp. 64-74.

Box Naranjo, Luisa E.: «Retos para la justicia de hoy», en *Justicia y Derecho*, año 8, no. 15, La Habana, 2010, pp. 83-87.

Castro Ruz, Fidel: *Mujeres y Revolución 1959-2005*, Editorial de la Mujer, La Habana, 2006.

Castro Ruz, Raúl: «Conferencia de líderes globales sobre igualdad de género y empoderamiento de las mujeres: un compromiso de acción», New York, 27 de septiembre de 2015

Dossier «Únete», para poner fin a la violencia hacia las mujeres y las niñas, La Habana, [s.m.d.].

*Emprendedoras*, CENESEX, La Habana, 2014.

Ferrari Yaunner, Majela e Isabel Arredondo Suárez: «La Constitución cubana en la argumentación de sentencias civiles y administrativas del TSP», en *Justicia y Derecho*, año 10, no. 19, La Habana, 2012, pp. 69-81.

«La violencia doméstica, su enfoque en España y en el Derecho comparado», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Lerko Print S.A., Madrid, 2005.

Mesa Castillo, Olga y Yamila González Ferrer (coordinadoras): *Memorias de la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y II Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia y otras disciplinas afines*, La Habana, mayo de 2013 (soporte digital).

Pérez Gallardo, Leonardo B.: «Administración por no progenitores de bienes atribuidos a menores», en *Justicia y Derecho*, año 10, no. 19, La Habana, 2012, pp. 82-106.

Piero, Calamandrei: *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Ediciones ONBC, La Habana, 2015.

Santos Quian, Isis: «Perspectiva de género en sede familiar» (trabajo de diploma), Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2015 (soporte digital).

Velazco Mugarra, Miriam P.: «Distinción teórica del ejercicio y la titularidad de la patria potestad en interés del menor de edad», en *Revista Cubana de Derecho*, IV época, enero-junio, UNIJURIS, La Habana, 2014, pp. 28-53.

\_\_\_\_\_ : *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad*, Ediciones ONBC, La Habana, 2006.

# LA DIVISIÓN SEXUAL DEL TRABAJO Y EL ENFOQUE DE GÉNERO

---

---

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

## INTRODUCCIÓN

**A**L HABLAR DE la división sexual del trabajo se alude a las relaciones de poder entre hombres y mujeres, que tienen en esa división una de sus manifestaciones más importantes.

La aparición del enfoque de género en las ciencias sociales —y, por lo tanto, en el estudio de las relaciones sociales en el empleo— es el reflejo y la expresión académica del movimiento feminista a nivel mundial.

Conviene precisar que el enfoque de género va más allá de la simple descripción de la división sexual del trabajo. En efecto, el término «género» se refiere a las diferencias originadas, social y culturalmente, entre lo femenino y lo masculino, mientras que el término «sexo», en cambio, se refiere a las diferencias biológicas entre hombre y mujer. Así pues, los estudios con enfoque de género no tienen por qué centrarse exclusivamente en las mujeres; contrario a esta idea, las perspectivas más prometedoras y recientes hacen hincapié en el estudio comparativo de los roles asignados tanto a hombres como a mujeres y en el análisis de las relaciones de género.

Con este artículo, pretendo acercarme a algunos aspectos relativos a la relación que existe entre género y empleo, con énfasis en la asignación excluyente de las tareas reproductivas a las féminas, que las mantiene fuera del mercado laboral, como forma de descomprimir la demanda de empleo, lo que constituye una expresión del reparto desigual del trabajo y del saber de acuerdo con el sexo.

## EL TRABAJO COMO INSTRUMENTO DE DOMINACIÓN A LAS MUJERES

El trabajo, como categoría histórica y compleja, está constituido por muchas formas de trabajo, en permanente tensión unas con otras y, por tanto, en permanente transformación a lo largo de la historia. Las formas que tome, los modos en que se distribuye y el valor (simbólico y económico) que se le da, varían de un contexto a otro, en las diversas formaciones sociales, en los diferentes modos de producción.

Marx define el trabajo, independientemente de la forma social que tome, como

un proceso entre el hombre y la naturaleza, un proceso en que el hombre media, regula y controla su metabolismo con la naturaleza [...] Pone en movimiento las fuerzas naturales que pertenecen a su corporeidad, brazos y piernas, cabeza y manos a fin de apoderarse de los materiales de la naturaleza bajo una forma útil para su propia vida. Es decir, que el trabajo es el uso de la fuerza de trabajo para procurarse la subsistencia. [Y agrega:] Lo que diferencia unas épocas de otras no es lo que se hace, sino cómo, con qué medios de trabajo se hace, y por tanto, estos medios a su vez permiten conocer las relaciones sociales bajo las cuales se efectúa ese trabajo.<sup>1</sup>

García Sainz y García Die indican que, actualmente, solo es considerado trabajo aquel que aporta al crecimiento económico a través de la «producción de cosas útiles» con «valor de cambio».<sup>2</sup> Pero, para introducir las relaciones de género en el análisis, es importante la definición de Gorz, quien argumenta que la noción de trabajo, tal cual la entendemos hoy, es un invento del capitalismo industrial, momento desde el cual se entiende como trabajo:

[...] una actividad fundamentalmente diferente de las de subsistencia de reproducción y de atención y cuidados en el ámbito doméstico y todo esto no tanto porque *el trabajo* es una actividad remunerada, cuanto porque se da en el espacio público dentro del cual aparece como una prestación mensurable, canjeable e intercambiable como una prestación que posee un valor de uso para los otros y no solo para los miembros de la comunidad doméstica que la realizan, para los otros en general, sin restricción ni limitaciones y no para tal o tal otra persona privada o particular.<sup>3</sup>

Esta definición evidencia que el proceso de construcción de la noción de trabajo, en el capitalismo avanzado, implicó una sobrevaloración de la producción de bienes para el intercambio en el mercado, en detrimento del valor *trabajo* realizado en el ámbito doméstico como producción de bienes de uso, invisibilizando, incluso, que el proceso de producción de la mercancía de fuerza de trabajo se da en el ámbito doméstico para, luego, ser vendida en el mercado laboral.

Lo que se valora y, por tanto, se considera trabajo en el capitalismo avanzado, es el trabajo abstracto asalariado para el intercambio (empleo), sobre el concreto gratuito para producir cosas útiles y necesarias. El primero es

<sup>1</sup> K. Marx: «Proceso de trabajo y proceso de valorización», en *El capital*, p. 215.

<sup>2</sup> C. García Sainz & S. García: «Para una valoración del trabajo más allá de su equivalente monetario», en *Cuaderno de Relaciones Laborales*, no. 17, 2000, p. 45.

<sup>3</sup> A. Gorz: «La crisis de la idea de trabajo y la izquierda post-industrial», en *Capitalismo, socialismo, ecología*, pp. 77-78.

considerado el trabajo productivo y se excluyen todas las actividades que, aunque satisfagan necesidades importantes, son realizadas fuera del mercado. Aunque existen muchas formas de trabajo, el asalariado o empleo, como la actividad que define la producción mercantil de bienes y servicios para el intercambio, está en una relación de supremacía y se constituye en el eje fundamental para la definición del resto de las labores.

Lo que se ha contraído y está en crisis es el empleo, el trabajo asalariado para el intercambio realizado en la esfera pública, como definición hegemónica por su contribución a la acumulación de capital. La asimilación del empleo al concepto de trabajo lleva a que todo diagnóstico de la situación actual del mercado laboral se limite al asalariado, y que no abarque todas las modalidades que se realizan. Estos procesos han tenido mayor o menor eficacia, de acuerdo con las relaciones de fuerzas en cada momento histórico.

Desde la visión masculina hegemónica, basada en dicotomías excluyentes, existe la idea de que, en toda formación social, hay dos esferas bien identificadas: la pública y la privada, cada una de las cuales tiene un tipo de trabajo que le es propio: productivo/asalariado y reproductivo/doméstico, y cada uno es el ámbito asignado para un sexo, hombre y mujer. Tal noción en las sociedades capitalistas implica la separación de esferas y las relaciones desiguales, pero no implica necesariamente el reparto de las esferas de acuerdo con género (división sexual del trabajo); la asignación de las tareas por sexo es mucho más antigua que el capitalismo, y tiene sus raíces en la subordinación de las mujeres a los varones, que adquiere características históricas propias en cada época.

El concepto de reproducción no solo engloba la reproducción biológica (desarrollo físico de los seres humanos), sino también la reproducción de la fuerza de trabajo (proceso por el que se convierten en trabajadores a través de la escolarización, educación, etc.) y la reproducción social (la transmisión del acceso y control de recursos económicos de una generación a otra) y es evidente que la mujer solo es estrictamente necesaria para el primer aspecto, el de la reproducción biológica. El control de la actividad reproductiva de la mujer —y más concretamente de la sexualidad femenina— es una de las manifestaciones básicas del dominio del hombre sobre la mujer, y esto tiene como consecuencia que el hogar se convierta en el foco central del trabajo femenino. Pues es en el hogar, en efecto, donde se concentran las actividades dedicadas a la reproducción biológica, hecho que está en la base de la asignación universal del quehacer doméstico de la mujer.

La distinción entre lo público y lo privado diferencia dos esferas: la privada connota «lo femenino» (sentimientos, debilidad, etc.) y está subordinada a lo público, como ámbito que connota «lo masculino» (razón, fuerza, etc.).<sup>4</sup>

<sup>4</sup> N. Mosconi: «Trabajo y el empleo de las mujeres», en *Fundamento*, p. 65.

En la realidad, se percibe que el mundo del trabajo es el mundo masculino, y el mundo de lo doméstico, de las mujeres.

El trabajo, como lo entendemos hoy, no solo es producto del modo en que se organiza la separación de estas dos esferas, sino también de la jerarquización de una de las esferas sobre la otra. Si bien, aparentemente, en todas las épocas, ha existido alguna separación de lo social en esferas, y algún tipo de división del trabajo de acuerdo con el sexo, estas divisiones son construcciones sociales y tienen características propias en cada momento histórico.

En las sociedades pre-estatales, con un modo de producción «caza-recolección», documentadas por los antropólogos durante los siglos XIX y XX, se observa que tareas como la recolección de alimentos, generalmente, eran realizadas por mujeres, mientras que la caza, la pesca y las actividades punitivas relacionadas con la guerra eran mayoritariamente realizadas por los hombres.

Por otra parte, en las sociedades industriales modernas, con una organización estatal, gobiernos centralizados y sociedades formadas por miles de individuos, ha predominado en Asia, América y África un modo de organización social patriarcal, en el que los puestos con mayor poder e influencia han estado ocupados, con mayor probabilidad, por hombres que por mujeres.

En cuanto a la organización de la producción, igualmente durante los siglos XVIII, XIX y XX, se observa, en gran parte del mundo, una mayor tasa de ocupación masculina en actividades remuneradas por cuenta ajena. Hasta la segunda mitad del siglo XIX, las mujeres se dedicaban, abrumadoramente, a tareas domésticas como única ocupación. Sin embargo, la aparición del sector «servicios», a partir de la segunda mitad del siglo, con un gran número de empleos, creó muchas oportunidades para las mujeres fuera de su hogar. No obstante, la tasa de ocupación femenina en actividades remuneradas sigue siendo inferior a la masculina en todos los países.

La división sexual del trabajo constituye en la sociedad capitalista el mecanismo básico para mantener la subordinación de la mujer. Esta división permite una discriminación de salarios que, en parte, empuja a las mujeres al matrimonio; las casadas son responsables normalmente de la mayor parte de las labores domésticas, lo que, a su vez, empeora su posición en el mercado del trabajo. Pero esta situación es también atribuible a la organización de nuestra sociedad en unidades familiares, en las que predominan las relaciones de poder patriarcal, y es evidente que este tipo de unidad familiar no es imprescindible para el funcionamiento de la sociedad, sino que es solamente una entre varias formas posibles de organización de esta. En definitiva, al hablar de la división sexual del trabajo, en realidad, se habla de las relaciones de poder entre hombres y mujeres, que tienen, en tal división, una de sus manifestaciones más importantes.

La división del trabajo por sexo no es algo «natural» ni algo que viene «dado» por el papel que la mujer tiene en la reproducción, sino que las formas de organización del trabajo en la unidad familiar están muy determinadas por las condiciones materiales y sociales de cada momento histórico. Al respecto, los antropólogos, estudiosos de este asunto, consideran, en su mayoría, que la asignación de determinadas tareas por género es una creación «cultural» y que, por lo tanto, es cambiante. Es un hecho universal que las mujeres tienen la responsabilidad básica en aquellas tareas directamente relacionadas con el mantenimiento y reproducción de la fuerza de trabajo (cuidar a los hijos, ancianos y enfermos, cocinar, limpiar, etc.).

Mientras que para los varones es primordial la reinserción en el mercado de trabajo, o bien la realización de alguna actividad que consideran productiva, las féminas pueden ser válidamente transferidas a la condición de inactividad. En el imaginario social, se piensa que la peor dolencia de los varones es no tener empleo y que para las mujeres lo es el no tener recursos para cuidar de sus hijos. Es decir, mientras que la falta de empleo afecta la dignidad individual de los hombres, a las mujeres más bien les afecta su responsabilidad de garantizar la supervivencia de las personas a su cargo, incluido el varón desempleado.

Muy ligada a la división sexual del trabajo, se constituye una división de los saberes, basada en las relaciones de género. En este sentido, la producción y el acceso al conocimiento, que circula y es transmitido especialmente en la familia, pero también en el sistema educativo moderno de transmisión de saberes, contribuyen a marcar caminos diferenciados en la profesión y ocupación, según el género. La fragmentación y la jerarquización de la producción y el acceso a los saberes es parte del proceso de construcción y mantenimiento de relaciones de dominación.

La asignación a determinadas tareas, en razón de la diferencia sexual, implica la negación de la posibilidad de realizar otras, en este caso, buscar empleo para algunos sujetos; pero, también, profundiza la legitimidad de la situación de precarización laboral para las mujeres.

La división jerárquica de tareas en función del sexo no surge con el capitalismo; sin embargo, en él, toma características particulares. Los procesos de industrialización, desplazamiento de las zonas rurales y urbanización, que acompañaron la ruptura de la unidad producción/reproducción en el ámbito doméstico, modificaron la función de las mujeres en la producción y la reproducción. Es decir, no solo cambiaron las formas de obtener el sustento; la unidad doméstica, al perder parte de sus quehaceres, sufrió un proceso de reorganización y adquisición de funciones adecuadas a las nuevas condiciones. Su composición y las tareas de sus integrantes fueron disminuyendo, aunque siempre basadas en las diferencias sexuales preexistentes.

La familia nuclear (burguesa), como una nueva organización de la unidad doméstica, adquiere una imagen inédita, tanto en su interior como hacia el

conjunto de la sociedad. Se convierte casi exclusivamente en un ámbito de producción de sentimientos, un lugar privado, considerado responsable de la protección, educación y contención de las nuevas generaciones y como unidad de consumo. A medida que avanzan estos procesos, el lugar socialmente asignado, como prioritario, a las mujeres se va configurando en torno a las funciones de cuidado y las tareas domésticas.

En este sentido, las mujeres que buscaron trabajo en el mercado ocuparon lugares desventajosos, menos deseables, condiciones de trabajo precarias, con jornadas reducidas y, consecuentemente, con menor salario.

Históricamente, la incursión de las mujeres en los ámbitos que se suponen que no les «corresponden» ha sufrido, al menos, tres procesos: invisibilización, justificación y/o desprestigio; *invisibilización* porque se borra del conocimiento común la participación de las mujeres en la esfera pública; *justificación*, apelando a la imperfección de lo humano y la perversidad de la fuerza mayor porque, aunque siempre existieron mujeres que trabajaron fuera del ámbito doméstico, este trabajo era considerado circunstancial, complementario y secundario; y *desprestigio*, al poner a las que se resistían a «domesticarse» como ejemplo de lo inmoral, lo antinatural, lo anormal, lo deshonoroso.<sup>5</sup>

A partir de las transformaciones sociales y económicas derivadas de la Segunda Guerra Mundial, ha tenido lugar una ampliación de los derechos sociales, políticos y económicos de las mujeres, que impactó en el rol tradicional de lo femenino; se dieron grandes cambios para ellas: universalización del sufragio femenino, ingreso masivo en el mercado laboral y en el sistema educativo, introducción de algunas de sus demandas en los sistemas políticos y en las agendas de los gobiernos nacionales y organismos internacionales, aumento de los estudios y análisis sobre la situación de las mujeres, etc.

Si bien ello significa un acrecentamiento de la participación de las mujeres en el ámbito público, no significa la abolición de las jerarquías en las relaciones de género, sino una modificación de dichas relaciones, pues las mujeres siguen siendo consideradas (y lo asumen) las responsables de las tareas domésticas en el ámbito del hogar. En la esfera laboral, siguen siendo ubicadas en los lugares menos valorados, con menores salarios y más precarios, inestables y vulnerables. En el ámbito de la educación, como antesala de la segregación ocupacional, transitan, mayormente, por las carreras para las que se consideran más aptas, como prolongación de

<sup>5</sup> C. Anzonrena: «El incremento del capital humano de las mujeres *pobres* al servicio de la sociedad. Algunas reflexiones en torno a los supuestos de la Nueva Economía de la Familia que subyacen en los planes sociales compensatorios de fines de los 90» (ensayo presentado y aprobado para el seminario Teorías y métodos de la economía, el financiamiento y de la gestión de los recursos educacionales).

su rol doméstico y maternal (docente, trabajadora social, etc.) o de complementariedad con las tareas masculinas (enfermera, secretaria, etc.).

En la fase actual de capitalismo, como resultado de la aplicación de medidas neoliberales y neoconservadoras de la nueva derecha, la cantidad de personas excluidas del mercado laboral, y de todos sus beneficios, es cada vez mayor. Este mercado se ha vuelto tan limitado y selectivo que ya muchos de los trabajadores ni siquiera son mano de obra de reserva para presionar por la baja de salarios. En un primer momento, los planes sociales de emergencia se asumían como compensaciones, hasta que las personas pudieran reinsertarse en el mercado laboral; pero ahora, esto ya no se ve tan factible.

Los planes sociales que emergen de las condiciones de pobreza, resultado del modelo neoliberal/neoconservador, están dirigidos a contener a los hogares empobrecidos en una coyuntura en la que se necesita descomprimir la demanda en el mercado laboral. En tales circunstancias, la división sexual del trabajo permite distinguir entre hogares más «vulnerables» y, a partir de una suma limitada de dinero, se pretende mejorar la nutrición, los subsidios para desempleados, prevenir enfermedades, fortalecer el vínculo familiar. A estos planes sociales acceden, generalmente, mujeres cuidadosamente seleccionadas, madres con menores a cargo, desempleadas o subempleadas, principal o único sostén del hogar.

El modelo neoliberal/neoconservador, al tiempo que busca reducir al mínimo su responsabilidad, en cuanto a la asistencia y la seguridad social, promueve la optimización del rol reproductivo para las mujeres, como la actividad productiva que ellas desempeñarán con mayor eficiencia. Esto se evidencia en los subsidios para mujeres madres-pobres, a cambio de la tarea que siempre realizan.

Los planes sociales cuyas destinatarias, principalmente, son mujeres, tienen efectos perversos para ellas y para sus hogares. Ellas se ven obligadas a buscar otras fuentes de dinero, pero están impedidas de ingresar en el mercado de empleo en blanco para no perder el subsidio, por tanto, terminan en empleos en negro o en trabajos por cuenta propia. Si a esto se suman las dificultades que tienen, también los varones, para conseguir empleo y que, mayormente, se dedican al cuentapropismo, terminan ambos en situaciones de precariedad laboral y sin seguridad social de ningún tipo.

Ante las nuevas condiciones del mercado laboral, y como una de las medidas para abordarlo, se retoma el asunto de la ampliación del término «trabajo». Es decir, que no sean valoradas o solo reconocidas como trabajo aquellas actividades que se adecuan a la definición hegemónica circunscrita a su valor monetario o de cambio, sino que también se consideren y valoren como tal ciertas tareas que, sin tener valor de cambio monetario, producen bienes y servicios que satisfacen necesidades sociales e

individuales muy importantes, las cuales, generalmente, son las que realizan las mujeres, de forma subsidiaria o voluntaria.<sup>6</sup>

La teoría feminista reciente señala la necesidad de tomar en consideración no solo la producción de valores de cambio, sino también la de los valores de uso, que son los que básicamente se crean en la esfera doméstica. El trabajo doméstico no se contabiliza (aunque, muchas veces, está ligado a la producción) y las tareas productivas quedan normalmente englobadas, en muchos países, en la categoría estadística «ayuda familiar», denominación que ya indica el carácter no mercantil de la prestación y una relación de dependencia. Sin embargo, este debate, del que fueron pioneras las feministas y grupos progresistas de izquierda, actualmente en boca de algunos sectores intelectuales y del gobierno, levanta sospecha con relación al hecho de si realmente se trata de valorar aquellas actividades que son socialmente útiles o beneficiosas o de detener los ánimos de los sectores excluidos, legitimando su actual posición y, por tanto, justificando el modelo excluyente que proponen.

Esta idea es fuertemente contradictoria, tiene aspectos emancipatorios, pero también de reafirmación de las relaciones sociales y de género existentes. Emancipatorios porque dicha ampliación implica socavar los límites del concepto reduccionista de trabajo e incluir otras actividades beneficiosas para la sociedad, pero no valoradas por no tener precio en el mercado. Sin embargo, como no ha ido acompañada de un cuestionamiento y reparto más justo de las actividades, termina profundizando la división sexual del trabajo y del saber.

## LA MUJER Y EL EMPLEO EN CUBA: LOGROS Y DESAFÍOS

Con el triunfo revolucionario en Cuba, el primero de enero de 1959, la dirección de la Revolución se propuso y, de hecho, inició un amplio programa encaminado a erradicar la difícil situación económica, social y política, heredada de los gobiernos anteriores, caracterizada, entre otros males, por la discriminación de la mujer y, consecuentemente, por su exclusión social, situación que no distaba de la existente y hoy vigente en muchos lugares del mundo.

En ese contexto, la dirección de la Revolución —consciente de que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto a la dignidad humana, dificulta su participación, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, económica, social y cultural del país, lo que deviene obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia, además de entorpecer el pleno desarrollo

<sup>6</sup> A. Gorz: *El fin del humanismo del trabajo: Metamorfosis del trabajador*, p. 84; García Sainz & García Die: *Op. cit.*, pp. 45-46.

de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad— comenzó a trabajar para garantizarles derechos fundamentales a sus ciudadanos, particularmente a las mujeres, como el de la salud y la educación, entre otros, de carácter gratuito, devenidos pilares en la formación técnica y profesional de las féminas, que les ha permitido, a lo largo de todos estos años, ir incorporándose a los más diversos empleos de la economía nacional y demostrar sus capacidades y potencialidades en igualdad de posibilidades y condiciones que los hombres, de ahí que los actuales logros que exhibe la Revolución cubana son, también, el fruto del trabajo y la participación protagónica de las mujeres.

Cuando 1975 fue declarado «Año Internacional de la Mujer», ya las cubanas habían alcanzado logros que eran sueños para millones de féminas en el mundo.

La voluntad del Estado y Gobierno cubanos, de alcanzar toda la justicia posible en materia de trato y de oportunidades a la mujer, fue legitimada a través de la Constitución Socialista de la República de Cuba, aprobada el 24 de febrero de 1976, en la que se parte del reconocimiento de la igualdad de derechos de todos los ciudadanos, y la proscripción y sanción de cualquier manifestación de discriminación por motivo de raza, color de la piel, sexo, origen nacional, creencias religiosas y cualquier otra lesiva a la dignidad humana.<sup>7</sup>

En la Carta Magna, como derechos fundamentales de todos los ciudadanos cubanos, se reconocen el de la salud y la educación, entre otros, ambos con carácter gratuito, significándose en el caso de este último, en su Artículo 51,<sup>8</sup> que «[...] los hombres y mujeres adultos tienen asegurado este derecho, en las mismas condiciones de gratuidad y facilidades específicas que la ley regula, mediante la educación de adultos, la enseñanza técnica y profesional, la capacitación laboral en empresas y organismos del Estado y los cursos de educación superior para trabajadores».

El citado texto constitucional también reconoce, como un derecho fundamental, el del trabajo. El Artículo 45 establece que «el trabajo en la sociedad socialista es un derecho, un deber y motivo de honor para cada ciudadano. El trabajo es remunerado conforme a su cantidad y calidad [...]».<sup>9</sup> A este principio, le suceden otros que garantizan el reconocimiento de los derechos laborales mínimos de los trabajadores/ras, sin distinción alguna, en materia de duración de la jornada laboral, descanso, vacaciones, seguridad y salud en el trabajo, capacitación, seguridad social y salario.

Consecuente con sus compromisos internacionales y coherente con la voluntad del Partido y el Gobierno cubanos, de garantizar el pleno ejercicio

<sup>7</sup> *Constitución de la República de Cuba, revisada y concordada*, 2005.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 38-39.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp.36-37.

de la igualdad de la mujer en todos los ámbitos de la sociedad, Cuba fue el primer país del mundo que el día 7 de marzo de 1980 firmó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y el segundo en ratificarla, el 17 de julio de ese propio año.

En materia de política de empleo, la Constitución de la República de Cuba ha tenido su complemento en los dos códigos de trabajo aprobados, a saber, la Ley No. 49, de 28 de diciembre de 1984; y la Ley No. 116, de 20 de diciembre de 2013, y en el resto de la legislación complementaria del Derecho del trabajo. La visión de la categoría *trabajo*, asumida por el Estado y la sociedad, va más allá de las posiciones tradicionales y hegemónicas que excluyen, de este concepto, a las actividades que se realizan en las esferas privada y doméstica; de ahí que las labores realizadas por hombres y mujeres en el sector privado de la economía, también clasifiquen como empleo. Cabe señalar que, en este sector, las mujeres representan el 29%.

El vigente Código de trabajo, devenido expresión máxima del reacomodo del Derecho al nuevo escenario económico y social del país, representa un avance en la concepción de la incorporación de las mujeres al empleo, con relación a la legislación precedente, por suprimir la categorización de determinados puestos de trabajo que, por su contenido y condiciones de desempeño, eran identificados no aptos para mujeres grávidas o en disposición de tener descendencia, con el objetivo de proteger su embarazo o, según el caso, su función reproductora y aparato ginecológico; no obstante, esta nueva norma establece la obligación del empleador de crear y mantener condiciones laborales adecuadas para la mujer, considerando su participación en el proceso de trabajo y su función social como madre. En igual sentido, el nuevo Código exime a la trabajadora embarazada, o con hijos menores de hasta un año de edad, de realizar trabajo extraordinario y de laborar en una localidad distante.

La mujer cubana, además de disfrutar de los derechos laborales reconocidos en la ley, con carácter general, es acreedora de derechos especiales; tal es el caso de la protección a la mujer trabajadora en estado de gravidez, materia que ha sido regulada, de manera específica, a través del Decreto-Ley No. 234, «De la maternidad de la trabajadora»,<sup>10</sup> de 13 de agosto de 2003, con las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley No. 285, de 5 de septiembre de 2011, que han tenido un enfoque integrador, por ir más allá de la protección a la trabajadora —y, a partir de postulados establecidos en el Código de familia, con relación a la responsabilidad compartida entre la madre y el padre en el cuidado, atención, protección y educación de sus hijos, así como la concepción de la familia como célula fundamental de la sociedad y su importancia en el desarrollo integral de los niños, en cuyo

<sup>10</sup> *Gaceta Oficial de la República*, 5 de septiembre de 2011, edición actualizada del Decreto-Ley No. 234

contexto las relaciones de parentesco, en general, desempeñan también un papel relevante—, introdujo, como modificaciones más significativas, el derecho de ambos padres a disfrutar de una licencia no retribuida, cuando se ven impedidos de trabajar por razón del cuidado y atención de hijos menores de 16 años de edad; con un tratamiento diferenciado en los casos en que este impedimento obedece a una discapacidad física, mental o sensorial del menor, avalada por un dictamen médico; asimismo, prevé la posibilidad de que los abuelos, tíos u otro pariente del menor, maternos o paternos, reciban la prestación económica correspondiente y disfruten de licencias no retribuidas, cuando, siendo trabajadores, se ven impedidos de laborar por razón del cuidado y atención del menor de un año de edad, debido al fallecimiento de la madre y la imposibilidad de que el padre asuma este rol.

En la citada norma legal, se parte de garantizar que, durante todo el embarazo, la trabajadora reciba la atención médica y estomatológica establecida en el sistema nacional de salud pública, que se le facilita mediante la concesión de licencias retribuidas. Asimismo, se le garantiza una prestación en los casos en que no puede permanecer en el cargo por considerarse perjudicial al embarazo o cuando, debido a situaciones relacionadas con ese estado o de origen común, se ve impedida de laborar.

También se le protege mediante el descanso obligatorio, una vez que la trabajadora arriba a las 34 o 32 semanas de gestación (en este último caso, si el embarazo es múltiple), en cuyo supuesto se le garantiza una prestación económica hasta que el bebé arribe a su primer año de vida, sin perjuicio de la posibilidad de recibir licencias no retribuidas por razón del cuidado y atención del menor, cuando sobrepase ese tiempo de vida.

La posibilidad real de que las mujeres accedan al empleo, sin discriminación alguna, está respaldada, además, por la aplicación del principio rector de la política de empleo, el de la idoneidad demostrada, determinado por la concurrencia en los trabajadores/ras aspirantes, de requisitos exigidos en cada puesto de trabajo, relacionados con su desempeño, conducta con relación al orden laboral exigido y de calificación formal determinados, de conjunto, por el jefe de la entidad y la organización sindical del centro, que se refrendan en el Convenio colectivo de trabajo, con un carácter vinculante, tanto para el jefe de la entidad, en su condición de autoridad facultada para el reconocimiento y denegación de la idoneidad demostrada del trabajador/ra, como para los órganos de solución de conflictos laborales. Como garantía de transparencia e imparcialidad en esta decisión, la ley establece la intervención previa, con carácter consultivo, de un órgano denominado Comité de expertos, de carácter colegiado y heterogéneo, en tanto, en él, están representados la dirección de la entidad, la organización sindical y el colectivo de trabajadores.

En las condiciones actuales del país, inmerso en el proceso de actualización de su modelo económico y social, se producen modificaciones

importantes en la economía nacional, a partir del redimensionamiento de su sector estatal, en el que acontecen cambios organizativos, estructurales y funcionales, al tiempo que se desarrolla el sector no estatal de la economía, con una nueva concepción de los sectores cooperativo y privado, todo lo cual posibilita el surgimiento de nuevos sujetos, actividades y, consecuentemente, mayores posibilidades de empleo para hombres y mujeres.

Como resultado de la materialización de la referida política de inclusión social de las mujeres, particularmente en materia de incorporación al empleo, hoy día, ellas tienen una presencia protagónica y, en muchos casos, mayoritaria, en diversas esferas, sectores y actividades de la economía nacional y de la vida social, política y cultural del país, la que se ilustra con algunos datos estadísticos actualizados que, a continuación, expongo:

En Cuba, la esperanza de vida al nacer de las mujeres es de 80,45 años; la tasa de mortalidad materna directa es del 21,4% por cada cien mil nacidos vivos, una de las más bajas del mundo; representan el 66,8% de la fuerza de mayor calificación técnica y profesional, el 48 de las personas ocupadas en el sector estatal civil y el 46 de los altos cargos de dirección.

Su presencia en sectores clave, en la estrategia de desarrollo del país, se describe como sigue: el 78,5% del personal de salud y el 60,4 de los médicos generales integrales; el 89,2 en el sector de la educación; el 48 de los investigadores científicos.

Para graficar sus posibilidades y oportunidades de acceso al estudio, baste decir que ellas cursan, como promedio, 10,2 grados y son el 65,2% de los graduados en la Educación superior.

El 48,8% del parlamento está formado por mujeres, lo que nos ubica en el segundo país en el hemisferio occidental —superado solo por Bolivia— y el cuarto en el mundo.

En el sistema judicial del país, las mujeres representan el 69% del total de 4978 trabajadores que lo integran; en el desempeño de las funciones jurisdiccionales propiamente dichas, son el 80,2%, con un papel protagónico en la conducción del sistema, al ocupar el 68% de los cargos de dirección.

Sin embargo, aún nos queda mucho por hacer. Trabajamos por modificar patrones culturales, de forma que se comparta entre hombres y mujeres el cuidado de la familia, determinados prejuicios y estereotipos de género, además de continuar incrementando la presencia de las mujeres en los cargos decisorios a nivel gubernamental, por solo mencionar algunos aspectos.

## REFLEXIONES FINALES

El trabajo, como categoría histórica, ha ido variando con el transcurso del capitalismo, pero hay componentes que se mantienen porque son fundamentales para la acumulación de capital.

El capitalismo también se ha edificado sobre la división sexual del trabajo, pero el sistema de acumulación se encuentra en un momento de crisis, en el que todas las relaciones se vuelven inestables y esta es una situación que, para los sectores desfavorecidos, puede ser una oportunidad de cambio.

Las actuales circunstancias del mercado laboral, cada día suman más desempleados y exacerbando los índices de pobreza y fuerzas progresistas e, igualmente, los gobiernos apelan a la idea de la ampliación de la categoría *trabajo*, incluyendo, en esta, aquellas labores que realizan las mujeres en el ámbito privado y doméstico, idea que es fuertemente contradictoria por contener elementos emancipatorios, pero también de reafirmación de las relaciones sociales y de género existentes.

Como resultado de las luchas de los movimientos feministas y de las fuerzas progresistas del mundo, se han producido avances en materia de inclusión social de las mujeres; sin embargo, aún son frágiles e insuficientes. Para avanzar hacia la plena realización de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer, es preciso, ante todo, el logro de un orden internacional justo y equitativo, que privilegie al ser humano por encima del capital, erradique la pobreza, el hambre, la exclusión social, mediante la promoción del empleo, el acceso a la educación, la salud, la cultura; exigir que las Naciones Unidas, a su vez, soliciten a los países desarrollados el comprometimiento y cumplimiento de los instrumentos internacionales; potenciar los mecanismos multilaterales para coordinar las políticas económicas, financieras y sociales; fortalecer las alianzas, la solidaridad y la articulación entre los movimientos sociales, feministas, gremiales, en esta lucha por un mundo mejor.

## BIBLIOGRAFÍA

- Anzonrena, C.: «El incremento del capital humano de las mujeres *pobres* al servicio de la sociedad. Algunas reflexiones en torno a los supuestos de la nueva economía de la familia que subyacen en los planes sociales compensatorios de fines de los 90» (ensayo presentado y aprobado para el seminario *Teorías y métodos de la economía, el financiamiento y de la gestión de los recursos educacionales*), Buenos Aires, 2005.
- García Sainz, C. & S. García Die.: «Para una valoración del trabajo más allá de su equivalente monetario», en *Cuaderno de Relaciones Laborales*, no. 17, 2000.
- Gorz, A.: *El fin del humanismo del trabajo: Metamorfosis del trabajador*, Madrid, 1991.
- \_\_\_\_\_ : «La crisis de la idea de trabajo y la izquierda post-industrial», en *Capitalismo, socialismo, ecología*, HOAC, Madrid, 1995.
- Marx, K.: «Proceso de trabajo y proceso de valorización», en *El capital*, 23.<sup>a</sup> ed, Siglo XXI, Madrid, 1999.
- Mosconi, N.: «Trabajo y el empleo de las mujeres», en *Fundamento*, Madrid, 2002.

## **Legislación**

*Constitución de la República de Cuba, revisada y concordada*, La Habana, MINJUS, 2005.

Ley No. 49, de 28 de diciembre de 1984.

Ley No. 116, de 20 de diciembre de 2013.

Decreto-Ley No. 234, «De la maternidad de la trabajadora», de 13 de agosto de 2003.

Decreto-Ley No. 285, de 5 de septiembre de 2011.

# LA EJECUCIÓN FORZOSA: UNA MIRADA DESDE LA JURISDICCIÓN DE LO ECONÓMICO

---

*Esp. Liliána Hernández Díaz  
presidenta, Sala de lo Económico, TSP*

## INTRODUCCIÓN

LA LEGISLACIÓN ECONÓMICA en Cuba es un ámbito de regulación especial, en correspondencia con la disposición final primera del Código civil<sup>1</sup> y las regulaciones aprobadas para la contratación económica y de los tipos de contratos;<sup>2</sup> la combinación adecuada en la interpretación del contenido de la relación jurídica y de los tipos de sujetos que intervienen en ella determinan su independencia del Derecho civil y de otras ramas del ordenamiento jurídico.

Estos criterios de especialización también trascienden a la determinación de la jurisdicción para resolver los litigios que surjan de la materialización de las relaciones jurídicas económicas que, dada la casuística de los conflictos que se presentan, la diversidad de los agentes económicos que operan en el país y la multiplicidad de normas sustantivas vigentes, hacen cada vez más compleja la identificación de los asuntos de competencia de las salas de lo Económico.

A inicios de los años noventa del pasado siglo, con la extinción del Sistema de arbitraje estatal, se creó la jurisdicción ordinaria para la solución de los litigios económicos. Actualmente, las salas de lo Económico de los tribunales populares son las encargadas de conocer y solucionar los conflictos originados en el tráfico mercantil, con una gama amplia de asuntos, aunque en la práctica lo que existe es un predominio de los conflictos derivados de incumplimientos de contratos.

Por mandato constitucional,<sup>3</sup> los tribunales populares tienen la función de impartir justicia en nombre del pueblo de Cuba, lo que implica la prestación

<sup>1</sup> El Artículo 8 del Código civil cubano establece que sus disposiciones son supletorias respecto a materias civiles u otras reguladas en leyes especiales.

<sup>2</sup> El Artículo 1 del Decreto-Ley No. 304 («De la contratación económica», primero de noviembre de 2012) y el Artículo 1 del Decreto No. 310 («De los tipos de contratos», 17 de diciembre de 2012) definen el ámbito de aplicación de estas normas, dirigido a las relaciones jurídico-económicas, de naturaleza obligatoria para la realización de una actividad productiva, comercial o de prestación de servicios, en el que intervienen personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras que estén domiciliadas, establecidas o autorizadas a operar en el país.

<sup>3</sup> Artículo 120 de la Constitución de la República de Cuba.

de un importante e indispensable servicio público a los ciudadanos y personas jurídicas.

Es un objetivo estratégico del Sistema de Tribunales Populares la consolidación de la calidad del servicio judicial, mediante la actuación con apego a la ley y el sentido de lo justo, en aspectos vitales de la actividad jurisdiccional, como: agilidad en la tramitación y solución de asuntos, cumplimiento de las garantías y los derechos de las partes y de todos los intervinientes en los procesos judiciales, acierto en las decisiones, correcta argumentación y fundamentación de las resoluciones, y cumplimiento efectivo y oportuno de los fallos firmes.

El último aspecto mencionado, referido a la vocación de eficacia de las decisiones judiciales, se consagra en el Artículo 123 de la Constitución, el cual define que los fallos y demás resoluciones firmes de los tribunales, dictados dentro del límite de su competencia, son de ineludible cumplimiento por los organismos estatales, las entidades económicas y sociales y los ciudadanos, tanto por los directamente afectados por ellos como por los que, no teniendo interés directo en su ejecución, estén obligados a intervenir en esta.

Existen dos clases de cumplimiento de fallos judiciales: *la ejecución voluntaria*, cuando el obligado espontáneamente efectúa la condena de pagar, dar, hacer o no hacer alguna cosa, sin la intervención del órgano jurisdiccional; y *la ejecución forzosa*, que procede cuando el obligado no cumple voluntariamente la condena y el acreedor, beneficiado con la resolución judicial, tiene que acudir al tribunal para que este actúe coactivamente.

El derecho de tutela judicial efectiva se consagra plenamente con la ejecución forzosa; es comprensible la reflexión de que, a los justiciables, no les basta con obtener una sentencia a su favor, si después no pueden ver realizado su contenido. Por esto, el mandato de ejecución forzosa no puede verse afectado por mecanismos administrativos orientados a eludir responsabilidad o a encubrirse en situaciones financieras transitorias, ni por obstáculos de otra naturaleza.

Los desajustes en el comportamiento de los condenados o ejecutados deben ser identificados con inteligencia por los jueces, para obtener la más precisa certeza de los hechos que se les muestran y discernir entre una conducta intencionada a desobedecer el fallo judicial o la real situación por la que atraviesan que les imposibilita el cumplimiento. Solo con esta convicción, el tribunal podrá disponer los pasos que deben seguirse en la actuación judicial.

El procedimiento económico vigente surgió con la promulgación del Decreto-Ley No. 241, de 26 de septiembre de 2006, con un marcado distanciamiento de las concepciones tradicionales del Derecho procesal civil, con la impronta del Código procesal civil modelo para iberoamérica y en

avanzada para la futura reforma procesal en Cuba. Sin embargo, no reguló el proceso de ejecución forzosa específico para la jurisdicción económica y estableció, en la disposición especial primera,<sup>4</sup> la supletoriedad de las disposiciones del proceso civil para todo lo no regulado expresamente en aquel.

Esta postura del legislador pudo estar condicionada por la intención de contribuir a la simplificación de los procesos judiciales y a la unidad de conceptos que informan la teoría unitaria del proceso,<sup>5</sup> cuestiones con las que estoy de acuerdo, pero la práctica judicial y la realidad cubana han demostrado que la ejecución forzosa, en sus elementos configurativos, se dirige fundamentalmente al ciudadano en su actuación individual, responsable por sus propios actos y recursos, generalmente actuando en nombre propio, con una escasa regulación para la persona jurídica, estatal y no estatal, y sin prever, de modo específico, la forma en que se exigirá el cumplimiento forzoso a los trabajadores por cuenta propia en los litigios que se derivan de sus relaciones comerciales, productivas o de servicio.

Ante la ausencia de un marco legal regulatorio de la insolvencia temporal de las entidades, y con el objetivo de evitar la paralización de toda actividad productiva comercial o de servicios de las deudoras, que les impide hacer efectivo el pago de la deuda, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), en uso de sus facultades,<sup>6</sup> aprobó la Instrucción No. 185 bis, de 2007, mediante la cual dispuso el procedimiento para modificar la medida cautelar de embargo de cuenta bancaria, con la posibilidad de reducirlo hasta la mitad, a fin de garantizar la continuidad de las operaciones de la empresa, para que genere nuevos ingresos y pueda hacer efectivo el pago de la deuda; con ello, también, la ejecutoriedad del fallo judicial.

Asimismo, la Instrucción No. 215 de 2012, del CGTSP, reguló la forma de proceder de las salas de lo Económico, cuando los bancos comerciales informan que la cuenta bancaria embargada no posee fondos para ejecutar el mandato judicial; en estos casos, el tribunal solicitará el estado de cuentas de la empresa deudora para comprobar su real situación, el informe de sus cuentas por cobrar y la conciliación mensual de estas con el acreedor.

<sup>4</sup> La disposición especial primera de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE) establece que: «Los procesos de lo económico, en todo cuanto no esté previsto y regulado expresamente en la Cuarta Parte de esta Ley, se regirán con carácter supletorio por las disposiciones relativas a proceso civil en la forma que resulten de aplicación».

<sup>5</sup> Mendoza Díaz sostiene que el valor del análisis unitario no está en que sean procesos similares, sino en que las herramientas conceptuales que se utilicen para su análisis permitan una sistematización uniforme. (Juan Mendoza Díaz: «Hacia una concepción unitaria del Derecho procesal en Cuba», p. 20).

<sup>6</sup> Sobre las facultades del CGTSP, ver los artículos 121 de la Constitución y 19.1 h) de la Ley No. 82 de 1997, «De los tribunales populares».

Ambas disposiciones del CGTSP constituyeron un paso de avance en la ordenación de la práctica judicial en materia de ejecución, fundamentalmente de las condenas pecuniarias, cuando las obligadas son las entidades estatales, acción que contribuyó a elevar la disciplina de los representantes legales de las empresas y al pago de un número considerable de deudas.

No obstante, aún subsisten sentencias pendientes de ejecutar en las salas de lo Económico de los tribunales provinciales, algunas envejecidas, que no encuentran en la ley procesal una respuesta expresa para su solución, debido al carácter general de la norma adjetiva y de las adaptaciones que se requieren, ante los cambios que se producen en las relaciones de producción de bienes y servicios en Cuba, fruto de la actualización del modelo de desarrollo económico.

A modo de ejemplos de las situaciones que se muestran en el nuevo escenario, menciono las siguientes: personas jurídicas condenadas que se reportan permanentemente con fondos insuficientes en sus cuentas bancarias, sin embargo, no se encuentran en fase de extinción; los trabajadores por cuenta propia no cumplen sus obligaciones y no existe un mecanismo coercitivo coherente que oriente la intervención de sus licencias para operar, la clausura o suspensión de la actividad que realizan, la verificación de sus ganancias, el embargo de los medios o instrumentos de trabajo o del patrimonio personal; y la desidia de los propios acreedores en el trámite de ejecución forzosa.

Además, existen otros escenarios, como falta de la capacidad de liquidez de las entidades para hacer efectivo el pago en moneda extranjera; dificultades con el nombramiento y el desempeño de los peritos en fase de ejecución; escaso diseño práctico para la realización de la subasta prevista en la vía de apremio; poca utilización de las posibilidades que ofrece la conciliación en el trámite de ejecución; obsolescencia de la norma conjunta Tribunal Supremo Popular (TSP) y Banco Central de Cuba (BCC), de 2004; y falta de un diseño para las acciones que deben realizar los jueces con el informe de los créditos de los deudores o ejecutados.

Las dificultades mencionadas requieren de un cambio en la actuación judicial, a partir de un reacomodo de las herramientas que la norma procesal establece, con el objetivo de una inmediata actualización del proceso de ejecución en el ámbito económico, atemperándolo a la nueva conflictividad y al contexto actual del país, lo que se encauzaría por medio de las facultades que posee el CGTSP para dictar instrucciones que uniformen la práctica judicial.

La ejecución forzosa debe concebirse de forma integradora y multisectorial, en la concreción de las relaciones de coordinación con las instituciones, autoridades y funcionarios que intervienen en este proceso, con precisión de su esfera de actuación, para que sea coherente y efectiva en toda su extensión.

## **ANTECEDENTE DEL PROCESO JUDICIAL DE LO ECONÓMICO EN CUBA**

El antecedente inmediato de las actuales salas de lo Económico de los tribunales populares es el Sistema de arbitraje estatal, que incluía el arbitraje anexo al Consejo de Ministros y el adscrito a los organismos de la Administración Central del Estado, creado mediante disposición especial de la Ley No. 1323, de 30 de noviembre de 1976.

El Sistema de arbitraje estatal fue constituido a mediados de los años setenta del pasado siglo con motivo de la reorganización de la Administración Central del Estado y funcionó durante toda la década del ochenta como sistema de órganos, de naturaleza jurisdiccional, encargado de resolver los litigios económicos de carácter contractual y los conflictos ambientales que surgieran entre los agentes económicos.<sup>7</sup>

Esta justicia económica era impartida de manera unipersonal por árbitros estatales que actuaban por requerimiento de la parte afectada, o de oficio, a partir del conocimiento fundado de determinados incumplimientos contractuales o de una afectación medioambiental. Estos órganos, más allá de su vocación jurisdiccional, participaban de la naturaleza y funciones propias de un órgano de control estatal, y gozaban de plenas facultades para convocar a cualquier entidad y realizar visitas de inspección a estas;<sup>8</sup> también conocían litigios de carácter precontractual.

Con la aprobación del Decreto-Ley No. 129, de 19 de agosto de 1991, surgen las salas de lo Económico de los tribunales populares, debido a la existencia de circunstancias extraordinarias en el país, al producirse el derrumbe del campo socialista, que conllevó el redimensionamiento de la economía nacional.

Pero estas salas de justicia nacieron sin desprenderse totalmente de los aspectos distintivos del arbitraje, pues, frente a la ausencia de una norma procesal específica, continuaron tramitándose los procesos judiciales por las regulaciones contenidas en el Decreto No. 89, de 21 de mayo de 1981, «Reglas de procedimiento del arbitraje estatal», lo que provocó que se aprobara un grupo de normas complementarias para adaptar el procedimiento de este nuevo ámbito jurisdiccional y, en ese camino, un paso importante fue la promulgación del Decreto-Ley No. 223 de 2001, «De la jurisdicción y competencia de las salas de lo económico», que marcó una nueva etapa, pues quedaron configurados, con mayor claridad, los asuntos que se atribuían al conocimiento y solución de estas.

<sup>7</sup> Narciso A. Cobo Roura: «¿De cara a un cambio en el conflicto?», en Colectivo de autores, *Temas de Derecho económico*, p. 125.

<sup>8</sup> Narciso A. Cobo Roura: «La justicia ambiental ante las salas de lo Económico en Cuba», p. 17.

Después de 15 años de creadas las salas de lo Económico de los tribunales ordinarios, el 26 de septiembre de 2006 se produjo la completa judicialización de la materia, con la publicación del Decreto-Ley No. 241, que incorporó el proceso judicial económico a la Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral, como la cuarta parte de esta y con aplicación de las regulaciones contenidas en la parte general.

El diseño procesal de la materia económica se aparta de la concepción tradicional de lo civil, y se percibe del reacomodo por el que transitaron los principios técnicos configurativos del modelo acostumbrado, que le impregnó mayor flexibilidad al proceso económico, y se manifiesta en escasa secuencia de actos procesales de carácter obligatorio, como moderación del principio de preclusión y prevalencia del impulso de oficio frente al dispositivo, predominio de la oralidad, concentración de actos y economía procesal, posibilidad de la autocomposición del litigio mediante la conciliación en sede judicial, con su máxima expresión en la audiencia preliminar, saneamiento del proceso, amplio régimen cautelar, posibilidad de la modificación de pretensiones y excepciones y un nuevo diseño de la actividad probatoria, entre otros.

La jurisdicción de las salas de lo Económico de los tribunales populares comprende<sup>9</sup> el conocimiento y solución de los litigios que se susciten entre personas naturales o jurídicas, cubanas o extranjeras, en sus relaciones comerciales, productivas o de servicios; los asuntos derivados del incumplimiento de las regulaciones sobre protección del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales; los conflictos que resulten de hechos o actos relacionados con el transporte y el tráfico marítimo; los litigios con motivo de daños y perjuicios de carácter extracontractual causados a terceros en ocasión del desarrollo de una actividad económica; y la ejecución de los títulos de créditos que generan ejecución y de los laudos arbitrales.

No obstante el amplio y diverso abanico de asuntos atribuidos a la justicia económica, en la práctica, el grueso de las demandas que se presentan ante los tribunales corresponde a conflictos por incumplimientos de los contratos económicos, en los que, al menos, una de las partes es una persona jurídica, estatal o cooperativa.

## **LA EJECUCIÓN VOLUNTARIA Y LA FORZOSA EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES**

La ejecución voluntaria de una resolución judicial se produce cuando el condenado, una vez firme el fallo y sin necesidad de la intervención del órgano jurisdiccional, cumple su obligación y logra la satisfacción plena del acreedor; es el modo normal de materialización de la decisión judicial.

<sup>9</sup> Artículos 739 al 750, LPCALE.

La ejecución forzosa es la actividad coactiva del Estado, que ejerce mediante los tribunales, para hacer cumplir sus decisiones, en contra de la voluntad del deudor o condenado y a favor de un acreedor ejecutante, beneficiado en el juicio.

Puede decirse que la ejecución forzosa representa uno de los termómetros más significativos para medir la eficacia de la administración de justicia de un país. De nada le sirve, al litigante que obtuvo una sentencia favorable, que la resolución judicial acogiera sus pretensiones, si, a la postre, fallan los mecanismos para obtener su cumplimiento.<sup>10</sup>

La regulación positiva de la ejecución procesal en nuestro país se recoge en el libro tercero de la LPCALE, con la denominación de *proceso de ejecución*, que abarca cuatro elementos: sentencias y transacciones judiciales, títulos de créditos que generan ejecución, vía de apremio y tercerías.

Las características fundamentales del proceso de ejecución, a partir de su regulación en la ley de procedimiento vigente, son:

- *Jurisdiccional*. Es el órgano jurisdiccional el que, mediante los medios coercitivos que posee, hace cumplir la prestación debida, de manera obligada. Es un complemento de la actividad declarativa de los tribunales.

- *Título ejecutorio*. Son objeto de ejecución judicial las sentencias y los autos que aprueban acuerdo o transacción,<sup>11</sup> con el requisito indispensable de que sean firmes. En esta clasificación, se incluyen las sentencias de remate<sup>12</sup> dictadas en el proceso ejecutivo y los laudos arbitrales firmes,<sup>13</sup> reconocidos previamente y ordenada su ejecución mediante resolución judicial.

- *Órgano que ejecuta*. El tribunal competente para hacer cumplir lo juzgado es aquel que dictó la resolución en primera instancia, en el mismo proceso, con independencia de que un tribunal superior, al conocer el recurso o proceso de revisión, modifique lo resuelto por los jueces del inicio del juicio.<sup>14</sup> En otros países, como Francia, el órgano que ejecuta es independiente del que dictó el fallo. Los laudos dictados por las cortes de arbitraje comercial internacional<sup>15</sup> se ejecutan por la sala de lo Económico del

<sup>10</sup> Víctor Moreno Catena: «La ejecución forzosa», en *Derecho procesal civil*, p. 349.

<sup>11</sup> Artículos 473 y 482, LPCALE.

<sup>12</sup> Artículo 499.

<sup>13</sup> Artículos 821 y 823.

<sup>14</sup> El Artículo 744 regula que «las Salas de lo Económico competentes para conocer de un asunto, lo son también para todas sus incidencias y para la ejecución de la sentencia que dictan y los acuerdos o transacciones que aprueban».

<sup>15</sup> En materia de arbitraje comercial internacional, Cuba es firmante de la Convención de Nueva York, de 1958, sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras; el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, suscrito en Ginebra el 21 de abril de 1961, y otras normas internacionales de aplicación.

tribunal provincial popular correspondiente al domicilio de la parte que esté obligada a su cumplimiento.<sup>16</sup>

- *Legalidad*. Los órganos judiciales tienen la obligación<sup>17</sup> de actuar dentro de los límites de su competencia y con apego a la ley y otras disposiciones legales, incluyendo el trámite de ejecución de las resoluciones que dicten. El Artículo 7 de la Ley No. 82 de 1997 establece la forma en que la legalidad está garantizada en la actividad judicial.

- *Instancia de parte*. La ejecución se iniciará con la solicitud del ejecutante o beneficiado con la resolución,<sup>18</sup> a diferencia de otras materias, como la penal, en la que el órgano judicial actúa oficiosamente. No obstante, el condenado puede influir en que se inste la ejecución, en el supuesto de que se encuentre sujeto a una medida cautelar.<sup>19</sup> En el juicio ejecutivo, no media la manifestación de voluntad del ejecutante, después de dictada la sentencia de remate; en la propia resolución, el tribunal manda a continuar la ejecución interesada desde la demanda ejecutiva porque, por su naturaleza, no media declaración de condena, sino que parte de la ejecutabilidad del título en que se sustenta la acción que pretende el pago inmediato del crédito.

- *Disponibilidad*. La parte ejecutante puede desistir de la solicitud de ejecución en cualquier estado del proceso.

- *Dualidad de parte y contradicción*. Es necesaria la existencia de dos partes, denominadas ejecutante (beneficiado) y ejecutada (obligado). La igualdad y la contradicción no desaparecen en la actividad de ejecución porque puede producirse oposición al cumplimiento de la resolución judicial, cuando existan determinadas circunstancias impeditivas sobrevenidas, aunque las partes no pueden rediscutir la entidad o carácter de la condena dispuesta en el proceso de conocimiento; solo serán objeto de debate los incidentes que, por su naturaleza, tienen directa relación con la ejecución.

- *Oralidad y audiencia*. De acuerdo con la norma, las posibilidades de exposiciones orales de las partes se limitan al trámite del requerimiento inicial de ejecución; no obstante, el tribunal posee amplias facultades para hacer comparecer a las partes en cualquier estado del proceso, para inte-

<sup>16</sup> Artículo 820, LPCALE.

<sup>17</sup> El Artículo 10 de la Constitución refrenda que «todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad».

<sup>18</sup> El Artículo 474 regula: «Firme que sea una sentencia, se procederá a su ejecución, siempre a petición de la parte interesada por el Tribunal que hubiere conocido del asunto en primera o única instancia».

<sup>19</sup> El Artículo 481 establece que «si el que hubiere obtenido a su favor la ejecutoria no instare para que se cumpla, el condenado podrá solicitar que se señale un plazo para que se efectúe, apercibido de que se dejarán sin efecto las medidas cautelares que se hubieren adoptado».

rrogarlas sobre los sucesos que se produzcan durante la ejecución y someter estos a debate e, incluso, a actividad probatoria.<sup>20</sup>

- *Tipo de prestación.* Las obligaciones o condenas contenidas en las resoluciones judiciales pueden ser dinerarias (pago de una cantidad líquida o ilíquida), de dar, de hacer o no hacer; para cada una de ellas, la ley procesal diseña una tramitación específica.<sup>21</sup>

- *Completa satisfacción del ejecutante.* Presupone que la resolución judicial debe cumplirse en sus propios términos y, de no ser posible, el acreedor tiene derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios que, de ello, se deriven.<sup>22</sup> Es de vital significado que los jueces declaren, con absoluta certeza, la imposibilidad de la ejecución específica, pues es este el resultado que espera el acreedor, como corolario de una tutela judicial efectiva y, para ello, el tribunal debe agotar todos los mecanismos que ofrece el ordenamiento jurídico.

- *Celeridad y economía.* Los trámites judiciales deben ser ágiles y oportunos; las acciones de ejecución, para que sean efectivas, deben realizarse con prontitud y carácter sumarísimo. Este es un componente esencial de la gestión de la calidad en la administración de justicia relacionado con la economía procesal propiamente y, también, con la reducción de los costos de los procesos, que son los gastos presupuestarios internos de la institución.

- *Prescripción.* La acción de ejecución tiene límite por el transcurso del tiempo y el abandono del acreedor. En el Artículo 116 del Código civil, se establece que las acciones derivadas de resolución firme prescriben al año e igual término prevé el Artículo 821 de la LPCALE para los laudos arbitrales. Para que proceda el rechazo de la solicitud de ejecución por prescripción, es indispensable que sea opuesta por el deudor o ejecutado como excepción, que excluye la posibilidad de su apreciación de oficio por el tribunal.

## **PRINCIPALES INSUFICIENCIAS EN LA EJECUCIÓN FORZOSA DE RESOLUCIONES JUDICIALES**

La falta de eficacia de la ejecución forzosa debe analizarse desde una doble perspectiva: de un lado, las deficiencias funcionales de la administración de justicia; y, del otro, las carencias u obsolescencias en el plano normativo.

<sup>20</sup> Artículo 42.

<sup>21</sup> El Artículo 475 regula el procedimiento para ejecutar condenas de pagar cantidad líquida; el 478 establece los pasos que deben seguirse en cuanto a las obligaciones de entregar bienes, hacer o no hacer; y el 479 define los trámites que han de cumplirse, cuando la suma que se pagará sea ilíquida.

<sup>22</sup> El Artículo 478.4 prevé que, cuando resulte imposible el cumplimiento de la ejecutoria, la condena se convertirá en la indemnización por daños y perjuicios.

En el caso de la ejecución de las resoluciones judiciales, en el ámbito económico, se identifican insuficiencias que se producen por causas internas y externas. Las primeras, corresponden al funcionamiento del órgano jurisdiccional y a la ausencia de una instrumentación complementaria o metodológica que oriente la actuación de los jueces, y les ofrezca mecanismos que les permitan ejecutar uniformemente, y con efectividad, las resoluciones judiciales, en correspondencia con las exigencias del nuevo escenario socioeconómico; y las segundas, son las cuestiones que obstaculizan o retardan la ejecución del mandato judicial y que el tribunal no puede transformar en el marco de sus facultades legales.

A continuación, relaciono las causas y subcausas que condicionan la existencia de este problema y la necesidad de perfeccionar el procedimiento para la ejecución forzosa de las resoluciones judiciales firmes dictadas, en el ámbito de los conflictos económicos, en el contexto actual del país.

Existen en Cuba regulaciones de obligatoria observancia en el trámite de ejecución judicial en el ámbito económico y, a la vez, persiste la ausencia de ordenación de determinados supuestos que influyen en la toma de decisiones y retardan el cumplimiento de las resoluciones judiciales; algunas de ellas son:

- *Prelación de créditos*: El Artículo 307 del Código civil establece que, además de los acreedores singularmente privilegiados,<sup>23</sup> para hacer efectivos sus créditos sobre el resto del patrimonio del deudor, tendrán preferencia por el orden siguiente: los parientes, cobro de alimentos; los trabajadores, salarios; el Estado, cobro de créditos, impuestos, responsabilidad material y civil y sanciones pecuniarias; los bancos y, por último, las empresas estatales. Esto significa que, ante el embargo dispuesto por mandato judicial de la cuenta bancaria del deudor (persona natural o jurídica), el banco, de oficio, cumple la referida prelación para ejecutar los pagos y, como las resoluciones judiciales no tienen carácter privilegiado, corresponde su ejecución en último lugar de la lista anteriormente referida.

- *Inembargabilidad de los bienes estatales*. Por mandato constitucional,<sup>24</sup> los bienes del patrimonio estatal administrados directamente por el Estado, y por las empresas y entidades estatales, no podrán ser objeto de embargo, medida cautelar o asegurativa, excepto sus recursos financieros. Esto constituye una limitación para proceder a la ejecución de sentencias contra las empresas estatales u otros entes que administran bienes del Estado, pues solo se podrán hacer efectivos los créditos con sus finanzas que, en no pocas ocasiones, son insuficientes. Este principio obedece a un fun-

<sup>23</sup> Son acreedores singularmente privilegiados aquellos que poseen a su favor una garantía que grave determinados bienes del deudor; ver, por ejemplo, las reguladas en los artículos 270, 278, 413.2, 428 b) y 442, todos del Código civil.

<sup>24</sup> Artículos 17 de la Constitución, 463 de la LPCALE y 44.2 del Código civil.

damento político, en correspondencia con la esencia de nuestro régimen económico y no puede ser transformado.

- *Procedimiento centralizado para otorgar la capacidad de liquidez de los pagos en moneda extranjera.* Cuando la deuda es en una moneda extranjera, le corresponde al Ministerio de Economía y Planificación (MEP) asignar la capacidad de liquidez del pago, en cumplimiento de la política del Estado en el control de las divisas del país; las acciones de ejecución de resoluciones judiciales, en estos casos, consisten en retener la suma equivalente en pesos cubanos convertibles (CUC) en la propia cuenta del deudor, hasta que se obtenga la autorización para el pago en la moneda libremente convertible.

- *Dualidad monetaria.* La coexistencia de varias monedas en el país, para la realización de las transacciones comerciales, hace complejo el trámite de ejecución y dificulta la apreciación objetiva de la situación real de los deudores.

- *Inexistencia de procedimiento concursal.* El Artículo 307.2 del Código civil define que, de ser insuficiente el patrimonio transmisible del deudor, los acreedores privilegiados cobrarán sus créditos a prorrata, pero no existe legalmente un procedimiento concursal que permita su materialización, situación esta que se pone de manifiesto con frecuencia en los procesos de ejecución en la materia económica.

- *Ausencia de ley de insolvencia.* No existe en el país regulación jurídica específica para la declaración y procedimiento de insolvencia. En el Código de comercio,<sup>25</sup> se plasmaron aspectos sustantivos de la institución de la quiebra, tales como: sujetos, órganos, tipos y efectos; sin embargo, las leyes procesales que le sucedieron no regularon el procedimiento que posibilitara su aplicación, por lo que, en la práctica, fueron inoperantes sus preceptos en todas las formas de gestión de la economía. En tal sentido, el Decreto-Ley No. 24 de 1979<sup>26</sup> había declarado inaplicable las instituciones reguladas en aquella norma a la actividad de la empresa estatal socialista. Tampoco existe una ley de empresa, que regule todo lo relacionado con la creación, funcionamiento y extinción de este sujeto económico en todas sus modalidades.

- *Inexistencia de un registro del negocio.* Indefinición de los activos y ausencia de registro del patrimonio (capital) de las formas no estatales, para responder por sus obligaciones.

## **Actos procesales**

La regulación legal del proceso de ejecución forzosa aplicable a la jurisdicción económica presenta ambigüedades y omisiones que dificultan un

<sup>25</sup> El Código de comercio, vigente en nuestro país, entró en vigor por el Real Decreto de 28 de enero de 1886.

<sup>26</sup> Este Decreto-Ley fue derogado por el 304 de 2012, «De la contratación económica».

desarrollo pleno de todos los actos procesales<sup>27</sup> encaminados a su segura consecución, tales como:

- *Inutilidad del requerimiento de pago.* La ley de procedimiento concibió este acto para el proceso civil, con el objetivo de que el deudor efectúe el pago de la deuda en el acto,<sup>28</sup> el cual no se produce en el proceso económico, por lo engorroso de la contabilidad de las personas jurídicas, y que solo pueden realizar pagos en efectivo hasta determinada cantidad de dinero. Por otro lado, en ocasiones, los deudores acreditan haber pagado, de manera total o parcial, la deuda, y los acreedores lo desconocen, o viceversa, el acreedor confirma que ha recibido pagos parciales y la representación de la deudora no está informada. Asimismo, se justifican pagos con estado de cuenta, los que, al ser revisados, amparan facturas que no son las reclamadas en el proceso, por lo que generalmente este acto queda inconcluso y demuestra la insuficiente comunicación de las partes en conflicto.

- *Escasa regulación para la ejecución contra persona jurídica.* El Artículo 480 de la ley procesal es el único precepto que recoge un acto procedimental de ejecución, específico para la persona jurídica, el que resulta insuficiente porque solo se refiere a las entidades estatales, e indica que, de ser insuficientes los fondos de estas, se les conminará a que los incluya en su propuesta presupuestaria, sin regular el procedimiento que le sigue a tal disposición. Además, no existe criterio delimitador de la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica, de la personal y funcional de sus directivos.

- *Indefinición de las acciones sobre los créditos del deudor.* Cuando son insuficientes los recursos monetarios en la cuenta bancaria del deudor, el ejecutante podrá solicitar al tribunal que disponga «las medidas correspondientes», respecto a los créditos del obligado en relación con terceros, sin embargo, no define cuáles.<sup>29</sup>

- *Falta de un diseño para la realización de la subasta:* De la forma en que se regula la vía de apremio en la ley de procedimiento, la subasta de los bienes embargados se realiza en sede judicial, pero no existe un método uniforme que guíe a los jueces al ejecutar este acto procesal tan complejo, que requiere del depósito de bienes para su exhibición, pago en efectivo y publicidad.

- *Obsolescencia de la norma conjunta TSP-BCC.* El 9 de julio de 2004, estas instituciones firmaron un procedimiento para ordenar las relaciones de trabajo, con el objetivo de dar cumplimiento a los oficios de embargo de cuenta bancaria y la ejecución de las sentencias, que constituyó un

<sup>27</sup> Díaz Tenreiro conceptualiza el acto procesal como el acontecimiento de la voluntad humana realizado en el proceso, con trascendencia jurídica en este, y está constituido por las actuaciones judiciales contenidas en el expediente. (Carlos M. Díaz Tenreiro: «Los actos procesales», en Juan Mendoza Díaz *et al.*, *Lecciones de Derecho procesal civil*, p. 150).

<sup>28</sup> Artículo 475, LPCALE.

<sup>29</sup> Artículo 808, LPCALE.

importante impulso al cumplimiento de las numerosas resoluciones judiciales pendientes de cumplimiento en ese momento. Esta norma necesita ser revisada y actualizada, en las nuevas circunstancias y exigencias de nuestra economía.

- *Falta de diseño procesal para la liquidación judicial de sociedades mercantiles.* La nueva Ley de la inversión extranjera<sup>30</sup> le concedió la competencia exclusiva a los tribunales cubanos para conocer los conflictos surgidos con motivo de la inactividad de los órganos de gobierno de las modalidades de inversión extranjera y la disolución o terminación y liquidación de estas, pero la norma adjetiva, anterior en su promulgación, no regula el procedimiento por el que han de discurrir los jueces y las partes al efecto. Ante la nueva conflictividad que existe en el país, este tipo de asunto tiende al incremento y, en ocasiones, se retarda la tramitación por la complejidad que comporta, por lo que es necesario y urgente revertir las insuficiencias para la satisfacción de los justiciables y asegurar la credibilidad del país.

- *Desactualización de las instrucciones 185 bis (2007) y 215 (2012), del CGTSP.* La primera instruyó la posibilidad de limitar el embargo de la cuenta bancaria del deudor, con el objetivo de que este recupere sus utilidades y pueda cumplir la condena pendiente; y la segunda, en su apartado decimoprimer, dispuso la forma de proceder, cuando el tribunal reciba información de que la cuenta bancaria de la empresa deudora no tenga fondos suficientes para honrar la deuda. Ambas disposiciones necesitan adecuaciones e integración, con el fin de ajustarlas a las nuevas expectativas y exigencias procedimentales de la ejecución de las decisiones judiciales.

- *Indefinición del alcance de la actuación judicial respecto a los deudores.* Cada vez, resulta más evidente la necesidad de precisar las acciones concretas que se pudieran realizar para conminar a los deudores al cumplimiento de los fallos judiciales, incluyendo los apremios personales, como orden de conducción por la Policía Nacional Revolucionaria (PNR), en caso de ausencia a las citaciones del tribunal o negativa a recibir las diligencias; no existe definición del cauce para la exigencia de la responsabilidad administrativa.

### **Actitudes de las partes**

En el proceso de ejecución, ambas partes adoptan determinadas posturas que, por rebeldía manifiesta, desinterés o desconocimiento, afectan la eficacia de la ejecución del mandato judicial y requieren de una actuación diferente de los jueces.

Estas conductas negativas se manifiestan de las formas siguientes: insuficiente utilización de las medidas cautelares; insolvencia de los agen-

<sup>30</sup> Ley No. 118, de 29 de marzo de 2014, Artículo 60.3; y el Artículo 37 del Reglamento (Decreto No. 325, de 9 de abril de 2014).

tes económicos; poca utilización por los interesados de la compensación,<sup>31</sup> como modo de extinción de las obligaciones; inasistencia injustificada de los deudores a los actos judiciales; insuficiente utilización de las garantías del cumplimiento de las obligaciones en las transacciones que realizan; las comisiones liquidadoras de las entidades estatales o cooperativas no consultan al tribunal sobre la existencia de deudas pendientes de ejecución en sede judicial; desidia de los acreedores en el trámite de ejecución, quienes realizan la solicitud correspondiente y, después, se desentienden y no realizan propuestas para impulsar la ejecución, cuando esta se produce a su instancia.

### ***Efectividad de la actuación del tribunal***

El Artículo 4 de la Ley No. 82 de 1997 establece, como principales objetivos de la actividad de los tribunales:

cumplir y hacer cumplir la legalidad socialista; salvaguardar el orden económico, social y político establecido en la Constitución; proteger la propiedad socialista, la personal de los ciudadanos y las demás formas de propiedad que la Constitución y las leyes reconocen; y prevenir las infracciones de la ley y las conductas antisociales, reprimir y reeducar a los que incurrir en ellas y restablecer el imperio de las normas legales, cuando hayan sido violadas.

Como aspectos adversos que atentan contra este propósito, se identifican las siguientes: deficiente redacción de los fallos de las resoluciones judiciales, referente permanente y punto de partida del proceso de ejecución; insuficientes acciones del tribunal en pos de obtener la información necesaria para la adopción de decisiones, atendiendo a las peculiaridades de cada caso, a partir de patrones generales; deficiente ejercicio de la autoridad y de las facultades de que está investido el tribunal; insuficiente información estadística y utilización de esta al evaluar tendencias; escasa utilización de la conciliación en el trámite de ejecución, para propiciar el acercamiento de posiciones y comunicación de las partes en conflicto; demora en la tramitación de los procesos judiciales; y falta de Informatización del proceso de ejecución.

<sup>31</sup> La Resolución No. 347 de 2013, de la ministra de Finanzas y Precios, estableció las regulaciones financieras que deben aplicar las cooperativas, las empresas (incluyendo las mixtas, las de capital totalmente extranjero, las estatales), las sociedades mercantiles de capital ciento por ciento cubano y las unidades presupuestadas, otras entidades económicas, y los trabajadores por cuenta propia, para utilizar la compensación de deudas, como forma de extinción de las obligaciones, cualquiera que fuese la fuente generadora de la obligación, conforme a lo previsto en los artículos 301, 302 y 303 del Código civil, de 16 de julio de 1987.

### **Coordinación con actores de complementación**

No existe la debida instrumentación de los deberes y atribuciones en el proceder de los órganos, organismos, instituciones y entidades que intervienen en la ejecución de las resoluciones judiciales, lo que afecta la calidad del servicio judicial. Entre ellos, están:

- Ausencia de un listado de peritos disponibles para el trámite de ejecución, fundamentalmente en las especialidades de contabilidad, economía y gestión empresarial requeridas.

- Con los bancos comerciales: Demora en el cumplimiento de los oficios de ejecución que se remiten al banco. Dificultades para realizar pagos parciales desde las cuentas bancarias porque se limita al 40% de la deuda. Exigencia de datos específicos como el número y titular de la cuenta bancaria, cual requisito para cumplir el mandato judicial que, en ocasiones, no se puede obtener por el ejecutante y dificulta la estrategia de ejecución.

- Falta de coordinación y efectividad del auxilio de las fuerzas públicas (PNR, como agente del orden para actuar en caso necesario).

- El BCC centraliza la información sobre las cuentas bancarias del deudor y, cuando las salas de lo Económico de las diferentes provincias disponen la solicitud de esta búsqueda, se aprecia lentitud en el mecanismo para su obtención y respuesta expedita.

- Deficiente coordinación de acciones conjuntas con los principales entes de control, con incidencia en la economía.

## **BASES PARA EL PERFECCIONAMIENTO DE LA EJECUCIÓN FORZOSA**

### **Aspectos que deben implementarse**

A partir del análisis de las causas que provocan la ineficacia del proceso de ejecución forzosa de las resoluciones judiciales en la materia económica, concibo la reforma sin la implicación inminente de modificaciones legislativas, a partir de transformaciones en la propia actuación del órgano judicial, la potenciación de las herramientas que la ley procesal vigente establece y el reforzamiento de la coordinación con otros órganos estatales implicados, lo que podrá encauzarse mediante la facultad que posee el CGTSP para dictar instrucciones que uniformen la práctica judicial.

Los aspectos que considero que deben ser transformados o complementados los agrupé en tres ejes fundamentales, organizados de la forma siguiente:

1. Redimensionamiento y contextualización de la actuación de los tribunales.
2. Instrumentación y diseño procesal uniforme de algunas herramientas previstas en la ley de procedimiento vigente.

3. Establecimiento de mecanismos efectivos de coordinación con otras instituciones estatales.

### **Redimensionamiento y contextualización de la actuación de los tribunales**

Al efecto, el doctor Fernando Álvarez Tabío señaló:

Solo con jueces independientes y responsables, dotados de amplia preparación jurídica y sociológica, e investidos de gran autoridad e iniciativa, en su elevadísima y cotidiana misión, es que el anhelo de justicia social podrá latir en la vida misma como en la norma abstracta, fundido en síntesis que encarne el carácter y la cultura de un pueblo en su constante lucha por la superación.<sup>32</sup>

La necesidad de atender este aspecto con prontitud está sustentado en que el escenario económico y social del país ha sufrido transformaciones en los últimos años, basado fundamentalmente en el clima de exigencia, orden y disciplina, lo que implica una actuación diferente de los tribunales, guiados por el adecuado ejercicio de su autoridad, actuación inteligente y constante autopreparación, para el logro de una tramitación judicial ágil y efectiva.

La concreción de estas premisas se refleja en la propia actuación del tribunal, en la medida en que este logre conducir acertadamente el proceso e incidir de manera positiva en las partes en conflicto: Para alcanzar tal objetivo, deben quedar alineados los aspectos siguientes:

- El contenido de los fallos judiciales, desde la colegiación y posterior concreción en la resolución, tiene que ser coherente con los debates y las pruebas, con una redacción comprensible y, consecuentemente, ejecutable, porque este es el punto de partida y el referente permanente del proceso de ejecución.<sup>33</sup> Especial cuidado han de tener los jueces con los autos que aprueban acuerdo o transacción judicial porque, en la práctica, y paradójicamente, son los más difíciles de ejecutar, debido a que el tribunal no logró captar el verdadero consenso de las partes, como cierre del proceso declarativo, o no lo reflejó adecuadamente en la resolución.

- Los jueces realizarán todas las acciones, de manera oportuna, para obtener la información necesaria que les permita adoptar las decisiones durante la ejecución, atendiendo a las peculiaridades de cada caso y a partir de patrones generales. Para ello, deben ejercer adecuadamente la autoridad de que están investidos y las facultades previstas en la ley, especialmente las reguladas en los artículos del 38 al 42 y la disposición especial tercera de la LPCALE.

<sup>32</sup> Fernando Álvarez Tabío: «El juez activo en el proceso civil», en TSP, *Fernando Álvarez Tabío: paradigma del Derecho en Cuba*, p. 28.

<sup>33</sup> La Instrucción No. 225 (CGTSP, 17 de octubre de 2013) estableció la «Metodología de redacción de sentencias y autos en materia civil, de familia, administrativa y económica».

- Ante la escasa utilidad del requerimiento<sup>34</sup> de pago establecido en la ley procesal, como paso inicial del proceso de ejecución de las resoluciones dictadas en el proceso ordinario de lo económico con condenas pecuniarias, debido a las causas señaladas, es preciso dotar a este acto del contenido que, objetivamente, pueda ser cumplido por el tribunal y las partes, para lo cual se impone la correcta citación a los intervinientes y que la diligencia a este fin refleje, explícitamente, lo que se persigue con el acto, las obligaciones y los apercibimientos a las partes. También podrá aprovecharse la presencia de las partes en el requerimiento, para procurar la conciliación entre estas, sobre la forma en que ejecutarán la decisión, propiciando el acercamiento de posiciones y la comunicación entre ellas y, en el caso de que existan obligaciones recíprocas, podrá el tribunal sugerir su compensación, como pasos anteriores al desencadenamiento de la vía de apremio.

- Especial ordenación y uniformidad requiere la definición del alcance de la actuación judicial respecto a los deudores, precisar las acciones para conminar a estos al cumplimiento, incluyendo los apremios personales, como la orden de conducción por la PNR, en el caso de inasistencia a las citaciones del tribunal o negativa a recibir las diligencias y, además, instrumentarse el cauce de exigencia de la responsabilidad administrativa. Se sugiere la adecuación, para la materia económica, del Acuerdo No. 82, Dictamen No. 274, de 11 de agosto de 1987, del CGTSP.<sup>35</sup>

- Muy relacionado con lo anterior, y por la escasa regulación de la ejecución forzosa contra la persona jurídica, es necesario que los jueces cuenten con las herramientas idóneas para proceder en la forma correcta, estableciéndose el alcance de la actuación del tribunal, a partir de la separación de la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica, de la personal y funcional de sus directivos. Es preciso revisar y adecuar, en lo necesario, el contenido del Acuerdo No. 159 (Dictamen No. 204, CGTSP, 25 de octubre de 1984).<sup>36</sup> También es conveniente definir el alcance y supuestos de aplicación del Artículo 480 de la ley de procedimiento vigente.

- Insistir en la utilización de la estadística judicial, como información que permite evaluar tendencias del trámite de ejecución, el comportamiento de

<sup>34</sup> La Instrucción No. 226 (CGTSP, 27 de noviembre de 2013) estableció la «Metodología para la celebración de actos judiciales civiles, de familia, administrativos y económicos».

<sup>35</sup> El Dictamen No. 274 de 1987 estableció que, para ejecutar una sentencia en materia civil, podrán ser empleados los medios necesarios al efecto, entre los que se encuentra comprendido, cuando proceda, el auxilio de la PNR.

<sup>36</sup> El Dictamen No. 204 de 1984 estableció que la mera negativa del demandado a cumplir la sentencia recaída en un proceso civil no constituye delito porque, en esa esfera del Derecho, se regula el procedimiento para la ejecución forzosa de la sentencia y el actor está obligado a utilizar esa vía, a fin de ejecutar la declaración judicial; en consecuencia, solo si el ejecutado comete alguno de los delitos previstos en el Código penal, surge la acción penal para perseguir al autor de ese hecho.

los agentes económicos, constatar la pluralidad de deudores y acreedores en los diferentes procesos y la incidencia de los disímiles sectores de la economía. Esta información también debe utilizarse para identificar los procesos judiciales que presentan demora en la tramitación y sus causas, con el objetivo de adoptar las medidas que permitan impulsar la ejecución.

- Necesidad de concluir la informatización del proceso de ejecución en materia económica. El sistema se sustenta en una plataforma *web* que dará la posibilidad —a los usuarios internos y externos, de acuerdo con los permisos otorgados— de realizar los trámites procesales con agilidad y uniformidad, y permitirá controlar, en tiempo real, el funcionamiento de la actividad jurisdiccional.

### ***Instrumentación y diseño de algunas herramientas previstas en la ley***

El nuevo escenario económico del país, la independencia funcional de la empresa estatal a la que se aspira, la presencia cada vez mayor de los nuevos agentes económicos no estatales, el cambio en la conflictividad en sus relaciones comerciales, de producción y servicio, más la competencia otorgada a los tribunales ordinarios para solucionar determinados conflictos sobre la inversión extranjera, justifican la urgencia de retomar algunas instituciones jurídicas, casi olvidadas, de aplicación en el proceso de ejecución forzosa y la contextualización de otras de mayor utilización.

Algunas de estas regulaciones fueron concebidas por el legislador sin una detallada ordenación de su tramitación, lo que provoca que se susciten prácticas diversas por las salas de lo Económico de los diferentes tribunales provinciales populares, lo cual también genera incertidumbre en los jueces, ante la ausencia de referentes de la práctica judicial, que incide en dilaciones del proceso, unido al hecho de que las partes no insten o coadyuven a su aplicación, por el desconocimiento de los pasos convenientes en su materialización. Para alcanzar la uniformidad que se requiere en la actuación del tribunal, es necesario instrumentar los aspectos siguientes:

- Diseñar las acciones que debe realizar el tribunal sobre los créditos del deudor, en cumplimiento del Artículo 808 de la LPCALE y de la Instrucción No. 215 de 2012, del CGTSP, una vez que este entregue el informe con la relación de los créditos pendientes de cobrar, sus montos, nombres y ubicación de los deudores y la fecha de vencimiento de cada uno. Respecto a la aplicación de este artículo, existen varias posiciones,<sup>37</sup> las que podrán ser valoradas por el CGTSP; una de ellas, dirigida a que el tribunal orde-

<sup>37</sup> Por ejemplo, el Proyecto de Código procesal civil modelo para iberoamérica lo define de otra forma, en el Artículo 324.3: «Cuando se embargue un crédito del deudor, el acreedor quedará, por ese solo hecho, facultado para realizar las gestiones judiciales o extrajudiciales pertinentes para obtener la efectividad de la medida dispuesta».

ne al deudor seleccionado, tomando en cuenta el monto que ha de pagar y la fecha de vencimiento del crédito, que realice los pagos directamente a la cuenta del ejecutado y le comunique la prohibición de hacerlo por otro medio de pago, con los apercibimientos correspondientes; otra alternativa pudiera encaminarse a ordenar la cesión forzosa del crédito, aplicando lo previsto en el Artículo 257 del Código civil. No obstante, no quedaría liberado el deudor condenado en el proceso judicial hasta que se haga efectivo el cumplimiento de la resolución judicial que se ejecuta.

- Delinear los elementos esenciales que ha de cumplir el tribunal para la realización de la subasta de los bienes embargados a los ejecutados no estatales, regulada a partir del Artículo 502 de la LPCALE. Los aspectos que deben quedar definidos son: lugar de realización de la subasta; realización de la venta directamente por el tribunal o la realizada por medio de una entidad especializada con la supervisión de los jueces; ubicación de los bienes que han de subastarse, para la exhibición a los posibles compradores; entidad que realizará el avalúo de los bienes embargados; cómo se logra la adecuada publicidad para citar a los postores, mediante la *Gaceta Oficial de la República*, o por medios no convencionales, como periódicos y la radio, local y nacional, o simplemente por medio de un edicto que se publique en la tablilla de anuncios del tribunal; determinación de las personas naturales o jurídicas que pueden acceder a la subasta para comprar los bienes embargados; cómo se realiza la verificación de las certificaciones y la inscripción de la venta en el Registro de la propiedad y en la contabilidad del comprador; y cuál es el procedimiento para el depósito del dinero de la venta, la fianza y otras consignaciones.

- La liquidación judicial forzosa de sociedades mercantiles disueltas debe ser objeto de una exhaustiva configuración, debido a la inexistencia de procedimiento, la exigua experiencia de los jueces en este trámite y el incremento de tales litigios, a partir de la vigencia de la nueva Ley de inversión extranjera.<sup>38</sup> Es incuestionable la necesidad de definir con urgencia las cuestiones siguientes:

- Quiénes son los legitimados para interesar la liquidación judicial y en qué posición procesal litiga la sociedad disuelta.

- Cómo se designan los liquidadores, cuál es la especialización idónea, cómo realizarán sus funciones y en qué término.

- Cómo se liquida y, posteriormente, se consigna la porción que le corresponde al ejecutado (socio o parte), que ha permanecido ausente en el proceso por no personarse, luego de la citación judicial.

- De qué manera debe actuar el tribunal para la entrega del haber social a cada socio y cómo se procede, cuando el balance final es negativo.

<sup>38</sup> Sobre este asunto, puede consultarse a Yolanda Pino Martínez, «Disolución y liquidación judicial de algunas modalidades de la inversión extranjera», p. 98.

– Cómo deben proceder el tribunal y los liquidadores, cuando se solicite y se adopte la medida cautelar de continuidad de las operaciones de la sociedad que se liquida.

– Cómo se procede con la participación estatal en la sociedad mercantil o el contrato de asociación.

– Forma en la que se liquida una industria o maquinaria ubicada en el territorio nacional, con plena capacidad para seguir funcionando, y se interese por una de las partes su desarticulación. En este supuesto, debe valorarse la posibilidad de aplicación de lo regulado en el Artículo 166.2 del Código civil.

– Cómo se liquidan los bienes intangibles, cuando no existen pronunciamientos al respecto en los estatutos de la sociedad o en el contrato de asociación.

- Actualizar la Instrucción No. 185 bis de 2007, referida al procedimiento para modificar la medida cautelar de embargo de cuenta bancaria, debido a la necesidad de perfeccionar algunas de sus disposiciones, en cuanto a establecer el tiempo de aplicación de la medida de levantamiento parcial del embargo de cuenta bancaria y el mecanismo para realizar el monitoreo con el objetivo de valorar su efectividad; definir la fundamentación o contenido de los documentos que presentará el deudor al tribunal para justificar la solicitud; eliminar el límite del 50% del embargo susceptible de levantar, dejando tal ponderación al tribunal; y prever el traslado al acreedor con la solicitud del ejecutado, de manera que este pueda hacer alegaciones a su favor.

- Valorar la modificación del apartado decimoprimer de la Instrucción No. 215 de 2012, que regula la actuación del tribunal, ante la insolvencia prolongada del deudor, en cuanto a la inclusión de perito para que analice los estados financieros y el estado de cuentas presentados por el ejecutado, y ofrezca al tribunal un dictamen sobre la situación real del deudor. También debe orientarse a las salas de lo Económico la forma de proceder ante la desidia o ausencia de los acreedores en los trámites de ejecución, y en los casos en que el deudor realice transacciones a favor de terceros, por vía o cuenta bancaria distinta a la embargada.

- Con la presencia cada vez mayor de los sujetos no estatales de la economía, como las cooperativas no agropecuarias, los trabajadores por cuenta propia y las cooperativas agropecuarias, debe dotarse a los jueces de mecanismos eficaces para proceder contra los bienes integrantes del patrimonio de estos, en caso de iliquidez, precisando si se accionará solo sobre el patrimonio del negocio o, también, contra el personal de sus integrantes.

### ***Establecimiento de mecanismos efectivos de coordinación***

Para la concreción de las acciones coordinadas con todos los órganos que están obligados a intervenir en la ejecución de las resoluciones judiciales y con otros organismos globales que, por sus funciones, integran el sistema de

control de la economía o deben facilitar información, son necesarias la definición y la protocolización de la secuencia de acciones de complemento y de garantía de la ejecución, a fin de que la actuación judicial sea más ágil y eficaz:

- Sistema bancario. Actualizar la norma conjunta TSP-BCC, de 9 de julio de 2004, modificándose los aspectos siguientes: posibilidad de efectuar pagos parciales por el banco sin necesidad de completar el 40% del total de la deuda; reducir el término establecido en esta norma para la respuesta del Banco; y eliminar la exigencia de datos específicos como el NIT, el número y titular de la cuenta bancaria, como requisito para cumplir el mandato judicial, posibilitando que se proceda contra todas las cuentas bancarias que posea el ejecutado.

- BCC. Al centralizar esta la información sobre la relación de las cuentas bancarias por las que opera el deudor, debe establecer un mecanismo de comunicación con los tribunales del país que permita impregnarle mayor celeridad a ese trámite.

- PNR. Como agente del orden, debe garantizar su presencia oportuna y eficaz en el lugar de la ejecución forzosa, en los casos que sea necesario.

- Ministerio de Finanzas y Precios (MFP). Orientará que las comisiones liquidadoras<sup>39</sup> de las entidades estatales o cooperativas, en todos los casos, consulten al tribunal sobre la existencia de deudas pendientes de ejecución, como parte del procedimiento, a los fines de su jerarquización.

- Confeccionar una lista de peritos disponibles, por las especialidades que con más frecuencia se requieren en esta materia, para que auxilien al tribunal con prontitud y calidad, cuando sean convocados.

- Protocolizar mecanismos de trabajo y de información con los entes de control, con incidencia en la economía: Contraloría General de la República,<sup>40</sup> Oficina Nacional de la Administración Tributaria, MFP,<sup>41</sup> MEP, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, administraciones provinciales y municipales.

## CONCLUSIONES

1. El proceso de ejecución forzosa de resoluciones judiciales, en el ámbito económico cubano, requiere ser transformado para garantizar su eficacia,

<sup>39</sup> Vid. Resolución No. 127 de 2015, de la ministra de Finanzas y Precios, a cumplir por las comisiones liquidadoras de las entidades económicas estatales subordinadas al Ministerio de la Agricultura.

<sup>40</sup> Vid. Instrucción No. 213, de 14 de diciembre de 2011.

<sup>41</sup> El Acuerdo No. 7334 de 2012, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, otorgó al MFP la función de dirigir y controlar la ejecución de la política de cobros y pagos; y la Resolución No. 143 de 2013, de la ministra, aprobó el «Procedimiento para el ordenamiento de los cobros y pagos en el país».

atemperándolo a la nueva conflictividad y dinámica de la economía en el contexto actual del país.

2. Las causas que influyen en la ineficacia del proceso de ejecución forzosa están asociadas al marco regulatorio, las actitudes de las partes, la efectividad de la actuación del tribunal, el diseño de los actos procesales y los mecanismos de coordinación con las instituciones que la complementan.
3. Los aspectos que requieren ser modificados o instrumentados se concentran en tres ejes fundamentales: redimensionamiento y contextualización de la actuación de los tribunales, instrumentación y diseño procesal uniforme de algunas herramientas legales, y establecimiento de mecanismos efectivos de coordinación con otras instituciones estatales.
4. Los aspectos identificados para efectuar el cambio pueden ser encauzados por medio de las facultades constitucionales del CGTSP para dictar instrucciones que uniformen la práctica judicial.
5. La reforma proyectada garantiza mayor eficacia en la ejecución forzosa de las decisiones en materia económica.
6. Con la actualización de los trámites de ejecución, que ha sido modelada, se eleva la calidad del servicio judicial, lo que contribuye al cumplimiento de los requerimientos de la economía, que se traduce en la satisfacción de los intereses y necesidades de la población, el incremento de su desarrollo, garantiza los estándares sociales, la seguridad jurídica y se refuerza la credibilidad del Estado, con lo que se consolida la soberanía e independencia nacional.

## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Tabío, Fernando: «El juez activo en el proceso civil», en TSP, *Fernando Álvarez Tabío: paradigma del Derecho en Cuba*, La Habana, 2011.
- Cobo Roura, Narciso Alberto: «La justicia ambiental ante las salas de lo Económico en Cuba», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 15, enero-junio, La Habana, 2000.
- Colectivo de autores: *Temas de Derecho Económico*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Díaz Tenreiro, Carlos Manuel: «Los actos procesales», en Juan Mendoza Díaz *et al.*, *Lecciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- Elizalde Almeida, Ibrahim y María de los Á. Venegas Pentón: «El estado de insolvencia de las entidades estatales», en *Justicia y Derecho*, año 12, no. 22, junio, La Habana, 2014.

- Góngora García, Yamisell: «La insolvencia patrimonial en la jurisdicción económica cubana», en *Justicia y Derecho*, año 8, no. 15, diciembre, La Habana, 2010.
- Mendoza Díaz, Juan: «Hacia una concepción unitaria del Derecho procesal en Cuba», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 26, julio-diciembre, La Habana, 2005.
- Mendoza Díaz, Juan, Carlos M. Díaz Tenreiro y Carmen Hernández Pérez: *Lecciones de Derecho procesal civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001.
- Moreno Catena, Víctor, Valentín Cortés Domínguez y Vicente Gimeno Sendra: *Derecho procesal civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Pino Martínez, Yolanda: «Disolución y liquidación judicial de algunas modalidades de la inversión extranjera», en *Justicia y Derecho*, año 13, no. 24, junio, La Habana, 2015.

## **Legislación**

- «Constitución de la República de Cuba», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 3, La Habana, 31 de enero de 2003.
- Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico*, MINJUS, La Habana, 1999.
- «Ley No. 118, de 29 de marzo de 2014, “De la inversión extranjera”», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 20, La Habana, 16 de abril de 2014.
- «Ley No. 82, de 11 de julio de 1997, “De los tribunales populares”», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 8, La Habana, 14 de julio de 1997.
- Ley No. 59, Código civil de la República de Cuba, de 16 de julio de 1987.
- Código de Comercio, en vigor por el Real Decreto del 28 de enero de 1886.
- «Decreto-Ley No. 304, “De la Contratación Económica”», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., no. 62, La Habana, 27 de diciembre de 2012.
- Decreto-Ley No. 129, «De extinción del Sistema de arbitraje estatal», 1991.
- Decreto-Ley No. 223, «De la jurisdicción y competencia de las salas de lo económico de los tribunales populares».
- «Decreto No. 325, “Reglamento de la Ley de la inversión extranjera”», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 20, La Habana, 16 de abril de 2014.
- «Decreto No. 89, “Reglas de procedimiento del arbitraje estatal”», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., no. 54, La Habana, 8 de junio de 1981.
- Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Nueva York, de 10 de junio de 1958.
- Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional*, Ginebra, 21 de abril de 1961.
- Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, VI Congreso del PCC*, La Habana, abril de 2011.
- Norma Conjunta del TSP y el BCC*, La Habana, 9 de julio de 2004.
- Proyecto de código procesal civil modelo para iberoamérica*, Edeval, Valparaíso, 1989.

Resolución No. 100, de 23 de abril de 2000, MFP, complementa la Resolución 103/97. «Resolución No. 101, de 18 de noviembre de 2011, “Normas bancarias para los cobros y pagos”, en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 40, La Habana, 21 de noviembre de 2011.

Resolución No. 103, de 13 de marzo de 1997, MFP.

Resolución No. 127, de 2 de abril de 2015, MFP.

Resolución No. 143, de 19 de marzo de 2013, MFP.

Resolución No. 347, de 28 de agosto de 2013, MFP.

Instrucción No. 185 bis, 18 de julio de 2007, CGTSP.

Instrucción No. 213, de 14 de diciembre de 2011, CGTSP.

Instrucción No. 215, de 13 de abril de 2012, CGTSP.

Instrucción No. 225, de 17 de octubre de 2013, CGTSP.

Instrucción No. 226, de 17 de octubre de 2013, CGTSP.

Acuerdo No. 82, Dictamen No. 274, de 11 de agosto de 1987, CGTSP.

Acuerdo No. 159, Dictamen No. 204, de 25 de octubre de 1984, CGTSP.

# LA REVISIÓN PENAL Y LA COSA JUZGADA

---

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

*Esp. cor. Ismael Lema Águila*  
*presidente, Sala de lo Militar, TSP*

## INTRODUCCIÓN

EL IDEAL DE justicia debe materializarse en cada proceso penal como fin supremo del Estado, al ejercer el *ius puniendi*, que es el derecho a imponer una sanción que nace de la comisión de un hecho previsto como delito por la ley y se traduce en una acción penal material, que resulta de la pretensión punitiva formulada en un determinado proceso.

La resolución firme es aquella que concluye el proceso y sus efectos trascienden de manera tal que se convierten en efectos de este, en el sentido de que el fin último de la sentencia no es concluir el proceso, sino resolver su objeto. Sin embargo, lo correcto es decir que la sentencia, al resolver la esencia del debate, también le pone fin.

En materia penal, se considera definitiva aquella sentencia que es dictada en juicio oral y público y es la resolución que resuelve, con carácter decisivo, el objeto del proceso en esa instancia; pero puede no tener la cualidad de firmeza concluyente, si es modificada por efecto de recurso interpuesto y se sustituye por otra resolución (segunda sentencia), cuyos efectos también suplantán los de aquella.

Los efectos de las resoluciones tienen la característica de ser: preclusivos, vinculantes, invariables y ejecutables. El primero impide todo nuevo tratamiento procesal del asunto que ha sido resuelto. Es invariable al adquirir firmeza porque, contra ella, no cabe ningún recurso ordinario, por lo que, además, resulta inimpugnable. La sentencia definitiva, por tanto, resuelve el objeto del proceso, de manera que sus efectos equivalen a cosa juzgada, que significa, a su vez, pretensión resuelta o decidida.

Puede ocurrir que la sentencia que se dicte sea injusta, por no haber llegado a la verdad material de los hechos o por no haberse aplicado correctamente las normas jurídicas. En este caso, la realización del fin de la justicia exige que el Estado permita el desenvolvimiento de un nuevo proceso, mediante el cual se pueda llegar a conocer la verdad o la correcta aplicación de la norma jurídica, y es aquí donde entra a operar el objeto de nuestro estudio: la revisión penal y la cosa juzgada.

El procedimiento de revisión en materia penal constituye una garantía del predominio de la verdad material sobre la verdad formal del pronunciamiento

contenido en una sentencia firme, el que se fundamenta en la prevalencia del valor justicia sobre la seguridad jurídica, no obstante los límites que tiene este tipo de proceso, tanto en las sentencias condenatorias como absolutorias.

En este trabajo, se aborda la revisión penal a partir de los fundamentos por los cuales surge, cuál es su alcance; y realizamos una reflexión sobre los principios de seguridad jurídica y justicia, y el equilibrio entre estos, a fin de contribuir a la certidumbre que deben tener los ciudadanos sobre la invariabilidad e irrevocabilidad de las decisiones judiciales firmes.

De su acertada aplicación dependerá, en gran medida, que prevalezca la justicia, frente a la verdad formal, contenida en una determinada resolución judicial, aunque esta haya adquirido fuerza de cosa juzgada porque el fin con el que surgió y se mantiene en la legislación no es otro que el de evitar que prevalezca una decisión judicial injusta, a pesar de la existencia de una sentencia firme.

La revisión penal también se fundamenta en la protección de los derechos refrendados constitucionalmente. El Artículo 9 de nuestra Carta Magna define que el Estado garantiza la libertad y la dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de la personalidad; protege el trabajo creador del pueblo, la propiedad y la riqueza de la nación; y el 58 establece que la libertad e inviolabilidad de la persona está garantizada en todo el territorio nacional.

De acuerdo con la identidad definida para el Sistema de Tribunales Populares (STP), este constituye un sistema de órganos estatales estructurados con independencia funcional de cualquier otro órgano u organismo del Estado y del Gobierno; servidores públicos responsables de brindar acceso a la justicia, tutela judicial y seguridad jurídica a los ciudadanos, instituciones, entidades y sociedad en general y, en el ejercicio de la función judicial, nos motivan, como valores fundamentales, sentido de lo justo, independencia judicial, imparcialidad, transparencia, probidad, humanismo, honestidad, responsabilidad y patriotismo.

A su vez, el Artículo 4 a), b) y c) de la Ley No. 82, «De los tribunales populares», entre sus funciones, establece la de cumplir y hacer cumplir la legalidad socialista; salvaguardar el orden económico, social y político establecido en la Constitución; amparar la vida, la libertad, la dignidad, las relaciones familiares, el honor, el patrimonio, y los demás derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

En la cúspide del mapa estratégico de la dirección del STP, se coloca a la sociedad y la seguridad jurídica, que tiene como base el reconocimiento social al sistema judicial y a su autoridad, y la única forma de alcanzar esos altos valores es a través de la transparencia en la impartición de justicia, credibilidad, confianza y eficacia de la labor de los tribunales, percibida por los justiciables y otras personas implicadas; por ello, la revisión penal es una necesidad.

## REVISIÓN PENAL-JUSTICIA-SEGURIDAD JURÍDICA

Para comprender la institución jurídica que se analiza, es necesario partir del concepto de revisión que ofrecen algunos procesalistas y su relación directa con los principios de *justicia y seguridad jurídica*.

Antes de adentrarnos en el asunto, es válido analizar la naturaleza jurídica de la revisión penal, sobre la cual mucho se discute, en cuanto a si se trata de un recurso excepcional o extraordinario o de un nuevo proceso, pues las diversas legislaciones lo han conceptualizado de diferente forma.

Tradicionalmente, se caracterizaba como recurso, sin embargo, salvo por el hecho de llevar a cabo un nuevo examen de lo decidido por un tribunal, en este, no están presentes las características del recurso.

La revisión tiene características que la distinguen, esencialmente, del recurso, entre las que se encuentran que este último se establece dentro del plazo legal concedido y antes de la firmeza de la sentencia, mientras que, para promover aquella, se realiza sobre una sentencia firme condenatoria y, cuando se trata de favorecer al sancionado, no hay término; él se caracteriza por ser un acto de parte, mientras que, en ella, es el propio Estado quien decide la revisión de una sentencia de oficio o ante la solicitud del propio sancionado, sus herederos e, incluso, un tercero; el recurso realiza un nuevo examen de la resolución en el mismo proceso en que se dictó, mientras que la revisión constituye uno independiente. La eficacia de aquel depende de que la resolución dictada contenga errores, a partir de hechos conocidos antes de ser dictada o por un error jurídico, mientras que esta se basa en hechos posteriores o que, siendo anteriores al fallo, no hayan sido conocidos por el tribunal que lo dictó, entre otros.

La forma diferente de ver el alcance del tipo de sentencia sobre los que puede recaer la revisión ha incidido en la propia conceptualización de este proceso, lo que se puede observar a partir de las definiciones que a continuación se exponen.

Para Díaz Pinillo, el fundamento de la revisión

deriva de la consideración de que no pueden coexistir dos verdades, una al amparo de la máxima forense *resiudicata pro veritate habetur* y otra, vinculada a los hechos justiciables cuando estas verdades (la realidad material y la declarada en la sentencia, o verdad formal) sean discrepantes. Si se puede demostrar que la versión de los hechos en que se funda la resolución no se aviene con los hechos mismos, sería una monstruosidad jurídica no consentir la revisión del proceso, por falso respeto a la santidad de la cosa juzgada, que solo debe ser inviolable en tanto responda a una verdad real.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Marcelino Díaz Pinillo: «El procedimiento penal de revisión», en *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, p. 188.

Según Florián,

La exigencia de que la sentencia sea conforme a la realidad lo más posible es tan fuerte que se alza contra la sentencia donde no se verifique esto por muy perfecta que sea formalmente. Al interés social de que la cosa juzgada sea respetada e intangible como presunción absoluta de verdad, se sobrepone el interés, individual y social al mismo tiempo, de que la verdad efectiva triunfe y que la inocencia no sea inmolada sobre el altar de una justicia simbólica y aparente. Y ésta es la razón de la revisión [...].<sup>2</sup>

Las regulaciones del recurso, o vía impugnativa que tiene por objeto atacable una sentencia que ya ha adquirido el carácter de cosa juzgada, no se encuentran al margen de este antagonismo. Así, cada regulación del recurso de revisión demuestra un punto posible de inflexión entre los dos objetivos mencionados. Por ello, se afirma que la revisión constituye la excepción a la eficacia de la cosa juzgada.<sup>3</sup>

Beling señalaba que la sentencia firme tiene un efecto preclusivo, que excluye toda posible continuación del proceso sobre el mismo objeto procesal, aun en el caso de que la base fáctica de la sentencia aparezca como desacertada o sustentada en una infracción de la ley. Y, como respecto a las sentencias sobre el fondo, a la firmeza se une el efecto de cosa juzgada, las sentencias firmes sobre el fondo no pueden atacarse tampoco por un nuevo proceso. Sin embargo, excepcionalmente, cabe sacrificar el principio de la firmeza reconociendo ciertas y determinadas razones para la reapertura del proceso que, de esta manera, puede ser revisado con la consecuencia de que se pone en peligro la sentencia firme y su efecto de cosa juzgada.<sup>4</sup>

Gimeno Sendra, Moreno Catena, Almagro Nosete y Cortés Domínguez afirman que «la labor del tribunal de revisión no es determinar si existe o no alguna causa que invalide la sentencia sino sólo y exclusivamente si, a la vista fundamentalmente de circunstancias que no han sido tenidas en cuenta por el juzgador, la sentencia debe rescindirse por ser esencialmente injusta».<sup>5</sup>

Según Emilio Gómez Orbaneja, solo a partir de los elementos del proceso, no se podría obtener la anulación de la sentencia firme. El recurso ha de basarse, por fuerza, en otros hechos o elementos de prueba, que el órgano que dictó el fallo hubiera podido tal vez conocer, pero que, si no

<sup>2</sup> Eugenio Florián: *Elementos de Derecho procesal penal*, p. 460.

<sup>3</sup> Hernández Guijarro: *Comentario al Artículo 954 de la LECrim Española*. Vid., también, Félix Croux: «Revisión: concepto y naturaleza jurídica» (ponencia), 1993.

<sup>4</sup> Ernst Beling: *Derecho procesal penal*, p. 325.

<sup>5</sup> Gimeno Sendra *et al.*: *Derecho procesal*, t. 2, 2.<sup>a</sup> ed., p. 620.

conoció los datos, han de ser tales que, de haber conestado en la causa, el resultado habría sido distinto.<sup>6</sup>

A nuestro juicio, la revisión es una acción independiente y autónoma que da lugar a un proceso cuya finalidad es rescindir sentencias condenatorias o absolutorias firmes e injustas, con el fin de restablecer el valor *justicia*; no obstante, en varias legislaciones, como las de Italia, España y Francia, solo es posible para las de la condena. La de Alemania la prevé para ambos tipos de sentencias, pero defiende que, en el caso de las absolutorias, debe la propia ley establecer límites.

En el proceso de revisión tradicional, el fundamento de la impugnación no lo constituyen errores cometidos durante el proceso:

[...] la sentencia se rescinde no porque el proceso se haya tramitado defectuosamente, ni porque el juzgador valorara con error las pruebas o interpretara o aplicara de manera equivocada las normas jurídicas en que basó su decisión, defectos para cuya corrección existen los recursos propiamente dichos, sino porque el proceso resultó afectado por unos vicios ajenos al mismo y que sucedieron fuera de él, de tal suerte que la interferencia de esos vicios abre la posibilidad de que el contenido de la sentencia dictada sea materialmente injusto o erróneo.<sup>7</sup>

Esta idea tradicional de la revisión no es lo que totalmente caracteriza a la revisión concebida, desde 1985, por el legislador cubano en nuestra Ley de procedimiento penal (LPP), en tanto sirven de base, también, los errores cometidos en el proceso y que, precisamente, no hayan podido ser resueltos a través de los recursos correspondientes, por resultar fallidos o por no haber sido utilizados oportunamente.

En resumen, la revisión es la institución jurídica cuyo fin principal e histórico es neutralizar los efectos de posibles errores que pueden cometer los tribunales en materia penal, es decir es el medio arbitrado para impedir que, en virtud de la invariabilidad e inimpugnabilidad de las sentencias firmes, permanezcan sufriendo los efectos de las sentencias, cuando esta se ha producido como consecuencia de un error, que sería irreparable sin aquella. La sentencia injusta debe ser anulada, y ello se logra mediante la revisión, si ha devenido firme y, por tanto, carecen de virtualidad los recursos ordinarios y extraordinarios para lograr su anulación.

Como se ha visto hasta aquí, hay una categoría que predomina en el fundamento de la revisión: *justicia*; y otra que la complementa, *seguridad jurídica*.

No se puede hablar de una verdadera justicia sin el elemento de la seguridad jurídica; pero mantener inestable una sentencia que se haya pronunciado

<sup>6</sup> Gómez Orbaneja y Herce Quesada: *Derecho procesal penal*, vol. II, 4.ª ed., p. 89.

<sup>7</sup> Francisco J. Muñoz Jiménez: «La competencia de las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia para conocer del recurso de revisión en materia civil», p. 26.

sobre la inocencia o culpabilidad de una persona por tiempo indefinido, debido a la duda acerca de la posible injusticia de esa resolución, sería una injusticia mayor.

Según Fenech, «Justicia y Seguridad Jurídica, no se hallan en posición antagónica, sino en perfecta armonía, y la cosa juzgada, en cuanto sirve a la segunda, coadyuva indudablemente a la realización de la primera».<sup>8</sup>

En esencia, no se puede permitir el ordenamiento jurídico de un país, en el que prevalezcan los derechos de los ciudadanos, que una sentencia manifiestamente injusta prevalezca sobre la justicia y, para ello, fue instituida, en el campo del Derecho procesal penal, la revisión, que no solo ha ganado suficiente respaldo normativo, sino también reconocido aval teórico, el cual fundamenta que la revisión no supone la realización de un nuevo proceso que vulnere la cosa juzgada, sino que constituye un examen de la justicia con que se actuó en aquel proceso para, en caso necesario, proceder a su rescisión y hacer posible la realización de un proceso nuevo en el que se decida, definitivamente, si se acoge la pretensión punitiva, o se rechaza.

El legislador en Cuba, y en el resto del mundo, ha tenido que sopesar si, en un momento dado, el valor de la seguridad jurídica debe sobreponerse al valor justicia y se ha visto obligado a solucionar el problema que supone considerar que un mecanismo, como el de la cosa juzgada, que está pensado como medio de seguridad apto para conseguir justicia, en ocasiones, puede ser un elemento que propicie decisiones injustas.

En cuanto a ello, Miguel Fenech manifestó que la revisión de una sentencia penal tiene, por fuerza, un gran alcance porque, si uno de los fines del proceso penal es hallar la verdad material, no puede admitirse que la firmeza de la sentencia impida definitivamente su búsqueda, que prevalezca contra esa verdad el efecto preclusivo de esta. Por ello, no hay sujeción a plazo alguno; pudiera intentarse, incluso, después de fallecida la persona legitimada.<sup>9</sup>

Ninguna legislación ha optado por el dogma absoluto de la cosa juzgada, frente a la injusticia patente, ni la revisión incondicional de toda sentencia, frente a la cosa juzgada.

Los dos intereses contrapuestos que confluyen en este aspecto son, de una parte, el Estado, que procura mantener la integridad del pronunciamiento jurisdiccional de la sentencia dictada por el tribunal, en su calidad de titular del órgano estatal que ejerce la función jurisdiccional; de otra, el interés del máximo órgano de poder en que prevalezca la justicia como uno de los fines esenciales de este. La sentencia es la declaración del Estado definiendo lo justo en un momento dado y para un caso concreto; en este

<sup>8</sup> Miguel Fenech: *Derecho procesal penal*, vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., p. 56.

<sup>9</sup> Llamado, entonces, proceso de rehabilitación (Artículo 961, LECrim).

sentido, constituye la expresión de la verdad definida en el proceso; pero cuando, con posterioridad, se acumulan datos suficientes para demostrar que la verdad es otra distinta a la declarada en la sentencia y es, por tanto, injusta, no debe prevalecer la verdad procesal, solo por estar declarada en un proceso, sobre la verdad real y extraprocesal. La protección que el Estado concede a su propia verdad debe ceder ante el más alto interés de la justicia material; en este caso, extraña al proceso mismo porque aquel se desvió de su fin específico y último.

De ello, se deriva la formulación de la revisión en la LPP, en cuanto a su promoción de oficio, que no debe tener plazo en el tiempo para serlo, cuando se trata de favorecer al condenado. Sin embargo, la posibilidad de revisar sentencias absolutorias tendrá un alcance más restringido que la revisión favorable; de ahí que, en nuestra legislación procesal, se establezca un coto en el plazo para la promoción de los acusados absueltos, y para agravar el delito y la sanción impuesta en la sentencia firme, como vía de limitar el *ius puniendi* y garantizar el principio de seguridad jurídica.

Entre el interés de dotar fijeza y seguridad al acto jurisdiccional y el interés contrapuesto de que no prevalezcan las sentencias que contradigan ostensiblemente la verdad, y a través de la justicia, el legislador tiene que elegir. El grado en que se supedita uno al otro es cuestión de política criminal.

En tal sentido, Ramos Méndez define que la revisión significa una derogación del principio preclusivo de la cosa juzgada y su existencia se presenta esencialmente como un imperativo de justicia frente a la alternativa del valor *seguridad* proporcionado por el efecto, al menos aparente, de la cosa juzgada.<sup>10</sup>

El fundamento de la revisión, en opinión del tratadista Viada López-Puigcerver, es la necesidad de evitar que prevalezcan sentencias injustas, aunque tengan el carácter de firmes.<sup>11</sup> Es, por tanto, una condición indispensable que una sentencia, luego de haber sido examinada por las instancias judiciales previstas en la ley, y de haberse concedido los recursos ordinarios y extraordinarios admitidos por la legislación vigente, alcance la condición de sentencia firme y adquiera la categoría de cosa juzgada.

El valor de la seguridad jurídica es lo que explica la necesidad de la existencia de sentencias firmes; pero, cuando estas sentencias se han obtenido por medios reprobables, inseguros o dudosos, la evidencia de la injusticia y el efecto de perturbación, en cuanto al ideal del Derecho y de la propia justicia, fundamentan la necesidad de la revisión en esos casos excepcionales.

<sup>10</sup> Ramos Méndez: *El proceso penal; tercera lectura constitucional*, p. 444.

<sup>11</sup> Carlos Viada López-Puigcerver: *Lecciones de Derecho procesal penal*, p. 561.

## COSA JUZGADA

La expresión *cosa juzgada* significa lo siguiente: el sustantivo *cosa* significa objeto del proceso; el adjetivo *juzgada* indica la situación en que la cosa-objeto se encuentra, cuando definitivamente ha sido resuelta.

La cosa juzgada es, por tanto, efecto de la sentencia, llamada cosa juzgada formal, cuando se produce en el mismo proceso y cosa juzgada material, cuando se produce fuera de este. Esta última es de interés para el asunto que desarrollamos porque «[...] es el efecto del proceso consistente en la trascendencia que concede el derecho positivo a la decisión del objeto del proceso, en cuanto a los procesos que puedan desenvolverse posteriormente sobre el mismo objeto ya decidido».<sup>12</sup>

La cosa juzgada es una institución que, propiciando la permanencia en el tiempo de la sentencia, ofrece la seguridad y la certeza de la determinación de lo que es derecho de forma eficaz: ofrece la seguridad y la certeza de la determinación de lo que es derecho de forma permanente e intocable. Esa seguridad y certeza es, asimismo, manifestación de la justicia porque el cuestionamiento de cuál es el derecho o solo la posibilidad de hacerlo lleva a una situación de inseguridad que es, en sí misma, injusta. Pero su mantenimiento hasta las últimas consecuencias puede ser expresión, en algunos casos, de que se mantenga como justo algo que sustancialmente no lo es y ello es mucho más grave, cuando está en juego la libertad de las personas.

Ningún mecanismo formal puede ser consagrado con tal grado de inflexibilidad que haga imposible la libertad de aquel que no tuvo que ser condenado y lo fue.

Cosa juzgada «es el efecto del proceso consistente en la trascendencia que concede el derecho positivo a la decisión del objeto del proceso» y de la actuación o de denegación de la pretensión formulada, en relación con la ulterior admisibilidad de que se formule otra vez dicha pretensión en un nuevo proceso, independiente del primero. El concepto *cosa juzgada* permite comprender, en su verdadero sentido, la revisión que no afecta a esta, sino a la inmutabilidad de la sentencia, pues en realidad no se trata de otro proceso con el mismo objeto, sino la reparación del equivocado tratamiento y decisión de la pretensión en uno por carencia de algún elemento de prueba que no pudo ser tenido en cuenta, por cualquier razón, en el momento de decidir, ni sobre su actuación, que implicó un error que sería irreparable sin la revisión.<sup>13</sup>

Mariano Cornejo<sup>14</sup> explica que la revisión en el proceso penal se funda en la imprescriptibilidad de los derechos humanos, como la libertad y el

<sup>12</sup> Fenech: *Op. cit.*, p. 529.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pp. 530-531.

<sup>14</sup> M. H. Cornejo, *apud* Fernando Guzmán, *Código de procedimientos penales*, p. 203.

honor contra los que no hay cosa juzgada. La sentencia que compromete la libertad humana solo subsiste mientras se mantenga la realidad del delito que castiga. Cuando esta desaparece, la pena se convierte en crimen.

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA REVISIÓN

El origen de la revisión<sup>15</sup> lo encontramos en el Derecho romano. La querella *nullitatisinsanabis*, que se refería a ciertas nulidades del procedimiento y la sentencia que sobrevivía al transcurso de todo término de impugnación, y la *restitutio in integrum*, cuando se conocían nuevos elementos de juicio y se daba, asimismo, contra la falta o deficiencia en la defensa.

En Nápoles, Italia, se conocía como «el recurso del príncipe» y era una acción de gracia, ante una injusticia notoria que solamente procedía por motivos extraordinarios, ya que prevalecía siempre el criterio de la cosa juzgada, por tanto, los jueces no podían absolver al sancionado, aun cuando se determinase su inocencia.

En España, en *Las Partidas*, aparecía una referencia a la revisión en la partida tercera del Título XXII, que expresaba lo siguiente: «Todo juicio que fuese dado por falso testimonio o por falsas cartas o por otra falsedad cualquiera, o por dinero o por don que hubiese corrompido al juez, aunque contra quien fuese dado no se alzare de él lo puede desatar cuando quiera hasta 20 años, probando que el juicio primero fue dado por aquellas pruebas o razones falsas».

En ese país, en 1846, se regula la revisión en el Reglamento de 30 de diciembre y, luego, se establece en la Ley de 24 de mayo de 1870 y así se mantiene hasta que, en 1872, se recoge en la LECrim. Después, pasa a la Compilación general de 1879 y, de ahí, a la LECrim de 1882, que entró en vigor en Cuba en 1889.

La Revolución francesa aceptó la revisión en sus inicios; pero, una vez instaurados los jurados y el juicio oral, consideró que no era posible el error judicial y, entonces, el instituto cayó en desuso; posteriormente, ante la evidencia de que sí era posible el error, aun en esas condiciones de la administración de justicia, fue regulada en 1808 en el Código de instrucción criminal, que previó, entonces, tres causales de revisión.

## ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

El Artículo 359 del Código modelo para iberoamérica establece que la revisión procederá contra las sentencias firmes, sin limitación temporal, y

<sup>15</sup> Respecto al desarrollo histórico de la revisión, debe verse el acucioso estudio de Díaz Pinillo: «El procedimiento penal...», pp. 189 y ss.

solo en favor del condenado o de aquel a quien se le haya impuesto una medida de seguridad y corrección, tanto contra el sobreseimiento (absolución anticipada) o la sentencia absolutoria, fundados en la extinción de la persecución penal por muerte del imputado, cuando se sostenga que él vive. En ese caso, comprobada la falsedad de la declaración o registro, se revocará la decisión anterior y el procedimiento se reiniciará, según su estado; y el Artículo 360 prevé, entre las personas con facultad para promover al condenado o aquel a quien se le haya aplicado una medida de seguridad y corrección, aun cuando ellas hubieran sido ejecutadas total o parcialmente: si es incapaz, sus representantes legales; si ha fallecido, además de su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos, el ministerio público y el tribunal de ejecución.

Entre los motivos que contempla el Artículo 361, procederá la revisión, cuando nuevos hechos, o elementos de prueba, por sí solos o en conexión con los ya examinados en el procedimiento, sean idóneos para fundar la absolución del condenado o una condena menos grave, por aplicación de un precepto penal más benigno, u otra decisión sobre una medida de seguridad y corrección, esencialmente diferente a la anterior y, como motivos especiales, la presentación, después de la sentencia, de documentos decisivos ignorados, extraviados o que no se hubiesen incorporado al procedimiento; la demostración de que un elemento de prueba decisivo, apreciado en la sentencia, carece del valor probatorio asignado por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación; la demostración de que, en la sentencia, ha participado un juez que ha cometido, en relación con la causa, una grave infracción a sus deberes, amenazada con pena o con exclusión del cargo, aunque fuera imposible proceder por una circunstancia sobreviniente y siempre que en la infracción no haya participado el mismo condenado; la anulación o revisión firme de una sentencia judicial en la cual se fundaba la sentencia penal y la aplicación retroactiva de una ley penal más benigna que la utilizada en la sentencia.

Un aspecto novedoso es lo planteado en el Artículo 370 de la citada ley: ni el rechazo de la revisión ni la sentencia confirmatoria de la anterior perjudicarán la facultad de pedirla nuevamente, fundada en elementos distintos; pero las costas de una revisión rechazada estarán siempre a cargo de quien la interponga, salvo en el caso del ministerio público.

El Artículo 148 del Código procesal de Costa Rica establece que, contra la sentencia firme, solo procede la revisión y el 408 precisa que es exclusiva a favor del condenado, ante las causales siguientes: cuando los hechos tenidos como fundamento de la condena resulten inconciliables con los establecidos por otra sentencia penal firme; cuando la sentencia se haya fundado en prueba falsa; si la sentencia condenatoria ha sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia o cualquier otro delito o maquinación fraudulenta, cuya existencia se hubiera declarado en fallo

posterior firme, salvo que se trate de alguno de los casos previstos en el inciso siguiente; cuando se demuestre que la sentencia es ilegítima, como consecuencia directa de una grave infracción a sus deberes cometida por un juez, aunque sea imposible proceder por una circunstancia sobreviniente; si, después de la condena, sobrevienen o se descubren nuevos hechos o elementos de prueba, solos o unidos a los ya examinados; si una ley posterior declara que no es punible el hecho que antes se consideraba como tal o la ley que sirvió de base a la condenatoria es declarada inconstitucional, y cuando la sentencia no ha sido dictada mediante el debido proceso u oportunidad de defensa.

Esta legislación mantiene, como sujetos legitimados, los mismos que en el Código modelo y retoma en su articulado la posibilidad de presentar más de un procedimiento de revisión, con la salvedad de que siempre sea sobre cuestiones distintas. Asimismo, establece que no será admisible plantear, por la vía de revisión, asuntos que ya fueron discutidos y resueltos en casación, salvo que se fundamenten en nuevas razones o elementos de prueba.

El Artículo 431 del Código procesal de Bolivia establece que la revisión procederá contra la sentencia condenatoria firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado; y, en sus causales y personas, es similar al Código procesal de Costa Rica, cuyo Artículo 437 regula, como cuestión interesante, que, si se reenvía a nuevo juicio, en este, no se podrá absolver ni modificar la sentencia, como consecuencia de una nueva apreciación de los mismos hechos del primero.

Los diferentes códigos latinoamericanos son muy similares en la regulación de la revisión, en tanto todos siguen la línea del Código modelo para iberoamérica.

## **EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN CUBA**

El Artículo 954 de la LECrim de 1882, que comenzó a regir en Cuba el primero de enero de 1889, establecía solo tres causales para la revisión: cuando estén sufriendo condena dos o más personas, en virtud de sentencias contradictorias, por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola; esté sufriendo condena alguien como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena; y cuando haya sido condenado alguien por una sentencia que se fundamente en un documento declarado falso después, por sentencia firme en causa criminal, la que fue mantenida de igual forma en el Artículo LXXXIV de la Orden Militar No. 92, del Gobierno Interventor norteamericano, que entró en vigor en el país el 26 de junio de 1899.

En estos, se concebía contra la sentencia firme y no era considerada como un proceso, sino como un recurso, y podía solicitarse en cualquier

tiempo, incluso cuando se hubiese extinguido la condena. Los sujetos legitimados para interponer el recurso de revisión eran el propio sancionado, su cónyuge, sus descendientes y hermanos, así como el fiscal y, cuando el sancionado había fallecido, tenían este derecho su viuda y otros herederos legitimados, con el objeto de rehabilitar la memoria del difunto y de que se castigase al verdadero culpable.

Estos sujetos legitimados debían pedir, al Ministerio de Justicia, la promoción del recurso y este, una vez analizados los antecedentes del caso, tenía la facultad de disponer la interposición del recurso por el fiscal. También la mencionada Orden Militar preveía, en el Artículo LXXXV, que este último lo podía presentar de oficio.

El recurso era conocido y resuelto por el Tribunal Supremo, autoridad que reclamaba los autos originales con todos los antecedentes de la causa, mandaba a emplazar a cuantos hubiesen sido partes en el proceso para que comparecieran a sostener, por escrito, sus derechos, y seguía su curso según los trámites de los incidentes para el proceso civil.

Otro antecedente legislativo lo encontramos en la Ley procesal penal de la República en Armas (LPP-RA), de 28 de julio de 1896, cuyo Artículo 100 contemplaba que, cuando la pena impuesta fuera la de muerte, degradación pública o inhabilitación perpetua, absoluta o especial, o pérdida de empleo o grado, podrían apelar en el mismo acto o dentro de las 24 horas siguientes a la notificación y que el fiscal no podría apelar, sino solo interponer el recurso de revisión. El Artículo 107 regulaba que el recurso de revisión se acomodaría a las reglas establecidas en los artículos anteriores para la segunda instancia, pero no se admitirían pruebas, y las alegaciones de las partes se limitarían a las cuestiones de derecho o equidad, en las que se admitían, como base, los hechos que se declarasen probados por la sentencia recurrida, que no podría ser alterada en este punto por el tribunal.

De acuerdo con el Artículo 98, cuando los tribunales dictaban sentencia, una vez firmadas y formulados los votos particulares, se debía dar cuenta a la autoridad militar competente para su conformidad, la cual, en ese momento procesal, tenía la facultad de disponer que la causa fuera vista nuevamente en un juicio de revisión.

Como se aprecia, este recurso de revisión en la legislación de la República en Armas no cumplía con los requisitos de un verdadero proceso de revisión porque se establecía contra sentencias que no habían alcanzado su firmeza y, a partir de los aspectos que podían discutirse, relacionados con cuestiones de derecho o equidad; guarda más similitud con un recurso de casación.

Las regulaciones contenidas en la LPP-RA no solo rigieron durante las guerras por la independencia, sino, posteriormente, durante la lucha armada contra la dictadura batistiana (1956-1958), en todos los frentes, en virtud del Reglamento No. 1, sobre el régimen penal, dictado por la Coman-

dancia General del Ejército Rebelde en la Sierra Maestra, el 21 de febrero de 1958, que ofrecieron un tratamiento diferente y mucho más amplio a la revisión penal.

La primera norma jurídica dictada tras el triunfo de la Revolución fue la Ley No. 634, de 20 de noviembre de 1959, cuyo artículo séptimo declaró que se modificaba el 100 de la LPP-RA, el que quedó redactado en la siguiente forma:

Artículo 100: Cuando la sanción impuesta sea la de pena de muerte, se entenderá interpuesta y admitida la apelación de oficio.

Contra las sentencias en que se impongan otras sanciones se podrá establecer Recurso de Revisión en el mismo acto o dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la sentencia. El Fiscal podrá interponer Recurso de Revisión.

En 1966, se dictó la Ley No. 1201, de procedimiento penal militar (LPPM), cuyo Artículo 366 establecía seis causales de revisión y mantuvo su tratamiento como recurso. Entre las causales, recogió las siguientes: en caso de injusticia notoria, cuando se evidencie manifiesta incongruencia entre las pruebas practicadas en el juicio oral y la sentencia dictada, o cuando hechos o circunstancias ocurridos con posterioridad a la sentencia o que, de ser anteriores, no se tuvo conocimiento, sean de tal importancia que puedan determinar la variación de los pronunciamientos de la sentencia; cuando se encuentren sancionados dos o más personas, en virtud de sentencias contradictorias, por delito que solo haya podido ser cometido por una sola; cuando sobre el mismo delito hayan recaído dos sentencias firmes; cuando sea sancionada una persona como autor o cómplice o por el encubrimiento de la muerte de otra persona, de la que se acredite su existencia con posterioridad al momento de su supuesta muerte. Además, cuando aparezca sancionada una persona por sentencia cuyo fundamento haya sido un documento o testimonio, después declarado falso por sentencia firme o cualquier otra prueba obtenida mediante violencia o coacción, o por la realización de cualquier hecho punible por parte de un tercero, siempre que dichas circunstancias resulten también declaradas por sentencia firme dictada con posterioridad, en causa seguida al efecto; cuando haya sido sancionada una persona en sentencia dictada por tribunal que, después, lo sea por prevaricación cometida con motivo de dicha sentencia, o cuando en la tramitación de la causa se haya prevaricado, en resolución o trámite de influencia notoria, a los efectos del fallo y la prevaricación se declare por sentencia firme dictada posteriormente.

Lo más significativo de esta ley fue la introducción de la causal de injusticia notoria que, en la práctica, abarcaba a todas las demás enunciadas, la que sirvió de antecedente de la que, con el número 10, se incluyera en el Decreto Ley No. 87.

En 1973, se derogó la LECrim de 1882 —que había estado vigente, aunque, ante determinadas situaciones y hechos, se aplicaban las legislaciones especiales antes analizadas— y se puso en vigor la Ley No. 1251, de 25 de junio, LPP, que mantuvo las tres causales de revisión previstas en la LECrim, e introdujo otras cuatro, en el Artículo 466: cuando estén sancionadas dos o más personas, en virtud de sentencias contradictorias, por un mismo delito, que no haya podido ser cometido más que por una sola; cuando, sobre el mismo delito y sus partícipes, hayan recaído dos sentencias firmes contradictorias; cuando alguien esté sancionado como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después. Además, cuando alguien está sancionado, en virtud de sentencia fundamentada en un documento o testimonio declarado falso por sentencia firme; cuando alguien esté sancionado por sentencia fundada en un hecho falso cuya prueba se haya obtenido mediante violencia o intimidación, siempre que esta circunstancia resulte declarada en sentencia firme. De igual manera, cuando haya sido sancionada una persona por un tribunal cuyos integrantes sean posteriormente sancionados por prevaricación cometida al dictar dicha sentencia; y cuando hechos o circunstancias ocurridos con posterioridad a la sentencia o que, de ser anteriores, el tribunal no tuvo conocimiento de ellos, y sean de tal importancia que puedan ser determinantes en la modificación sustancial del fallo.

Esa ley introdujo un cambio significativo, al calificar la revisión como un procedimiento y no como un recurso, que autorizó al propio sancionado, además del fiscal, a promover la revisión directamente ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular (TSP) y la posibilidad de revisar las sentencias absolutorias por solicitud del fiscal, aunque limitada solamente a delitos calificados graves o menos graves, y siempre que esta se presentase dentro del año posterior a la firmeza de la sentencia.

El 25 de junio de 1977, entró en vigor la Ley No. 5, nueva LPP, en la que se suprimió la promoción directa de la revisión por el propio sancionado. Quedó en manos de la Fiscalía General de la República el ejercicio de la acción procesal de revisión.

Cualquier persona o institución podía solicitar —al presidente del TSP, al fiscal general de la República o al ministro de Justicia— la realización de una investigación basada en nuevos hechos que pudieran corresponderse con alguna de las causales de la revisión y estas autoridades tenían la facultad de disponer su práctica, incluso, de oficio, pero quien decidía la promoción de la revisión era el fiscal general.

Entre las modificaciones más importantes que fueron introducidas, están la ampliación de las causales de revisión a ocho. Incluyó la posibilidad de la revisión, no solamente de las sentencias absolutorias, sino de los autos de sobreseimiento libre, aunque fijó como requisito que debía promoverse dentro del término de prescripción de la acción penal y antes del transcurso

de un año, desde el momento en que se conoció de la existencia de la causal, y facultó al presidente del TSP y al ministro de Justicia para disponer, de oficio o a instancia de cualquier persona o institución, una investigación sobre supuestos hechos nuevos que pudieran constituir causal de revisión y, en su caso, dar cuenta al fiscal general de la República.

Tanto el presidente del TSP como el ministro de Justicia quedaban su-peditados al criterio y decisión posterior del fiscal general de la República, en punto a la promoción de la revisión, o no, al así establecerlo el Artículo 463 de la ley.

El paso más revolucionario de abordar la revisión penal lo fue el De-creto Ley No. 87, de 22 de julio de 1985, que estuvo dirigido, de modo predominante, a ampliar las posibilidades de revisar las sentencias firmes y autos de sobreseimientos libres, a fin de que el nuevo procedimiento de revisión no solo sustituyera al entonces vigente, sino que constituyera una respuesta satisfactoria al fortalecimiento de la legalidad socialista, en aras de mayor calidad de nuestro sistema de justicia.

Los principales cambios que incorporó este Decreto Ley fueron los si-guientes:

- Amplió hasta 19 las causales de revisión.
- Ampliación del número de autoridades facultadas para promover el procedimiento: las extendió al ministro de Justicia y al presidente del TSP, respecto a la posibilidad de disponer una investigación previa.
- Permiso para suspender la ejecución de la sentencia mientras se tra-mita y resolvió el procedimiento, cuando se considerara que su ejecución podría ocasionar perjuicios irreparables al sancionado.
- Extensión a dos años, a partir de su firmeza, del término dentro del cual se autorizaba a promover la revisión de las sentencias absolutorias y los autos de sobreseimiento libre.
- Fue establecido, expresamente, por primera vez, un término de 90 días para la tramitación y decisión sobre la promoción, o no, de este pro-cedimiento por las autoridades facultadas.

Dada la existencia de dos leyes procesales penales vigentes en Cuba, la LPP y la LPPM, consideramos necesario realizar una breve comparación entre estas, pues, en tanto son similares en su esencia, contienen diferen-tes aspectos en su contenido, que es necesario conocer.

Caracterizan a ambas los siguientes aspectos:

1. Constituyen procedimientos extraordinarios, no un recurso.
2. Se sustentan en causales taxativamente establecidas.
3. Admiten la revisión de sentencias absolutorias o resoluciones de sobreseimiento libre, aunque establecen límites de tiempo para su inter-posición.
4. Cualquier persona, institución, organización o entidad puede solicitar a la autoridad facultada para que inicie este procedimiento.

5. El fallecimiento del sancionado no impide la revisión del proceso, siempre que la sentencia sea sancionadora y, de ella, resulte la rehabilitación del procesado, y establece en ambos casos que la absolución implica, y así lo dispone, la restitución de los derechos y honores.

Aspectos que difieren en el tratamiento de ambas leyes.

1. Las causales en la LPP son más numerosas, a partir de la modificación introducida al procedimiento por el Decreto Ley No. 87, que se fundamenta en la necesidad de ampliar las posibilidades de rectificar errores en que incurrir los tribunales, lo que no sucede en la LPPM, debido a la existencia del procedimiento, también extraordinario, de la inspección judicial, reducidas las causales en esta solo a datos e informaciones conocidas con posterioridad a la firmeza de la sentencia.

2. En la LPPM, es únicamente el fiscal militar quien está autorizado a interponer, ante el tribunal competente, el procedimiento de revisión, mientras que en la LPP son directamente las autoridades facultadas en la ley.

3. La LPP prohíbe que la solicitud de revisión se base en los mismos fundamentos que un día fueron alegados por el recurrente y resueltos en la sentencia correspondiente al recurso de casación. La LPPM no la contempla, atendiendo a la existencia de la ya mencionada inspección judicial.

4. El límite de tiempo que cada una de las leyes establece, para revisar las sentencias en las cuales se haya absuelto al inculpado o se considere benigna la sanción o la existencia de un delito más grave (también en caso de sobreseimiento libre), es distinto en su concepción y formulación. En la LPP se limita hasta dos años, desde la firmeza a su promoción, para ejercer esta promoción, mientras que la LPPM lo autoriza solo dentro del término de la prescripción de la acción penal y antes del transcurso de un año, desde el momento en que se conoció la existencia de cualquiera de las causales.

Consideramos que, si la revisión penal se fundamenta, de forma esencial, en la aportación posterior de hechos o actos que no fueron tenidos en cuenta por el órgano judicial que dictó sentencia que alcanzó la condición de firme, conocidos por el condenado o no, son estos nuevos datos los que normalmente determinan la revisión y, en la manera en que actualmente está concebido en la LPP de nuestro país, no solo alcanza estos supuestos, sino otros, cuyo examen no permite la norma en el recurso de casación que, de ser así, evitarían la necesidad de ser conocidos a través de un procedimiento de revisión con carácter excepcional.

## CONCLUSIONES

1. La ampliación del procedimiento de revisión penal en causales, autoridades facultadas y resoluciones contra las cuales puede promo-

verse es una muestra de la voluntad del Estado en hacer prevalecer los valores de la justicia, del humanismo y la legalidad y que esta institución sea un instrumento efectivo en la rectificación de decisiones judiciales erradas o injustas.

2. La revisión no contradice el principio de la cosa juzgada, sino que refuerza el propósito social y estatal de cumplir con el valor justicia.
3. Es válido que se mantenga el procedimiento de revisión penal en cuanto a las sentencias absolutorias y el sobreseimiento libre, sujeto a limitaciones por los efectos negativos, en cuanto a los acusados absueltos o sancionados, cuando se trate de agravar su situación.
4. El procedimiento de revisión está urgido, en la legislación vigente, de una renovación, en virtud de que este mantenga su carácter extraordinario y para regular su ejecución acorde con las condiciones actuales de la impartición de justicia.
5. El fortalecimiento de la casación puede contribuir a la excepcionalidad en el empleo de la revisión.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera de Paz, Enrique: *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, t. 6, Editores Hijos de Rius, Madrid, 1916.
- \_\_\_\_\_ : *Tratado de las cuestiones perjudiciales y previas en el procedimiento penal*, Editores Hijos de Rius, Madrid, 1904.
- Beling, Ernst: *Derecho procesal penal*, trad. del original alemán de Miguel Fenech, Labor, Barcelona, 1943.
- Candia Ferreyra, José: «Problemas actuales del procedimiento penal en Cuba», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 13, enero-junio, La Habana, 1999.
- Cuervo Pontón, Luis: *Código de procedimiento penal comentado*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 1992.
- Camelutti, Francesco: *De la función del proceso penal. De la estructura del proceso penal*, vol. I, tr. de Sentís Melendo, Bosch Cia Editores, Buenos Aires, 1950.
- \_\_\_\_\_ : *Lecciones sobre el proceso penal*, vol. IV, Bosch Cia Editores, Buenos Aires, 1950.
- Couture, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Depalma Editor, Buenos Aires, 1958.
- Croux, Félix: «Revisión: concepto y naturaleza jurídica» (ponencia, Seminario de la Cátedra del Profesor Dr. Julio Maier), 1993.
- Díaz Pinillo, Marcelino: «El procedimiento penal de revisión», en Colectivo de autores, *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

- Díaz Sotolongo, Roberto: «La revisión en materia penal» (tesis), inédita, La Habana, 2004.
- Fenech, Miguel: *Derecho procesal penal*, vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., Labor S.A., 1952.
- Florián, Eugenio: *Elementos de Derecho procesal penal*, Bosch, Madrid, 1955.
- Gimeno Sendra *et al.*: *Derecho procesal*, t. 2, 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.
- Gómez Orbaneja, Emilio: *Derecho procesal civil*, vol. I, Bosch, Madrid, 1975.
- Gómez Orbaneja, Emilio y Vicente Herce Quesada: *Derecho procesal penal*, vol. II, 4.<sup>a</sup> ed., Bosh, Madrid, 1954.
- Hernández Guijarro: *Comentario al Artículo 954 de la LECrim Española*, Colex, Madrid, 1990.
- Jiménez Asenjo, Enrique: *Derecho procesal penal*, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado de Madrid, 1987.
- Muñoz Jiménez, Francisco J.: «La competencia de las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia para conocer del recurso de revisión en materia civil», en *Las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia*, Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, Barcelona, 1994.
- Oderigo, Mario: *Derecho procesal penal*, t. 2, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1952.
- Ramos Méndez, Francisco: *El proceso penal; tercera lectura constitucional*, Bosch, Madrid [s.a].
- Viada López-Puigcerver, Carlos: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Alpe, S. L., Madrid, 1950.

## Legislación

- «Constitución de la República de Cuba», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 3, La Habana, 31 de enero de 2003.
- Ley de enjuiciamiento criminal de 1882*, La Habana, 1955.
- Ley procesal de Cuba en Armas, de 28 de julio de 1896. Folletos de divulgación legislativa. Leyes penales de la Revolución. Cuaderno extraordinario*, 2.<sup>a</sup> ed., LEX, La Habana, marzo de 1959.
- Orden No. 92, de 26 de junio de 1899.
- Ley No. 634, de 20 de julio de 1959*, LEX, La Habana, diciembre de 1959.
- «Ley procesal penal militar No. 1201 de 1966», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., La Habana, 30 de septiembre de 1966.
- «Ley No. 1251, de 25 de junio de 1973», en *Gaceta Oficial de la República*, La Habana, 26 de junio de 1973.
- «Ley procesal penal militar No. 6», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., no. 18, La Habana, agosto de 1977.
- «Ley procesal penal, Ley No. 5, 13 de agosto de 1977», en *Compendio de leyes procesales en materia penal*, Dirección de Tribunales Militares, La Habana, 2010.
- «Ley de los tribunales populares, Ley No. 82, de 11 de julio de 1997», en *Gaceta Oficial de la República*, La Habana, 14 de julio de 1977.

«Decreto-Ley No. 87, de 22 de julio de 1985», en *Gaceta Oficial de la República* ed. extraord., La Habana, 22 de julio de 1985.

Código procesal penal modelo para iberoamérica.

«Código procesal penal de la República Argentina», en [www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf).

«Código procesal penal de la República de Bolivia», en [www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf).

«Código procesal penal de la República de Colombia», en [www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf).

«Código procesal penal de la República de Costa Rica», en [www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf).

«Código procesal penal de la República de Ecuador», en [www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf).

«Código procesal penal de la República de Guatemala», en [www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf).

«Código procesal penal de Perú, aprobado por Decreto Legislativo No. 957 de 2004», en [www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf).

«Código procesal penal de la República de Venezuela», en [www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081934.pdf).

# PENSIÓN POR JUBILACIÓN O VIUDEDAD Y EL DERECHO A LA LEGÍTIMA ASISTENCIAL

---

*Dr. Leonardo Pérez Gallardo  
Prof. titular, Facultad de Derecho,  
Universidad de La Habana*

«[...] un corolario de la esencia misma de la función jurídica interpretativa [...] consiste en poner las normas en relación con la vida, para que su concreción, en el caso enjuiciado, resulte justa».

Vallet de Goytisolo

## EL ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL EN EL ENTORNO SOCIO-ECONÓMICO CUBANO

**P**ARA NADIE ES un secreto que Cuba, en la actualidad, es el segundo país de mayor envejecimiento poblacional en el continente, después de Uruguay, pero que amenaza con desplazar al país austral en pocos años. Hacia 2025, el 26% de la población cubana estará ubicada en la franja etaria de personas con 60 años o más. Cuba es un país del Tercer Mundo, con un comportamiento demográfico de un país primermundista.

Como sostiene Alfonso Fraga,

el perfil de envejecimiento en Cuba es el resultado de una secular disminución de la fecundidad y de la mortalidad. Mientras ambos factores contribuyen a un rápido e intensivo crecimiento de las personas mayores, el primero de ellos también determina un aumento de la proporción de adulto mayor con relación a los adultos más jóvenes en la fuerza laboral, entre otros aspectos.<sup>1</sup>

La demografía demuestra el avance progresivo del número de personas de la tercera edad en el país, entendido el envejecimiento poblacional como «el incremento de la proporción de ancianos con respecto al conjunto de la población a la que ellos pertenecen».<sup>2</sup> Cuba ofrece datos en este orden que llevan a centrar la atención del Estado y de la familia, como instituciones que constituyen los resortes esenciales, tuitivos, de las personas de la tercera edad.

La ancianidad en Cuba se caracteriza por tener una alta esperanza de vida (por encima de 20 años al cumplir los 60 años, para ambos sexos) y por la convivencia en el seno familiar. En estudios de campo, realizados

<sup>1</sup> Juan Carlos Alfonso Fraga: «Envejecimiento y sociedad. El caso cubano».

<sup>2</sup> Alberta Durán Gondar y Ernesto Chávez Negrín: «Una sociedad que envejece. Retos y perspectivas», p. 1.

con un enfoque sociodemográfico, se ha podido comprobar que aun con las políticas públicas que el Estado ha implementado para proteger a este sensible y significativo segmento etario de la población, las pensiones recibidas «no alcanzan a cubrir las necesidades cotidianas mínimas» o, en todo caso, «sólo permiten la satisfacción de estas y no posibilitan el acceso a actividades de esparcimiento, el traslado hacia lugares lejanos, y la satisfacción de otras necesidades menos perentorias, considerando el encarecimiento de la vida en el país».<sup>3</sup>

Es evidente que los cambios que se operan en la estructura por edad de la población cubana representa un desafío en términos económicos y sociales. En la actualidad, y desde hace ya unos años, arriban menos personas a la edad laboral que las que llegan a la jubilación. Según estudios realizados a tal fin, «se revela una relación de casi 53 personas dependientes (niños y ancianos) por cada 100 personas en edad laboral, lo que se irá incrementando en los próximos años».<sup>4</sup> A la postre, eso supone un esfuerzo extraordinario del Estado para garantizar la seguridad social de una población que representará un cuarto del número total de habitantes del país.

En otro orden, la coyuntura de la economía cubana no es favorable para potenciar un aumento de las pensiones por seguridad y asistencia social, a la vez que se deteriora el nivel de vida de la población, con mayor incidencia entre las personas de la tercera edad.

Si bien en los primeros años del siglo XXI el presupuesto del Estado destinado a estos fines fue aumentando progresivamente año por año, en el último quinquenio ha habido una reducción del mismo, trayendo consigo que haya que atender a cada vez más adultos mayores, con menos recursos económicos, lo que ha incidido en priorizar las prestaciones en servicios y en especies, por encima de las prestaciones monetarias, las que se han visto reducidas en cobertura, no así en relación a las escalas monetarias establecidas.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>4</sup> Conclusión a la que arriban Rolando García Quiñones y Marisol Alfonso de Armas: «Envejecimiento, políticas sociales y sectoriales en Cuba».

<sup>5</sup> Aimée Gross Gutiérrez: «Emigración cubana, envejecimiento poblacional y bienestar social: aproximación al estado de vulnerabilidad social del adulto mayor en un Consejo popular habanero», p. 11. Este es un estudio exploratorio, de carácter explicativo-descriptivo, que se construye a partir de un análisis de caso, según explica la propia autora, para lo cual fue escogido el municipio de 10 de Octubre, en La Habana, extremo que se justifica fundamentalmente por las características demográficas de la población adulta mayor de ese territorio (datos del Censo de Población de 2002). La Habana es la segunda provincia del país con la mayor proporción de personas de 60 años y más (17,7%), y 10 de Octubre, en términos absolutos, constituye el segundo municipio del país donde reside mayor cantidad de población senescente.

La política de doble circulación monetaria, el número de familiares cercanos que emigran, en algunos casos dejando en estado de abandono a sus progenitores o demás ascendientes, la reducción de gratuidades y el aumento de los precios de productos básicos conllevan a un deterioro paulatino del nivel de vida de los ancianos. Sin ser paradójico, no puede negarse que las remesas familiares constituyen una fuente importante para un número determinado de personas de la tercera edad:

La remesa se erige como un paliativo a la crisis cotidiana y económica [...], reemplazando o atenuando en algunos casos la incapacidad adquisitiva de la población senescente que se encuentra dependiente de los escasos ingresos que perciben por pensiones de jubilación o asistencia social y que les es insuficiente para solventar sus necesidades básicas y otras que con el natural decursar de los años comienzan a acrecentarse [...].<sup>6</sup>

En este entorno, desempeña un papel trascendental la solidaridad familiar, pues, dado el valor que, en la economía doméstica cubana, representan las pensiones por vejez o por viudedad, la familia ha de convertirse en el remanso espiritual y patrimonial de las personas con vulnerabilidad económica. La coexistencia con ascendientes, descendientes o cónyuge es el marco fundamental para las transferencias intergeneracionales en el seno de la familia —es decir, posibilitan las relaciones entre generaciones y las potenciales transferencias de apoyo entre estas—, de modo que las personas de la tercera edad puedan soportar las vicisitudes que la jubilación, la soledad o la proximidad a la muerte suelen llevar consigo.

Las enfermedades que suelen asociarse a edades propias de la senectud agravan la situación económica de este sector de la población, apoyado sustancialmente en los familiares más propincuos (dígase descendientes o cónyuge), cuya desaparición física temprana, contraria a la ley de la vida (en el caso de los descendientes), amén del trastorno emocional que supone, puede multiplicarles su vulnerabilidad económica.

## **LA DEPENDENCIA ECONÓMICA RESPECTO AL CAUSANTE DE LA SUCESIÓN**

La dependencia o sujeción económica del heredero respecto al causante se ha entendido como un requisito *sine qua non* para arroparse de la condición de legitimario asistencial en el Derecho sucesorio cubano. Al fallecimiento del causante, hay que probar que, en efecto, el causante era el pivote o resorte patrimonial de uno o ciertos herederos, además de probar el grado parental o conyugal en relación con este, y su carencia de aptitud para trabajar.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 16.

El requisito que ha sido un verdadero dédalo jurídico, por la dificultad de precisar sus contornos, ha estado sometido a los vaivenes hermenéuticos de los tribunales, tal como he explicado en trabajos anteriores.<sup>7</sup> Una constante que había sido sustentada por el alto foro —en posición más que criticable— es que quien reclama la condición de legitimario asistencial no podría ser titular de pensión alguna por jubilación o viudedad, en interpretación extremadamente formalista, rígida, en desarmonía con la realidad social y económica del país, tal como lo demuestran los estudios que, desde otras ciencias afines, se han hecho.<sup>8</sup>

La realidad social cubana muestra que los ingresos de las personas de la tercera edad, por jubilación, no son suficientes para cubrir todas sus necesidades. Mesa-Lago expone:

En 1989, el sistema de pensiones cubano estaba entre los más amplios, generosos y costosos de América Latina y esta situación duró hasta fines de 2008: a) las edades de retiro (55 la mujer y 60 el hombre) estaban por debajo del promedio regional (cuatro años más bajo para la mujer y dos para el hombre); b) el período promedio de retiro era de 23,4 años para la mujer y de 20,8 años para el hombre (el segundo en duración comparado con todos los países socialistas o ex socialistas y el más largo de América Latina); c) se requerían 25 años de *trabajo* (frente a un promedio de 20 años de *cotización* en la región); d) las tasas de reemplazo mínima y máxima también eran superiores al promedio, y e) los trabajadores no cotizaban

<sup>7</sup> Vid. Leonardo B. Pérez Gallardo: «Los herederos especialmente protegidos, la nueva visión de los legitimarios en el Código civil cubano: algunas interrogantes al respecto», en *Temas de Derecho sucesorio cubano*, Félix Varela, La Habana, 1999, pp. 15-59; «Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa», en *Derecho de sucesiones*, t. 2, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 169-238; «Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Derroteros del último lustro (2000-2004)», en *Estudios de jurisprudencia sucesoria*, Bitecsa, Managua, 2010, pp. 49-152; «El Derecho de sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en el cuatrienio 2005-2008» (*Ibid.*, pp. 153-270); «Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial», en *Revista Norte Notarial*, no. 1, Trujillo (Perú), 2011, pp. 23-44; «Cumplimiento de los requisitos de la especial protección (legitimario asistencial) a la muerte del testador: La situación del estudiante universitario. Comentarios a la Sentencia No. 218, de 31 de mayo del 2011, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo», en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos* (ONBC), no. 42, La Habana, junio-diciembre de 2011, pp. 5-17; «¿Cómo entender la dependencia económica del causante, a los fines de reclamar la legítima, en el supuesto del hijo judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial?», en *Boletín de la ONBC*, no. 45, julio-septiembre 2012, pp. 52-58; «En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: La condición de “heredero” especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho de familia y de las personas*, año V, no. 5, junio de 2013, Buenos Aires, pp. 137-164.

<sup>8</sup> Vid., en tal sentido, «En la búsqueda de un rostro...», pp. 154-156.

y las empresas estatales pagaban 12% de la nómina (menos de la mitad de la existente en países comparables como Argentina y Uruguay y contrastado con 36% que aportan los empleadores en los ex países socialistas).

Por otra parte, las pensiones no se ajustaban anualmente (ni se ajustan hoy) según el Índice de Precios al Consumidor (IPC) o el salario, como ocurre en doce países de América Latina, pero estaban suplementadas por una red de protección social que ofrecía precios subvencionados a bienes de consumo racionados, servicios de salud de alta calidad y gratuitos, vivienda propia o con arrendamiento muy bajo, y servicios muy baratos de transporte, electricidad, gas y agua.<sup>9</sup>

Este comportamiento no es en la actualidad así, como expresa el propio autor:

La pensión promedio nominal mensual de 235 pesos en 2008 ha perdido su poder adquisitivo: a) la canasta de alimentos racionados cubre sólo los primeros 10 días del mes y cuesta 30 pesos; b) la tarifa de electricidad mensual es 10-20 pesos, c) el transporte en autobús 12-20 pesos (un viaje en taxi, 10-20 pesos); d) las tarifas de teléfono y agua 8-10 pesos; e) la gran mayoría de la población es propietaria de su vivienda, pero una minoría paga un arriendo promedio de 33 pesos; f) todos estos gastos suman 60 a 115 pesos. Con el ingreso restante (120 a 175 pesos), los pensionados deben comprar en los mercados libres agropecuarios o en las TRD, los alimentos no vendidos por la libreta para los 20 días restantes del mes, y otros alimentos y productos que no están incluidos en la libreta.<sup>10</sup>

En un estudio realizado en el municipio de Santiago de Cuba, en 2011, a partir de la estimación econométrica de los gastos de jubilados con pensión mínima, se determinó el gasto total promedio por jubilado con pensión mínima de vejez, y se demostró la insuficiencia de su principal y única fuente de ingresos: la pensión. Entre el gasto promedio estimado y la pensión mínima de \$200 existe una diferencia de \$203,204, la cual solo cubre el 49,60% del gasto. La realización de una segunda regresión estimó el gasto por ingreso promedio percibido, para aquellos jubilados con más de una fuente de ingresos (pensión mínima y otras), quienes incurren en un egreso mayor. Sin embargo, los ingresos continúan siendo insuficientes, cuya diferencia, con respecto a los gastos es de \$199,3463, sufragando un 63,04% de ellos. Para los jubilados con más de una entrada, la pensión mínima constituye, en reiteradas ocasiones, la fuente de financiamiento de mayor peso; por tanto, para estos, también desempeña un papel fundamental, debido a que sufraga el 37,08% de sus gastos. Las estimaciones realizadas

<sup>9</sup> Carmelo Mesa-Lago «Estructura demográfica y envejecimiento poblacional: implicaciones sociales y económicas para el sistema de seguridad social en Cuba».

<sup>10</sup> *Idem.*

arrojan que la situación económica de los jubilados que reciben una pensión mínima en ese municipio no es la más adecuada, dada la insuficiencia de sus ingresos, con respecto a sus elevados gastos, y el bajo poder adquisitivo.

La autora, en su estudio, explica que la situación económica en la vejez está determinada por su poder adquisitivo, proveniente de diversas fuentes: trabajo, ahorros, jubilación o pensión, entre otras. Se vincula directamente al nivel y tipo de consumo, dependiente de la edad y el estado de salud de la persona, las características de su residencia y los servicios que corran por cuenta del Estado (gratuitos o subsidios). Se basa en el acceso y disposición, por parte del adulto mayor, de ingresos monetarios periódicos y suficientes para satisfacer sus necesidades y mejorar su calidad de vida.

De ahí que, a partir del análisis de indicadores de ingresos (miden el poder adquisitivo) y gastos (miden el nivel y tipo de consumo), es posible evaluar la situación económica de aquellas personas de la tercera edad que, por los años trabajados y su aporte al régimen de seguridad social, perciben una pensión mínima por concepto de vejez y, además, constituyen la parte de la población adulta mayor más vulnerable económicamente y propensa a experimentar riesgos.<sup>11</sup> Aunque el estudio se concreta al municipio de Santiago de Cuba, en sentido general, los resultados obtenidos son representativos del país.

Como expresan Huenchuan y Guzmán,

La *posición económica* en la vejez se evalúa a partir de los ingresos o los bienes de los individuos que componen el grupo de personas mayores en relación con otros grupos de edad o a la población total. Sin embargo, también es importante estudiar las diferencias al interior de la misma generación, básicamente porque en la vejez son más evidentes las desventajas que se acumulan a lo largo de toda una vida. Esto implica identificar aquellas variables estratificadoras de mayor importancia; en las cuales el género se puede traducir en mejor o peor posición.

Son varios los factores que contribuyen a ello, los cuales, según los autores citados, pueden concretarse en: *Los factores relacionados con el curso vital*, los que atañen al momento del ciclo de vida en que se encuentran los sujetos envejecidos y a las personas que los rodean. Alude, directamente, a los familiares, puesto que la interrelación de los ciclos de vida de los diferentes miembros de la familia determinan las cargas que deben llevar los adultos mayores y las posibilidades de ayuda de la que podrían contar; *los factores derivados de las biografías individuales*,

<sup>11</sup> Gretell Hartman Romero: «Evaluación de la situación económica del adulto mayor que percibe pensión mínima por vejez en el municipio [de] Santiago de Cuba en el año 2011».

los que aluden directamente a las trayectorias laborales de las personas mayores. Esto, para efectos de la densidad de cotizaciones que puedan lograr al momento de la jubilación, como también en términos de la capacidad de emplearse, remuneradamente, una vez llegada la edad mayor. De este modo, las biografías individuales de hombres y mujeres mayores influyen en su empleabilidad en la vejez; *los elementos que derivan de las biografías generacionales*, que se refieren al contexto externo en que han ido envejeciendo las generaciones, entre los que se hayan factores propios de la historia social, económica y política de las sociedades de que forman parte; y *las características de los sistemas de protección social* reflejan oportunidades o amenazas para lograr un ingreso sustituto digno en la edad avanzada y, consecuentemente, la posibilidad de acceder a atención en salud, o no.<sup>12</sup>

En la realidad cubana de hoy, el ingreso por concepto de pensión por jubilación o viudedad no es suficiente para asumir el costo de la vida (tales pensiones están reguladas en la Ley No. 105/2009, de seguridad social, y en su Reglamento, contenido en el Decreto 283/2009). De ahí que la familia deba desempeñar un papel esencial en la asunción de los gastos que las personas de la tercera edad tienen, esencialmente por razón de discapacidades, asociadas a la senectud. En tal sentido, la interpretación que los tribunales deben ofrecer del Derecho vigente, en los casos en que se ventilen derechos de las personas de la tercera edad, ha de estar informada de los principios de justicia y proporcionalidad. La interpretación de los artículos del Código civil (CC) ha de ser conforme con la Constitución, la cual, en el Artículo 24, establece el derecho a la herencia, en tanto el Artículo 8 b) dispone el deber del Estado, en servicio del propio pueblo, de garantizar que no haya persona incapacitada para el trabajo que no tenga medios decorosos de subsistencia, el cual, si bien tiene una proyección material de la garantía a la asistencia y seguridad social, una exégesis lata del precepto nos orienta hacia una vocación interpretativa de las normas ordinarias, de modo que favorezcan la protección, en sus más diversas manifestaciones, de las personas con capacidades diferentes, pero, también, de las personas de la tercera edad con vulnerabilidad económica, en relación directa con los artículos 47 y 48 de la Carta Magna.

En esta tesitura, se ha incardinado la interpretación del Tribunal Supremo Popular (TSP) de las normas sucesorias, reguladoras de la legítima asistencial, concretamente del Artículo 493, en lo que a la dependencia económica atañe. En efecto, el alto foro, en sus recientes sentencias, cambia el criterio jurisprudencial, a cuyo tenor la sola prueba de la existencia de

<sup>12</sup> Sandra Huenchuan y José Miguel Guzmán: «Seguridad económica y pobreza en la vejez: Tensiones, expresiones y desafíos para políticas».

pensión jubilatoria impide la adquisición de la cualidad de legitimario asistencial.<sup>13</sup> Con una interpretación evolutiva del CC,<sup>14</sup> se flexibiliza el concepto de dependencia económica, más allá de las mesadas que, por concepto de seguridad social, se reciben, ante circunstancias diferentes a aquellas vigentes al momento de promulgación del CC (1987).<sup>15</sup>

La dependencia económica supone la sujeción patrimonial de un sujeto (legitimario asistencial) a otro (testador), con vocación de cierta estabilidad o permanencia antes del deceso de aquel, si bien ni el legislador ni los tribunales han fijado un período exacto para tener por cumplido dicho requisito, pero tal sujeción ha de ser entendida con sentido de justicia, racionalidad y equidad. Se depende económicamente no solo porque se reciba dinero en efectivo, sino también porque las necesidades vitales de la persona sean sostenidas o asumidas por un tercero, que constituye el pivote sobre el cual se apoya la persona que tiene vulnerabilidad económica, esencialmente, personas de la tercera edad, cuya ancianidad puede venir de la mano de

<sup>13</sup> Vid., en este orden, el criterio que había venido defendiendo el TSP, en mi artículo «En la búsqueda...», pp. 154-156. Albaladejo García: «El cambio de jurisprudencia», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, no. 28, pp. 20-22: «Cambia la jurisprudencia cuando abandonando el Tribunal Supremo el criterio habitual que venía aplicando, adopta otro y consagra este nuevo en más de un fallo»; pero el propio autor, con acierto, sostiene que «hay, pues, cambio, si incluso habiendo mantenido una opinión, la siguiente que se adopte sobre el tema adopta otra. Y tampoco para que haya cambio hay necesidad de que el criterio cambiado se repita, sino que lo mismo que el antiguo bastaba que se hubiese acogido una vez, basta que sea otra sola la que se acoja al nuevo».

<sup>14</sup> La interpretación evolutiva o progresiva no es si no expresión de la interpretación sociológica del Derecho que, como expone Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, *Principio, realidad y norma: El valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, pp. 84 y 86, no tiene otra finalidad que la de «evitar el anacronismo, impedir la petrificación del Derecho; hacer de la norma un ente vivo que por sí sólo, sin necesidad de una incesante reforma legislativa, sea capaz de adecuarse a los nuevos tiempos, a las nuevas realidades (sociales, económicas, políticas, culturales [...]) a diferencia de los demás mecanismos tradicionales de interpretación, el progresivo no parte necesariamente de una norma oscura, ambigua [...]. Su punto de partida es una norma clara en su sentido—literal, histórico, sistemático y lógico—, pero que, a causa de nuevas circunstancias (sociales, económicas, culturales [...]) sobrevenidas, ha de ser aquella actualizada en su aplicación a esa nueva realidad».

<sup>15</sup> Como expusiera Vallet de Goytisolo, al hacer referencia a la interpretación sociológica, o también evolutiva, prevista por el Artículo 3.1 del CC, «se trata de poner, en cada momento, la norma en relación con la vida, tanto cuando entra en vigor como más tarde durante su vigencia, posiblemente en contextos y circunstancias muy diferentes [...] al ser las normas legales elementos *inmóviles* [...] y dado que su intelección requiere la comprensión de *elementos extrínsecos* [a] *ella*, ubicados en su *contexto extranormativo*; y, puesto que éste en el momento de la interpretación puede ser diferente del tenido en cuenta al promulgarla, evidentemente esto dará lugar a que ese cambio haya de tenerse en cuenta en la interpretación». (Juan B. Vallet de Goytisolo: *La interpretación según el título preliminar del Código civil*, pp. 66-67).

discapacidades de diversa naturaleza, a lo cual se suma el incremento del costo de la vida, y la multiplicación de necesidades vinculadas con la alimentación y los medicamentos y otros servicios de primera necesidad en la Cuba de hoy.

En la Sentencia No. 237, de 30 de abril de 2014 (ponente: Díaz Tenreiro), la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TSP, declara *sin lugar* el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia No. 135, de 29 de noviembre de 2013, dictada por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular (TPP) de La Habana que, a su vez, declaró *con lugar en parte* la demanda establecida en proceso ordinario de nulidad de institución de heredero, contenida en el testamento otorgado el 12 de octubre de 2010 y, en consecuencia, se declara la nulidad interesada.

Como acontece en procesos de esta naturaleza, la litis versó sobre la condición, o no, de legitimaria asistencial o «heredera especialmente protegida», al decir del legislador, que tenía la viuda, a los efectos de que tuviera éxito el ejercicio de la acción, encaminada a anular la institución de heredero contenida en el testamento otorgado por el que fuera su esposo. Se trataba de una persona, anciana, de 77 años de edad, jubilada que, por tal concepto, recibía una pensión de seguridad social ascendente a \$242 CUP, que se incrementa al fallecimiento del esposo, por razón de viudedad, a \$340, argumento que, para los impugnantes, es suficiente *per se* para que no prospere la acción impugnatoria de la institución de heredero del ex Artículo 495.1 del CC, criterio que, hasta la fecha, había asumido el TSP, cual si fuera una mera fórmula matemática en la que: persona de la tercera edad + pensión por jubilación y/o viudedad  $\neq$  dependencia económica; y, en consecuencia, no especial protección.

Esta sentencia supone un viraje en la interpretación del requisito de la especial protección (viraje o nueva tendencia interpretativa jurisprudencial que debía haber sido expresada en la propia sentencia *in commento*). Sostiene el alto foro que la edad de la recurrente (77 años), el deterioro de su salud por múltiples enfermedades, y la existencia de «una economía en niveles ínfimos de subsistencia para la satisfacción de necesidades básicas, a la que deben debitarse otros gastos», lo cual «evidencia la carencia en su propia economía y su sujeción a la del cónyuge fallecido», quien también era jubilado, de modo que con ambas pensiones, modestas por sí mismas, se complementaban para satisfacer las necesidades que la vida impone, y que se multiplican cuando se llega a tales edades, son elementos suficientes para atribuir la condición de legitimaria asistencial de la parte actora del proceso en la instancia.

Resulta interesante lo apuntado por el TSP, en el sentido de que la pareja se complementaba para la satisfacción de sus necesidades económicas, «que a su vez resultaban beneficiados por remesas recibidas del exterior enviadas por hijos del fallecido», lo cual es común en nuestra realidad, en

la que estas constituyen un aporte significativo en la economía doméstica, sobre todo en aquella en la que son protagonistas personas de la tercera edad. De esta manera, el TSP, en la interpretación del Derecho, se acerca a la realidad social sentida y vivida en la Cuba de hoy. El Derecho no puede estar distanciado de los fenómenos sociales, está en función de ellos, a su servicio. Las normas jurídicas deben interpretarse a tono con el momento de su aplicación, de manera que los jueces sean un puente entre el legislador y las personas en su dimensión de sujetos del Derecho, más allá del dictado literal conforme con el tiempo en que fue sancionada una norma.

La realidad socioeconómica y demográfica cubana ha cambiado en estas últimas décadas. Como ya he apuntado, la alta tasa de personas de la tercera edad hacen que el Estado no pueda asumir todos los gastos que la vida impone, de modo que la supresión de ciertas gratuidades y el aumento del costo de la vida hacen que la dependencia económica de esas personas hacia sus más propincuos parientes se haga cada día más palpable. La familia tiene, y tendrá, que asumir los roles que le competen en el sostenimiento económico de las miembros más vulnerables en tal orden, dentro de su seno.

Similar razonamiento fue el esgrimido por el TSP en la Sentencia No. 22, de 31 de enero de 2015 (ponente: Arredondo Suárez), en la que se declara *con lugar* el recurso de casación interpuesto por la recurrente contra la Sentencia No. 330, de 21 de octubre de 2014, dictada por la Sala Primera de lo Civil y de lo Administrativo del TPP de La Habana, en el proceso civil ordinario sobre impugnación de institución de heredero testamentario, por la preterición de heredero especialmente protegido del ex Artículo 495.1, al no reconocer el testador, en dicho testamento, a su esposa como tal, o sea, como legitimaria asistencial.

El alto foro, al anular la sentencia de instancia, se basa en la errada apreciación por el tribunal *a quo* de la prueba testifical practicada, cuya racional valoración arrojó que la demandante, persona de la tercera edad, era sostenida económicamente por su esposo, en tanto ella «percibía una pensión ascendente a doscientos pesos» que, por «lo exiguo de dicha prestación con vista a los gastos corrientes de un núcleo familiar integrado por dos personas de la tercera edad, requería para su subsistencia, de manera decisiva, del aporte económico de su cónyuge, con el que conformó una unidad económica de la que dependía [...]». O sea, el tribunal tuvo en cuenta que se trataba —igual que en el caso anterior— de un núcleo familiar integrado por personas mayores que convivían solos, en el cual el fallecido era el principal sostén de su esposa y, para ello, acude al concepto de unidad económica familiar, como aquel reservorio capaz de sufragar los gastos que el reducido núcleo familiar (integrado por ambos ancianos) requiere para la subsistencia. De ahí que el principio *pietasfamiliae* se erija como resorte de la legítima asistencial regulada en nuestro CC, y que

justifique la excepción al principio de libertad de testar que esta legítima importa en el Derecho cubano.

El valor *solidaridad familiar* se erige frente a la autonomía privada. La existencia de un cónyuge vulnerable económicamente resulta una cortapisa a la libertad del sujeto de disponer libérrimamente de su patrimonio, a su deceso. El Derecho potencia el deber de legítima que tienen las personas frente a aquellos parientes más propincuos y el cónyuge, cuando se prueba que, al deceso de una persona, esta era el apoyo que, en el orden patrimonial, tenían el resto de los parientes o el cónyuge ya referenciados, de manera que le impone a aquel la atribución de una parte de su patrimonio, como *parsbonorum*, en cumplimiento de un deber jurídico que encierra en sí un deber moral y ético, que refuerza la protección de las personas de la tercera edad, los menores de edad, o las personas con discapacidad, en estado de vulnerabilidad económica. Es una manera de socorrer a los más débiles, no a título de alimentarios *post mortem*, sino a título de legitimarios.

Por su parte, la Sentencia No. 190, de 31 de marzo de 2015 (ponente: Arredondo Suárez), dictada por el TSP, declara *con lugar* el recurso de casación interpuesto por la madre del causante de una sucesión *ab intestato*, contra la Sentencia No. 49, de 19 de diciembre de 2014, dictada por la Sala de lo Civil, de lo Administrativo, de lo Laboral y de lo Económico del TPP de Sancti Spíritus, a cuyo tenor se declara *con lugar* la demanda interpuesta en la instancia, que interesa la nulidad del acta de declaratoria de herederos, en la que se reconoce como *madre con especial protección*, junto con la hija del causante, a la postre, la propia nieta de la recurrente.

O sea, se trata de un caso diferente, aunque el fundamento sostenido por el tribunal es similar; de ahí, la razón de su estudio. Como ya he expresado en otras oportunidades, el padre y la madre con especial protección son herederos concurrentes en el primer llamado, junto con los hijos del causante y sus demás descendientes.<sup>16</sup> Sin ser, propiamente dicho, verdaderos legitimarios porque el legislador del CC no reconoce la figura de la legítima en la sucesión *ab intestato*, con la debida atribución *ex lege* de la mitad del acervo patrimonial del causante, no hay duda de que sí resultan beneficiados, al menos al admitírseles como herederos en el primer llamado que, de no disfrutar de la especial protección, a nada tendrían derecho, como resultado del efecto prelatorio que los llamados sucesorios en la sucesión *ab intestato* tienen.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Vid. Pérez Gallardo: «Sucesión *ab intestato*», en *Derecho de sucesiones*, t. 2, pp. 239-318; y «De la titularidad y de la concurrencia de los herederos en la sucesión *ab intestato*: Una lección básica que debíamos saber», en *Boletín de la ONBC*, no. 48, abril-junio 2013, pp. 13-18.

<sup>17</sup> Como diáfananamente dijo la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo, del TPP de Ciudad de La Habana, en la Sentencia No. 44, de 29 de mayo de 2007 (proceso ordinario), primer considerando (ponente: Alfaro Guillén): «[...] la protección que dispensa

Los progenitores con especial protección, probados los requisitos subjetivos y objetivos que el legislador les exige, concurren como herederos, a partes iguales con los descendientes del causante. En el caso, la progenitora del causante había sido reconocida como madre con especial protección e incluida como tal en el acta de declaración de herederos *ab intestato*. La notaria que autorizó el acta debió haber requerido las pruebas que le permitieron declarar la notoriedad del cumplimiento de los requisitos de la especial protección y, en consecuencia, en el juicio de calificación jurídica contenido en el acta, aplicar el Derecho vigente, conforme a los artículos 514.2 y 516 del CC, declarado el fallecimiento *ab intestato* del causante, llamar a la sucesión no solo a la hija de este, sino también a su madre, por las razones ya apuntadas.

Si bien en el proceso de instancia, el abogado representante de la parte actora ejerció acción que no compete (la de nulidad del acta de declaración de herederos *ab intestato*), cuando la que, en todo caso, hubiese correspondido era la de rectificación parcial del juicio de notoriedad contenido en el acto, en el sentido de que no procedía llamar a la sucesión a la madre del causante, por no haberse probado los requisitos de la especial protección (lo que he intentado explicar en otras oportunidades),<sup>18</sup> a los fines de este análisis, cabe destacar que el TSP, en poco tiempo, vuelve a defender la tesis de la relatividad del valor de las pensiones por seguridad social o viudedad, a los fines de reconocer la condición de especialmente protegido, *rectius* en el caso de madre con especial protección.

Al igual que en la sentencia anterior, el alto foro recrimina «que las pruebas han sido apreciadas con error que trasciende al fallo, puesto que las documentales aportadas por dicha inconforme permiten colegir que, unido a la no aptitud para trabajar en razón de su edad, esta dependía económicamente del causante». Y la peculiaridad del caso, a los fines de lo que vengo explicando, está en que la pensión de seguridad social quien la recibía era el esposo de la recurrente, o sea, de la madre del causante. De nuevo, nos encontramos frente a un núcleo familiar de personas de la tercera edad, en tanto que la madre del causante cuenta con 83 años y el padre con 89, si bien, respecto a este último, no se aportaron pruebas examinadas a acreditar la condición de padre con especial protección, para

---

la legislación sucesoria común para los padres dependientes económicamente de un descendiente dada su inaptitud para trabajar, se aplica en los supuestos en que los progenitores devengan tras la muerte del hijo responsable de su manutención, imposibilitados de sustentar por medio alguno sus necesidades diarias, comprometiendo con ello su subsistencia, al extremo de que resulte procedente la limitación de los derechos hereditarios de los titulares del primer llamado sucesorio, a los efectos de la concurrencia de los mismos a dicho llamado [...]».

<sup>18</sup> «¿Cabe la “preterición” en los títulos sucesorios *ab intestato*?», en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año II, no. 9, octubre de 2010, pp. 168-174.

que así se reconociera en la parte dispositiva del acta de declaración de herederos *ab intestato*, particular que, además, pudo haberse interesado.

En su razonamiento —a modo de *ratio decidendi*—, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo fundamenta que

aunque el esposo de quien recurre percibe una pensión ascendente a doscientos pesos mensuales, lo exiguo de dicha prestación con vista a los múltiples gastos corrientes, acreditados de manera fehaciente e indubitada en el pleito, de un núcleo familiar integrado por dos personas de la tercera edad [...] requería para su subsistencia, de manera decisiva, del aporte económico del hijo, con el que se conformó una unidad económica compensatoria de la que dependía la casacionista [...].

De igual manera, se recurre al concepto de unidad económica compensatoria para hacer referencia al rol de la pareja para asumir las cargas matrimoniales y los gastos que la vida familiar supone, máxime cuando se trata de personas de muy avanzada edad, como los padres del causante. En el caso, el concepto *unidad económica familiar* se extiende al hijo, pues no se trata —a diferencia de las dos sentencias anteriores— de la dependencia económica de la cónyuge superviviente, sino de la madre superviviente, aun cuando ella no es viuda (mantiene el matrimonio, al momento del deceso del hijo), pero se trata de alguien que dedicó toda su vida a las tareas de la casa.

El valor de la sentencia *in commento* está precisamente en ello. Mientras que, en los casos anteriores, las legitimarias recibían pensiones por seguridad social, en este, tal pensión era recibida por el esposo de quien, a la postre, probó ser madre con especial protección, y el tribunal *a quo*, aun así, llegó incluso a encontrar un veto para arropar de tal condición a una señora de 83 años (que vivía junto a su esposo con una modesta pensión), y dejó a un lado la realidad social en que vivimos, tal como alegó al recurrente en los motivos del recurso. El TSP apuesta por hacer primar el interés superior de las personas vulnerables económicamente. La pensión por seguridad social se convierte así en una de las fuentes de ingreso de dichas personas, pero no la única, ni la más importante; su existencia no es un valladar para interesar el reconocimiento de tal cualidad, cuando, a través de los distintos medios de prueba, se logra acreditar el estado de sujeción patrimonial del causahabiente respecto al causante.

## BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, Manuel: «El cambio de jurisprudencia», en separata de *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, no. 28, [s.m.d.].

Alfonso Fraga, Juan Carlos: «Envejecimiento y sociedad. El caso cubano», Centro de Estudios de Población y Desarrollo, junio 2009, en [www.one.cu/publicaciones/cepde/multimedia2009/an6.pdf](http://www.one.cu/publicaciones/cepde/multimedia2009/an6.pdf) [consulta: 29-6-2015].

- Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo: *Principio, realidad y norma: El valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, Ubijus, Reus, México-Madrid, 2015.
- Durán Gondar, Alberta y Ernesto Chávez Negrín: «Una sociedad que envejece. Retos y perspectivas», en [www.biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/cuba/cips/.../111819CD024.pdf](http://www.biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/cuba/cips/.../111819CD024.pdf), p. 1 [consulta: 5-7-2015].
- García Quiñones, Rolando y Marisol Alfonso de Armas: «Envejecimiento, políticas sociales y sectoriales en Cuba», en [www.redadultosmayores.com.ar/.../2%20En%20vejec%20politicas%20sociales%20y%20sectoriales%20Cub...](http://www.redadultosmayores.com.ar/.../2%20En%20vejec%20politicas%20sociales%20y%20sectoriales%20Cub...) [consulta: 6-7-2015].
- Gross Gutiérrez, Aimée: «Emigración cubana, envejecimiento poblacional y bienestar social: aproximación al estado de vulnerabilidad social del adulto mayor en un Consejo Popular habanero», en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/.../informefinal.pdf>, Buenos Aires, CLACSO, 2013, p. 11 [consulta: 6-7-2015].
- Hartman Romero, Gretell: «Evaluación de la situación económica del adulto mayor que percibe pensión mínima por vejez en el municipio [de] Santiago de Cuba en el año 2011», en *Observatorio de la economía latinoamericana*, en [www.eumed.net/cursecon/cecolat/cu/2012/ghr.html](http://www.eumed.net/cursecon/cecolat/cu/2012/ghr.html) [consulta: 29-6-2015].
- Huenchuan, Sandra y José Miguel Guzmán: «Seguridad económica y pobreza en la vejez: Tensiones, expresiones y desafíos para políticas», en [www.cepal.org/celade/noticias/paginas/5/.../huenchuan\\_guzman.pdf](http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/5/.../huenchuan_guzman.pdf) [consulta: 30-6-2015].
- Mesa-Lago, Carmelo: «Estructura demográfica y envejecimiento poblacional: implicaciones sociales y económicas para el sistema de seguridad social en Cuba», en [www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista129/80.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/mundo/Revista/Revista129/80.pdf) [consulta: 30-6-2015].
- Pérez Gallardo, Leonardo B.: *Temas de Derecho sucesorio cubano*, Félix Varela, La Habana, 1999.
- Pérez Gallardo, Leonardo B. (coord.): *Derecho de sucesiones*, t. 2, Félix Varela, La Habana, 2004.
- Vallet de Goytisolo, Juan B.: *La interpretación según el título preliminar del Código civil*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Madrid, 1996.

## Legislación

- «Decreto-Ley No. 241/2006 de 26 de septiembre», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 33, La Habana, 27 de septiembre de 2006.
- Pérez Gallardo, Leonardo B.: *Código civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado*, Félix Varela, La Habana, 2014.
- \_\_\_\_\_: *Código de familia (anotado y concordado)*, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, La Habana, 1987.
- \_\_\_\_\_: *Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, Ley No. 7/1977 de 19 de agosto*, Editorial Pueblo y Educación, 1.ª reimp., La Habana, 1983.

# EL OCUPANTE Y SU CONFRONTACIÓN CON EL DERECHO DEL HEREDERO

---

Esp. Yaima Anaís Serrano Ruiz  
jueza profesional, TPP de Villa Clara

## INTRODUCCIÓN

EL DERECHO A la herencia ha sido un tema controvertido en los últimos tiempos, fundamentalmente a partir de las recientes modificaciones legislativas que, con la puesta en vigor del Decreto Ley No. 288, de 31 de octubre de 2011, del Consejo de Estado, han sobrevenido, en materia inmobiliaria, influyendo ello positivamente en los llamados a heredar, quienes, en vigencia de la Ley No. 65, «Ley general de la vivienda» (LGV), no gozaban de iguales privilegios, lográndose con esta nueva implementación normativa una mayor protección a sus derechos sucesorios.

Con la vigente norma, la figura del heredero logra recuperar su posición privilegiada en la sucesión, mas se limita su acción como futuro titular de derechos, ante la posición que exhibe la preceptiva contenida en el Artículo 77.4 del mencionado decreto ley, en tanto le resulta oponible a sus facultades, como legítimo propietario, la particular figura del ocupante, quedando así enfrentados dos institutos legales que el Derecho debe respaldar.

Partiendo de ello, la investigación que dio pie a este trabajo se encaminó a constatar el impacto que, en materia sucesoria, ha tenido el referenciado decreto ley en la realidad actual, a partir de un análisis sobre la regulación de la institución en nuestra legislación, sus imperfecciones y, sobre todo, para evidenciar la necesaria implementación de todo un entramado que garantice los sensibles derechos que se regulan en esta rama, aspirándose con ello al mejoramiento de la administración de justicia.

## DEFINICIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO DE OCUPACIÓN

Se plantea que este consiste, concretamente, en la apropiación de las cosas que no tienen dueño, pues nace del acto mismo de captar, tomar para sí un bien, a partir del conocimiento de que no existe titularidad sobre él, identificándose tales conceptos con la expresión más antigua de la ocupación como modo de adquirir.

Desde el punto de vista doctrinal, ha sido múltiples veces discutida la ocupación como modo de adquisición de la propiedad; no obstante, en su momento, resultó una forma típica y originaria de adquirir el dominio y presuponía la toma de posesión de una cosa que a nadie pertenecía con *animus domini*.

Sin embargo, puede afirmarse que no existe una doctrina sobre la *occupatio*, evidenciando el estudio de la literatura que, recurrentemente, se hace alusión al término, sin definir sus elementos. La ocupación se ha entendido como «el acto de aprehensión de una cosa, que debido a las relaciones de producción genera efectos jurídicos, bien directamente, como en el caso de los bienes muebles, o con el tiempo, como ocurre con los bienes inmuebles».<sup>1</sup>

Al abordarse asuntos relacionados con la vivienda, los estudiosos del Derecho manejan los términos *ocupar*, *ocupante* y *ocupación*, desde un criterio que no determina su alcance en sí, sino que parece inferirse su contenido de la significación semántica de estos. De ello, deriva que no se ha sido reflexivo en torno a la definición de la ocupación, y toda referencia al asunto se ciñe a la explicación que, del término, se hacía en otro contexto político y legislativo, pero nunca en el actual; quedando un silencio como respuesta, ante el lograr entender, desde la doctrina civilista y administrativista, la definición, alcance y contenido de la «ocupación» a la que se refiere permanentemente la ley especial en materia inmobiliaria urbana.

La ocupación, entendida como derecho o como circunstancia exigible a quienes pretendan la transmisión a su favor de una vivienda urbana, resulta óbice de la mayoría de los litigios que se suscitan, comprobándose que existen serias dificultades al comprender qué se entiende como el acto de ocupar un inmueble, manejándose en tal sentido variados criterios que unas veces se alejan del sentido de la norma y, otras, de su espíritu, no siendo posible identificar una alusión al concepto en los cuerpos legales.

Sin embargo, han podido identificarse conceptos afines con la ocupación, a saber, *domicilio* y *residencia*, conceptualizándose la primera como una de las circunstancias que, según reconocen la doctrina y la legislación nuestras, influyen en la capacidad de obrar de un sujeto. El domicilio significa morada o residencia fija,<sup>2</sup> debiendo considerarse la concurrencia de dos requisitos fundamentales: el *corpus*, que se manifiesta en la residencia, es decir, en morar de hecho en un determinado lugar; y el *animus*, el que se conforma en la habitualidad o voluntad de establecerse de forma definitiva y permanente en un sitio determinado.

La expresión legal del domicilio en nuestro país se materializa en el Artículo 28.3 del Código civil (CC) vigente, el que considera al domicilio de una persona natural como aquel que consta en el Registro oficial correspondiente, que obliga al sujeto a acudir ante la oficina de Carné de identidad y registro de población, para domiciliarse, mostrando expresamente su voluntad de hacerlo; en su defecto, se estaría colocando solamente como mero residente.<sup>3</sup>

La residencia presupone establecerse, fijarse, la que puede variar momentáneamente por disímiles factores, pero que no hace perder el domicilio.

<sup>1</sup> Luis E Cantón Blanco: *Conferencias de propiedad y derechos reales*, p. 76.

<sup>2</sup> T. Clemente Díaz: *Derecho civil, parte general*. t. 1, p. 450.

<sup>3</sup> Irina Ruiz Varas: «La ocupación en las adquisiciones inmobiliarias» (tesis).

La concepción de la habitación está más apegada a la idea de la residencia, en tanto presupone el lugar del asiento ocasional, temporal, donde se desarrollan las actividades cotidianas del sujeto.<sup>4</sup>

A mi modo de ver, erróneamente, se suele identificar la ocupación con el domicilio; y, si bien es cierto que este último implica la residencia como fundamento esencial, es un concepto o circunstancia formal inherente al estado civil de las personas, y hay que sumarle, a esta residencia, la noción de la habitualidad, la que encarna la voluntad de mantenerse morando en dicho lugar.<sup>5</sup> En este razonamiento es donde entronca la valoración del acto de ocupación, el que ha de entenderse más como residencia que como domicilio.

Partiendo del deficiente tratamiento que, desde la doctrina, se ofrece al asunto de la ocupación, deviene obligatorio tomar como referencia las definiciones que, de la ocupación, ha realizado en sus sentencias el alto foro de justicia, en virtud de la aplicación del articulado de la Ley general de la vivienda (LGV), toda vez que, en ocasiones, los operadores del Derecho no han hecho una adecuada interpretación de la institución.

La Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular (TSP) ha dejado sentado su parecer respecto a la ocupación física:

[...] a los efectos de la ocupación no puede equipararse la física e ininterrumpida exigida por la Ley general de la vivienda en su Artículo 77, con aquella que de modo circunstancial mantuviere alguno de los herederos, motivada por situaciones especiales que así lo justifican como lo es el cuidado del titular por causa de extrema gravedad, y que coincidentemente lo sorprenda en tales circunstancias el fallecimiento de esa persona, pues la ocupación física permanente supone ante todo el propósito de que a partir de que ocurra, sea ese el lugar físico en que de manera ininterrumpida el ocupante se haya dispuesto y de hecho, desarrolle en el mismo su realidad cotidiana [...].<sup>6</sup>

Similar criterio ha sido revalidado por el máximo órgano de justicia, al valorar las específicas circunstancias por las que habrá de entenderse la ocupación de los inmuebles *propiedad personal*, pronunciándose en el sentido de que

[...] constatándose en virtud del análisis general, que la recurrente no ocupaba física y permanentemente la vivienda de la litis al deceso de su causante, no quedando dicho inmueble libre de ocupantes al estar ocupada por el no recurrente, resultando intrascendente a los fines de este proceso el hecho de que este último estuviere registrado o no, en los controles correspondientes, cuando está perfectamente acreditado

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> C. C. Valdés Díaz *et al.*: *Derecho civil, parte general*, p. 120.

<sup>6</sup> Sentencia No. 36, de 30 de enero de 2004, en *Boletín del TSP*.

que ocupaba física y permanentemente dicha vivienda desde aproximadamente el año [...].<sup>7</sup>

También a los fines de la ocupación, el alto foro, de manera más acabada, estimó que

[...] aquella física y permanente de una persona en un inmueble determinado, al extremo de que pueda considerarse el mismo como el espacio habitacional en que se desenvuelve su realidad cotidiana, separándolo del concepto de domicilio refrendado en el Artículo 28 de Código Civil Cubano, en tanto resulta, para estos casos y por principio de especificidad, aplicable lo establecido en la legislación especial [...].<sup>8</sup>

Mucho más elocuente es el concepto que se adujo al referir que «[...] semejante derecho resulta de carácter personalísimo, *intuitupersonae* con arreglo a la citada legislación especial, con prelación respecto a las disposiciones sustantivas de alcance común [...] por tratarse éstas últimas de normas de aplicación general que deben ceder frente a la regulación especial en materia inmobiliaria urbana [...]».<sup>9</sup>

De tales laudos, resulta evidente el sostenido criterio que, con extrema claridad, ha defendido la sala de la especialidad del máximo órgano de justicia, en torno a lo que ha de entenderse por la ocupación física que exigía, entonces, la LGV, al heredero, para que pudiera adjudicarse la vivienda a su favor por cualquier título sucesorio, vislumbrándose como circunstancias que la caracterizaban el requisito de que, quien pretenda tal acto, debe demostrar la ocupación física del inmueble,<sup>10</sup> no es el hecho de que se tenga fijado domicilio en el inmueble del causante, el decisivo para que el heredero pueda adjudicárselo, o no,<sup>11</sup> la ocupación es de carácter personalísimo, *intuitupersonae*, intransferible y no es sinónimo de domicilio que, según el Artículo 28.3 del CC «es el que como tal consta en el registro oficial correspondiente».<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Sentencia No. 804, de 23 de noviembre de 2004, en *Boletín del TSP*.

<sup>8</sup> Sentencia No. 235, de 26 de diciembre de 2007, *Boletín del TSP*.

<sup>9</sup> Sentencia No. 205, de 13 de marzo de 2008, *Boletín del TSP*.

<sup>10</sup> Como presupuesto básico, habrá de estarse a la situación del inmueble, al momento de producirse tal acontecimiento, es decir, habrá que determinar quién o quiénes ocupaban el inmueble, junto con el propietario, al momento del fallecimiento de este, de quien deberá aportarse la certificación de defunción correspondiente que expedirá el registrador del Registro del estado civil.

<sup>11</sup> Leonardo Pérez Gallardo: «Algunos criterios jurisprudenciales, en sede sucesoria, de la Sala de lo Civil y de lo administrativo del Tribunal Supremo Popular. Derroteros del último lustro», p. 66.

<sup>12</sup> M. de la Fe Pardo: «Principales causales de los erráticos pronunciamientos administrativos en materia inmobiliaria, vistos a la luz de sus normas supletorias y de los criterios jurisprudenciales» (tesis).

## ANÁLISIS TEÓRICO Y PRÁCTICO DE OCUPANTE VS CONVIVIENTE

La LGV, en el Artículo 64, párrafo segundo, ha establecido un concepto de *conviviente*, del que derivan determinados requisitos para ser considerado como tal, a saber, que:

- no se encuentre en ningún supuesto de ocupación ilegal,
- resida con el propietario,
- forme parte del grupo familiar que ocupa la vivienda.

Según se deduce de la propia norma, los convivientes son, en efecto, ocupantes, pero no ilegales, sino que ostenta legitimidad la ocupación, dada por el tercero de los requisitos, es decir, que la anuencia del propietario del inmueble, al momento del inicio de la inserción a la morada, resulta determinante en la diferenciación entre conviviente y ocupante ilegal; y es que estos últimos nunca formaron parte del núcleo familiar como aquellas personas que, por determinadas razones de familiaridad, afinidad, amistad, humanidad, se han compenetrado al extremo de integrar un hogar, es decir una unión de individuos con intereses comunes, que se estiman y respetan entre sí, mientras que los ocupantes ilegales nunca contaron con el respaldo ni aprobación del titular.

Podría decirse que, habitualmente, suele homologarse el término *ocupar*, al referirse a una vivienda, a términos como *morar, habitar, convivir, residir, vivir, pernoctar, domiciliarse*; en el lenguaje forense, no existe un criterio unívoco en cuanto a ellos, cuando, al referirse a los derechos que asisten a quienes ocupan un inmueble, se expresan los de *convivir, residir, habitar en el inmueble*.

No obstante, desde un enfoque jurídico, puede darse por sentado que, cuando en materia de ocupación de inmuebles, nos referimos al acto mismo de la ocupación, lo estamos identificando como aquel comportamiento que indica *establecerse, arraigarse, fijarse, instalarse, detenerse, anidar, parar, alojarse, poblar, estar, coexistir, cohabitar*, en una vivienda en cuestión, verbos que deben ser interpretados sistémicamente, como un todo, y no por lo que individualmente puede representar cada uno, de modo que se comprenda el alcance verdadero del término. La ocupación impone que el sujeto se acoja en el inmueble, se cobije, se refugie, haga duradera su existencia en dicho sitio, de modo que sus actividades vitales se desplieguen en la vivienda, todo cuanto apunta al establecimiento duradero y constante.<sup>13</sup>

La ausencia de una percepción exacta, en los órdenes doctrinal y legislativo, del término *ocupar*, por las implicaciones que, de ella, se pudieran derivar en el orden inmobiliario, puede, lógicamente, generar confusión y equívocos, puesto que el jurista profesional, en la medida de lo posible, debe usar con corrección y, sobre todo con precisión, los términos jurídicos.

<sup>13</sup> Ruiz Varas: «La ocupación...».

Haciendo un análisis de todo lo anterior —lo que ha sido objeto de precedentes investigaciones—, obviamente, la convivencia supone la ocupación del inmueble, pero esta, a su vez, debe implicar la residencia, vista desde el aspecto volitivo del individuo de radicarse, sin que deba seguirse la concepción tradicional del domicilio, que puede divergir al responder a la existencia de documentación oficial, presuponiendo la convivencia estable, permanente y duradera del sujeto en el inmueble, con un criterio de actualidad, debiendo ser efectiva la ubicación en el inmueble al momento de producirse el hecho desencadenante que, para este trabajo, interesa como el fallecimiento del titular del derecho de propiedad, sin implicar convivencia por resultar posible que no exista coexistencia y concordia, tratándose de una circunstancia subjetiva y personal, que tiene que resultar lícita.

Y es que la esencial diferencia que —considero— existe entre *ocupante* y *conviviente* radica, esencialmente, en la forma en que a uno y otro le fue permitido el ingreso a la vivienda, o no, pues puede apreciarse desde el específico momento en que el propietario del inmueble consintió la entrada, siendo este el elemento primordial que ha de tenerse en cuenta a los fines de delimitar la ocupación y la convivencia, habida cuenta de que, inicialmente, la ocupación supone la autorización del titular y, en el segundo, la convivencia es la que marca la manifestación del beneplácito, o no, del titular del derecho de propiedad a continuar o mantener la residencia con el llamado conviviente en el inmueble, tal cual lo establece el Artículo 64 de la LGV.<sup>14</sup>

## UNA PRIMERA LECTURA DE SU PROTECCIÓN

En *La Historia me absolverá*, Fidel condenó el régimen de explotación que imperaba en Cuba, al presentar el sombrío espectáculo de las viviendas miserables que ocupaba gran parte del pueblo y la extorsión que significaba el negocio de los alquileres de espacios habitacionales, y proclamó que lo ideal, en la ciudad, es que cada familia viva en su propia casa o apartamento.<sup>15</sup>

En la etapa revolucionaria, y a partir de un grupo de decisiones de importancia trascendental, la panorámica vinculada a la vivienda comenzó a cambiar, trazándose una estrategia, consecuencia del programa del Moncada, que tuvo su primer baluarte en la Ley de reforma urbana (LRU),<sup>16</sup> de 14 de octubre de 1960, que ha sido, quizás, la norma de mayor trascendencia social dictada durante la Revolución, tratándose de una ley absolutamente

<sup>14</sup> «Los propietarios de las viviendas determinarán libremente qué personas convivirán con ellos y estarán facultados para dar por terminada la convivencia de cualquier persona, para lo que no requerirán declaración administrativa ni judicial».

<sup>15</sup> Fidel Castro Ruz: *La Historia me absolverá*, p. 41.

<sup>16</sup> Reformó el sistema de propiedad inmobiliaria urbana en Cuba. Tuvo rango constitucional hasta la promulgación de la Constitución de 1976 y, luego, rigió con carácter ordinario.

nueva, sin precedentes en el mundo, la cual asestó un golpe mortal a los mecanismos de explotación que existían vinculados a ese asunto.

El cambio político operado en Cuba, en enero de 1959, determinó el surgimiento de nuevas relaciones socialistas de producción, desencadenándose un proceso legislativo que se dirigió a resolver los problemas más acuciantes de la población cubana, entre los que figuraba el de la vivienda, en razón de lo cual se dictaron diferentes disposiciones legales<sup>17</sup> que, como referí, culminaron con la promulgación de la LRU, de cuya lectura y análisis detenidos se evidencia que, recurrentemente, fue preciso el acto mismo de la ocupación del inmueble como cuestión a tomar en cuenta, a los efectos de las decisiones referentes a los inmuebles urbanos en Cuba.

La promulgación de la LRU constituye el primer precedente legislativo de la figura del conviviente en el Derecho inmobiliario cubano, al autorizar el traspaso de la propiedad de la vivienda a sus ocupantes legítimos, mediante el pago de mensualidades del antiguo alquiler, los que eran efectuados por el jefe del grupo familiar, recibiendo dicha titularidad al completar los pagos fijados, quedando de ese modo inmersos en la condición de convivientes el resto de los ocupantes del inmueble, aunque no se define la institución, limitándose solo a establecer los principios y procedimientos sobre los cuales debía versar la transmisión de la propiedad de las viviendas ocupadas.

La ocupación del inmueble se convirtió en presupuesto indispensable para el reconocimiento de derechos sobre el bien, no como modo de adquirir propiamente, sino como antesala de la concesión de derechos y, luego, como derecho en sí, era condición previa a los efectos del reconocimiento del Derecho. De esta forma, la LRU introdujo el concepto de *ocupante*, que respondía a los principios que la informaban, trascendiendo con ello a la legislación inmobiliaria actual.

El 25 de junio de 1973, con el propósito de crear una seguridad jurídica respecto al uso y disfrute de las viviendas, el ministro de justicia dicta, entre otras, la Resolución RU-15 (complementaria de la LRU), toda vez que, a consecuencia de una deficiente delimitación de los diversos conceptos del disfrute de una vivienda, dio al traste con que se confrontaran situaciones conflictivas por los ocupantes de un mismo inmueble, determinadas por actitudes que pugnaban

<sup>17</sup> En materia de propiedad inmobiliaria urbana, en 1959, fueron dictadas la Ley No. 26, mediante la cual se disponía suspender los lanzamientos de viviendas urbanas, durante un período de 45 días; la No. 135, que dispuso la rebaja de alquileres de viviendas urbanas; el Decreto No. 1303, que constituyó el Reglamento de la Ley No. 135; y la No. 503, que modificó la de enjuiciamiento civil, vigente en ese momento, y estableció un nuevo procedimiento para sustanciar juicios de desahucio en los juzgados municipales fundamentalmente. Con posterioridad a la LRU, se dictaron disposiciones legales tendentes a precisar medidas ante incumplimientos de mensualidades por parte de los ocupantes adquirentes, además de acuerdos e instrucciones relativas a exoneración de pagos de ocupantes adquirentes de inmuebles.

con el ámbito de sus respectivos derechos, haciéndose insostenible la convivencia, por lo que se estipuló, en la intención de proteger a los que se denominaron *ocupantes legítimos*, que el consentimiento otorgado por estos para permanecer en una vivienda no generaba derecho a favor del beneficiario de tal liberalidad, quedando así obligado a abandonar el local tan pronto fuera requerido por aquel con ese fin;<sup>18</sup> de esta forma, se eliminaba el temor de dichos ocupantes legales a verse envueltos en conflictos y perder sus derechos, que era la causa generadora de que se abstuvieran de autorizar a permanecer, en las viviendas, a familiares o amigos, aun en las situaciones más apremiantes, lo que también constituía una vulneración al empeño revolucionario en hacer practicable la realización de la primera etapa de la reforma urbana.

Posteriormente, se promulga la Ley No. 48 (LGV), de carácter general, la que, en un solo cuerpo legislativo, regula distintos aspectos relativos a la vivienda, complementada por un grupo de disposiciones legales del Instituto Nacional de la Vivienda (INV) —resoluciones—, como solución a conflictos que pudieran suscitarse en su aplicación. Enuncia los conceptos que determinan el carácter legal de cada ocupante de un inmueble, entre ellos el de conviviente, regulándolo en su Artículo 64, en el sentido de que se considera que vino a amparar legalmente a la RU-15, en cuanto a la autoridad del propietario en la vivienda, para unos, mientras, para otros, vino a acentuar los litigios entre propietarios y convivientes; siendo evidente, desde el punto de vista objetivo o material, que la formulación absoluta del precepto ocasionó problemas políticos-sociales en su aplicación,<sup>19</sup> cuya base la constituyó la formulación del precepto que plantea: «Los propietarios de las viviendas determinarán libremente qué personas convivirán con ellos y estarán facultados para dar por terminada la convivencia de cualquier persona, para lo que no requerirán declaración administrativa ni judicial [y continúa:] se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior a los ascendientes o descendientes del propietario [...]»,<sup>20</sup> conminando así al abandono de la vivienda a cualquier persona que conviviera en la misma con excepción de las mencionadas.

Por otra parte, con la Ley No. 48, se mantuvo el espíritu tendente a valorar la ocupación de los inmuebles, a los efectos de las adjudicaciones, pues

<sup>18</sup> El apartado primero de la RU-15 disponía que la autorización, expresa o tácita, indefinida o temporal, para permanecer en una vivienda otorgada por el ocupante legal de esta no genera derecho alguno a favor del beneficiario de tal liberalidad, el que, por consiguiente, está obligado a abandonar el local, tan pronto como sea requerido por aquel con este fin. Se presumirá en esta situación a toda persona residente en una vivienda que no sea ocupante legal principal, ni alguna de las personas que, según la ley, deben vivir en su compañía o bajo su guarda y cuidado.

<sup>19</sup> R. Dávalos Fernández: «La nueva Ley general de la vivienda».

<sup>20</sup> La formulación del Artículo 64 de aquella ley no dejó desamparados a los convivientes, solo reconoció el derecho del propietario a disponer libremente del bien, principio constitucional; luego, la realidad socio-jurídica cubana impuso la necesidad de ampliar la protección a otras personas.

autorizó la realización de procesos para la transferencia de la propiedad de las viviendas ocupadas, definiéndose derechos ocupacionales y resolviendo conflictos y litigios en torno a ello.

El 23 de diciembre de 1988, se aprobó la Ley No. 65 (LGV), con la perspectiva de superar los desaciertos de la anterior; entre ellos, la redacción del mencionado Artículo 64. La nueva formulación mantuvo la facultad dominica del propietario y se exceptuó un grupo mayor de personas que pudieran tener algún derecho de ocupación o que su extracción ocasionaría un problema social, a cuyos efectos se introdujo el Artículo 65<sup>21</sup> y la disposición transitoria tercera,<sup>22</sup> a fin de señalar los casos de excepcionalidad contra los que no procedía la aplicación del mencionado derecho del propietario de la vivienda.

*Contrario sensu*, la regulación del derecho de ocupación se encontraba en el CC de 1888,<sup>23</sup> cuyo libro tercero se dedicaba a los diferentes modos de adquirir la propiedad, incluida la ocupación en el Artículo 609, como un modo de adquirir la propiedad, la que «[...] se adquiere por ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesiones testadas e intestadas y por consecuencia de ciertos contratos mediante tradición. Puede también adquirirse por medio de la prescripción». En este orden de análisis, el título primero se dedica a la ocupación como modo de adquirir, significándose los bienes que son susceptibles de adquisición, en función de lo cual se requiere que sean apropiables por su naturaleza y que carezcan de dueño.

<sup>21</sup> La exclusiva facultad que propugna el Artículo 64 de la LGV se encuentra limitada, frente a las excepciones claramente establecidas en el Artículo 65 de la propia norma, el que refiere que no podrá ejercitarse aquella contra: los ascendientes y descendientes del propietario; madre con uno o más hijos habidos en el matrimonio, formalizado o no, con el propietario, siempre que ella tenga la guarda de los hijos y no disponga de otro lugar de residencia; madre con uno o más hijos menores que llevan tres o más años ocupando la vivienda sin otro sitio para residir; ancianos en iguales situaciones; y cualquier otro caso que, a juicio de la autoridad competente, constituya una manifiesta injusticia o un acto inhumano.

<sup>22</sup> La disposición transitoria tercera especifica cuáles son las personas contra las cuales el propietario tampoco podrá ejercer sus facultades al haberse configurado, en ellos, determinadas circunstancias al momento de la promulgación de la ley: los que convivían en el inmueble antes del 14 de octubre de 1960; convivientes que lo fueron del propietario anterior y que, por fallecimiento o salida del país, la titularidad fue transmitida a otra persona; quienes hayan hecho ampliaciones en la vivienda con autorización de su propietario; los que han contribuido en forma efectiva a la adquisición de la vivienda; los casos de permuta o entrega de dos casas por una; quienes pagaron el precio de la vivienda por ser el adquirente menor o insolvente; los que han contribuido en forma efectiva a la reconstrucción de la vivienda, como los casos de viviendas en mal estado, de propiedad personal que son reconstruidas por los convivientes del titular, o a cargo de la comunidad matrimonial de bienes y otros casos análogos que decida el presidente del INV.

<sup>23</sup> El CC español fue promulgado el 11 de mayo de 1888 y hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889, vigente desde el día 5 de noviembre de ese año, ratificado por la proclama de primero de enero de 1899 por el Gobierno Militar de la primera intervención norteamericana. Rigió hasta la promulgación del CC vigente.

El Artículo 178 de la Ley No. 59 (CC), de 16 de julio de 1987, reconoce las formas de adquirir la propiedad y, a diferencia del derogado CC español, no incluye la ocupación, en tanto se le atribuye al Estado la propiedad sobre los bienes carentes de dueño, los cuales no pueden ser ocupados por otras personas.

## **UNA MIRADA A LA LEGITIMACIÓN QUE IMPONE LA APLICACIÓN DE ESE INSTITUTO**

Toda persona tiene capacidad para ser parte; por ello, en un proceso, podrá serlo todo aquel que tenga capacidad jurídica, sin embargo, supone la legitimación, además, de dicha aptitud genérica, que implica la facultad de intervenir activamente en el proceso, traducéndose en la capacidad de obrar en el derecho civil, una condición más precisa, referida de manera singular al litigio de que se trata, que afecta al proceso no solo en su dimensión común, sino en lo que tiene de individual y determinado.<sup>24</sup>

Por eso, solo puede ser reconocida a quien afirme ser titular de un derecho, debiendo existir coherencia jurídica entre la titularidad y las consecuencias jurídicas que se pretenden, no bastando únicamente la afirmación de un interés, pues este debe ser suficiente para alcanzar los efectos que se intentan con la demanda, a los fines de que, quien reclame, figure y actúe de manera eficaz en el proceso, entendido como el instrumento mediante el cual los tribunales cumplen las funciones que le han sido asignadas por la Constitución y las leyes, siendo además la vía con la que cuentan las partes para solicitar la tutela de sus derechos e intereses legítimos.

En concordancia con ello, Díaz Tenreiro cita a Álvarez Tabío, quien señala que «[...] el problema de la prueba de legitimación se identifica con la de justificación del derecho material, y los efectos que se observan generan problemas de falta de acción y no de personalidad [y continúa:] la legitimación implica la aptitud de ser parte en un proceso concreto», concluyéndose, consecuentemente, que la demanda de un derecho solo ha de ejercitarse por quien es titular de este y solo puede ser dirigida contra la persona que, según la relación material preexistente, está en la obligación de dar satisfacción a la pretensión que se deduzca en ella.<sup>25</sup>

Estamos, pues, frente a una ocupación que se encuentra limitada en el revolucionario decreto ley ante la adjudicación hereditaria, pero todavía la norma no logra otorgarle una definitiva independencia al heredero, como sujeto de derecho, lo que calificaría, finalmente —a mi juicio—, la total preeminencia de aquel frente al añejo principio de ocupación, sin que ello implique la desprotección de este, pues la regulación contenida en el Artículo

<sup>24</sup> C. M. Díaz Tenreiro: «Apuntes sobre la legitimación».

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 5

78 de la mentada norma le reserva la legitimación para accionar en pos del derecho que reclama.

Cuando el ordenamiento jurídico exige que solo cierta clase de persona puede pedir la declaración de incapacidad de otra, no reclama entre los promotores un determinado grado de capacidad, pues cualquiera podría tener tanto la capacidad jurídica como la de obrar. Se trata, en todo caso, de acreditar una condición más particular y determinada, que es precisamente la legitimación. Esta no constituye un tipo más de capacidad, sino un requisito de índole más particular y limitado.<sup>26</sup>

En relación con la idea anteriormente esbozada —que conecta con la temática que aborda este texto—, cabría plantearse la innecesaria limitación que mantuvo el legislador, prevista en el Artículo 77.4 del propio decreto ley, tomando como referencia la legitimación que asiste a los ocupantes de las viviendas cuyo titular ha fallecido, para accionar de cara a los herederos del causante, en reclamo de los derechos cuya tutela jurídica pretenden, y es que ciertamente resultan legitimados los ocupantes en virtud del Artículo 78 de del Decreto Ley No. 288 de 2011, para dirigirse mediante el cauce procesal que refrenda el Artículo 469 del CC, traducíéndose ello, de constatarse el motivo de incapacidad acusado por el accionante, en la nulidad de la delación sucesoria, con trascendencia tanto para la herencia testada como para la *ab intestato*, pues constituye la capacidad para heredar, la aptitud para la vida jurídica en materia sucesoria, que requiere de la existencia, la capacidad y la dignidad para suceder como presupuesto de la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia.

En la práctica judicial, se observa una marcada tendencia —de los accionantes que dicen ostentar la condición de ocupantes del inmueble— a utilizar el proceso de incapacidad para heredar, previsto en el Artículo 469 del CC, como ruta para desvirtuar el derecho conferido a los herederos instituidos, a los fines de poder solicitar, posteriormente, la transferencia autorizada en la formulación del Artículo 78 del Decreto Ley No. 288, al quedar de su parte la efectiva demostración de los hechos alegados a través de los medios de prueba<sup>27</sup> idóneos, para, luego, erigirse en titular de

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> El proceso, concebido como un instrumento para dar satisfacción a las pretensiones de las personas, precisa de una serie de medios (las pruebas) no siempre fáciles de conseguir, de ahí que el factor decisivo del proceso judicial estribe en la prueba, en la medida en que, con ella, se trata de que lo ocurrido en un tiempo pasado vuelva a presentarse ante el órgano judicial, para que este lo pueda valorar, pues de poco le sirve a una persona hallarse en posesión del derecho si, en el momento probatorio, no logra llevar al convencimiento del juez que los hechos que constituyen su hipótesis legal son los verdaderos.

El Derecho probatorio es el conjunto de normas que regulan la prueba. Al hablar de esta, en general, se hace referencia a un concepto amplio, el cual comprende los medios de prueba que se podrán usar en nuestro proceso y que, normalmente, son admisibles en Derecho —reguladas en el Artículo 261 de la LPCALE—: confesión judicial, documentos y libros, dictamen de peritos, reconocimiento judicial y reproducciones, testigos y presunciones.

la vivienda, siempre y cuando hayan acreditado que ocupaban la vivienda de manera permanente y que no tenían ninguna en propiedad devenido el fallecimiento del propietario, quedando de su parte la carga probatoria,<sup>28</sup> prevista en el Artículo 244 la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE).

Igualmente, ha de analizarse que se genera un derecho de ocupación para el ocupante que cumpla el requisito exigible, de haber estado ocupando la vivienda al menos durante cinco años antes del fallecimiento del titular, encontrándose justamente por ello —considero— legitimado para promover la solicitud ante la Dirección Municipal de la Vivienda (DMV), para promover el reconocimiento del derecho de ocupación, al amparo del Artículo 130 de la LGV,<sup>29</sup> lo que podría devenir una disposición más sobre la protección al conviviente, suscitándose en este caso una interesante situación jurídica, en la cual la persona con derecho de ocupación pudiera convertirse en sujeto activo en una relación jurídica contra el propietario; no obstante, también, ha de tenerse en cuenta la posibilidad de que pudiera el ocupante tener una vivienda en propiedad, particularidad esta que le restaría legitimidad a cualquier reclamación que hiciera del presunto derecho de ocupación.

## **POSICIÓN INTERPRETATIVA EN TORNO AL ARTÍCULO 65.5 DE LA LGV**

Con un tratamiento rectilíneo, nuestro máximo órgano de justicia ha dejado sentado cuál ha de ser la interpretación relativa a la pleca quinta del Artículo 65 de la LGV, siendo reiterados e invariables sus pronunciamientos, respecto a lo que, por concepto de acto injusto e inhumano, ha de entenderse, pues lo define en exclusiva como el evidente desamparo habitacional.

Ilustrativo de ello resulta la tesis considerada en cuanto a que

[...] la interpelada sentencia contiene error, con trascendencia al fallo, por indebida aplicación de la pleca quinta del Artículo 75 de la Ley general de la vivienda, si se tiene en cuenta que fundamenta en tal precepto la decisión de proteger a la demandada DM soslayando que para la caracterización del concepto de acto injusto o inhumano que se le atribuya al ejercicio de la acción de cese de convivencia por parte del propietario de un inmueble atendiendo a la facultad que al respecto le confiere el artículo sesenta y cuatro de la mencionada ley sustantiva, no basta que se aduzca que aquella carece

<sup>28</sup> Obligación procesal con la que deben cumplir las partes en el proceso para acreditar la veracidad de sus alegaciones. Se logra cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos procesales.

<sup>29</sup> Franquea la vía para que se establezca, por la parte afectada, la reclamación ante la DMV, por haberse producido un conflicto como consecuencia del reconocimiento, concesión o reclamación de un derecho.

de otro lugar adonde retornar, como sí acontece respecto a los supuestos que protegen las plecas segunda, tercera y cuarta del apuntado precepto, sino que además resulta necesario [que] se acredite que se produciría una situación de desamparo habitacional incompatible con los más elementales principios de nuestra sociedad, a lo cual no es posible asimilar la situación expuesta en la sentencia impugnada si se tiene en cuenta que consta debidamente acreditado que dicha demandada arribó a la mayoría de edad, siendo una mujer joven, en plenitud de capacidades físicas y mentales y por ende con posibilidades de alcanzar medios propios de subsistencia, siendo lo cierto que al terminar la relación de pareja que con su progenitora mantenía el inconforme no existe ningún nexo parental que justifique su permanencia en dicha vivienda y por ende nada obliga a éste a mantenerla como cohabitante, con mayor razón cuando resultó probado que se conduce de manera inadecuada afectando el normal desenvolvimiento de la convivencia en el inmueble de la litis y, siendo así, es obvio que la administración incurrió en la infracción, lo que forzó [que] se acogiera el recurso establecido, casando y anulando la sentencia interpelada.<sup>30</sup>

Idéntico concepto se reproduce, al revocar los pronunciamientos que le antecedieron, sin acoger el pretendido cese de convivencia, dando por sentado que

[...] el inmueble litigado constituye el de origen de las demandadas en el proceso cuando, además de lo declarado en contrario por los testigos examinados a instancia del inconforme, consta declaración jurada ofrecida ante funcionario público en el antecedente gubernativo número catorce mil ochocientos veinte de mil novecientos noventa y uno por la progenitora de aquellas donde reafirma lo expuesto en su promoción respecto a la integración de su núcleo por sus hijas y nietas, de lo que resulta que no concurren las circunstancias para la caracterización de los supuestos de excepción a que se refiere el artículo sesenta y cinco de la Ley general de la vivienda, en tanto es indispensable [que] se acredite que se produciría una situación de desamparo habitacional incompatible con los más elementales principios de nuestra sociedad al no contar con otro lugar de residencia, situación que en el caso no acontece en tanto las demandadas cuentan con el inmueble aledaño, del cual proceden y se encuentran aún registradas oficialmente, «[...] de ahí que nada obligue al recurrente a mantenerlas como convivientes y, siendo así, es obvio que la Sala de instancia incurrió en la infracción que se denuncia al desconocer elementos favorables al quejoso».<sup>31</sup>

De lo anterior, se colige que la apreciación de desamparo habitacional debe contar con el respaldo de situaciones probadas en autos con entidad suficiente para sustentar esa calificación, puesto que el concepto de acto

<sup>30</sup> Sentencia No. 485, de 30 de mayo de 2007, en *Boletín del TSP*.

<sup>31</sup> Sentencia No. 657, de 31 de julio de 2007, en *Boletín del TSP*.

injusto e inhumano requiere de la presencia de elementos objetivos que contravengan los más elementales principios de nuestra sociedad, a cuyo efecto no basta el simple decursar del tiempo de ocupación del inmueble controvertido; entender lo contrario significaría privar al propietario del legítimo ejercicio de una acción que la ley le franquea y otorgarle al mencionado supuesto excepcional una interpretación extensiva improcedente.

Tomar como referente la interpretación jurisprudencial que, de la pleca quinta del Artículo 65 de la LGV, ha realizado el TSP, a través de las sentencias que han trazado senderos, en correspondencia con sus criterios y definiciones, nos hace meditar, a partir de la limitación que mantuvo el legislador en el Artículo 77 del Decreto Ley No. 288 a los herederos adjudicatarios, de proteger a los ocupantes que permanecieron en los inmuebles con la anuencia del titular anterior cuyo fallecimiento acaeció, que devendría equívoco considerar que podrían los propietarios devenidos por título sucesorio accionar frente a aquellos, pues implicaría, incluso, una evidente contradicción entre las normativas y la interpretación que, de ellas, se ha realizado por el alto foro de justicia, toda vez que, como he dicho, la ocupación de la vivienda no implica, necesariamente, la existencia de desamparo habitacional alguno, de manera que no podría enmarcarse a estos ocupantes, cuya permanencia se protege en el inmueble como aquellas excepciones oponibles a la facultad de los propietarios, por tratarse de una notoria injusticia.

Por otra parte, y haciendo un análisis de la formulación del Artículo 77.4 del Decreto Ley No. 288, se percibe que el límite que, para el heredero adjudicatario, impone el ocupante protegido, incide directamente sobre las exclusivas facultades de aquel que, como legítimo titular del derecho de propiedad, le reconoce el Artículo 64 de la LGV, a determinar libremente las personas que con él convivirán, concentrándose en este punto las categorías de ocupante y conviviente, de manera que —según el contenido de las normas que se relacionan— se percibe cierta diferenciación entre los que devienen propietarios por título sucesorio y quienes, por otro concepto, alcanzan tal condición y, comoquiera que la norma no establece provisionalidad alguna, nos hace reflexionar y plantearnos como interrogante: ¿alcanzaría a estos herederos, una vez agotado el último paso del *iter* sucesorio, el derecho a ejercitar la acción contra los convivientes que determine indeseables o, inversamente, le resultarían oponibles las excepciones que expresamente regula al Artículo 65 de la referenciada ley especial?

En tal sentido, se debe tener en cuenta que los ocupantes llegan a la vivienda con la anuencia del titular, por lo que la ley tiene el propósito de respaldar tal condición; sin embargo, la particularidad del caso que se analiza radica en que los herederos devienen propietarios de los inmuebles, recibiendo una carga sobre su herencia —por decirlo de alguna manera— que tuvo lugar a partir de la actitud permisiva del anterior dueño, de manera que se complejiza el supuesto, si se valora que existe un requerimiento volitivo cuya

manifestación no tuvo lugar para aquellos que obtuvieron la propiedad de la vivienda por título hereditario, repercutiendo ello incluso en la identificación del ocupante protegido por el Artículo 77 de la norma que se invoca y el conviviente que favorece el Artículo 65 que, a mi juicio, no pueden asemejarse ambas figuras, pues ciertamente fueron convivientes del titular anterior, que dio su anuencia para que permanecieran en el inmueble, pero se convirtieron en ocupantes al momento de la adjudicación de la vivienda para el heredero, creando esta indefinición normativa cierto grado de desconcierto, por lo que ha de quedar al arbitrio del tribunal la solución del conflicto, aunque, de cualquier forma, nos parece inadecuado que, en los procesos de cese de convivencia ventilados hasta la actualidad, en los que se enfrentan herederos y ocupantes, se considere o justifique legalmente la decisión adoptada bajo la égida de la pleca quinta del Artículo 65 de la legislación especial, pues, como se ha visto, no es posible que le resulte de aplicación.

Bajo otro ángulo, pudiera interpretarse el sentido que, quizás, pretendió dar el legislador a la norma, sin que ello signifique restringir las facultades del heredero devenido propietario, a determinar libremente las personas que con él convivirán, puesto que no se trata de una camisa de fuerza, y si estima el titular que existen personas en su vivienda que no resultan ser de su beneplácito, por su actitud desajustada, no podrá ser óbice la particular protección que la preceptiva en comento establece a los ocupantes, para obligar a aquellos a compartir su vivienda con los convivientes que se estiman indeseables, máxime si se tiene en cuenta que la autorización expresa o tácita, indefinida o temporal, para permanecer en una vivienda otorgada por el propietario no genera derecho alguno a favor del beneficiario.

Finalmente, en relación con el derecho de ocupación que esta norma tutela, ha de tenerse muy en cuenta que el requisito tiene por base la ocupación de la vivienda por cinco años, con el consentimiento del propietario, antes de la fecha de su fallecimiento, siendo, por tanto, una ocupación consentida por este; no obstante, la actual regulación difiere de la norma anterior, pues aquella exigía la ocupación física, permanente y consentida, pero en convivencia con el propietario.

De manera que valorar la posibilidad de una acción con éxito del propietario en función del cese de convivencia, al amparo del citado Artículo 64 contra la persona con derecho de ocupación, en supuestos de que este tenga una vivienda en propiedad, es viable en el debate jurídico; sin embargo, debe tenerse en cuenta la función protectora del precepto para el ocupante, resultante del espíritu mismo de la institución que ha creado, para proteger y garantizar al ocupante el techo en que vive, ante la acción de un propietario que pudiera no ser del grupo familiar que ocupaba la vivienda, al fallecer el propietario.

## UNA MIRADA DESDE LO JURISDICCIONAL

Los cambios introducidos en la materia que se aborda, con la entrada en vigor del Decreto Ley No. 288, motiva y ha llevado a la judicatura a realizar análisis complejos y casuísticos de la problemática que —increíblemente— ha generado el cambio *ut supra* citado.

Si bien conteste y quizás contentos con tales modificaciones legislativas —desde lo social y profesional—, no lo es menos que tal norma legal ha llevado a colisionar derechos fundamentales y de primer análisis jurídico, el derivado de la sucesión y su efectiva ejecución, y el de los convivientes que contrastan con aquellos cuya solución o decisión ha recaído en la judicatura; en tal sentido, se ha visto obligada a efectuar interpretaciones de la norma —no siempre de unánime comprensión—, pero que imponen análisis teóricos en pos de equilibrar y sentar criterios válidos que permitan y lleven a su aplicación uniforme en todo el territorio nacional.<sup>32</sup>

En la práctica judicial villaclareña, hemos constatado asuntos en los que se han encontrado derechos de ocupación con derechos sucesorios, tanto testamentarios como *ab intestato*. En el primero de ellos, es decir, testamentario, obviamente, con la derogación de las previsiones especiales contenidas en el entonces Artículo 76 de la LGV, estaban impedidos de reclamar derechos —de este orden— frente a los convivientes que lo fueran del causante/titular, en los términos que establecía la norma, en virtud de lo cual se recuperan principios del Derecho sucesorio hasta entonces limitados y, en el segundo, en igual forma, pero ya en lo que correspondía al Artículo 78 de la norma en comento, que les reservaba primacía de derechos a los convivientes en los términos señalados en el precepto.

Sobre tales cuestiones, y analizando el enfrentamiento propiamente dicho entre todos los herederos, ya sean ocupantes de la vivienda, o no, al momento del fallecimiento del causante/titular, se ha considerado que

[...] si bien es cierto que en virtud de las modificaciones entronizadas por el decreto ley número doscientos ochenta y ocho, de 28 de octubre de dos mil once, le asistía el derecho de proceder a la adjudicación al ser protegida en su carácter de heredera, por el Artículo 76 de la norma en comento, aun cuando no residiera en el inmueble al momento del fallecimiento del titular, es lo cierto que ello no es razón suficiente para que se desentiendan los jueces de las reglas que han de seguirse para la partición de la herencia, siendo el apelado el que para la fecha exhibiera mayor necesidad habitacional, puesto que su hermana resultaba ser propietaria de otro inmueble que

<sup>32</sup> Rubén Remigio Ferro, en la apertura del II Congreso Internacional de Derecho Procesal (La Habana, 2009), puntualizó: «En materia de justicia, creemos firmemente que las insuficiencias serán siempre más atribuibles a los jueces que a las leyes. Esos perfiles esenciales definen el modelo de juez y de justicia que exige la sociedad cubana de hoy y del futuro; materializarlos constituye nuestro mayor empeño», en *Justicia y Derecho*, no. 12, p. 4.

con evidente maña donó a su esposo durante la sustanciación del proceso con la finalidad de lograr el objetivo ya enunciado, [...] colocándose en todo caso, voluntariamente, en el estado en que actualmente se encuentra [...].<sup>33</sup>

Al respecto, la vigente norma prevé que, en el propio acto en que se produzca la adjudicación, podría el heredero interesado disponer sobre cualquier otra vivienda que tuviese a su haber, a favor de otra persona, con el fin de obtener el inmueble objeto de la sucesión para sí; ello no podría verificarse bajo la sombra de la mala fe, toda vez que reñiría ello con la preceptiva contenida en el Artículo 4 del CC, razón que motivó al fuero a interpretar, de manera contraria a los intereses de la recurrente, la regla encaminada a la necesidad habitacional alegada.

En la práctica judicial, y a partir del estudio de algunos procesos, se ha podido constatar que diferentes juristas intervinientes en la solución de conflictos sostienen una interpretación distinta, en cuanto al sentido de la norma prevista en los artículos 76 y siguientes del Decreto Ley No. 288, cuando, ante casos litigiosos, se ha solicitado y dispuesto la adjudicación para todos los herederos, desconociendo que, en todo caso, el propio cuerpo legal en varios apartados hace remisión expresa a las reglas de partición hereditaria, reservadas para la legislación sucesoria común, principio de elemental razonamiento cuya valoración solo podría omitirse ante la existencia de acuerdo entre los herederos, según lo prevé el Artículo 77.1 del propio cuerpo legal, pues, ciertamente, constituye regla general del decreto ley que la vivienda propiedad del causante se transmitirá a todos su herederos testamentarios, legatarios instituidos, y legales, a lo que añadido que ello trae causa exclusivamente al destierro que, del requisito de ocupación, hizo el legislador, para la adquisición de la vivienda como herencia por quienes se hallaran legitimados para adquirirla, dados los vínculos de consanguinidad y parentesco, pero en modo alguno suprime los criterios de equidad, necesidad y utilidad que han de regir para el juez, a los fines de solucionar, de manera justa y razonable, determinado conflicto que, entre estos, se suscite.

En tal sentido, se ha considerado el criterio de necesidad habitacional, aunque en circunstancias distintas al supuesto anteriormente narrado, al reconocer iguales derechos adjudicatarios a la viuda copropietaria e hija del causante, aun cuando esta última no presentara la condición de ocupante, pero contando a su favor con la cesión del resto de los herederos, unido al elemento trascendental de la necesidad habitacional: «[...] el espíritu de las modificaciones legislativas, introducidas en sede inmobiliaria, con la puesta en vigor del Decreto Ley 288 de veintiocho de octubre de 2011, propugna como objetivo esencial la protección suprema a los herederos, sin estar condicionada esta a requisito de tipo alguno», y continua el laudo:

<sup>33</sup> Sentencia No. 97 de 2012 (apelación), TPP de Villa Clara. Visible en legajo de la materia, a cargo de la Sala de lo Civil, de lo Administrativo y de lo Laboral.

la decisión contenida en la sentencia que se impugna resulta contraria a las reglas que hoy informan la adjudicación de inmuebles, habida cuenta [de] que diáfana es la letra del apartado segundo del Artículo 76 del invocado cuerpo de normas al establecer que si al fallecer su propietario no hubiera dispuesto de la vivienda por testamento, la propiedad de esta se transmitirá a sus herederos legales, con arreglo a la legislación sucesoria común, constituyendo una realidad inquebrantable que la recurrente ostenta la condición de heredera de su finado padre [...] situación de hecho que por sí sola la hace merecedora de erigirse, en unión a la viuda del causante en titular de la morada [...] máxime si el resto de las sucesoras cedieron sus derechos con tal propósito, lo cual consta acreditado en las actuaciones, sin que los argumentos ofrecidos en la resolución combatida para proceder a la adjudicación de la vivienda únicamente a la copropietaria, tengan amparo legal en la legislación vigente, toda vez que demostrado quedó que la apelante no posee inmueble alguno en propiedad, no pudiendo enervar su derecho a la adjudicación del recinto que fuera de su padre el hecho expectante de tener la posibilidad de asignación de un inmueble en el futuro, suceso incierto en el presente que en modo alguno puede invalidarla para convertirse en legítima propietaria de parte del causal relicto de su ascendiente [...].<sup>34</sup>

Por otra parte, el enfrentamiento que entre las instituciones de herederos y ocupantes se ha establecido ha tenido solución en jurisdicción distinta, respecto al extremo controvertido de la ocupación, pues se ha revocado acto administrativo en el sentido de no proteger el derecho del titular frente al conviviente, bajo el entendido de haber permanecido este ocupando, por más de 10 años, el inmueble objeto de conflicto, de conjunto con quienes ostentaban la titularidad, antes del fallecimiento de uno de sus copropietarios, cumpliendo la condición expuesta por el comentado Artículo 77.4 del Decreto Ley No. 288, estimando el fuero que no concurrían las circunstancias para la caracterización del supuesto, ni la excepción a que se refiere el Artículo 65 de la LGV, pues, contrario al criterio de la administración, que a su decir impedía a los actuales titulares ejercitar acción<sup>35</sup> alguna para cesar la convivencia de aquel,

<sup>34</sup> Sentencia No. 145, de 30 de noviembre de 2012 (apelación), TPP de Villa Clara. Visible en legajo de la materia a cargo de la sala.

<sup>35</sup> Amén de la posición de la sala, respecto al objeto procesal, es bueno dejar sentado el yerro del órgano administrativo en cuanto al instituto de la acción y su válido ejercicio en cauce procesal, pues siendo el que actúa el titular del inmueble no tiene objeción legal alguna para impetrar contra el conviviente; en todo caso, estaríamos en cuestión de fondo bien distinta y que roza con la legitimación o el derecho subjetivo que, en el caso bajo examen, se trata el cuestionamiento de cara a la legitimación derivada; sin embargo, prevalecía y esa fue la posición de la sala, la legitimación ordinaria, en manos del copropietario sobreviviente.

[...] si bien son atinados observarlos a los fines de adoptar una decisión definitiva al asunto, tampoco son suficientes para decidirse de la manera en que se hizo, pues ciertamente ha ostentado ARG la condición de ocupante durante varios años de la morada, pero no es posible [que] se enarbole tal fundamento por la autoridad facultada que ha perdido de vista que se trata de una copropiedad que en esencia es indivisa, y de lo que se trata es [de] que ha fallecido uno de sus copropietarios, continuando el otro sobreviviente haciendo uso de su porción, no siendo legal [que] se le enerve de la exclusiva e incuestionable facultad que tiene como genuino titular de derecho a cesar la convivencia de la persona que estima indeseable, por lo que no le resultan aplicables los efectos del precepto invocado, que únicamente puede ser oponible ante los herederos, que para el caso en cuestión acontece que el que hubo de adjudicarse la porción correspondiente al causante, no hizo más que subrogarse en su lugar y grado como copropietario de la vivienda de marras, estando en definitiva conteste con el cese que se presenta, de tal suerte ineludible resulta reflexionar en atención a la valoración integral de las pruebas practicadas, que no se ofrecieron elementos de juicio suficientes para colegir la existencia de situación alguna que calificara como las excepciones que especialmente establece el Artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, como tampoco dentro de las previstas en la Disposición Tercera de la enunciada legislación, concebidas únicamente a tener en cuenta al momento de la promulgación de la norma especial [...].<sup>36</sup>

Para ambos supuestos, es preciso que se valoren los extremos vinculantes, pero esencialmente las diferencias que determinaron que se fallaran los dos asuntos de manera distinta, aunque ajustada a las circunstancias concurrentes en cada caso, radicando los elementales contrastes en el modo en que una y otra titularidad fueron adquiridas, aconteciendo en el primero de los casos, que devino titular de derechos la propietaria demandada ante la instancia judicial, a partir de una escritura pública sobre aceptación de herencia, liquidación de comunidad matrimonial de bienes, cesión de derechos hereditarios y adjudicación de bien mueble, que modificó su condición de copropietaria que ostentaba, junto a su finado cónyuge, para convertirla en la exclusiva titular de la vivienda en litis, a consecuencia de la materialización de un título hereditario con el que obviamente resultó favorecida, ajustándose a tal situación de hecho la aplicación del Artículo 77.4 del Decreto Ley No. 288, el que no encontró igual respaldo en el segundo de los supuestos narrados, toda vez que se trataba de un copropietario del causante que no hizo más que ejercer sus facultades como titular de derecho de propiedad, aun cuando esta fuera compartida con el

<sup>36</sup> Sentencia No. 35 de 2013 (materia administrativa), TPP de Villa Clara. Visible en legajo de la materia, a cargo de la sala.

heredero que, subrogado en lugar y grado de aquel, consintió el criterio de que fuera cesada la convivencia, sin que ello enervara las facultades que, en exclusiva, confería al primero la preceptiva contenida en el Artículo 64 de la LGV.

En el enfoque de la convivencia, ha de tenerse presente lo relativo a la copropiedad. En este caso, no se requiere la autorización de los dos copropietarios para que cualquiera de estos pueda determinar a otra persona conviviente. Cualquiera de los condómines puede promover el cese de convivencia. La decisión que adopte la DMV es impugnabile por las partes inconformes ante la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del TPP, tanto por el conviviente como por el propietario.<sup>37</sup>

De lo anterior, se colige el inevitable vuelco que, en materia administrativa, fundamentalmente, han sufrido los pronunciamientos emitidos por las salas de justicia, en consonancia con las recientes modificaciones introducidas, relativas a la adjudicación inmobiliaria, de ahí que los criterios jurisprudenciales que pueden destilarse del estudio de cada sentencia constituirán, a la sazón, el soporte o pedestal de la *ratio decidendi* de muchos fallos ulteriores, parafraseando a Fernández Bulté, si bien las sentencias de nuestro más alto tribunal no crean Derecho, al no ser la interpretación contenida en ellas (doctrina legal) fuente formal del Derecho, de cualquier modo, no dejan de ser un manantial del saber jurídico,<sup>38</sup> lo cual trae como resultado el logro de la experiencia en la actividad judicial.

De ahí, la importancia que impone realizar una adecuada interpretación de las normas legales, pues ello no solo ofrece las líneas maestras para entender esas ramas del Derecho, sino la manera de encauzarlo y de enriquecerlo,<sup>39</sup> evitando los desaciertos técnicos en que, a veces, suele incurrirse, al momento de calificarse determinada situación de hecho.

## CONCLUSIONES

1. Con la puesta en vigor del Decreto Ley 288 de 2011, el derecho hereditario cobra su posición dominante, habida cuenta de que prescinde del requisito de ocupación, como presupuesto para la adjudicación de la vivienda.
2. La adjudicación de la vivienda pierde su carácter de excepcional, al no exigirse como presupuesto el requisito de ocupación, entrañando ello que se valoren las reglas establecidas para la partición de la herencia en los artículos del 537 al 539 del CC, en los que equidad, necesidad

<sup>37</sup> Gustavo E. Rodríguez Montero: «El régimen jurídico de la vivienda y demás bienes inmuebles en Cuba».

<sup>38</sup> Julio Fernández Bulté: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, p. 212.

<sup>39</sup> De la Fe Pardo: «Principales causales...».

y utilidad, observados para la sucesión intestada, pasan a formar parte de los elementos cardinales a tener en cuenta para finiquitar los conflictos sobrevenidos entre los herederos.

3. La vigencia del citado decreto ley, inequívocamente, ha generado satisfacción para la ciudadanía y, en particular, para los operadores del Derecho, aunque aún colisionan derechos fundamentales derivados de la sucesión, y el reconocido a los convivientes, lo que ha obligado a los jueces a efectuar interpretaciones de la norma —no siempre de unánime comprensión—, pero necesarias para sentar criterios válidos que permitan actuar con sentido de justicia y apego a la revolucionaria modificación legislativa.
4. El límite que, para el heredero adjudicatario, impone el ocupante protegido, incide directamente sobre las exclusivas facultades que, como legítimo titular del derecho de propiedad, le reconoce el Artículo 64 de la LGV.
5. En virtud del Artículo 78 del Decreto Ley 288, resultan legitimados los ocupantes para accionar mediante el cauce procesal que refrenda el Artículo 469 del CC; constatar el motivo de incapacidad conduciría a la nulidad de la delación sucesoria.
6. Conforme al estado actual de la regulación jurídica, no pueden asemejarse los conceptos *conviviente* y *ocupante*, a que se refieren los artículos 65 y 77 de la LGV, indefinición normativa que ha creado un innegable grado de desconcierto, por lo que ha de quedar al arbitrio del tribunal la solución del conflicto, resultando inadecuado que, en los procesos en los que se interese el cese de la convivencia, enfrentados herederos y ocupantes, se justifique legalmente la decisión adoptada, bajo la égida del Artículo 65.5 de la legislación especial.
7. No podrá ser óbice la particular protección que establece a los ocupantes la norma objeto de estudio, para obligar a aquellos a compartir su vivienda con los convivientes que se estiman indeseables, máxime si se tiene en cuenta que la autorización expresa o tácita, indefinida o temporal, para permanecer en una vivienda otorgada por el propietario, no genera derecho alguno a favor del beneficiario.
8. El derecho a la ocupación, fuertemente sostenido y protegido en la etapa revolucionaria, tuvo su fundamento en la erradicación de todos los factores especulativos que desnaturalizaron la función social que debía cumplir la inversión en vivienda, convirtiendo en propietarios a los que en esos momentos las ocupaban como arrendatarios, circunstancias que, con el paso del tiempo y las conquistas del socialismo, se han erradicado, al no existir motivos suficientes en la actualidad para mantener un derecho de ocupación como límite, frente al derecho hereditario,

únicamente justificable por la necesaria precaución legislativa, para no desproteger, en pleno tránsito legislativo, un derecho de ocupación que han signado las leyes revolucionarias.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Boletín del Tribunal Supremo Popular*, ed. extraord., La Habana, 1976.
- Boletín del Tribunal Supremo Popular*, ed. extraord., La Habana, 2000.
- Boletín del Tribunal Supremo Popular*, La Habana, 2004.
- Boletín del Tribunal Supremo Popular*, La Habana, 2005.
- Boletín del Tribunal Supremo Popular*, La Habana, 2006.
- Cantón Blanco Luis E.: *Conferencias de propiedad y derechos reales*, ENPES, La Habana, 1982.
- Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español común y foral*, t. 4, Editorial Reus S. A., Madrid, 1956.
- Castillo Álvarez, Aurelio A.: «Tutela jurídica al conviviente. Enfoque sustantivo y procesal» (tesis en Derecho civil y patrimonial de familia), Universidad Central de las Villas, Santa Clara, 2010.
- Castro Ruz, Fidel: *La Historia me absolverá*, Editora Política, La Habana, 1991.
- Clemente Díaz, T.: *Derecho civil, parte general*, t. 1., ENPES, La Habana, 1983.
- Dávalos Fernández, R.: «La nueva Ley general de la vivienda», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 38, julio-septiembre, La Habana, 1989.
- De la Fe Pardo, M.: «Principales causales de los erráticos pronunciamientos administrativos en materia inmobiliaria, vistos a la luz de sus normas supletorias y de los criterios jurisprudenciales» (tesis), 2010.
- Díaz Tenreiro, Carlos M.: «Apuntes sobre la legitimación», en *Justicia y Derecho*, año 1, no. 1, junio, 2003, La Habana, pp. 4-19.
- Díez Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de Derecho civil*, t. 2, 4.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1986.
- Espín Cánovas, D.: *Manual de Derecho civil español*, vol. III, 3.<sup>a</sup> ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.
- Fernández Bulté, J.: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Gutiérrez Pila, O.: «De la función social de la propiedad, una visión cubana y socialista desde una perspectiva jurídica» (soporte digital).
- Marrero Xenos, M. *et al.*: *Libro de sucesiones*, t. 1, Editorial Félix Varela, La Habana.
- Pérez Gallardo, Leonardo: «Algunos criterios jurisprudenciales, en sede sucesoria, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular. Derroteros del último lustro (2000-2004)», en *Boletín ONBC*, no. 22, enero-marzo, La Habana, 2006.

- Pérez Gallardo, Leonardo *et al.*: *Lecturas de Derecho de obligaciones y contratos*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.
- Remigio Ferro Rubén: «Justicia con rostro más humano», en *Justicia y Derecho*, año 7, no. 12, junio, La Habana, 2009, pp. 3-6.
- Rodríguez Montero, Gustavo E.: «El régimen jurídico de la vivienda y demás bienes inmuebles en Cuba», en [eumed.net/libros/2009d/626/index.htm](http://eumed.net/libros/2009d/626/index.htm).
- Royo Martínez, M.: *Derecho sucesorio «mortis-causa»*, ENPES, La Habana, 1991.
- Ruiz Varas, I.: «La ocupación en las adquisiciones inmobiliarias» (tesis de Derecho civil y patrimonial de familia), Universidad Central de Las Villas, Santa Clara, 2010.
- Sánchez Toledo, H. J. y M. E. Cobas Cobiella: *Apuntes de Derecho de sucesiones*, ENPES, La Habana, 1989.
- Valdés Díaz, C. C. *et al.*: *Derecho civil, parte general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- Varona Santiago de la Caridad, V.: «El requisito de la convivencia: Un modo de protección al conviviente y una limitación a la autonomía de la voluntad del testador y a su cumplimiento. Contribuciones a las ciencias sociales», julio de 2011, en [www.eumed.net/rev/cccscs/13/](http://www.eumed.net/rev/cccscs/13/).
- Vega Vega, J.: *Comentarios a la Ley de la vivienda*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1985.
- \_\_\_\_\_ : «La Revolución Cubana y la cuestión de la vivienda», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 24, enero-junio, La Habana, 1985.

## Legislación

- Constitución de la República de Cuba del 24 de febrero de 1976, con reformas aprobadas por la Asamblea Nacional del Poder Popular, en el XI período ordinario de sesiones de la III Legislatura, julio de 1992.
- Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, Ley No. 7*, La Habana, 2004.
- Ley de reforma urbana, de 4 de octubre de 1960.
- Ley general de la vivienda, Ley No. 48, 1984 (derogada).
- Ley general de la vivienda, Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988.
- Ley No. 50, de 28 de diciembre de 1984, «De las notarías estatales»*, MINJUS, La Habana, mayo de 1986.
- Código civil de la República de Cuba, Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, vigente desde el 12 de abril de 1988*, MINJUS, La Habana, 1988.
- Código de familia, Ley No. 1289, de 14 de febrero de 1975*, La Habana, 2004.
- Decreto Ley No. 288, de 28 de octubre de 2011.
- Dictamen No. 4, de 24 de febrero de 1992, Ministerio de Justicia.
- Dictamen No. 6, de 24 de junio de 1998*, Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia, La Habana.

# TRATAMIENTO DE LA ZONA DE DESARROLLO PRÓXIMO, EN SEDE JUDICIAL FAMILIAR

---

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

*Lic. Marte Antonio Valdés Ibargollín, psicólogo*

## TEORÍA DE UNA INSTITUCIÓN

**E**L CONFLICTO, COMO elemento inevitable de la vida cotidiana, requiere de métodos alternativos para su resolución, de los cuales, en sede judicial familiar, es la conciliación la técnica que prima, con sus agregados que, invisibles a veces, la imbrican con elementos más típicos de la mediación, desde el punto de vista de la intervención del funcionario, todo lo que, en definitiva, se encamina al propósito archiconocido de contribuir al debilitamiento de la situación conflictual o a su solución, al facilitar la comunicación, lo que previene la escalada del problema.

Según Mara Fuentes Ávila, especialista ante la solución de conflictos familiares, la conciliación posee diversos elementos que, a partir del análisis de sus componentes, tanto las partes como el tribunal pueden arribar a un acuerdo, ante la solución de los conflictos familiares, de manera que el contexto del problema, en su incidencia social y familiar, el nivel de compromiso, la incompatibilidad entre los interesados, su conducta en el acto de la comparecencia, y la vía o fuente de salida que se debe adoptar para resolver los conflictos, en materia de familia, constituyen un asunto fuerte, pero no imposible de solucionar.<sup>1</sup>

En este contexto, a la altura de 2007, se requería de una herramienta eficaz, que dotara a los juzgadores de instrumentos procesales que, si bien contaban con una concepción primaria en el Código procesal civil cubano, deberían ampliarse e imprimirles un corte novedoso, que respondiera, con un criterio de actualidad, a las exigencias imperantes en el país acerca del dispense de una justicia familiar con una cosmovisión diferente; de ahí, que emergiera la Instrucción No. 187, de 20 de diciembre de 2007, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), que condicionaba la posibilidad de la escucha de los menores por vía de exploración, la intervención activa del fiscal en estos asuntos, la participación, en calidad de terceros, de miembros del núcleo familiar de papel tan preponderante en la sociedad cubana como los abuelos, entre otros; suponía, además, la

<sup>1</sup> Mara Fuentes Ávila: *Mediación en la solución de conflictos*, pp. 22- 85.

concepción de un trabajo integrador a través del auxilio de un equipo multidisciplinario (EM), como aspectos meritorios de resaltar, cuya aplicación experimental demostró la necesidad de continuar la incorporación de otras regulaciones que propiciaran su actualización y perfeccionamiento, como es el caso de lo relacionado con el modo de proceder en la comparecencia, que prevé el Artículo 42 de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, al punto de dictarse, el 17 de mayo de 2012, la Instrucción No. 216, del CGTSP, que constituye un resumen de lo vivido, con nuevas luces y con la opción permanente de su enriquecimiento práctico, condicionada en lo posterior por la emisión de la Instrucción No. 226 de 2013, del mismo órgano, que redunda en la manera de hacer efectivos estos incorporados, y provee la Metodología para la celebración de los actos judiciales en la materia de que tratamos, que sirve de asidero en el perfeccionamiento de la aplicación de estas regulaciones.

Hoy contamos con la posibilidad auténtica de hurgar con mayor profundidad en aspectos que, hasta ahora, quedaban reservados a otras disciplinas y que, sin embargo, siguen a la sombra, sin la verdadera y necesaria identificación que deben entrañar para la judicatura; y descubrirlos científicamente, para actuar en su consecuencia, constituye el objetivo primordial de estos apuntes, a los efectos de la indispensable contribución al desarrollo de la personalidad humana, como uno de los fines del servicio judicial que se presta en el ámbito de que tratamos.

En acercamiento a este asunto, la aplicación del Derecho de familia cubano, en el marco de los conflictos que se nos someten en sede judicial, conlleva constantemente, tanto para los jueces como para la interdisciplina, la advertencia de un espacio vital tangible, que resulta oficioso para los segundos en el estudio de la psicología del desarrollo infantil y, para la ciencia jurídica, se abraza paulatinamente y debe convertirse en un punto focal, a los fines de la resolución del problema que traen los adultos, cuando confluyen con los menores como centro de este.

Tal es el caso de la llamada zona de desarrollo próximo (ZDP) que abordara el psicólogo Lev Semiónovich Vygotski, conceptuada como la distancia que existe entre el desarrollo psíquico actual del sujeto y su desarrollo potencial. Dicha zona define funciones que todavía no han madurado, pero que se hallan en proceso de maduración, funciones que, en un mañana próximo, alcanzarán su madurez y que ahora se encuentran en estado embrionario. En la definición de ZDP, sale a relucir un punto esencial de su teoría: la génesis de los procesos psíquicos superiores, mediante la relación con el otro. Esta relación es uno de los axiomas más importantes de la obra, que se manifiesta en la ley genética del desarrollo, la cual postula que todo proceso psíquico aparece dos veces: primero, en las relaciones interpersonales; y, luego, como dominio intrapersonal. Al respecto, este autor

expresó: detrás de todas las funciones superiores, de sus relaciones, están, genéticamente, las relaciones sociales, las relaciones entre la gente.<sup>2</sup>

Los autores del artículo que mayoritariamente consultamos, con los que se coincide, han precisado que la ZDP es uno de los aportes más importantes del psicólogo citado, quien es el fundador del enfoque histórico-cultural, surgido en Rusia a comienzos del siglo xx, en el momento en que el país estaba inmerso en la construcción de un proyecto social sin antecedentes en la historia de la humanidad. Las razones político-sociales que compulsaron a Vygotski a la probanza de su teoría se instalaban, precisamente, en la educación como medio ecológico. Él y sus colaboradores diseñaron una serie de experimentos que establecían la relación entre la enseñanza y el desarrollo psicológico. Los resultados arrojaron que la educación «halaba» el desarrollo. De aquí, se derivaron los conocidos conceptos *situación social del desarrollo* y *ZDP*.<sup>3</sup> Ambos poseen una evidente aplicación para interpretar el desarrollo humano y, en el contexto de este, la formación de valores, clave de la educación familiar.

## EL ANDAMIAJE Y LOS ROLES

Al repasar, someramente, las características de los justiciables que atendemos en sede judicial familiar, al entronizar estos significados e interacciones ya esbozados, se sienta que, si no estamos ante individuos con una personalidad muy bien estructurada, pueden acompañarlos diversos síntomas psíquicos, como ansiedad, depresión, irritabilidad, etc., en los diversos grados de profundidad, en dependencia de su personalidad. En sujetos sanos, el conflicto puede ocasionar una reacción situacional que debe ceder en un período corto. En personalidades neuróticas, puede durar mucho más y ser necesaria la utilización de otros recursos.

De ahí que, ante el requerimiento de coadyuvar, en primer orden, a la facilitación de la solución del diferendo donde existen menores involucrados y, en segundo, a su prevención en la dinámica de la conciliación judicial, en aras de evitar la recurrencia, se instala la posibilidad, en la interacción con los contendientes, de eliminar o atenuar los efectos psicológicos adversos y ajenos al normal desarrollo del menor que signa el Código de familia, con un tributo de positividad a lo que constituye el interés superior de que tanto tratamos en estos tiempos, como función que propicie el cambio de actitudes negativas, a partir de la orientación psicoterapéutica especialmente de los adultos, para el alcance de un diseño de trabajo educativo que, con un enfoque social multidisciplinario, promueva el aprendizaje de actuar de estos sujetos.

<sup>2</sup> Alejandro D. González López *et al.*: «El concepto zona de desarrollo próximo y su manifestación en la educación médica cubana».

<sup>3</sup> *Idem*, en referencia a R. Corral, *Historia de la psicología. Apuntes para su estudio*.

Válido es referir cómo, para beneplácito de los exponentes de estas ideas, se ha observado la gran avidez de conocimientos que denotan los justiciables, durante el intercambio que se produce en la comparecencia a que se convocan, en los diferentes procesos que abordan la problemática enunciada, en los que la intermediación, desde todos los ángulos, hace efectivo el diálogo, espontáneo, sincero y fresco, a la par que aflora la perfecta unidad entre los comisionados para llevar a vías de hecho la solución de la crisis.

Es lamentable cómo los padres u otros familiares inmersos en la situación conflictual pierden de vista o desconocen el importante rol de roles que están llamados a desempeñar en la formación de los menores, a la par que los funcionarios que los atienden no siempre dominan cabalmente estos conceptos, mientras resultan los encargados de facilitarlos, en interés de la política del Estado cubano, que apunta a un desarrollo superior de la armonía familiar.

Entiéndase que no se trata de llover sobre mojado e incidir caprichosamente en el aspecto del que se careció, sino en lo valioso de hacer comprender cómo en los menores —desde sus edades tempranas, especialmente a partir de que adquieren capacidad de juicio lógico, que comprende la etapa en que fundamentalmente madura el cerebro e, incluso, durante la adolescencia en cuanto a algunas funciones—, con la ayuda de otros —en este caso, de los directamente responsabilizados, lo que abarca a familiares más allá de los padres, a los allegados, maestros, vecinos en sus diferentes roles— va creciendo su desarrollo personal.

En esta coyuntura, se hace visible la efectividad del manejo oportuno de la situación social de desarrollo y la ZDP, si la estimamos como el conjunto de habilidades actuales del niño y su potencial, y atendemos a que, en un primer nivel, el desempeño actual del niño consiste en trabajar y resolver tareas o problemas sin la ayuda de otro, con el desarrollo real, que es el nivel basal que comúnmente se evalúa en las escuelas, pero que no deja de presentarse en el entorno familiar; mientras que el desarrollo potencial, en tanto nivel de competencia que un niño puede alcanzar cuando es guiado y apoyado por otra persona, hace factible la idea de que una buena intervención de los adultos que le rodean en el ámbito familiar, facilitada desde el servicio judicial que se presta, constituye el andamiaje que se requiere para que proyecte un resultado de gestión favorable, como demanda la Instrucción No. 216.

## DESDE EL INTERIOR

Ha de considerarse al respecto que la regulación de la conducta no se realiza específicamente a partir de la acción sobre la naturaleza, o mejor dicho del mundo exterior, sino que se forja desde el comienzo de la vida de las

personas en un marco de interacción con otros hombres, y es a través de estos procesos de interacción que el niño va adquiriendo, progresivamente, un control voluntario y autónomo de las funciones psicológicas. Estas interacciones serán construidas, primero, en el plano intersubjetivo, para después poder interiorizarse a un plano intrasubjetivo.<sup>4</sup>

Vygotski señalaba que la inteligencia se desarrolla gracias a ciertos instrumentos o herramientas psicológicas que el(la) niño(a) encuentra en su medio ambiente (entorno), entre los que el lenguaje se considera la herramienta fundamental. Estas herramientas amplían las habilidades mentales, como atención, memoria, concentración, etc. De esta manera, la actividad práctica en la que se involucra el menor sería interiorizada en actividades mentales cada vez más complejas, gracias a las palabras, fuente de la formación conceptual. La carencia de dichas herramientas influye directamente en el nivel de pensamiento abstracto que el niño pueda alcanzar.<sup>5</sup>

Aunque complicado, es de vital importancia el proceso de interiorización en los niños, para entender el desarrollo de las funciones psicológicas superiores, como fenómeno psíquico de «internalización», cuyo proceso de autoformación se constituye a partir de la apropiación gradual y progresiva de una gran diversidad de operaciones de carácter socio-psicológico, conformadas a partir de las interrelaciones sociales y, en general, de mediación cultural, familia, sociedad y escuela. En esta dinámica de operaciones, la cultura se va apropiando del mismo sujeto; Vygotski la define como la «ley de la doble formación» o «ley genética general del desarrollo cultural». Esta ley consiste en que

[...] en el desarrollo cultural del niño, toda función aparece dos veces: a nivel social, y más tarde, a nivel individual. Primero (entre) personas (*interpsicológica*) y, después, en el (interior) del niño (*intrapsicológica*). Esto puede aplicarse igualmente a la atención voluntaria, a la memoria lógica y a la formación de conceptos. Todas las funciones psicológicas se originan como relaciones entre seres humanos.<sup>6</sup>

Interesante la manera en que Vygotski aborda la psicología del juego y su papel en el desarrollo,<sup>7</sup> de lo cual se destaca otro aspecto al que se refirió, dado en el desarrollo de reglas sociales que ocurren, por ejemplo, cuando el niño juega a «casas» y adopta los papeles de los diferentes miembros de la familia. Vygotski cita un ejemplo de dos hermanas que jugaban a ser hermanas. En su relación, las reglas del comportamiento que,

<sup>4</sup> Vid. «Psicología histórico-cultural», artículo de Wikipedia respecto a «El desarrollo de los procesos psicológicos superiores», de Vygotski.

<sup>5</sup> Artículo de wikipedia acerca de L. S. Vygotski: *Pensamiento y lenguaje*.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> El viejo adagio de que el juego del niño es imaginación en acción puede invertirse: podemos decir que la imaginación en adolescentes y en infantes es juego sin acción. (*Idem*).

en la vida diaria solían pasar inadvertidas, eran adquiridas conscientemente mediante el juego. Los niños adquieren así reglas sociales y, también, lo que ahora se denomina auto-regulación y autocontrol, aspectos que, en el entorno familiar en conflicto, se desatienden.

El artículo base en comentario acude a la doctrina conocida, dada en que la internalización constituye el proceso que implica la transformación de fenómenos sociales en psicológicos, a través del uso de herramientas y signos, que pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- una operación que inicialmente representa una actividad externa se construye y comienza a suceder interiormente.
- un proceso interpersonal queda transformado en otro de carácter intrapersonal.
- la transformación de un proceso interpersonal en un proceso intrapersonal es el resultado de una prolongada serie de sucesos evolutivos.

El desarrollo de este fenómeno de internalización se presenta en una primera etapa, cuando el sujeto, a partir de su nacimiento, interactúa con sus congéneres, en un medio familiar y escolar sociocultural específico, experiencias que paulatinamente se van transformando en procesos mentales.<sup>8</sup>

De lo investigado, brota la conclusión de que la transformación de un proceso interpersonal en uno intrapersonal es el resultado de una larga serie de procesos evolutivos y de apropiación de la cultura que, paulatinamente, van orientando la conducta individual y comunitaria, que se manifiesta en acciones en el medio socio-cultural circundante.

Este proceso es representativo de la proyección teórica dialéctica vygotskiana. En tanto que es dialéctica, se inicia en la sociedad y retorna a ella, pero en un nivel superior. Al respecto, Vygotski afirma que «[...] la internalización de las actividades socialmente originadas e históricamente desarrolladas es el rasgo distintivo de la psicología humana. La base del salto de la psicología animal a la humana».<sup>9</sup>

En síntesis, en correspondencia con lo ya condensado por otros autores, en el marco de la teoría vygotskiana, los procesos de interiorización son creadores de la personalidad, de la conciencia individual y social. La internalización es el precursor de nuevas funciones interpsicológicas. Es la génesis de la ZDP.

La complejidad de este proceso e, incluso, su atención, la posibilidad de incidir, lo maravilloso que implica su tratamiento, precisamente, parte de la imposibilidad de generalizarlo como un patrón, no más, porque el sujeto no copia o imita simplemente lo que asimila del exterior que le circunda,

<sup>8</sup> *Idem*, en referencia al trabajo de María Montessori, cuando llamaba mente absorbente a la del niño de cero a seis años, y la comparaba con una impresión fotográfica, en la que la mente absorbe el ambiente, las costumbres, las reglas sociales, el lenguaje, la cultura de su tiempo y lugar.

<sup>9</sup> *Idem*.

no reacciona como un espejo que devuelve una imagen mecánicamente, sino que el choque constante con las fuerzas externas lleva al individuo a la transformación interna en oscilación permanente; por eso, siempre se reporta como un fenómeno nuevo, donde confluyen baremos que pueden tener un componente genético y otros resultar adquiridos de la personalidad, con un corolario final que redundará en un análisis diferente cada vez.

La teoría vygotskiana fue considerada, primero, como un factor correctivo de la teoría universalista de los estadios de la inteligencia de Piaget y, segundo, como una innovadora forma de conciliar los enfoques conductuales y cognitivos, sobre la base de la noción de la actividad mediada, socialmente determinada.<sup>10</sup>

## **LA INTEGRACIÓN INTERDISCIPLINARIA Y EL PROCESO DE FORMACIÓN DE VALORES**

En la literatura consultada, se concluye que, en la actualidad, las influencias de la psicología sociocultural pueden verse en el terreno de la psicología del desarrollo, pero extendida hacia disciplinas como la antropología, la sociología y las ciencias políticas.

Por esta razón, al aplicarse a la labor judicial en sede familiar, se alcanza la ineludible oportunidad no solo de colaborar para mejorar o finiquitar la situación de conflicto, sino de enseñar y de formar valores que van a incidir en una coyuntura de desarrollo mental específica, que resulta única y que, si bien es de responsabilidad familiar, educacional y de salud, hoy se aprecia mucho, también, como atribuible al enfoque multidisciplinario que indica la Instrucción No. 216, que ofrece las condiciones adecuadas para desarrollar este enfoque psicológico de acuerdo con el entorno en el que, en general, se desarrolla la familia cubana; por ello, aprender a identificar la presencia de la ZDP, la situación social de desarrollo que circunda a los menores afectados por una ruptura familiar de cualquier índole, requiere una incorporación inmediata a la dinámica de la solución, que no puede quedar únicamente reservada al dominio y manejo de la interdisciplina, sino que hay que integrarla al funcionario judicial, como parte del lenguaje didáctico cotidiano, y buscar, una y otra vez, su punto de enlace con esos conceptos que, dados en el normal desarrollo del menor y su interés superior, no pocas veces se exponen como palabras huecas de la literatura jurídica, sin demostrar cómo se engarzan en disímiles aspectos obedientes al proceso de formación del individuo desde pequeño.

Tanto como las ciencias de la educación han asumido algunos de los postulados del enfoque histórico-cultural, principalmente de sus leyes so-

<sup>10</sup> Véanse terapias cognitivo-conductuales.

bre el desarrollo psíquico y del papel de la enseñanza, se entiende válido traspolarse a la labor jurisdiccional estos conceptos operacionales referidos a la enseñanza-aprendizaje, como promotores del cambio.

En el proceso de formación que desarrollamos desde el punto de vista de la familia, a partir del conocimiento de su conflicto, cuando visualizamos el acto judicial, salta a la vista cómo, a partir del empleo de la deducción-inducción, se proyectan los cimientos de un grupo significativo de valores que han de acompañar al ser humano en toda su extensión y que se identifican, entre otros, con mucha fuerza, en sinceridad, honestidad, sensibilidad, respeto, solidaridad, responsabilidad, dignidad, piedad, altruismo y, sobre todo, el amor en toda su gama de producción.

La destreza en el conocimiento de la ZDP por parte de los funcionarios encargados, a los fines de las comparecencias que se convocan en los litigios acerca de la aplicación del Derecho de familia, cuando existen menores involucrados, posibilita que la comunicación que se desarrolla pueda ser manipulada con el fin de operar una influencia educativa de gran alcance para el desarrollo de los que, a la postre, resultan los futuros padres y madres de la familia cubana que sigue gestándose, a la par que este manejo debe constituir acicate, en cuanto están convocados, a partir del enfoque multidisciplinario, a convertirse en gestores de un aprendizaje desarrollador, concepción bien distinta a la que, en su día, se concibió en la ley procedimental cubana de 1977.

El conflicto estanca, entre otros, la inteligencia y el desarrollo de los valores en los infantes en la etapa fértil de la ZDP, obviamente si resultan expuestos a la incomunicación y al distanciamiento de sus progenitores y/o encargados de su crianza y educación o, *contrario sensu*, una buena intervención comunicativa, una facilitación oportuna para la resolución del diferendo, teniendo en cuenta la vulnerabilidad que sufren los menores en esta importante etapa de su desarrollo, potencializa positivamente la situación social de desarrollo, en la cual el adulto desempeña un rol significativo.

Llama la atención cómo los justiciables, durante la conducción del acto y a través del diálogo deconstructivo del conflicto, descubren la potencialidad de su posible protagonismo en la situación social de desarrollo pleno de sus propios hijos, asimilable a su bienestar, a su acogida, a la evitación, incluso, de enfermedades psicosomáticas que, como consecuencia de las tensiones sostenidas en el núcleo familiar, se registran últimamente en las estadísticas sociales de salud pública, a la par que se advierten, desde la propia exposición de los involucrados que, durante el acto de la comparecencia pública, no pocas veces las exponen como la más grave de las afectaciones que ha producido, por ejemplo, el mal manejo del divorcio o de la separación marital de los padres de los infantes o adolescentes y, entonces, ya indican el tratamiento previo que no pudo esperar con especialistas que atienden la psiquis, debido a trastornos del sueño, miedos, carencia de

concentración, hiperquinesia, comportamientos agresivos, enfermedades de la piel, estomacales y llamativos e inesperados deficientes resultados escolares, entre otros.

Esta identificación primaria se convierte en una pauta para la proyección de las influencias posteriores que resultan del seguimiento de los asuntos a nivel comunitario por el propio EM, de resultar necesario, ya se trate de trabajo social diferenciado, psicoterapia e intervención en el proceso de enseñanza-aprendizaje en las escuelas de pertenencia.

De ahí, la necesidad de intensificar la calidad del conocimiento de los funcionarios actuantes para discernir situaciones complejas.

Prácticamente en breve tiempo, que accede desde el despacho del expediente, la intervención de los involucrados y la interacción multidisciplinaria, se realiza en cada asunto una constatación diagnóstica de los valores con que cuenta la familia, en general, como punto de partida para la incidencia en la ZDP de los menores objeto del asunto, lo que posibilita no exactamente medir el estado actual, sino algo más valioso en nuestro empeño, que está dado en brindar ayuda desde la sede judicial, extendida a la labor comunitaria del EM, para el alcance de niveles de desarrollo superiores precisamente en dicha zona, incluso al interactuar en oportunidades con los menores que cuentan ya con una capacidad de juicio lógico, en los que, si bien en su proceso de formación siempre estarán presentes sus recursos personales, también se produce a través de las relaciones que les circundan en los distintos ámbitos informativos, reguladores y afectivos, lo que potencia sus posibilidades de desarrollo integral, o no, y que, en consecuencia de este resultado y a través de la resolución judicial, se considerará el propiciarle un clima favorable en pos de su interés superior, todo lo que deviene de un verdadero trabajo en equipo, en el cual igualmente participan representantes procesales, fiscales y todos los que, en definitiva, son llamados al conocimiento y posibilidad de solución de la situación problemática.

Existen diversas formas de estimular la ZDP. Investigadores referenciados antes señalan que Fariñas comenta, al respecto, que los sistemas de tareas más utilizados para ampliar la ZDP incluyen, generalmente, tareas de actividad y comunicación.<sup>11</sup>

Asimismo, acotan que Green y Piel<sup>12</sup> describen siete tipos de actividades para estimular la ZDP, dadas en:

- Modelar el comportamiento por imitación brindando una imagen que le recuerde los niveles de ejecución.
- Retroalimentación y autocorrección.

<sup>11</sup> González López *et al.*: *El concepto zona de desarrollo próximo...*, en referencia a G. Fariñas, *Psicología, educación y sociedad. Un estudio acerca del desarrollo humano*.

<sup>12</sup> *Idem*, en relación con M. Green y J. A. Piel, *Theories of human development. A corporative approach*.

- Dirección de contingencia aplicando refuerzos positivos y negativos.
- Instrucción directa para proporcionar claridad en la información transmitida.
- Preguntas que requieran respuestas colectivas.
- Diseñar tareas estructuradas.
- Los razonamientos que se realicen deben ser explicados por quienes los producen para conocer sus estructuras cognitivas y, así, crear nuevas situaciones de aprendizaje.

De alguna forma, las actividades descritas por estos autores solo hacen mención a la resolución de problemas en el contexto académico. La ZDP debe incluir el desarrollo integral de la personalidad. Es conocido que un individuo puede saber resolver, de manera correcta, múltiples tareas, pero si, después de resueltas estas, no es capaz de construir un estilo de vida desarrollador, su desarrollo como personalidad estará hipotecado.

Sin embargo, al contactar con las personas en conflicto interdisciplinariamente, se interactúa con la producción de una enseñanza que, desde la estructura familiar, estimula positivamente la ZDP, aquilatándose una transformación en tales sujetos acerca de este aspecto en la vida de sus hijos menores que, a la par, se convierte en plataforma de trabajo futuro para la prevención de nuevas situaciones conflictuales, en los casos en que se orienta el seguimiento del asunto a nivel comunitario o, en su defecto, ante la recurrencia del conflicto que, obviamente, conlleva una interacción interdisciplinaria, en pos del objetivo que se persigue en la atención de esta disciplina, dada en la conformación de una cultura permanente de paz sostenible.

El carácter desarrollador que implica la enseñanza, sin duda, parte de la didáctica por doctrina inveterada que se mueve en la dinámica del enseñar y el aprender que, ubicados en sede judicial, ha de dirigirse científicamente el acto, desde un ángulo que implique la integralidad de estas concepciones hacia el fomento de valores, de tal manera que la sesión de trabajo no cierre, simplemente, con la culminación de esta, aun cuando se haya alcanzado acuerdo entre los contendientes, sino que se extienda al entorno, la familia, la comunidad y la sociedad, en general, como un llamado insoslayable.

El fin de estas enseñanzas a los justiciables ha de contemplar, precisamente, el hecho de que, aunque al inicio se colabore, brindando toda la ayuda que necesitan, se geste en ellos un andar paulatino por sí solos, lo que debe cerrar un poco el ciclo del verdadero desarrollo.

Se señala en el artículo contenido de los comentarios de líneas antecedentes que, según Domínguez, la enseñanza precede al desarrollo y lo dirige,<sup>13</sup> de directa aplicación a la labor interdisciplinaria que abrazamos en todos los ángulos, del que no escapa la ZDP, en este contexto.

<sup>13</sup> *Idem*, en relación con I. Domínguez, «Identidad, valores y proyecto de vida», en L. Fernández (compil.), *Pensando en la personalidad*, p. 73.

Siguiendo el pensamiento examinado —sentado que aprender es un proceso de participación, interacción y colaboración, mediante la actividad y comunicación con los otros—, acotan que asistía razón a D'Angelo, en cuanto a que, cuando las personas construyen el conocimiento con otros, escuchándolos, haciendo autocorrecciones, y reconociendo lo valioso de los puntos de vista ajenos, están creando una nueva realidad<sup>14</sup> y, por esta razón esencial, tal faceta del trabajo judicial en sede familiar debe amplificarse a niveles macros. Cuando se abordan estas ideas, no podemos pensar en un modelo de familia encasillado, sino en un lugar adonde llegar; cada núcleo familiar se sujeta a disímiles factores en su proceso de formación y desarrollo, pero el Estado socialista cubano apela constantemente a reforzar la etología o ciencia de los valores y, para ello, sin discusión, hay que conocer entorno, intereses, motivaciones, necesidades, y tantas otras categorías que se sucedan en el proceso que sustanciamos al prestar servicio judicial; reiteradamente, convocamos a los adultos en conflicto a pensar en la formación de los hombres y mujeres del mañana que, además, está a las puertas y, de ahí, que gestionemos un futuro promisorio en el ámbito familiar, a partir del oportuno manejo de la ZDP, sobre la cual no basta que los responsables conozcan sus requerimientos, sino que han de interiorizarlos y conscientemente aplicarlos.

Claro resulta que este proceso de formación de valores, en el trabajo con las ZDP que debe asumir la familia, de común, no es espontáneo, ni exhibe resultados automáticos, justo porque en ello se mezclan complejos procesos, de los que no escapa la sustanciación del conflicto en sede judicial familiar, del cual, a pesar del conocimiento de que seamos capaces, del sistema de comunicación que hayamos logrado, no llegamos, en oportunidades, a justipreciar hasta dónde incide nuestra participación, a partir del poder que tenemos atribuido y más allá del cumplimiento de lo que nos está reglado en la ZDP y la formación de valores.

## **RESULTADOS E INSATISFACCIONES**

A nuestro juicio, el recuerdo de lo pasado no se valida por sí solo como recuerdo, sino a partir de las experiencias positivas y negativas que entraña para un balance que nos deja un sabor, y es así que, al recordar el funcionamiento en el dispenso de la justicia familiar en 2007, en lo específico del territorio donde laboramos, y nos revisamos por dentro, en realidad, solo hacíamos pininos, los jueces no nos habíamos apropiado ni medianamente del lenguaje interdisciplinario, en lo especial, de la psicología, y los integrantes del EM, entonces, no dominaban cabalmente cómo funciona el proceso judicial.

<sup>14</sup> *Idem*, en relación con O. D'Angelo, *Autonomía integradora y transformación social: el desafío ético emancipatorio de la complejidad*.

Los resultados estadísticos que se exhibieron pronto dejaron entrever que la necesidad del cambio que sentaba la Instrucción No. 187, como parte de sus bases, era una realidad que no soportaba otra cosa; la cooperación llegó de todos y de todas partes, de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos (ONBC) y la Fiscalía General de República, en sus distintos niveles y dependencias, a través de sus miembros que, entre otros, incidían directamente en la esfera judicial; de la Federación de Mujeres Cubanas, con distinguida participación de la Casa de Orientación a la Mujer y la Familia, que coordinó, aglutinó, condicionó, sirvió y sirve de abrigo para el trabajo, en las aristas que se han requerido; pero, incluso, en los que acudían a los estrados del tribunal, flotaba un hálito de «lucha» enraizado, y la tan conocida fórmula ganar-perder no se eliminaba con unas cuantas palabras, aunque el panorama ya se vislumbraba diferente y se trabajaba por el alcance del acuerdo que no dejaba de lograrse, aun la inquietud en cuanto a cómo resultaría al siguiente día la vida de estas personas y sus hijos, flotaba en el ambiente la consciencia ciudadana de una necesidad muy superior, que ya se ha desprendido de lo escrito, no latía con la fuerza y vehemencia con que hoy lo hace; los justiciables también se han transformado para bien, y el poder hacer recuentos y encontrar otros niveles en los resultados alcanzados nos incita a continuar en un franco proceso de colaboración que continúe el establecimiento positivo de la dinámica ganar-ganar.

De estos andares entre todos los resultados, se identifica uno que sobresale, que constituye resumen ejemplificador y que tiene que ver con el mandato judicial contentivo de un acuerdo participativo, más duradero, más viable en la práctica, en el cual, el sentido de la obligatoriedad que conlleva su adopción no se produce desde una postura de imposición, sino de consenso, que se forma entre las redes de una comunicación mejorada entre los involucrados.

Las estadísticas denotan que existen dos procesos judiciales punteros, en los que convergen menores como objeto del conflicto, y que se concentran en el divorcio por justa causa, y en la determinación de la guarda y cuidado y regulación del régimen de comunicación, de lo que es dable aclarar en relación con el estudio realizado, que el sumario sobre determinación de guarda y cuidado, en el 100% de los casos, se motivó por una situación contenciosa inicial, que no siempre entrañó la disputa de la parte demandada, aun cuando en todos los sustanciados se convocó a la comparecencia que signa el Artículo 42 de la ley procedimental, por lo que los datos verificados, respecto al total radicado de cada uno de estos procesos, versan sobre lo que constituyó verdadera contienda en el Tribunal Municipal Popular de Placetas, en el término de casi cuatro años de aplicación de la Instrucción No. 216, que se tradujo en los porcentajes siguientes:

Año	Determinación de guarda y cuidado y regulación del régimen de comunicación	Divorcio por justa causa
2012	86,7%	17,3%
2013	75%	13,7%
2014	92,3%	16,9%
2015	100%	20%

De lo anterior, la verificación de los datos cualitativos indica que, en el 100% de los asuntos atendidos, se trabajó con incidencia en la ZDP, los que se identificaron en:

- Más conflictivos
- Medianamente conflictivos
- Menos conflictivos
- De orientación

Esta última categoría se motivó, asimismo, en el 100% de los casos tratados.

Se identifican, luego, como parámetros de marcado resultado en las ZDP, los siguientes:

- Las conductas negativas de los adultos imitables por los menores.
- Aspectos descriptores del conflicto que descuidadamente llegan al conocimiento de los menores y les influyen.
- Actitudes positivas y negativas que generan los adultos durante el conflicto.
- Carencia de recursos para el manejo del conflicto por los adultos.
- Intensidad con que se desarrolla el conflicto.
- Calidad de las intervenciones.

De ahí, lo valioso, en primer lugar, de la necesidad de que el funcionario judicial se capacite regladamente en estos temas y se autoprepere para dirigir el debate en ese sentido; debe producirse un proceso retroalimentador, donde la capacitación acceda a todos los involucrados, a los fines de adquirir niveles de desarrollo superiores en cuanto a la atención, conducción, propuesta y solución de los diferentes conflictos familiares.

No es ocioso destacar cómo los jueces del Sistema de Tribunales Populares (STP) se imbrican, cada vez más, con los colegas que los asisten como integrantes del EM, y se apropian conscientemente de su lenguaje al comunicarse, de lo que, en general, se advierten resultados de éxito, mientras que, por igual, los profesionales que tributan a la psicología, la pedagogía, la psiquiatría infanto-juvenil, la psico-pedagogía y el trabajo social, entre otras ramas, se introducen cada vez más en el sistema de deberes y derechos que, a las partes en conflicto y a los menores, les asisten en

estos procesos, con un resultado de mayor satisfacción en cada asunto que se sigue.

En el «breve espacio» que comporta la comparecencia a que se convocan los interesados en conflicto, han de determinarse las necesidades afectivas de cada sujeto en ese momento, localizar su problema o problemas, captar la interpretación que hace de sus dificultades y los recursos que tiene para enfrentarlas, así como de los que carece y el apoyo que necesita, para un manejo probable de la situación conflictual, que nunca llega a implicar un diagnóstico acabado de esta, en la que edad, enfoque de género, raza, nivel de información, experiencias de vida, nivel de funcionamiento, capacidad de comprensión, entre otras, comportan las pautas que deben seguirse.

En la actualidad, las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) abren campos insospechados a los profesionales que trabajan la materia de familia, para la obtención de información, y adecuan el proceso de conocimiento a las necesidades particulares de cada cual. El STP, la Unión de Juristas de Cuba, la Fiscalía General de la República, la ONBC, el Ministerio de Educación, Infomed (si pensamos en los expertos que nos auxilian en el EM), se han encargado de abrir innumerables senderos que hoy posibilitan al funcionario asistirse en el conocimiento individual de cada aspecto que resulta de su interés y/o necesidad; sin embargo, como parte del programa de superación centralizado del STP y de las iniciativas territoriales, la trama descubierta deja clara la importancia de llevar, especialmente a los jueces, una capacitación especializada en estos complejos asuntos que abarcan el desarrollo de la psiquis humana, impartidos por profesionales autorizados en tales materias que brinden su luz para avanzar, que les provean el desarrollo de habilidades que favorezcan, en general, el proceso grupal creativo.

No ha de descuidarse el hecho innegable de que la capacitación, en el sentido sindical, ha de conllevar un proceso de especialización de los funcionarios judiciales que atienden el Derecho de familia, en toda la medida de las posibilidades, de lo que es claro que, en los actuales, ya las sedes provinciales de los tribunales cuentan con secciones de familia, pero debe guiarse el pensamiento a los marcos territoriales, si fuera necesario.

La divulgación de estas temáticas no puede quedar reducida al diseño de los medios de comunicación masiva, sin que los jueces y especialistas interdisciplinarios participen en esa visión integradora que la familia cubana debe continuar aquilatando, y no únicamente cuando se encuentra ante la situación de conflicto, sino para aprender a prevenirla porque el hombre, en toda su proyección, es la mira del servicio judicial.

El contar con los EM ha producido loables resultados, pero, al funcionar colaborativamente y no exactamente adscriptos a la sede judicial por mandato imperioso, ello requiere potenciación periódica, que puede acrisolarse

desde el aula universitaria con un nivel de intervención en los conflictos judiciales, desde el punto de vista vocacional de esta tarea, en relación con la formación del futuro profesional.

Debe garantizarse que, en sede judicial, se transmita y continúe la promoción de una cultura de trabajo que, especialmente en los asuntos relacionados con la aplicación del Derecho de familia en que se encuentren implicados menores, se produzca una gestión integradora, en la que la investigación y la extensión cobren sus verdaderos espacios de incidencia en la solución de los diferendos, en aspectos como el atinente a las ZDP y el proceso de formación de valores, de tal suerte que el papel activo a que están llamados no solo los jueces, sino todos los convocados, no resulte letra muerta, y no se reduzca al contacto en el ámbito de la sede judicial.

Los estudios demuestran que los padres motivados no necesitan tecnologías costosas o entrenamientos lentos para enriquecer la temprana comunicación de sus hijos; el exhibir ideas positivas que se relacionen con el problema, el mostrar de una forma relativamente fácil el mensaje que se quiere del asunto, el ser comprensible para los sujetos en conflicto coadyuva a su erradicación o atenuación de sus efectos, en el peor caso.

Bien entendido ha de atenderse no solo al nivel de gestión que alcancemos en la administración de la justicia familiar, sino a la observación de la gestión, como función genérica, en cuanto a proporcionar y aplicar el saber para producir resultados.<sup>15</sup>

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Alhama, R: *Capital humano. Autorrealización y reconocimiento social*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2008.
- Corral, R.: «Las lecturas de la zona de desarrollo próximo», en *Revista Cubana de Psicología*, La Habana, 2001.
- \_\_\_\_\_ : *Historia de la psicología. Apuntes para su estudio*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.
- \_\_\_\_\_ : «El concepto de zona de desarrollo próximo; una interpretación», en *Revista Cubana de Psicología*, La Habana, 2004.
- D'Angelo, O.: *Autonomía integradora y transformación social: el desafío ético emancipatorio de la complejidad*, Publicaciones Acuario, La Habana, 2005.
- Domínguez, L.: «Identidad, valores y proyecto de vida», en L. Fernández (compil.), *Pensando en la personalidad*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Fariñas, G.: *Psicología, educación y sociedad. Un estudio acerca del desarrollo humano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

<sup>15</sup> *Idem*, en relación con R. Alhama, *Capital humano. Autorrealización y reconocimiento social*.

Fuentes Ávila, Mara: *Mediación en la solución de conflictos*, Publicaciones Acuario, La Habana, 2007.

García, G.: «¿Por qué la formación de valores es también un problema pedagógico?», en *Compendio de pedagogía*, 2.<sup>a</sup> ed., Ciencias Médicas, La Habana, 2006.

González López, Alejandro David *et al.*: «El concepto zona de desarrollo próximo y su manifestación en la educación médica cubana», en *Educación Médica Superior*, vol. 25, no. 4, octubre-diciembre, Ciudad de La Habana, 2011.

Green, M. y J. A. Piel: *Theories of human development. A corporative approach*, Boston, Ally & Bacon, 2002.

Torres Triana, Adelaida: «La zona de desarrollo próximo y la formación de valores en la Universidad», en *Revista Médica Electrónica* (seriada en línea), 2008.

Vygotski, L. S.: *Pensamiento y lenguaje*, Edición Revolucionaria, La Habana, 1964.

\_\_\_\_\_: *Historia del desarrollo de las funciones psíquicas superiores*, Editorial Científico-Técnica, La Habana, 1987.

## Legislación

*Constitución de la República de Cuba*, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

«Ley No. 82, “De los tribunales populares” de 11 de julio de 1997», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 8, La Habana, 14 de julio de 1997.

Reglamento de la Ley No. 82.

«Ley No. 83, de 11 de julio de 1997», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 8, La Habana, 14 de julio de 1997.

*Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral. Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977*, 2.<sup>a</sup> ed., Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1977.

*Código de la familia (anotado y concordado) de 14 de febrero de 1975*, 2.<sup>a</sup> ed., MINJUS, La Habana, 1987.

«Decreto-Ley No. 241», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 33, ed. extraord., La Habana, 27 de septiembre de 2006.

Convención de los derechos del niño (soporte digital).

Instrucción No. 187, de 20 de diciembre de 2007, CGTSP.

Instrucción No. 216, de 17 de mayo de 2012, CGTSP.

# LA JUSTIFICACIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL DERECHO PENAL

Esp. Dunia Martínez Cruzata

Prof., EMS Comandante Arides Estévez Sánchez

## INTRODUCCIÓN

EL PROBLEMA DEL conocimiento de la antijuricidad, como exigencia positiva de culpabilidad, es consecuencia del abandono de concepciones positivistas y de un Derecho penal de resultado, totalmente proscrito en la actualidad. Sin embargo, su incorporación al derecho positivo ha enfrentado caminos más difíciles, su regulación no consiste en una norma declarativa de su exigencia, sino de que, como el resto de los componentes de la estructura de delito, son admitidas las consecuencias dogmáticas ante su ausencia: el error de prohibición.

La contemplación de la conciencia de la antijuricidad, como elemento autónomo de la culpabilidad, llega a la ciencia del Derecho penal por vías del finalismo.<sup>1</sup> En esta propuesta, la culpabilidad entraña un contenido normativo *strictu sensu*. Estas serían las condiciones necesarias para la atribución del hecho a su autor: capacidad de culpabilidad, posibilidad de conocimiento del carácter antijurídico y ausencia de causas de exculpación. Este criterio relativo a la ubicación del dolo y la culpa en el tipo, y dar a la culpabilidad un contenido normativo, es compartido por mí.

Entre las consecuencias que resultan en la dogmática, si se asumen las propuestas de este sistema, quizás la más drástica sea el enfrentamiento al principio *ignorantia legis non excusat*. Si la culpabilidad exige como elemento, para su configuración, el conocimiento del carácter antijurídico del hecho, cobrará relevancia el ahora llamado error de prohibición.

El conocimiento de la antijuricidad es elemento indispensable para la atribución del hecho al sujeto; si faltase, se está en error de prohibición, exculpante si fuera vencible; de lo contrario, admitiría la atenuación de la pena por la capacidad de ser graduable, en la medida del mayor o menor juicio de reproche. Aquí, ya no se admite sancionar por imprudencia, si fuera invencible.

<sup>1</sup> Vid. Hans Welzel: *Teoría de la acción finalista*, pp. 19-20. La separación del conocimiento de la antijuricidad del dolo deja sentada suficientes diferencias en el sistema de la teoría del delito, como para tratar, de manera distinta, cada uno de estos elementos. Por lo tanto, el conocimiento que se necesita y se exige para cada uno es desigual; para el dolo, en su componente cognitivo, solo es exigible el conocimiento de los elementos objetivos que configuran el tipo penal, incluyendo los elementos normativos. Decir que se ha actuado con conocimiento de la antijuricidad significa que el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido.

## OBJETO Y CARÁCTER DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD

Existe una gran polémica en cuanto a lo que debe conocer el sujeto que ha actuado típica y antijurídicamente para que se confirme que lo ha hecho culpablemente, en cuanto al conocimiento de la antijuricidad se refiere. Las posiciones oscilan en el conflicto de si el objeto del conocimiento de esta se extiende a la antijuricidad formal,<sup>2</sup> la material, la punibilidad de la conducta,<sup>3</sup> o la especial relación con el injusto concreto del tipo correspondiente.<sup>4</sup>

En nuestro contexto, asumo la postura de Quirós,<sup>5</sup> al partir del carácter asignado a la antijuricidad, en torno a la peligrosidad social de la acción, como contenido socio-material del delito. El objeto del conocimiento de la antijuricidad tendrá que sustentarse, no en la forma, sino en el contenido, o sea, no en la representación de una prohibición legal positiva, sino únicamente en el conocimiento de la significación socialmente peligrosa de la conducta o comportamiento.

La peligrosidad tendrá su manifestación tanto en la conducta como en el resultado. Es factible reconocer la propuesta de Quirós que,<sup>6</sup> enriquecida por Vera Toste,<sup>7</sup> aporta la revelación de la peligrosidad social en la conducta y que se manifiesta en el desvalor de la acción y del resultado. De ahí que el desvalor de la acción se puede identificar cuando se utilizan formas fraudulentas, violentas y subrepticias; cuando los medios empleados en la ejecución de las acciones sean explosivos, incendiarios y armas; también las circunstancias de tiempo, lugar y contexto histórico-social en que ocurre la acción aportan peligrosidad; para el caso de algunas acciones, el grado de reprochabilidad interna.

Para la peligrosidad social, en el desvalor del resultado, es menester que lesione o ponga en peligro un bien jurídico-penal y, además, debe analizarse el resultado lesivo que puede producir, atendiendo al valor del bien jurídico.

<sup>2</sup> Sebastián Soler: *Temas básicos de Derecho penal*, p. 124.

<sup>3</sup> Propuesto por Feuerbach y seguida por Bacigalupo, a partir de que esta depende, sustancialmente, de la amenaza penal para la realización del hecho, es decir, de su punibilidad. En consecuencia, el autor debe haber podido conocer la punibilidad y el error sobre esta, lo que no solo atenúa la gravedad de la culpabilidad, sino que, cuando es inevitable, la excluye. *Vid.* Enrique Bacigalupo: *Manual de Derecho penal, parte general*, p. 253; y Claus Roxin: *Derecho penal, parte general*, t. 1, p. 867.

<sup>4</sup> Claus Roxin: *Derecho penal, parte general*, t. 1, p. 869.

<sup>5</sup> Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho penal*, t. 3, p. 258.

<sup>6</sup> Renén Quirós Pérez: «Despenalización», en *Revista Jurídica*, no. 10, 1986, p. 141.

<sup>7</sup> Yan Vera Toste: «La dialéctica entre lo subjetivo y lo objetivo en la teoría del delito», en *Boletín ONBC*, no. 45, julio-septiembre de 2012, p. 17.

Otro aspecto necesario para la concepción del error de prohibición es el carácter del conocimiento exigido. Para que se pueda comprender la criminalidad de un acto, se requiere, previamente, que se sepa lo que se está haciendo; el conocimiento relativo al dolo, respecto a los elementos de la tipicidad. Luego, que se pueda comprender la pauta de conducta jurídica que se viola con ese acto, que se diferencia del conocimiento del dolo, no puede valorarse del mismo modo.

Para una concepción causalista naturalista o valorativa que incluye el dolo en la culpabilidad, ya sea como forma o elemento de ella, este comprende todos los aspectos referidos al injusto, un *dolus malus*, referido tanto al conocimiento de los aspectos fácticos como jurídicos del hecho. En esta concepción, se confunden diferentes estructuras de conocimiento, pues este, en la tipicidad, referido al actuar mismo del sujeto, ha de ser de carácter actual y, en cambio, respecto al injusto, solo puede ser potencial.

Como es un problema de exigencia al hombre, lo valorable sería si este tuvo posibilidades de conocer o comprender, por diferentes vías, el carácter antijurídico de su hecho. Sería demasiado amplio exigir al sujeto un conocimiento actualizado y efectivo sobre lo que está prohibido, ya que esto resulta imposible. La posibilidad de conocimiento de la criminalidad del acto es necesaria para que haya delito, y lo excluye, en caso de no existir.

Lo que interesa, entonces, es determinar si le era exigible al sujeto ese conocimiento. No será la falta de comprensión de la antijuricidad lo que determine la ausencia de culpabilidad, sino la inexigibilidad de la comprensión.<sup>8</sup> Esto lleva a la afirmación de que no se exige un conocimiento efectivo de aquella, sino que la posibilidad de este es suficiente para afirmar la culpabilidad.

## **EVITABILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN**

En la evitabilidad del error de prohibición, o no, es donde estriba la mayor dificultad a la que se pueden enfrentar los operadores del sistema jurídico penal, a la hora de establecer si existe culpabilidad, o no. De este examen, depende la decisión; si el error es invencible, anula la culpabilidad y la responsabilidad penal y, si fuese evitable, se debe producir una atenuación de la pena.

La problemática consiste en establecer cuándo el autor, que no tuvo una conciencia (actual) de la antijuricidad, hubiera podido tenerla. La evitabilidad de un error de prohibición se identifica con la conciencia potencial de la antijuricidad, con la capacidad del autor de adquirir el conocimiento de esta.

Las doctrinas existentes para resolver la evitabilidad del error de prohibición oscilan entre las objetivas y las subjetivas. Las primeras la ven como

<sup>8</sup> Raúl Zafaroni: *Tratado de Derecho Penal, parte general*, p. 97.

la infracción de un deber jurídico. Desde este punto de vista, la cuestión de la capacidad del autor concreto no es un problema para la decisión sobre la evitabilidad del error de prohibición; no se debe atender a la capacidad del autor en el momento concreto, sino a las posibilidades de eficacia de la norma en el proceso de motivación del ciudadano medio. Defensores de esta teoría son Gómez Benítez y Hardwig.<sup>9</sup>

Las limitaciones se encuentran en que, recurriendo al poder, haber conocido del término medio, como criterio, se llega a la exclusión de toda inevitabilidad; el término medio tendrá siempre, en abstracto, la posibilidad de haber conocido el derecho. Por otra parte, sostener este planteamiento requiere afirmar la existencia de un deber general de conocer el derecho. Si así fuera, también existiría una sanción, cuando no se conociera, lo que no ocurre en la realidad jurídica.

Por su parte, las posiciones subjetivistas defendidas por Octavio de Toledo y Huerta<sup>10</sup> vinculan la cuestión de la evitabilidad con la capacidad del autor. Hay error evitable de prohibición cuando el sujeto, hallándose en condiciones de conocer, al menos potencialmente, el carácter antijurídico de su conducta, no lo ha conocido por causas a él achacables (descuido, indiferencia, desidia, precipitación). El error inevitable de prohibición se presenta cuando el sujeto no ha podido acceder a la motivación derivada del mensaje normativo porque no se encontraba en condiciones de captarlo, ni siquiera potencialmente.

Esta formulación no es incorrecta del todo. Se le critica que no permite diferenciar adecuadamente entre el problema de la inevitabilidad y el de la capacidad de culpabilidad. Es indudable la necesidad de una diferenciación más rigurosa de los presupuestos de la evitabilidad y de la capacidad de culpabilidad, toda vez que la inevitabilidad del error se presenta cuando el autor del hecho típico y antijurídico tiene, además, capacidad de comprender la norma y de obrar según esta comprensión.

Estas condiciones subjetivas las ha denominado Heiko<sup>11</sup> como competencia para la comprensión del injusto o competencia para el error que, a su vez, entiende como la evitabilidad. Este autor considera que, a los destinatarios de la norma, debe imputársele objetivamente, como tarea propia, una cierta disposición para la adquisición de informaciones sobre el derecho, en aras de que el orden social no se pierda en el desinterés de los ciudadanos por las normas.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> *Apud* Enrique Bacigalpo Zapater: «La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición», en *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, pp. 215-235.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> Heiko Lesch: «Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición», en *Revista del Poder Judicial*, no. 45, pp. 15-16.

<sup>12</sup> *Idem*.

Esta opinión es rebatible porque no es más que un argumento de conveniencia política, sustentado en el principio de que la ignorancia de la ley no excluye su cumplimiento. Con mucho más peligro, declarar la obligación de información sobre el derecho no puede consistir únicamente en la iniciativa individual; la propia coactividad del derecho demanda del sujeto detentador del *ius puniendi* la obligación política de dirigir, de forma consciente y organizada, la formación de la conciencia de respeto a la legalidad; la función de instrucción es estatal.

La opinión dominante en Alemania es la asumida por Roxin,<sup>13</sup> según la cual los medios para evitar un error de prohibición son reflexión e información, y depende de tres presupuestos: el sujeto tiene que haber tenido un motivo para reflexionar sobre una posible antijuridicidad de su conducta o para informarse al respecto; cuando ha tomado las medidas necesarias de los esfuerzos para cerciorarse, y la posibilidad de acceder al conocimiento de la antijuridicidad, en caso de realizar esfuerzos insuficientes. Esta postura, en España, en gran medida, es asumida por Bacigalupo.<sup>14</sup>

Considero que todas las posiciones se encuentran limitadas por el extremo absolutismo de ponderar elementos objetivos, excluyendo los subjetivos y viceversa. Los criterios que se formulen deben conjugarse, y tener en cuenta tanto el papel objetivo que desempeñan las normas de derecho en la motivación del sujeto, en la medida de su eficacia y adecuada formulación, como la influencia de las condiciones personales del sujeto para reaccionar, frente a las exigencias del derecho, en el hecho concreto.

La cuestión es determinar cuánta necesidad social debe ser cargada al sujeto en error —cuando es evitable— y cuánta ignorancia del autor puede ser tolerada por el Estado y la sociedad, cuando es inevitable.

En el plano objetivo, entra a desempeñar un papel determinante el bien jurídico. Aquellos que, por su importancia, han cobrado siempre una consideración y protección para el derecho niegan la concurrencia del error de prohibición. En los delitos contra la vida, la integridad corporal, los derechos individuales, los derechos patrimoniales, los que protegen a la colectividad, y todos los que, por su especial significado, como conquistas de derechos fundamentales, lo hacen acreedor de reconocimiento por la mayoría.

Sin embargo, en bienes jurídicos compuestos (delitos pluriofensivos), donde los valores que se ponderan dependen de intereses, en ocasiones menos entendibles y asequibles al hombre, el examen debe ser más riguroso. En ellos, hay que valorar que la protección se haya configurado normativamente con una estricta taxatividad y lesividad, por lo que, en los delitos de peligro abstracto, mera actividad, imprudentes, tipos abiertos y normas penales en blanco, el análisis también hay que dirigirlo al tipo de

<sup>13</sup> Roxin: *Derecho penal...*, pp. 884-892.

<sup>14</sup> Bacigalpo Zapater: *La evitabilidad o vencibilidad...*, p. 235.

injusto específico y sus posibilidades reales de motivar un comportamiento conforme a esas expectativas.

La combinación y contraste de estos elementos objetivos con los subjetivos, es decir, los relativos al sujeto que actúa, es la única vía de establecer una valoración jurídica adecuada a los límites entre lo culpable o inculpable. La capacidad de autodeterminación del hombre en el hecho concreto estará sometida a los estándares de socialización normales, como el nivel cultural y de instrucción, medio social en que se desarrolla, experiencia de vida, incluso el tiempo, experiencia y especialización en la actividad específica en que se realiza la acción. Solo en la medida en que el autor tenga razones especiales por las que se le dificulta la comprensión, mediante una socialización irregular, de lo ilícito, el error puede exculpar; de lo contrario no.

## FUNDAMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL

El reconocimiento del error de prohibición es paso obligatorio para legitimar el derecho penal de culpabilidad, teniendo en cuenta que el resto de las causas de exculpación se presentan como indiscutibles en las legislaciones actuales. Los fundamentos de su justificación constituyen la base para futuras propuestas de *lege ferenda*.

Para el análisis político-criminal del error de prohibición, asumo la metodología desarrollada por Luigi Ferrajoli,<sup>15</sup> exponente del garantismo penal contemporáneo, que propone tres grupos de principios, como condiciones necesarias para el ejercicio de la potestad punitiva. A ellas, las denominó garantías relativas a las penas, al delito y las procesales, las que integran su propuesta de modelo garantista o de estricta legalidad.<sup>16</sup> De esta manera, dividió la justificación en tres materias, mediante las preguntas sí, por qué, cuándo y cómo se justifica la intervención penal.

El Derecho penal es el sector del ordenamiento jurídico en el que las cuestiones del sí y del por qué se plantean de un modo más problemático. No existen doctrinas abolicionistas del Derecho civil, mercantil, constitucional o administrativo comparables a las del penal. Y las justificaciones filosóficas de las instituciones de Derecho civil y constitucional se refieren más bien al cuándo y al cómo, y no tanto al sí y al por qué de su existencia.

Esto quiere decir que el problema de la legitimidad política del Derecho penal, como técnica de control social mediante constricciones a la libertad de los ciudadanos, es el problema mismo de la legitimidad del Estado en el ejercicio de su facultad punitiva. En relación con el conocimiento de la

<sup>15</sup> Vid. Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7.ª ed., p. 213.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 94.

antijuricidad, ello cobra vital importancia, ya que las limitaciones que han frenado la admisión de esta institución, en el Derecho penal, obedecen al criterio de validez general de que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento.

El principio «la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento» constituye una regla necesaria para la validez general del ordenamiento jurídico. Esa es una cuestión de pura obligatoriedad abstracta de la ley, pero no asimilable al problema de la culpabilidad del sujeto por un hecho concreto. Aquella se refiere al fundamento de validez de la ley; esta, a la propia existencia del delito en condiciones concretas, al cual deben aplicarse leyes vigentes.<sup>17</sup>

La cuestión del sí y el por qué es de carácter preliminar, respecto a cualquier otra, porque también admiten, como posibles, las respuestas negativas que, no reconociendo justificación al Derecho penal o alguna institución específica como tal, excluyen de raíz todas las demás.

Entonces, daremos respuesta a sí y por qué no se justifica la intervención penal, cuando se actúa sin conciencia de la antijuricidad. Sin embargo, por un problema de legalidad, el fundamento de la intervención penal y la imposición de la pena dependen de las garantías sustanciales relativas al delito, en las que se ubica el asunto objeto de análisis porque la respuesta al cuándo prohibir justifica, también, las respuestas del sí y por qué.

En la historia del Derecho penal, no ha habido giros o reformas, progresivas o regresivas, que no hayan venido acompañadas y secundadas por la elaboración de doctrinas o concepciones caracterizadas acerca del fin de la pena.

Este asunto es, quizás, uno de los más antiguamente discutidos en la filosofía del Derecho: el problema de la justificación de la pena. La posición que se asuma es la base para la conducción de modelos y sistemas penales, más o menos adecuados a los ideales de justicia. La respuesta que se ofrezca a esta cuestión no solo permite fundamentar las justificaciones, es decir, amparar la intervención penal, sino también la no justificación de las penas. Es señalar las condiciones en presencia de las cuales el Derecho penal o alguna de sus instituciones, en particular, están justificadas y en ausencia de cuáles no lo está. Es en esta última cuestión donde se ubica el problema del tratamiento al error de prohibición.

Históricamente, las posiciones se han debatido entre las teorías absolutas, que son las doctrinas retribucionistas, al concebir la pena como fin en sí mismo, es decir, como castigo, compensación, reacción, reparación o retribución del delito. Aquí, la pena se justifica por su valor axiológico intrínseco; por consiguiente, no es un medio, sino un deber ser, que tiene, en sí mismo, su fundamento. Son, por el contrario, teorías relativas todas las

<sup>17</sup> Quirós Pérez: *Manual de Derecho...* t. 3, p. 256.

utilitaristas, que consideran y justifican la pena solo como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos.

Para que un modelo pueda iniciarse como garantista, debe acoger, como requisito, que el fin justificador sea reconocido y compartido como un bien externo al Derecho; es decir, que los fines del Derecho penal tributen a otros superiores, que dimanen de los intereses de la mayoría representada por el poder estatal.

En otro orden, la pena debe reconocerse como un mal, como un costo humano y social que, precisamente por ello, ha de ser justificado. Esta es la relación entre medios y fines penales. Esta relación no se da en las concepciones retribucionistas, ya que el fin no lo encuentra fuera del Derecho penal, sino en él mismo con la pena, de modo que, siempre y absolutamente, estaría justificada su imposición y no sería nunca un Derecho penal de límites.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el punto de vista de los destinatarios de las penas, a fin de que, también para ellos, resulte congruente y consistente la relación entre medios penales y fines extrapenales, y nadie sea tratado como una cosa o un mero medio para fines ajenos. Es necesario que los fines y los medios sean homogéneos entre sí, de manera que el mal producido por las penas sea confrontable con el bien perseguido como fin. De esta manera, se justifican la necesidad, y la naturaleza y medida de la pena.

Soy partidaria de desechar la pena con carácter retributivo. Esta no puede ser un fin en sí misma; sus fines se encuentran fuera y más allá de su cometido jurídico. Tampoco se justifica utilizar a la persona para aleccionar al resto de los ciudadanos. Esta debe conocerse como un mal, en el que prime un mínimo de costo humano para alcanzar el fin y, en todo caso, debe ser útil.

El fin de la prevención general, como límite a la potestad punitiva y garantía de un Derecho penal mínimo, cumple una doble función preventiva; una positiva y otra negativa: la prevención de los delitos y la de las penas arbitrarias, respectivamente. Estas dos funciones legitiman, conjuntamente, la necesidad política del Derecho penal, como instrumento de tutela de los bienes jurídicos fundamentales, definiendo normativamente los ámbitos y límites de lo que no se está justificado lesionar, ni cuándo, a pesar de darse la lesión, no se pueden imponer castigos.

Por su parte, el fin de prevención de los delitos marca el límite mínimo de las penas; y el de prevención de la arbitrariedad, el máximo. En este sentido, la culpabilidad no es solo medida de la pena, sino también fundamento de esta. Es por tal razón que no se justifica en el error de prohibición invencible, a pesar de la ofensividad al bien jurídico, la imposición de pena alguna. En otro extremo, también demuestra por qué, cuando existan posibilidades de acceder al conocimiento de la peligrosidad del acto en el error vencible, esta debe ser atenuada, gradual y recíprocamente, a la culpabilidad, pero nunca igual a la pena máxima.

La existencia de criterios de justicia y limitaciones que frenen la tendencia del Derecho penal máximo coloca al sistema penal en la labor de ser selectivos en lo que se prohíbe. En lo relativo al delito, no es suficiente conformarse con la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que, además, han de ser los imprescindibles, sino que existe necesidad política y ética de la atribución personal, eliminado cualquier vestigio de responsabilidad objetiva.

El fin de prevención solo de los delitos es insuficiente e incapaz de proporcionar criterios de justificación de la pena en un hecho cometido sin conocimiento de su ilicitud. De ahí que la evitación de una pena arbitraria e injustificada es garantía de que el sistema penal no se oriente hacia el fin retributivo, sino también a un derecho de límites en la reacción y actuación penal, que pierde en la pena toda eficacia, como medio para lograr sus fines. Cuando no existan posibilidades, en el agente, de percibir lo peligroso de su acto, no se le puede exigir un comportamiento conforme a derecho porque no han acontecido los efectos de prevención general que se pretendían y, sucesivamente, la eficacia preventiva de la pena es nula.

La tutela del inocente y la minimización de la reacción penal es lo que distingue el Derecho penal de otros sistemas de control social de tipo policial o disciplinario. Para ello, lo que se necesita es formular criterios negativos o limitadores, con el valor de condiciones necesarias de legitimidad.

Estos criterios o condiciones negativas son el principio de lesividad, el de materialidad y el de responsabilidad personal, denominados por Ferrajoli<sup>18</sup> garantías penales o sustanciales. Estas garantías son normas y cuestiones del Derecho penal relativas a la regulación de los presupuestos de la pena y responden a la pregunta «cuándo prohibir». El autor las hace coincidir con los elementos constitutivos del delito: el resultado, la acción y la culpabilidad, respectivamente, según su concepción positivista, particular que no comparto. Sin embargo, la propuesta metodológica para dar respuesta al cuándo prohibir será acogida y adecuada, de modo dialéctico, a las posiciones asumidas.

Los fundamentos políticos de la garantía de la culpabilidad descansan en el principio de responsabilidad, en virtud de los cuales queda sin justificación la pena por tratarse de responsabilidad objetiva. Según Ferrajoli,<sup>19</sup> estos fundamentos son la reprobabilidad de la acción, la prevención general propia del Derecho penal, la posibilidad de previsión partiendo de la estructura coactiva del derecho, y que solo las acciones culpables pueden ser prohibidas.

La reprobabilidad de la acción habla de la idea del juicio de reproche que debe acontecer por las características de la acción que la hacen atribuible

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 463.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 491-492.

al autor. La acción penal prohibida ofrece un criterio de desvalor en sí misma, pero no suficiente para poder hacer al autor responsable de ella.

Deben existir, además de su desvalor intrínseco, criterios de identificación de esa acción por parte del agente. Esto solo puede darse cuando el sujeto, de manera autodeterminada, tiene posibilidades de identificarlo. Ello significa que pueda conocer el significado social negativo de lo que hace ilícito ese acto.

Como he sostenido, la peligrosidad social constituye el objeto del conocimiento de la antijuricidad y en la acción está dada por su desvalor. En este sentido, son aplicables los indicadores enunciados anteriormente sobre esta acción.

La función utilitarista de la prevención general propia del Derecho penal, como fundamento político de la garantía de culpabilidad, significa que únicamente los hechos culpables pueden ser objeto de prevención mediante la pena, ya que, solo respecto a ellos, la conminación penal puede desplegar la función motivadora del comportamiento humano. Debe primar un mínimo costo de la culpabilidad, a partir de las exigencias frente al Derecho, el cual debe ser motivador y selectivo en los hechos que se tipifiquen. La peligrosidad social debe ser suficiente y capaz de abarcar lo más intolerable y lo más importante.

Un Derecho penal mínimo debe orientarse hacia la prevención de la lesión de los bienes jurídicos más importantes (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos). Esto se manifiesta en la antijuricidad material por el desvalor del resultado, como la cualidad del hecho antijurídico, que ofrece posibilidades de motivación, a partir de la significación histórica, jurídica y social del bien jurídico, su naturaleza irreparable y la imposibilidad de evitar menoscabos futuros por otras vías no penales,<sup>20</sup> y resultan pertinentes los indicadores para el desvalor del resultado acogidos en la peligrosidad social.

Estos criterios serán, en principio, necesarios para la certeza de lo que es delito y lo que no lo es. En consecuencia, la eficacia preventiva tendrá lugar en la medida en que, para el hombre, pueda reconocer lo desvalioso de ataque y abstenerse de su realización.

La función de prevención general solo será eficaz cuando el hombre se sienta motivado por el derecho. En lo que respecta al conocimiento de la antijuricidad, no significa la realización de un esfuerzo de conciencia, solo la posibilidad de conocer el significado social negativo del hecho.

El conocimiento de la antijuricidad es la fase superior y última de la exigencia de cognoscibilidad, en lo que al delito respecta. Si bien el conocimiento exigido para el dolo de los elementos objetivos aporta indicios de la posible antijuricidad del hecho, esto no es suficiente para la motivación adecuada a las exigencias del Derecho.

<sup>20</sup> Vid. Yan Vera Toste: «Fundamento de la esencia del concepto de delito», en *Justicia y Derecho*, no. 12, p. 39.

Ello puede acontecer cuando existe un desfase entre Derecho y realidad social, cuando las condiciones y realidad sociocultural del medio en que se desenvuelve el agente no ofrece una posibilidad adecuada de acceso a los límites entre lo delictivo y lo que no lo es.

Del mismo modo, los comportamientos socialmente adecuados, hechos tolerados por la sociedad, y generalmente lo son porque reportan más beneficios que su potencial lesividad, caen en el terreno de la degradación de su significación social negativa y se convierten en algo positivo para la mayoría y, como consecuencia, son incapaces de ocasionar efectos inhibitorios y de motivación.

Estos casos, la doctrina los trata como atípicos; sin embargo, la adecuación social puede suceder aun cuando la norma lo prohíba, en hechos que han perdido su peligrosidad social en un contexto dado, la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad no es exigible. La ineficacia de la prevención del delito es, de por sí, un criterio inicial para la no aplicación de la pena. Los comportamientos en los que no ha mediado el conocimiento de su antijuricidad no son atribuibles y no pueden prevenirse penalmente. Es inexigible un comportamiento conforme a Derecho y, respecto a ellos, la pena es superflua.

En opinión de Mir Puig, la prevención debe alcanzarse de la forma menos lesiva posible a la autonomía del ciudadano. La idea general de culpabilidad se funda en buena parte en la dignidad humana, y exige como presupuesto que el hecho pertenezca a su motivación normal y no es lícito prescindir de tal posibilidad.<sup>21</sup>

El Estado tiene que admitir que la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el Derecho. La seguridad jurídica del ciudadano se garantizará, cuando este pueda confiar en que, dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas conocidas, no va a ser castigado. Solo concibiendo al hombre como sujeto racional, capaz de autodeterminación normal, se podrá requerir la pertenencia del hecho a su autor, como significado político-criminal de la culpabilidad.

El tercer fundamento relativo a la culpabilidad consiste en que esta garantiza la posibilidad de previsión y planificación del futuro, partiendo la estructura coactiva del Derecho. Esta premisa cobra especial importancia para el conocimiento de la antijuricidad. Si partimos del principio de que el comportamiento humano es regulado también por el Derecho, que le ofrece una pauta para la actuación autodeterminada, las posibilidades de comportarse acorde con las expectativas normativas solo acontecerán, si tiene posibilidades de conocer hacia dónde dirigir su actuación.

<sup>21</sup> Santiago Mir Puig: *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 138.

En la opinión de Muñoz Conde, el principio de culpabilidad cumple su función como organizador de la psicología social<sup>22</sup> y coincide Roxin en que es un principio jurídico regulador, una suposición que garantiza la libertad.<sup>23</sup> Sobre esta base organizativa, es que se puede construir el derecho al reproche por parte de la sociedad.

En este extremo, Bustos Ramírez entiende los principios que limitan político-criminalmente la intervención estatal como una unidad de carácter formal y material. En la material, destacan los principios de indemnidad personal, la protección de bienes jurídicos y la necesidad de la intervención. Y reserva a la perspectiva formal la plasmación de estos principios en el Derecho positivo, a partir del de legalidad de los delitos y las penas, acotando que, en la base, esté el de conocimiento; que las personas conozcan qué está prohibido porque la norma solo tiene un sentido instructivo o informador.<sup>24</sup>

La consideración del principio de conocimiento permite orientar y encauzar la actuación del hombre acorde con las demandas normativas, de modo que organice su conducta con apego a las expectativas del Derecho. En sentido negativo, el Estado tiene que garantizar el respeto a la indemnidad del hombre de no ser absorbido por el sistema, y que este tenga seguridad de que, cuando se ha comportado de manera cautelosa y sin dudar de la licitud, no se le castigará porque confía en el reconocimiento del principio de conocimiento, como base de la responsabilidad penal. Es esta la manera en que cobra vida la relación utilitaria Estado-individuo y viceversa.

En este sentido, el Artículo 1.1 del Código penal declara, como uno de sus objetivos: «[...] contribuir a formar en todos los ciudadanos la conciencia de respeto a la legalidad socialista, del cumplimiento de los deberes y de la correcta observancia de las normas de convivencia socialista». El Estado asume, en el Derecho penal, como Derecho público, la obligación política de dirigir, de forma consciente y organizada, la formación de la conciencia de respeto a la legalidad. De ahí que la función de instrucción sea estatal. Ello implica que se creen espacios que den al ciudadano oportunidades de acceso a las normas de Derecho para que este sea efectivo, si no se convierte en una ficción la instrucción y la motivación para la exigencia de responsabilidad. De esta manera, se puede garantizar y prever el desarrollo futuro del hombre; incluso, cuando se cometan errores y se haya puesto lo mejor de su parte para respetar el Derecho, no puede ser castigado.

El último fundamento del principio de responsabilidad, y que responde al cuándo prohibir, consiste en que las acciones culpables son las únicas que pueden ser prohibidas. Las prohibiciones penales, como normas regulativas, tienen necesariamente que suponer la posibilidad de ser observadas

<sup>22</sup> Francisco Muñoz Conde: «El principio de culpabilidad», pp. 221 y ss.

<sup>23</sup> *Apud* J. M. Gómez Benítez: *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 271-272.

<sup>24</sup> Juan Bustos Ramírez: «Política criminal y Estado», p. 9.

o violadas por parte de sus destinatarios, a cuyo conocimiento se dirigen, con la función de orientarlos y condicionarlos. Estas normas serían inútiles, si tal posibilidad no existiese.

Esto se puede configurar como un principio normativo que impone una estructura regulativa a las prohibiciones penales de las que requiere:

a) Que lo prohibido por estas sea la comisión o la omisión de una acción, y no un *estatus* o una condición de vida del sujeto. Esta idea se corresponde con el logrado axioma de que el Derecho penal es de hecho y no de autor. Es consustancial a la garantía de culpabilidad de manera plena, de modo que no pueden prohibirse formas de ser, personalidades, sino solo hechos. Esta consecuencia se garantiza con el principio de legalidad y taxatividad, a fin de que la demanda de la norma penal no franquee la libertad del ciudadano al desarrollo integral de su personalidad.<sup>25</sup>

b) Que, *ex ante*, sea posible la comisión o la omisión de la acción cuya comisión u omisión se prohíben. En este punto, me afilío a la postura de Quirós,<sup>26</sup> quien, al establecer los criterios para determinar el contenido de la esencia del delito, ha incluido la posibilidad y realidad de realización de la conducta que ponga en peligro o lesione bienes jurídico-penales. Esta propuesta es ubicada en el nivel particular de valoración de la peligrosidad social. El autor destaca que la peligrosidad social de una determinada conducta es un concepto real; de ahí que esté determinada por la posibilidad real (concreta) de que se realice. El Derecho penal no puede constituir una reserva de conductas de imposible ejecución o regular aquellas que sean incoherentes con el nivel de desarrollo que experimenta la sociedad en un momento histórico concreto. Deben regularse, exclusivamente, acciones posibles de cometerse y que, de manera real, afecten bienes jurídico-penales.<sup>27</sup>

Esta exigencia, para la imputación subjetiva, garantiza que el sujeto no encuentre limitado el libre desarrollo de su personalidad a conminaciones no adecuadas a las demandas que la realidad objetiva impone. Cuando el derecho exija comportamientos de imposible realización, y alejados del contexto social real, no encontrará la culpabilidad cabida alguna. Por tanto, no es exigible el conocimiento de la ilicitud de un hecho que no se ajusta al estado real de las cosas, incapaz de motivar por no ofrecer la pauta de utilidad y necesidad que presenta tal límite para la sociedad.

Finalmente, es importante reconocer que la culpabilidad es el elemento del delito que presenta mayores dificultades para su comprobación; por eso, como regla, es el componente cuya existencia, los jueces, generalmente,

<sup>25</sup> Vid. Constitución de la República de Cuba, Artículo 9 a), tercera pleca: «El Estado [...] garantiza [...] el desarrollo integral de la personalidad».

<sup>26</sup> Quirós Pérez: «Despenalización», pp. 102-105.

<sup>27</sup> Vera Toste: «Fundamento de la esencia...», p. 47.

presumen, sobre todo por lo difícil de alcanzar pruebas seguras y controlables para afirmar o para excluir las excusantes subjetivas. Esto lo lograrán, no a partir de criterios distintivos, sino mediante procedimientos inductivos de la probanza de los componentes objetivos.

Unido a ello, uno de los argumentos que se presentan para el rechazo del error de prohibición es la posibilidad de que los acusados se excusen siempre en el desconocimiento de la ilicitud para ser eximidos de responsabilidad. Con mucha más razón, se hace necesario ofrecer criterios de valoración e interpretación dirigidos a facilitar la identificación o negación del error de prohibición.

Para analizar si estamos en presencia del error de prohibición, en el aspecto objetivo, se debe valorar el resultado producido. Esto se refiere a la concreta afectación al bien jurídico, a partir de su significación histórica, social y jurídica. También hay que tener en cuenta si se trata de un delito de resultado o de peligro. En los primeros, es más latente la posibilidad de excluir el error atendiendo al desvalor del resultado. Aunque en los delitos imprudentes, lo importante es la exigencia de taxatividad y eficacia de la norma de cuidado, para evitar el resultado lesivo, así como el desvalor no tanto del resultado como de la acción.

De igual manera, en los delitos de peligro abstracto, mera actividad y en las formas imperfectas de ejecución (tentativa y actos preparatorios, cuando sean punibles), lo significativo es el desvalor de la acción para el reproche de estos ilícitos.

En los tipos penales abiertos, que se caracterizan porque los elementos fundadores de la ilicitud del hecho no están totalmente enunciados en la ley, se requiere una decisión sobre la antijuridicidad que tiene lugar mediante un juicio judicial autónomo de valor, dirigido a completar el tipo.<sup>28</sup> Al igual que en las normas penales en blanco, se demanda un mensaje de la ilicitud lo suficientemente preciso para cumplirlas, a partir de su función motivadora.<sup>29</sup>

Cuando se trate de delitos de bagatela, con límites y fronteras dudosos con ilícitos administrativos, hay que recurrir a la posibilidad de que la vía extrapenal sea la más eficaz para evitar y reprimir el ilícito.

También hay que tener en cuenta la eficacia de la norma penal violada en el contexto en que se vulnera, a partir de su correspondencia con la realidad. Se debe valorar el significado social del hecho incriminado y su legitimidad en el momento histórico concreto.

Paralelamente, en el aspecto subjetivo, deben primar los criterios de nivel cultural, el ambiente social en que se desenvuelve el sujeto, la ex-

<sup>28</sup> Quirós Pérez: *Manual...*, t. 1, p. 147.

<sup>29</sup> Yamila Reyna López: «Fundamentos del tipo imprudente. Su manifestación en el derecho penal cubano» (tesis), pp. 43-44.

perencia de vida y en la profesión, el tiempo y el nivel de preparación y especialización en la actividad que se realiza.

Los aspectos objetivos serán valorados de conjunto con los subjetivos, a los efectos de determinar la existencia de posibilidades del sujeto de haber conocido la ilicitud de su acto y, de ello, depende si se aprecia el error de prohibición, o no. No obstante, en caso de duda, hay que recurrir al principio *in dubio pro reo* y optar por la solución más beneficiosa: excluir la pena en virtud del error.

## CONCLUSIONES

1. El error de prohibición es la consecuencia dogmática, al admitirse el conocimiento de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad en la estructura del delito. Tal conocimiento debe recaer sobre el contenido material de este, la peligrosidad social. Su identificación es posible a partir del desvalor de la acción y del resultado.
2. El conocimiento exigible en la culpabilidad, respecto a la ilicitud, es de carácter potencial, entendido como posibilidades del sujeto de conocer la peligrosidad social del hecho. La evitabilidad del error de prohibición debe determinarse conforme a la conjugación de criterios objetivos y subjetivos.
3. Los fundamentos político-criminales del error de prohibición descansan en la ineficacia del Derecho penal para prevenir los ilícitos en que acontece y en el principio de culpabilidad, basado en la responsabilidad personal contraria a toda exigencia de responsabilidad objetiva. Las acciones culpables son las únicas que pueden ser objeto de reprobación, previsión, prevención y prohibición.

## BIBLIOGRAFÍA

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

\_\_\_\_\_: «La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición», en *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, serie 20, 1993.

Bustos Ramírez, Juan: «Política criminal y Estado», en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 12, no. 8, diciembre, San José, 1996.

Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 7.<sup>a</sup> ed., Trotta, Madrid, 2005.

Goite Pierre, Mayda y Arnel Medina Cuenca: *Selección de lecturas de Derecho penal general*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.

- Goldschmidt, James: *La concepción normativa de la culpabilidad*, Depalma, Buenos Aires, 1943.
- Gómez Benítez, José Manuel: *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1997.
- Jiménez de Asúa, Luis: *Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal*, El Ateneo, Buenos Aires, 1942.
- Lesch, Heiko: «Fundamentos dogmáticos para el tratamiento del error de prohibición», en *Revista del Poder Judicial*, no. 45, primer trimestre, España, 1997.
- Mir Puig, Santiago: *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.ª ed., Euros, Buenos Aires, 2003.
- Muñoz Conde, Francisco: «El principio de culpabilidad», en *Jornadas de Derecho penal*, Santiago de Compostela, [s.m.d.].
- Quirós Pérez, Renén: «Despenalización», en *Revista Jurídica*, no. 10, MINJUS, La Habana, 1986.
- \_\_\_\_\_ : *Manual de Derecho penal*, t. 3, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- Reinhard, Frank: *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Euros S. R. L., Buenos Aires, 2002.
- Reyna López, Yamila: «Fundamentos del tipo imprudente. Su manifestación en el Derecho penal cubano» (tesis en opción al grado de Dr. en Ciencias jurídicas), Escuela Militar Superior Comandante Arides Estévez Sánchez, La Habana, 2010.
- Roxin, Claus: *Derecho penal, parte general*, t. 1, Civitas, Madrid, 1997.
- Soler, Sebastián: *Temas básicos de Derecho penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.
- Vera Toste, Yan: «Fundamento de la esencia del concepto de delito», en *Justicia y Derecho*, año 7, no. 12, La Habana, 2009, pp. 39-52.
- \_\_\_\_\_ : «La dialéctica entre lo subjetivo y lo objetivo en la teoría del delito», en *Boletín ONBC*, no. 45, julio-septiembre, La Habana, 2012.
- Welzel, Hans: *Teoría de la acción finalista*, Depalma, Buenos Aires, 1951.
- Zafaroni, Raúl: *Tratado de Derecho penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1981.

# EL TRATAMIENTO LEGAL DE LAS NULDADES EN EL PROCESO PENAL

*Esp. Liliána Malena Díaz Campa*

*Prof., EMS Comandante Arides Estévez Sánchez*

**E**L PROCESO PENAL se desarrolla mediante una serie progresiva y concatenada de actos jurídicos procesales, cumplidos por los intervinientes y regidos por el Derecho procesal penal. En un proceso penal garantista, cada uno de sus actos deberá ajustarse a las previsiones legales; de no ser así, acarrea un vicio que lo expone a perder toda eficacia jurídica y puede traer consigo la declaración de nulidad; debe producirse en un momento oportuno para evitar, en lo posible, el progreso irregular del trámite que imponga retrotraerlo a fases anteriores. Ello justifica la declaración y el saneamiento oportuno de los actos procesales viciados, dada su trascendencia en el orden práctico al correcto desenvolvimiento del proceso y su celeridad.

En el contexto jurídico nacional, la problemática de la nulidad en los actos procesales ha sido poco abordada y ha trascendido a su regulación normativa. Las legislaciones procesales penales cubanas vigentes carecen de las bases teóricas sobre las cuales se va a declarar la nulidad de tales actos procesales, y de una sistemática que permita su subsanación en todas las fases del proceso, reservándola a los trámites de sustanciación de los medios de impugnación.

Es necesario acometer un estudio teórico de los actos procesales viciados de nulidad, desde la teoría general del proceso. Como planteara el profesor Danilo Rivero, «[...] una urgente discusión científica, requiere el tema de [...] las nulidades, vistas en nuestro contexto y de cuyo desarrollo teórico carece la ley».<sup>1</sup>

## FUNDAMENTOS DOCTRINALES PARA EL TRATAMIENTO JURÍDICO PROCESAL A LA NULIDAD

La doctrina científica ha analizado la nulidad desde tres puntos de vista: vicio, consecuencia jurídica y sanción. Los autores que defienden la nulidad como un vicio (entre ellos, Zinny)<sup>2</sup> plantean que es la discordancia entre el acto cumplido y los requisitos formales exigidos por la ley, como condición

<sup>1</sup> Danilo Rivero García: «Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal en Cuba», en Juan Mendoza Díaz, *Panorama del derecho procesal hispanocubano*, p. 90.

<sup>2</sup> Jorge Horacio Zinny: «Nulidad procesal», en [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)

de su validez. Este punto de vista resalta la interrelación entre los requisitos esenciales del acto establecidos por el legislador y su omisión o defecto en el acto concreto. La crítica a esta postura radica en que no es individualizadora, por constituir el vicio el fundamento de un conjunto de actos imperfectos, tales como la irregularidad, la inadmisibilidad y, para algunos autores, la inexistencia.

Quienes la sostienen cual consecuencia jurídica parten de su valoración inicial, como vicio afectante al acto que lo torna inapto para producir efectos jurídicos en el proceso y, potencialmente, puede provocar su invalidación. Uno de los exponentes de esta postura es Carlos Creus,<sup>3</sup> para quien la nulidad es la consecuencia de la omisión de una forma o de un requisito legalmente necesario para la validez de un acto. En Cuba, el profesor Alarcón Borges sostenía que «si la irregularidad es fruto de una mera constatación de la imperfección del acto tal como ha sido ejecutado, la nulidad se presenta como una calificación jurídica que se concreta en una consecuencia jurídica, es decir, es una reacción jurídica frente a la infracción de la norma». Y añade que el hecho de que el acto irregular devengue nulo depende de las normas que regulan la nulidad en un ordenamiento concreto y, en último término, del modo en que esas normas resuelvan el conflicto entre el principio de legalidad, que pugna por la desaparición del acto viciado, y aquellos otros principios que amparan su conservación.

Actualmente, la doctrina mayoritaria identifica la nulidad como una sanción. Clariá Olmedo apunta que la nulidad ocupa el lugar más destacado entre las sanciones procesales penales. Para Levenne, Clariá Olmedo, Carocca Pérez, Zinny y Sergio Torres,<sup>4</sup> es la sanción legal, sea expresa o tácita, por la cual se priva de todo efecto jurídico en el proceso a un acto que se cumplió sin observar las formas para él exigidas. Esta toma de partido dirige su mirada hacia el resultado final, la invalidación jurisdiccional del acto viciado, lo que significa sancionarlo procesalmente, o sea, hacer desaparecer los efectos producidos por el acto anulado e impedir que siga produciéndolos.

Me inclino por esta última postura. Considero la nulidad como una sanción, toda vez que la consecuencia jurídica no opera *per se*, es necesaria su declaración en el acto concreto, que es sancionar procesalmente al que se aparta considerablemente del tipo procesal. No obstante, reconozco que la invalidación de los actos viciados de nulidad, o no, dependerá de las pautas generales establecidas en los diferentes ordenamientos jurídicos y de la interpretación del órgano jurisdiccional en el caso concreto.

<sup>3</sup> Carlos Creus: *Invalidez de los actos procesales penales*, 2.ª ed., p. 17.

<sup>4</sup> Entre otros, *vid.* Ricardo Levenne: *Manual de Derecho procesal penal*, t. 1, 2.ª ed., p. 135; Alex Carocca Pérez: *El nuevo sistema procesal penal*, t. 1, 3.ª ed., p. 149; Zinny: *Op. cit.*; Sergio Gabriel Torres: *Nulidades en el proceso penal*, 2.ª ed., p. 31.

Históricamente, se han ofrecido diversos criterios sobre la nulidad de tales actos, y se han admitido cuatro sistemas:<sup>5</sup> privatista, formalista, judicialista y legalista.

*El sistema formalista*, inspirado en el principio *quis quid contra legem nullum est*, constituye un importante referente histórico. Este sistema predominó en Roma y se caracterizaba por el culto al rito sacramental. Todo lo que se apartara de lo establecido, sin distinción de grados, se consideraba nulo. Sus consecuencias llegaron al extremo de que la omisión de una palabra o una sílaba en la fórmula, el empleo de un término por otro o el hecho de pronunciar la sentencia sentado y no en pie, ocasionaba la nulidad de todo el proceso y hasta la pérdida del derecho reclamado. Esto provocó un entorpecimiento en el desarrollo del proceso, por lo que se comienza a distinguir entre las formas esenciales o accesorias de los actos procesales.

*El sistema privatista* deja, al interés de la parte perjudicada, la alegación del defecto para reclamar la nulidad del acto. Se le critica que introduce un elemento privado que no se aviene con la naturaleza pública del proceso penal, aunque no se le puede negar cierta influencia en los sistemas posteriores, en lo referente a las nulidades relativas.

*El sistema judicialista* consiste en legar a la apreciación del juez las consecuencias que entrañen los vicios de las formas en cada caso concreto. Este sistema, librado exclusivamente al arbitrio judicial, significó un progreso, no obstante la inestabilidad propia de las posibles soluciones, lo que propicia una jurisprudencia contradictoria.

*El sistema legalista*: La Revolución francesa cambió el culto al rey por el culto a la ley, y erigió el principio *pas de nullité sans texte*, según el cual solo se admiten como nulidades las que establezcan expresamente la ley, como resultado de la inobservancia de las formas más importantes. En este sistema, le corresponde al legislador determinar cuáles son los vicios que trascienden a la nulidad absoluta. Su principal objeción radica en establecer criterios demasiado rígidos que convierten a la nulidad en criterio solo a la ley y olvidan la finalidad de las formas en el proceso.

Los criterios legales tenidos en cuenta para establecer los casos en que la irregularidad es de tal entidad que justifica la declaración de nulidad del acto han ido evolucionando, desde un sistema rígidamente formalista, hasta el actual, que combina distintos criterios y al que podríamos llamar «sistema mixto». En la actualidad, diversas legislaciones imbrican los sistemas legalista y judicialista; sin embargo, la llamada nulidad relativa muestra cierta influencia, en ambos, del sistema privatista.

<sup>5</sup> Jiménez Asenjo (*Derecho procesal penal*, p. 339), tomando como referencia a Chioven-da, Zinny (*Op. cit.*), Martínez Flores (*Círculo de estudios ius filosóficos*) y Clariá Olmedo (*Derecho procesal penal*, t. 2, p. 215).

La teoría general del Derecho ha venido estudiando las distintas categorías o especies de nulidades: absolutas, relativas, genéricas y específicas. Actualmente, se han incorporado otros criterios de clasificación: expresas, implícitas, totales y parciales, estas últimas referidas a sus efectos.

La orientación predominante en la doctrina procesal refiere que la nulidad absoluta deriva de vicios que afectan requisitos esenciales del acto. Constituyen un asunto de interés público por la gravedad de las consecuencias derivadas de su infracción que, en muchos casos, afecta derechos fundamentales. Estos actos son imprescriptibles e insubsanables. El transcurso del tiempo y el consentimiento expreso o tácito de la parte perjudicada no pueden subsanarlos, aunque se discute si la cosa juzgada no ejerce en estos actos un efecto sanador.

Las partes, u otros sujetos, tienen facultad para denunciarlos, mientras el proceso está en marcha; pero, en todos los casos, deben ser apreciados de oficio por los órganos jurisdiccionales en cualquier fase, instancia o recurso del proceso. La reacción del órgano jurisdiccional es imprescindible, toda vez que el acto afectado por este vicio carece de efecto desde que se llevó a cabo y es necesario declararlo así, mediante un pronunciamiento judicial, para eliminar la apariencia jurídica que puede resultar de su realización, por lo que, para invalidar los actos nulos, se precisa de su anulación o declaración de nulidad, y la de aquellos actos condicionados o influidos por él porque, mientras estos no sean declarados nulos, surtirán efectos como eficaces, postura que asumo como propia.

Este particular es explicado detalladamente por Clariá Olmedo,<sup>6</sup> cuando apunta que «[...] la declaración de nulidad con respecto al concreto acto cumplido en forma irregular produce directamente su invalidación [...] que equivale a extirpar el núcleo de una zona viciada del proceso, cuya capacidad difusiva se ha extendido en toda esa zona integrada por actos dependientes y conexos del anulado». Para el propio autor, la dependencia debe ser directa y vinculante y la conexión ha de ser íntima, de manera que la supresión del acto viciado no permita a los otros alcanzar su finalidad.

El tribunal que declare la nulidad deberá procurar la renovación o rectificación de los actos anulados, cuando sea posible. La renovación se pone en práctica mediante la reproducción regular del acto anulado, mientras que la rectificación tiene lugar a través de la corrección de los defectos advertidos en el acto irregular, se mantiene su estructura no viciada, la que se complementará con los elementos faltantes o se sustituirán los defectuosos.

La nulidad relativa se deriva de la falta de un requisito formal, accesorio o útil, en el acto. Generalmente, se refieren a actos secundarios del procedimiento que, en función del interés de las partes, establecen garantías, a los fines de permitirles eludir los perjuicios que les podría acarrear un vicio,

<sup>6</sup> Clariá Olmedo: *Op. cit.*, p. 247.

pero no hacen a la esencia del acto, por lo que su violación no ocasiona necesariamente la nulidad. Su declaración solo puede obtenerse mediante instancia oportuna de parte o terceros interesados que no la hayan causado con su actuación u omisión. Para Gabriel Torres,<sup>7</sup> las nulidades relativas requieren dos requisitos: interés de las partes y demostración de un perjuicio real y concreto.

Estos actos son subsanables o convalidables, de acuerdo con las circunstancias que establece la ley. Se convalidan, cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento o cuando quienes tengan derecho a solicitarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto. De igual manera, la convalidación puede ser consecuencia de la constatación de que el acto inválido ha alcanzado su fin, a pesar de estar aquejado de un vicio formal que *a priori* se estimaba relevante porque el cumplimiento del fin revela la utilidad del acto. En estos casos, el tribunal no puede declarar la nulidad de oficio, aunque sí evitarla, si es posible.

Las nulidades generales o genéricas, siguiendo a Carlos Creus, «son las originadas en defectos enunciados por la ley en una disposición genérica, aplicable a cualquier acto que presente tales defectos, aunque no estén específicamente previstos como causales de nulidad en la regulación particular de dicho acto».<sup>8</sup>

Para Clariá Olmedo, la nulidad específica es un tipo de sancionabilidad procesal que se manifiesta mediante el establecimiento de la sanción en la misma norma reguladora del acto previsto. Es el que se adecua más exactamente al sistema de nulidad expresa, y se caracteriza por la taxatividad. Algunas de estas previsiones de nulidad específica adquieren cierto grado de generalidad por referirse a varias actividades de una misma naturaleza que deben cumplirse a lo largo de todo el proceso.

Se reconocen, además, las denominadas nulidades implícitas,<sup>9</sup> es decir, aquellas que, sin conminación expresa de la ley y sin posibilidades de encuadrarse como nulidades de orden general, presentan situaciones de conflicto en el proceso, que solo pueden ser superadas mediante la declaración de nulidad, tales son los casos en los que se han violado prohibiciones explícitas o implícitas de las leyes procesales o de fondo, o cuando se verifique la omisión de formalidades esenciales que violen garantías fundamentales del proceso, o si el acto no ha cumplido la finalidad para el que estaba destinado.

La clasificación de las nulidades en totales y parciales atiende a la extensión de la sanción de nulidad. Si los actos son singulares, evidentemente su anulación será total. En caso contrario, acontece cuando es posible

<sup>7</sup> Torres: *Nulidades en el proceso penal*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 35.

<sup>8</sup> Creus: *Op. cit.*, p. 29.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 46.

dividir el acto, los motivos de anulación se pueden referir a una parte de este y hacer valer las restantes.

En ocasiones, es difícil establecer fronteras nítidas entre las diversas categorías de nulidades. Uno de sus rasgos distintivos es que, legalmente, pueden determinarse, tanto en función del régimen de nulidad genérica como específica, las expresas como implícitas y hasta las totales o parciales, por lo que se hace necesario comprender la coexistencia de diversas clases de nulidades en casos concretos.

La protesta formal por la parte de la persona perjudicada constituye un requisito previo para el posterior ejercicio de una pretensión anulatoria, a través de los cauces procesales al efecto. Para Bermúdez Ochoa,<sup>10</sup> constituye una declaración de parte hecha en el proceso, a fin de rechazar y no consentir determinada infracción procesal y así salvaguardar su derecho a la posterior impugnación; de lo contrario, el asunto quedaría zanjado y consentido.

La exigencia de protestar y pedir la subsanación de la violación procesal implica un análisis particular. Si deriva de la violación de normas procesales que afectan directamente los intereses de las partes, dicha reacción es necesaria en el momento que tengan lugar, toda vez que el sujeto puede considerar intrascendente el quebrantamiento y no reaccionar ante el vicio. Eso no implica que en todos los casos precluya el derecho a alegar la violación porque, en el caso de defectos absolutos, dicha posibilidad puede ser ejercitada en cualquier momento.

Los modos de alegar la nulidad en el proceso penal varían según los distintos regímenes jurídicos, aunque, fundamentalmente, se reconocen tres vías: a solicitud de parte por vía incidental, de recurso y de oficio.

Para Clariá Olmedo,<sup>11</sup> la vía incidental puede consistir en el incidente de nulidad propiamente dicho, o en el planteamiento de las llamadas excepciones dilatorias. Junto al catálogo de cuestiones previas enunciadas en el Artículo 666 de la Lecrim, la jurisprudencia española<sup>12</sup> ha interpretado que, no obstante, su redacción literal no contiene un *numerus clausus* de cuestiones previas y, en consecuencia, ha admitido la posibilidad de promover el incidente de nulidad de actuaciones (siempre y cuando se trate de la infracción de normas imperativas causantes de indefensión), como artículo atípico de previo pronunciamiento. El incidente de nulidad posibilita a la parte afectada solicitar al órgano jurisdiccional la declaración de nulidad de los actos ejecutados en fases anteriores, sin interrumpir el curso del proceso. El recurso de nulidad de actuaciones constituye otro de los cauces

<sup>10</sup> Eduardo Bermúdez Ochoa: «La nulidad en el proceso penal: tratamiento procesal», en [www.iberius.org](http://www.iberius.org).

<sup>11</sup> Clariá Olmedo: *Op. cit.*, p. 229.

<sup>12</sup> Vicente Gimeno Sendra *et al.*: *Lecciones de Derecho procesal penal*, p. 353.

procesales, pero en aquellos códigos de procedimientos penales donde no se contempla, se debe provocar una resolución para poder solicitarla mediante los recursos establecidos, tanto ordinarios como extraordinarios.

## **EN EL DERECHO COMPARADO**

En materia de nulidades, los códigos latinoamericanos concentran su regulación en un capítulo destinado a «la nulidad» o a la «actividad procesal defectuosa», en el que establecen principios y reglas generales. En el caso de España, está regulado en la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ), bajo la denominación «De la nulidad de los actos judiciales», pero recoge, también, normas relativas a los actos de las partes, que resultan de aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales.

Como principio general en Latinoamérica, se establece que no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho internacional o comunitario vigentes en el país y en sus códigos, salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas que regulan la corrección de las actuaciones judiciales.

Las nulidades absolutas se preceptúan bajo las reglas de las nulidades genéricas, cuando se refieren a aquellos actos con defectos concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece, o los que impliquen inobservancia (o violación) de derechos y garantías previstos por la Constitución política, el Derecho internacional (las leyes y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos por la República) o comunitarios vigentes en el país y la ley. Por su parte, Costa Rica y Argentina añaden aquellos actos con imperfecciones referentes al nombramiento, capacidad y constitución de jueces o tribunales así como a la iniciativa del ministerio público en el ejercicio de la acción penal y a su participación en el procedimiento, a lo que Argentina incluye los actos con imperfecciones relativas a la intervención de la parte querellante.

No obstante, bajo el principio de especificidad se determinan expresamente un conjunto de nulidades absolutas. Vinculadas al juicio, podemos referir: cuando no se han respetado las normas de publicidad y continuidad; se haya desarrollado en ausencia de alguna de las personas cuya presencia se requiera legalmente o se les haya impedido ejercer sus derechos al acusado, su defensor o el querellante. Otros ejemplos están en que la sentencia no haya cumplido con sus requisitos esenciales, fue emitida infringiendo su obligación de congruencia con la acusación, haya sido pronunciada por un tribunal incompetente, o no integrado por jueces conforme

a la ley o por un menor número de ellos que el requerido o con la concurrencia de aquellos que no hubiesen asistido al juicio. Podemos añadir, entre otros, las notificaciones donde medien errores sobre la persona notificada o lo hayan sido de forma incompleta, la ausencia de indagatoria.

El legislador español establece, como supuestos de nulidad: los actos judiciales producidos con manifiesta falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional; los realizados bajo violencia o intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave; aquellos en cuya producción o realización se prescindiera total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidos por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente haya producido indefensión; las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido y los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la ley. En este catálogo de nulidades, se imbrican absolutas y relativas, lo cual impide su correcta identificación.

Las legislaciones objeto de estudio en Latinoamérica no establecen en qué medida deben afectar la declaración de nulidad de un concreto acto a las demás actuaciones, anteriores o posteriores a este, si no es para intentar preservar la vigencia de los restantes actos independientes de aquel o aquellos, y dejan este particular a la valoración del funcionario. Apuntan que la nulidad de un acto, cuando sea declarada, anula todos los efectos o actos consecutivos que dependan de él y el juez; al declararla, establecerá, además, a cuáles actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por su relación (o conexión) con el acto anulado. En el propio contexto, preceptúan que el tribunal que declare la nulidad ordenará, cuando sea necesario, la renovación, rectificación o ratificación del acto anulado. Resulta significativa la posibilidad que brinda Argentina a los tribunales superiores, ante la declaración de nulidad de los actos cumplidos por uno inferior, de apartarlos de la causa o imponerles medidas disciplinarias.

El Artículo 242 de la LOPJ presenta una doble manifestación: la nulidad de un acto, en relación con los sucesivos, y la de parte de este, con una misma consecuencia jurídica: se aplica el principio de conservación de las actuaciones judiciales. La primera requiere que los actos sucesivos no adolezcan, a su vez, de vicio de nulidad; que sean independientes del acto nulo, de cuya nulidad podrán haberse contagiado, y que el contenido de los actos sucesivos —incluso sin ser independientes del nulo— hubiese permanecido invariable, aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. Para la segunda, el principio de conservación de este dicta la siguiente norma: las partes del acto que sean independientes de la parte anulada de aquel conservarán su validez.

Concuerdan las legislaciones procesales penales en Latinoamérica en que la convalidación de los actos de nulidad relativa ocurre cuando las partes (o el ministerio público) no hayan solicitado, oportunamente, su sa-

neamiento o cuando quienes tengan derecho a solicitarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto. Agregan el caso de que, no obstante, la irregularidad del acto haya conseguido su finalidad, como concreción de la perspectiva convalidadora del principio de finalidad o instrumentalidad de las formas. Costa Rica, además, consigna que el saneamiento no procederá, cuando el acto irregular no modifique, de ninguna manera, el desarrollo del proceso ni perjudique la intervención de los interesados.

Para la subsanación o convalidación de los actos anulables, las leyes latinoamericanas fijan diversas oportunidades, cuyo transcurso produce caducidad, sin que se observe un criterio uniforme. En el caso de Argentina, las que se cometen en la instrucción deben articularse dentro del plazo de citación a juicio; las que se producen desde la citación hasta que comienza la audiencia para el debate oral, a más tardar en la oportunidad prevista para plantear en este las cuestiones preliminares; las que ocurren durante el curso del debate, inmediatamente después de cumplido el acto viciado, sin perjuicio de evitar que este se cumpla; las producidas en la alzada impugnativa, en el escrito de desarrollo de los fundamentos del recurso o inmediatamente después de abierta la audiencia a esos fines.

Al objeto de hacer realidad las nulidades en el caso español, se establecen diversas vías, algunas aplicables especialmente a un tipo determinado de causa; y otras, con una aplicación polivalente. En cuanto a las declaraciones judiciales de nulidad, cabe distinguir cuatro variantes: en caso de violencia o intimidación, la de oficio, la obtenida a través de la interposición de los recursos articulados por las leyes procesales, y la que corresponde a los demás medios que establecen las leyes procesales, no referidas en los anteriores supuestos. En este último caso, se trata del procedimiento previsto al final del Artículo 240.1 de la LOPJ, que se concreta en el recurso de amparo constitucional, remedio ante situaciones de indefensión constitucional causadas por vicios procesales advertidos después de que haya recaído sentencia definitiva y firme, cuando contra ella no esté previsto remedio procesal ante tribunales ordinarios.

Si concurre un motivo que pueda dar lugar a la nulidad de pleno derecho, los modos de proceder tienen en cuenta la declaración de oficio o a instancia de parte. En el control de oficio, está la nulidad de actos realizados por el tribunal bajo violencia o intimidación; tan pronto como se libren de ellas, los tribunales declararán nulo todo lo practicado, promoverán la formación de causa contra los culpables y pondrán los hechos en conocimiento del ministerio fiscal (Artículo 239, LOPJ). También se declararán nulos los actos de las partes o de personas que intervengan en el proceso, si se acredita que se produjeron bajo intimidación o violencia, nulidad que entraña la de todos los demás relacionados con él o que pudieran haberse visto condicionados o influidos sustancialmente por el acto nulo (239). El

control de oficio ante *sententiam* posibilita declararse con carácter general, previa audiencia de las partes, de oficio, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna de ellas, en particular, siempre que no proceda la subsanación (240.2). En el control de oficio, en ocasión de un recurso, solo podrá decretarse la nulidad, cuando se trate de apreciar falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, o cuando se trate de acto producido bajo violencia o intimidación que afecte a ese tribunal (240.2 y 11); este medio queda vetado en todos los demás supuestos de nulidad.

También, a instancia de parte, por alguna de las siguientes vías: cuando la petición de parte se realiza antes de que se dicte la resolución que pone fin al proceso y siempre que no proceda su subsanación (240.2 y 1); si la petición de la parte se realiza, tras la sentencia, mediante la interposición de los medios de impugnación previstos en la ley (240.1); y en caso de que la petición se formula tras la sentencia o resolución firme que le pone fin, mediante la interposición de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones (241).

## LA NULIDAD EN LAS LEYES PROCESALES PENALES CUBANAS

En la Ley de procedimiento penal (LPP) y en la de procedimiento penal militar (LPPM), no existe una regulación concentrada de los actos procesales viciados, que permita distinguir la nulidad absoluta o la relativa de estos. Estos textos establecen un escaso catálogo de situaciones específicas en los que se declara la invalidez (absoluta o relativa) del acto, y un conjunto de nulidades genéricas, que van desde las faltas que se cometen en el proceso que dan lugar a corrección procesal o su atacabilidad a través de algunos medios de impugnación.

En los actos procesales penales que pueden ser ejecutados con anterioridad a la fase del juicio oral, expresamente como causales de nulidad, en ambas leyes, está la declaración del acusado obtenida bajo violencia o coacción, según lo previsto en el Artículo 166, y en el caso de notificaciones, citaciones y emplazamientos que se practiquen sin observar lo dispuesto, según lo preceptuado en el Artículo 90 de la LPP.

En otros casos, como por ejemplo el de declaraciones de testigos, el legislador no determina la consecuencia jurídica del vicio, lo que depende del tratamiento y la interpretación que se realice por los operadores del Derecho y, más específicamente, el tribunal. Esto trae consigo la necesidad de que el ordenamiento aluda a los requisitos de los actos y a las consecuencias de su incumplimiento.

Durante la fase intermedia, se le brinda al tribunal la posibilidad de devolver las actuaciones, cuando detecte que, en la tramitación de la fase prepa-

ratoria, se han quebrantado algunas de las formalidades de procedimiento (LPP) o la violación *sustancial* (LPPM) que *prive o restrinja* los derechos de los participantes en el proceso u otras infracciones procesales que *puedan* influir negativamente sobre la objetividad de la práctica de las pruebas durante el juicio oral y sobre la deliberación y fundamentación de la sentencia (LPPM). En ambos procesos, ordinario o militar, dicho quebrantamiento está dado por el incumplimiento de algunos de los requisitos previstos por el legislador para la realización de las acciones y diligencias de instrucción, que debe ser esencial y causa de nulidad. En el auto o resolución donde el tribunal plasme su decisión de devolver las actuaciones a la fase preparatoria, deberá indicar los preceptos infringidos, las investigaciones y diligencias que deban practicarse.

Durante la fase de juicio oral, pueden concurrir circunstancias que hagan necesaria su suspensión o interrupción. En el primero de los casos, se condiciona la decisión a la desaparición de sus causas y no exige un dilatado período de tiempo. La interrupción responde a determinadas causas de paralización de duración incierta o excesiva, por lo que produce la anulación de todo lo actuado, y que la reiniciación del proceso, en su momento, no lo sea, desde cuando aquella se produjo, sino al principio del período procesal en que tuvo lugar. Dicho particular se contempla en las leyes procesales penales vigentes (artículos 346.4 a), LPP; y 308.3, LPPM), ante la enfermedad repentina de un miembro del tribunal, si este acto no puede continuarse dentro de los 10 días siguientes.

Las normas del rito penal vigentes carecen de una definición general que permita orientar sobre los elementos necesarios para el saneamiento de los actos procesales penales y las acciones concretas que lo posibilitan, lo que precisa, de los miembros del órgano jurisdiccional, el conocimiento de sus fundamentos doctrinales y legales para la solución de casos concretos. Por ello, cuando no exista una norma específica, habrá que examinar las consecuencias que establece el Derecho positivo para el caso en el que el incumplimiento del requisito (o falta de un presupuesto) sea apreciado por el órgano jurisdiccional ante el que se sigue el proceso o por otro superior, bien de oficio, bien a instancia de parte.

Aunque las referencias son limitadas, en el caso de los actos de comunicación y más específicamente las citaciones, ambas normativas adjetivas penales posibilitan la convalidación del vicio, cuando la persona notificada, citada o emplazada, se haya dado por enterada de la resolución, asignándole eficacia jurídica a este acto, a partir de ese momento, en consonancia con la doctrina.

Del análisis de las legislaciones adjetivas penales cubanas, realizado anteriormente, se colige que el sistema que Cuba asume para el tratamiento a las nulidades es el judicialista: la precisión de lo que resulta nulo o no se puede apreciar en las sentencias (LPP y LPPM). Por ello, el arbitrio judicial

constituye el punto de referencia para comprender cómo se manifiesta este fenómeno en la práctica de nuestros tribunales y las soluciones en cada caso. Es en la interposición del recurso de casación donde, en mayor medida, se denuncian los actos viciados o se reiteran aquellos que, oportunamente, fueron protestados de manera formal. Si el tribunal considera que el quebranto del procedimiento es esencial, revocará la sentencia y dispondrá lo que estime oportuno, en el caso concreto, para que el proceso enderece su rumbo. En ocasiones, es inevitable retrotraer el proceso a fases anteriores, con lo que se afecta el correcto desenvolvimiento de este y la celeridad procesal.

Ello se evitaría, si se establece la obligación de todos los sujetos procesales, sea fiscal o tribunal, de subsanar los defectos formales saneables en la oportunidad que lo constaten, deben comunicárselo al interesado y otorgarle un plazo para corregirlo y, en su defecto, resolver lo que corresponda. También, si se adopta un sistema que permita declarar las nulidades y eliminar impedimentos procesales en todas las fases, lo que puede implementarse a través del incidente de nulidad, la audiencia preliminar en la fase intermedia, la inclusión de las nulidades como un artículo de previo y especial pronunciamiento en la fase de juicio oral así como la modificación de las causales del recurso de casación por quebrantamiento de forma.

## CONCLUSIONES

1. La doctrina científica ha analizado la nulidad desde tres puntos de vista, como vicio, consecuencia jurídica o sanción. Actualmente, la doctrina mayoritaria identifica la nulidad como una sanción porque se priva de todo efecto jurídico en el proceso a un acto que se cumplió sin observar las formas para él exigidas. Esta toma de partido dirige su mirada hacia el resultado final, la invalidación jurisdiccional del acto viciado, lo que significa sancionarlo procesalmente, o sea, hacer desaparecer los efectos causados por el acto anulado e impedir que siga produciéndolos.
2. Históricamente, se han ofrecido diversos criterios sobre la nulidad de los actos procesales, y se han admitido cuatro sistemas: privatista, formalista, judicialista y legalista. En la actualidad, diversas legislaciones imbrican el legalista y el judicialista; sin embargo, Cuba asume este último.
3. El tratamiento legislativo a la nulidad de los actos procesales, en las normativas procesales penales cubanas, es insuficiente y no se corresponde con las corrientes doctrinales contemporáneas. Se hace necesario incorporar, a las leyes procesales penales, las bases para la declaración y subsanación de las nulidades, mediante una regulación concentrada

de las procesales, la distinción entre vicios esenciales y accidentales, y un proceder que posibilite su declaración en todas las fases del proceso.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Alarcón Borges, Ramón Yordanis: «La actividad procesal defectuosa: contribuciones teóricas para su perfeccionamiento en nuestra legislación procesal penal», en base de datos del Centro de Información de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.
- Bermúdez Ochoa, Eduardo: «La nulidad en el proceso penal: tratamiento procesal», en *www.iberius.org*, Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, 2004.
- Carocca Pérez, Alex: *El nuevo sistema procesal penal*, 3.<sup>a</sup> ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005 (soporte digital).
- Clariá Olmedo, Jorge A.: *Derecho procesal penal*, t. 1-3, actualizados, Rubinzal Culzoni Editores, Argentina, 1998 (soporte digital).
- Creus, Carlos: *Invalidez de los actos procesales penales*, 2.<sup>a</sup> ed., Astrea, Buenos Aires, 1995.
- Jiménez Asenjo, Enrique: *Derecho procesal penal*, vols. 1-2, Revista de Derecho Privado, 1956.
- Gimeno Sendra, Vicente, Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Colex, 2001.
- Levenne, Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, t. 1, 2.<sup>a</sup> ed., Depalma, Buenos Aires, 1993 (soporte digital).
- Majada, A., L. Ribó, y A. Ribó: *Práctica procesal penal. Procedimiento ordinario*, 5.<sup>a</sup> ed., Bosh, Barcelona, 1997.
- Martínez Flores, Héctor: «Conservación de los actos procesales», en *www.derechoycambiosocial.com/rjc*.
- Mendoza Díaz, Juan (coord.): *Panorama del Derecho procesal hispanocubano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Montero Aroca, Juan: *Derecho jurisdiccional II y III, procesos civil y penal*, 10.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Riquelme, Víctor B.: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Atalaya, Buenos Aires, 1946.
- Torres, Sergio Gabriel: *Nulidades en el proceso penal*, 2.<sup>a</sup> ed., actualizada y ampliada, Ad Hoc, S. R. L., 1993.
- Zinny, Jorge Horacio: «Nulidad procesal», en *www.mundojuridico.adv.br*.

# INTEGRACIÓN DEL SISTEMA DE GESTIÓN DOCUMENTAL AL SISTEMA DE CONTROL INTERNO

---

*Lic. Yorlis Delgado López, asesor jurídico*

*M.Sc. Martha Marina Ferriol Marchena  
directora general, Archivo Nacional*

**L**A REPÚBLICA DE Cuba cuenta con una importante tradición legislativa en materia de archivos, que nace en el período colonial cubano y se extiende hasta nuestros días.

Con sus aciertos y desaciertos, las disposiciones han ido evolucionando, desde simples recomendaciones al tratamiento de los documentos escritos, en su versión de testimonio de las relaciones económicas y administrativas de los miembros de la sociedad, hasta la creación del Sistema nacional de archivos de la República de Cuba, como el mecanismo de integración de los archivos del país. Dichas disposiciones tienen como propósito proteger los documentos que conforman o conformarán el *patrimonio documental de la nación cubana*.

El documento de archivo, objeto de estudio de la gestión documental, es definido en Cuba como: «aquel en el que se refleja el testimonio material de un hecho o acto realizado por persona natural o jurídica en el ejercicio de sus funciones y, que por su valor administrativo, legal, fiscal, científico, económico, histórico, político o cultural, debe ser objeto de conservación».<sup>1</sup>

El propio concepto introduce la vinculación de la gestión de documentos con el sistema de control interno (SCI) de las instituciones cubanas, análisis al que está dedicado el presente artículo.

La valoración de la importancia de la conservación de los documentos debe partir de su valor para probar determinados hechos. En ese sentido, la inmensa mayoría de las legislaciones procesales, para no ser absolutos, reconocen la prueba documental como testimonio fiel del actuar de las personas, tanto naturales como jurídicas.

De hecho, esa es la esencia del seguimiento, existencia y necesidad de conservación de los documentos y, en consecuencia, de los archivos. Evidente prueba de ello es que, a pesar de que en nuestro país predomina una escasa cultura de conservación y gestión documental en las organizaciones, existe un uso generalizado de ellos para comprobar la realización, o no, de determinados hechos en procesos administrativos y judiciales.

A partir de esta afirmación, ha sido también muy debatida, en las últimas décadas, la influencia que tiene la organización, control y conservación

<sup>1</sup> Decreto-Ley No. 265, «Del sistema nacional de archivos de la República de Cuba».

adecuada de los documentos en la lucha contra la corrupción administrativa en la realidad contemporánea.

El desconocimiento de la presencia y estado físico de la documentación, por la no actualización sistemática de los instrumentos de registro y control de expedientes en trámites, o por descontrol en la entrada y salida a las áreas de trabajo, o por no contar con las medidas de seguridad en el cierre y sellado de los depósitos de documentos u oficinas donde estos se conservan propician el hurto de expedientes administrativos, reflejo del conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedentes y fundamentos a la resolución administrativa, así como diligencias encaminadas a ejecutarla. Es por ello que, siempre que hay una pérdida de documentación en una entidad, no se descarta la posibilidad de que, tras este acto, esté la intención de eliminar las evidencias de determinados hechos, relacionados con actos delictivos o con la corrupción.

En este sentido, existe consenso en afirmar que adecuadas políticas en materia de gestión documental favorecen y/o complementan las estrategias gubernamentales para erradicar ese flagelo. La desorganización y la falta de control sobre los documentos traen consigo la sensación de impunidad. Sin embargo, una organización con un sistema de gestión documental ajustada a su realidad es más efectiva en el control de la totalidad de los documentos que genera y recibe la entidad, lo que propicia legalidad y ambiente de control.

A partir de estos presupuestos, que ya constituyen doctrina en la práctica archivística contemporánea, es preciso analizar, de manera general, su materialización en la legislación vigente en nuestro país y cómo ello se vincula el SCI.

El Decreto-Ley No. 265/2009<sup>2</sup> y sus normas complementarias conforman la legislación vigente en materia de archivos en el país. Esta disposición, desde sus fundamentos, reconoce que «los archivos garantizan la gestión administrativa del país y son evidencia de la actuación de sus personas jurídicas y naturales, siendo imprescindible su existencia para la protección de los derechos, tanto de la administración, como de la población en general».

Esta declaración ubica el fundamento de la norma en un contexto bastante diferente al tradicional o al que frecuentemente se analiza para el caso de los archivos. Es decir, la legislación cubana, como ya es común en toda el área iberoamericana, no se enfoca solamente a proteger los documentos considerados de valor histórico, sino a lograr su gestión, conservación y control, desde que nace en una oficina de la administración.

Ello se materializa, de manera explícita, en el Artículo 1, el cual, al definir sus objetivos, refrenda que, además de establecer las disposiciones generales para

<sup>2</sup> Aprobado el 10 de abril de 2009 y publicado en la *Gaceta Oficial de la República* el 5 de mayo de ese año.

la protección del patrimonio documental de la nación, establece las normas y principios que rigen la gestión documental en el territorio nacional.

Se precisa definir qué es gestión documental. Muchas y diversas son las definiciones que se pueden encontrar en la bibliografía, pero baste para este artículo analizar la conceptualización legal de nuestro país. El propio Decreto-Ley, en su Artículo 2 f), la define como «un conjunto de principios, métodos y procedimientos encaminados a lograr la planificación, manejo y organización de los documentos generados y recibidos por las organizaciones, desde su origen hasta su destino final, con el objeto de facilitar su utilización y conservación».<sup>3</sup>

Este concepto que, a nuestro juicio, es bastante explícito, resalta la finalidad de la gestión documental, enfocada a la necesidad de garantizar el uso de los documentos como instrumento y evidencia del actuar de la administración pública cubana.

Estos fundamentos iniciales propician todo el cuerpo de normas que el Decreto-Ley establece para garantizar el cumplimiento de su objetivo.

Con el propósito de sustentar la tesis que se sostiene en este artículo, queremos enfatizar que, entre estas regulaciones generales, se destacan:

1. La prohibición de sustracción, alteración, ocultamiento, o destrucción de los documentos depositados en archivos, en otros lugares destinados a su conservación oficial, o confiados a la custodia de un funcionario.

2. La prohibición de brindar información contenida en los documentos a terceros, que pueda poner en riesgo la privacidad e intimidad de las personas o la seguridad del propio Estado, a partir de su uso indebido.

3. El procedimiento para determinar los documentos de conservación permanente y cuáles serán depurados a partir de la creación y funcionamiento de las comisiones de valoración documental.

4. El procedimiento para la protección de los documentos relevantes para la gestión administrativa.

5. El establecimiento del destino de los documentos, una vez desclasificados, a partir de la legislación especial de esta materia.

6. El mandato de crear sistemas institucionales de archivos, compuestos por los centrales y de gestión, en la Asamblea Nacional del Poder Popular, las asambleas locales del Poder Popular y sus consejos de la administración, el Consejo de Estado, el Consejo de Ministros, la Contraloría General de la República, los organismos y órganos de la Administración Central del Estado, el Tribunal Supremo Popular, la Fiscalía General de la República, la Aduana General de la República, los bancos y demás instituciones financieras no bancarias, constituidas con arreglo a las leyes cubanas y autori-

<sup>3</sup> El Decreto-Ley No. 199, «Sobre la seguridad y protección de la información oficial», de 25 de noviembre de 1999, y sus normas complementarias, conforman la legislación especial a la que se hace referencia.

zadas a operar en Cuba, así como a las asociaciones, las fundaciones, las organizaciones políticas y de masas, y a otras personas jurídicas públicas de carácter nacional.

El establecimiento de las funciones de los archivos de gestión, centrales e históricos en el país está encaminado a proteger los documentos en cada una de estas etapas del ciclo de vida del documento.

En tal sentido, el cumplimiento de la legislación en materia de archivos en Cuba garantiza, en esencia, la planificación, utilización, organización, conservación y difusión de los documentos generados y recibidos por las instituciones y organizaciones estatales cubanas

## **CÓMO SE INTEGRA EL SISTEMA DE GESTIÓN DOCUMENTAL CON LAS NORMAS DEL SCI**

Un breve análisis de las normas de control interno establecidas en Cuba, a partir de la Resolución No. 60,<sup>4</sup> de 2011, permite fundamentar la relación existente entre ellas y la gestión documental, partiendo del carácter probatorio de los documentos.

El Artículo 18 de la precitada resolución establece que las entidades que tienen implementados sistemas de gestión —entre los que se encuentra el de gestión documental— integran estos al SCI; en consecuencia, y de manera vinculante, ambos sistemas deben integrarse.

Baste señalar que cualquier acción para verificar la implementación de un SCI se centrará, casi en su totalidad, en constatar la existencia y analizar el contenido de los documentos que dan fe del cumplimiento de cada componente y norma del sistema.

Es importante, además, mostrar algunos elementos que deben tenerse en cuenta en relación con la implementación de los componentes de este.

El relativo al *ambiente de control* es considerado por la Resolución No. 60/2011 como la base de los demás componentes, pues «conforma el conjunto de buenas prácticas y documentos referidos a la constitución de la organización, al marco legal de las operaciones aprobadas, a la creación de sus órganos de dirección y consultivos, a los procesos, sistemas, políticas, disposiciones legales y procedimientos».<sup>5</sup>

Por ello, se debe tener en cuenta que, en una organización, de acuerdo con lo establecido por la práctica y legislación archivística cubana, la primera etapa de vida de los documentos se cumple en el archivo de gestión u oficina; en ella, deben permanecer mientras dure el trámite que los generó e, incluso, al terminar este, si las necesidades de consulta son continuas.

<sup>4</sup> Resolución No. 60 de 2011, de la Contraloría General de la República.

<sup>5</sup> Artículo 10 de la Resolución No. 60.

La documentación debe conservarse en las unidades gestoras, teniendo en cuenta que los lugares garanticen su custodia y confidencialidad, en gavetas u otro mobiliario de archivo, y respondiendo organizativamente a una serie documental, de acuerdo con el cuadro de clasificación, elaborado y aprobado en la entidad.

En cuanto a la *gestión y prevención de riesgos*, es preciso resaltar algunos de estos, propios de la actividad de archivos que, al no ser identificados —y, en consecuencia, no gestionados—, pueden afectar el buen funcionamiento de un número importante de procesos en cualquier organización. En ese sentido, está la ubicación de personal no idóneo para la actividad, por incumplimiento de los parámetros establecidos de selección y reclutamiento; también, la pérdida del patrimonio documental, por la carencia, o no, de la planificación de equipos, insumos y materiales para garantizar, de forma óptima, la conservación preventiva y curativa de los acervos, así como el uso indebido de la información contenida en los documentos, o disponer, para uso de terceros no autorizados, información de acceso no público.

En este componente, hay que hacer mención de la necesidad de cumplir y tener en cuenta los «Lineamientos para la conservación de las fuentes documentales», puestos en vigor a través de la Resolución No. 41/2009,<sup>6</sup> del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, la cual, además de establecer los requerimientos para garantizar la conservación de los documentos, recomienda la elaboración y debida aprobación de planes de conservación preventiva y planes contra desastres de fondos y colecciones vinculados a los planes de defensa de la institución, documentos de vital importancia en la prevención de hechos vinculados con la conservación del patrimonio documental de la nación.

*Actividades de control.* Para garantizar, desde la gestión documental, su materialización en la organización, se debe disponer de un cuadro general de las competencias y funciones de cada unidad administrativa y los tipos documentales en los que se materializan estas; un manual de normas de procedimientos, en el que se reflejarán, también, los plazos de permanencia de las distintas series documentales en cada uno de los archivos del sistema, de manera tal que se pueda conocer la documentación que debe transferirse al Archivo central: índices de materias, nombres institucionales, entre otros, para recuperar la información contenida en distintos expedientes, cuadro de clasificación de la documentación que genera la oficina, instrumentos de control, como los registros de entrada y salida, préstamos a la administración productora, transferencias, topográficos, modelo de previsión o calendario de transferencias, relación de entrega....

*Información y comunicación.* En los últimos años, ha tenido lugar un importante salto en la concepción de los decisores, lo que materializa la

<sup>6</sup> *Gaceta Oficial de la República*, ed.. ord., no. 8, 9 de marzo de 2009.

comprensión de que, para el tratamiento a la información y el diseño de su sistema de gestión, es imprescindible evaluar y tener en cuenta su soporte: los documentos. En la especialidad, la integración estratégica de la gestión de archivos, con la participación efectiva de los trabajadores y el entorno, solo puede lograrse mediante procesos de comunicación que garanticen establecer consenso y unidad de acción para materializar la estrategia institucional, asimilar y desarrollar las competencias necesarias y la solución de problemas.

La dirección formula, aplica y controla el sistema de comunicación, el que es consustancial en la gestión de archivo, que genera, planifica, implementa y controla su propio proceso de comunicación, determinado por sus funciones, historia, tradiciones, características y nivel de participación de los trabajadores, objetivos estratégicos y operativos, grado de integración de los procesos internos y externos, y el compromiso social de preservar la memoria histórica de la institución, a mediano plazo, y de la nación, a largo plazo.

*Supervisión y monitoreo.* Baste ratificar la premisa que se mencionó antes: cualquier acción para verificar la implementación de un SCI se centra, casi en su totalidad, en constatar la existencia y analizar el contenido de los documentos que dan fe del cumplimiento de cada componente y norma del sistema.

## **CONCLUSIONES**

1. El Sistema Nacional de Archivos de la República de Cuba tiene la finalidad de convertirse, a partir de su gestión, en garante del control público y social, en un mecanismo en la lucha contra la corrupción y en la garantía de la transparencia administrativa y del Estado, para lo cual tiene en cuenta que sus documentos son la evidencia de la toma de decisiones en las actuaciones administrativas, gestionando su conservación desde que nace en los archivos de oficina, como primer eslabón de un mecanismo para la gestión organizacional.
2. La gestión de documentos garantiza, de manera evidente e inevitable, la gestión administrativa. Es importante tenerla en cuenta en el diseño e implementación de los SCI de una entidad, para lo cual es necesario, institucionalmente, concientizar a los decisores de ello, e incentivar la creación de mecanismos de integración entre el Sistema de gestión documental y las normas de control interno que garanticen el ambiente de control, a partir de la concepción de los procesos y procedimientos clave de la archivística.

## BIBLIOGRAFÍA

- «Decreto-Ley No. 199, “Sobre la seguridad y protección de la información oficial”, de 25 de noviembre de 1909».
- «Decreto-Ley No. 265, “Del Sistema Nacional de Archivos de la República de Cuba” de 10 de abril de 2009», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. ord., no. 18, La Habana, 5 de mayo de 2009.
- Engenios, Teres: «Principios rectores de la legislación sobre archivos», en [www.archivonacional.go.cr/pdf/ponencias\\_XIX\\_CAN.pdf](http://www.archivonacional.go.cr/pdf/ponencias_XIX_CAN.pdf) [consulta: 24-10-07].
- Jean, Luis F.: «La legislación archivística en América Latina», en [www.ts.ucr.ac.cr/historia/articulos/legis-arch.htm](http://www.ts.ucr.ac.cr/historia/articulos/legis-arch.htm) [consulta: 24-10-07].
- Legislación archivística: lo que el archivero debe conocer*, Textos Editores, Lima, 2002.
- Llaverías, Joaquín: *Historia de los archivos de Cuba*, 2.<sup>a</sup> ed., Publicaciones del Archivo Nacional de Cuba, XXI, La Habana, 1949.
- Mendoza, Aida: «La legislación archivística y su relevancia», en [www.archivonacional.go.cr/pdf/ponencias\\_XIX\\_CAN.pdf](http://www.archivonacional.go.cr/pdf/ponencias_XIX_CAN.pdf) [consulta: 24-10-07].
- Nahabetián, Laura: *Acceso a la información pública: Pilar fundamental del buen gobierno*, Editorial y Librería jurídica Amalio M. Fernández, Montevideo, 2010.
- «Resolución No. 60, “Normas de control interno”, Contraloría General de la República de Cuba, 1.º de marzo 2011», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. extraord., no. 13, La Habana, 3 de marzo de 2011.
- Transparencia vs. corrupción. Los archivos: políticas para su protección*, Textos Editores, Lim, 2004.

## ACTUALIDAD JUDICIAL

---

*Lic. Celaida Rivero Mederos,  
Esp. judicial, TSP*

### **Toma posesión jueza de la Sala de lo Económico**

El 13 de julio, Alina Bielsa Palomo, jueza profesional del Tribunal Provincial Popular (TPP) de Cienfuegos, tomó posesión de su cargo titular en el Tribunal Supremo Popular (TSP), ante el presidente y demás miembros del Consejo de Gobierno (CG).

Bielsa Palomo, graduada de Licenciatura en Derecho en 1988, en la Universidad Central de Las Villas, comenzó su trayectoria judicial en el Tribunal Municipal Popular (TMP) de Abreus, en Cienfuegos, de donde fue promovida a la instancia provincial. Se ha desempeñado, esencialmente, en las materias penal y económica, lo que le ha aportado una valiosa formación profesional.

Ante los directivos superiores, juró cumplir y hacer cumplir la Constitución, la Ley de los tribunales populares, el Código de ética judicial y las demás leyes. También, se comprometió a trabajar con responsabilidad, seriedad, valentía, honestidad y transparencia, de conformidad con los valores y principios de tan alta investidura. Asimismo, agradeció la confianza que le ha sido conferida.

### **Política de gestión de la calidad**

El 25 de enero, el CGTSP aprobó la Política de gestión de la calidad que regirá el trabajo del Sistema de Tribunales Populares (STP).

El documento expresa que los tribunales populares, en su función constitucional de impartir justicia, están obligados a fortalecer la concepción de dicha gestión y a revisar permanentemente los mecanismos de supervisión y control; y que ser consecuente con la cultura de la gestión de la calidad en el sistema judicial es estar preparados sólidamente para el cumplimiento de la misión institucional. Para este desempeño, se cuenta con un capital humano comprometido, apto, responsable, con motivación, sensibilidad y actitud transformadora.

También refiere que la calidad se gestiona a partir de la combinación de acciones clave sustentadas en el cumplimiento de los requisitos de normas nacionales e internacionales que buscan estandarizar buenas prácticas, procedimientos internos y parámetros de verificación de la actividad judicial, con una metodología propia y mediante el fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación.

## **Superación de cuadros y reservas de tribunales municipales**

Del primero al 11 de marzo, y del 12 al 23 de septiembre, los principales directivos del TSP impartieron un curso de postgrado sobre Dirección y administración judicial para cuadros y reservas de los TMP. Las temáticas tratadas fueron: técnicas de dirección, tramitación de las comisiones rogatorias, atención a la población, retos para alcanzar estándares superiores de calidad, sistema de inspección judicial y actividad de control, influencia y atención a las personas que extinguen sanciones en libertad.

También, se abordaron cuestiones vinculadas con: informatización de los tribunales, recursos humanos, nuevos sistemas informatizados en los servicios, proceso de gestión de la calidad en el STP, y actualización sobre los impactos reales y potenciales de las transformaciones al modelo económico en la actividad judicial, en las materias penal, laboral, civil, familiar y administrativa.

## **Conferencia Centroamericana y del Caribe de Justicia Laboral**

Los días 14 y 15 de marzo, sesionó en San Salvador el IV Encuentro de la Conferencia Centroamericana y del Caribe de Justicia Laboral.

Por la parte cubana, asistieron Gustavo Méndez González, juez profesional titular de la Sala de lo Laboral del TSP; y Ana Yuly Mojena González, presidenta de la Sala de lo Laboral del TPP de La Habana.

El encuentro propició el intercambio de experiencias profesionales y culturales, imbuidos en el respeto y la cordialidad mutuas.

## **Encuentro con homólogo brasileño**

Entre el 30 de marzo y el 4 de abril, Rubén Remigio Ferro, presidente del TSP, sostuvo un fraternal encuentro con el excelentísimo Señor Francisco Cândido de Melo Fação Neto, presidente del Superior Tribunal de Justicia de la República Federativa de Brasil, en la sede del TSP, como parte de las relaciones amistosas y de colaboración entre ambas instituciones de justicia y, especialmente, como colofón del encuentro previo sostenido por una delegación de cooperación técnica del mencionado tribunal, integrada por los señores Roberto Petruff y Guilherme Silva Figueiredo, director de Informática y asesor técnico del presidente, respectivamente, con los directivos de informática del TSP, en virtud del Protocolo de cooperación suscrito el 11 de marzo de 2010, para poner en práctica el proyecto de informatización.

El presidente del alto foro cubano explicó la estructura del STP y resaltó que la colegiación y el control social sobre la actuación del poder judicial son algunas de nuestras fortalezas. Fação Neto, por su parte, elogió la

colegiación de muy positiva en la toma de decisiones judiciales, contrario a Brasil, donde un juez decide.

El presidente brasileño estuvo acompañado por el excelentísimo Sr. Cesareo Melantonio Neto, embajador de la República Federativa de Brasil en Cuba; Ricardo L. P. Ribeiro, asesor-jefe de Relaciones Internacionales, y Thiago Carvalho de Medeiros, secretario del sector cultural de cooperación de la sede diplomática en La Habana.

Por el TSP, estuvieron presentes Oscar Manuel Silvera Martínez, vicepresidente; Pedro Medina Gutiérrez, director de Comunicación Institucional y Relaciones Internacionales; y Kirenía Gross Laugart, directora de Informática, en funciones.

Como parte del programa, el distinguido visitante sostuvo un encuentro con Darío Delgado Cura, fiscal general de la República. Visitó, además, la Universidad de las Ciencias Informáticas —para conocer la marcha del Proyecto de informatización del STP—; y el TPP de Matanzas, donde su presidente, Amaro Cabrera Calero, le brindó información sobre la implementación particular de dicho proyecto en esa institución.

## **XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana**

Entre los días 13 y 15 de abril, sesionó la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana, en Asunción, Paraguay, la cual tuvo, como tema central: «Hacia la consolidación de la seguridad jurídica, la cultura de la paz y el desarrollo social». Por el TSP, asistió Joselín Sánchez Hidalgo, vicepresidente.

La sesión inaugural contó con la presencia del presidente de la República, Horacio Cartes, e intervinieron en ella la Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa, presidenta de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay; Don Carlos Lesme, presidente del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España; el Dr. Enrique Riera Escudero, presidente del Consejo de la Magistratura; y el Dr. Luis María Benítez Riera, secretario Pro Tempore.

El cónclave reservó un espacio, los días 13 y 14, para la inauguración de la VI Feria de Justicia y Tecnología, con un momento dedicado a la aplicación de esta última al sistema de justicia, la experiencia de las instituciones en implementaciones tecnológicas, el *cyberdelito*, la *cyberdelincuencia* y la *cyberseguridad*.

## **Reunión Nacional de Presidentes**

Durante los días 27 y 28 de abril, se celebró, en Cienfuegos, la Reunión Nacional de Presidentes de TPP, presidida por Remigio Ferro y Homero Acosta Álvarez, secretario del Consejo de Estado.

En el encuentro, se trataron aspectos concernientes al proceso de informatización, los resultados de trabajo del primer cuatrimestre del año,

las acciones previas al VIII Encuentro Internacional Justicia y Derecho y el ejercicio de oposición para las candidaturas a jueces profesionales.

Un tema recurrente fue el sistema de gestión de la calidad en el STP. Su aplicación pretende mejorar el servicio a la ciudadanía, basado en los criterios de medida de las normas ISO 9001-2015.

### **Con altos funcionarios de la Escuela Judicial Francesa**

El 16 de mayo, el presidente del TSP se reunió, en La Habana, con el señor Benoît Chamouard, director adjunto de la Escuela Nacional de la Magistratura de Francia. Ambas partes manifestaron el propósito de retomar la cooperación bilateral, no solo entre las escuelas, sino, también, en todo el sistema judicial.

Asistieron Mathilde Dides, gerente de proyectos del Departamento Internacional de dicha Escuela, y Christian Estrade, agregado de Cooperación científica y universitaria de la embajada de ese país en La Habana. Por Cuba, estuvieron Joselín Sánchez Hidalgo, Pedro Medina Gutiérrez y Rufina Hernández Rodríguez, directora de Formación y Desarrollo.

El presidente del TSP puntualizó que este, además de impartir justicia, tiene la función de dirigir, controlar y establecer la actividad judicial, y la responsabilidad de la formación de los jueces cubanos.

El día 19, Benoît Chamouard impartió la conferencia «Principios de la formación judicial en la Escuela Nacional de la Magistratura en Francia», en el VIII Encuentro Internacional Justicia y Derecho.

### **Presidente del Tribunal Supremo ruso honra a Martí**

Vyacheslav M. Lébedev, presidente del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, en la mañana del 17 de mayo, depositó una ofrenda floral a José Martí, en La Habana. El visitante ostenta un galardón presidencial por su destacada contribución al fortalecimiento del sistema judicial ruso.

Además de las muestras de respeto, recorrió las instalaciones del Memorial José Martí, acompañado por Oscar Manuel Silvera Martínez y otros funcionarios de ambas delegaciones.

En el VIII Encuentro Internacional Justicia y Derecho, el Dr. Lébedev impartió la conferencia «Los retos y planes de desarrollo del sistema de justicia ruso en la actualidad».

### **Punto de partida para ampliar la colaboración**

En el Palacio de Convenciones, en horas de la tarde del 18 de mayo, Remigio Ferro y Peter Sam Shivute, presidente de la Corte Suprema de Namibia, rubricaron un protocolo de cooperación para el intercambio técnico y el perfeccionamiento de los recursos humanos.

Remigio Ferro afirmó que este convenio será «un instrumento valioso para el fortalecimiento de la comprensión mutua». Por su parte, Sam Shiyute agradeció el honor de participar en el VIII Encuentro Internacional Justicia y Derecho.

### **Intercambio con el vicepresidente del Tribunal Supremo de España**

En horas de la mañana del 19 de mayo de 2016, en el Palacio de Convenciones, sostuvieron un cordial encuentro Rubén Remigio Ferro y Ángel Juanes Peces, vicepresidente del Tribunal Supremo de España (TSE) y del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).

Ambas partes apreciaron la necesidad de rubricar un convenio de cooperación que permita establecer las plataformas para el intercambio en la formación y desarrollo de los jueces y funcionarios del STP. De igual manera, reactivar los vínculos del Centro de Documentación e Información Judicial (CENDIJ), del TSP, con el Centro de Documentación Judicial del TSE.

Por la parte española, estuvo Wenceslao F. Olea Godoy, magistrado del TSE y vocal del CGPJ. Por la cubana, Oscar Manuel Silvera Martínez y Pedro Medina Gutiérrez.

### **Convenio entre Cuba y México**

Rubén Remigio Ferro y Pedro Salazar Ugarte, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en la mañana del 19 de mayo, en el Palacio de Convenciones, firmaron un convenio de colaboración en «materia de investigación, docencia, difusión y extensión de la cultura jurídica».

Salazar Ugarte declaró que uno de los objetivos esenciales del convenio es fortalecer la vocación del servicio público, y la formación de jueces y demás operadores del Derecho. A su vez, el investigador Sergio García Ramírez afirmó que «esta es una expresión más de la buena comunicación entre mexicanos y cubanos».

Por el alto órgano de justicia cubano, asistieron Oscar Manuel Silvera Martínez y Pedro Medina Gutiérrez.

### **XV Seminario regional sobre propiedad intelectual**

En la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, entre los días 23 y 26 de mayo, se celebró el XV Seminario regional sobre propiedad intelectual. En representación del sistema judicial cubano, asistió Yomays Olivárez Gaínza, presidente de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del TPP de La Habana.

El curso desarrolló cuatro módulos: marcas, patentes, diseño industrial y derechos de autor y otros derechos conexos, los cuales incluyeron una

caracterización propia en la región iberoamericana y un acercamiento a los desafíos cardinales de las nuevas tecnologías. Concluyeron con un taller integrador, en el que participaron los propios seminaristas, quienes expusieron las normativas de sus respectivos países y sus experiencias sobre los temas debatidos.

### **Con La Colmenita**

En horas de la tarde del 7 de junio, en la sede de la agrupación teatral cubana La Colmenita, se produjo un encuentro con los pequeños «colmeneros» y su prestigioso director y educador, Carlos Alberto Cremata Malberti, Héroe del Trabajo de la República de Cuba. Este «tope» amistoso se realizó como parte de las celebraciones dedicadas a la Jornada por el Día del Trabajador Jurídico. Asistieron Remigio Ferro, demás miembros del CGTSP, jueces y trabajadores del máximo órgano judicial del país.

Cremata explicó que, con el nuevo proyecto que se pone en marcha, se rinde tributo a José Martí. La «nueva pandilla de maestros ambulantes» hace suyo el pensamiento del más universal de los cubanos para compartirlo con los demás porque es imprescindible para vivir mejor. Con este propósito, el grupo ha ido intercambiando experiencias con diferentes instituciones de la capital.

Luego de una emotiva puesta en escena teatral-bailable, y como colofón, Remigio Ferro entregó a Cremata un reconocimiento, por el aporte cultural ofrecido al pueblo y, en particular, a los tribunales populares.

### **Reconocimientos merecidos**

«Honrar, honra», como dijera José Martí. En la mañana del 8 de junio, en la sede del TSP, se reconoció la labor de jueces y demás trabajadores que, por su trayectoria y desempeño, son merecedores del reconocimiento de su colectivo laboral.

En la apertura del acto, Remigio Ferro resaltó la trascendencia del cumpleaños 90 del líder histórico de la Revolución Cubana; y añadió que la mejor manera de honrar a ese gran cubano universal, también jurista —cuya vida es ejemplo de entrega, sacrificio y valentía— es cumplir cada cual con su deber.

Lo acompañaron Dulce María Iglesias, secretaria general del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Administración Pública, demás miembros del CGTSP, representantes de las organizaciones políticas y sindicales del centro, profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y un grupo de jubilados.

La celebración de la efeméride permitió reconocer a un grupo de jueces que resultaron destacados en el desempeño de sus deberes, en la Delegación

de base, durante 2015: Maricela Sosa Ravelo, Vivian Aguilar Pascaud, Ranulfo A. Andux Alfonso, Alina Santana Echerry y Aymee Fernández Toledo.

Varios jueces y trabajadores fueron laureados con la medalla Enrique Hart: Rubén Remigio, Maricela Sosa, Vivian Aguilar, Liliana Hernández, Rosaida Fong, Alina Santana, Kenia Vasallo, Kenia María Valdés, Misaida Dorta, Ángela Lemes, Glomarís Lamorú y Osvaldo Rivero.

También, se entregaron diplomas de reconocimiento a los mejores trabajadores de 2015: Reinier Chávez, Odalys González, Dismedis Meriño, Milay Pérez, Caridad Celorio, Ovidio Fernández, Eva Ricardo, María C. Bertot, Misaida Dorta, María E. Milanés, Marcia Hodelín, Felicia Fernández, Ernesto Llanes, Mary I. Salazar, Deisy Valdés, Marianela Ortiz y José F. León.

Se reconoció, además, a Yolanda García y a Osvaldo Sánchez, quienes merecidamente se acogieron a su jubilación, luego de una entrega inestimable al trabajo en los tribunales.

Nelsy Gomero, en representación del CENDIJ, recibió un cuadro de reconocimiento, por el buen desempeño de los trabajadores de su colectivo, en ocasión del Día del Trabajador Bibliotecario (7 de junio).

## **El TSP y el MINJUS firman protocolo de trabajo**

El 10 de junio, el presidente del TSP y la ministra de Justicia rubricaron un protocolo de trabajo, encaminado a perfeccionar el servicio a la población y garantizar la seguridad jurídica. Su intención es perfeccionar la actuación de los notarios, la actualización de los asientos registrales en diversas materias y fortalecer las relaciones de colaboración entre ambas instituciones del sector jurídico.

María Esther Reus explicó que, actualmente, en todo el país, se desarrolla el perfeccionamiento de la práctica jurídica, principalmente en la actividad registral, y que la cooperación se reajusta a los nuevos escenarios. Por su parte, Remigio Ferro aseguró que «en la medida en que el MINJUS y los tribunales populares seamos más eficaces, más efectivos, más ágiles en nuestro trabajo, estaremos contribuyendo de esa manera a mejorar la calidad de vida de la población».

En la ceremonia, realizada en el Memorial José Martí, en la Plaza de la Revolución, estuvieron José Alexis Ginarte, presidente de la UNJC, miembros del CGTSP y altos funcionarios del MINJUS.

## **Por la implementación de un nuevo sistema de calidad**

Entre los días 3 y 5 de agosto, en San José, Costa Rica, tuvo lugar una reunión de trabajo bilateral entre la Corte Suprema de Justicia de este país y el TSP sobre el Sistema de gestión de la calidad. Por el alto órgano de justicia cubana, asistieron la Esp. Liliana Hernández Díaz, presidenta de la

Sala de lo Económico, la Dra. Yanet Alfaro Guillén y la Esp. Alina de Fátima Santana Echerri, estas últimas, juezas profesionales titulares de las salas de lo Civil y de lo Administrativo, y de los Delitos contra la Seguridad del Estado, respectivamente; todas ellas, en su condición de miembros del Grupo de trabajo temporal para la implementación del Sistema de gestión de la calidad (SGC) en los tribunales cubanos, designado por el presidente del TSP.

Para la delegación cubana, los objetivos centrales estuvieron encaminados a visitar el Centro de Gestión de Calidad del Poder Judicial costarricense (CEGECA) y los despachos judiciales que aplican la Norma de gestión integral de calidad y acreditación (GICA-Justicia) para recibir información sobre la implementación de este sistema y conocer sus experiencias.

Como parte de la agenda de trabajo, se reunieron con Andrés Méndez Bonilla, director del Centro y secretario de la Comisión Iberoamericana de Calidad para la Justicia (CICAJ) y un grupo de especialistas de esa entidad, de quienes recibieron información especializada y documentación técnica.

Además, visitaron el Juzgado de Seguridad Social en San José y la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (atiende las materias laboral, de familia, civil y de ejecuciones de sentencias). En ambos despachos judiciales, tienen implementada la norma GICA-Justicia.

De igual modo, sostuvieron conversaciones con el Dr. Rolando Vega Robert, presidente del Sistema nacional de calidad y acreditación para la justicia (SINCA-Justicia) y fundador del SGC en Costa Rica.

Las magistradas cubanas constataron que, entre los impactos fundamentales que se perciben en la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, con la implementación del SGC, está el mejoramiento de la celeridad en la tramitación de los procesos judiciales, administración de los recursos, trabajo en equipo en los despachos judiciales, transparencia y control ciudadano, delimitación de responsabilidades, control interno y comunicación con los usuarios.

## **Firman acuerdos el TSP y el Ministerio de Finanzas y Precios**

El enfrentamiento a las conductas evasoras de la obligación fiscal y el procedimiento para el cobro de multas que se imponen en procesos judiciales son los ejes de los acuerdos de trabajo que, el 24 de agosto, firmaron el TSP y el Ministerio de Finanzas y Precios (MFP), en la sede del máximo órgano de justicia.

Estos acuerdos mejorarán la conciliación de información entre ambas instituciones y perfeccionarán la entrega de documentos requeridos para recoger las acusaciones relacionadas con el delito de evasión fiscal. También se actualiza un acuerdo firmado el 13 de diciembre de 2008, con el

objetivo de incorporarle el modo de proceder con las multas impuestas por los tribunales.

Los acuerdos fueron rubricados por Rubén Remigio Ferro y Lina Pedraza Rodríguez, ministra del MFP. A la firma, asistieron miembros del CGTSP, y representantes del MFP, entre ellos, Meysi Bolaños, viceministra; Yamilé Pérez, jefa de la Oficina Nacional de la Administración Tributaria; y Heidi Bas, directora de la Oficina de Control y Cobros de Multas.

## PRONTUARIO DE USOS IDIOMÁTICOS (I)

Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez  
 editor, TSP

VARIAS VECES, ME han pedido que incluya aquí un resumen de los errores más frecuentes que encuentro en los textos que proceso a diario, con breves notas aclaratorias en cada caso; y, si no lo he hecho a menudo, no ha sido solo por respetar mi propia norma de escribir *in extenso* —durante más de 30 años, en diferentes secciones dedicadas al idioma— acerca de los diferentes tópicos que abordo en relación con el uso de nuestra lengua materna. También he mantenido ese proceder por fidelidad a mi colega y amigo José Zacarías Tallet (Matanzas, 18/10/1893-La Habana, 21/12/1989), quien mucho me alentó a continuar tal derrotero, tan diferente al seguido por él en sus *Gazapitos* (periódico *El Mundo*) y *Gazapos* (revista *Bohemia*).

Sin embargo, ante reiteradas sugerencias, me veo precisado a romper la rutina y, mediante «Prontuario de usos idiomáticos», violar lo pactado con Tallet —fundador de la Universidad Popular José Martí, participante en la Protesta de los 13, miembro de la Liga Antiimperialista y del Grupo Minorista— y, de cierta forma, como homenaje a él y a sus conocidas secciones, desarrollar una serie con asuntos breves que, más allá de análisis profundos, puedan servir como material de consulta «a la mano», para ayudar a resolver problemas prácticos, a la hora de redactar, como antes hice con «Evitemos incorrecciones» (ediciones 14, 15 y 16) y «Mejoremos algunas expresiones» (18, 19 y 20).

Aunque este compendio aparece numerado por partes, sus contenidos son independientes y, por tanto, no es necesario tener que esperar a la próxima edición de la revista para completar una idea. A la inversa, en ellos, sí habrá referencias y remisiones a trabajos anteriores (debidamente identificados) para no repetir asuntos tratados antes en LAPSUS CÁLAMI.

### Número / numeral y ordinal / cardinal

Sin duda alguna, se abusa de la palabra *número* —usada incorrectamente— porque, cuando lo que sigue es una cifra escrita con letras, aquella cambia su denominación por *numeral*. Visto así, podemos evitar muchas repeticiones y escribir solo: *expediente veintitrés, causa treinta y seis, ley ochenta y dos, instrucción doscientos ocho...* Aprovecho la ocasión para indicar que, muchas veces, se emplea mal la palabra *numeral*, cuando realmente se hace referencia a tópicos o incisos de un artículo detallados mediante números (1, 2, 3...), a los que, por otra parte —también inadecuadamente— se les identifica como *ordinales* (ejemplo: *según establece*

el ordinal tres del artículo...), cuando, en realidad, estos son números *CARDINALES*. En fin, si queremos hablar acerca de un elemento que, en determinada norma legal, aparece:

– con cifras, debe escribirse *número 1, 2, 3...* o *cardinal 4, 5, 6...* Si se trata del nombre propio de una ley, decreto, instrucción..., lo más acertado es emplear la variante abreviada *No.* (Ley No. 82 de 1997, Instrucción No. 208 de 2011, Acuerdo No. 4, de 12 de febrero de 2010); pero, si estas últimas denominaciones se van a escribir con letras, debe eliminarse la palabra *número* porque, entonces, se trata de un *numeral*; en estos casos, se diría: *ley* (con minúscula por cuanto no se trata de su verdadero nombre) *ochenta y dos, instrucción doscientos ocho...* Dicho sea, de paso, la forma que consideramos correcta para el enunciado completo de la norma antes mencionada es: *Ley No. 82, «De los tribunales populares», de 11 de julio de 1997.*

– con letras, la opción más acertada es decir el *numeral uno, dos, tres...* Pero, por favor, no puede confundirse esta denominación con la de *ORDINAL* porque, para que así sea, no puede aparecer escrito *uno, dos, tres...*, sino *primero, segundo, tercero...* (si así se registran en la norma de referencia, no porque prefiramos cambiar por libre decisión momentánea).

Un detalle, en este contexto, es que no se debe confundir la abreviatura de la palabra *número*, cuando se trata de nombre propio (*No.*) con la que hacemos en las notas bibliográficas y la bibliografía de textos (*no.*), donde, simplemente, se sigue un tratamiento metodológico, establecido con fines de brevedad. Ejemplo: *Justicia y Derecho*, no. 25.

Para ampliar, respecto a *número/numeral* y *ordinal/cardinal*, sugiero consultar «El universo de los números», publicado en las ediciones 22, 23 y 24 de *Justicia y Derecho*.

## De número a fecha

En los ejemplos anteriores, observe que, al escribir con letras, elimino la palabra *número* y lo detallo todo con minúsculas por no tratarse de verdaderos nombres, sino de su enunciación literal. Además, sin mencionar la palabra *fecha* porque no es necesaria: indicar el día, el mes y el año son suficientes para que, implícitamente, esté concebida la idea que ella encierra.

En realidad, se abusa de las palabras *fecha, día, mes* y *año*. Si digo que *nacé el 12 de julio de 1953*, ese enunciado implica una fecha y, en consecuencia, no hay por qué escribir el susodicho vocablo ni los restantes (indicados con cursivas). Así, queda absolutamente claro y determinado; no tendría razón alguna decir que fue el *DÍA* 12 del *MES* de julio del *AÑO* 1953, como suele acostumbrarse, principalmente en las sentencias. Se trata de un hábito (por no decir un vicio) que podemos y debemos evitar, en pos de ganar en claridad, sencillez y concisión. Esto, también, se corresponde con

el criterio expresado en el primer *por cuanto* de la ya mencionada Instrucción No. 208, en el sentido de que

[...] con el transcurso del tiempo y por diversos motivos en la práctica judicial, se han introducido excesivos requerimientos y formalismos adicionales para la conformación de dicho documento que en la actualidad requieren de una profunda revisión, en aras de que el texto de las referidas resoluciones resulte más coherente, orgánico y comprensible para los justiciables y todos los interesados [...].<sup>1</sup>

Por supuesto, dicha norma se refiere a las sentencias penales, pero se trata de un concepto que cabe hacerlo extensivo a los textos (sean sentencias o no) de todas las materias y en cualquier tipo de redacción.

### De fecha / en fecha

Ambas estructuras son correctas, si se saben usar en sus correspondientes contextos, pero absolutamente innecesarias —además de muy reiteradas— para indicar el momento en que ocurrió un hecho. Casi siempre, se puede prescindir de ellas y solo mencionar el día, el mes y el año, como expresé anteriormente. Basta escribir *sentencia ocho, DE treinta y uno de enero de dos mil catorce*, o su variante en cifras: *Sentencia No. 8, DE 31 de enero de 2014* (incluyendo aquí las mayúsculas porque este es su nombre propio). Ya esto quedó medianamente aclarado en el acápite anterior, pero me resulta necesario reiterarlo, con el objetivo de precisarlo bien y sumarle otro elemento de análisis.

Como puede apreciarse, la fecha de la resolución mencionada precedentemente la encabezo con la preposición *DE*, la que, en verdad, corresponde en ese caso y me permite, de manera directa (sin «intermediarios»), ofrecer el dato que la ubica en el tiempo. Si, en lugar de ella, hubiera empleado la tan maltratada *EN* —cuyo principal significado, en el español actual, implica lugar—, me habría obligado a escribir la palabra que «casi» pretendo proscribir, por innecesaria, de nuestros textos.

Digo «principal significado» porque, por supuesto, tiene otros, incluida la particularización de algunos de los elementos que componen la fecha (no para el todo, en su conjunto): *Nació EN agosto; vino al mundo EN 1926*; pero, integralmente, debe escribirse: *Nació el (no en) 13 de agosto de 1926*. Otra significación de tiempo de la preposición *EN* corresponde a las estaciones: *Viajó EN verano*.

Sé que, en el viejo y tradicional lenguaje forense, se prefería *EN fecha tal*; pero eso ha cambiado hacia el empleo de la preposición *DE*, la cual, en ese caso, evita tener que usar la socorrida palabra *y*, a su vez, agiliza la expresión y despoja al idioma de arcaísmos evitables.

<sup>1</sup> «Acuerdo No. 183-Instrucción No. 208», en *Boletín del Tribunal Supremo Popular 2011*, p. 61.

Actualmente, respecto a la segunda estructura del subtítulo que encabeza estas líneas, solo es válida para casos de imprecisiones: *EN fecha aún no determinada*.

### El artículo *EL* (o la conjunción *DEL*) para precisar el año

Al principio del siglo XXI, se discutió y escribió bastante acerca de este asunto y se definió lo siguiente: «Lo más razonable y aconsejable es atenerse al uso tradicional y decir o escribir *treinta de enero de 2002, 31 de diciembre de 2010*. El empleo del artículo en la denominación de años es más frecuente en el español hablado en Cataluña, por influjo del uso catalán».<sup>2</sup>

Así, queda claro el asunto, pero se necesitan dos precisiones académicas, en las que resulta obligatoria la anteposición del artículo o la preposición: 1. Si se menciona abreviadamente el año, suprimiendo los dos primeros dígitos: *En EL 92, se celebraron las Olimpiadas de Barcelona*; y 2. Si se menciona, expresamente, la palabra *año*: *5 de mayo DEL año 2000*.

### Otras relacionadas con fechas

Al redactar cartas y documentos, es frecuente que, antes de la fecha, se mencione, también, el lugar en el que se escriben. En estos casos, se coloca coma entre el lugar y aquella: *Quito, 21 de febrero de 1967; Firmado en Madrid, a 3 de enero de 2003*. Igualmente, se escribe coma entre el nombre del día de la semana y el del mes: *Hoy es sábado, 18 de agosto de 2001*.

Desafortunadamente, en muchos de los textos que leo —principalmente, en las sentencias—, se abusa de palabras innecesarias en este contexto.

Por supuesto, la fecha completa lleva implícitas tres palabras imprescindibles, pero, no por ello, hay que mencionarlas. Valga solo un ejemplo desacertado: *El hecho ocurrió el DÍA 3 del MES de agosto del AÑO 2012*, caso en el que sobran las palabras destacadas en versalitas y la correspondiente conjunción *DEL*. En ese caso, bastaría con escribir: *El hecho ocurrió el 3 de agosto de 2012*, con una evidente reducción: de 13 palabras a nueve, situación que sería aun mayor (de 15 a nueve), si todo se escribe con letras: *El hecho ocurrió el DÍA tres del MES de agosto del AÑO dos mil doce*.

### Municipio y provincia

Aunque no nos guste —me incluyo— colocar la preposición *DE*, después de las palabras *provincia* y *municipio*, está establecido que sea así. Por lo tanto, debemos escribir: *municipio DE Bauta, provincia DE Artemisa*. Pero usar ambas estructuras, muchas veces, está de más, y hacen monótona y reiterativa

<sup>2</sup> Manuel Seco: *Nuevo Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, p. 235.

la expresión. ¿Por qué decir *en el municipio DE Aguada de Pasajeros de la provincia DE Cienfuegos*, cuando basta con: *Aguada de Pasajeros, Cienfuegos* (fijese que el enunciado se reduce de 12 palabras a cuatro).

Esto se convierte en más pedante y complicado aun en los casos de los municipios que tienen igual nombre que la provincia. En tales situaciones, no es válido el ejemplo anterior. Una posible muestra inadecuada (que suele presentarse) pudiera ser: *en el municipio de Ciego de Ávila, de la provincia de Ciego de Ávila* (14 palabras). Yo preferiría escribir: *en el municipio y la provincia de Ciego de Ávila* (10) o *en el municipio de Ciego de Ávila, provincia de igual nombre* (11).

### **Inserción de artículo, apartado e inciso**

En muchas ocasiones, encuentro estructuras enrevesadas que resultan difícil de entender. Esta pudiera ser una de ellas: *previstos y sancionados en los artículos 160 apartado uno, 190 apartado uno inciso a, dos y tres, y 348, apartado uno* —y las hay mucho más extensas y complicadas—, en las cuales, las repeticiones innecesarias, la confusión de términos y la puntuación contribuyen a enredar la madeja.

En primer lugar, se identifican con numerales los *apartados* y los *incisos*, cuando, para mí, en tal caso, sería más entendible nombrar los primeros con números (1, 2, 3...) o numerales (uno, dos, tres...) y los incisos, mediante letras (a, b, c...). Por supuesto, en cada caso, habría que ver cómo los recoge la ley correspondiente; pero, ¿no sería más fácil, y entendible, acudir a otros signos y evitar la repetición, escribiendo esto así: *artículos 160.1, 190.1 a), 2 y 3, y 348.1?*

Esta variante, que incluyo cual interrogante, es la que sigo para homogeneizar los textos que se publican en *Justicia y Derecho*, pues toda publicación debe seguir una norma establecida, aunque el español permita usar más de una posibilidad en determinada frase o estructura. No puedo hacer lo mismo con las sentencias, por tratarse de resoluciones judiciales que no admiten variación, salvo elementales errores ortográficos (incluidos los de acentuación).

Si la idea expuesta prosperara y se generalizara en quienes redactan las sentencias en los tribunales, desde de base hasta el nivel superior, estos textos ganarían en claridad y precisión —como dije antes—, se evitarían algunas de las repeticiones innecesarias, habría más fluidez en la expresión y, en general, lo escrito ganaría en elegancia y presentación, todo lo cual, también, sumaría elementos positivos a favor de quien redactó, y sería más fácil de comprender por los justiciables y otros neófitos en la materia.

### **Visible a fojas / en foja(s) o en la(s) hoja(s)**

La historia de la lengua española explica cómo, del español medieval al contemporáneo, algunas *efes* se transformaron en *haches*, por lo que

«fizo» se convirtió en *hizo*, «fermosura» en *hermosura*, y «foja» en *hoja*. Pero mi inquietud no radica en que, actualmente, se use *foja*, o no (en definitivas, podría verse como un arcaísmo, de los tantos que hay en el estilo jurídico, aunque también eso podríamos evitarlo), sino en la estructura con *a* (propia del francés, no del español) y su escritura siempre en plural, aunque se trate de una sola página.

En todos los casos, yo preferiría escribir: *visible en la(s) hoja(s) tal(es)*, solo si se trata de un documento en el cual el papel aparece escrito «por una sola cara», pues si están redactadas ambas (tiro y retiro), entonces, debemos hablar de página(s), no de hoja(s), pues, cada una de estas tiene dos de aquellas.

Sin lugar a dudas, pienso que, en tales situaciones, sería mejor desterrar de nuestro lenguaje, tanto foja(s) como hoja(s), y precisar la(s) página(s), como ya hacen otros operadores del Derecho en el mundo, lo cual he podido apreciar, varias veces, al asistir a sesiones de trabajo del Encuentro Internacional Justicia y Derecho.

### De foja-foja-página a folio

De sobra, conozco la palabra *folio*, propia de la tradición notarial, identificada por mí, principalmente, mediante la lectura de inscripciones de nacimiento (tomo y folio). Aquí, también, se trata de un arcaísmo, por tradición, hábito, costumbre.

No digo que sea absolutamente incorrecto, pero sí impreciso. Cualquiera de los diccionarios que tenga a la mano le dirá que se trata de «hoja de un libro o de un cuaderno». Pero eso no lo dice todo. Hay que hurgar más porque *página* y *folio* no son, exactamente, lo mismo. Varias de estas fuentes mencionadas antes aportan elementos que permiten hallar la diferencia: «titulillo de página impresa»,<sup>3</sup> «no se distingue el folio de esta página»,<sup>4</sup> entre otros.

En fin, propiamente dicho, el *folio* es solo el número que identifica a la página, no es esta en su totalidad. Por ello, en pro de la precisión, pienso que, tanto como *foja* y *hoja*, *folio* debería ser proscrito de nuestros textos, cuando se quiere indicar la página. Solo tendría sentido su enunciación, cuando se haga referencia, específicamente, al «numerito» que define a aquella.

### Salas de lo...

Muchas veces, en sentencias de tribunales de base, principalmente, encuentro mal enunciados los nombres propios de las salas. En esos casos, suele escribirse Sala Civil, Sala Penal... Y las salas de justicia, propiamente

<sup>3</sup> *Pequeño Larousse Ilustrado*, p. 475.

<sup>4</sup> Eloína Miyares Bermúdez: *Diccionario básico escolar*, 3.ª ed., p. 464.

te, no son penales ni civiles ni laborales... Ellas atienden esas materias o esos asuntos. Y es conocido que, en español, cuando se desea transmitir a un adjetivo cierta sustantividad, basta con anteponerle el pronombre *lo*. De ahí que, cuando, por ejemplo, decimos: *Lo complicado del informe pericial está en el uso de la terminología*, esto significa: *La complicación del informe...* (estructura sustantiva).

Eso mismo sucede con la denominación de las salas. La mayor dificultad se presenta cuando se trata de una que atiende varios asuntos, en la cual, gramaticalmente, y por ley, cada uno de sus componentes exige el uso de esa partícula. Por eso, *Sala de lo Civil y de lo Administrativo*, la que, en ocasiones, se extiende a *de lo Laboral y de lo Económico*.

### En cuanto a la materia

Contrario a lo que sucede en el caso anterior, la materia sí puede ser *penal, civil, administrativa...*, sin la anteposición del pronombre *lo*. La causa es muy sencilla: aquí se califica a la materia (sustantivo) y, de eso, se encarga el adjetivo (penal, civil, laboral...), es decir, no se precisa el asunto que trata, sino la cualidad. Sin embargo, a menudo, veo la confusión entre una situación y la otra y, en consecuencia, erróneamente, aparecen, por ejemplo: Sala Económica y materia de lo económico, cuando, según lo dicho antes, es al revés: Sala de lo Económico y materia económica.

Tal dislate llega, incluso, a la archiconocida LPCALE, la que, para algunos, no es Ley de procedimiento civil..., sino de lo civil... (como recogen algunas sentencias). Considero que, en general, debemos ser más cuidadosos al escribir, además de interiorizar —para siempre— las formas correctas: Sala de lo Laboral, materia laboral y Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico.

Obsérvese, en todos los casos, el tratamiento diferenciado entre mayúsculas y minúsculas. En español —a diferencia de otras lenguas—, no llevan igual tratamiento los nombres de instituciones, órganos y dependencias (Organización Nacional de Bufetes Colectivos, Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, Comité Municipal del Partido, Sala de lo Penal...) que los de libros, documentos y especialidades (*Cien años de soledad, En marcha con Fidel, Ley de procedimiento penal, Código civil, Derecho de sucesiones, Metodología de la investigación bibliográfica...*); y, mucho menos, los nombres comunes: *carnet de identidad, licencia de conducción, certificación de nacimiento...*

En el caso de las constituciones, sucede de todo porque, también, hay que contar con que el nombre original puede haber sido mal puesto y, después, debemos «arrastrar penosamente» con él, por ser el oficial. En cuanto a nuestro país, no hay dificultad alguna: Constitución de la República de Cuba —lo que no implica escribir Derecho Constitucional (la segunda pa-

labra debe escribirse con minúscula, por lo explicado antes). Pero, varias veces, he visto: *Constitución de la Nación Argentina*; y no sé si es ese su nombre oficial, o no, pero, en español, la única mayúscula que se justifica es la primera. Muy diferente sería *Constitución de la República Argentina*. Y no creo que sea necesario entrar en detalles al respecto.

En cuanto a otros aspectos relacionados con el uso de mayúsculas y minúsculas, sugiero consultar el artículo «Evitemos incorrecciones (II)», publicado en la edición 15 de *Justicia y Derecho*, correspondiente a diciembre de 2010.

### **A nombre de / en nombre de**

He dicho varias veces que, en el español actual, la estructura *a nombre de* es correcta, pero no ya con el significado de «en representación de», sino para indicar el destinatario (de un documento, un paquete...). Si decimos: *Envía la comunicación a nombre de Pedro*, no significa que se hará en su nombre, sino para él. Sin embargo, continúa usándose con el viejo sentido, inexistente hoy.

Y se complica aun más cuando se escribe: *a nombre y en representación de*. Con la significación de antaño, era redundante porque ambas partes decían lo mismo; en la actualidad, es contradictoria porque indican cuestiones diferentes. Y volvería a ser repetitiva, si escribimos ambos componentes precedidos por la preposición *en*. Por eso, más allá de *a nombre* (que ya sabemos qué quiere decir), recomiendo, sugiero, suplico... usar una sola parte de la susodicha estructura: o *en nombre de* o *en representación de*, pues son frases sinónimas.

Escribí acerca de esto en «Mejoremos algunas expresiones (I)», artículo publicado por *Justicia y Derecho* (no. 12), en junio de 2012, pero continúa usándose mal y, por eso, reitero aquí este asunto.

### **Agravante-atenuante e interrogante**

Al usar las dos primeras palabras como sustantivos: «circunstancia que motiva aumento del castigo» y «circunstancia que atenúa la gravedad de un delito», respectivamente, es frecuente la vacilación en cuanto al género (el/la, un/una). Según Manuel Seco, «debe preferirse el segundo uso, femenino, ya que se trata de la sustantivación del adjetivo acompañante del nombre, aquí sobrentendido, *circunstancia*».<sup>5</sup>

Sin embargo, no sucede igual con *interrogante*. Cuando significa «pregunta» y «cuestión dudosa», se admite el uso de ambos géneros, aunque, en el nivel culto, es predominante el masculino; cuando equivale a «signo de puntuación que señala la modalidad interrogativa de un enunciado», es

<sup>5</sup> *Ibid.*, pp. 41 y 88.

siempre masculino.<sup>6</sup> En síntesis, para nosotros, debe ser siempre masculino: *el interrogante, los interrogantes*.

Y no más por hoy.

## BIBLIOGRAFÍA

- Miyares Bermúdez, Eloína: *Diccionario básico escolar*, 3.<sup>a</sup> ed., Santiago de Cuba, 2012.
- Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Diccionario panhispánico de dudas*, Santillana Ediciones Generales, S. L., Madrid, 2005.
- Seco, Manuel: *Nuevo Diccionario de dudas y dificultades de la lengua española*, Editorial Espasa Libros, S. L. U., Barcelona, 2011.
- Tribunal Supremo Popular: «Acuerdo No. 183-Instrucción No. 208», en *Boletín del Tribunal Supremo Popular 2011*, La Habana [2012], pp. 60-71.
- Toro y Gisbert, Miguel de: *Pequeño Larousse Ilustrado*, refundido y aumentado por Ramón García-Pelayo y Gross, Editorial Lorusse, París, 1964.

<sup>6</sup> Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española: *Diccionario panhispánico de dudas*, p. 371.

# Publicaciones de 2016

ALEJANDRO GARCÍA CATURLA  
LA DIGNIDAD DE UN JUEZ



MEMORIA JUDICIAL VI  
TRIBUNAL SUPREMO POPULAR

## JUSTICIA Y DERECHO

No. 26, año 14, junio de 2016

PUBLICACIÓN SEMESTRAL



ESPECIAL



REPÚBLICA DE CUBA

BOLETÍN  
DEL TRIBUNAL  
SUPREMO POPULAR

2015



RNPS 0504  
ISSN 1810-0171